

ANEXO DE LECTURAS

CURSO

"PROBLEMAS CENTRALES DE LA TEORÍA DEL DELITO EN LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA PENAL ACTUAL"

UNIDAD I: LA IMPUTACIÓN OBJETIVA

1) CANCIO MELIÁ, Manuel, Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza 2004.
2) JAKOBS, Günther, La imputación objetiva en Derecho penal, Grijley, Lima 1998.

UNIDAD I: LA IMPUTACIÓN OBJETIVA

1) CANCIO MELIÁ, Manuel, Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza 2004.

El derecho de propiedad de esta obra comprende para su autor la facultad de disponer de ella, publicarla, traducirla, adaptarla o autorizar su traducción y reproducirla en cualquier forma, total o parcial, por medios electrónicos o mecánicos, incluyendo fotocopia, grabación magnetofónica y cualquier sistema de almacenamiento de información; por consiguiente nadie tiene la facultad de ejercitar los derechos precitados sin permiso del autor y el editor, por escrito, con referencia a una obra que se haya anotado o copiado durante su lectura, ejecución o exposición públicas o privadas, excepto el uso con fines didácticos de comentarios, críticas o notas, de hasta mil palabras de la obra ajena, y en todos los casos solo las partes del texto indispensables para ese efecto.
Los infractores serán reprimidos con las penas del artículo 172 y concordantes del Código Penal (arts. 2, 9, 10, 71, 72, ley 11.723).

ISBN: 987-527-024-5
© Copyright by EDICIONES JURÍDICAS CUYO
Garibaldi 61 - Mendoza
Tel.-Fax: 0054-261-4292565

Hecho el depósito de la ley 11.723. Derechos Reservados
IMPRESO EN ARGENTINA
2004

Manuel Cancio Meliá
Universidad Autónoma de Madrid

Líneas básicas de la Teoría de la Imputación Objetiva

1ra reimpresión

ediciones jurídicas cuyo

ABREVIATURAS

ADPCP	Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales
AK	Kommentar zum Strafgesetzbuch. Reihe Alternativkommentare
AP	Actualidad Penal
AT	Allgemeiner Teil
BGH	Bundesgerichtshof, Tribunal Supremo Federal de la República Federal de Alemania
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen (sentencias del Tribunal Supremo Federal alemán en asuntos penales [colección oficial])
CDJP	Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal
cit.	citado
CP	Código Penal
CPC	Cuadernos de Política Criminal
ed.	edición, a cargo de la edición
EPCr	Estudios Penales y Criminológicos
FG	Festgabe
FS	Festschrift
GA	Goltdammer's Archiv für Strafrecht
GS	Gedächtnisschrift
JA	Juristische Arbeitsblätter
JC	Jurisprudencia Criminal. Tribunal Supremo español (colección legislativa de España, colección oficial, Ministerio de Justicia [hasta 1985])

JR	Juristische Rundschau
Jura	Juristische Ausbildung
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
LH	Libro Homenaje
LK	Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch
MDR	Monatsschrift für deutsches Recht
NDP	Nueva Doctrina Penal
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NK	Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch
n.m.	número(s) marginal(es)
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
OLG	Oberlandesgericht (Tribunal Superior de un Estado federado de la República Federal de Alemania)
PG	Parte General, Parte Generale
PE	Parte Especial
PJ	Poder Judicial
RA	Registro de jurisprudencia Aranzadi
RCCP	Revista Canaria de Ciencias Penales
RDCir	Revista de Derecho de la Circulación
RDPCr	Revista de Derecho Penal y Criminología, 2ª época
RGSt	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen (sentencias del Tribunal Supremo del Reich alemán en asuntos penales [colección oficial])
SK	Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch
S/S	Schönke Schröder, Kommentar zum Strafgesetzbuch

StGB	Strafgesetzbuch, Código Penal alemán
STS	Sentencia(s) del Tribunal Supremo español (Sala Segunda)
StV	Strafverteidiger
TS	Tribunal Supremo español
WK	Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

I. INTRODUCCIÓN

1. Parece claro que pocos pondrán en duda que en el terreno de la dogmática de la Parte General, uno de los temas que mayor interés ha concitado y que un desarrollo más vertiginoso ha experimentado en los últimos años es la teoría del tipo objetivo, concretamente, a través de la llamada teoría de la imputación objetiva.[1] A diferencia de lo que ha sucedido en otros momentos del desarrollo dogmático, la evolución en este caso no ha venido determinada por un planteamiento metodológico, marco que acaba repercutiendo en la dogmática concreta —como fue el caso, por ejemplo, del nuevo paradigma en la teoría del error introducido en la discusión por parte de los defensores de la teoría final de la acción—, sino que el desarrollo dogmático en este caso ha seguido un proceso inverso: partiendo de una serie de supuestos prácticos —algunos ya tradicionales y otros ideados o recogidos, sobre todo, por Roxin, gran impulsor de la teoría de la imputación objetiva—[2] ha ido construyéndose, prácticamente por sedimentación, capa por capa, un cuerpo de *topoi* que se agrupa bajo la denominación de *teoría de la imputación objetiva*. Esto es así hasta tal punto que los principales déficits que desde la perspectiva aquí adoptada cabe observar en esta teoría no están en las soluciones prácticas que bajo tal rótulo se ofrecen,[3] sino en la indefinición sistemática de la construcción dogmática (que tarde o tempra-

[1] Schünemann (GA 1999, pág. 207) llega a comparar la relevancia de esta teoría en la discusión a la de la noción de causalidad y el finalismo en épocas anteriores.

[2] Vid. *infra* en el texto, sobre todo II. B. 1.

[3] En este sentido, incluso un destacado adversario de la teoría de la imputación objetiva, Hisrch, dice que en lo que se refiere a las soluciones alcanzadas (que en los supuestos por ella abarcados faltaría el tipo objetivo) existe consenso en lo fundamental (FS Lenckner, pág. 141).

no acaba repercutiendo en la seguridad de la solución de casos, como es sabido).

En efecto, como se verá, la situación existente en la bibliografía respecto de la imputación objetiva, sobre todo en la doctrina de habla alemana, no puede describirse de otro modo que afirmando que es de una amplitud y variedad de puntos de vista divergentes verdaderamente desconcertante.[4] Esta situación viene determinada de modo esencial por la génesis de esta teoría, como se ha dicho, sin unas bases teóricas uniformes. Por ello, en lo que sigue, se intentará ofrecer primero un panorama elemental del desarrollo de esta teoría, panorama que permita ordenar los puntos de vista básicos que subyacen a esta teoría, para a continuación delinear cuál puede ser una configuración ordenada de la teoría de la imputación objetiva.

2. Empezando por el contexto en el que esta teoría surge tal y como hoy la conocemos —más adelante se verá que no sale de la nada, si no cuenta con destacados antecedentes—, puede decirse que una de las características más marcadas de la evolución de la discusión dogmática de las últimas décadas debe verse en una tendencia hacia la normativización de distintos elementos de la teoría del delito, en un proceso en el que los elementos de la construcción dogmática se configuran de acuerdo con la función que deben cumplir.[5] En particular, respecto de los delitos de resultado, se sostiene que

[4] Así Hisrch (FS Lenckner, pág. 142), desde una perspectiva crítica con la teoría de la imputación objetiva, habla con razón de una "marea de publicaciones" producida por los representantes de esta teoría, y conecta esta situación acertadamente con una cada vez mayor distancia de la teoría y la *praxis* —una de las preocupaciones más graves que pueden afectar al desarrollo dogmático—, mientras que Schünemann (GA 1999, pág. 207) se refiere a ella como "enorme pulpo con innumerables tentáculos", o Vives Antón dice que un análisis de sus contenidos resultaría "interminable, dados los diversos matices con que se formula" (*Fundamentos*, pág. 305); en conclusión: en esta medida tiene razón Sancinetti (en: Cancio Meliá / Ferrante / Sancinetti, *Estudios sobre la teoría de la imputación objetiva*, pág. 39) al decir que la teoría de la imputación objetiva no puede aspirar a ser considerada una "teoría" propiamente dicha y que el volumen de publicaciones (en lengua alemana) es "decididamente inabordable" (Ibídem, pág. 42); en sentido próximo, Silva Sánchez (GA 1991, pág. 207) habla de la "tópica" de la imputación objetiva.

[5] Cfr. solo Silva Sánchez, *Aproximación*, págs. 62 y ss., 67 y ss., llegando a sostener este autor que dentro del "sincretismo metodológico generalizado" que advierte en el pensamiento penal de la actualidad, "...si puede hablarse de una constante... esta aparece constituida, sin duda, por la referencia teleológica y la consiguiente tendencia a una mayor o menor normativización de los conceptos jurídico-penales" (pág. 63 y s.).

para la construcción dogmática debe ser evidente que la causación evitable de una lesión no puede bastar, ya en un plano objetivo, para dar lugar a una desvaloración jurídico-penal de la conducta en cuestión. En este sentido, ya dentro de la teoría del tipo objetivo "no todo es asunto de todos",[6] o, dicho de otro modo, "no todo causante del hecho realiza el tipo. Y ello no se debe a razones que dependan del dolo del sujeto, sino al significado *objetivo* del verbo típico... Para 'matar' es preciso no solo causar la muerte, sino que esa muerte pueda *imputarse objetivamente* al sujeto como a su autor, es decir, como hecho suyo, como 'perteneciente' a él".[7] Esta convicción se ha plasmado, en el marco de la teoría del tipo, sobre todo en la teoría de la "imputación objetiva", según la cual solo "puede resultar objetivamente imputable un resultado... si la acción *ha creado una puesta en peligro jurídicamente prohibida del objeto de acción protegido y el peligro se ha realizado en el resultado típico*".[8]

Con ayuda de esta teoría se pretenden resolver muchos supuestos que desde antiguo presentan dificultades para su tratamiento jurídico-penal. Ello sucede en dos planos. *Por un lado*, se trata de calificar la conducta como no prohibida. Así, por ejemplo, se dice que ha de excluirse la imputación del daño —y la responsabilidad del sujeto actuante— cuando la lesión deriva de una actividad abarcada por un "riesgo permitido": si un peatón resulta atropellado por un vehículo cuyo conductor se comporta respetando las reglas de la circulación, no se tratará siquiera de una conducta típica. *Por otro lado*, cuando sí existe una conducta típica, puede que el resultado producido no lo sea, por no existir una conexión suficiente entre la conducta y este. En tal caso, tratándose de una conducta dolosa, podrá producirse una condena por tentativa, pero no por el delito consumado. Así, por ejemplo, cuando un sujeto acuchilla a otro, pero la muerte se produce por un incendio en el hospital en el que es atendida la víctima. Este tipo de supuestos eran resueltos con anterioridad a la aparición de la teoría de la imputación objetiva por distintas vías, como podían ser la negación del lado subjetivo de la infracción, por ejemplo, en el primer supuesto, afirmando que la lesión del peatón no era previsible para el conductor (excluyendo la imprudencia de este), o,

[6] Jakobs, ZStW 89 (1977), pág. 30; W. Frisch, *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, pág. 152 y s.

[7] Así Mir Puig, *Adiciones* a Jescheck, *PG*, pág. 914 y s. (cursiva en el original), desde la perspectiva de la autoría.

[8] En la formulación de Jescheck / Weigend, *AT*[5], § 28 IV, sin cursiva en el original.

en el segundo, considerando que la relación de causalidad entre la lesión inicial y la muerte quedaba "interrumpida" por el "accidente extraño" del incendio (pudiéndose condenar solo por tentativa). En muchos supuestos, sin embargo, sí se consideraba que la conducta del agente daba lugar a responsabilidad. La aplicación de la doctrina de la imputación objetiva ha supuesto, en este sentido, un recorte del ámbito de responsabilidad jurídico-penal.

3. En cuanto a su contexto teórico, como antes se decía, la teoría de la imputación objetiva se configura, para muchos, como un elemento nuclear de una concepción funcional de la teoría del delito.[9] Sin embargo, más allá de esta constatación no existe mucha claridad: en efecto, esta teoría ha producido un debate extraordinariamente intenso, hasta el punto que puede decirse —al menos en lo que se refiere a la extensión de la discusión dogmática que ha provocado— que ha "revolucionado la categoría de la tipicidad"[10] o que implica una "reformulación de la tipicidad".[11] Sin embargo, este debate dista aún mucho de condensarse en posiciones dogmáticas que hayan logrado cierto grado de consenso. Por el contrario, en la discusión actual cabe encontrar desde voces que niegan a la teoría de la imputación objetiva relevancia en cuanto teoría de la Parte General[12] hasta autores que sostienen que debe extender su influencia más allá de la teoría del tipo objetivo.[13] En este sentido, puede decirse que el único elemento acerca del cual están de acuerdo tanto defensores —sector que a menudo concibe la imputación objetiva con importantes diferencias en sus respectivas concepciones, como se verá— como detractores de la teoría de la imputación objetiva es en que su desarrollo aún no ha alcanzado una formulación dogmática clara y

[9] Cfr. solo, desde distintas perspectivas, Roxin, *AT I², 7/24* y s.; Eser / Burkhardt, *StudK* I4, 4 A 4 56; Martínez Escamilla, *La imputación objetiva del resultado*, pág. 30 y ss.; Wolter, en: Gimbernat / Schünemann / Wolter (ed.), *Internationale Dogmatik*, pág. 24; Jakobs, ZStW 107 (1995), pág. 860 y s.

[10] Martínez Escamilla, en: Gimbernat / Schünemann / Wolter, *Omisión e imputación objetiva*, pág. 113.

[11] Suárez González / Cancio Meliá, en: Jakobs, *La imputación objetiva*, pág. 21.

[12] Cfr. de momento (vid. *infra* II. C.) sólo Armin Kaufmann, FS Jescheck I, págs. 251 y ss., 271, y en España Cuello Contreras, *PG I²*, pág. 499 y ss.

[13] Cfr. por ahora solo Wolter, en: Gimbernat / Schünemann / Wolter (ed.), *Internationale Dogmatik*, pág. 3 y ss., sobre todo pág. 21 y ss., con una posición especialmente amplia.

más o menos definitiva.[14] Lo cierto es que la discusión en este ámbito adolece de un acusado nominalismo, en el que con frecuencia parece que la discusión dogmática está más fijada en el establecimiento de determinadas denominaciones que en la averiguación de contenidos. Teniendo en cuenta esta situación en la discusión doctrinal, parece necesario realizar, antes de entrar en el análisis de los elementos dogmáticos concretos de la teoría de la imputación objetiva, algunas reflexiones acerca de cuáles son las características de conjunto de esta categoría dogmática: de lo contrario, se corre el riesgo de incluir el problema concreto que se desee abordar en cada caso en esta teoría a modo de mera "rúbrica".[15] Pues lo cierto es que a pesar de que la teoría de la imputación objetiva aún está en desarrollo,[16] y, como se ha dicho antes, existen significativas divergencias en cuanto a su ámbito y contenido, cabe constatar que con cierta frecuencia se "importa" la teoría de la imputación objetiva a los más variados problemas de la Parte General o de la Parte Especial sin llevar a cabo una mínima reflexión de fondo acerca de la teoría base que se invoca como panacea para resolver tal o cual problema.

[14] Así, por ejemplo, se ha hecho referencia a la teoría de la imputación objetiva como un "fantasma" que vaga por los tipos (Gimbernat Ordeig, "¿Qué es la imputación objetiva?", en: Ídem, *Estudios de Derecho penal³*, pág. 213), se dice que "...no puede exponerse de un modo unitario porque, en razón de su juventud, es abordada de múltiples formas por distintos autores" (Bajo Fernández, *PE I², pág.* 17), se ha afirmado que ésta tiene el efecto de un "remolino que atrae violentamente y ahoga en sí todo el tipo objetivo" (Struensee, GA 1987, pág. 97), se ha calificado a esta doctrina como "supercategoría dogmática heterogénea de 'cuestiones del tipo sin resolver'" (W. Frisch, Tatbestandsmäßiges Verhalten, pág. 8), se ha aludido a la "confusión" que reina en este ámbito (Larrauri Pijoan, ADPCP 1988, pág. 175), a que recurre a confusos y cuestionables criterios interpretativos" (Serrano González de Murillo, *Teoría del delito imprudente*, pág. 91), se la ha calificado como "conglomerado" inconexo (Martínez Escamilla, *La imputación objetiva del resultado*, pág. XXIV), se le ha reprochado que utiliza "conceptos gaseosos" (Velásques Velásques, *PG*, pág. 339) o que no es más que una "fórmula mágica" (Maiwald, FS Miyazawa, pág. 467), se ha dicho, en fin, que "...los institutos de la imputación objetiva son todavía muy inseguros y... la manera en que son utilizados en la argumentación suele ser engañosa" (Sancinetti, *Subjetivismo e imputación objetiva*, pág. 88).

[15] Así, especialmente, respecto de la cuestión de la conducta de la víctima, Zaczyk, *Selbstverantwortung*, pág. 50.

[16] Como ha señalado *S/S²⁴*-Lenckner, n.m. 91 previo a los §§ 13 y ss.; en sentido similar, por ejemplo, Lackner, *StGB²⁰*, n.m. 14 previo al § 13; Roxin (*AT I², 11/41*): "muchas de las conclusiones a las que llega... aún no son seguras" o Jescheck / Weigend (*AT⁵*, § 28 IV.): la construcción de la teoría "aún no está concluida".

Para evitar la falta de definición que ello comportaría, por lo tanto, como viene diciéndose, se intentarán desarrollar algunas reflexiones acerca del contexto sistemático y significado material de la teoría de la imputación objetiva.

4. En la actual discusión acerca de los contenidos de la teoría del tipo objetivo que aquí interesan, cabe observar, en primer lugar, una divergencia terminológica: en el marco de ciertas posturas, la denominación "imputación objetiva" es utilizada de modo exclusivo para los problemas que plantea la atribución de un determinado resultado lesivo a una conducta que realiza el tipo.[17] Otros, en cambio, hacen uso de ese término tanto para la constatación del carácter típico de la conducta como para la cuestión antes mencionada de la atribución del resultado lesivo a la conducta.[18] En el texto que sigue, se adoptará la terminología a la que se ha aludido en segundo lugar, probablemente mayoritaria. En todo caso, lo cierto es que se trata *per se* de una cuestión de carácter meramente terminológico.[19] Lo que no es una cuestión puramente nominal es, sin embargo, el análisis sistemático de cuál es el significado material que se le asigna a estos dos elementos de análisis. Y en relación con esta cuestión —más allá de la diferenciación terminológica—, desde el punto de vista aquí defendido cabe distinguir dos aproximaciones básicas, o, mejor dicho —ya que estas están presentes, en mayor o menor medida, en muchas concepciones, es decir, no se presentan de modo "puro"—, dos perspectivas básicas acerca de la cuestión: la vinculación de la teoría de la imputación objetiva a ciertos problemas que presenta el nexo entre acción y resultado en los delitos de resultado, por un lado, y, por otro, la discusión de determinadas características de la conducta típica no expresamente descritas en el texto legal.[20]

[17] Cfr., desde distintas perspectivas, sólo los puntos de vista de Luzón Peña, "Autoría e imputación objetiva en el delito imprudente: valoración de las aportaciones causales", en: Ídem, *Derecho penal de la circulación*[2], pág. 89, nota 8; ídem, "La 'determinación objetiva del hecho'", en: Ídem, op. cit., pág. 108 y s.; W. Frisch, *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, por ejemplo, págs. 7 y s., 63 y s., 507 y ss. y passim; Corcoy Bidasolo, *El delito imprudente*, págs. 34 y s., 434 y ss. y passim.

[18] Cfr. solo Roxin, *AT I*[3], 11/39 y ss.; Jakobs, AT[2], 7/4 y ss.; Martínez Escamilla, *La imputación objetiva del resultado*, pág. 44 y ss. y passim.

[19] Como dice Martínez Escamilla, *La imputación objetiva del resultado*, págs. 41 y ss., 43, 47.

[20] Cfr. en este sentido la exposición de Suárez González / Cancio Meliá, en: Jakobs, *La imputación objetiva*, págs. 28 y ss., 49 y s., 50 y ss.

5. En el texto que sigue, en primer lugar se intentará ofrecer una visión panorámica del desarrollo de la teoría de la imputación objetiva, como primer paso para poder llevar a cabo, en segundo lugar, una reflexión acerca de cómo debe concebirse la imputación objetiva (*infra* II.). Para ello, se comenzará por un breve análisis de los dos antecedentes histórico-dogmáticos probablemente más relevantes de la discusión actual (*infra* II. A.), que si bien pueden parecer a primera vista algo alejados de la problemática actual, resultan ser reveladores acerca de los orígenes de las distintas posturas hoy defendidas. A continuación, se pasa a sintetizar el estado actual de la cuestión entre los defensores de esta teoría (*infra* II. B.), marcada en lo esencial por dos modos divergentes de entenderla, bien como cuestión relativa a la imputación de resultados o como desarrollo de la teoría del tipo. Una vez llevado a cabo este breve repaso del estado de la cuestión puede pasarse a un igualmente breve análisis de las objeciones más importantes a las que se ha enfrentado la doctrina de la imputación objetiva: las críticas que ponen en duda su carácter objetivo, provenientes sobre todo —aunque no solo, como se verá— del campo del finalismo (*infra* II.C.). Sobre esta base, puede entrarse ya en una propuesta de construcción de la teoría de la imputación objetiva: en primer lugar, resulta posible llegar a algunos presupuestos acerca del significado sistemático de la teoría de la imputación objetiva (*infra* III. A.). A continuación, se intentarán esbozar las líneas fundamentales en el terreno dogmático-operativo (*infra* III. B.) de la teoría de la imputación objetiva, formulando tanto los requisitos de la imputación del comportamiento (*infra* III. B.1.) como del resultado (*infra* III. C. 2.).

II. LA CONSTRUCCIÓN DOGMÁTICA DE LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA

A. Dos antecedentes histórico-dogmáticos

Es habitual comenzar en los manuales e incluso en trabajos monográficos las exposiciones relativas a la teoría de la imputación objetiva sin mayor referencia a su génesis, o con alguna escueta remisión —sobre todo— a la aportación de Honig, quien fue el primero en utilizar el término "imputación objetiva" en un sentido próximo al actual. Este procedimiento —que puede ser adecuado en una exposición de carácter general, o incluso en un trabajo monográfico cuando se parte de una determinada configuración del sistema dogmático—, sin embargo, puede contribuir a generar construcciones poco claras cuando, como sucede en el caso de la actual teoría de la imputación objetiva, precisamente lo que no está nada claro es cuál es la relevancia sistemática de la teoría misma.

En este sentido, parece adecuado iniciar una consideración de la teoría por un examen en cierta medida detallado de los orígenes históricos de las construcciones actuales —aunque sin pretender una reconstrucción histórico-dogmática exhaustiva—, y ello, prestando especial atención al contexto dogmático general en el que estos antecedentes fueron formulados.

En lo que sigue, se intentará llevar a cabo ese análisis respecto de dos construcciones que desde el punto de vista aquí adoptado tienen particular interés respecto del objetivo propuesto: por un lado, la contribución que disfruta en la actualidad de la "paternidad oficial" de la teoría de la imputación objetiva, la construcción propuesta por Larenz y Honig. Por otro lado —aunque pueda resultar algo sorprendente— la importante contribución de Welzel a la problemática a través de la teoría de la adecuación social. El

análisis de estas dos aportaciones facilitará más adelante[21] alcanzar presupuestos sistemáticos sobre los que construir una estructura dogmática operativa.

Que se hayan seleccionado estas dos aportaciones no significa que con ello se deje de tener en cuenta la relevancia de otras construcciones. En particular, debe contarse como antecedente importante en este contexto[22] la reformulación de Engisch de la teoría de la adecuación,[23] hasta el punto que puede considerarse que la actual bonanza de la teoría de la imputación objetiva es una postrera victoria de Engisch sobre Welzel.[24] Sin embargo, parece que puede prescindirse aquí de Engisch por dos razones: por un lado, sus aportaciones pueden considerarse coincidentes materialmente con las de Honig en lo que aquí interesa (sobre todo, imputación del resultado), y, por otro, lo cierto es que la "paternidad" respecto de la teoría de la imputación objetiva de la que antes se hablaba ha sido atribuida en la discusión posterior sobre todo a Honig.

1. La teoría de la imputación objetiva de Larenz y Honig

Puede decirse, como antes se señalaba, que se ha convertido en un lugar común el dar por hecho que la actual teoría de la imputación objetiva encuentra su origen en la doctrina desarrollada bajo el mismo nombre antes de la segunda guerra mundial sobre todo por Larenz y Honig.[25]

La primera aproximación fue realizada por Larenz en una monografía que planteaba la cuestión de la imputación desde la perspectiva de la filosofía del derecho y tomaba como punto de partida la teoría de la imputación

[21] Vid. *infra* III. A.

[22] Así, por ejemplo, últimamente Schünemann, GA 1999, pág. 210 y s.

[23] *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände*, 1931.

[24] Debo esta imagen a una conversación con Enrique Peñaranda Ramos; como se verá, sin embargo, más adelante —al abordar la teoría de la adecuación de Welzel en el siguiente punto—, esto solo es correcto respecto de *un* Welzel, el del desarrollo unilateral del concepto final de acción llevado a cabo a partir de los años cincuenta.

[25] Cfr. solo las afirmaciones del propio Roxin, FS Honig, pág. 133 y s., e idem, *AT I*[3], 7/26 con nota 33; vid. también, por ejemplo, Cobo del Rosal / Vives Antón, *PG*[4], pág. 385 y ss.; Vives Antón, *Fundamentos*, pág. 304; Serrano González de Murillo, *Teoría del delito imprudente*, pág. 88 y s.; Martínez Escamilla, *La imputación objetiva del resultado*, pág. 22.

desarrollada por Hegel.[26] Esta contribución se publicó en un momento en el que, como es sabido, se estaba produciendo la sustitución de una perspectiva fundamentalmente naturalista-positivista —en lo que aquí interesa: el "dogma causal"— por diversos puntos de vista valorativos.[27] Como también es sabido, la primera de las perspectivas antes aludidas, a su vez, antes había desgajado el concepto "global" de acción de los hegelianos,[28] separando el concepto de acción del de acción culpable. Sin embargo, la referencia del suceso jurídico-penalmente relevante a la voluntad, para poder entender tal suceso como obra de una persona, solo se entendía —en este marco sistemático— en sentido causal: en lugar de la imputación del hecho se situó la causalidad, pues en el plano de la acción el elemento de la voluntad se veía cumplimentado con la constatación de la existencia de un impulso voluntario cualquiera, sin importar a qué se dirigía ese acto voluntario. Partiendo de esta situación, Larenz planteó como criterio determinante para adscribir un hecho al sujeto el "juicio de imputación", con un sentido distinto del que tiene el juicio sobre la existencia de una relación de causalidad. Para Larenz, "la imputación no significa otra cosa que el intento de delimitar el hecho propio del acontecer fortuito".[29] Dicho sintéticamente, Larenz parte, por tanto, de que el juicio de imputación es aquel por el cual se determina si un hecho es obra de un sujeto.[30] Partiendo de la concepción filosófica en la que Larenz basa su construcción, esta determinación debe llevarse a cabo comprobando si lo sucedido constituye una acción del sujeto, lo que solo será el caso si el hecho puede entenderse como realización de su voluntad.[31] La vo-

[26] *Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung. Ein Beitrag zur Rechtsphilosophie des kritischen Idealismus und zur Lehre von der "juristischen Kausalität"*, reimpresión de la edición de 1927, 1970.

[27] Cfr. sobre el contexto de la discusión de aquel momento, por ejemplo, W. Frisch, *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, pág. 10 y ss.

[28] La refundición de los tradicionales juicios de imputación al hecho (*imputatio facti*) e imputación a la culpabilidad (*imputatio iuris*) en un único juicio resultaba factible para los hegelianos en la medida en que, como recuerda el propio Larenz, "en aquella época solo conocían la responsabilidad por culpabilidad y el concepto de hecho solo resultaba de interés para la ciencia del derecho como hecho culpable" (*Hegels Zurechnungslehre*, pág. 60 y s.).

[29] *Hegels Zurechnungslehre*, pág. 61.

[30] *Hegels Zurechnungslehre*, pág. 60.

[31] En palabras de Hegel, acción es la "exteriorización de la voluntad subjetiva o moral" (Grundlinien, § 113 [p. 211]); cfr. sobre este concepto de acción solo V. Bubnoff, Entwicklung, págs. 36 y ss., 43;

luntad se realiza en el hecho en la medida en que constituye su principio determinante.[32] Por ello, "la imputación al hecho es la referencia del acontecer a la voluntad",[33] cuya determinación fundamental, su esencia, es la libertad, que en cuanto significa autodeterminación[34] y pertenece al ser de la persona como expresión de su yo y de su racionalidad,[35] abre la posibilidad de imputar al ser humano su hecho como "propio"[36] y hacerlo responsable del mismo.

El juicio de imputación sobre el hecho se configura, por tanto, como un juicio teleológico.[37] Dada la capacidad de la voluntad para establecer y realizar fines y dirigir el curso causal hacia una meta determinada, la voluntad domina lo que acontece en la naturaleza y lo convierte en hecho propio. El hecho se presenta así como un todo teleológico, es decir, como un conjunto variado de causas y efectos que halla conjunción a través de la relación con los fines de la voluntad.[38]

Hasta aquí, Larenz reivindica el concepto de acción de Hegel —abandonado algunas décadas antes a favor de la aproximación analítica del positivismo—, ello, sin mayor relevancia respecto del sistema penal. Sin embargo —y aquí está el paso decisivo en lo que aquí interesa— Larenz afirma que a diferencia del concepto de acción propuesto por Hegel, la acción —y, consecuentemente, la imputación— no debe ser entendida en sentido subjetivo, sino *objetivo*.[39] En este sentido, Larenz pretende superar y completar el concepto de acción desarrollado por Hegel al sostener que el concepto de imputación por él propuesto es objetivo: no solo abarca la imputación de hechos conocidos y queridos sino también los que podrían haber constituido objeto

críticamente Jakobs, *AT*², 6/3, 6/5; cfr., sin embargo, más próximo Idem, *Handlungsbegriff*, passim, y recientemente, reivindicando el concepto hegeliano de acción y una teoría del delito unitaria, Lesch, *Revision*, passim.

[32] Larenz, *Hegels Zurechnungslehre*, pág. 67.

[33] Larenz, *Hegels Zurechnungslehre*, pág. 63; idem, NJW 1955, pág. 1011.

[34] Larenz, *Hegels Zurechnungslehre*, pág. 45.

[35] Larenz, *Hegels Zurechnungslehre*, págs. 21 y s., 64.

[36] Larenz, *Hegels Zurechnungslehre*, pág. 66; Idem, NJW 1955, pág. 1011.

[37] Larenz, *Hegels Zurechnungslehre*, pág. 68; V. Bubnoff, *Entwicklung*, pág. 45.

[38] Larenz, *Hegels Zurechnungslehre*, pág. 68; es en este sentido en el que puede hablarse de "causalidad de la voluntad", lo que significa que un acontecer externo es reconducible a una voluntad que establece fines (V. Bubnoff, *Entwicklung*, pág. 46.).

[39] Larenz, *Hegels Zurechnungslehre*, pág. 68.

de la voluntad (es decir, traducido a categorías dogmáticas, los hechos imprudentes).[40] Larenz, por tanto, interpreta el concepto de acción original de Hegel —que pretende completar— como limitado a los delitos dolosos,[41] una cuestión sobre la que hasta el día de hoy no existe acuerdo.[42]

[40] "Lo no conocido me puede ser imputado por cuanto el no conocer no es algo fortuito, sino obra de mi libertad, pues el conocer constituye una circunstancia que me era posible", Larenz, *Hegels Zurechnungslehre*, pág. 53, 68; cfr. también Idem, NJW 1955, pág. 1011.

[41] Al ser la acción "unidad de la voluntad subjetiva" (Larenz, *Hegels Zurechnungslehre*, pág. 51), la imputación es para Hegel, en opinión de Larenz (*Hegels Zurechnungslehre*, pág. 50 y ss.), tan solo "el derecho de la voluntad subjetiva", de la voluntad que "reconoce y es algo en la medida en que es suyo, en lo que ella existe como algo subjetivo" (Hegel, *Grundlinien*, § 107 [p. 205], cursiva en el original). En consecuencia, lo fortuito en la acción de Hegel es lo que no era conocido por la voluntad (Larenz, *Hegels Zurechnungslehre*, pág. 52).

[42] De hecho, sobre este punto de la teoría de la imputación de Hegel se han llegado a sostener interpretaciones muy diversas. En este sentido, mientras que la postura que parece mayoritaria, por ejemplo, como se acaba de reseñar, la del propio Larenz, considera que la concepción de Hegel no podía abarcar la imprudencia (en el mismo sentido, cfr. V. Bubnoff, *Entwicklung*, pág. 44 y s.; últimamente, vid., por todos, Jakobs, AT², 6/3; Toepel, *Kausalität und Pflichtwidrigkeitszusammenhang*, pág. 137 y s., con referencias; Eser, FS Mestmäcker, pág. 1015) —con la consiguiente limitación de la virtualidad de la concepción de Hegel como teoría general de la imputación—, hay autores que entienden, por el contrario, que la doctrina de Hegel no excluye la imprudencia. Pero aún dentro de este entendimiento, la interpretación se realiza desde presupuestos a veces enfrentados. En este sentido, Köhler (*Die bewußte Fahrlässigkeit*, págs. 200 y s., 202 y ss.) entiende desde una perspectiva subjetivista (centrada en la determinación axiológica de la "autonomía" como elemento esencial dentro de la teoría de la acción) que la teoría de Hegel debe aplicarse también a la imprudencia, evitando cualquier tentación de "deslizarse hacia una imputación 'objetiva'..." (op. cit., pág. 202), mientras que Vehling (*Abgrenzung*, págs. 23 y ss., 27 y ss.) afirma que la doctrina de Hegel se ha de concebir como imputación general, interpretando la "voluntad" en sentido normativo (como racional-general, por contraposición a lo "particular" o "subjetivo" en la terminología de Hegel), de modo que precisamente la teoría hegeliana serviría como base de la moderna teoría jurídicopenal" de la imputación objetiva, es decir, justo lo contrario de lo que sostiene Köhler. Esta controversia es indicativa de que quizá no debiera sobrevalorarse la teoría de Hegel para la discusión dogmática en el campo del Derecho penal, dada su inserción en un complejo sistema filosófico. Una buena muestra de ello se encuentra en que Honig, al adaptar con mínimas modificaciones la construcción de Larenz a la dogmática específicamente penal (cfr. a continuación en el texto), renuncie expresamente a realizar una fundamentación de índole filosófica, considerando, por el contrario, que la teoría puede obtener su justificación de su propio papel como instrumento dogmático (cfr. Honig, FG Frank, pág. 181 y s.) o en que se haya considerado que la teoría de la imputación objetiva de Larenz abandona ya en realidad completamente los postulados de la teoría de la imputación de Hegel (cfr. Toepel, *Kausalität und Pflichtwidrigkeitszusammenhang*, pág. 139). En cambio, sí es de interés directo para el propósito que aquí se persigue constatar que en este contexto se ha llegado a ver un paralelismo

En todo caso, hay que subrayar que para Larenz, de lo que se trata es de la fundamentación del concepto de acción[43] en cuanto presupuesto teórico general de cualquier sistema de imputación, de adscripción de un hecho a un sujeto.[44] "En esta medida —dice Larenz—, la teoría satisface una necesidad puramente teórica, y no resulta, por tanto, de interés para los prácticos, por tratarse de una pura especulación jurídico filosófica".[45] Sin embargo, a renglón seguido Larenz afirma que esa construcción de base ofrece en el plano dogmático "la posibilidad de captar el núcleo central de las viejas teorías de la 'interrupción' del curso causal referidas a los casos englobados por la teoría de la 'prohibición de regreso'..., supuestos en los que en relación con quien actúa en primer término no se interrumpe el curso causal, pero sí la imputación objetiva".[46]

entre la concepción de Hegel y la teoría final de la acción (cfr. V. Bubnoff, *Entwicklung*, pág. 46; así también Meyer, *Autonomie*, pág. 111); extendiéndose esta apreciación al desarrollo hecho por Larenz y Honig (así recientemente Maiwald, FS Miyazawa, pág. 472 y ss.; cfr. también Welzel, ZStW 51 [1931], pág. 719, nota 30, en la que dice —téngase en cuenta que se trata del artículo en el que Welzel dio el impulso inicial decisivo a la teoría final de la acción— coincidir con los resultados alcanzados por Larenz). Como se verá más adelante en el texto, esta apreciación no es casual.

[43] Cfr. en este sentido solo Gimbernat Ordeig, *Problematik der inadäquaten Handlungen*, pág. 83 y ss., exponiendo las relaciones de esta construcción con el posterior desarrollo del concepto social de acción; cfr. también Cerezo Mir, *PG II*[6], pág. 102, nota 9; Luzón Peña, voz "imputación objetiva", en: *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. II (COR-IND), pág. 3465; Feijóo Sánchez, *Homicidio y lesiones imprudentes*, pág. 24, nota 8. Que esto es así queda corroborado, por lo demás, por el hecho de que el propio Larenz utilice posteriormente, en el contexto del Derecho de daños —54 años después de la publicación de su monografía— la definición por él desarrollada de imputación objetiva para caracterizar el concepto de acción (vid. Larenz, *Lehrbuch des Schuldrechts. Zweiter Band. Besonderer Teil*, 12ª edición, 1981, § 71 I. a).

[44] Cfr. *Hegels Zurechnungslehre*, pág. 81 y ss.; ídem, NJW 1955, pág. 1012.

[45] NJW 1955, pág. 1012.

[46] NJW 1955, pág. 1012; cfr. también H. Mayer, *AT*, pág. 131 y ss.; este proyecto de fundamentación de la prohibición de regreso "tradicional" (impunidad de hechos imprudentes que permiten la ejecución de un hecho doloso por parte de un sujeto que actúa posteriormente) es acometido —apoyándose en gran medida en el desarrollo hecho por Larenz— en la dogmática jurídico-penal con posterioridad exhaustivamente por Naucke, ZStW 76 (1964), pág. 426 y ss., especialmente 428 y ss. Vid., por todos, las valoraciones críticas de esta perspectiva realizadas por Jakobs, ZStW 89 (1977), pág. 8 y s. y Derksen, *Handeln auf eigene Gefahr*, pág. 63 y ss.

La introducción de la construcción de Larenz en la dogmática jurídico-penal fue llevada a cabo pocos años más tarde por Honig.[47] Para este autor, el cometido fundamental de la imputación objetiva es el de clarificar la significación que la relación de causalidad tiene para el ordenamiento jurídico, separando los juicios de causalidad y de imputación.[48] Partiendo, como se ha dicho, de la aportación de Larenz,[49] Honig propuso como criterio de decisión la noción de "objektive Bezweckbarkeit" (que podría traducirse de modo literal como "susceptibilidad objetiva de ser tomado como finalidad"). Esta noción caracteriza, en su opinión, a aquellos supuestos en los que "...existe objetivamente una 'posibilidad de control del curso causal'".[50] Es decir, desde esta perspectiva, solo puede ser relevante aquel resultado que, siendo consecuencia de un comportamiento humano con efectos causales "solo puede ser imaginado como producido en persecución de una determinada meta".[51]

2. La teoría de la adecuación social de Welzel

Como se verá, según algunos representantes de la teoría final de la acción, resulta inviable la pretensión de desarrollar una teoría general de la imputación objetiva.[52] Incluso se ha dicho que la elaboración de la teoría de la imputación objetiva es uno de los desarrollos dogmáticos que siguen de modo especial la tradición de los adversarios de Welzel, fundador de la teoría final de la acción.[53] El propio Welzel en la última edición de su manual

[47] FG Frank I, pág. 174 y ss.

[48] Honig, FG Frank I, pág. 181.

[49] Aunque prescindiendo de modo expreso del fundamento filosófico en la teoría de la imputación de Hegel, cfr. Honig, FG Frank I, pág. 181 y s.

[50] En expresión de Gómez Benítez, *PG*, pág. 186.

[51] Honig, FG Frank I, pág. 184, 188; esta formulación, que, como se ha visto, es de difícil expresión en castellano —y que en alemán, desde luego, no da la impresión de artificiosidad que puede producir en castellano— ha sido traducida de muy distintas formas en la doctrina española; la propuesta que más fortuna parece haber hecho es la de Luzón Peña, en: Roxin, *Problemas básicos*, pág. 128 y ss.: "posibilidad objetiva de pretender".

[52] Cfr. *infra* II. C.2.

[53] En este sentido, cfr. Hisrch, en: *25 Jahre Rechtsentwicklung in Deutschland*, pág. 48; vid. también Idem, FS Universität zu Köln, pág. 403; Roxin, *AT I*[3], 24/5.

resuelve el conocido ejemplo en el que alguien "envía a otro al bosque cuando amenaza una tormenta, con la esperanza de que un rayo lo matará"[54] no excluyendo la tipicidad objetiva —como haría la teoría de la imputación objetiva—,[55] sino afirmando que no concurre dolo, pues el autor no tiene "voluntad de matar".[56]

Sin embargo, a continuación se observará que, a pesar de que ello no es reconocido comúnmente,[57] Welzel debe figurar —y en un lugar muy destacado— entre los antecedentes de la teoría de la imputación objetiva: en su estudio programático "Studien zum System des Strafrechts"[58] precisamente el supuesto acabado de aludir era abordado de modo completamente distinto: "Este ejemplo no tiene que ver ni con la causalidad, ni con el dolo, sino con el significado social de la acción que hemos denominado adecuación social".[59] Para Welzel, la adecuación social es la "interpretación de sentido de los tipos",[60] conforme a la cual quedan excluidas" del concepto de injusto... todas las acciones... que se ubiquen funcionalmente dentro del orden históricamente generado".[61] Tan solo con la adecuación social se entra en el "ámbito del tipo, ...en las regiones del injusto tipificado".[62]

Al desarrollar la formulación original de la idea de adecuación social, antes esbozada, Welzel partió de dos reflexiones de principio: por un lado, su argumentación se inscribe —de modo paralelo a lo que cabe decir del desarrollo de Larenz— en el marco de la crítica que formula frente a la concepción "naturalista-causal" de la acción y del bien jurídico.[63] En opinión de Welzel, esta partía de una visión de la realidad propia de las ciencias naturales, inadecuada desde un principio para abarcar el objeto del Derecho penal. De este modo, la cuestión del curso causal, que originalmente no era más que "una pequeña cuestión puntual", se había hipertrofiado hasta llegar a ser el problema dominante del lado objetivo del delito. El problema causal "...ha sabido colocarse en el centro del sistema del Derecho penal, ha absorbido la totalidad del lado objetivo de la acción delictiva...".[64] La teoría de la lesión del bien jurídico,[65] emparentada con "el dogma causal", según la cual "el estado original de los bienes jurídicos es la ausencia de lesión, de libertad y seguridad frente a las lesiones", de modo que "es solo el delito el que hace sufrir lesiones"[66] al bien jurídico, había hecho posible, siempre según Welzel, que el delito pudiese concebirse como la mera lesión exterior de un bien jurídico. Esto, sin embargo, constituye una interpretación errónea de la "realidad social del Derecho", en la que solo hay bienes jurídicos en la medida en que "desempeñan una 'función'".[67] Sin que los bienes jurídicos se expongan, es imposible que se desarrolle la vida social; solo una concepción de la realidad como "mundo museal muerto" puede partir de una visión estática de

[54] Un caso de los "de manual" que goza de una popularidad inmensa desde el s. XIX; vid. las referencias en Sancinetti, en: Cancio Meliá / Ferrante / Sancinetti, *Estudios sobre la teoría de la imputación objetiva*, pág. 47, nota 21.

[55] Cfr. solo Roxin, *AT I*[3], 11/39; Wessels, *AT 26*, n.m. 194 y ya en el mismo sentido —desde la perspectiva de la teoría de la causalidad adecuada— Engisch, *Kausalität*, pág. 50 y s.

[56] Welzel, *Strafrecht*[11], pág. 66; cfr. entre los representantes del finalismo de la actualidad, en este mismo sentido respecto de este ejemplo, Cerezo Mir, *PG II*[6], pág. 145 con nota 88.

[57] Vid., sin embargo, y por ejemplo, Jakobs, *Handlungsbegriff*, págs. 29, 45; Reyes Alvarado, ZStW 105 (1993), pág. 114 y s.; ampliamente Cancio Meliá, ADPCP 1993, pág. 697 y ss.; ídem, GA 1995, pág. 179 y ss.; Roxin, *AT I*[3], 10/38 *in fine*; Schünemann, GA 1999, pág. 211.

[58] ZStW 58 (1939), pág. 491 y ss.

[59] ZStW 58 (1939), pág. 517.

[60] *AT*[1], pág. 33; *AT*[2], pág. 40.

[61] ZStW 58 (1939), pág. 516.

[62] Welzel, ZStW 58 (1939), pág. 529.

[63] Sin que aquí sea preciso desentrañar hasta qué punto su crítica se dirige hacia el causalismo y en qué medida se refiere también a la corriente neokantiana en la dogmática penal de la época; vid. Roldán Barbero, *Adecuación social y teoría jurídica del delito*, pág. 23 y ss. Basta constatar que tampoco esta dirección dogmática había llegado, más allá del hallazgo de los "elementos normativos del tipo", a ubicar una categoría normativa general en el tipo. Así, por ejemplo, lo sostiene Schünemann, "Einführung in das strafrechtliche Systemdenken", en: idem (ed.), *Grundfragen des modernen Strafrechtsystems*, págs. 24 y ss., 32, nota 68. Cfr. también, por ejemplo, las amplias exposicionesde la evolución doctrinal antes de Welzel realizadas por Zielinski, *Handlungsund Erfolgsunwert*, pág. 17 y ss. y Silva Sánchez, *Aproximación*, pág. 48 y ss. En todo caso, suele afirmarse que el pensamiento de Welzel también atacaba el relativismo valorativo de los neokantianos, cfr., por todos, Zielinski, op. cit., pág. 58; Silva Sánchez, op. cit., pág. 55 y ss. y exhaustivamente Müssig, *Schutz abstrakter Rechtsgüter und abstrakter Rechtsgüterschutz*, págs. 27 y ss., 30, 32.

[64] ZStW 58 (1939), pág. 492.

[65] Aun después de la reformulación que Welzel pretende realizar, cfr. ZStW 58 (1939), pág. 514. Sobre el concepto de bien jurídico en Welzel, cfr., por todos, W. Hassemer, *Theorie und Soziologie des Verbrechens*, pág. 88 y ss.; Amelung, "Rechtsgutsverletzung und Sozialschädlichkeit", en: Jung et al. (ed.), *Recht und Moral*, pág. 274 y ss.; Müssig, *Schutz abstrakter Rechtsgüter und abstrakter Rechtsgüterschutz*, pág. 31 y ss., con referencias.

[66] Welzel, ZStW 58 (1939), pág. 509.

[67] ZStW 58 (1939), pág. 514 y s.

los bienes jurídicos. En la vida social habitual, todos están permanentemente expuestos a que se pongan en peligro y se dañen sus bienes jurídicos, sin que ello tenga relevancia jurídico-penal alguna; ello es así, según Welzel, porque el "mundo del Derecho" es un "mundo del sentido, del significado"; y es la adecuación social el concepto en el que se refleja la inserción del Derecho penal en la sociedad, que refiere "los elementos del tipo... al... conjunto de la sociedad".[68]

Por otro lado, los tipos jurídico-penales son, según Welzel, "tipificaciones de comportamientos antijurídicos";[69] por ello, las acciones socialmente adecuadas, desde un principio, no pueden ser típicas; el significado de las expresiones contenidas en el tipo solo puede averiguarse en su contexto social. La adecuación social, al eliminar del tenor literal de los tipos aquellos procesos vitales que desde el punto de vista material no deben subsumirse bajo ellos, es la que hace posible que el tipo sea la tipificación del injusto merecedor de pena.[70]

Welzel modificó en varias ocasiones los supuestos de hecho enunciados como casos de aplicación de la teoría de la adecuación social,[71] y también cambió en varias ocasiones su ubicación y relevancia sistemáticas,[72] lo que ha conducido a que frecuentemente se hable del "eslógan de la adecuación social",[73] entendido como referida meramente a la aceptación social fáctica de determinadas formas de comportamiento, a la "normalidad" social en

[68] ZStW 58 (1939), pág. 530.

[69] ZStW 58 (1939), pág. 527; ídem, *AT2*, pág. 42: "el tipo [es] tipificación del injusto jurídico-penal", "el tipo es el injusto jurídico-penal, descrito con base en elementos típicos".

[70] Welzel, *AT*[1], pág. 34 y s.; ídem, *AT*[2], pág. 42.

[71] En este sentido, afirma a lo largo de su obra que podían resolverse los siguientes casos a través de la adecuación social: el sobrino que manda a su tío rico a realizar un viaje en tren con la esperanza de que éste muera; plantar una belladona en el bosque con la esperanza de que alguien la ingiera y muera por ello; las amenazas con medios adecuados al tráfico; el coito realizado con una mujer aquejada de una enfermedad pulmonar con la intención de que muera durante el embarazo; los pequeños presentes que habitualmente se entregan a los carteros en la época de Navidad; el "riesgo permitido" en aquellas actividades peligrosas que tienen unas reglas fijas (competiciones deportivas; fábricas peligrosas); limitaciones de la libertad de movimientos en el tráfico de masas, etc.; cfr., por lo demás, los casos recogidos por Hisrch, ZStW 74 (1962), pág. 87 y ss.

[72] Cfr. solo la exposición en Cancio Meliá, ADPCP 1993, pág. 700 y ss.

[73] En este sentido, por ejemplo, *LK*[11]-Hisrch, n.m. 29 previo al § 32; Roxin, FS Klug II, pág. 304; Armin Kaufmann, FS Jescheck I, pág. 268; W. Frisch, *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, pág. 113; Serrano González de Murillo, *Teoría del delito imprudente*, pág. 123; sobre la situación actual de la teoría de la adecuación social, cfr. últimamente Roldán Barbero, *Adecuación social y teoría jurídica del delito*, pág. 67 y ss., y las referencias en Cancio Meliá, ADPCP 1993, pág. 703 y s. con nota 31.

este sentido.[74] Sin embargo, lo cierto es que Welzel no partió de un determinado caso problemático para llegar a la adecuación social, sino que, a la inversa, la planteó en primer lugar en el marco teórico de su doctrina como categoría y después adujo ejemplos (más o menos afortunados).[75] Por otra parte —con independencia del desarrollo posterior de su sistema dogmático, dominado por una perspectiva subjetiva-ontológica del concepto de acción—[76] también está claro que su concepción quedaba referida al contenido normativo-social del tipo,[77] a aquello que va más allá de los "meros nexos

[74] Y de procederse así, la adecuación social necesariamente consistirá en "criterios valorativos extrajurídicos" (así Zipf, ZStW 82 [1970], pág. 637); esto mismo lo constatan, para criticar la adecuación social, Rodríguez Mourullo, *PG*, pág. 265; Muñoz Conde, *Teoría general del delito*, pág. 51.

[75] En sentido similar, Martínez Escamilla, *La imputación objetiva del resultado*, pág. 145.

[76] Cfr. solo la conocida crítica de Roxin, ZStW 74 (1962), págs. 531, 534 y ss., y la exposición sobre la cuestión en relación con la adecuación social realizada en Cancio Meliá, ADPCP 1993, pág. 724 y ss.; ídem, GA 1995, pág. 188 y ss.

[77] Cfr. Cancio Meliá, ADPCP 1993, págs. 710 y ss., 728 y s.; ídem, GA 1995, págs. 183 y ss., 190 y s. Esto, desde el punto de vista aquí sostenido, es independiente en su significado sistemático específico para la teoría del delito, de cuáles fuesen las características que los valores incorporados a la tipicidad tuviesen en la concepción de Welzel: parece que se produce una evolución desde valores absolutos (aunque inscritos en el momento histórico concreto) hacia consideraciones más bien de tipo funcional (cfr. la adecuación social como "concepto ordenador valorativo" [ZStW 58 (1939) pág. 517, nota 38] y como "comportamiento no necesariamente modélico en sociedad, sino un comportamiento dentro del marco de la libertad de acción social" Welzel, *Strafrecht*[11], pág. 56 [cursiva en el original]). Vid. también Peters (FS Welzel, pág. 427), quien constata un progresivo vaciamiento del concepto de adecuaciónsocial de valores sociales para ir evolucionando hacia la "habitualidad de la actuación". Respecto de la evolución de Welzel en el ámbito de la filosofía del Derecho, cfr. Loos, "H. Welzel. Die Suche nach dem Überpositiven im Recht", en: ídem (ed.), *Rechtswissenschaft in Göttingen*, pág. 504 y ss., y la exposición de las bases filosóficas de Welzel hecha por Zielinski, *Handlungs- und Erfolgsunwert*, pág. 57 y ss. y Müssig, *Schutz abstrakter Rechtsgüter und abstrakter Rechtsgüterschutz*, pág. 27 y ss. Como ya se ha dicho, sin embargo, en lo relativo al valor dogmático de la adecuación social, lo relevante es que con la concepción se hace referencia a normas sociales o al menos permite esta interpretación (como ha puesto de relieve, sobre todo, W. Hassemer, *Theorie und Soziologie des Verbrechens*, pág. 88 y ss. [en contra de otras interpretaciones simplificadoras], especialmente págs. 90, 92 y ss.; cfr. también Müssig, op. cit., pág. 28 y s.). Otra cosa —que no necesariamente afecta a la validez dogmática del impulso de Welzel— es el contexto político en el que fueron formuladas sus construcciones; vid. solo la reveladora exposición en Müller-tuckfeld, *Integrationsprävention*, pág. 371 y ss., con referencia a más de una página de Welzel que podríamos denominar "oscura" en este contexto.

causales", y ello tanto en el tipo de los delitos dolosos como de los delitos imprudentes.[78]

B. Estado de la cuestión: principio del riesgo vs. teoría del tipo

Una vez hecha la somera presentación de las aportaciones en materia de "imputación objetiva" y "adecuación social" en la década de los años treinta en Alemania, procede ahora colocar la atención en lo que es la "imputación objetiva" tal y como es conocida —y aplicada— en la actualidad.[79] Para ello, de nuevo hay que hacer algo de historia, pero partiendo ahora —sobre todo, aunque no solo, como se verá— de las contribuciones de Roxin —bajo el rótulo global de "principio del riesgo"— en la década de los setenta, que marcan de modo decisivo la imagen de la teoría de la imputación objetiva en el momento actual. Después de esta presentación se pasará a la exposición de una creciente tendencia doctrinal dentro de los partidarios de la teoría de la imputación objetiva, que cabe sintetizar bajo la idea de "comportamiento típico".

1. Imputación objetiva y principio del riesgo

a) Roxin, quien sin duda es el máximo representante de una perspectiva de la imputación objetiva vinculada al "principio del riesgo",[80] sintetiza el estadio de evolución de esta teoría —y, al mismo tiempo, el contenido de ese principio— del siguiente modo: "Un resultado causado por el sujeto que

[78] "Las acciones socialmente adecuadas... nunca son antijurídicas, aunque tengan como consecuencia la lesión de un bien jurídico. Si, por consiguiente no son típicas en el sentido de los delitos dolosos, tampoco lo son en el de los delitos de causación imprudentes...", Welzel, ZStW 58 (1939), pág. 557 y s.; cfr. sobre esto Cancio Meliá, ADPCP 1993, pág. 716 y ss.; ídem, GA 1995, pág. 187 y ss.

[79] Cfr. sobre lo que sigue con más detalle Suárez González / Cancio Meliá en: Jakobs, *La imputación objetiva*, págs. 28 y ss, 36 y ss.; vid. también Cancio Meliá, *Conducta de la víctima e imputación objetiva*, pág. 57 y ss.

[80] Cuyo desarrollo se atribuye, con razón, el propio Roxin, Chengchi Law Review 50 (1994), pág. 234; cfr. también Torio López, ADPCP 1986, pág. 33 y ss.; Martínez Escamilla, *La imputación objetiva del resultado*, pág. 77; Wolter, en: Gimbernat / Schünemann / Wolter (ed.), *Internationale Dogmatik*, pág. 5 y ss.

actúa solo debe ser imputado al causante como su obra y solo cumple el tipo objetivo cuando el comportamiento del autor haya creado un riesgo no permitido para el objeto de acción (1), cuando el riesgo se haya realizado en el resultado concreto (2) y cuando el resultado se encuentre dentro del alcance del tipo (3)".[81] Cabe estimar que ésta es también la perspectiva que adopta la doctrina actualmente mayoritaria tanto en Alemania[82] como en España:[83] en efecto, la teoría de la imputación objetiva se conecta habitualmente a la cuestión de la atribución de un resultado a la conducta del autor.[84] En lo que

[81] Roxin, Chengchi Law Review 59 (1994), pág. 221 y s.; cfr. también Martínez Escamilla, *La imputación objetiva del resultado*, pág. 40.

[82] Sobre la evolución de la doctrina en lengua alemana en la materia cfr. solo las consideraciones de Roxin, *AT*[3], 11/36 y ss., 11/41a y s. y la exposición de Cuello Contreras, *PG I*[3], pág. 477 y ss. Vid. también las reflexiones históricodogmáticas aquí expuestas *supra* II. A.

[83] Sobre la evolución de la teoría de la imputación objetiva en la doctrina española, cfr. sólo la información contenida en Luzón Peña, "Causalidad e imputación objetiva como categorías distintas dentro del tipo de injusto", en: ídem, *Derecho penal de la Circulación*[2], págs. 36 y s., 41 y s., y la exposición de Cuello Contreras, *PG I*[3], pág. 488 y ss.; respecto de la jurisprudencia española, vid. solo De la Cuesta Aguado, *Tipicidad e imputación objetiva*, pág. 167 y ss.; Feijóo Sánchez, RCCP 3 (1999), pág. 49 y ss.

[84] Cfr. solo Roxin, *AT I*[3], 11/1: "La imputación al tipo objetivo tan solo constituye un problema de la Parte General en aquellos casos en los que el tipo exige un resultado en el mundo exterior separado en espacio y tiempo del acto del autor"; en ese mismo sentido también S/S[24]-Lenckner, n.m. 72 previo a los §§ 13 y ss.; también parece escéptica frente al intento de extender la teoría de la imputación objetiva fuera del problema de la conexión entre conducta y resultado Martínez Escamilla, *La imputación objetiva del resultado*, pág. 48 y s. y passim, para quien con las diversas posibilidades de expansión "...se observa el peligro de confundir método o forma de proceder [= método normativo- teleológico] con objeto de la imputación objetiva" (op. cit., pág. 48); en la doctrina italiana cfr. el desarrollo de Castaldo, *L'imputazione oggetiva*, passim, vinculado sobre todo a la posición de Roxin. Entre las primeras contribuciones a este desarrollo cabe destacar los trabajos de Gimbernat Ordeig y Roxin. Respecto de Gimbernat Ordeig, puede afirmarse que las aportaciones de este autor, dicho en palabras de Mir Puig (*Adiciones* a Jescheck, *PG*, pág. 394), se produjeron "muy tempranamente y abriendo caminos originales" (vid. también, en ese mismo sentido, por ejemplo, Cerezo Mir, *PG II*[6], pág. 183, nota 99; Martínez Escamilla, *La imputación objetiva del resultado*, pág. 37 y s.). Cfr. Gimbernat Ordeig, *Problematik der inadäquaten Handlungen*, pág. 133 y ss. y *passim*; ídem, ADPCP 1962, págs. 543 y ss., 558 y ss.; ídem, RDCir 1965, págs. 593 y ss., 673 y ss., 676 y ss.; ídem, *Delitos cualificados*, passim. Gimbernat Ordeig en lugar de la expresión "imputación objetiva" utilizó inicialmente las denominaciones "reprochabilidad" y "reprobabilidad objetiva" (ADPCP 1962, pág. 559 con nota 53), término que coincide, sin embargo, en lo material con los criterios de la teoría de la imputación objetiva (en este sentido Luzón Peña, "Causalidad e imputación objetiva como categorías distintas dentro del tipo de injusto", en: ídem, *Derecho penal de la*

sigue, se intentará trazar una panorámica básica de los distintos elementos que han sido utilizados para alcanzar la definición antes reproducida. Uno de los primeros ámbitos de aplicación de la teoría de la imputación objetiva lo constituyen los así llamados "*comportamientos alternativos ajustados a derecho*",[85] referidos a supuestos en los que el resultado se hubiera producido igualmente aún de haber adoptado el autor un comportamiento conforme a deber, o, al menos, no cabe excluir que ello sucediera así. Los ejemplos manejados son, entre otros muchos, los siguientes: un empresario entrega a sus trabajadores materiales de trabajo sin llevar a cabo la desinfección reglamentariamente exigida. Los trabajadores sufren daños al quedar infectados por un germen contenido en el material. Posteriormente queda demostrado que la desinfección no hubiera podido evitar los daños, puesto que el germen era resistente a los medios de desinfección a emplear.[86] Un ciclista es arrollado por un vehículo que no mantiene la distancia reglamentaria de seguridad. Posteriormente se comprueba que el ciclista estaba ebrio, de modo que no cabe excluir la hipótesis de que hubiera sido arrollado incluso aunque se hubiera respetado la distancia de seguridad, cayendo bajo las ruedas del camión por su ebriedad.[87] Gimbernat Ordeig propuso para la solución de estos supuestos la utilización del criterio del "fin de protección de la norma".[88] De acuerdo con el mismo, si el resultado producido por el comportamiento no es uno de los que se querían evitar con el establecimiento del deber derivado de la norma de cuidado, el autor estará exento de responsabilidad. Roxin, por el contrario, elaboró para estos supuestos la doctrina del

*Circulación*², pág. 37; cfr. la crítica de Antón Oneca [ADPCP 1969, pág. 195 y s.] a esa terminología, que en su opinión podía llevar a confusiones con la culpabilidad; vid. también sobre esta cuestión terminológica Torío López, ADPCP 1986, pág. 33, nota 1). Entre las aportaciones de Roxin, cfr. ZStW 74 (1962), pág. 411 y ss.; sobre todo, ídem, FS Honig, pág. 133 y ss.; ídem, FS Gallas, pág. 241 y ss.; vid. también a continuación en el texto. 85 Vid. aquí *infra* III. B. 2. b) 1.

[86] Cfr., con una configuración similar, el famoso caso de los pelos de cabra, RGSt 63, 211 y ss.

[87] Cfr. BGHSt 11, pág. 1 y ss.

[88] RDCir 1965, págs. 593 y ss., 673 y ss., 682; ídem, *Delitos cualificados*, pág. 135 y ss.; en la doctrina de lengua española más moderna, cfr. por todos los estudios de Corcoy Bidasolo, *El delito imprudente*, pág. 451 y ss.; Martínez Escamilla, *La imputación objetiva del resultado*, pág. 259 y ss.; Eadem, en: Gimbernat / Schünemann / Wolter (ed.), *Omisión e imputación objetiva*, págs. 103 y ss., 106 y ss.; Reyes Alvarado, *Imputación objetiva*, pág. 231 y ss.

"incremento del riesgo",[89] conforme a la cual lo decisivo es determinar si la conducta del autor generó un riesgo por encima del permitido; cuando ello es así, de acuerdo con este punto de vista, deberá producirse la imputación.

Más allá de estas constelaciones de casos, se propuso utilizar como criterio general de imputación, en el ámbito del delito imprudente, el criterio del *fin de protección de la norma* antes mencionado. Este operaría en sustitución de la idea de previsibilidad objetiva.[90]

Su aplicación pretendía evitar las dificultades que presenta el juicio de previsibilidad, y permitir determinar de modo más correcto si concurre la necesaria relación de antijuridicidad entre la lesión del deber de cuidado y el resultado lesivo.[91]

Estas primeras aproximaciones cristalizaron en una *construcción de conjunto*, llevada a cabo sobre todo por Roxin y consistente en la elaboración de una serie de criterios normativos ubicados en un mismo marco sistemático.

El denominador común de estos criterios está, desde esta perspectiva, en el "principio del riesgo" antes mencionado, de acuerdo con el cual, partiendo del resultado, la cuestión estriba en determinar si la conducta del autor creó o no un riesgo jurídicamente relevante de lesión típica de un bien jurídico en relación con dicho resultado.[92] Sobre esta base, Roxin propuso

[89] ZStW 74 (1962), pág. 411 y ss.; ídem, FS Honig, pág. 138 y ss.; su posición actual viene expuesta en ídem, AT I³, 11/76 y ss., 11/88 y ss.; cfr. también *SK*-Rudolphi, n.m. 65 y ss. previos al § 1; coinciden con la teoría del incremento del riesgo, por ejemplo, Maurach / Gössel, *AT*²⁷, 43/105 y ss.; Bacigalupo, PG⁴, pág. 199; con un punto de vista original, Stratenwerth, *AT I*⁴, n.m. 215 y ss., 225; Schünemann, JA 1975, págs. 582 y ss., 647 y ss.; ídem, GA 1991, pág. 225 y ss. Desde una perspectiva crítica, cfr. por todos *S/S*²⁴-Cramer, § 15 n.m. 173; Cerezo Mir, *PG II*⁶, pág. 181 y ss.; Luzón Peña, *PG I*, pág. 385 y s.; Martínez Escamilla, *La imputación objetiva del resultado*, págs. 214 y ss., 219 y ss.; Jakobs, *La imputación objetiva*, pág. 192 y ss.; vid. también *infra* III. C. 2. a).

[90] Cfr. solo Rudolphi, JuS 1969, pág. 549 y ss., pág. 550, con referencias en notas 7 a 11; cfr. sobre los orígenes jurídico-civiles de esta idea Toepel, *Kausalität und Pflichtwidrigkeitszusammenhang*, pág. 141 y ss.; Rudolphi, JuS 1969, pág. 550 con nota 7.

[91] A modo de ejemplo respecto de esta fase inicial cabe señalar que Rudolphi aplica el criterio, en concreto, a los supuestos de "daños consecuenciales", cursos de salvamento, favorecimientos de autopuestas en peligro y puestas en peligro de un tercero con su consentimiento (JuS 1969, pág. 552 y ss.).

[92] Roxin, FS Honig, pág. 135 y ss., donde señala, además, que es necesario vincular a este "principio del riesgo" el criterio de que una determinada meta pueda ser imaginada objetivamente como perseguida finalmente formulado por Honig (cfr. sobre esto *supra* II. A. 1.). Por otro lado, partiendo de que lo

como parámetros concretos para determinar el juicio de imputación objetiva del resultado los siguientes: a) la disminución del riesgo; b) la creación o no creación de un riesgo jurídicamente relevante; c) el incremento o falta de aumento del riesgo permitido y d) la esfera de protección de la norma.[93]

La idea de la *disminución del riesgo*, válida según Roxin para todos los supuestos en los que se atempera por la conducta de un sujeto un suceso que comportaría un daño más grave, exige la exclusión de la imputación pesar de la relevancia causal de la intervención.[94]

En el ámbito de la creación o falta de creación de un *riesgo jurídicamente relevante*, Roxin incluyó, por un lado, supuestos de irrelevancia del riesgo, y, por otro, diversas constelaciones agrupadas en torno de las llamadas "desviaciones del curso causal".[95] El *incremento del riesgo* lo siguió reservando para la problemática de los comportamientos alternativos ajustados a Derecho, conforme a los criterios por él desarrollados ya con anterioridad; por último, recurrió al *fin de protección de la norma*, como criterio destinado, básicamente, a abarcar casos de daños sobrevenidos posteriormente, casos en los que se produce un segundo daño y supuestos de provocación de acciones de salvamento arriesgadas y de favorecimiento de autopuestas en peligro.[96]

determinante en el juicio de imputación objetiva es conocer si el comportamiento conlleva un riesgo jurídicamente relevante de lesión de un bien jurídico, se ha señalado desde un principio la estrecha vinculación existente entre las teorías de la adecuación y de la relevancia y la de imputación objetiva. Cfr. en este sentido solo Jescheck, *AT*², § 28 III. 2. e idem, *AT*³, § 28 III. 3.; Rodríguez Mourullo, *PG*, pág. 299; Bacigalupo, *PG*⁴, pág. 187 y s.; Luzón Peña, "Causalidad e imputación objetiva como categorías distintas dentro del tipo de injusto", en: ídem, *Derecho Penal de la Circulación2*, pág. 39; Torío López, ADPCP 1986, pág. 38 y s.; Frisch, *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, pág. 17 y s. con nota 48; Larrauri Pijoan, ADPCP 1988, págs. 729, 731; Eadem, EPCr XII (1989), pág. 228; vid. sobre esta relación —que, en realidad, es tan solo parcial— también *infra* II. D. 1. Por lo demás, respecto de la discusión respecto de la teoría de la adecuación, cfr. solo Engisch, *Kausalität*, pág. 41 y ss., el exhaustivo estudio realizado por Martínez Escamilla, *La imputación objetiva del resultado*, pág. 79 y ss., y el análisis crítico de Jakobs, *AT*², 7/30 y ss., 7/33 y s.

[93] Roxin, FS Honig, pág. 136 y ss.

[94] FS Honig, pág. 136.

[95] FS Honig, pág. 136 y ss.

[96] Si bien ya se formula en FS Honig, pág. 140 y ss., su aplicación a las constelaciones de casos mencionadas se desarrolla sobre todo en su contribución en FS Gallas, pág. 241 y ss.

En este contexto, la expresión "fin de protección de la norma" estaba siendo utilizada con dos distintas acepciones.[97] Por una parte, el criterio venía siendo referido al alcance que tenía "la norma objetiva de cuidado" de los delitos imprudentes —sentido original en el que lo emplearon, por ejemplo, Gimbernat Ordeig y Rudolphi—; por otra, el fin de protección de la norma hacía referencia al alcance de la norma de la correspondiente figura delictiva. Al comienzo, Roxin lo utilizó en ambos sentidos de forma indistinta. Más recientemente, sin embargo, para evitar confusiones, recurre a la expresión "*alcance del tipo*" cuando utiliza el criterio en su segunda acepción;[98] en este sentido, en el marco del "alcance del tipo", a pesar de concurrir la realización de un riesgo no permitido, la "...imputación aún puede fracasar porque el alcance del tipo, el fin de protección de la norma típica... no abarca resultados de las características que muestra el [resultado] que se ha producido, porque el tipo no está destinado a evitar tales sucesos".[99]

[97] Cfr. ya Wolter, *Zurechnung*, pág. 341 y ss., distinguiendo los supuestos en los que se trata de la finalidad de la "norma de protección" previa al ordenamiento penal (supuestos de falta de realización del riesgo [vid. op. cit., pág. 341 y s.] que Wolter denomina "casos impropios del fin de protección de la norma") de los supuestos en los que se trata de la norma penal misma (cfr. op. cit., págs. 341, 343 y ss.), que en la terminología de Wolter son los supuestos de "fin de protección de la norma" propiamente dichos. Posteriormente también el propio Roxin ha diferenciado entre ambos sectores, si bien con otra terminología —cfr., por ejemplo, *AT I*³, 11/71, nota 142—, como se expone a continuación en el texto. Está claro que puede hablarse desde el principio en Roxin de una utilización "residual" del criterio (como señala Martínez Escamilla, *La imputación objetiva del resultado*, pág. 37). Torío López propone, por su parte, reservar la expresión "fin de protección de la norma" para los supuestos en los que el resultado "no se considera objetiva, general o humanamente previsible", mientras que bajo el criterio del "ámbito de protección de la norma" engloba los supuestos abarcados por el riesgo permitido (cfr. EPCr X [1987], pág. 396 y ss.). Por lo demás, respecto de la insegura utilización de este criterio, o incluso de esta denominación, cfr. sólo Martínez Escamilla, *La imputación objetiva del resultado*, pág. 265 y ss., para quien existe en este ámbito un verdadero "imperio del caos" (op. cit., pág. 265).

[98] Cfr. Roxin, *AT I*³, 11/72 y ss., 11/88 y ss. La diferenciación se produjo de forma clara ya en la contribución de Roxin en FS Gallas, pág. 242 y ss., especialmente pág. 245, nota 17, mientras que en FS Honig el criterio del fin de protección de la norma era utilizado aún de manera indiferenciada (p. 140 y ss.). Más recientemente, Roxin ha señalado que el criterio de la "pertenencia del resultado al ámbito de protección jurídico-penal" (alcance del tipo) y constituye un "segundo nivel de imputación objetiva" (respecto de los primeros dos escalones, creación y realización del riesgo), y afirma que las restricciones de la imputación que se operan sobre la base de este criterio se agrupan en determinadas constelaciones de casos (cfr. Roxin, CPC 1989, pág. 761; ídem, *AT I*³, 11/90).

[99] Roxin, *AT I*³, 11/90.

b) Estos criterios propuestos sobre todo por Roxin —menos el escalón del "alcance del tipo"— pronto cristalizaron en la fórmula dominante citada al principio de este apartado, según la cual para que un resultado sea objetivamente imputable a un comportamiento causal en relación con dicho resultado, es necesario que el comportamiento incorpore un riesgo jurídicamente desaprobado que sea el que se realiza en el resultado.[100]

Sin embargo, en cierto modo puede decirse que con la asunción generalizada de esta fórmula es en donde termina ya el consenso de la doctrina acerca de la estructura de la imputación objetiva.[101] De modo particular, cabe constatar que existen diferencias más que significativas en lo que se refiere a la incorporación de la teoría de la imputación objetiva a las construcciones en el marco respectivo de los delitos imprudente y doloso y al delito de comisión por omisión.[102] En este sentido, puede destacarse especialmente que la intención declarada de Roxin, proclamando que la imputación objetiva viene a sustituir otras construcciones desarrolladas para el delito imprudente,[103] y así a unificar el tipo objetivo de delito imprudente y doloso,[104] aún no se ha asumido en la discusión doctrinal.

[100] Ya en Jescheck, *AT*[3], § 28 IV, texto correspondiente a la nota 40; cfr. además, por ejemplo, desde distintas perspectivas, *SK*-Rudolphi, n.m. 57 previo al § 1; *S/S*[24]-Lenckner, n.m. 91 y ss. previos a los §§ 13 y ss.; Schmidhäuser, *AT*[2], 8/49, 8/63 y ss.; Mir Puig, *PG*[5], 10/47.

[101] Cfr. en este sentido W. Frisch, *Tipo penal e imputación objetiva*, pág. 58.

[102] Cfr. solo la exposición en Suárez González / Cancio Meliá, en: Jakobs, *La imputación objetiva*, pág. 36 y ss.

[103] Cfr. Roxin, Chengchi Law Review 50 (1994), pág. 229: "Los conceptos con los que la dogmática tradicional ha intentado aprehender la imprudencia —infracción del deber de cuidado, previsibilidad, cognoscibilidad— son superfluos y pueden ser despedidos".

[104] Cfr. solo Roxin, *AT* I[3], 24/10 y ss., y, por otro lado y por ejemplo, las aproximaciones en *S/S*[24]-Cramer, § 15 n.m. 116 y ss., 121 en relación con n.m. 159 y ss.; Jescheck / Weigend, AT[5], § 54 I. 4. con nota 17; Wessels, *AT*[26], n.m. 664, en el marco de las cuales la imputación objetiva no sustituye los contenidos tradicionales del delito imprudente. Vid. también Gimbernat Ordeig ("¿Qué es la imputación objetiva?", en: ídem, *Estudios de Derecho penal*[3], pág. 213 y s.), quien señala que en el delito imprudente la imputación objetiva no puede identificarse con la infracción del deber objetivo de cuidado, ya que la primera sería un elemento no escrito del tipo, mientras que la segunda sí lo es; por otro lado, Octavio de Toledo y Ubieto / Huerta Tocildo (*PG*[2], pág. 614) sostienen que si falta la previsibilidad no "falta la imputación objetiva... sino la misma conducta típica de imprudencia"; respecto del riesgo permitido, Kindhäuser ha presentado un incisivo estudio (GA 1994, pág. 197 y ss., especialmente pág. 215 y ss.) en el que afirma que aquel solo opera en el ámbito del delito imprudente; vid. aquí *infra* III. A. 2. 105 Cfr., desde distintas perspectivas, por ejemplo, Bacigalupo, *PG*[4], pág. 223 y s. (extensión de la imputación objetiva a los

2. Imputación objetiva y tipicidad objetiva

Frente a la construcción de la teoría de la imputación objetiva como teoría fundamentalmente ligada a determinación de la relación entre conducta y resultado, son cada vez más frecuentes las aportaciones que —aún compartiendo el punto de partida antes esbozado— adoptan, en realidad, una perspectiva desligada del "principio del riesgo". Desde este punto de vista, por un lado, algunos de los criterios delineados por la teoría de la imputación objetiva deben extenderse a ámbitos distintos de los delitos de resultado.[105]

Lo más importante de esta aproximación estriba, sin embargo, en que, por otro lado, esta perspectiva conduce a desligar estos criterios del curso lesivo fáctico —también en los delitos de resultado— y a vincularlos a otras

delitos de peligro), Mir Puig, *PG5*, 10/60, 10/62 y ss. —en particular, Mir Puig (*Adiciones* a Jescheck, *PG*, pág. 915; ídem, *PG*[3], pág. 249 y s.; cfr. también Corcoy Bidasolo, *El delito imprudente*, pág. 347 y s.) viene sosteniendo desde hace tiempo que la teoría de la autoría también es un fragmento de la imputación objetiva, dado que es al autor al que se le imputa objetivamente el hecho como obra suya (de todos modos, hay que señalar que la frase más explícita en este sentido ["La autoría se presenta, pues, desde este prisma, como parte de la teoría de la imputación objetiva" (*PG*[3], pág. 250) ha sido eliminada por Mir Puig a partir de la cuarta edición de su Parte General (cfr. *PG*[4], 10/60)]—; una de las primeras aproximaciones en la línea de ampliación es la de Triffterer, *AT*, pág. 138 y ss.; desde una perspectiva de base muy peculiar —asentada en la cibernética— cfr. también la aproximación de Kratzsch, *Verhaltenssteuerung*, pág. 358 y ss.; ídem, FS Oehler, pág. 65 y ss., 69 y ss.; defienden también una aproximación amplia, por lo demás, Octavio de Toledo y Ubieto / Huerta Tocildo, *PG*[2], pág. 90 y s., quienes, al vincular la exigencia de imputación objetiva no al resultado externo, sino a la afección del bien jurídico, defienden una extensión de la imputación objetiva a todas las infracciones; también Torío López, ADPCP 1986, págs. 33 y ss., 45 y ss.; ídem, EPCr X [1987], pág. 384 y ss., ha propuesto extender —aproximándose, según él mismo señala, al punto de vista amplio de Triffterer (vid. ADPCP 1986, pág. 41)— la teoría de la imputación objetiva fuera de la conexión de acción y resultado, ya que para este autor se trata, en realidad, de un "principio metódico superior" (loc. cit., pág. 35); particularmente amplia es la concepción de Wolter, en: Gimbernat / Schünemann / Wolter (ed.), *Internationale Dogmatik*, pág. 3; en cuanto a la coautoría, Lesch, ZStW

[105] (1993), págs. 271 y ss., especialmente 274 y ss., 281 y ss.; igualmente con especial amplitud en cuanto al alcance de la imputación objetiva, vid. también el exhaustivo desarrollo monográfico de Reyes Alvarado, *Imputación objetiva*, págs. 72 y ss., 78 y ss., 81 y s. Por otra parte, los contenidos dogmáticos que presenta ahora Lesch (*Revision*, 2. II. y *passim*) bajo el rótulo "imputación objetiva" no tienen ya nada que ver con la discusión dogmática habitual, ya que este autor abandona por completo el paradigma del concepto analítico de delito para volver a una concepción unitaria-hegeliana de la noción de delito.

consideraciones distintas de la atribución de ese curso lesivo. En última instancia, la teoría de la imputación objetiva va aproximándose a convertirse en una teoría general de la conducta típica, en la que la atribución del resultado ya no es la cuestión dominante.

En particular, han presentado construcciones de conjunto que llevan a la práctica de modo global este postulado W. Frisch con su teoría de la conducta típica y Jakobs con su desarrollo de la teoría de la imputación objetiva.

a) La teoría de la conducta típica de W. Frisch

El elemento nuclear de la concepción de la teoría del tipo de Frisch está en que el criterio que permite determinar si un comportamiento está o no permitido estriba en una ponderación de intereses. Se trata de ponderar entre la libertad de actuación y ciertos intereses de protección de bienes.[106] Esta ponderación debe realizarse, en su opinión, tanto en el tipo del delito imprudente como en el del doloso, lo que supone introducir en este segundo ámbito como requisito limitador la creación de un peligro, que sólo cuando supera la medida de lo tolerable resulta desaprobado.[107] Concretamente, para Frisch la averiguación ha de llevarse a cabo en un procedimiento en dos fases: en primer lugar, debe determinarse si la desaprobación de ciertas conductas generadoras de riesgo es un medio idóneo, necesario y adecuado para la conservación de determinados bienes. En segundo lugar, debe constatarse que para el mantenimiento de la norma resulte necesario y adecuado que frente a las creaciones de riesgo desaprobadas —conforme al primer paso— se reaccione precisamente mediante una pena.[108] Sobre la base de esta ponderación, la peligrosidad típicamente relevante de la acción es el concepto nuclear que da cuerpo al primer nivel sobre el que se proyecta la "imputación": el comportamiento típico. Frisch parte del mismo presupuesto del que parten aquellas aproximaciones vinculadas al principio del riesgo, esto es, de que para que un resultado sea objetivamente imputable es necesario que éste sea concreción de un peligro objetivamente desaprobado, pero

[106] Vid. W. Frisch, *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, págs. 72 y ss., 75 y ss.

[107] Cfr. W. Frisch, *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, pág. 36 y ss.; ídem, *Tipo penal e imputación objetiva*, pág. 71 y s.

[108] Cfr., por ejemplo, W. Frisch, *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, pág. 79 y s.

deja de considerar este requisito como un exclusivo presupuesto de la imputación de resultados: mediante su entendimiento como cualidad específica de la propia conducta lo eleva a la categoría de piedra angular de la conducta típica.[109]

El peligro objetivamente desaprobado da paso a la peligrosidad típicamente relevante de la acción. Se pasa así de la teoría de la imputación objetiva de resultados a la teoría de la conducta típica.[110] En coherencia con esto, Frisch reserva la expresión "imputación objetiva" exclusivamente para la imputación del resultado en los delitos de resultado. Para precisar el criterio central de la aptitud típicamente relevante de la conducta a producir el resultado típico, Frisch opera sobre la base de parámetros que, como él mismo reconoce, ya aparecen subrayados por el sector doctrinal vinculado al principio del riesgo. En primer lugar, existen riesgos idóneos para provocar en combinación con determinadas circunstancias la aparición de resultados típicos que quedan excluidos de la esfera de formas de conducta prohibidas por tratarse de riesgos generales de la vida y riesgos usuales de la vida social.[111] En segundo lugar, la concreción de los principios directivos de los ordenamientos primarios es un instrumento esencial para determinar concretamente los riesgos tolerados.[112]

La teoría de la conducta típica de Frisch supone una reducción de la teoría de la imputación objetiva de resultados a la imputación del resultado y, en consecuencia, a la exigencia de la realización de un peligro típicamente desaprobado. a realización del riesgo desaprobado como exigencia del tipo faltará cuando en el resultado se manifieste el riesgo residual consentido de determinadas acciones o ciertos riesgos secundarios no desaprobados.[113] Para Frisch, por tanto, no se trata de buscar una "fórmula de realización" que pondere la relevancia del riesgo desaprobado en atención al resultado verificado, sino de valorar "el propio curso verificado desde la perspectiva del riesgo".[114]

[109] Cfr. W. Frisch, *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, págs. 23 y ss., 33 y ss., 66.

[110] W. Frisch, *Tipo penal e imputación objetiva*, pág. 102 y ss.

[111] Vid., por ejemplo, W. Frisch, *Tipo penal e imputación objetiva*, pág. 96 y s.

[112] W. Frisch, *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, pág. 101 y ss.

[113] W. Frisch, *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, pág. 518 y ss.; ídem, *Tipo penal e imputación objetiva*, pág. 54 y ss.

[114] Cfr. W. Frisch, *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, pág. 526 y s.; ídem, *Tipo penal e imputación objetiva*, pág. 109.

En el ámbito de la realización del riesgo, para Frisch no existe en realidad ningún problema normativo relativo a las exigencias de realización, ya que la cuestión sobre si el curso causal realizado forma parte de los cursos por los que la conducta se halla desaprobada es previo a la realización del peligro, pues afecta a la misma desaprobación de la conducta.[115] La realización del riesgo es, en consecuencia, un problema de prueba fáctica.[116] En coherencia con su planteamiento, por lo tanto, para Frisch carece de utilidad uno los elementos más empleados por la doctrina mayoritaria a la hora de enfrentarse a la solución de determinadas constelaciones de casos: el fin de protección de la norma.[117]

b) La teoría de la imputación objetiva de Jakobs

También la construcción dogmática que ha ido desarrollando Jakobs bajo la denominación de "imputación objetiva"[118] se aleja cada vez con mayor claridad de una exclusiva vinculación a las cuestiones relativas a la atribución de un resultado para convertirse en una teoría general de las "características objetivas generales de un comportamiento imputable".[119] Los contenidos de la teoría de la imputación objetiva desarrollada por este autor se encuentran estrechamente vinculados a la idea de que el sistema de la teoría del delito debe tomar como punto de referencia la esfera de administración autónoma que corresponde al ciudadano, a la persona.[120] En este sentido, la

[115] W. Frisch, *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, págs. 518 y ss., 529 y ss.; ídem, *Tipo penal e imputación objetiva*, pág. 110 y ss.

[116] Cfr. W. Frisch, *Tipo penal e imputación objetiva*, pág. 109 y ss.; "Esta categoría normativamente está poco menos que vacía de contenido: las claves orientadoras han de desvelarse en su conjunto en el ámbito de la conducta típica... Para la realización del peligro como presupuesto de la presencia de un resultado imputable no resta sino... la comprobación fáctica" (op. cit., pág. 115 y s.).

[117] Cfr. W. Frisch, *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, pág. 81 y ss.

[118] Las aportaciones de Jakobs en este ámbito dan comienzo sobre todo con su estudio sobre la prohibición de regreso (ZStW 89 [1977], pág. 1 y ss.); vid. sobre la aportación de Jakobs en este ámbito, detalladamente, Suárez González / Cancio Meliá, en: Jakobs, *La imputación objetiva*, págs. 50 y ss., 59 y ss. y Peñaranda Ramos / Suárez González / Cancio Meliá, en: Jakobs, *Estudios de Derecho penal*, pág. 55 y ss.

[119] Jakobs, *AT*^{2}, 7/4, 7/4a.

[120] Sobre la perspectiva sistemática de Jakobs en su conjunto, cfr. solo Peñaranda Ramos / Suárez González / Cancio Meliá, en: Jakobs, *Estudios de Derecho penal*, *passim*.

teoría de la imputación objetiva es para Jakobs un primer gran mecanismo de determinación de ámbitos de responsabilidad dentro de la teoría del delito, que permite constatar cuando una conducta tiene carácter (objetivamente) delictivo.[121] Mediante la teoría de la imputación objetiva, por tanto, en opinión de Jakobs se determina si concurre una expresión de sentido típica[122] que ha de entenderse en sentido general, en cuanto expresión de sentido del portador de un rol, como contradicción de la vigencia de la norma en cuestión.[123]

Concretamente, la teoría de la imputación objetiva se divide para Jakobs en dos niveles: por un lado, la calificación del comportamiento como típico (imputación objetiva del comportamiento), y, por otro, la constatación —en el ámbito de los delitos de resultado— de que el resultado producido queda explicado precisamente por el comportamiento objetivamente imputable (imputación objetiva del resultado). En el primer nivel de la imputación objeti-

[121] "...es necesario fijar de modo objetivo qué es lo que significa un comportamiento, si significa una infracción de la norma o algo inocuo. Por lo tanto, ha de desarrollarse un patrón conforme al cual puede mostrarse el significado vinculante de cualquier comportamiento. Y si se quiere que este patrón cree orden, este no puede asumir el caos de la masa de peculiaridades subjetivas, sino que ha de orientarse sobre la base de estándares, roles, estructuras objetivas. Dicho de otro modo, los autores y los demás intervinientes no se toman como individuos con intenciones y preferencias altamente diversas, sino como aquello que deben ser desde el punto de vista del Derecho: como personas. Es entre estas donde se determina a quién le compete un curso lesivo: a un autor, a un tercero, o a la víctima..." (Jakobs, ZStW 107 [1995], pág. 60).

[122] Recuperando una terminología acuñada años atrás por Welzel en el marco de la teoría de la adecuación social; es este uno de los ámbitos en el que Jakobs ha manifestado en ocasiones la pretensión de enlazar en su dogmática con la obra de su maestro Welzel, en este caso, rescatando la vertiente normativa expresada en un primer momento por Welzel para la dogmática del tipo mediante la teoría de la adecuación social (cfr., por ejemplo, Jakobs, *Handlungsbegriff*, pág. 29, afirmando que Welzel realizó los "trabajos preparatorios" para la moderna teoría de la imputación objetiva con la idea de la adecuación social; vid. también Jakobs, *AT*^{2}, 7/4b). Sobre la propuesta de Welzel desde la perspectiva de la teoría del tipo, cfr. *supra* II. A. 1. y sobre la interpretación de la teoría de Welzel desde la perspectiva del desarrollo del finalismo solo el exhasutivo análisis de Roldán Barbero, *Adecuación social y teoría jurídica del delito*, pág. 23 y ss. y *passim*; vid. también Cancio Meliá, ADPCP 1993, págs. 704 y ss. con nota 35, 710 y s., 728 y s.; ídem, GA 1995, págs. 178 y ss., 190 y s. con nota 78.

[123] Esta determinación (general-abstracta) del quebrantamiento de la norma que se produce en el ámbito del tipo es provisional, pues en el pensamiento de Jakobs solo la afirmación de culpabilidad (como juicio personal) hace que se pueda hablar verdaderamente de un ataque a la vigencia de la norma; cfr. solo Jakobs, *Handlungsbegriff*, pág. 43 y s.

va, la imputación de comportamientos, Jakobs propone cuatro instituciones dogmáticas a través de las cuales ha de vertebrarse el juicio de tipicidad: riesgo permitido, principio de confianza, actuación a riesgo propio de la víctima y prohibición de regreso.[124] Jakobs configura el riesgo permitido partiendo de una definición claramente normativa del "riesgo", desligada de probabilidades estadísticas de lesión.[125] El riesgo permitido se define, entonces, como el estado normal de interacción, es decir, como el vigente *status quo* de libertades de actuación, desvinculado de la ponderación de intereses que dio lugar a su establecimiento, hasta el punto que en muchos casos se trata de un mecanismo de constitución de una determinada configuración social por aceptación histórica —de una ponderación omitida—, dicho en otros términos, se refiere más a la identidad de la sociedad que a procesos expresos de ponderación.[126] El principio de confianza determina cuándo existe, con ocasión del desarrollo una actividad generadora de un cierto riesgo (permitido), la obligación de tener en cuenta los fallos de otros sujetos que también intervienen en dicha actividad (de modo que si no se procediera así, el riesgo dejaría de ser permitido), y cuándo se puede confiar lícitamente en la responsabilidad de esos otros sujetos.[127]

La institución de la "actuación a riesgo propio" o "competencia de la víctima" —mediante la cual Jakobs propone tener en cuenta la intervención

[124] Cfr. Jakobs, ZStW 76 (1974) (suplemento), pág. 6 y ss.; ídem, ZStW 89 (1977), pág. 1 y ss.; respecto de la intervención de la víctima, ídem, "La organización de autolesión y heterolesión", en: ídem, *Estudios de Derecho penal*, pág. 395 y ss., y las exposiciones de conjunto en ídem, *AT*², 7/4 y ss.; ídem, *La imputación objetiva*, passim; ídem, *La autoría mediata*, pág. 8 y ss. e ídem, "La imputación objetiva", en: ídem, *Estudios de Derecho penal*, pág. 209 y ss.; sobre la doctrina de Jakobs, cfr. solo las exposiciones en Suárez González / Cancio Meliá, en: Jakobs, *La imputación objetiva*, pág. 69 y ss.; Peñaranda Ramos / Suárez González / Cancio Meliá, en: Jakobs, *Estudios de Derecho penal*, pág. 55 y ss.

[125] Cfr. Jakobs, ZStW 76 (1974), suplemento, págs. 12 y ss., 14 y s.; ídem, *AT*², 7/35.

[126] Cfr. Jakobs, *AT*², 7/36, especialmente notas 62 y 63; ídem, *La imputación objetiva*, pág. 119 y ss.; en este sentido, el riesgo permitido aparece tan solo como "descendiente" del estado de necesidad justificante (Jakobs, ZStW 89 [1977] pág. 13); la "fundamentación del riesgo permitido está... emparentada con la ponderación de intereses" (Jakobs, *AT*², 7/35, sin cursiva en el original), pero no su funcionamiento en la imputación; la ponderación es solamente la consideración del legislador que antecede a la fijación del estándar descontextualizado (Jakobs, *AT*², 7/40), es decir, el "estado normal de interacción" (Jakobs, *La imputación objetiva*, pág. 119). En el presente estudio, vid. *infra* III. B. 1. a) 3.

[127] Jakobs, ZStW 89 (1977), págs. 13 y ss., 29 y ss.; ídem, *AT*², 7/51; ídem, *La imputación objetiva*, pág. 105 y s.

de la víctima en el suceso— tan solo ha sido esbozada en algún trabajo monográfico y en su tratado sobre la Parte General aún presenta un tratamiento disperso y poco coherente en algunos puntos.[128] Respecto de la institución de la prohibición de regreso[129] cabe decir que lo que Jakobs pretende en última instancia es enmarcar de forma sistemática la teoría de la participación dentro de la imputación objetiva. Desde esta perspectiva, la prohibición de regreso satisface la necesidad de limitar el ámbito de la participación punible, tanto para comportamientos imprudentes como dolosos, con base en criterios objetivo-normativos;[130] de este modo, la prohibición de regreso se presenta en cierto modo como el reverso de la participación punible.[131]

Para Jakobs, la prohibición de regreso se refiere a aquellos casos en los que un comportamiento que favorece la comisión de un delito por parte de otro sujeto no pertenece en su significado objetivo a ese delito, es decir, que puede ser "distanciado" de él.

Por otro lado, frente al alto grado de desarrollo que ha alcanzado el primer nivel de la imputación objetiva, el segundo nivel de imputación, la realización de riesgos o imputación objetiva del resultado, tiene un peso menor en la concepción de Jakobs y puede ser condensada —coincidiendo

[128] Cfr. las distintas construcciones esbozadas en Jakobs, *AT*², 7/61, 7/104 y ss., especialmente en relación con 7/124 y ss., 7/129; 29/53 y ss. (cfr. Sobre la falta de coordinación existente entre las distintas aproximaciones propuestas por Jakobs Cancio Meliá, *Conducta de la víctima e imputación objetiva*, pág. 161 y ss.) vid. también los apuntes en ídem, "La organización de autolesión y heterolesión", en: ídem, *Estudios de Derecho penal*, especialmente pág. 410 y ss.; ídem, *La imputación objetiva*, pág. 109 y ss.; ídem, *Tun und Unterlassen*, pág. 28.

[129] Que poco tiene que ver con la antigua doctrina de la "prohibición de regreso" como interrupción del nexo de imputación entre un primer comportamiento imprudente y un posterior comportamiento doloso; cfr. Sobre todo Jakobs, ZStW 89 (1977), pág. 1 y ss.; ídem, AT², 7/56 y 21/14 y ss.; ídem, *La imputación objetiva*, pág. 145 y ss.; ídem, "La imputación objetiva", en: ídem, *Estudios de Derecho penal*, pág. 255 y ss. En el presente trabajo, vid. *infra* III. B. 1. c).

[130] Como ha señalado el propio Jakobs (por ejemplo, últimamente, *La imputación objetiva*, pág. 171 y s.; ídem, GA 1996, pág. 260 y s., nota 15, con ulteriores referencias), las diferencias materiales —más allá de la denominación— con aquellas posturas que incorporan delimitaciones normativas de ámbitos de responsabilidad y la correspondiente exclusión de responsabilidad por actos que carecen de significado delictivo no son de consideración.

[131] Cfr. respecto de la parte "negativa" (exclusión de la responsabilidad por comportamientos objetivamente irrelevantes) sobre todo últimamente Jakobs, *La imputación objetiva*, pág. 145 y ss.; respecto de la parte "positiva" repercusiones sobre la teoría de la participación, en especial respecto de la accesoriedad), ahora ídem, GA 1996, pág. 253 y ss.

en lo fundamental con la opinión dominante— en lo que sigue: para que el resultado sea típico, este debe presentarse como emanado del riesgo típico, que constituirá la *explicación* de éste. En este sentido, en caso de concurrir varios riesgos alternativos, solo sirve de explicación del resultado aquel riesgo cuya omisión hubiera evitado de modo planificable el resultado.[132]

C. ¿Imputación "objetiva" como categoría general de la tipicidad?

1. Introducción

Simplificando al máximo, ¿qué modificaciones supone la teoría de la imputación objetiva en la teoría del delito? Frente a la situación bajo un paradigma causalista, supone la normativización del contenido del tipo objetivo, que ya no puede entenderse como mera descripción valorativamente neutra de un suceso físico-causal. Este enriquecimiento del tipo, de carácter objetivo-valorativo, se suma al conocido enriquecimiento subjetivo (en los delitos dolosos) impuesto por el finalismo con el tipo subjetivo. Entonces, puede decirse que el elemento común más destacado de todas las elaboraciones doctrinales rotuladas "imputación objetiva" está, sin duda, en el reconocimiento de la necesidad de introducir filtros objetivo-normativos en la teoría del tipo. Y precisamente en esta dirección se dirigen algunas aproximaciones críticas[133] frente a la teoría de la imputación objetiva, formuladas,

[132] Cfr. Jakobs, *AT*², 7/72 y ss., 7/78 y ss., 7/90 y ss.; ídem, FS Lackner, pág. 53 y ss.; ídem, *La imputación objetiva*, pág. 173 y ss.

[133] La validez de la teoría de la imputación objetiva también se ha puesto en duda, en ocasiones, por diversos sectores doctrinales minoritarios desde otras premisas distintas de las aludidas en el texto, con argumentaciones que para lo que aquí interesa no son de un interés central, y que por ello tan solo se reseñan a continuación de modo muy breve. Así, desde la perspectiva de un concepto avalorativo de tipo Baumann / Weber / Mitsch, *AT*[10], 14/62 y ss., 14/88 y ss., 14/100, como es natural, no comparten el planteamiento de esta doctrina; cfr. también Rodríguez Devesa / Serrano Gómez, *PG*[17], págs. 371 y ss., 378 y ss., quienes aún optan por tratar en el plano de la causalidad diversos supuestos que hoy suelen considerarse pertenecientes al ámbito de la imputación objetiva; por su parte, Cobo del Rosal / Vives Antón, *PG*[4], págs. 385 y ss., 388 y ss., rechazando la teoría de la imputación objetiva, distinguen entre "relación de causación" y "relación de causalidad", concibiendo la primera como algo material y la segunda como relación ideal que concurrirá de existir "predecibilidad"; en la doctrina italiana, vid., por ejemplo, el punto de vista de Pagliaro, *PG*[4], págs. 342 y ss., especialmente 342 y s., 370 y ss., quien en

sobre todo, por representantes del finalismo.[134] Estas críticas —que, pese a constituir una puesta en duda radical de las tesis mayoritarias,[135] no han reci-

atención a las disposiciones existentes en el CP italiano acerca de la relación de causalidad (arts. 40 y 41 CPit) prefiere mantener las restricciones a la causalidad material —si bien coincidiendo en el fondo con los contenidos de la teoría de la imputación objetiva— bajo el rótulo de la relación de causalidad "en el sentido del Derecho" en vez de llevar a cabo una construcción autónoma. Se trata de puntos de vista completamente minoritarios en las doctrinas española y alemana, y de puntos de vista claramente desfasados cuando parten de una concepción avalorativa del tipo. Sin embargo, por otra parte, queda claro que la mera rotulación como "imputación objetiva" o como "causalidad", partiendo de un entendimiento del tipo como categoría con elementos normativos, no tiene mayor relevancia; lo que ocurre es que ello impide una sistematización de esos elementos cuando no están referidos al resultado, sino a la conducta típica (es decir, impide abarcar buena parte de los problemas tratados por la teoría de la imputación objetiva en la actualidad). Desde otra perspectiva, por otro lado, en alguna ocasión también se ha sostenido (cfr. Bustos Ramírez, EPCr XII [1989], págs. 105 y ss., 136 y ss.; ídem / Hormazábal Malarée, *PG*[4], pág. 296 y ss.; cfr. también Larrauri Pijoan, EPCr XII [1989], pág. 221 y ss.) que alguno de los elementos de la imputación objetiva, en realidad, excluye la antijuridicidad. Desde esta óptica, la imputación objetiva opera a modo de "segundo correctivo" (así Bustos Ramírez, EPCr XII [1989], pág. 114; Larrauri Pijoan, EPCr XII [1989], pág. 245) que presupone la existencia previa de un comportamiento doloso o imprudente. Este sector parece entender que resulta necesario contraponer tipo y antijuridicidad, adscribiendo a esta categoría la valoración del comportamiento y, por tanto, la imputación del resultado: "para que el resultado sea imputado es necesario si la imputación es de carácter valorativo y no física que haya una valoración por parte de alguna regla jurídica, lo que no puede suceder en la tipicidad cuyo contenido valorativo viene de la norma prohibitiva que sólo valora actos y no resultados" (Bustos Ramírez / Hormazábal Malarée, *PG*[4], pág. 312). Pero como señala W. Frisch con razón (*Tipo penal e imputación objetiva*, pág. 87) no queda claro por qué razón la presencia de valoraciones ha de impedir que se conciba el curso subsiguiente a la acción y la producción del resultado como problema de tipicidad. En el ámbito de la tipicidad de los delitos dolosos, Bustos Ramírez / Hormazábal Malarée explícitamente admiten como "criterios generales de atipicidad" la adecuación social y el consentimiento (*PG*[4], pág. 295) y como "criterios específicos" para determinar "si los procesos de interacción son o no peligrosos" la "disminución del riesgo, el riesgo permitido y el fin de protección de la prohibición (norma de cuidado)" y "el ámbito situacional al ámbito de protección del tipo penal-autonomía de la víctima, pertenencia de la situación a un ámbito de responsabilidad ajena" (*PG*[4], pág. 298 y ss.). En los delitos imprudentes señalan que la concreción de la lesión del deber de cuidado es también un problema de antijuridicidad (*PG*[4], pág. 370). Por otra parte, sobre la posición de Luzón Peña, de acuerdo con la cual específicamente el "riesgo permitido" debe entenderse como elemento de la antijuridicidad, vid. *infra* III. B. 1. c).

[134] Aunque no sólo, como se verá a continuación; en especial, debe considerarse en este contexto el importante trabajo de Burkhardt, en: Wolter / Freund, *Straftat*, pág. 99 y ss. y el reciente trabajo de Jakobs, *FS Hirsch*, pág. 45 y ss.; sobre ello más adelante en el texto.

[135] Y afectar, como ha señalado con razón Silva Sánchez (en: Schünemann [ed.], *El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales*, pág. 18), sin duda alguna, a una de las "cuestiones importantes en la discusión" actual.

bido, por lo general, una respuesta concluyente por parte de los partidarios de la teoría de la imputación objetiva—[136] aciertan a plantear una de las cuestiones esenciales en el plano metodológico de las aproximaciones planteadas bajo el nombre de "imputación objetiva" (precisamente, en qué consiste —si es que existe— su carácter "objetivo"). Por ello, parece necesario llevar a cabo una brevísima exposición de estos puntos de vista para posteriormente poder pasar a sintetizar los presupuestos que cabe establecer en el ámbito al que estas aproximaciones críticas se refieren para el estudio que aquí deberá desarrollarse.

2. Las críticas del finalismo

a) Por un lado, se ha señalado, desde la perspectiva del finalismo, que la teoría de la imputación objetiva resulta superflua en el ámbito de los *delitos dolosos*.

En este sentido, se ha afirmado que la imputación objetiva —cuyo origen en el delito imprudente lleva "sellado en la frente", en famosa expresión de Armin Kaufmann—137 en realidad ocupa el espacio correspondiente al dolo, y en ese sentido —en igualmente conocida expresión de Hisrch—138 no respetaría el axioma de que "lo que es objetivo y lo que es subjetivo [es una cuestión que] no está a disposición de la dogmática".[139]

En suma: en el delito doloso, la imputación objetiva no tiene nada que hacer,[140] ya que determinados supuestos lo que faltaría es el dolo, mientras

[136] Cfr., sin embargo, las argumentaciones de Jakobs, GS Armin Kaufmann, págs. 271 y ss., 275 y ss.; Roxin, GS Armin Kaufmann, pág. 249 y s., ambos sobre todo en relación con la postura defendida por Armin Kaufmann; con un análisis global de la crítica del sector del finalismo contrario a la imputación objetiva, Frisch, *Tipo penal e imputación objetiva*, pág. 63 y ss.; respecto del punto de vista de Hisrch, ahora en profundidad Jakobs, FS Hirsch, pág. 45 y ss.; en polémica con el trabajo de Burkhardt acabado de citar, exhaustivamente Frisch, en: Wolter / Freund, *Straftat*, pág. 167 y ss.

[137] Armin Kaufmann, FS Jescheck I, pág. 251.

[138] FS Universität zu Köln, pág. 407.

[139] Sin embargo, Hisrch (FS Lenckner, pág. 119 y ss.) ha revisado alguno de sus puntos de vista, si bien manteniendo las críticas metodológicas a la teoría de la imputación objetiva.

[140] Alguna reflexión específica —más allá de lo que se expone en el texto que sigue e *infra* III. A.— merece una reacción reciente proveniente del campo del finalismo, el análisis de la teoría de la imputación objetiva por parte de Sancinetti (*Subjetivismo e imputación objetiva*, pág. 89 y ss.). Esta se sitúa en

que en otros, sin el análisis del lado subjetivo no resulta posible valorar el hecho.[141]

realidad en un plano superior respecto de los contenidos dogmáticos concretos de esta teoría, de modo que puede decirse que Sancinetti lo que discute no es tanto la configuración de la imputación objetiva como su idiosincrasia: la tesis central que este autor sostiene es que en realidad la teoría de la imputación objetiva no es incompatible con un entendimiento subjetivomonista del injusto (op. cit., págs. 19, 89 y ss., 94 y s., 96 y ss., 122 y ss.). Para Sancinetti, la teoría de la imputación objetiva tan solo acota la materia de prohibición, mientras que es el dolo —que debe referirse a esa materia— el elemento decisivo de fundamentación del injusto. En este sentido, la necesidad de elaborar requisitos de imputación objetiva no es contradictoria con un entendimiento subjetivo del injusto, ya que la "subjetivización no prejuzga acerca del *contenido* que hay que subjetivizar, es decir, acerca del 'tipo objetivo'" (op. cit., pág. 94, cursiva en el original). En el contexto de este estudio no puede realizarse un análisis exhaustivo de este original intento de tomar el bastión de la imputación objetiva por sorpresa en vez de combatirlo— como han hecho otros sectores del finalismo a los que se alude a continuación en el texto—. Pero sí puede señalarse que parece dudoso que sea viable la convivencia feliz que Sancinetti parece pretender alcanzar: en este sentido, lo cierto es que hay una diferencia entre configurar la teoría de la imputación objetiva como una mera concreción de los límites del injusto (subjetivo) y el entendimiento que le suelen asignar sus defensores. Pues para estos, la imputación objetiva no solo acota la materia de prohibición como una especie de límite externo derivado de la teoría de las normas, sino que —de acuerdo con una concepción que reconoce la misión social de la construcción dogmática y consiguientemente de la "norma"— contribuye a la constitución del injusto, ya que no puede haber tipicidad sin relevancia objetivo-social de la conducta. En este sentido, es significativo que el propio Sancinetti reconozca que hay sectores de la imputación objetiva en los que el ámbito de ésta queda definido de modo completamente objetivo, sin que la adición de datos subjetivos pueda modificar los contornos de lo típico (op. cit., pág. 110, nota 29, pág. 111 y ss.).

[141] Cfr. Armin Kaufmann, FS Jescheck I, págs. 251 y ss., 271 y s., quien, además, sostiene que en conclusión se trata, en realidad, de problemas de Parte Especial; en sentido próximo Hisrch, FS Universität zu Köln, págs. 403 y ss., 405; ídem, en: *25 Jahre Rechtsentwicklung in Deutschland*, pág. 49; vid. También Cerezo Mir, *PG II*[6], pág. 104 y ss., si bien para este autor (p. 105), la nueva regulación de la tentativa (a su juicio, excluyendo la punibilidad de la tentativa inidónea) en el CP 1995, obliga al menos a incluir, eso sí, en virtud de una decisión "equivocada" del legislador, al menos la previsibilidad objetiva también en los delitos dolosos, aunque ello no pueda redundar en una incorporación de la noción de cuidado objetivamente debido en el ámbito del delito doloso (p. 106); para Küpper, *Grenzen*, págs. 83 y ss., 92 y s., 96 y s. 115, 197, con un punto de vista algo distinto, faltaría el dominio final del hecho; próximo (dominio del curso causal) ahora también Hisrch, FS Lenckner, págs. 131 y ss., 135 y ss.; vid. también Gracia Martín, en: Díez Ripollés / Gracia Martín, *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales*, pág. 44, y coincidiendo parcialmente —en cuanto a que es el referente subjetivo el que tiene la "última palabra"— Sancinetti, *Subjetivismo e imputación objetiva*, págs. 104 y ss., 107.

b) Por otro lado, igualmente desde la perspectiva del finalismo, se ha sostenido que la teoría de la imputación objetiva resulta inadecuada también en el ámbito del *delito imprudente*. En este ámbito, se utilizan dos argumentaciones. En primer lugar, se afirma que la teoría de la imputación objetiva carece de relevancia, pero no por ser inadecuadas sus propuestas de solución, sino porque estas en realidad no harían otra cosa que reproducir los contenidos ya elaborados por la dogmática de la imprudencia con la infracción del deber objetivo de cuidado —en el primer nivel— y con la llamada relación de contrariedad a deber —en el segundo nivel de imputación objetiva—.[142] Se trata, por lo tanto, en cierta medida tan solo de una consecuencia de la crítica anterior planteada en el ámbito del delito doloso: no cabe elaborar una teoría conjunta de la imputación objetiva, ya que esta resulta inviable en el delito doloso; en el ámbito del delito imprudente, los contenidos planteados por la imputación objetiva ya están recogidos por la dogmática tradicional del delito imprudente.

Por otro lado, también se ha planteado —sobre todo por Struensee— otra argumentación que, esta sí, es paralela a la esgrimida en el ámbito del delito doloso: sí puede elaborarse una teoría unitaria para los problemas tratados por la teoría de la imputación objetiva, pero en realidad estos se refieren, tanto en el delito doloso como en el imprudente, al tipo subjetivo, tipo subjetivo que —en contra de la opinión común— habría que elaborar también para todas las formas de imprudencia.[143]

De modo sintético cabe decir,[144] entonces, que las críticas formuladas se refieren, en realidad, a dos cuestiones: por un lado, se trata de la posibilidad y justificación material de la introducción de criterios generales —para la infracción dolosa y la imprudente— de imputación objetiva. Por otra parte, más específicamente, lo que se discute es precisamente el carácter objetivo o no de esos criterios.

c) En lo que se refiere a la primera de las cuestiones —la posibilidad de establecer filtros comunes para el delito doloso y el imprudente— parece

[142] Cfr. solo *LK11*-Hisrch, n.m. 32 previo al § 32; Küpper, *Grenzen*, págs. 91 y ss., 99 y s., 100 y s.

[143] Sobre esta cuestión, cfr. también a continuación 2. b.); vid. Struensee, GA 1987, pág. 97 y ss.; ídem, JZ 1987, pág. 53 y ss.; en la doctrina española, vid. Cuello Contreras, *Culpabilidad e imprudencia*, pág. 180 y ss.; Serrano González de Murillo, *Teoría del delito imprudente*, págs. 88 y ss., 109, 110 y s., 118 y ss.

[144] Siguiendo a W. Frisch, *Tipo penal e imputación objetiva*, pág. 67.

que la discusión es más bien artificiosa. Pues que esos filtros existen —al menos en la expresión mínima de la exigencia, como criterio general, de la relación de causalidad en los delitos de resultado— es indiscutible. Y de hecho, las aproximaciones críticas más recientes por parte de los finalistas[145] no se dirigen propiamente en contra de la necesidad de un filtro objetivo general, sino que afirman que ese filtro en los delitos dolosos es en realidad la "dominabilidad objetiva", careciendo la imputación objetiva de la doctrina mayoritaria de unidad sistemática, y no reconociendo la relevancia del elemento de la "dominabilidad objetiva".

Así las cosas, simplificando al máximo, este sector de la crítica se reduce en realidad a un doble planteamiento: por un lado la singularidad de la acción dolosa —que impediría la apreciación de un filtro común—, derivada de la teoría final de la acción. Por otro, la sustitución de los elementos propuestos por la teoría de la imputación objetiva por la "dominabilidad objetiva". En cuanto a lo primero: sin que aquí pueda entrarse en una discusión pormenorizada,[146] lo cierto es que la teoría final de la acción como base para afirmar una radical diversidad de delitos dolosos e imprudentes ya en la estructura típica no pueden encontrar —abandonado en la actualidad de modo abrumadoramente mayoritario el paradigma metodológico de las estructuras "lógico-materiales"— un consumo mínimo. En cuanto a lo segundo: que la sistematización del filtro objetivo deba hacerse bajo el rótulo de la "dominabilidad objetiva" u otro es, evidentemente, lo de menos.[147] Queda entonces la segunda gran línea de argumentación de las que se ha hablado: el carácter objetivo y subjetivo de los criterios de la teoría de la imputación objetiva. Como se verá inmediatamente a continuación, a esta crítica —formulada, como ahora se señalará, no sólo por autores finalistas— le corresponde una relevancia mucho mayor.

3. La perspectiva de enjuiciamiento

Como antes se ha dicho, una de las líneas críticas formuladas contra la teoría de la imputación objetiva se refiere precisamente a su carácter "obje-

[145] Así, el trabajo de Küpper, *Grenzen, passim*, y ahora también el de Hisrch, FS Lenckner, *passim*.

[146] Vid., sin embargo, a continuación en 3. e *infra* III. A. 2.

[147] Vid. esta argumentación en Jakobs, FS Hirsch, pág. 44 y s. y *passim*.

tivo" o no.[148] En este sentido, lo cierto es que un examen algo más detenido de la doctrina de la imputación objetiva puede resultar sorprendente. Los elementos a los que se ha venido aludiendo en la exposición de las posturas doctrinales referidos a la caracterización de la conducta (por ejemplo, "creación de riesgo", "alcance del tipo" o "creación desaprobada del riesgo", "riesgo permitido", etc.) en realidad son una generalización de los *contenidos del tipo*.[149] Como se ha dicho, se pretende que estos contenidos son de carácter "objetivo". Pero ¿cuál es la perspectiva desde la cual se valoran esos contenidos? La respuesta es que la perspectiva respecto de la conducta (por ejemplo: riesgo permitido no) es *ex ante*[150] (mientras que en la constatación de la tipicidad del resultado, sería *ex post*). ¿Y cómo se formula esa perspectiva *ex ante*? Es aquí donde comienzan los problemas: de acuerdo con la posición mayoritaria, este juicio se hace desde la perspectiva de un sujeto ideal perteneciente al contexto social en el que actúa el sujeto. Es decir, por ejemplo, en el ámbito de la imprudencia: ante el estado de la calzada, teniendo en cuenta la iluminación, las características del vehículo, etc. ¿qué valoración (riesgo permitido-riesgo no permitido) hubiera hecho un "conductor racional"?[151]

Sin embargo, como inmediatamente se pensará, en muchas ocasiones el autor concreto no se corresponde con ese sujeto ideal. En lo que aquí interesa, puede divergir en *dos direcciones*: puede que sepa *más*; con un ejemplo de dolo: el sujeto "ideal" desconoce que la persona a la que va a dar un puñetazo es nemofílico, el sujeto concreto lo sabe. Puede que tenga *mayores* facultades: el conductor profesional puede frenar allí donde el "conductor ideal" colisione irremediablemente. Puede que sepa *menos*: el conductor inexperto (por ejemplo, es extranjero, del caribe) no sabe cómo debe comportarse en caso de hielo en la calzada; el "conductor ideal" en el ámbito de relación (la provincia de Mendoza) sabe que no debe pisarse el freno para evitar un deslizamiento del vehículo.

¿Cómo resuelve este la doctrina mayoritaria? Dicho en palabras de Roxin, hay que "generalizar hacia abajo, [e] individualizar hacia arriba",[152] es decir, los conocimientos y facultades inferiores a la media *no* se tienen en cuenta[153] (la conducta típica), los conocimientos y las facultades superiores a la media *sí* se tienen en cuenta (la conducta es igualmente típica).[154]

Tomando el ejemplo de los "conocimientos especiales" (es decir, *mayores* a los del sujeto ideal) en materia de infracción dolosa, entonces, que un dato perteneciente a la mente del autor (por ejemplo, el conocimiento de que en el avión al que manda a su tio hay un artefacto explosivo) decida acerca de la determinación "objetiva" de la existencia de un riesgo típico del homicidio parece indicar que la crítica planteada por algunos autores y señaladamente por Armin Kaufmann es correcta. ¿Qué imputación "objetiva" es esta? También en la otra dirección (capacidades o conocimientos *inferiores* a los del observador ideal) vienen planteándose críticas a la posición de la doctrina dominante. En efecto —aparte de las críticas formuladas por Struensee y otros representantes del finalismo, que convergen aquí en el resultado—[155] recientemente se ha argumentado en contra de este procedimiento, fundamentalmente,[156] que es completamente contrario a la economía conceptual:[157]

[148] Sobre las interrelaciones entre uno y otro aspecto del hecho en las desviaciones del curso causal, cuestión que aquí queda fuera de consideración, vid. solo Gómez Benítez, en Gimbernat / Schünemann / Wolter, *Omisión e imputación objetiva*, pág. 91 y ss.

[149] Vid, sobre esto también a continuación III. A. 1.

[150] Puesto que este juicio desde la perspectiva *ex ante* se hace en la *praxis* procesal, como es evidente, en un momento posterior —el momento de enjuiciamiento del hecho— se denomina habitualmente "pronóstico objetivo posterior" (vid. solo Roxin *AT*[3], II/35; acerca de que esta denominación es incorrecta cfr. sólo Jakobs, *AT*[2], 7/32, nota 52; pues en un juicio ideal [es indiferente cuándo se haga] y, como se verá a continuación, precisamente no es "objetivo").

[151] Vid. por todos, Roxin, *AT I*[3], 24/32 y s.

[152] *AT I*[3], 24/51; vid. también *NK*-Puppe, n.m. 145 previo al § 13; Mir Puig, en: ídem, *El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*, pág. 234 y s., con ulteriores referencias.

[153] Conforme a la doctrina dominante, la infracción imprudente carece de tipo subjetivo, de modo que esos elementos individuales deberían tenerse en cuenta a efectos exoneratorios en la culpabilidad, cfr. por todos Jescheck / Weigend, *AT*[5], § 54 I.

[154] Tan sólo se ha apartado de este consenso (al menos respecto de infracciones dolosas) Jakobs, GS Armin Kaufmann, pág. 237 y ss. e ídem, *AT*[2], 7/49 y ss.; de acuerdo con su posición, solo deben incluirse en la base de enjuiciamiento aquellos conocimientos que formen parte del rol social en el que actúa el sujeto, ya que fuera de este no existe la obligación de adquirirlos, de modo que no tendría sentido establecer el deber de activarlos una vez adquiridos.

[155] Vid. las referencias *supra* 1. b) en notas.

[156] Respecto de otras críticas sistemático-metodológicas, vid. Exhaustivamente Burkhardt, en Wolter / Freund, *Straftat*, pág. 99 y ss.

[157] En esta argumentación han coincidido últimamente Burkhardt, en: Wolter / Freund, *Straftat*, págs. 103 y ss., 109 y ss.; Jakobs (apartándose al menos parcialmente de su anterior posición en AT[2], 7/47 y ss.), FS Hirsch, págs. 55 y ss., 57, 58 y ss., 62 y s.; Lesch, *Revision*, 2. IV. c); también Schünemann, GA 1991, pág. 217 (reformulando su propia posición, vid. *ibidem*, nota 42).

¿qué sentido puede tener fundamentar un juicio "objetivo" para afirmar la tipicidad de la conducta si en caso de resultar inevitable individualmente su realización no podrá haber responsabilidad penal?.[158] Con esta crítica —que introduce en el contexto de la teoría de la imputación objetiva la ya antigua discusión entre determinación objetiva o individual de la imprudencia—,[159] como es evidente, a la misma esencia de la imputación objetiva.

Sintetizando, entonces, las críticas planteadas: ¿qué sentido tiene el establecimiento de un filtro pretendidamente) objetivo"? Es esta una cuestión que no puede quedar sin contestar para la elaboración de una teoría de la imputación objetiva.[160]

[158] Téngase en cuenta que desde el punto de vista de la doctrina dominante, se comprobará este extremo en la *culpabilidad*, al no aceptarse la existencia de un "tipo subjetivo" del delito imprudente.

[159] Vid. solo Roxin, *AT* I, 24/46 y ss.; Stratenwerth, *AT* I, n.m. 1097; Mir Puig, *PG*⁵, 11/40 y ss., con ulteriores referencias: la discusión versa acerca de si la evitabilidad individual debe valorarse ya en el marco de la tipicidad o, como propone la opinión dominante, en la culpabilidad.

[160] Vid. *infra* III. A. 2.

III. LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA: LÍNEAS BÁSICAS

Tras haber analizado brevemente los orígenes y el estado de evolución de la teoría de la imputación objetiva, presentado las críticas de principio más relevantes que han sido formuladas frente a ella, puede proseguirse: en lo que sigue, se ofrece una visión sintética de cuáles son, desde el punto de vista aquí sostenido, las líneas maestras del contenido dogmático de la teoría de la imputación objetiva. Para ello, en atención al análisis antes efectuado, en primer lugar cabe sentar algunos presupuestos de los que partir en la construcción dogmática (*infra* A.). A continuación puede pasarse al nivel dogmático-operativo (*infra* B.), tanto en lo que se refiere a la imputación objetiva de la conducta (*infra* B.1.) como a la imputación objetiva del resultado (*infra* B. 2.).

A. Algunos presupuestos

Con la panorámica trazada hasta el momento, se han hecho, fundamentalmente, dos constataciones: *en primer lugar*, que —debajo de la formulación de propuestas dogmáticas concretas— no está nada clara la configuración sistemática de la teoría de la imputación objetiva (como también queda reflejado en la falta de claridad acerca de sus orígenes histórico-dogmáticos): por un lado, se encuentran elementos referidos a la "dominabilidad" de los cursos causales, es decir, consideraciones ligadas a la atribución "imputación" de un resultado a una conducta. Por otro lado, sin embargo, elementos que toman como punto de referencia más bien la valoración (como típica o no) de una determinada conducta. En *segundo lugar*, que bajo el consenso implícito —manifestado por la denominación "imputación objeti-

va"— de la doctrina mayoritaria, se encuentra otro punto oscuro desde la perspectiva sistemática: la cuestión de la "objetividad" de la imputación objetiva.

Ambas cuestiones se abordan a continuación brevemente para intentar sentar algunos presupuestos antes de poder pasar a la construcción dogmática.

1. Las dos raíces de la teoría de la imputación objetiva

a) En primer lugar corresponde, entonces, abordar, la primera de las cuestiones abordadas: ¿qué es la imputación objetiva? ¿imputación del resultado? ¿contendio del tipo? Partiendo de las aproximaciones históricas antes esbozadas —y, dicho sea de nuevo, sin pretender realizar un análisis de la evolución histórico- dogmática en sentido estricto—, parece claro que la teoría de la imputación objetiva desarrollada por Larenz y Honig, en contra de lo que frecuentemente suele afirmarse,[161] bien poco tiene que ver con la doctrina que existe en la actualidad bajo la misma denominación.[162] Pues, como se ha visto, aquella aproximación persigue delinear, partiendo de un sistema penal de responsabilidad personal (de lo abarcable por la voluntad), los límites (objetivos) máximos de la atribución de responsabilidad, o, dicho de otro modo, de la mecánica axiológica exterior de lo dominable como límite de la imputación en un sistema personal de responsabilidad.[163] En efecto, este desarrollo —que no en vano fue ubicado por sus autores en el plano de la acción—[164] se lleva a cabo desde la perspectiva del sujeto-autor y traza tan solo el alcance máximo de la norma de comportamiento.[165] Puesto que se trata tan sólo de delimitar esos límites máximos de lo que puede ser entendido como obra de un sujeto, no es de extrañar que muy pronto —de hecho, ya en la formulación de Honig—,[166] el punto de mira de este desarrollo se concentrase en la cuestión de la atribución del resultado,[167] como manifestación exterior perceptible por los sentidos de los límites de la dominabilidad, de modo que los resultados dogmáticos de estas aproximaciones no superaran los alcanzados por las reformulaciones de la teoría de la causalidad de la época, en particular, por la teoría de la adecuación.[168]

b) Sin embargo, parece claro que gran parte de los contenidos incluidos en la teoría de la imputación objetiva —también tal y como es defendida

[161] Cfr. solo Roxin, FS Honig, pág. 133 y s.; Roxin, sin embargo, ha relativizado últimamente la conexión de la moderna teoría de la imputación objetiva con las aportaciones de Larenz y Honig, afirmando, por ejemplo, que "de hecho en Larenz y Honig solo cabe encontrar un punto de partida que no permite presagiar el posterior desarrollo de la concepción" (Roxin, Chengchi Law Review 50 [1994], pág. 235), o que la formulación dogmática en Larenz y Honig era aún rudimentaria (Roxin, *AT* I², 7/25); en todo caso —como se expone a continuación en el texto— lo cierto es que se trata de puntos de partida muy distintos.

[162] Así también, desde una perspectiva algo distinta —subrayando el origen jurídico-civil de algunos de los contenidos de la teoría de la imputación objetiva moderna— Toepel, Kausalität und *Pflichtwidrigkeitszusammenhang*, pág. 145.

[163] Cfr. en este sentido, con razón en lo que se refiere a la interpretación de las aportaciones de Larenz y Honig, Maiwald, FS Miyazawa, págs. 472 y ss., 476 y ss. Sin embargo, Maiwald pretende además extender esta valoración —equivocadamente, como se verá a continuación— a la actual teoría de la imputación objetiva; una perspectiva de la que es sintomática, por ejemplo, la afirmación de Schünemann (Chengchi Law Review 50 [1994], pág. 276 con nota 40) en el sentido de que la teoría de la imputación objetiva —en su versión mayoritaria, desarrollada sobre todo por Roxin— "...en el fondo es una 'teoría de la evitabilidad planificable'"; con un entendimiento similar, por ejemplo, Sancinetti, *Fundamentación subjetiva del ilícito*, pág. XIII, 290 y s. (vid. lo dicho *supra* II. C. 1. sobre la aproximación de Sancinetti en nota). Pero lo cierto es que la teoría de la imputación objetiva es bastante más que esto, como se indica a continuación en el texto.

[164] Desde una perspectiva claramente deductiva, partiendo —en el caso de Larenz— de reflexiones de índole filosófica.

[165] Y por ello no es de extrañar que en ocasiones se haya afirmado que existen paralelismos hacia el concepto final de acción; cfr. V. Bubnoff, *Entwicklung*, pág. 46, respecto del concepto de acción en Hegel; Maiwald, FS Miyazawa, pág. 472 y ss., respecto de Larenz y Honig.

[166] A pesar que el propio Honig (FG Frank I, pág. 196) siguiera ubicando la cuestión en el marco de la teoría de la acción, lo cierto es que su análisis queda circunscrito básicamente a cuestiones de cursos causales irregulares; en este sentido Maiwald (FS Miyazawa, págs. 466, 470 y s.) destaca que la adaptación de la propuesta de Larenz a la discusión en la dogmática jurídico-penal estaba centrada en los problemas con los que se topaban las teorías causales de la época al intentar resolver los casos con cursos causales atípicos.

[167] Como señalan W. Frisch, *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, pág. 13 y s.; Wolter, en: Gimbernat / Schünemann / Wolter (ed.), *Internationale Dogmatik*, pág. 4; cfr. más adelante la aportación del propio Larenz, FS Honig, pág. 79 y ss., respecto del Derecho de daños, centrado en esta cuestión.

[168] Cfr. en este sentido, por ejemplo, Jakobs, AT², 7/32; Martínez Escamilla, *La imputación objetiva del resultado*, pág. 21; Roxin, Chengchi Law Review 50 (1994), pág. 235; W. Frisch, *Tipo penal e imputación objetiva*, pág. 26; Sancinetti, en: Cancio Meliá / Ferrante / Sancinetti, *Estudios sobre la teoría de la imputación objetiva*, pág. 48.

por la doctrina mayoritaria, tanto en el nivel de la "creación de riesgos desaprobados" como en el de la "realización de riesgos"—, va más allá de esa mecánica exterior. En efecto, por ejemplo, los supuestos incluidos en el ámbito del riesgo permitido, o los abarcados desde el punto de vista de Roxin por el así llamado "alcance del tipo", sin duda alguna, sí cabrían dentro de la definición de comportamiento objetivamente imputable en el sentido de Larenz y Honig. Pues parece que no hay duda alguna acerca de que, por ejemplo, puede "imaginarse como condición puesta de modo final" el resultado lesivo producido en el ejercicio de una actividad cubierta por un riesgo permitido, o el resultado que para la doctrina de la imputación objetiva es consecuencia de una "autopuesta en peligro", etc. En realidad, estamos aquí ante un fundamento material distinto. De lo que se trata es de los tipos penales —y especialmente, los tipos de resultado "pobres" en elementos descriptivos de la conducta— deben ser completados, en todo caso, con elementos normativos que determinen, más allá de la mera realización fáctico-externa de la conducta típica,[169] que en el plano objetivo la conducta es una expresión de sentido típica. Ese "complemento" normativo se corresponde en lo esencial con lo esbozado por Welzel en su teoría de la adecuación social como categoría del tipo objetivo:[170] se trata de los elementos que permiten entender objetivamente una determinada conducta como "expresión de sentido" típica.

c) ¿Qué consecuencias cabe extraer de esto para el entendimiento de la teoría de la imputación objetiva? En primer lugar, parece que las razones existentes para un entendimiento normativo del tipo no quedan limitadas a los delitos de resultado, como se ha señalado por un significativo sector de la doctrina.[171]

Pero además, aún dentro de los delitos de resultado, parece que no hay razón alguna para intentar vincular todos los elementos de la teoría de la imputación objetiva a la producción del resultado, como se hace con el "principio del riesgo", que en cierto modo "acompaña" al curso lesivo desde

[169] Cosa de la que nadie duda en el ámbito de los delitos de comisión por omisión, como señaló ya hace tiempo Jakobs, ZStW 89 (1977), pág. 2 y s.

[170] En este sentido, es significativo que Jakobs (*AT*², 7/4) y Bagigalupo (*PG*⁴, pág. 189) utilicen el término "adecuación social" como abreviatura de la imputación objetiva del comportamiento.

[171] Cfr. las referencias contenidas *supra* I. 3. en notas.

la creación del riesgo hasta la realización del mismo en el resultado. De este modo, la teoría de la imputación objetiva quedaría configurada por dos raíces distintas: la determinación de la tipicidad de la conducta y los problemas específicos de la conexión del resultado con esa conducta.[172] Desde esta perspectiva, parece más razonable entender que algunos de los elementos incluidos por la opinión doctrinal mayoritaria —singularmente, por Roxin— en el "tercer escalón" del "alcance del tipo" —a analizar de acuerdo con este sector después de la creación y realización de riesgos— forma, más bien, parte de los elementos de determinación general de la tipicidad de la conducta.[173]

2. Lo objetivo y lo subjetivo en la teoría de la imputación objetiva

a) En segundo lugar, es necesario llevar a cabo alguna reflexión respecto de la segunda cuestión que constituye un presupuesto para un desarrollo dogmático: se trata de determinar hasta qué punto es cierto que la teoría de la imputación objetiva puede concebirse como parte de la teoría del tipo objetivo, es decir, hasta qué punto se trata de una categoría verdaderamente objetiva, cosa que, como antes se ha visto, está sometida a debate.

[172] Y ello con independencia de cuál sea el peso sistemático que se asigne al resultado en la teoría del delito, ya sea como elemento indisolublemente ligado a los demás elementos de la tipicidad objetiva (como es el punto de vista mayoritario, cfr. solo Roxin, *AT* I³, 11/42; Jakobs, *AT*², 7/4b con nota 2a) o que se considere que éste ocupa una posición distinta en el ámbito de la tipicidad (W. Frisch, *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, págs. 9 y ss., 67 y s., 509 y ss., passim; ídem, *Tipo penal e imputación objetiva*, págs. 92 y ss., 107 y ss.; Mir Puig, *PG*⁵, 10/48; Corcoy Bidasolo, *El delito imprudente*, págs. 34 y s., 434 y ss.; Silva Sánchez, *Aproximación*, pág. 415 y ss.).

[173] Como han señalado, sobre todo, W. Frisch, *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, págs. 23 y ss., 33 y ss., 66; Martínez Escamilla, *La imputación objetiva del resultado*, pág. 365 y ss.: "...con esta ulterior limitación de la imputación objetiva realmente lo que se está negando o afirmando es su presupuesto: la creación de un riesgo típicamente relevante" (pág. 366); vid. también Luzón Peña, "La 'determinación objetiva del hecho'", en: ídem: *Derecho penal de la circulación 2*, pág. 108 y s.: "...se está sobrecargando indebidamente el ámbito de la imputación objetiva del resultado con problemas que pueden y deben resolverse en otro lugar distinto dentro de la estructura del tipo..." (que Luzón Peña quiere encontrar la solución en el ámbito de la determinación de la autoría).

El punto de partida de este análisis está en el progresivo enriquecimiento —prácticamente desde su misma creación— del concepto de tipo de Von Lisztbeling-Radbruch, objetivo y avalorativo, por elementos subjetivos y normativos.[174]

El criterio de clasificación sistemática que dio origen a la noción de tipo, es decir, elementos objetivo-fácticos en un sector de la teoría del delito, elementos valorativos y subjetivos en otros, está, como es sabido, ligado a un entendimiento metodológico completamente obsoleto. Entonces, la justificación sistemática para mantener determinadas estructuras sistemáticas debe provenir de otro lado. Pero también parece claro que algún criterio clarificador. Por ello, si la opinión dominante defensora de la imputación objetiva maneja la distinción entre "tipo objetivo" y "tipo subjetivo", atribuye a la imputación objetiva al primero y después introduce datos subjetivos (como los "conocimientos especiales" en el delito doloso) para determinar esa "imputación objetiva", es evidente que la pelota está en su tejado. En este sentido, decir frente a las formulaciones de los críticos que la teoría de la imputación objetiva "no se detiene ante circunstancias subjetivas"[175] o que el homicidio, las lesiones, etc., es decir, el hecho imputado es "algo objetivo"[176] no parece más que una finta para salir del paso.

b) En el marco de la teoría del delito —en síntesis— las distintas categorías vienen justificadas porque son elementos que tienen una función de filtro, es decir, que sirven para excluir de ulteriores análisis determinadas constelaciones de casos. Si los elementos subjetivos pueden ser tan determinantes[177] para la aparición de una conducta relevante para el tipo objetivo, ¿para qué esa figura del tipo objetivo? La respuesta depende, en primer lugar, de que el tipo objetivo pueda constituirse en filtro. El punto de partida que debería quedar claro es que el tipo objetivo no es nada más que un elemento del injusto global; no es un escalón de valoración propio.[178] Solo

[174] Sobre esta evolución cfr. solo últimamente Frisch, en: Wolter / Freund, *Straftat*, pág. 167 y ss.; Lesch, *Revisión*, IV. 2. b) aa).

[175] Wolter, en: Gimbernat / Schünemann / Wolter, *Internationale Dogmatik*, pág. 3.

[176] Roxin, GS Armin Kaufmann, pág. 250 y s.; ídem, Chengchi Law Review 50 (1994), pág. 247.

[177] De modo indiscutido en el delito doloso, y conforme a un creciente sector de la doctrina, también en el injusto del delito imprudente.

[178] Jakobs, FS Hirsch, pág. 45 nota 2.

hay injusto cuando se puede afirmar la tipicidad *in toto*. Pero aun así, cabe la posibilidad que pueda eliminar del proceso de imputación determinados supuestos de hecho. Y al menos para aquellos autores que sostienen que hay determinados supuestos en los que ciertos conocimientos o facultades especiales superiores no deben ser tenidos en cuenta en la determinación de la tipicidad, queda claro que sí existe esa función de filtro.[179] Pero es que, en segundo lugar, hay buenas razones —ínsitas en la función de la teoría del delito como instrumento dogmático— para que ello sea así: "... en el Derecho penal de un Estado de libertades no se trata del control de los aspectos internos, con inclusión de los motivos, sino del control de lo externo. La pregunta acerca de lo interno solo está permitida para la interpretación de aquellos fenómenos que son ya, en cualquier caso, perturbadores",[180] es decir, que la descomposición analítica del hecho llevada a cabo por la teoría del delito solo puede ir avanzando en la introducción de elementos de contexto en la medida en que estos indiquen la realización de un hecho jurídico-penalmente relevante.

c) Ahora bien, que esta delimitación de sucesivos "niveles de contexto" no puede hacerse conforme a un esquema simplista "dentro de la cabe-

[179] Así, señaladamente Jakobs, *AT*², 7/49 y ss. Por ello, no se entiende que Jakobs en una reciente contribución —FS Hirsch, págs. 57, 62 y s.— sostenga que el establecimiento de un filtro objetivo previo "en todo caso" sirve para la exclusión de ciertos conocimientos especiales, o que el establecimiento de tal filtro no hace daño, pero tampoco sirve para nada, ya que en última instancia el nivel máximo de la imputación viene determinado por el lado subjetivo. Pues si pueden excluirse algunos supuestos, ya está justificada la función de filtro y la validez del juicio objetivo. Que Jakobs indique que esto —como en general la pertenencia de algún elemento a injusto o culpabilidad — sea una mera cuestión "didáctica", pero no del "concepto de delito" (*ibidem*, pág. 62) indica su creciente proximidad a un modelo unitario-hegeliano de delito (en lo que aquí interesa: sin distinción entre injusto y culpabilidad; cfr. el desarrollo en Lesch, *Revisión*, III y IV). Sin poder abordar aquí cuestión de tal magnitud, como es natural, sí cabe constatar lo siguiente: es indiscutible que todo el proceso de imputación jurídico-penal se ve determinado por la meta hacia la que camina: la constatación o no de culpabilidad. En ese sentido, una teoría del ordenamiento penal (en palabras de Jakobs: el "concepto de delito") tiene que estar dominada por esta su esencia. Ahora bien, no hay ninguna razón que haga pensar que una descomposición analítica de ese "concepto" sea mera "didáctica": en efecto, la teoría del delito es un mecanismo de análisis de supuestos, de *reconstrucción dogmática* de la norma. Y en ello, como se observará a continuación en el texto, pueden pesar puntos de vista alejados de una percepción teórico esencialista.

[180] Jakobs, ZStW 97 (1985), pág. 761; vid. en el mismo sentido respecto de la cuestión debatida en el texto Frisch, en: Wolter / Freund, *Straftat*, pág. 194.

za" - "fuera de la cabeza" también es evidente. En este sentido, "objetivo" significa concreción de la norma conforme a los patrones generales de un sujeto en un determinado papel social. Desde esta perspectiva no pueden resultar convincentes las críticas que se han planteado en el sentido de que la teoría de la imputación objetiva estaría usurpando determinadas cuestiones pertenecientes a lo subjetivo. Pues si de lo que se trata es de una determinación general de los límites de la tipicidad objetiva en el sentido de general, no puede ser decisivo que los datos introducidos en este juicio sean, desde un punto de vista externo-natural, de naturaleza "objetiva" o "subjetiva". Al igual que otros datos del contexto que permiten esa valoración objetiva en el sentido de general, un dato subjetivo como el conocimiento de determinado hecho puede incluirse en el tipo objetivo sin que se destruyan las barreras entre tipo objetivo y subjetivo: pues la valoración en la que es introducida ese dato es distinta de la que procede realizar en el tipo subjetivo. Lo que importa para este análisis es el significado —en expresión de Mir Puig—[181] "intersubjetivo" de la conducta.[182] Y este puede variar en función de los datos conocidos por el sujeto actuante.

[181] Vid. "Sobre lo objetivo y lo subjetivo en el injusto", ahora en: Ídem, *El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*, pág. 184; ídem, "Antijuridicidad objetiva y antinormatividad en Derecho penal", ahora en: ídem, op. cit., págs. 233, 241.

[182] A los efectos que aquí se persiguen —mostrar que la introducción de datos subjetivos, como pueden ser determinados conocimientos, en la teoría del tipo objetivo, no supone un sacrilegio sistemático—, baste lo dicho en el texto. Otra cuestión es cuál es el peso que debe asignarse a lo "subjetivo" y a lo "objetivo" —esta vez, entendidas estas expresiones en su sentido habitual— en la fundamentación del injusto. Esta problemática —para Mir Puig, "Sobre lo subjetivo y lo subjetivo en el injusto", en: Ídem, *El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*, pág. 181, "el debate doctrinal tal vez más importante que ha tenido lugar en este siglo acerca de las bases de la teoría del delito", y cuya consideración como tal, evidentemente, excede del ámbito del presente estudio— se ha manifestado en el contexto que aquí interesa sobre todo, en la cuestión de si el hecho de que una conducta sea dolosa puede afectar a su peligrosidad, es decir, si el comportamiento doloso es "más peligroso" que el imprudente, lo que conllevaría la imposibilidad de un tipo objetivo común para dolo e imprudencia (afirmativamente, por ejemplo, Mir Puig, "Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho", 2ª ed., en: ídem, *El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*, págs. 67 y ss., 69; ídem, "La perspectiva ex ante en Derecho penal", en: ídem, op. cit., pág. 102 y s.; ídem, "Sobre lo objetivo y lo subjetivo en el injusto", en ídem, op. cit., pág. 187; ídem, "Antijuridicidad objetiva y antinormatividad en Derecho penal", en: ídem, op. cit., pág. 236 y s.; Silva Sánchez, *Aproximación*, págs. 388 y 400; Luzón Peña, "La 'determinación objetiva del hecho'", en: ídem, *Derecho penal de la circulación 2*, pág. 116; Torío López, ADPCP 1986, págs. 39 y s., 42; Sancinetti, en: Cancio Meliá / Ferrante / Sancinetti, Estudios sobre la teoría de la imputación objetiva, pág. 58 y ss.; Schünemann, GA 1999, pág. 220 y ss. En contra, Martínez Escamilla, *La imputación objetiva del resultado*, pág. 108 y ss.).

Esta diferenciación en cuanto al contexto relevante para efectuar el juicio de tipicidad puede incluso trasladarse dentro de la teoría de la imputación objetiva: desde esta perspectiva, las distintas instituciones dogmáticas que la configuran pueden obtener su diferente posición sistemática en función de la clase y cantidad de datos que se incorporen desde el contexto al juicio de imputación, yendo desde valoraciones más abstractas hasta la introducción de elementos más concretos del contexto.[183]

B. Instituciones dogmáticas de la teoría de la imputación objetiva

Una vez sentados los presupuestos que anteceden resulta posible descender ya al nivel dogmático concreto, es decir, ofrecer una ordenación del material destinada a ser aplicada en la resolución de casos.

Como ya se ha indicado, no se trata en este estudio de llevar a cabo un análisis exhaustivo del considerable número de propuestas dogmáticas elaboradas en la doctrina, sino tan solo de ofrecer *una* posible configuración "operativa" (es decir, una propuesta de aplicación en la solución de casos) en el análisis de esta teoría.

Cabe afirmar, de acuerdo con lo antes expuesto, que toda la teoría de la imputación objetiva responde a dos raíces distintas: por un lado, se trata de determinar si las características de la conducta llevada a cabo por el autor se corresponden con la previsión del tipo. Por otro lado, en los delitos de resultado, se trata de comprobar —una vez verificado el carácter típico de la conducta— si el resultado conectado causalmente a esa conducta puede reconducirse normativamente a esta, es decir, si también el resultado es típico. A estas dos raíces[184] responden los dos niveles de análisis que a continuación se proponen: imputación objetiva del comportamiento (*infra* B. 1.) e imputación objetiva del resultado (*infra* B. 2.).

[183] Cfr. ya Cancio Meliá, *Conducta de la víctima e imputación objetiva*, págs. 303 y ss., 315 y ss.

[184] Cfr. *supra* III. A. 1.; vid. solo Jakobs, *AT*², 7/4, y Bacigalupo, *PG*⁴, pág. 189.

1. Imputación del comportamiento

En este nivel de análisis, como se acaba de señalar, ha de comprobarse que la conducta en cuestión responde a los parámetros normativos generales del tipo objetivo. Desde el punto de vista aquí adoptado, estas características generales pueden resumirse en tres instituciones dogmáticas: *riesgo permitido, prohibición de regreso* e *imputación al ámbito de responsabilidad de la víctima*. Estas instituciones deben entenderse no como puntos de vista aislados, sino como verdaderos escalones sucesivos de análisis: el orden de examen responde a una clasificación progresiva de lo más genérico a lo más específico; en cada una de las instituciones van introduciéndose, como se verá, más datos del contexto del comportamiento enjuiciado.

La comprobación sucesiva de estos escalones de análisis conduce, en caso negativo (no hay ni riesgo permitido, ni prohibición de regreso, ni imputación al ámbito de responsabilidad de la víctima), a la afirmación de la tipicidad del comportamiento.

a) Riesgo permitido

1. Entre el sector de la doctrina que ha adoptado la teoría de la imputación objetiva, puede decirse que hay un consenso fundamental —si bien con múltiples diferencias en la configuración concreta— a la hora de aceptar que en el marco de la realización de actividades arriesgadas existen determinados espacios que ya desde un principio no se hallan abarcados por las normas penales de comportamiento por responder a una configuración vital que está tolerada de modo general; las conductas realizadas en ese marco están cubiertas por un *riesgo permitido*.

2. Bajo este rótulo se agrupan dos grandes grupos de casos: por un lado, aquellos supuestos en los que una actividad generadora de riesgos es permitida en determinadas circunstancias, bien existiendo una reglamentación expresa (por ejemplo: el tráfico rodado, el funcionamiento de industrias, la realización de competiciones deportivas, etc.) o sin tal reglamentación (las "normas de cuidado" conocidas del delito imprudente: los supuestos de *lex artis* en la actividad médica, en la construcción, las precauciones en la educación de los hijos, etc.). Por otro lado, aquellos supuestos en los que el

elemento preponderante es la normalidad social de la conducta generadora de riesgo (por ejemplo, en el supuesto del sobrino que envía a su tío a pasear bajo la tormenta).

3. En este contexto, se suele hablar, según los casos, de que no concurre un "riesgo jurídicamente relevante"[185] —especialmente, en las actividades socialmente normales o con una conexión muy débil con el posterior resultado ("cursos causales irregulares")— o que se trata de un "riesgo permitido"[186] —especialmente, cuando se trata de una actividad que genera riesgos, pero está permitida de modo general—, de manera que la conducta en cuestión, en última instancia, conlleva un riesgo que no es típicamente relevante.[187]

Sin que sea necesario a los efectos que aquí se persiguen entrar en profundidad a las distintas controversias que han acompañado a la determinación del concepto y de la ubicación sistemática del riesgo permitido,[188-189]

[185] Cfr. solo Jescheck / Weigend, *AT*[5], § 28 IV. 1.

[186] Cfr. solo Roxin, *AT* I[3], 11/59 y ss.

[187] En la terminología que prefiere Mir Puig, *PG*[5], 10/57, para evitar posibles confusiones con otros ámbitos en los que el riesgo queda permitido en virtud de un permiso excepcional, de una causa de justificación. Vid. también Corcoy Bidasolo, *El delito imprudente*, pág. 438.

[188] Cuya existencia permite afirmar a Roxin que sobre "... el significado y ubicación sistemática" de esta institución existe una "falta de claridad absoluta" (*AT* I[3], 11/59). Cfr. acerca de esta figura sobre todo el exhaustivo estudio y la completa información contenidos en los trabajos monográficos de Preuss, *Untersuchungen*, passim, y de Paredes Castañón, *El riesgo permitido, passim* y especialmente pág. 41 y ss. Vid. también las referencias en Suárez González / Cancio Meliá, en: Jakobs, *La imputación objetiva, pág.* 71 y s.

[189] Tan solo conviene subrayar que la imagen comunmente utilizada para explicar su fundamentación, en el sentido de que el establecimiento de los niveles de riesgo permitido es un producto de un proceso de ponderación decostes y beneficios (para los distintos bienes jurídicos implicados, en el sentido de una ponderación global), no se corresponde en todos los casos con la realidad, puesto que en muchos supuestos el riego permitido se establece sin tener en cuenta tales cálculos (por ejemplo: ¿existe una ponderación costes-beneficios que merezca tal nombre en relación con la práctica —permitida— de determinados deportes de competición con vehículos de motor?), sino más bien en función de las características generales de la sociedad en cuestión. Cfr. en este sentido Jakobs, AT[2], 7/36, especialmente notas 62 y 63; Bacigalupo, *PG*[4], pág. 190; exhaustivamente Lesch, *Revision*, 2. IV. 1. a); también Feijóo Sánchez, *Homicidio y lesiones imprudentes*, pág. 201 y ss. Y en contra, por ejemplo, Frisch, *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, pág. 72 y ss., afirmando que siempre cabe reconstruir la ponderación; en sentido similar, por ejemplo, también Wolter, en: Gimbernat / Schünemann / Wolter (ed.): *Internationale Dogma-*

aquí se parte —con aquel sector de autores que puede considerarse que configura la doctrina mayoritaria— de la idea de riesgo permitido como aquella institución dogmática que determina el "estado de interacción normal"[190] en el trato de determinados riesgos —en el sentido de que se trata de una determinación general para determinados tipos de actividad, no vinculada (a diferencia del ámbito de la justificación) al contexto particular—,[191] y, en ese sentido, implica la "legitimación de espacios de libertad de actuar generales",[192] en cuanto elemento del tipo objetivo de los delitos dolosos e imprudentes.[193]

Queda claro, entonces, que desde la perspectiva aquí adoptada no puede considerarse acertada la opción de quienes no ya afirman que el riesgo permitido se basa en un proceso de ponderación en el momento legislativo, sino que debe considerarse un elemento perteneciente a la justificación,[194] es decir, que requiere una ponderación efectiva con posterioridad al hecho y en atención al caso concreto.[195] Pues en contra de lo que se ha afir-

tik, pág. 5. Sin embargo, lo cierto es que, como señala Jakobs, nopuede hallarse el criterio comparativo rector a partir del cual pueda efectuarse la ponderación: cfr. Jakobs, *La imputación objetiva*, pág. 119 y ss.; también relativiza una visión mecanicista del cálculo de costes y beneficios Martínez Escamilla, *La imputación objetiva del resultado*, pág. 134 y ss. En este sentido, el riesgo permitido aparece tan sólo como "descendiente" del estado de necesidad justificante (Jakobs, ZStW 89 [1977], pág. 13); la "fundamentación del riesgo permitido está... emparentada con la ponderación de intereses" (Jakobs, *AT*², 7/35, sin subrayado en el original), pero no su funcionamiento en la imputación; la ponderación es solamente la consideración del legislador que antecede a la fijación del estándar descontextualizado (Jakobs, *ibidem*, 7/40), es decir, el "estado normal de interacción" al que aludiere a continuación en el texto. En todo caso, con independencia de la fundamentación, lo cierto es que —y aquí coincide Jakobs con otras voces de la doctrina— se trata de una ponderación de índole general, de la "legitimación de espacios de libertad de actuar generales".

[190] Jakobs, *La imputación objetiva*, pág. 119.

[191] Vid. por todos Roxin, *AT I*³, 11/60.

[192] *AK*-Zielinski, §§ 15, 16 n.m. 100; en sentido similar, cfr., por ejemplo, Roxin, *AT I*³, 11/60; Jakobs, *AT*², 7/35 y ss.; Bacigalupo, *PG*⁴, pág. 188; Martínez Escamilla, *La imputación objetiva del resultado*, pág. 159 y s.; W. Frisch, *Tipo penal e imputación objetiva*, pág. 71.

[193] Cfr. solo Martínez Escamilla, *La imputación objetiva del resultado*, págs. 125 y ss., 139 y ss.

[194] Vid. también *supra* II. C. 1., nota.

[195] Cfr., por ejemplo, en esta línea Schünemann, JA 1975, págs. 435 y ss., 576 y s., 577, proponiendo una clasificación a efectuar *ex post* en atención al valor social de la actividad en cuestión; Luzón Peña, voz "imputación objetiva", en: *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. II [COR-IND], pág. 3467 y s.; ídem, *PG I*, pág. 382, sosteniendo que si los supuestos que se suelen ubicar bajo la rúbrica del "riesgo permitido"

mado para fundamentar esta posición,[196] no hay riesgo de confusión entre justificación y tipicidad por incluir el riesgo permitido en la tipicidad: queda claro que cabe establecer diferencias entre la valoración (excepcional / normal) del permiso de una acción en legítima defensa del permiso de una conducta llevada a cabo dentro de una actividad tan normal como puede ser la conducción de automóviles. En un caso, es preciso analizar detenidamente el contexto de la conducta que conduce a la lesión, en el otro la normalidad social *general* del comportamiento exime de tal análisis de ponderación. De lo contrario, se le atribuye al tipo un alcance desmedido.[197]

4. Desde el punto de vista aquí adoptado,[198] también forma parte de la institución del riesgo permitido el así llamado "*principio de confianza*".[199] De acuerdo con este principio —prescindiendo también aquí de entrar de modo detallado en la discusión acerca de la ubicación sistemática de esta institución—,[200] el sujeto que realiza una actividad arriesgada, en principio

quedan excluidos del ámbito jurídico-penal, ello sucede en función de una ponderación de intereses que pertenece a la antijuridicidad.

[196] Así Luzón Peña, *PG I*, pág. 382.

[197] Bacigalupo, *PG*⁴, pág. 189.

[198] Vid. Suárez González / Cancio Meliá, en: Jakobs, *La imputación objetiva*, pág. 69 y s.; Cancio Meliá, *Conducta de la víctima e imputación objetiva*, pág. 321 y ss.

[199] Cfr. sobre este principio solo las exposiciones de Stratenwerth, *AT I*³, n.m. 1155 y ss.; *S/S*²⁴-Cramer, § 15 n.m. 147, 149 y ss., 151 y ss.; Schumann, *Selbstverantwortung*, pág. 7 y ss.; Wehrle, *Fahrlässige Beteiligung*, pág. 52 y ss.; Jorge Barreiro, *La imprudencia punible*, pág. 117 y ss.; materialmente en el mismo sentido, aunque crítico con la denominación "principio de confianza", vid. también W. Frisch, *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, págs. 185 y ss., 188 y s., 218 y ss.

[200] Mientras algunos lo tratan como una institución más o menos autónoma dentro del primer nivel de la imputación objetiva (así, por ejemplo, Jakobs, ZStW 89 [1977], págs. 13, 29 y ss.; ídem, *AT*², 7/51, donde concibe en parte el principio de confianza como un "supuesto particular" del riesgo permitido [y en otro sector como parte de la prohibición de regreso]; últimamente ídem, La imputación objetiva, pág. 106 y s.; en este sentido también Bacigalupo, *PG*⁴, 191; vid. también Corcoy Bidasolo, *El delito imprudente*, pág. 327 y ss.: el principio de confianza está "estrechamente relacionado con el riesgo permitido", pero ha de distinguirse entre ambos [op. cit., pág. 327], aunque finalmente se llega a la conclusión [p. 333] que se trata de una "forma particular de aparición del riesgo permitido"; en una línea similar también Stratenwerth, *AT I*³, n.m. 1155), otros niegan con mayor claridad tal autonomía al principio de confianza y lo entienden —perspectiva de la que también aquí se parte— como un ámbito que pertenece a la determinación del riesgo permitido (así, por ejemplo, Roxin, *AT I*³, 24/22; Reyes Alvarado, *Imputación objetiva*, pág. 141 y ss., especialmente págs. 145 y s., 149 y s.; Suárez González / Cancio Meliá, en:

lícita, puede confiar en que quienes participan junto a él en la misma se van a comportar correctamente —de acuerdo con las reglas existentes— mientras no existan indicios de que ello no va a ser así. Dicho en palabras de Stratenwerth, "por regla general no ha de responderse de faltas de cuidado ajenas, si no se puede confiar en que todos cumplirán con sus deberes de cuidado".[201] El principio de confianza, entonces, se refiere a aquellos casos en los que el sujeto que actúa "en principio" es responsable de la situación de riesgo por él creada o que a él corresponde controlar, y, en la interacción social, le está permitido confiar en que el comportamiento de otros en esa situación será cuidadoso; al decirse que "en principio" es responsable, entonces, queda claro sencillamente se quiere decir que es una fuente de peligro cuya administración le corresponde al sujeto.

Este permiso no queda limitado al ámbito del tráfico rodado[202] —en el que surgió originariamente—,[203] por ejemplo, quien señaliza debidamente un foso no responde si un paseante descuidado cae en él;[204] no responde, en general, quien deja determinadas cosas o aparatos en un contenedor de basura con las que se lesiona después alguien al manipularlas de modo descuidado,[205] en lo que se refiere a la manipulación de productos comercializados,[206] en diversos ámbitos aborales,[207] en el equipo médico-quirúrgico,[208] todo ello, siempre que no existan indicios de que se trata o podría tratarse de personas no responsables o de que los sujetos en cuestión, a pesar de todo, van a emprender el acto que puede lesionarles.[209]

Esta configuración de las reglas a aplicar es expresión de que también en este contexto se trata de establecer ámbitos de responsabilidad generales que han de incidir sobre la determinación de la tipicidad de la conducta[210] —o, en la terminología aquí utilizada—, en la imputación objetiva de la conducta. Partiendo de lo anterior, son justificadas en alguna medida —sobre todo en la elección de una terminología que puede resultar inadecuada— las críticas vertidas por W. Frisch en contra del uso habitual del principio de confianza:[211] pues, en efecto, parece que se superponen dos problemas materiales distintos: por un lado, se hace referencia a la delimitación de los ámbitos de responsabilidad —hasta qué punto las reglas establecen responsabilidad del otro en relación con una conducta correcta—, y, en segundo lugar, la cuestión de la cognoscibilidad del carácter responsable de los demás intervinientes. Además, es cierto que puede parecer que es el principio de confianza la razón, el fundamento de la solución, cuando solo es expresión de la misma, es decir, que el autor se ha mantenido dentro de los "esquemas de coordinación" que rigen la actividad en cuestión. Desde esta perspectiva, es cierto que el "...principio de confianza no es más que una *descripción aproximativa y psicologizante* de la conclusión de las reflexiones normativas decisivas...".[212] También en el caso del principio de confianza se trata, entonces, de

Jakobs, *La imputación objetiva*, pág. 69 y s.). Otro sector doctrinal —con independencia de la cuestión de la autonomía sistemática— considera al principio de confianza no como elemento de una teoría general de imputación objetiva, sino como criterio para la determinación del deber objetivo de cuidado en el ámbito del delito imprudente: cfr., por ejemplo, Cerezo Mir, *PG II*[6], pág. 170 y ss.; Jescheck / Weigend, *AT*[5], § 55 I. 3. d); Burgstaller, *Fahrlässigkeitsdelikt*, pág. 58 y ss.; Jorge Barreiro, *La imprudencia punible*, pág. 117 y ss.; próximo también Feijóo Sánchez, *Homicidio y lesiones imprudentes*, pág. 226 y ss.

[201] *AT I*[2], n.m. 1155.

[202] Las constelaciones que surgen en este contexto son muy numerosas. En relación con la conducta del sujeto perjudicado, puede darse un supuesto de aplicación, por ejemplo, en caso del conductor de un automóvil que puede confiar en que el peatón no invadirá de modo inopinado la calzada (así, por ejemplo, *S/S*[24]-Cramer, § 15 n.m. 212; vid. también, entre muchas, la STS 7.5.1934 [JC 226]). Ulteriores referencias a la jurisprudencia del TS español en esta materia últimamente, por ejemplo, en Feijóo Sánchez, *Homicidio y lesiones imprudentes*, pág. 225 y s., nota 1.

[203] Afirman, en este sentido, que el principio de confianza debe operar en otros sectores, por ejemplo, Welzel, *Strafrecht 11*, pág. 133; Stratenwerth, *AT I*[2], n.m. 1156: el principio de confianza rige en todos los casos en los que en la vida social "las normas de comportamiento de varias personas entran en contacto"; vid. también *S/S*[24]-Cramer, § 15 n.m. 151; Bacigalupo, *PG*[4], pág. 191; Cerezo Mir, *PG II*[6], pág. 171 y s.; Maurach / Gössel, *AT*[27], 43/72; Corcoy Bidasolo, *El delito imprudente*, pág. 327.

[204] El ejemplo es de Stratenwerth, *AT I*[2], n.m. 1012.

[205] W. Frisch, Tatbestandsmäßiges Verhalten, pág. 220.

[206] Respecto de la responsabilidad por productos, vid. por todos Kuhlen, *Produkthaftung*, págs. 130 y ss., 138 y s.

[207] Cfr. con respecto de las peculiaridades en este contexto solo Arroyo Zapatero, *Manual de Derecho penal del trabajo*, pág. 90 y ss.

[208] Vid. solo Jorge Barreiro, en: *Responsabilidad del personal sanitario*, pág. 361 y ss.

[209] Vid. acerca de los detalles solo *S/S*[24]-Cramer, § 15 n.m. 213 y ss.; Jakobs, *AT*[2], 7/53 y ss.

[210] Cfr. W. Frisch, *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, págs. 186 y ss., 189 y s., quien, sin embargo, no diferencia entre casos de falta absoluta de vinculación del significado del comportamiento inicial al subsiguiente (prohibición de regreso, cfr. a continuación b) en el texto) y aquellos otros en los que en principio existe posición de garante derivada de organización respecto de la continuación del curso (principio de confianza).

[211] Tabestandsmäßiges Verhalten, pág. 190 y s.

[212] W. Frisch, *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, pág. 191, cursiva en el original; cfr. en sentido similar también Jakobs *AT*[2], 7/51.

una modalidad general de determinación de ámbitos de responsabilidad, y, concretamente, de cuáles son los límites del riesgo permitido:[213] el principio de confianza es, como antes se decía, un supuesto específico del riesgo permitido.[214] El hecho de que el principio de confianza deje de ser efectivo, como antes se ha señalado, en casos en los que hay indicios suficientes de que pueden verse afectadas personas no responsables por el riesgo creado (ejemplo clásico: el conductor no puede confiar lícitamente que una persona de avanzada edad o unos niños que están jugando al borde de la calzada se vayan a comportar de acuerdo con el esquema de coordinación "no invadir la calzada"), o cuando sea evidente que el otro interviniente no va a atenerse al "esquema de coordinación" (por ejemplo, en el supuesto clásico a estos efectos, cuando un conductor al aproximarse a un cruce en el que le corresponde a él la preferencia, observa que otro vehículo no la va a respetar), no le otorga especificidad al principio de confianza. En efecto, lo que sucede es que el riesgo permitido no es una permisión absolutamente contrafáctica, sino que requiere de una concreción por parte del sujeto que realiza la actividad. Y ello es una característica que concurre en muchos otros supuestos distintos del ámbito del así llamado principio de confianza. Así, no cabe duda alguna de que el permiso general de circular a determinada velocidad con un vehículo de motor por una vía no rige cuando se den ciertas condiciones ambientales (niebla, nieve en la calzada). En este sentido, también el principio de confianza consiste en un proceso de concreción en atención al carácter responsable de los sujetos que intervienen en la actividad.

De lo que se trata —también en este ámbito, desde la perspectiva del autor y su conducta—, es de fijar los límites de lo generalmente permitido.

[213] Y si bien pueden constatarse diferencias respecto de otros supuestos de riesgo permitido, éstas no parecen afectar, desde la perspectiva aquí adoptada, a la unidad sistemática de todo el sector riesgo permitido-principio de confianza. En efecto, al afirmarse, como hace, por ejemplo, Stratenwerth (*AT I*², n.m. 1155) que en el caso de los riesgos "naturales" —para los que este autor quiere reservar la denominación "riesgo permitido"— se trata de evitar todos los riesgos, a menos que éstos estén permitidos, mientras que en el ámbito del principio de confianza, por el contrario, la regla es la opuesta, ya que en principio puede confiarse en que la conducta de los demás será correcta, ello sin duda alguna es correcto. Pero el dato determinante para la afirmación de la existencia de una institución autónoma parece que debe encontrarse en la función asignada a las reglas en ella sintetizada, y esta función —como se expresa en el texto— es la misma: marcar los límites de lo generalmente permitido. A ello no obsta que ese permiso general, como se expone a continuación en el texto, tanto en los supuestos de riesgo permitido por peligros no derivados de personas como en los upuestos de riesgos derivados de la actuación de personas (principio de confianza) deba adaptarse en determinados ámbitos a las circunstancias del contexto.

[214] Cfr. solo *SK*-Samson, anexo al § 16, n.m. 21.

b) Prohibición de regreso

1. En segundo lugar, ha de mencionarse el siguiente escalón de la imputación del comportamiento: la *prohibición de regreso*. Esta institución, que no tiene prácticamente nada en común —en cuanto a la formulación dogmática— con la antigua idea de prohibición de regreso como interrupción del curso causal[215] en casos en los que con posterioridad a una conducta imprudente se produce un comportamiento doloso, ha sido desarrollada como parte de la teoría de la imputación objetiva en los últimos tiempos sobre todo por Jakobs.[216] Según el punto de vista de este autor, "...el carácter conjunto de un comportamiento no puede imponerse de modo unilateral-arbitrario. Por tanto, quien asume con otro un vínculo que de modo estereotipado es inocuo, no quebranta su rol como ciudadano aunque el otro incardine dicho vínculo en una organización no permitida. Por consiguiente, *existe*

[215] Cfr., en todo caso, por ejemplo, la valoración positiva de los componentes normativos, más allá de afirmaciones incorrectas en materia de causalidad, implícitamente contenidos en la antigua teoría de la prohibición de regreso llevada a cabo por Roxin, FS Honig, pág. 144, nota 28; ídem, *AT I*², 11/104, desde la perspectiva de la conducta de la víctima; vid. también Burgstaller, *Fahrlässigkeitsdelikt*, pág. 106, nota 54; Spendel, JuS 1974, pág. 749; Meyer, *Autonomie*, pág. 109 y s.; Schumann, Selbstverantwortung, pág. 6; Peñaranda Ramos, *La participación*, págs. 288 y ss., 289 y s., Feijóo Sánchez, *Límites de la participación criminal*, pág. 17 y ss., ambos tanto respecto de la teoría de la interrupción del nexo causal como de la prohibición de regreso. Vid. por otro lado el intento de reinterpretación de esta última teoría como teoría de autoría y participación realizado por Walther, *Eigenverantwortlichkeit*, págs. 84 y ss., 87 y ss; respecto del uso de esta y otras doctrinas de la causalidad por parte de la jurisprudencia española en relación con la problemática de la víctima, vid. Cancio Meliá, *Conducta de la víctima e imputación objetiva*, págs. 95 y ss., 107 y ss.

[216] Cfr. también acerca de lo que sigue *supra* II. B. 2. b); vid. el desarrollo en Jakobs, ZStW 89 (1977), pág. 1 y ss.; ídem, *AT*², 7/56 y 21/14 y ss., 29/105a; ídem, *La imputación objetiva*, pág. 145 y ss.; ídem, "La imputación objetiva", en: ídem, *Estudios de Derecho penal*, pág. 215 y ss.; le sigue Lesch, *Revision*, 2. IV. 2. c) cc), con una amplia discusión de posiciones críticas. Vid. también acerca del punto de vista de Jakobs, Suárez González / Cancio Meliá, en: Jakobs, *La imputación objetiva*, pág. 72 y ss.

una prohibición de regreso cuyo contenido es que un comportamiento que de modo estereotipado es inocuo no constituye participación en una organización no permitida".[217]

Para Jakobs, en lo que se refiere a su encuadre sistemático —y este es, como se ha dicho, el punto de vista que aquí se defiende—, la prohibición de regreso excluye la imputación objetiva del comportamiento.

Tampoco en este ámbito puede entrarse en profundidaden la discusión acerca de la fundamentación y ubicación sistemática de esta institución dogmática.[218]

En todo caso, lo cierto es que, como ha afirmado el propio Jakobs,[219] las diferencias materiales —más allá de la denominación o de la ubicación sistemática dentro de la imputación objetiva— con aquellas posturas que incorporan delimitaciones normativas de ámbitos de responsabilidad y la correspondiente exclusión de responsabilidad por actos que carecen de significado delictivo, no son determinantes.[220]

2. Como casos en los que puede ser de aplicación esta institución se mencionan habitualmente supuestos en los que existe una aportación inicial subjetivamente dolosa, pero objetivamente ambivalente a un posterior desarrollo delictivo o a una autolesión: así, por ejemplo, cuando el empleado de una gasolinera llena el depósito de combustible de un automóvil cuyas cubiertas se encuentran de modo tan evidente en mal estado que es palmario que va a producirse un accidente (que produzca lesiones al conductor o a los ocupantes del vehículo, o a otros terceros) si se sigue circulando con el vehículo, esta aportación causal del empleado no puede dar lugar a una responsabilidad por un delito de lesión[221] —doloso o imprudente, dependiendo del lado subjetivo—.[222] Lo mismo sucede si un sujeto —sin tener ningún tipo de conocimientos sobre el particular— afirma en una reunión social que en el mes de marzo, en determinada zona de montaña, suele haber una temperatura muy alta, lo que alguien que le escucha toma como base para realizar una excursión a esa zona con un equipo de verano, por lo que sufre lesiones por congelación o de ese modo provoca que las sufran sus hijos de corta edad que lo acompañan.[223] También puede sostenerse que la conducta del autor no tiene significado delictivo si este guarda en un recipiente de apariencia inocua —por ejemplo, en una botella de refresco— un líquido venenoso, en circunstancias también aparentemente inocuas —por ejemplo, en la nevera—, y la víctima, quien penetra de modo no autorizado en la vivienda, ingiere el líquido y sufre lesiones,[224] o el sujeto que entra en la vivienda se apropia del envase y se lo vende o regala a terceros. O el taxista que traslada a un sujeto a una sucursal bancaria en la que este comete un delito contra la propiedad, sin hacer nada más que un servicio de transporte normal, en particular, sin haberse concertado con el autor, pero conociendo su propósito. O el farmacéutico que vende una determinada sustancia —de comercio libre— a pesar de que sospecha de que con ella se va a cometer un

[217] Jakobs, *La imputación objetiva*, pág. 106 y s. (cursiva en el original).

[218] Cfr. por todos últimamente Roxin, FS Tröndle, pág. 177 y ss.; Reyes Alvarado, *Imputación objetiva*, pág. 320 y ss.; Schünemann, GA 1999, pág. 223 y ss.; Feijóo Sánchez, *Límites de la participación criminal*, *passim*, con ulteriores referencias.

[219] Vid. *La imputación objetiva*, pág. 171 y s.; ídem, GA 1996, pág. 260 y s., nota 15.

[220] Cfr. a título de ejemplo las consideraciones, muy próximas en cuanto a su contenido material, de Stratenwerth, *AT I*², n.m. 1162 y ss.

[221] Sin perjuicio de una eventual responsabilidad por un delito de omisión del deber de socorro, como señalan, por ejemplo, Frisch, *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, pág. 215; Jakobs, *La imputación objetiva*, pág. 108.

[222] Ejemplo de Jakobs, ZStW 89 (1977), pág. 4; también ídem, *AT2*, 7/52; llegan a la misma solución Stree, JuS 1985, pág. 181 (respecto de un supuesto similar); Herzberg, JA 1985, pág. 272; W. Frisch, *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, pág. 198; Derksen, *Handeln auf eigene Gefahr*, pág. 199.

[223] Cfr. los ejemplos similares en *S/S*[24]-Cramer, § 15 n.m. 157: no habría responsabilidad del sujeto que, sabiéndose perseguido, entra a alta velocidad en una curva peligrosa, o del cliente que sube a un taxi y observa que el vehículo no está en condiciones de circular; sí habría imputación si en el caso de la persecución el sujeto perseguido decide cruzar por un puente que sabe defectuoso; vid. también Schumann, *Selbstverantwortung*, pág. 107 y s., 115; W. Frisch, *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, pág. 198; en todo caso, estos autores formulan estos y similares ejemplos desde una perspectiva sistemática algo diversa (en el caso de Cramer y Schumann: el principio de autorresponsabilidad —genérico, no limitado a la víctima— como delimitación de una intervención típica; en el caso de Frisch: la teoría de la conducta típica).

[224] En este sentido, por ejemplo, W. Frisch, *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, pág. 220; Derksen, *Handeln auf eigene Gefahr*, pág. 198 y s.; de otra opinión, sin embargo, probablemente *S/S*[24]-Cramer, § 15 n.m. 154. Respecto del muy similar supuesto que concurría —si bien con una diferencia esencial— en caso clásico del arsénico (RGSt 1, pág. 373 y ss.; la acusada había dejado una botella corriente de vino o aguardiente llena de arsénico disuelto en el poyete de la ventana de la sala de estar de su vivienda. Su marido, que era dado a la bebida, entró en la habitación y bebió de la botella, muriendo a las pocas horas por efecto del arsénico) y su "reedición" reciente, cfr. las consideraciones a continuación en el texto.

delito o realizar un intento de suicidio. O el sujeto que elucubra en un bar acerca de un plan para un crimen perfecto, a pesar de que sospecha de que alguno de los que le escuchan puede estar dispuesto a ejecutar tal plan.[225]

3. Como parece claro, las dificultades aparecen cuando se trata de establecer los *límites* de la prohibición de regreso. Hay casos en los que resulta prácticamente evidente que la conducta del primer sujeto en actuar no puede ser interpretada en ningún caso —con independencia de las intenciones o deseos del sujeto— como una provocación delictiva de la ulterior conducta delictiva.[226] Sin embargo, por ejemplo, si en el caso de la información incorrecta acerca de las condiciones metereológicas que se acaba de plantear se trata de un sujeto que hace la afirmación en cuestión siendo el responsable de protección civil de la zona y, concretamente, al ser preguntado al respecto por la víctima —aunque se produzca la pregunta igualmente en el marco de una reunión informal—, puede que la situación sea distinta y que su conducta pueda vincularse a la lesión que posteriormente se produce.[227] O en el caso de la botella con contenido venenoso: el contexto en el que se guarde la misma en la vivienda puede ser también significativo: si, por ejemplo —como sucedía en el llamado caso del arsénico—[228] el autor lleva a cabo su conducta en una vivienda en la que convive con otras personas, que, por lo tanto, pueden acceder a la sustancia guardada en la nevera, parece claro que su conducta sí puede tener el significado de generar un riesgo de envenenamiento.[229]

[225] Ulteriores ejemplos, con referencias, en Jakobs, *AT*², 24/15 y ss.

[226] O autolesiva, pues el problema también aparece en términos similares en el ámbito de la determinación de los límites de la responsabilidad de la víctima, cfr. Cancio Meliá, *Conducta de la víctima e imputación objetiva*, pág. 364 y ss.

[227] Cfr. en sentido similar Schumann, *Selbstverantwortung*, pág. 114; vid. También *S/S*²⁴-Cramer, § 15 n.m. 158.

[228] RGSt 1, pág. 373 y ss.

[229] En este sentido se pronuncian con razón W. Frisch, *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, pág. 220; Derksen, *Handeln auf eigene Gefahr*, pág. 198 y s.

Para marcar estos límites, W. Frisch ha propuesto[230] recurrir al criterio del "contenido de sentido" de la conducta del autor.[231] Desde esta perspectiva, solo si la conducta del autor muestra el específico sentido de ser un favorecimiento o una incitación a un comportamiento delictivo o a una conducta arriesgada de un sujeto que carece de los conocimientos relativos al riesgo, podrá hablarse, en principio, de una conducta típica del primero.[232] Este contenido de sentido específico no concurre cuando quien dispone de los conocimientos se limita a no hacer uso de estos para formular una advertencia, pero también puede faltar cuando se realicen determinadas conductas activas normales (como seguir un determinado camino que se sabe peligroso para los forasteros cuando se es seguido por otro, o hacer entrega de sustancias inocuas si son usadas de modo normal, aunque el receptor muestre una disposición cognoscible de hacer un uso autolesivo de esa sustancia, por ejemplo, inhalando un pegamento, o delictivo, envenenando a un enemigo, etc.).[233]

Que en los casos extremos la solución no puede ser sencilla queda demostrado[234] por lo que puede considerarse una reciente "reedición" del caso del arsénico del Reichsgericht:[235] el acusado, farmacéutico, había descubierto que en su vivienda habían penetrado unos ladrones. Aparte de beber de alguna botella de licor y comer de las provisiones del acusado, habían apar-

[230] Si bien sin distinguir entre los ámbitos del inicio del principio de confianza y de la prohibición de regreso, como aquí se hace.

[231] Cfr. W. Frisch, *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, págs. 214 y ss., 218, 222 y s., respecto de conductas "descuidadas" de la víctima; respecto de las conductas delictivas de terceros —que es el ámbito que normalmente suele discutirse con más intensidad en este contexto—, vid. op. cit., pág. 280 y ss. El criterio delineado por Frisch puede considerarse próximo a la formulación original de Jakobs para delimitar la institución de la prohibición de regreso frente a la participación delictiva (cfr. Jakobs, ZStW 89 [1977], pág. 23 y ss.), y muestra también similitudes con las ideas paralelas de "tendencia al hecho" (Tatgeneigtheit), desarrollada por Roxin (vid. FS Tröndle, pág. 177 y ss., ídem, *AT I*, 24/28 y s.) o con la de la "solidarización" con un injusto ajeno, manejada por Schumann (*Selbstverantwortung*, pág. 56 y ss.).

[232] W. Frisch, *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, pág. 214.

[233] W. Frisch, *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, pág. 215 y s.

[234] Aparte de que —para tranquilidad de los teóricos— queda demostrado con este supuesto que la realidad social genera casos más extraños que la imaginación más calenturienta de cualquier autor de trabajos teóricos, como se observará a continuación en el texto.

[235] Cfr. RGSt 1, pág. 373 y ss.

tado algunos aparatos electrónicos, de modo que daba la impresión de que pretendían volver a llevárselos.

La policía, alertada por el acusado, envió a cuatro agentes a esperar a los ladrones. Sin embargo, el acusado, enfurecido, había colocado una botella de licor con un potente veneno, con la intención de que los ladrones bebieran de él y murieran. Al considerar que los agentes corrían peligro, les avisó.[236]

Desde el punto de vista aquí adoptado, este caso debe ser considerado en el marco de la prohibición de regreso. No se trata de un supuesto en el que haya que considerar la imputación al ámbito de responsabilidad de la víctima en cuanto institución específica para la valoración de la víctima, ya que aquí lo decisivo es comprobar, como paso previo, si existe una definición contrafáctica de la conducta del autor como inocua, sin necesidad de valorar la conducta de la víctima.

Queda claro que la condena procede en caso de que se pretenda la eliminación de un sujeto que convive con el autor o que de algún otro modo está autorizado a estar en la vivienda (una visita, por ejemplo).

También es claro que no puede haber responsabilidad de quien almacena así una sustancia peligrosa sin sospechar que alguien puede penetrar en su vivienda.

Pero, ¿qué sucede en este caso intermedio?[237] Como se ha visto antes, no se trata de si un comportamiento doloso es más o menos "objetivamente peligroso" que una conducta imprudente.[238] De lo que se trata es de si el dato subjetivo —el conocimiento, o, mejor dicho, la sospecha de la vuelta de los allanadores— puede incluirse en el juicio objetivo o no. Y esta es una cuestión normativa: si se da preferencia al factor "disposición sobre la propia morada" —lo que parece adecuado—, se negará la tipicidad.[239]

[236] Vid. NJW 1997, pág. 3453; el farmacéutico, acusado de tentativa de homicidio, fue condenado en instancia y por el BGH solo por una infracción específica de puesta en circulación de alimentos adulterados.

[237] Prescindiendo de ulteriores problemas como si concurre ya comienzo de la tentantiva o si ésta debe considerarse cometida en autoría directa o mediata; vid. Roxin, JZ 1998, pág. 211 y s.

[238] Así, sin embargo, respecto de este caso Kudlich, JuS 1998, pág. 596 y ss.

[239] Cfr. en este sentido también Derksen, GA 1998, pág. 592 y ss.

4. Desde la perspectiva aquí adoptada, en conclusión, puede decirse que el ámbito de la prohibición de regreso queda diferenciado del correspondiente al riesgo permitido, principio de confianza por el hecho de que —una vez determinado el ámbito en el que existe un significado unívoco no delictivo de la conducta del autor— la conducta del autor, como se ha visto, queda desvinculada del posterior desarrollo lesivo con independencia de la cognoscibilidad o conocimiento por parte del autor del mismo, es decir, que opera de modo completamente contrafáctico.[240] Dicho de otra manera, se trata de conductas ambivalentes en su significado —desde el punto de vista natural-externo— respecto de las cuales cabe establecer un significado objetivo vinculante. Y frente a la tercera institución de la imputación del comportamiento, que se aborda seguidamente, la imputación al ámbito de responsabilidad de la víctima —que, como se verá a continuación, opera en un plano sistemático posterior—, la prohibición de regreso se presenta como una especie de reverso: mientras en la prohibición de regreso se establece que no existe un comportamiento en común, que la conducta del autor ha de ser interpretada en todo caso como una aportación inocua, en el ámbito de la imputación de la víctima es precisamente el hecho de que la actividad conjunta pueda ser atribuida al responsable preferente —el titular de los bienes— lo que permite afirmar la falta de tipicidad de la conducta del autor.

c) La imputación al ámbito de responsabilidad de la víctima

1. La tercera y última institución de la imputacióndel comportamiento se refiere a la relevancia que puede tener para la tipicidad de la conducta de un sujeto que en la realización de la misma haya intervenido de algún modo el sujeto que resulta lesionado posteriormente, la "víctima" (al menos aparente) de ese comportamiento.

Bajo determinadas circunstancias, que pasan a delinearse a continuación, esta intervención puede afectar a la calificación que merece la conducta del primer sujeto, eliminando su carácter típico,[241] al entrar lo sucedido en

[240] Siguiendo el planteamiento de Jakobs; vid. solo Jakobs, *La imputación objetiva*, pág. 108.

[241] De modo que en realidad, resulta que no hay ni "víctima" (sujeto pasivo de una conducta típica) ni "autor".

el *ámbito de responsabilidad de la víctima*. Esta cuestión es la que quizá más producción bibliográfica ha motivado en relación con la teoría de la imputación objetiva, y, en todo caso, es la que mayores repercusiones ha generado en la jurisprudencia de diversos países.[242]

2. Realizando una primera ordenación del material de casos,[243] puede decirse que en los últimos tiempos han atraído la atención de la doctrina jurídico-penal en este contexto sobre todo dos grupos de casos.

Por un lado, supuestos en los que en la génesis del riesgo que acaba lesionando a la víctima han intervenido tanto la víctima como el autor. A este respecto, se han planteado, por ejemplo, los casos en los que se hace entrega a alguien de una determinada cosa o sustancia —por ejemplo, de un medicamento, de una máquina o de una sustancia estupefaciente—, y el receptor resulta lesionado al hacer uso del objeto o consumir la sustancia. También han despertado mucho interés los supuestos en los que se produce un contagio de una persona a otra de una enfermedad mortal —en particular, del Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida— o las numerosas constelaciones de casos en las que en el tráfico rodado quien resulta lesionado por una colisión se ha comportado de alguna manera de modo descuidado. *Por otro lado*, se han debatido numerosos supuestos en los que la conducta descuidada de la víctima se produce después de un comportamiento del autor que lesiona o pone en peligro los bienes de esta. Así, por ejemplo, en los casos en los que una víctima lesionada por un ataque doloso del autor descuida sus heridas o se niega a recibir tratamiento médico.

3. Para abordar la relevancia de la conducta de la víctima en este contexto, hay que preguntarse, en primer lugar, qué relevancia puede tener que precisamente sea el titular de los bienes afectados el que intervenga junto al autor. Porque solo cuando sea esa la cualidad decisiva estaremos, en

[242] Sobre el estado de la cuestión vid. Cancio Meliá, *Conducta de la víctima e imputación objetiva*, pág. 94 y ss.; de modo más sintético, ídem, RDPCr n.º 2 (1998), pág. 49 y ss.; ídem, ZStW 111 (1999), pág. 357 y ss.; respecto de la bibliografía posterior a 1997 —en particular, española—, vid. ídem, *Conducta de la víctima e imputación objetiva*, 2ª edición, en prensa para J. M. Bosch, Barcelona, § 11.

[243] Cfr. referencias sobre supuestos enjuiciados ante tribunales españoles, alemanes, italianos, suizos y del círculo jurídico anglosajón en Cancio Meliá, *Conducta de la víctima e imputación objetiva*, sobre todo págs. 22 y ss., 94 y ss., 177 y ss.

realidad, ante un supuesto específico de intervención de la víctima; ya se ha señalado en los ejemplos correspondientes a las dos instituciones anteriores que también en el marco de estas existen supuestos en los que de algún modo interviene el sujeto lesionado; solo que entonces se trata de supuestos en los que la calidad de titular de los bienes jurídicos afectados no es la decisiva.

La fundamentación de la especial relevancia de la víctima que aquí interesa suele plantearse —cuando ello se hace, lo que no es nada común— bajo el rótulo del "principio de autorresponsabilidad".[244] Entre los extremos metodológicos de una pura deducción de tal "principio de autorresponsabilidad" de premisas axiológicas prejurídicas[245] y una determinación puramente funcional de tal principio dentro del sistema de imputación jurídico-penal[246] existe también la vía intermedia —adoptada implícitamente por la mayoría de la doctrina que se ha ocupado de la cuestión—[247] de constatar las decisiones normativas del ordenamiento jurídico como punto de partida material de la reconstrucción dogmática. En este sentido, el contenido del artículo 10.1 de la Constitución española —o de otras normas constitucionales similares—, que establece el "libre desarrollo de la personalidad" como fundamento de la organización social, no puede ser entendido fuera de un sistema en el que está consagrada implícitamente una noción del ciudadano como sujeto autónomo.

Además de la genérica atribución de autonomía a cada sujeto, con el correlativo principio de responsabilidad personal que esta conlleva, al titular de los bienes jurídicos personales debe atribuírsele una posición especial.

[244] Vid. sobre lo que sigue con detalle Cancio Meliá, *Conducta de la víctima e imputación objetiva*, pág. 259 y ss.

[245] Así especialmente Zaczyk, *Selbstverantwortung*, pág. 19 y ss., especialmente pág. 22, sobre la base del concepto de libertad de Kant.

[246] Así las aproximaciones de W. Frisch, *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, pág. 148 y ss., especialmente págs. 157, 182 y s. (autorresponsabilidad como función de su teoría de la conducta típica) o Derksen, *Handeln auf eigene Gefahr*, págs. 138, 169 y ss., 191 (autorresponsabilidad como función de la prevención general positiva en cuanto fin de la pena).

[247] Cfr. desde una perspectiva más general solo *S/S*[24]-Lenckner, n.m. 100 y ss. previos a los §§ 13 y ss.; *S/S*[24]-Cramer, § 15 n.m. 148 y ss.; Mir Puig, *PG*[5], 19/10 y ss.; Schumann, *Selbstverantwortung*, págs. 1 y ss., 6 y *passim*; de modo específico respecto de la conducta de la víctima vid. Neumann, JA 1987, pág. 247 y ss.; Walther, *Eigenverantwortlichkeit*, pág. 78 y ss.; cfr. además Cancio Meliá, *Conducta de la víctima e imputación objetiva*, pág. 259 y ss.

Puesto que el sacrificio por parte del propio titular de esos bienes no es reprimido por el Derecho penal, y las intervenciones de terceros en actividades autolesivas es incriminada de modo excepcional por normas especiales,[248] queda al albedrío del titular de esos bienes configurar su actividad vital de tal modo que se genere un riesgo para sus propios bienes. Como correlato de esa libertad de organización arriesgada, será también el titular quien deba asumir de modo preferente los daños que puedan derivar de ella. Como punto de partida previo a la construcción dogmática, por lo tanto, el principio de autorresponsabilidad[249] consiste en el reconocimiento de libertad de organización, y, correlativamente, en la atribución de una responsabilidad preferente[250] al titular de los bienes.

La institución que traduce en términos dogmáticos esta necesidad de tener en cuenta el valor normativo de la autorresponsabilidad en el marco de la teoría de la imputación objetiva puede denominarse *imputación al ámbito de responsabilidad de la víctima.*[251] Esta institución opera en los supuestos en los que el titular de un bien jurídico ("víctima") emprende conjuntamente con otro ("autor") una actividad que puede producir una lesión de ese bien jurídico. La actividad generadora del riesgo debe ser imputada al ámbito de responsabilidad preferente de la víctima, en la medida en que —en primer lugar— la actividad permanezca en el ámbito de lo organizado conjuntamente por autor y víctima —en segundo lugar— la conducta de la víctima no haya sido instrumentalizada por el autor, por carecer esta de la responsabilidad o de la base cognitiva necesarias para poder ser considerada autorresponsable, y —finalmente, en tercer lugar— el autor no tenga un deber de protección específico frente a los bienes de la víctima.

La imputación de la actividad al ámbito de responsabilidad de la víctima no depende de la configuración fenomenológica de las aportaciones de ejecución material de víctima y autor *per se.*[252] En este sentido, puede haber tanto supuestos de ejecución en manos del autor en los que en caso de daño este se impute a la víctima, como supuestos en los que, a pesar de que es la víctima quien ejecuta directamente la actividad arriesgada, el hecho se presenta como conducta típica del autor.[253] Una vez definida la actividad conjunta de autor y víctima, el suceso debe ser imputado, en principio, al ámbito de responsabilidad de la víctima. La razón de ello está en que la esfera de autonomía de la víctima da lugar a una atribución preferente de los posibles daños a su propio ámbito de responsabilidad.

En atención a ese carácter preferente del ámbito de responsabilidad de la víctima, la atribución de los daños no puede seguir las mismas reglas que determinan, mediante la teoría de autoría y participación,[254] cuál es el

[248] Así, señaladamente, las que incriminan las formas de intervención en un suicidio ajeno; cfr. sobre esto Cancio Meliá, *Conducta de la víctima e imputación objetiva*, pág. 41 y ss.

[249] Ni la terminología ni los contenidos asignados a este principio son uniformes. Cfr., por ejemplo, *AK*-Zielinski, §§ 15, 16 n.m. 104; *S/S*[24]-Lenckner, n.m. 101a previo a los § 13 y ss.; *WK*-Burgstaller, § 80 n.m. 38, 69; Jakobs, *AT*[2], 29/54; Kühl, *AT*, 4/83 y ss.; Stratenwerth, *AT*[3], n.m. 1116, 1162; *S/S24*- Lenckner, n.m. 70b previo a los § 13 y ss.; *S/S*[24]-Cramer, § 15 n.m. 148 y ss., especialmente 155 y s.; Zaczyk, *Selbstverantwortung, passim*; desde una perspectiva más general, Schumann, *Selbstverantwortung, passim*; también en lajurisprudencia, cfr. sólo BGHSt 32, pág. 262 y ss.; BGH NStZ 1991, pág. 392; R. Hassemer, *Schutzbedürftigkeit*, pág. 34 y ss.; Neumann, JA 1987, págs. 244 y ss., 248 y s.; Frisch, *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, pág. 153. En España, vid., por ejemplo, Bacigalupo, PG4, págs. 217, 219; Larrauri Pijoan, ADPCP 1988, pág. 761; Eadem, EPCr XII (1989), pág. 240 y s.; Bustos Ramírez, EPCr XII (1989), pág. 127; Martínez Escamilla, *La imputación objetiva del resultado*, págs. 355, 358; Silva Sánchez, en: CGPJ (ed.), *La victimología*, pág. 26.

[250] Cfr. Neumann, JA 1987, pág. 247 y s.; en el mismo sentido, Puppe habla —si bien de modo limitado al delito imprudente— de una "competencia preferente del titular del bien jurídico" (*NK*, n.m. 175 previo a los §§ 13 y ss.).

[251] Vid. sobre lo que sigue con detalle Cancio Meliá, *Conducta de la víctima e imputación objetiva*, págs. 280 y ss., 282 y ss., 347 y ss., e ídem, RDPCr 2ª época, n.º 2 (1998), pág. 49 y ss.; también en: Cancio Meliá / Ferrante / Sancinetti, *Estudios sobre la teoría de la imputación objetiva*, pág. 75 y ss.; ídem, ZStW 111 (1999), pág. 357 y ss.

[252] Vid. Cancio Meliá, *Conducta de la víctima e imputación objetiva*, págs. 195 y ss., 205 y ss.

[253] Sobre estos últimos supuestos, en los que a pesar de la intervención fenomenológicamente preponderante de la víctima (aún sin concurrir una situación normativa especial) el hecho es obra del autor, cfr. en detalle Cancio Meliá, *Conducta de la víctima e imputación objetiva*, pág. 347 y ss.

[254] Por ello, la extendida opinión de acuerdo con la cual debe distinguirse entre "participación en una autopuesta en peligro" y "heteropuesta en peligro consentida", desarrollada sobre todo por Roxin (fundamentalmente en su trabajo en FS Gallas, pág. 243 y ss.; vid. *supra* II. B. 1.) no resulta convincente. Sin embargo, cabe decir que el uso de la distinción es doctrina mayoritaria: por ejemplo, vid. *LK*[10]-Jähnke, § 222 n.m. 21; *LK*[11]-Schroeder, § 16 n.m. 177 y ss., 181; *SK*-Horn, § 212 n.m. 21a; *SK*-Rudolphi, n.m. 79 y ss., 81a previos al § 1; Ídem, JZ 1991, pág. 572 y ss.; *S/S*[24]-Eser, § 216 n.m. 11a, § 222 n.m. 3; *S/S*24-Lenckner, n.m. 107 previo a los §§ 32 y ss.; Jescheck / Weigend, *AT*[5], § 28 IV. 4., § 54. IV. 3.; Maurach / Zipf, *AT*[8], 17/48; Kühl, *AT*, 4/87 y ss., 17/82; Schünemann, JA 1975, pág. 721; ídem, NStZ 1982, pág. 60 y s.; Hisrch, JR 1979, pág. 430; Dölling, GA 1984, pág. 71 y ss., 77; Prittwitz, NJW 1988, pág. 2942 y s.; también desarrollan sus respectivas concepciones sobre la base de este planteamiento Fiedler, *Fremdgefährdung*, págs.

grado de responsabilidad que corresponde a los distintos intervinientes en un hecho consistente en la realización de una infracción que afecta a un tercero. Una vez constatada que es la interacción existente entre autor y víctima a la que hay que reconducir —en los términos que aún han de precisarse más adelante— la actividad arriesgada, la organización conjunta no puede ser fragmentada en aportaciones de mayor o menor rango en atención a su relevancia en la ejecución. La distribución de las distintas aportaciones materiales a la ejecución de la actividad arriesgada, como puede ser, por ejemplo, la decisión de quién entre dos sujetos que han decidido participar en una competición de motocicletas conduzca efectivamente el vehículo (si es quien no conduce quien resulta le sionado y se presenta *ex post* como "víctima"), no modifica en nada la calidad de todo el suceso de ser una actuación conjunta dentro del ámbito de autorresponsabilidad de la víctima. Pues en este ámbito no se trata de comprobar —como sucede en la distinción entre autoría y participación— la mayor o menor "proximidad" —determinada del modo que sea dentro de la teoría de la participación— de la conducta de distintos sujetos al comportamiento típico —acerca de cuya concurrencia, al menos respecto de uno de ellos, no hay duda—, sino de determinar si la conducta del "autor" puede ser típica. Si la interacción es reconducible al actuar imputable a la víctima, desde el punto de vista normativo el factor dominante es su conducta autorresponsable.

Una vez definida la actividad conjunta en la que se embarca la víctima junto al autor, la imputación de esa actividad conjunta al ámbito de responsabilidad de la víctima —concurriendo los demás requisitos— se produce en términos *objetivos*.[255] Que esto deba ser así viene determinado por un rasgo característico de las constelaciones en cuestión: la interacción entre autor y víctima. En efecto, en el presente ámbito el riesgo para los bienes es creado conjuntamente por autor y víctima. Desde esta perspectiva, no tiene sentido

5 y s., 94 y ss. y *passim*, y Walther, *Eigenverantwortlichkeit*, págs. 2 y ss., 128 y s. y *passim*; respecto de la doctrina austriaca, cfr. solo Burgstaller, *Fahrlässigkeitsdelikt*, pág. 112 y ss. con n. 93; en la doctrina italiana, Castaldo, *L'imputazione oggetiva*, pág. 210, n. 63, págs. 210 y ss., 220 y ss.; en Portugal, Da Costa Andrade, *Consentimento e acordo*, pág. 271 y ss.; en España Mir Puig, *PG*[5], 19/28; Bacigalupo, *PG*[3], pág. 247 y s.; Luzón Peña, notas a Roxin, *Problemas básicos*, pág. 189 y s.; Corcoy Bidasolo, *El delito imprudente*, págs. 316 y ss., 540, 550 y ss., especialmente pág. 551. Cfr. la crítica de este planteamiento en Cancio Meliá, *Conducta de la víctima e imputación objetiva*, pág. 188 y ss.

[255] Vid. Cancio Meliá, *Conducta de la víctima e imputación objetiva*, págs. 162 y ss, 362 y ss.

preguntar de modo aislado respecto de cada uno de ellos qué representación subjetiva debe tener el "autor" para poder ser autor, ni qué representación subjetiva cabe requerir de la "víctima"[256] para que no se la considere víctima en sentido estricto —sujeto pasivo de un hecho delictivo—, sino responsable de sus pérdidas.[257]

Pues el horizonte relevante para considerar hasta qué punto estas cuestiones merecen una respuesta afirmativa o negativa solo puede hallarse en lo configurado conjuntamente, en este sentido —y coincidiendo con el significado del término en el marco de la teoría de la imputación objetiva (del comportamiento)—, en un plano objetivo. Dicho de otro modo, en ninguna de las dos direcciones (autor-víctima) la cuestión puede hacerse depender de la representación subjetiva de los intervinientes. Esto no significa, sin embargo, que la representación de víctima y autor carezca de relevancia a la hora de configurar el marco de la actuación conjunta. Esta, por el contrario, quedará definida en la mayoría de las ocasiones incluyendo las perspectivas, las representaciones subjetivas de los intervinientes.

Lo que se quiere decir es que no pueden ser los datos subjetivos "desnudos", no introducidos en la actuación conjunta de autor y víctima, los que deban decidir una u otra calificación. Pues de acuerdo con la estructura interactiva de las constelaciones en cuestión, solo de un modo relativo, introduciendo la perspectiva común de autor y víctima, puede llegarse a la calificación.[258]

[256] Es decir, que la institución dogmática del consentimiento no acaba de cuadrar a estas constelaciones ni es otra cosa que la especificación, para el sector del reparto cuasi-doloso de tareas en la lesión de bienes del titular, de los principios generales de imputación; vid. sobre esto el desarrollo en el trabajo citado en la nota anterior y sobre la discusión en las doctrinas alemana y española desarrollada recientemente, por todos, De Vicente Remesal, en: Luzón Peña / Mir Puig (ed.), *Cuestiones actuales*, pág. 113 y ss.

[257] Téngase en cuenta que cualquier aproximación que plantee exigencias de principio demasiado elevadas a los conocimientos de la víctima estará excluyendo un nutrido grupo de supuestos de conductas, en las que la víctima actúa de modo inconsciente, grupo que desde el punto de vista empírico es al menos tan numeroso como el de las conductas conscientes (como señala con razón W. Frisch, *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, pág. 180 y s.).

[258] De modo coherente con lo acabado de decir, no podrá haber imputación a la víctima cuando el autor ni siquiera se mantenga dentro del ámbito de la organización conjunta de víctima y autor (cfr. sobre esto a continuación en el texto).

Presupuesto y objeto de referencia de la imputación al ámbito de responsabilidad de la víctima es que lo sucedido —la actividad arriesgada que produce el daño— se corresponda con la *organización conjunta*[259] de autor y víctima. Esta organización conjunta no debe entenderse en el sentido de una actividad común en la que tanto víctima como autor introducen, de modo paralelo a la coautoría, aportaciones al hecho de cierta relevancia. Por el contrario, la intervención de víctima y autor debe ser de muy diversas características, yendo desde un mero acto de comunicación —por ejemplo, el ruego al autor o a la víctima de hacer u omitir determinada conducta— hasta la ejecución directa de la actividad generadora del riesgo. Y como acaba de exponerse, además, no resulta *per se* decisivo cuál sea el significado que autor o víctima asignen en su ámbito interno al contexto de interacción. La interacción entre víctima y autor crea un contexto común de un mismo significado objetivo. Este significado objetivo se determina conforme a patrones normativos: solo aquellos aspectos de la organización son "conjuntos" que se presentan como un elemento inherente a la actividad elegida por la víctima. Nadie puede ser distanciado de los riesgos implícitos en una actividad suya que pone en peligro sus bienes sin ser autocontradictorio y sin que se ponga en duda su autorresponsabilidad.

El punto decisivo, por lo tanto, está en determinar —a la hora de concretar cuándo la actividad conjunta es "suya", le es imputable— en qué medida el contacto puede ser definido por la víctima de modo unilateral como inocuo, cuándo es el autor el que instrumentaliza a través de su organización a la víctima, y a partir de qué punto la organización conjunta abandona esa esfera y obtiene un significado objetivo autónomo independiente del arbitrio de los intervinientes.[260]

4. Cumpliéndose los criterios acabados de exponer, puede afirmarse que la conducta del "autor" no es objetivamente imputable —a pesar de no concurrir ni un riesgo permitido ni una prohibición de regreso— en supuestos como la entrega de estupefacientes[261] u otras sustancias peligrosas, las conductas conjuntas arriesgadas en el marco del tráfico rodado, como las competiciones irregulares o el hecho de que un conductor ebrio transporte a otro sujeto,[262] o determinados casos en los que se produce un contagio de una peligrosa enfermedad.[263]

[259] Cfr. Cancio Meliá, *Conducta de la víctima e imputación objetiva*, pág. 290 y ss.

[260] En todo caso, de lo que no se trata es de establecer "deberes de autoprotección" de la víctima, ni de decidir en función de las posibilidades fácticas de evitación del daño por parte de la víctima, por lo que no resultan adecuadas las llamadas aproximaciones "victimodogmáticas"; vid. sobre esto Cancio Meliá, *Conducta de la víctima e imputación objetiva*, pág. 219 y ss.; idem, NDP 1997/B, pág. 513 y ss.

2. La imputación objetiva del resultado

a) Planteamiento

La teoría de la imputación objetiva no solo establece criterios normativos para la determinación de la tipicidad de la conducta, sino que también —y este es el ámbito al que incluso suele ser conectada de modo prioritario esta teoría— ofrece las máximas para constatar, una vez que se ha afirmado que la conducta es típica, cuándo el resultado producido debe ser reconducido, imputado, a la conducta: es esta la imputación objetiva del resultado[264] o imputación objetiva en sentido estricto.[265] Con independencia de las controversias que han acompañado a la determinación de las relaciones sistemáticas existentes entre los dos sectores de la imputación objetiva, lo cierto es que existe un consenso generalizado acerca de que también en el segundo sector hay una serie de criterios normativos que permiten realizar esa atribución del resultado a la conducta.[266]

[261] Vid., por ejemplo, el caso STS 20.2.1993 (RA 1383).

[262] Cfr. solo los casos BGH MDR 1959, pág. 856; STS 23.12.1963 (JC 1542); OLG Karlsruhe, NJW 1967, pág. 2321 y ss.

[263] Vid. solo BGHSt 36, 1 y ss.

[264] Vid., por todos, y desde distintas perspectivas, Gimbernat Ordeig, *Delitos cualificados*, pág. 101 y ss.; Jakobs, *AT*², 7/4b; Mir Puig, *PG*⁵, 10/47 y s., 10/58 y s.; Roxin, *AT I*², 11/39 y ss.; Bajo Fernández, *PE I*², págs. 13 y ss., 17 y ss.

[265] Terminología que prefiere, por ejemplo, Corcoy Bidasolo, *El delito imprudente*, págs. 34 y s., 434 y ss.

[266] Cfr. por todos Martínez Escamilla, *La imputación objetiva del resultado*, págs. 177 y ss., 188 y ss.: "también el resultado ha de poder ser contemplado como obra del autor", debe ser materialización del desvalor de acción (p. 189). En este sentido, no se comparte aquí el criterio de W. Frisch (vid., por ejemplo, *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, págs. 447, 452 y s., nota 301), para quien (vid. también las referencias *supra* II. B. 2. a) la imputación del resultado está poco menos que "vacía" de contenidos normativos. Como se indicará a continuación en el texto, desde la perspectiva aquí adoptada, sí cabe distinguir entre

Como ha señalado con particular claridad Jakobs,[267] de lo que se trata en este segundo escalón de análisis es de *explicar* el resultado lesivo producido. Solo podrá considerarse el resultado consecuencia de la conducta típica cuando esta aparezca como el factor causal determinante del resultado. En este sentido, como es natural, esta cuestión adquiere relevancia cuando concurre junto al comportamiento típico *otra* explicación alternativa, como puede ser un accidente o la conducta de otro sujeto.

Como se verá a lo largo de la exposición, el análisis de estas constelaciones de casos en ocasiones conduce a una discusión acerca de si ciertas cuestiones deben ubicarse realmente en el plano de la imputación objetiva del resultado, o pertenecen más bien al primer nivel de la imputación objetiva. En un número considerable de casos se constatará que son acertadas las palabras de Luzón Peña —expresando una preocupación creciente en determinados sectores de la doctrina que se han ocupado del ámbito que aquí interesa— en el sentido de que "...se está sobrecargando indebidamente el ámbito de la imputación objetiva del resultado con problemas que pueden y deben resolverse en otro lugar distinto dentro de la estructura del tipo...".[268]

Concretamente, se observará que algunas de las constelaciones de casos que vienen tratándose por la doctrina como problemas pertenecientes a la imputación del resultado —probablemente, por razón de la existencia de una secuencia temporal entre conducta del autor y otro factor concurrente— deben considerarse cuestiones que afectan ya al carácter típico de la conducta, es decir, a algunas de las instituciones delineadas en el apartado anterior.

b) Criterios de interrupción del nexo de imputación

En lo que sigue, se examinarán algunas de las constelaciones de casos que suelen plantearse en la doctrina en este contexto —también aquí, desde

problemas pertenecientes al primer nivel (imputación objetiva de la conducta) y al segundo nivel (imputación objetiva del resultado) dentro de la imputación objetiva; de todos modos, en lo que sí se coincide con Frisch es en que hay un buen número de cuestiones ubicadas tradicionalmente en la imputación objetiva del resultado que pertenecen, en realidad, al primer nivel de la imputación objetiva del comportamiento; vid. a continuación en el texto.

[267] Cfr. *AT*[2], 7/72; idem, *La imputación objetiva*, pág. 173 y ss.

[268] "La 'determinación objetiva del hecho'", en: idem, *Derecho penal de la circulación*[2], pág. 108 y s.

luego, sin ánimo de exhaustividad—[269] con mayor frecuencia: *por un lado*, dos cuestiones previas (*infra* 1.): en primer lugar, la relevancia de las formulaciones hipotéticas para determinar la conexión entre conducta y resultado (*infra* 1. a), en segundo lugar, la problemática que genera el transcurso de un largo lapso de tiempo entre la realización de la conducta típica y la producción del resultado (*infra* 1. b). *Por otro lado*, la problemática de la imputación de resultados en sí, es decir, la existencia de riesgos concurrentes junto al generado por la conducta típica (*infra* 2.). Aquí, la línea directriz está en la identificación del riesgo que aparezca como explicación del resultado (*infra* 2. a). En primer lugar, han de abordarse, los supuestos de interrupción del nexo de imputación, bien por riesgos que forman parte de la normalidad social, de lo que se podría llamar "riesgo vital", bien por riesgos generados por la intervención de otros sujetos que introducen riesgos nuevos con posterioridad a la conducta típica inicial (*infra* 2. b) y c). Finalmente, pueden abordarse aquellos supuestos en los que, a pesar de la existencia de varios riesgos concurrentes, no se produce una interrupción del nexo de imputación, sino que se da una responsabilidad múltiple; en caso de tratarse de riesgos introducidos por varios autores, ha de considerarse la concurrencia de un supuesto de autoría accesoria; sin embargo, cuando el riesgo concurrente es obra de la víctima, debe pensarse en una reducción de la pena (*infra* 2. d).

c) Cuestiones previas

1. Las hipótesis, los supuestos de "comportamiento alternativo ajustado a Derecho" y la doctrina del incremento del riesgo

a) Desde mucho antes del surgimiento de la teoría de la imputación objetiva —en el marco de la causalidad— viene discutiéndose en la doctrina (y en resoluciones judiciales) acerca de la relevancia que debe corresponder en la valoración de un hecho, concretamente, en la atribución de un resulta-

[269] Pues es especialmente en este ámbito en el que cabe observar la verdadera hipertrofia de publicaciones de la que se hablaba al principio; vid. solo la bibliografía recogida en Jescheck / Weigend, *AT*[5], § 28 o en Luzón Peña, *PG I*, págs. 358 a 360, 373 a 376.

do a una conducta, a *consideraciones hipotéticas* de haberse producido circunstancias al menos parcialmente distintas.[270]

En este contexto, se sostiene de modo prácticamente unánime que estas consideraciones carecen de relevancia cuando de lo que se trata es de valorar una *causa de reemplazo*:[271] en efecto, en lo que se refiere a la imputación de la muerte al autor de un disparo, es indiferente que su víctima fuera a morir minutos después por una enfermedad. Pues los delitos de resultado no se refieren al aseguramiento de las posibilidades de supervivencia de un bien, sino a su efectiva destrucción.[272]

b) La fórmula hipotética más extendida en la imputación del resultado incorpora a esta no cualesquiera otras hipótesis, sino solo la hipótesis de qué hubiera sucedido si el autor se hubiera comportado correctamente (*"comportamiento alternativo ajustado a Derecho"*).[273] En este sentido, se dice —por parte de la doctrina tradicional— que el resultado no resulta imputable cuando este se hubiera producido con certeza rayana en la seguridad aunque el sujeto se hubiera comportado correctamente.[274] Esta fórmula plantea especiales dificultades cuando precisamente no es seguro lo que hubiera sucedido:[275] así, por ejemplo, cuando un médico prescribe equivocadamente un determinado medicamento (por ejemplo, por tratarse de un medicamento con efectos secundarios que ha sido sustituido en la *lex artis* por otros más modernos), el paciente muere, y un posterior dictamen pericial indica que la muerte, quizá también, se hubiera producido de haberse recetado el medicamento indicado por la *lex artis*, al mostrar el paciente —sin que ello pudiera percibirse— una acusada sensibilidad hacia todos los medicamentos de esta clase, permitidos y no permitidos.[276]

[270] Cfr. acerca de lo que sigue exhaustivamente Martínez Escamilla, *La imputación objetiva del resultado, pág.* 197 y ss.; Reyes Alvarado, *Imputación objetiva*, págs. 217 y ss., 231 y ss.

[271] Vid. solo Roxin, *AT I*[3], 11/52 y ss.; Jakobs, *AT*[2], 7/74; Bacigalupo, *PG*[4], pág. 195.

[272] Jakobs, *AT*[2], 7/74; otra cuestión es que quepa pensar en determinados casos —cuando el riesgo hipotético no es imputable a nadie— en una reducción de la pena; vid. Jakobs, *AT*[2], 7/92 y ss.

[273] Problemática que según Roxin (*AT I*[3], 11/76) es la más discutida en relación con la noción de riesgo desde 1945.

[274] Vid. solo *S/S*[24]-Cramer, § 15 n.m. 173 con ulteriores referencias.

[275] Cfr. también los supuestos referidos supra II. B. 1. a) y los recogidos por Reyes Alvarado, *Imputación objetiva*, pág. 217 y ss.

[276] Cfr. la referencia a un caso de estas características en Jescheck / Weigend, *AT*[5], § 55. II. 2. b) aa).

Para resolver estos supuestos, frente a la doctrina tradicional que exige seguridad rayana en la certeza respecto de la evitación de haberse comportado el autor correctamente, un nutrido grupo de autores propone imputar al resultado aunque no sea seguro que la conducta ajustada a Derecho hubiera evitado el resultado.

Conforme a esta *"teoría del incremento del riesgo"*,[277] una vez que se ha comprobado que el autor generó un riesgo desaprobado —y que no es seguro que su ausencia no hubiera evitado el resultado— debe imputarse el resultado como realización del riesgo típico, ya que no sería lícito disgregar artificiosamente el riesgo que se realiza en el resultado en un segmento permitido (en el caso referido: el riesgo derivado —por la constitución delicada del paciente— de la administración de cualquier medicamento, específicamente, de los medicamentos indicados por la *lex artis*) y uno no permitido (la administración de un medicamento no indicado).[278]

Lo cierto es que un examen algo más detenido de la fórmula utilizada por la doctrina tradicional no tiene valor cognitivo alguno: en efecto, la hipótesis de que haya sido el riesgo no permitido el que se ha realizado en el resultado y la hipótesis de que ha sido el riesgo permitido el que se ha realizado se bloquean mutuamente,[279] al poder manipularse las distintas alternativas hipotéticas de conducta alternativa ajustada a Derecho. Por ello, más allá de la formulación de hipótesis lo que procede es determinar si la norma de cuidado infringida estaba dirigida a la evitación del resultado en cuestión, es decir, si su respeto sirve a evitar de modo planificable ese tipo de resultados. En el caso al que se está haciedo referencia, parece claro que la exclusión de determinados medicamentos de los que resultan indicados para su prescripción está destinada a evitar daños en el paciente. Lo que sucede en el caso es que se desconoce si es ese riesgo (evitable de modo planificable mediante la no prescripción) el que se ha realizado, o, por el contrario, el riesgo general (no evitable mediante la no prescripción) que conlleva la administración de *todo* medicamento, también de los indicados, es decir, el

[277] Vid. solo Roxin, *AT I*[3], 11/76 y ss.; cfr. las referencias *supra* II. B. 1. a); sobre la discusión últimamente Toepel, *Kausalität und Pflichtwidrigkeitsznsammenhang*, pág. 136 y ss.; Reyes Alvarado, *Imputación objetiva*, pág. 231 y ss.

[278] Roxin, *AT I*[3], 11/78 y s.

[279] Vid. solo la crítica en Martínez Escamilla, en: Gimbernat / Schünemann / Wolter (ed.), *Omisión e imputación objetiva*, pág. 103 y ss.; Jakobs, *La imputación objetiva*, pág. 184 y s.

riesgo que podemos denominar "hipersensibilidad del paciente". Así las cosas, lo que sucede es que *no hay prueba* de que fuera efectivamente la conducta típica la que produjo el daño: la doctrina del incremento del riesgo infringe el principio *in dubio pro reo* y convierte un delito de resultado en una infracción de peligro.[280]

2. La relevancia del transcurso del tiempo entre conducta y resultado

Existe un numeroso grupo de constelaciones de casos que vienen planteándose en la doctrina bajo la rúbrica de "daños consecuenciales" o "derivados"[281] y cuyo denominador común está en que, una vez realizada la conducta típica, el resultado se produce después de transcurrido un considerable lapso de tiempo, es decir, que el daño es "consecuencia" de la conducta del autor, pero no una consecuencia inmediata en el tiempo.

En este contexto, puede pensarse en dos grandes grupos de supuestos:[282] por un lado, aquellos en los que existen lesiones de carácter permanente o transitorio producidas por el autor que un tiempo después —por ejemplo, años más tarde— son la base de un ulterior daño: el sujeto lesionado, que quedó paralítico por una lesión producida, no puede salir de un edificio en llamas décadas después; la niña que es ingresada en un hospital por un envenenamiento producido por una prescripción farmacéutica inadecuada y muere por una infección en el hospital.[283] Por otro lado, aquellos casos en los que las lesiones iniciales conducen por su propia naturaleza a un proceso lento al final del cual está un ulterior daño: así, por ejemplo, enfermedades como el Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida, o un envenenamiento o una contaminación con sustancias radioactivas que producen la muerte muchos años después.

[280] Vid. solo Jakobs, *La imputación objetiva*, pág. 192 y ss.

[281] Cfr. por todos Roxin, FS Gallas, pág. 253 y ss.; ídem, *AT I*[3], 24/44 y s.; Jakobs, *AT*[2], 7/81 *in fine*; ídem, *La imputación objetiva*, pág. 186 y ss.; Bacigalupo, *PG4*, pág. 196 y s.; Burgstaller, *Fahrlässigkeitsdelikt*, pág. 127 y s.; W. Frisch, *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, pág. 494 y ss.; Silva Sánchez, LH Fernández Albor, pág. 677 y ss.; ídem, GA 1991, pág. 207 y ss.; Reyes Alvarado, *Imputación objetiva*, pág. 303 y ss.; NAMIAS, *Folgeschäden, passim*; Feijóo Sánchez, *Homicidio y lesiones imprudentes*, pág. 167 y ss., con ulteriores referencias.

[282] Cfr. también la clasificación propuesta por Silva Sánchez, LH Fernández Albor, pág. 677 y ss.

[283] Vid. Rudolphi, JuS 1969, pág. 555 con nota 45.

El tratamiento de ambos grupos de constelaciones es diferente. En el primer grupo de casos se trata de supuestos de concurrencia de riesgos; es decir, se trata de determinar si el riesgo surgido con posterioridad (el incendio y la imposibilidad de escapar, la infección) interrumpen el nexo de imputación.[284] Tan solo hay que señalar que la existencia de determinados daños permanentes, como es lógico, imponen ciertas precauciones exigibles a la víctima.

En el segundo grupo de casos, sin embargo, no hay tal concurrencia de riesgos: el riesgo inicial es el que se realiza, solo que después de un lapso de tiempo muy considerable.[285] A este mero transcurso del tiempo[286] se le ha atribuido distinta relevancia en la doctrina; mientras que unos piensan que el mero paso del tiempo no afecta *per se* a la imputación del resultado,[287] otros quieren excluir esta imputación, al menos respecto de determinadas constelaciones de casos;[288] también se ha propuesto estimar una reducción del injusto en atención a que no se trata de supuestos de destrucción inmediata de la vida, sino de acortamiento de esta.[289]

Parece claro que los inconvenientes procesales que puedan derivar del gran lapso de tiempo existente entre la conducta del sujeto y la lesión no pueden hacer desaparecer sin más el vínculo entre riesgo y resultado: en efecto, lo que atribuye, por ejemplo, gravedad precisamente al VIH no está en las molestias o enfermedades oportunistas que va produciendo, sino el desenlace final después del colapso del sistema inmunológico.

Sí parece razonable, sin embargo, pensar en una disminución de la pena por reducción del injusto.

[284] Cuestiones que en el presente estudio se tratan en el siguiente apartado.

[285] Cfr. Silva Sánchez, GA 1991, pág. 210 y ss.

[286] Dejando de lado las cuestiones jurídico-procesales; cfr. Jakobs, *AT*[2], 7/81.

[287] Por todos, Jakobs, *AT*[2], 7/81, con nota 131 m; Roxin, *AT I*[3], 24/44.

[288] Específicamente respecto de los supuestos de contagio con VIH, vid., por todos, Schünemann, en: SWARC (ed.), *AIDS und Strafrecht*, pág. 18 y ss., con ulteriores referencias.

[289] Silva Sánchez, LH Fernández Albor, pág. 682 y ss.

d) Riesgos concurrentes

1. Introducción

Cabe identificar un sector de supuestos en los que ya desde un principio parece claro que el riesgo creado por el autor carece de relación con el resultado producido, pues aunque existe una conducta típica por parte del autor, el riesgo que se realiza en el resultado es otro distinto.

a) Se debe llegar a esta conclusión, en principio, en dos ámbitos: *en primer lugar*, puede suceder que el riesgo creado por el autor solo contribuya de modo causal a la producción del resultado, pero que en realidad se realice un *riesgo general de la vida*. Esta posibilidad concurre, por ejemplo, si un sujeto secuestra a la víctima y esta muere en un accidente de circulación —inevitable— durante el secuestro: no hay, en puridad de términos, siquiera un riesgo típicamente relevante de muerte.[290] A este contexto pertenecen también los daños derivados de una conducta delictiva mediados por una gran impresión emocional: en los llamados casos de *shock;* si, por ejemplo, al tener conocimiento un padre de la muerte por homicidio de su hijo, sufre un ataque al corazón, esta lesión no le resulta atribuible al autor del homicidio.[291]

Por otro lado, aún en casos en los que sí existe tal riesgo inicial —por ejemplo, en el frecuentemente citado caso en el que la víctima muere, después de ser apuñalada, camino del hospital en la ambulancia—,[292] el resultado no resulta imputable —sí una tentativa cuando se trata de una conducta dolosa— cuando ese riesgo inicial se ve sustituido por otro riesgo concurrente que forma parte de los riesgos generales de la vida —en el caso de la ambulancia: el riesgo "tráfico rodado"—.

b) *En segundo lugar*, puede que el riesgo creado por el autor esté relacionado con el ámbito en el que se produce el resultado —es decir, que no pueda considerarse un accidente debido a un riesgo vital—, pero este no se realice porque la conducta de otro sujeto —que puede ser la propia víctima— introduce un *riesgo nuevo* distinto del creado por el autor. Esto es bastante evidente, por ejemplo, en el caso de un automovilista que circula por el lado izquierdo de la vía —infringiendo su deber de hacerlo por la derecha— cuando un peatón se abalanza de modo repentino sobre la calzada; no cabe establecer conexión entre la infracción del conductor y el resultado producido.[293]

Sin embargo, la solución no resulta tan sencilla cuando no puede establecerse de modo nítido que el riesgo inicial no es típicamente relevante respecto del específico resultado producido, o, lo que es lo mismo, que la conducta del sujeto que actúa con posterioridad realmente introduce un riesgo nuevo. En efecto, en muchas ocasiones, el resultado se produce como concreción del riesgo inicial generado por el autor, pero la conducta posterior —dicho, de momento, de modo aproximativo— es de algún modo descuidada o inadecuada.

En este contexto, parece aconsejable distinguir[294] entre aquellos supuestos en los que existe identidad entre el objeto del riesgo inicial y aquel que resulta lesionado y respecto del cual se produce la conducta del tercero o de la víctima (*infra* b), de aquellos otros supuestos en los que hay una diversidad entre ambos (*infra* c); ello, sobre todo, porque en la doctrina ambas constelaciones de casos se han solido abordar por separado.

2. Identidad entre objeto afectado por el riesgo inicial y objeto lesionado

Son estos los casos en los que la conducta posterior incide de algún modo sobre un riesgo —que también puede derivar de una lesión inicial— creado por el autor.

[290] Ejemplo y solución de Jakobs, *AT*², 7/79.

[291] Cfr. en este sentido, por todos, Roxin, FS Gallas, pág. 256 y s.; idem, *AT I*², 24/43; *SK*-Rudolphi, n.m. 78 previo al § 1; Schünemann, JA 1975, pág. 720; otro punto de vista en *NK*-Puppe, n.m. 233 previo al § 1.

[292] Vid. solo Roxin, *AT I*², 11/40.

[293] Ejemplo y solución propuestos por Gimbernat Ordeig, RDCir 1965, pág. 677 y s.; Burgstaller, *Fahrlässigkeitsdelikt*, pág. 101 y s.; Luzón Peña, *PG I*, pág. 527.

[294] Siguiendo a Derksen, *Handeln auf eigene Gefahr*, págs. 232 y s., 233 y ss.

a) En este contexto, son de interés, por ejemplo, los supuestos en los que a una lesión inicial se suma un tratamiento médico inadecuado,[295] o la omisión de tal tratamiento médico,[296] o múltiples configuraciones de casos en los que la conducta "descuidada" es llevada a cabo con posterioridad a la lesión inicial por parte de la víctima: así sucede, por ejemplo, en el caso del líquido cáustico resuelto por el TS español,[297] en el que la omisión —por parte de la persona afectada— de lavar una zona de piel rociada con un líquido cáustico condujo a lesiones,[298] o en supuestos similares en los que la víctima omite realizar determinadas medidas de prevención o de tratamiento,[299] o

[295] Vid. en la doctrina española solo Martínez Escamilla, *La imputación objetiva del resultado*, pág. 326 y ss. Cfr. sobre un supuesto de estas características, en relación con un error médico —en el caso concreto, la posible relevancia de la conducta del propio afectado no queda clara—, el trabajo de Bolea Bardón, ADPCP 1994, pág. 375 y ss., con referencias sobre el estado de la cuestión en pág. 380 y ss.; numerosas referencias sobre supuestos de estas características en la jurisprudencia española últimamente en Feijóo Sánchez, *Homicidio y lesiones imprudentes*, pág. 134 y s., nota 12.

[296] Vid. sobre esto últimamente Feijóo Sánchez, *Homicidio y lesiones imprudentes*, pág. 144 y ss., con referencias jurisprudenciales en nota 31.

[297] STS 17.9.1993 (RA 6697).

[298] La acusada, en el marco de una discusión de vecindad, había lanzado a la víctima un líquido desengrasante cáustico, que la había alcanzado en la cara, cuero cabelludo y pabellones auriculares. La víctima, en vez de lavarse, se quedó en las inmediaciones del lugar y solo la insistencia de los agentes de policía que acudieron a la llamada de la acusada logró —una hora y media después de ocurrido el suceso— que consintiera en buscar asistencia médica. El líquido produjo heridas que tardaron tres meses en curar y dejaron cicatrices visibles, después de varias intervenciones quirúrgicas en las que se le practicaron injertos en las zonas afectadas. Conforme a los hechos declarados probados, no se hubiera producido lesión alguna si la zona afectada hubiera sido lavada con agua. El Tribunal de instancia condenó a la acusada por una falta de malos tratos y la absolvió del delito de lesiones del que se la acusaba. El TS casó la sentencia de instancia y condenó por lesiones afirmando que no puede hablarse en este caso de una interrupción del curso causal por la actuación de la víctima, ya que esta ignoraba las características del líquido con el que había sido rociada.

[299] Cfr., por ejemplo, el caso resuelto en RG GA 42 (1894), pág. 386 y s.: el acusado del caso había causado por imprudencia unas lesiones a su esposa. A consecuencia de estas lesiones, la mujer fue sometida a tratamiento médico. Debido al incumplimiento de las prescripciones del médico por parte de la mujer (dejó de guardar cama antes de que lo hubiese autorizado el médico), se produjo la muerte (se considera hecho probado por parte del tribunal de instancia que si hubiese cumplido las indicaciones del médico, no habría tenido lugar la muerte). El tribunal *a quo* condenó sobre esta base al marido por homicidio imprudente sosteniendo que "el acusado podía prever que el accidente podría llegar a ser mortal por algún comportamiento de la lesionada contrario a los requerimientos médicos"; el Tribunal Supremo del Reich absolvió precisamente negando esa previsibilidad. Vid. también el supuesto de "dolo"

se niega a determinado tratamiento médico —como en el caso de quien, después de haber recibido una paliza, se niega a quedarse ingresado en un centro hospitalario a pesar de que se le indica que ello es necesario en atención a posibles lesiones internas—[300] que resulta indicado para neutralizar los riesgos para su salud que derivan de una lesión producida por el autor. La problemática en este ámbito, como se verá a continuación, es abordada en la doctrina sobre todo desde la perspectiva de la conducta que se anuda a la conducta y lesión iniciales.

b) En este sentido, un sector de la doctrina ha propuesto excluir la imputación cuando la conducta posterior de la víctima o del segundo sujeto actuante sea (al menos) "gravemente imprudente".[301] Otros autores, en cam-

en la víctima planteado ya por Otto, FS Maurach, pág. 99: la víctima, envenenada con una sustancia que aún puede neutralizarse sin dificultad, se niega a ingerir el antídoto que le ofrece el autor arrepentido.

[300] Como sucedió en el caso BGH NStZ 1984, pág. 394; vid. también, por ejemplo, los casos ingleses *R. v. Blaue* (una joven murió a consecuencia de heridas producidas con arma blanca, pues se negó —siendo testigo de Jehová— a recibir una transfusión de sangre; en este caso el tribunal afirmó que no había interrupción de la relación causal con base en la regla "*take the victim as you find her*" [cuyo contenido podría resumirse como "la 'constitución anormal' [evidentemente, en sentido muy amplio, pues se incluyen las creencias religiosas] de la víctima no interrumpe la relación causal"]; cfr. sobre este caso, por ejemplo, la información en Smith / Hogan, *Criminal Law*, pág. 338 y s.) y *R. v. Dear* (en el supuesto al que se refiere esta resolución, el acusado había producido heridas con arma blanca a la víctima. Frente a la alegación del acusado en apelación de que la víctima había "interrumpido la cadena causal" reabriéndose las heridas o no haciendo nada para impedir que se desangrara al haberse reabierto estas espontáneamente, la Corte considera que en el caso enjuiciado "...la causa de la muerte [de la víctima] fue el hecho de sangrar por la arteria que el acusado había seccionado. *Con independencia de que el resurgir o la continuación del flujo de sangre fuera causado deliberadamente por [la víctima]*, el jurado estaba autorizado a considerar que la conducta del acusado supuso una contribución operativa a la muerte" y, por tanto, a condenar; vid. CrimLR 1996, pág. 595 y s.), y el supuesto de la jurisprudencia austriaca referido por Burgstaller, FS Jescheck I, pág. 359 y s.

[301] Así, por ejemplo, con diversos matices y partiendo de distintas posiciones de base: P. Frisch, *Fahrlässigkeitsdelikt*, págs. 147 y ss., 151; Burgstaller, *Fahrlässigkeitsdelikt*, pág. 122 y ss., especialmente pág. 123, ídem, FS Jescheck I, págs. 365 y ss., 367 y s.; Wolter, *Zurechnung*, pág. 345 y ss., para quien cuando la conducta posterior de la víctima sea en una medida considerable descuidada e imprudente, ya que con tales "'actos heroicos' no tienen por qué contar ni la comunidad jurídica ni el autor" (p. 345); Hillenkap, *Vorsatztat*, pág. 302; parcialmente (vid. nota siguiente) también en esta línea la posición de Roxin, *AT I*, 11/111. En la doctrina anglosajona, vid. en el mismo sentido —la *gross negligence* interrumpe la relación de causalidad— Hart / Honoré, *Causation in the Law*, págs. 319 y s., 406.

bio, adoptan una posición que en vez de valorar la gravedad de la imprudencia del comportamiento del sujeto que actúa con posterioridad o de calificar por analogía la conducta de la víctima —ya que esta, como es lógico, no es accesible a una calificación jurídico-penal—, parte de un inicio vinculado a las características del riesgo inicial y que resulta potencialmente más estricto respecto de la exclusión de la imputación del resultado al autor.[302]

Respecto de estas dos tendencias —caracterizadas de este modo solo a grandes rasgos—, puede decirse, en primer lugar, que no parece adecuado hacer depender la constatación —realizada *ex post*— de la materialización del riesgo creada por la conducta del autor de la "calificación" que pueda llevarse a cabo respecto de la conducta posterior de la víctima o de la valoración jurídico-penal que merezca el comportamiento posterior de un tercero.[303] En efecto, la posible relevancia de las características de la conducta de la *víctima* en cuanto a su significado normativo ha de tenerse en cuenta —como se ha propuesto aquí— en el plano de la tipicidad de la conducta del autor —en su caso, imputando lo sucedido al ámbito de responsabilidad de la víctima y excluyendo la imputación objetiva de la conducta del autor—, cuando la existencia de una interacción convierta el suceso en algo común de autor y víctima.[304] Sin embargo, una vez constatada la relevancia típica de la conducta del autor, o, lo que es lo mismo, la imputación objetiva del comportamiento de este —ya que en los casos que ahora son de interés no existe, por definición, una "organización conjunta" en el sentido antes expuesto—, la posible relevancia de una conducta posterior de la víctima solo puede derivar de que esta afecte a la "emanación" de la conducta objetivamente imputable del autor, es decir, que afecte a la dimensión de riesgo de esta. Y para verificar esa posible relevancia, como parece claro, es necesario partir del riesgo creado, es decir, de la posible influencia de la conducta posterior en el mismo, y no de la calificación —"gravemente imprudente" o no— que merezca la conducta de la víctima. Y *mutatis mutandis* rige lo mismo respecto de una conducta inadecuada posterior de un *tercero*; dicho brevemente: la calificación de su conducta afecta, como es lógico, a *su* responsabilidad penal; pero no puede influir en el juicio de atribución del resultado al primer sujeto.

En este sentido, parece preferible seguir, en principio, la orientación propuesta por la segunda de las tendencias doctrinales aludidas. La referencia a la "imprudencia" del sujeto que actúa en segundo lugar hecha por el primero de los sectores doctrinales mencionados puede entenderse, en todo caso, precisamente como una referencia terminológicamente poco precisa a lo que se acaba de exponer.

c) Pasando ya a delinear la solución a los distintos supuestos, en primer lugar, debe estimarse —y a este respecto existe un consenso generalizado en la doctrina— que tratándose de una conducta por parte de la víctima que implica la dejación de medidas esenciales y elementales de neutralización del riesgo inicial, no puede producirse imputación del resultado a la conducta del autor.[305]

[302] Vid., por ejemplo, *SK*-Rudolphi, n.m. 72 y ss., 72a, 73 previos al § 1; Kühl, *AT*, 4/52, acudiendo ambos al principio de confianza para fundamentar su solución (desde la perspectiva aquí adoptada [vid. *supra* III. B. 1. d)], solo podrá hablarse de un supuesto de "principio de confianza" en sentido estricto —en cuanto elemento integrante del riesgo permitido, ubicado en el primer nivel de la imputación objetiva— cuando se trate de una conducta cuya licitud general dependa de la previsión de la conducta posterior de la víctima o del tercero; en los casos en los que —como los supuestos que se han mencionado en el texto— la creación del riesgo inicial en cuanto riesgo típico esta fuera de duda, se trata, en cambio, como viene señalándose en el texto, de un problema de imputación del resultado); cfr. también en esta línea de fijar la atención en el riesgo inicial Schünemann, JA 1975, pág. 718 y s.; diferenciando en función del riesgo W. Frisch, *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, págs. 446 y ss., 449 y ss., 454 y s.: lo decisivo es que el riesgo se encuentre ya "insito" (angelegt) en la conducta inicial; le sigue ahora, en lo que se refiere a la adopción de esta distinción, Roxin, *AT I*, 11/111 (quien, sin embargo, dentro de los riesgos "insitos" quiere distinguir, más en la línea de los autores citados en la nota anterior, entre conductas posteriores gravemente inadecuadas [exclusión] y otras que no lo son); en sentido similar al de W. Frisch en última instancia, la posición de Derksen, *Handeln auf eigene Gefahr*, pág. 234 y ss.: debe ser la "planificación de la víctima" la que explique el suceso; Reyes Alvarado, *Imputación objetiva*, págs. 338 y ss., 341 y ss.: lo decisivo es cuál es el riesgo "que explica" el resultado; Bolea Bardón, ADPCP 1994, pág. 386 y s., para quien la solución depende de que se produzca o no una "sustitución" de un riesgo por otro; vid. también en esta línea Cancio Meliá, *Conducta de la víctima e imputación objetiva*, pág. 332 y ss.

[303] Muy críticos respecto de esta postura, por ejemplo, Martínez Escamilla, *La imputación objetiva del resultado*, pág. 328 y ss.; Feijóo Sánchez, *Homicidio y lesiones imprudentes*, pág. 137 y ss.

[304] Cfr. especialmente *supra* III. B. 3.

[305] Se trata de una solución alcanzada desde el punto de vista material —si bien a través de una definición subjetiva de la cuestión: "dolo" o no de la víctima o del sujeto que actúa con posterioridad— en gran medida también por la doctrina de la interrupción del nexo causal; en este sentido, por ejemplo, resolvía ya el llamado caso del aguardiente (GA 14 [1866], pág. 532 y ss.: un soldado que se encontraba en una tienda se vanaglorió de que era capaz de beberse de un trago cierta considerable cantidad de aguardiente. Frente a esta afirmación, el tendero replicó que si realmente era capaz de bebérselo de un

Esta debe ser la solución, por ejemplo, en el caso en el que la víctima se niega a la realización de una medida médica corriente y segura a efectos de neutralización del riesgo, como puede ser someterse a una observación interna —así, en el caso de una víctima que recibe una paliza y se niega a quedar ingresada en un centro médico, a pesar de que así se le pide de modo insistente por parte del personal sanitario—,[306] o a una transfusión de sangre —como sucedió en el caso *R. v. Blaue*—,[307] o directamente inutiliza una medida terapéutica de estas características —por ejemplo, arrancándose los vendajes, o reabriendo heridas en proceso de cicatrización, como en el caso *R. v. Dear*—,[308] o empeora el estado de una lesión mediante una conducta absolutamente descuidada —por ejemplo, generando una infección por falta de higiene—,[309] etc.[310] Lo mismo sucede respecto de aquellos casos en los que la

trago, le regalaría el aguardiente, debiéndolo pagar si no lo lograba. El soldado bebió en un espacio de tiempo muy corto, y de un trago, el aguardiente ofrecido. A continuación, el tendero le sirvió más aguardiente, que el soldado bebió igualmente de un trago. La ingestión del aguardiente le produjo la muerte por intoxicación etílica al día siguiente) Ortmann, GA 23 (1875), pág. 271 y s. La doctrina de la interrupción del nexo causal ha venido siendo adoptada por la jurisprudencia del TS español en parte hasta el día de hoy (vid., por ejemplo, las referencias en Cancio Meliá, *Conducta de la víctima e imputación objetiva*, pág. 104 y ss.), doctrina que el TS recientemente sintetiza del siguiente modo: "La doctrina de esta Sala con relación al accidente extraño a la actividad del sujeto, lo ha concebido, unas veces, en un sentido muy restringido, comprendiendo tan sólo la acción dolosa del propio ofendido o de un tercero —Sentencias, por todas, de 2-4-1904, 13-3-1934, 18-10-1946, 26-10-1983, 31-10-1987, 5-10-1988 y 5-11-1990— y otras, las actuaciones culposas de la víctima y terceros, SS. 2-4-1903, 24-5-1967 y 10-11-1978" (STS 17.9.1993 [RA 6697]).

[306] BGH NStZ 1984, pág. 394.

[307] Recogido, por ejemplo, en Smith / Hogan, *Criminal Law*, pág. 338 y s.

[308] Recogido en CrimLR 1996, pág. 595 y s.

[309] Vid. el supuesto de hecho de la STS 6-11-1986 (JP 1402), en el que la víctima agravó unas lesiones dolosas producidas por el autor por su propia falta de cuidado —infección ocasionada por falta de higiene—; el TS confirmó la sentencia de la Audiencia, que tan solo condenó [vigente en aquel momento aún la regulación de los delitos de lesiones que hacía depender la calificación del tiempo de curación] por las lesiones [sc., con base en el tiempo de curación] realmente producidas por el autor, y no por el resultado de mayor gravedad achacable al comportamiento descuidado de la víctima), y las consideraciones de Silva Sánchez (en: CGPJ [ed.], *Victimología*, pág. 36 y s.) al respecto.

[310] Llegan a este resultado, por ejemplo, y desde distintas perspectivas, *SK*Rudolphi, n.m. 72a previo al § 1; Roxin, *AT I*, 11/95, 11/111; ya ídem, FS Gallas, 248 y s.; Jakobs, *AT*², 7/59; Jescheck / Weigend, *AT*⁵, § 28 IV. 4.; Wessels, *AT*²⁶, n.m. 166; Otto, FS Maurach, pág. 99; Burgstaller, *Fahrlässigkeitsdelikt*, pág. 121 y s.; ídem, FS Jescheck, págs. 357, 363 y ss.; Wolter, Zurechnung, pág. 346; W. Frisch, *Tabestandsmäßiges*

conducta descuidada del tercero que actúa con posterioridad cumple con esas características: cuando el error médico, por ejemplo, se aparta del estándar de tratamiento, y se trata de un resultado evitable, el resultado ya no aparece como explicación de la lesión inicial.

d) A estos efectos, por lo demás, no parece que deba distinguirse de modo esquemático entre que se trate de una *omisión* o de un comportamiento activo posterior del tercero o de la víctima,[311] pues cuando las medidas omitidas tienen las características antes enunciadas —medidas habituales y seguras a efectos de neutralizar el riesgo inicial—, a pesar de que desde el punto de vista externo no haya interferencia alguna entre la creación inicial del riesgo y la lesión, lo cierto es que desde el punto de vista normativo, la existencia de ese tipo de medidas debe ser tenida en cuenta para valorar la verdadera dimensión del riesgo inicial. Poniendo un ejemplo extremo: el hecho de que un corte en un brazo con un cuchillo —supongamos que producido de modo imprudente—, que sangra profusamente, desde el punto de vista externo o médico-biológico pueda perfectamente desencadenar un cierto riesgo de muerte por gangrena si no se desinfecta la herida, no afecta a la consideración que en una sociedad en la que la higiene es un elemento esencial de la medicina —además de una medida de cuidado elemental en este tipo de heridas, conocida por todos—, ese riesgo —suponiendo que la eliminación mediante la simple desinfección es segura—[312] no debe conside-

Verhalten, pág. 447 y ss.; Reyes Alvarado, *Imputación objetiva*, pág. 341 y s. Otra cuestión —que carece de trascendencia respecto de la valoración de la conducta del autor de la lesión inicial— es que la conducta posterior de la víctima pueda calificarse de "suicidio" en el sentido de las normas especiales que incriminan la intervención en un suicidio ajeno; vid. solo Silva Sánchez, ADPCP 1987, pág. 455 y s.

[311] Cfr. en el sentido del texto sólo Burgstaller, *Fahrlässigkeitsdelikt*, pág. 122; Jakobs, *AT*², 7/59; Kühl, *AT*, 4/52, 4/84; Feijóo Sánchez, *Homicidio y lesiones imprudentes*, pág. 144 y ss.; vid., sin embargo, otorgando mayor relevancia a esta circunstancia, por ejemplo, *SK*-Rudolphi, n.m. 74 previo al § 1 —si bien el propio Rudolphi (*SK*, n.m. 72a previo al § 1) también afirma que cuando el resultado se deba exclusivamente a que la víctima "de modo completamente irrazonable" se niegue a un tratamiento médico (es decir, una omisión), debe interrumpirse el nexo de imputación; muy crítica con la postura de Rudolphi en este punto (a la que califica de "incomprensible") se ha mostrado desde una perspectiva más general Martínez Escamilla, *La imputación objetiva del resultado*, pág. 333 y s. con nota 414—; próxima a la línea defendida por Rudolphi es la posición de Bolea Bardón, ADPCP 1994, pág. 384 y s.

[312] Como parece claro, no puede imponerse a la víctima —excluyendo, en caso de incumplimiento, la imputación al autor— el "deber" de acudir a medidas de neutralización que solo de modo casual pue-

rarse "ínsito" en el riesgo producido por el corte. En este sentido, que la víctima —o el médico— omita toda desinfección frente a un corte que de modo evidente necesita esa desinfección, o que la víctima se revuelque, con la herida aún sangrante, en un estercolero, o el médico utilice material en malas condiciones, no debe comportar diferencia alguna. Y ello no supone que se recurra a la mayor o menor "imprudencia" del médico o de la víctima: sencillamente, esta posición deriva de la idea de que el riesgo debe definirse también en atención a las medidas de neutralización estándar que existen en determinado momento.

A la hora de establecer cuál es el horizonte de "medidas corrientes" o "esenciales" en el sentido aludido puede aparecer alguna dificultad. Puede apuntarse como criterio de determinación que las medidas en cuestión sean, en lo que se refiere a la víctima, de común conocimiento, con independencia de la "facilidad" fáctica de obtención de la medida en cuestión, o, en lo que se refiere al médico, formen parte de los conocimientos estándar conforme a la *lex artis*. Dicho con un ejemplo extremo: el hecho de que el envenenamiento producido por el autor mediante una sustancia exótica, enormemente peligrosa, pero cuyos efectos pueden ser inmediatamente revertidos mediante la ingestión de una pequeña cantidad de ácido acetilsalicílico, pueda ser neutralizado sencillamente tomando una aspirina, no implica que se trate en este caso de una medida de las antes aludidas.

Desde esta perspectiva, es éste el criterio decisivo también para abordar el caso del líquido caústico[313] antes aludido: en efecto, como afirma el TS[314] en atención a lo establecido en los hechos probados, no cabe excluir la imputación del resultado, partiendo de la exigencia de que la "...víctima averigüe por su intuición o extremada diligencia y cuidado la clase de líquido con el que se le ha rociado y cuya toxicidad no se percibe por el mero contacto cutáneo". En este caso, a pesar de que la medida en cuestión —sencillamente, lavar con agua las zonas cutáneas afectadas— era muy simple, el desconocimiento de las características del líquido utilizado por la autora impide considerar que se trata de una medida que cuadre al concepto de "medida corriente" antes esbozado.

En todo caso, ha de insistirse que en el presente ámbito no se trata de calificar la conducta de la víctima o del tercero, sino de determinar la concreción del riesgo inicial del que es responsable el autor. En efecto, debe recordarse que en el ámbito de los supuestos que ahora interesan lo que ha sucedido es que se ha impuesto —con la conducta del autor— un riesgo a la víctima. Por ello, el hecho de que posteriormente se realice una aportación ulterior que incide sobre el riesgo inicial no puede hacer desaparecer sin más la "fuerza explicativa del riesgo".[315]

den tener éxito, o a su vez generan riesgos elevados, etc.; vid. en este sentido Derksen, *Handeln auf eigene Gefahr*, pág. 235.

[313] STS 17-9-1993 (RA 6697).

[314] Si bien con una argumentación que sitúa el caso en el ámbito de la "interrupción del curso causal".

3. Diversidad de objeto puesto en riesgo y objeto lesionado

La necesidad de hallar criterios para determinar cuándo un resultado puede reconducirse a una conducta objetivamente imputable también se plantea en supuestos en los que la conducta del autor crea un riesgo jurídicamente desaprobado *ex ante* y esa generación de riesgo es la que conduce —dicho, de momento, en términos de aproximación— a un comportamiento posterior de un tercero o de la víctima que incide de algún modo sobre la lesión final de un objeto o bien jurídico distinto al inicialmente puesto en peligro.

a) *En primer lugar*, puede suceder que a una primera conducta que genera un riesgo se anude otra conducta de un sujeto que acaba conduciendo el riesgo hacia la lesión de sus propios bienes. Son de interés en este contexto supuestos como los casos que podemos denominar: el caso de la reacción de pánico,[316] el caso del salto del camión[317] (ver sig. pág.) o el del incen-

[315] En este sentido, con una solución más restrictiva que la aquí propuesta, W. Frisch, *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, pág. 451 y s.

[316] STS 27-1-1984 (RA 421): El acusado había invadido la acera por una conducción imprudente de su vehículo, dirigiéndose este hacia tres peatones. Dos de ellos lograron eludir la colisión, pero uno de ellos fue alcanzado y murió de modo inmediato por el impacto. Uno de los dos acompañantes que habían logrado evitar el choque, una mujer, salió corriendo hacia la calzada —presa de una reacción de pánico al ver el cuerpo del peatón arrollado en el suelo— en la que fue atropellada —sufriendo lesiones— por otro vehículo cuyo conductor no pudo evitar la colisión. El TS confirmó la condena del acusado por las

dio.[318] En el segundo de los casos citados, se trata de una conducta de la propia víctima afectada por la puesta en riesgo, mientras que en el primero y en el tercero, el sujeto afectado por el riesgo y la víctima de la lesión de cuya imputación se trata son dos sujetos distintos. En los tres supuestos el objeto o bien jurídico afectado por el riesgo o la lesión inicial (respectivamente: lesión del primer peatón, libertad sexual de la propia víctima, vida del hermano de la víctima) son distintos del objeto afectado en relación con la conducta posterior de la víctima.

lesiones producidas en el segundo atropello a la mujer que salió corriendo, afirmando que no hay razón alguna para no imputar este resultado a la conducta imprudente inicial del acusado, ya que fue esta la que motivó la reacción de pánico de la segunda víctima. Cfr. Los comentarios de Luzón Peña, "Autoría e imputación objetiva en el delito imprudente", en: Ídem, *Derecho penal de la circulación* [2], pág. 83 y ss.; Silva Sánchez, La Ley 1984-4, pág. 1040 y ss., y la anotación de Silva Sánchez / Corcoy Bidasolo / Baldó Lavilla, *Casos PG*, pág. 173 y ss.

[317] STS 8-11-1991 (RA 8298): el acusado, que conducía un camión, había recogido a una joven que hacía autostop y había comenzado poco después a hacerle explícitas proposiciones de índole sexual. La víctima se negó rotundamente a estas, pero el conductor siguió planteándolas de modo insistente; la joven le pidió entonces que detuviera el vehículo, anunciándole que de lo contrario se lanzaría en marcha. Al ver que el acusado no paraba el camión, hizo realidad su anuncio, resultando con lesiones graves al ser arrollada por las ruedas traseras del vehículo. El tribunal de instancia condenó al acusado por un delito de lesiones imprudente. El TS mantuvo la condena. Frentea la alegación del recurrente de que fue la joven la que decidió voluntariamente lanzarse del camión en marcha, el TS afirma que la conducta de la víctima, al poder prever razonablemente que iba a ser objeto de un delito contra la libertad sexual, era "legítima", siendo la única causa reprochable de las lesiones el comportamiento del acusado, y las lesiones objetivamente imputables a este.

[318] BGHSt 39, pág. 322 y ss.: El acusado había participado junto con otras personas —entre ellas, la posterior víctima— en una fiesta celebrada en una casa. El acusado prendió fuego en la planta superior del inmueble, en la que se encontraban dos personas: el hijo, de doce años, del matrimonio anfitrión, y uno de los invitados, que estaba dormido. Al progresar el incendio, el niño pudo salvarse, mientras que el invitado sufrió una intoxicación por humo que condujo poco después a su muerte. Otro hijo del matrimonio anfitrión, que en el momento de desencadenarse el incendio se encontraba en el exterior —y que había ingerido una considerable cantidad de alcohol—, intentó subir a la planta superior de la casa, en la que quería salvar los bienes materiales o las personas que ahí estuvieran, especialmente a su hermano de 12 años. Llegó al pasillo de la planta superior, en la que cayó al suelo por los efectos producidos por la inhalación del humo, muriendo también él por una intoxicación de monóxido de carbono. El tribunal de instancia condenó al acusado por un delito de incendio, y, en lo que se refiere a la muerte del hermano que intentó el salvamento, por homicidio imprudente. El BGH mantuvo la condena, argumentando que en este supuesto no concurre una autopuesta en peligro responsable, ya que no queda excluido el fin de protección de la norma.

b) La doctrina se ha ocupado sobre todo del grupo de casos representado entre los antes mencionados por el del incendio, bajo la rúbrica "provocación de acciones de salvamento arriesgadas". Respecto de estos supuestos se ha generado una intensa polémica; de manera esquemática, cabe sintetizar la situación en la doctrina del siguiente modo: un primer grupo de autores afirma que en estos casos no debe producirse la imputación del daño sufrido por quien emprende la acción de salvamento. Llegan a esta conclusión aduciendo, en primer lugar, que en los casos en los que el salvamento no viene impuesto por una obligación jurídica —como en el caso del incendio—, debe cobrar relevancia la idea de la "autopuesta en peligro", es decir, la responsabilidad de quien decide ponerse a sí mismo en peligro al asumir la acción de salvamento.

En este sentido, se utiliza el argumento de que de lo contrario habría que llegar a la conclusión de imputar, por ejemplo, a quien se ha puesto a sí mismo en riesgo y provoca una acción de salvamento, la responsabilidad por los daños que pueda sufrir el sujeto que intenta salvarlo. Pues en todos estos casos, en última instancia, se dice, la conducta inicial es una mera causación de una autopuesta en peligro voluntaria.[319] En segundo lugar, alguno de los autores acabados de citar va aún más lejos y propone excluir la imputación del resultado también en aquellos supuestos en los que el sujeto que emprende la acción de salvamento cumple con una obligación jurídica, como puede ser el caso, por ejemplo, de un miembro de cuerpo de bomberos en una variación hipotética del caso del incendio al que se acaba de hacer referencia.[320] En apoyo de esta solución se afirma que en cierto modo también en estas constelaciones se trata de una elección libre por parte de quien realiza la acción arriesgada, ya que al elegir la profesión en cuestión se habrían asumido los riesgos que esta conlleva. Por otro lado —argumentan estos autores—, la responsabilidad de la colectividad al establecer las normas en cuestión no debe ser trasladada al autor de la creación de riesgo inicial.[321]

[319] Vid., por ejemplo, *S/S*[24]-Cramer, § 15 n.m. 157; Roxin, *AT* [2], 11/94; Maurach / Gössel, *AT*[27], 43/73; Otto, JuS 1974, pág. 710 Schünemann, JA 1975, pág. 722; Castaldo, *L'imputazione oggetiva*, pág. 219 y s.; Corcoy Bidasolo, *El delito imprudente*, pág. 554 y s.; Martínez Escamilla, *La imputación objetiva del resultado*, pág. 362 y ss.

[320] Pues en el supuesto de referencia, el salvamento fue emprendido por uno de los miembros de la familia propietaria de la vivienda incendiada, no por un profesional de los servicios de salvamento.

[321] Vid. solo Roxin, FS Honig, pág. 142.

Además se aducen razones de política criminal: el establecimiento de la imputación del resultado conduciría en muchas ocasiones a que el creador del riesgo inicial se abstuviera de llamar ayuda, si tuviera que temer que ello pudiera generar ulteriores responsabilidades jurídico-penales.[322] Por último, también se dice que no parece adecuado hacer responder al autor por un suceso que no está autorizado a impedir.[323]

Frente a este sector doctrinal, aquellos autores que puede considerarse que conforman la opinión mayoritaria[324] sostienen, por el contrario, que en estos casos debe imputarse el resultado a la creación inicial del riesgo por parte del autor.[325] Para estos autores, siempre que el intento de salvamento no "carezca, desde un principio, de toda posibilidad de éxito" y "no conlleve la asunción de riesgos desproporcionados",[326] habrá de imputarse la lesión al autor del riesgo inicial.[327] Desde este punto de vista, se sostiene que el salvador no es libre en su elección de emprender la actividad arriesgada, ya que es en todo caso —también en los supuestos en los que el salvador cumple con un deber— el autor del riesgo inicial el que impone la necesidad de salvamento.[328] El argumento de la contradicción entre responsabilidad por los daños derivados del salvamento y la prohibición de impedirlo es contestado, por lo demás, recordando que no es este el único caso en el que el ordenamiento jurídico hace responder al autor por un suceso que no está autorizado a impedir: también en el supuesto en el que un sujeto es autor mediato de una agresión antijurídica frente a la cual el agredido reacciona en legítima defensa, el autor mediato no puede impedir la legítima defensa, y, sin embargo, puede ser responsable de los daños que esta produzca en su instrumento.[329]

c) *En segundo lugar*, también puede ocurrir que la creación de riesgo imputable al autor inicial sea "transformada" por otro sujeto en un riesgo que acaba afectando a un tercero. Así sucede, por ejemplo, en el supuesto de hecho que podemos llamar caso de la quema de rastrojos;[330] o en el caso en el que un sujeto da instrucciones incorrectas al conductor de un camión,[331] que por ello atropella a un tercero, o en múltiples supuestos en los que la

[322] Cfr. en este sentido, con diferencias en la argumentación, solo Roxin, *AT* I², 11/106, y ya ídem, FS Honig, pág. 143; ídem, FS Gallas, pág. 247 y s.; Burgstaller, *Fahrlässigkeitsdelikt*, págs. 112 y ss., 115 y s.; Schünemann, JA 1975, pág. 721 y s.; Schumann, *Selbstverantwortung*, pág. 70 y s., nota 2 (admitiendo responsabilidad del sujeto que genera el riesgo inicial solo para los supuestos de dolo); Corcoy Bidasolo, *El delito imprudente*, pág. 555 y s.; Martínez Escamilla, *La imputación objetiva del resultado*, págs. 358 y ss., 362 y ss.

[323] Una vez creado el riesgo inicial, el autor no está autorizado a interferir en el intento de salvamento; vid. Roxin, FS Honig, pág. 142 y s.; Burgstaller, *Fahrlässigkeitsdelikt*, pág. 115.

[324] Al menos en Alemania, como señala, por ejemplo, W. Frisch, *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, pág. 473.

[325] Así, por ejemplo, *SK*-Rudolphi, n.m. 80 y s. previos al § 1 y ya ídem, JuS 1969, pág. 557; *LK*[11]-Schroeder, § 16, n.m. 182; *NK*-Puppe, n.m. 168 y ss. Previos a los §§ 13 y ss.; Jescheck / Weigend, *AT*[5], § 28 IV. 4.; Jakobs, *AT*[2], 21/89 y ya ídem, ZStW 89 (1977), págs. 15 y ss., 31 y ss.; Wolter, *Zurechnung*, pág. 344 y ss.; exhaustivamente W. Frisch, *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, págs. 472 y ss., 480, 481 y ss., 484; Derksen, *Handeln auf eigene Gefahr*, págs. 202 y ss., 207 y ss.; Cancio Meliá, *Conducta de la víctima e imputación objetiva*, pág. 338 y ss.; en el mismo sentido, si bien solo respecto de los casos en los que existe obligación por parte del salvador, *S/S*[24]-Cramer, § 15 n.m. 157; Maurach / Gössel, *AT*[27], 43/73.

[326] Como lo formula el BGH en el caso del incendio al que se viene haciendo referencia en el texto (BGHSt 39, pág. 326); en sentido próximo, por ejemplo, *NK*-Puppe, n.m. 168 previo a los § 13 y ss.

[327] Jakobs va más allá al sostener que cualquier conducta de salvamento razonable puede dar lugar a imputación, vid. ZStW 89 (1977), págs. 15 y ss., 31 y ss., 33 y s., argumentando en analogía al estado de necesidad justificante, ya que la conducta del salvador que se mantenga en el marco delineado en esa institución es "correcta", de modo que para Jakobs no elimina como explicación del suceso lesivo —a diferencia de una conducta "arbitraria" por parte del salvador— la conducta inicial; vid. también ídem, *AT*[2], 21/89; en sentido similar se pronuncia —sumándose a Jakobs— Wolter, *Zurechnung*, pág. 345 y s.: mientras la reacción sea "comprensible" o "explicable" (p. 345); *LK*[11]-Schroeder, § 16, n.m. 183.

[328] En este sentido, cfr., por todos, *SK*-Rudolphi, n.m. 80 y s. previos al § 1; Wolter, *Zurechnung*, pág. 344 y ss.

[329] Cfr. *SK*-Rudolphi, n.m. 80 previo al § 1.

[330] STS 3-6-1989 (RA 5021): el sujeto A realizó —supongamos que de modo claramente incorrecto respecto del riesgo al que se aludirá a continuación— cerca de una carretera la quema de los rastrojos que quedaban en una finca de su propiedad después de la recolección. El humo de la quema de rastrojos invadió la calzada, dificultando de modo esencial la conducción por la vía, de manera que no cabría duda alguna acerca del riesgo que se habría generado respecto de los vehículos que hubiesen circulado en ese momento por el tramo afectado por el humo. Pero, afortunadamente, no había ninguno. Así las cosas, dos conductores penetraron desde fuera del ámbito cubierto por el humo —a pesar de advertir la falta de visibilidad— el tramo afectado por el humo y, al desviarse hacia el carril contrario, colisionaron con un vehículo cuyo conductor, con mejor criterio, estaba esperando del otro lado de la zona falta de visibilidad, produciendo la muerte al ocupante de este. El TS absolvió al sujeto que realizó la quema de rastrojos (argumentando, de modo algo confuso, que no hay ni previsibilidad, ni imprudencia, que se rompe la relación causal y que tampoco cabe imputación objetiva) y mantuvo la condena de los dos automovilistas, por haber estos asumido "de forma autorresponsable el riesgo creado por la acción de otro".

[331] Cfr. Rodríguez Mourullo, ADPCP 1969, pág. 485 y ss.

entrega de un objeto defectuoso acaba produciendo lesiones a un tercero, etc.[332]

d) Con independencia de la solución material a los distintos supuestos, hay que indicar que con carácter previo se plantea en realidad un difícil problema de carácter sistemático: ¿pertenece la solución de estas constelaciones al nivel de la imputación objetiva del resultado, o deben resolverse más bien ya en el plano de la tipicidad de la conducta?[333] Este interrogante no puede despejarse de modo uniforme en relación con todos los elementos que concurren en estos supuestos.

En primer lugar, la existencia de una conexión suficiente entre la conducta inicial del autor y la posterior del tercero o de la víctima es, en este ámbito, una cuestión que pertenece al primer nivel de la imputación objetiva. En efecto, solo si puede afirmarse que el comportamiento del autor —además de la calificación jurídico-penal que pueda merecer de modo aislado— genera una situación en la que el posterior comportamiento de la víctima o del tercero aparece explicado por esa conducta inicial, como parte de una misma unidad de sentido impuesta por el autor,[334] podrá considerarse que ésta es objetivamente imputable en relación con la lesión sufrida. En este sentido, se trata de determinar si puede hablarse de una *autoría mediata*.[335] Así, por ejemplo, en el caso del salto del camión,[336] (ver sig. pág.) hay que analizar si el

[332] Cfr. otros ejemplos ofrecidos por Lenckner (*S/S*[24], n.m. 101a previo a los §§ 13 y ss.): el informe prestado por un abogado, dictámenes técnicos, las instrucciones de uso de aparatos, etc.

[333] En este sentido, dice Roxin (*AT I*[4], 11/106), quien aborda los supuestos de acciones de salvamento arriesgadas similares al caso del incendio antes citado en el marco del escalón del "alcance del tipo" (vid. *supra* II. B. 1.) que en determinados casos la cuestión resulta "prácticamente imposible de distinguir" de la "autopuesta en peligro", es decir, de aquel ámbito que en el presente estudio se ha ubicado en el marco del primer nivel de la imputación objetiva (riesgo permitido, prohibición de seguro, ámbito de responsabilidad de la víctima).

[334] A la inversa formula Derksen —partiendo de un contexto sistemático desligado de la teoría de la imputación objetiva— que la conducta del autor debe eliminar las alternativas de planificación de la víctima; vid. *Handeln auf eigene Gefahr*, págs. 203, 239.

[335] Lo que plantea ciertos problemas dogmáticos en la mayoría de estos supuestos, al tratarse de casos en los que concurre imprudencia por parte del autor; como es sabido, partiendo de un concepto presidido por un entendimiento subjetivo del dominio del hecho como base de la autoría mediata, no podrá apreciarse ésta en el ámbito de los delitos imprudentes. Es esta la que podría considerarse opinión mayoritaria en Alemania, también representada en España; vid. solo Jescheck / Weigend, *AT*[5], § 62 I. 2.; Gómez Benítez, *PG*, pág. 150. Sin embargo, desde otras bases distintas, hay numerosos autores —que pueden considerarse el sector mayoritario en la doctrina española— que no ven obstáculo alguno a la afirmación de autoría mediata imprudente: en este sentido, por ejemplo, Rodríguez Mourullo, ADPCP 1969, págs. 477 y ss., 484; Ídem, *ComCP I*, pág. 818 y ss.; Cobo del Rosal / Vives Antón, *PG*[3], pág. 679; Luzón Peña, *PG*, pág. 509; Jorge Barreiro, *La imprudencia punible*, pág. 125 y s.; Peñaranda Ramos, *La participación*, págs. 288 y ss., 292 con nota 158, 294; Calderón Cerezo, en: CGPJ (ed.), *La imprudencia*, págs. 29 y ss., 63; González Rus, en: CGPJ (ed.), *Problemas de autoría*, pág. 114 y s.; Díaz y García-Conlledo, voz "autoría", en: *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. I (ABA-COR), pág. 698, y, últimamente, con una fundamentación detenida, Hernández Plasencia, *La autoría mediata*, págs. 332 y ss., 334 y s., 335 y ss.; en la doctrina alemana, por ejemplo, ya Exner, FG Frank I, pág. 570 y s.; Jakobs, *AT*[2], 21/113; ídem, *La autoría mediata, passim*, insertando el problema en la teoría de la imputación objetiva; Schumann, *Selbstverantwortung*, pág. 110; W. Frisch habla —en relación con la conducta de la víctima— de situaciones "paralelas en el ámbito de la imprudencia" (vid., NStZ 1992, pág. 64 con nota 80); en sentido similar, Seier, JA 1984, pág. 534; en lo material, también Walther, *Eigenverantwortlichkeit*, pág. 176 y ss.; vid. también Cancio Meliá, *Conducta de la víctima imputación objetiva*, pág. 347 y ss.; Feijóo Sánchez, *Homicidio y lesiones imprudentes*, pág. 109 y ss., con ulteriores referencias.

[336] STS 8-11-1991 (RA 8298).

[337] BGHSt 39, pág. 322 y ss.

comportamiento del conductor es en este sentido la base de la conducta de autopuesta en peligro de la joven, o, formulado desde la perspectiva de la víctima, si esta se encuentra en una situación en la que pueda afirmarse que su decisión —saltar del camión— ha sido llevada a cabo de modo "responsable", la ha sido impuesta. Pues si, por ejemplo, la conducta, en realidad, no pasara de constituir un comportamiento grosero del que no cabe extraer la existencia de un riesgo para la joven, no existirá la conexión entre una conducta y otra. Sin embargo, si —como sucede en el caso— las circunstancias la hacen pensar —con una valoración racional— que se encuentra en una situación en la que es inminente un ataque a su libertad sexual, resultaría que existe la relación de "imposición". De igual modo, en el caso del incendio[337] debe comprobarse si la conducta inicial realmente "justifica" la acción de salvamento del sujeto; este no sería el caso, por ejemplo, si a lo que se ha prendido fuego no es una vivienda, sino un cobertizo vacío, ya que entonces no hay nada que salvar. Pero si la conducta del salvador —siguiendo a la doctrina mayoritaria en este ámbito antes expuesta en segundo lugar— constituye una medida razonable, resulta artificioso sostener que se trata de una conducta libre.

Aunque el salvador tenga, en efecto, la posibilidad de optar por no realizar el intento de salvamento, su comportamiento no se explica sin el contexto del riesgo inicial: en efecto, es el autor el que le ha impuesto esa conducta. Con parámetros similares debe abordarse el supuesto de la reacción de pánico:[338] aunque en este caso no se trata de una reacción consciente, la cuestión esencial —desde el punto de vista sistemático—[339] también aquí está en determinar si la conducta inicial cumple siquiera con la exigencia de imputación objetiva de la conducta.[340] En relación con este supuesto, puede pensarse que, en efecto, en la segunda víctima concurre un "defecto de responsabilidad situacional" (como dice la sentencia: situación de pánico que provoca la "ciega carrera" de la mujer). También parece claro que existe una relación de causalidad fáctica entre la conducta inicial del autor y la reacción de la víctima. El problema se encuentra[341] en el establecimiento e la conexión entre conducta inicial y reacción de la víctima. Desde la perspectiva aquí defendida parece más adecuada la solución de excluir la imputación: en efecto, el dato de la irresponsabilidad situacional (reacción de pánico) de la víctima, a pesar de la conexión causal, no se introduce en el contexto del suceso como algo ligado a la primera conducta del autor, como sí puede suceder, por ejemplo, en el caso en el que el autor narcotiza a la víctima y la abandona en una autovía. En este caso, por el contrario, puede pensarse que se trata de un riesgo nuevo, que si bien parte de una reacción a la conducta inicial, no puede ser reconducido a un contexto común.

[338] STS 27-1-1984 (RA 421).

[339] En cuanto a la solución material, mientras Luzón Peña ("Autoría e imputación objetiva en el delito imprudente", en: ídem, *Derecho penal de la circulación2*, págs. 99 y ss., 101) —coincidiendo, por lo tanto, el punto de vista sistemático aquí adoptado (no se trata de un problema de imputación del resultado) con el de este autor— considera que puede afirmarse la existencia de una autoría mediata imprudente, Silva Sánchez (LL, 1984-4, pág. 1040 y ss.; ídem, ADPCP 1987, pág. 469, nota 76, discutiendo la argumentación de Luzón Peña), Corcoy Bidasolo (*El delito imprudente*, pág. 539 y s. con nota 1004) y Silva Sánchez / Corcoy Bidasolo / Baldó Lavilla (*Casos PG*, pág. 174 y s.) sostienen que debe excluirse la imputación.

[340] Como afirma con razón Corcoy Bidasolo, *El delito imprudente*, pág. 539 y s.; vid. sobre la problemática de autoría mediata respecto de víctimas con defectos de responsabilidad, ampliamente, Cancio Meliá, *Conducta de la víctima e imputación objetiva*, pág. 354 y ss.

[341] Con independencia de los problemas de previsibilidad que se pueden presentar en el lado subjetivo del autor a los que aluden Silva Sánchez / Corcoy Bidasolo / Baldó Lavilla, *Casos PG*, pág. 173.

En términos similares han de resolverse los supuestos en los que se trata de una conducta posterior de un segundo sujeto que lesiona a un tercero: así, en el caso de la quema de rastrojos,[342] más allá de la falta de claridad de la argumentación del Tribunal en la sentencia, la solución —absolutoria para el autor inicial— es materialmente correcta: en este caso, la más elemental de las precauciones hubiera aconsejado a los conductores no entrar en el tramo afectado y esperar que el humo desapareciera. No puede afirmarse, entonces, que el riesgo creado de una colisión por falta de visibilidad afecte también a quienes pueden evitarlo sencillamente esperando unos minutos; estos no se ven "forzados" por la conducta inicial. Lo contrario sucede, sin embargo, en el caso de ciertas aportaciones del sujeto inicial de las que no tiene que desconfiar el segundo actuante y por ello sigue actuando: así, por ejemplo, cuando un médico cierra la cavidad abdominal confiando en que —como le asegura la enfermera— ya han sido retiradas todas las gasas,[343] o cuando el conductor del camión que realiza la maniobra confía en que la salida está despejada al haberle sido indicado así por el sujeto que dirige la maniobra.

Este análisis, en todo caso, como se decía, pertenece a la constatación de la tipicidad de la conducta del autor en relación con la de la víctima o del tercero.[344]

Por lo tanto, corresponde su análisis sistemático —en la estructura aquí seguida— en el marco de los límites de la imputación al ámbito de responsabilidad de la víctima, determinando si la conducta posterior de la víctima se ve condicionada en términos que excluyen su autorresponsabilidad,[345] o, cuando se trata de la conducta de un tercero, de la tipicidad de la conducta del autor, por ejemplo, desde el punto de vista del principio de confianza.[346] Visto desde la perspectiva de la conducta del autor, también puede decirse que de lo que se trata es de interpretar su conducta para averiguar si "fuer-

[342] STS 3-6-1989 (RA 5021).

[343] Jorge Barreiro, *La imprudencia punible*, pág. 159 y ss.

[344] Vid. en este sentido W. Frisch, *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, págs. 472 y ss., 474.

[345] Concretamente, dentro del análisis de los defectos de responsabilidad en la víctima de carácter "situacional"; Cancio Meliá, *Conducta de la víctima e imputación objetiva*, pág. 360 y ss.

[346] Pues se trata de determinar si la creación inicial del riesgo (quemar los rastrojos, maniobrar el camión, etc.) queda abarcada por un riesgo permitido al poder confiarse en que el sujeto que actúa va a neutralizar el riesgo.

za", en los términos antes esbozados, la posterior de la víctima. Queda claro, entonces, que en lo que se refiere a los supuestos de salvamento arriesgado, desde la perspectiva aquí adoptada ha de defenderse la solución diferenciadora propuesta por la doctrina mayoritaria: en efecto, la necesidad del análisis acabado de aludir impide seguir la solución esquemática de no imputación propugnada por el sector minoritario encabezado por Roxin.

En relación con estos supuestos de salvamento arriesgado merece aún un breve comentario una constelación de casos específica: la constituida por aquellos supuestos en los que la necesidad de salvamento es provocada por una conducta de autopuesta en peligro, como, por ejemplo, la del escalador que mediante un comportamiento imprudente sufre un accidente y por ello necesita del auxilio (arriesgado) por parte de terceros. Estos supuestos han sido utilizados por parte del sector minoritario para hacer ver que es inadecuada la solución diferenciadora de la opinión dominante, más favorable a la imputación:[347] en efecto, parece absurdo hacer responder por un delito de homicidio al escalador descuidado antes mencionado si uno de los miembros del equipo de salvamento muere en el intento de acceder al lugar en el que se encuentra el accidentado (una hipótesis que, por lo demás, no será nada infrecuente en la práctica). Pero si la solución material en este caso no es la de imputar, no es porque sea correcta la solución esquemática de la doctrina minoritaria,[348] sino porque la cualidad de conducta típicamente irrelevante de la autopuesta en peligro impide una reinterpretación *ex post* como típica para eventuales salvadores después de una eventual situación de necesidad.

[347] Cfr. solo Roxin, *AT I*[2], 11/106.

[348] Tampoco parece convincente, por lo demás, la explicación que ofrece W. Frisch, *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, pág. 491 y ss., quien sostiene —en coherencia con su posición general en cuanto a la "conducta típica", vid. *Supra* II. B. a)— que en estos supuestos, si bien concurre una creación desaprobada del riesgo, no puede considerarse que la reacción penal sea un medio "idóneo, necesario y adecuado", ya que quien está en la situación del ejemplo "...no se apartará de la realización de su plan por una norma que le prohíbe su conducta bajo amenaza de pena por comportar esta riesgos para potenciales salvadores" (op. cit., pág. 491). Pues lo cierto es que aquí hay que indagar si una conducta que no genera responsabilidad alguna para quien la emprende (autopuesta en peligro) puede interpretarse en términos objetivos como generadora de un riesgo típico para terceros, cuestión que debe ser respondida en sentido negativo; vid. en el texto.

e) *En segundo lugar*, en el presente contexto, el nivel de la imputación de resultados, debería analizarse, entonces, solo una pequeña parte —no diferenciada por la doctrina habitualmente— de las cuestiones que pueden plantearse en el presente contexto: las que se refieren a una ejecución inadecuada de la acción de salvamento —una vez constatada la conexión entre conducta inicial y acción de salvamento—, como, por ejemplo, sería el caso si el bombero que emprende una acción de salvamento lo hace de modo descuidado sin su traje ignífugo o sin su máscara de oxígeno. Estos supuestos, como parece claro, no muestran diferencia alguna frente a los casos de identidad entre objeto inicial del riesgo y objeto lesionado y deberán ser abordados, por lo tanto, conforme a lo expuesto en el punto anterior.

4. Confluencia de riesgos

a) Finalmente, existen supuestos en los que concurre, sin duda alguna, una conexión suficiente entre el riesgo inicial creado por el autor y el resultado final, y en los que esa conexión no se ve desvirtuada por una conducta de la víctima o una conducta de otro sujeto. En los supuestos en los que se trata de una conducta concurrente de otro sujeto, cuando son los dos riesgos los que explican el resultado —cadena de imprudencias—, la solución es sencilla: se tratará de un supuesto de autoría accesoria, ambos sujetos responderán.

b) Más difícil es la cuestión cuando la conducta concurrente es la de la víctima. En efecto, hay supuestos en los que la conducta de la víctima no interrumpe el nexo de imputación, y, a pesar de ello, parece ya a primera vista que debe tenerse en cuenta de algún modo el comportamiento de esta, pues resulta evidente que la producción del resultado también está relacionada con la conducta de la víctima. En estos casos podría hablarse de modo figurado, paralelamente a lo acabado de decir, de una "autoría accesoria" de autor y víctima.[349] Para que a esta constelación de casos le corresponda relevancia autónoma es preciso —aparte, como es lógico, que no concurra ninguna causa de exclusión de la imputación objetiva del comportamien-

[349] Como dice Corcoy Bidasolo, *El delito imprudente*, pág. 358.

to— que el riesgo que se realiza sea un riesgo respecto del cual existe una responsabilidad múltiple, lo que es el caso, especialmente, cuando existen deberes o funciones de control recíprocos.[350]

Desde el punto de vista aquí sostenido, deben reconducirse a este sector de casos muchos de los supuestos que el TS español ubica en el ámbito de su doctrina de la "concurrencia de culpas".[351] Pero como se habrá advertido por lo expuesto hasta ahora, no todo supuesto en los que concurren conductas equivocadas por parte de autor y víctima pertenece a este contexto. Pues es necesario que solo la presencia conjunta de ambas conductas erradas conduzca a la lesión.[352]

Ejemplificando lo dicho con base en los frecuentes[353] casos en los que un conductor que guía su vehículo de modo arriesgado atropella a un peatón que ha penetrado también de modo descuidado en la calzada, solo se tratará de un supuesto de los que ahora interesan si tanto una como otra conducta queda conectada, en los términos antes expuestos, con el resultado.

Si la infracción del conductor nada tiene que ver con la lesión —como en el caso del conductor que circula por el lado izquierdo de la calzada—, o es el riesgo creado por la víctima el que se realiza —un suicida se lanza bajo las ruedas de un coche que circula a velocidad excesiva—, quedará sencillamente excluida la imputación del resultado a la conducta del automovilista.[354]

Si, sin embargo, confluyen en el momento del resultado ambas conductas —el conductor no pudo frenar su vehículo precisamente porque circulaba a velocidad excesiva; la colisión no se hubiera producido si la víctima hubiera cruzado la calzada de modo cuidadoso—, se tratará de la situación de "confluencia" a la que se está haciendo referencia.[355] También puede contemplarse desde la perspectiva del grupo de casos al que se quiere aludir el siguiente supuesto: en el curso de una clase teórica acerca del uso de un modelo de lanzagranadas, un sargento del ejército había estado utilizando un simulador del arma. Después de varias demostraciones prácticas acerca del funcionamiento del arma, efectuadas sin munición en el simulador, el sargento lo guardó en su funda de transporte para pasar a explicar el meca-

[350] Cfr. Jakobs, *AT*², 7/83; con más detalle e introduciendo alguna precisión respecto de la obra acabada de citar, vid. ídem, FS Lackner, pág. 63 y ss.

[351] Que consiste en una adaptación de la institución de la compensación de culpas del Derecho civil a este tipo de supuestos; cfr. ampliamente Cancio Meliá, *Conducta de la víctima e imputación objetiva*, pág. 94 y ss.

[352] Cfr. materialmente ya Torío López, LH Fernández Albor, pág. 720 y s.

[353] Cfr. las referencias jurisprudenciales recogidas en Cancio Meliá, *Conducta de la víctima e imputación objetiva, pág.* 120 y ss. en relación con la "concurrencia de culpas", y el planteamiento (teórico) de este mismo supuesto por Jakobs, FS Lackner, pág. 65, o el caso —resuelto por el TS mucho antes del surgimiento de la doctrina jurisprudencial de la concurrencia de culpas— del peatón y la locomotora comentado por Del Rosal, *Comentarios a la doctrina penal del Tribunal Supremo*, pág. 327 y ss., STS 28.6.1949, en el que la víctima había intentado cruzar de modo repentino la vía del ferrocarril por un lugar que no era paso a nivel, siendo alcanzada por una locomotora. El procesado, trabajador del ferrocarril, no se encontraba en su puesto precediendo a la máquina a una distancia de veinte metros, obligación establecida por las normas administrativas en cuestión, según parece claro, precisamente también con el objeto de evitar atropellos.

[354] Vid. *supra* III. B. 2. a).

[355] Vid. el análisis de Jakobs, FS Lackner, pág. 65 y s. Desde esta perspectiva, no puede compartirse la opinión de Martínez Escamilla, para quien en estos supuestos —a salvo de reglas especiales— desaparece toda responsabilidad del conductor una vez constatada la imprudencia de la víctima: "Por lo que respecta a las conductas imprudentes de peatones que pretenden cruzar la vía o simplemente caminan por la calzada... en principio no puede considerarse este un riesgo previsible..., por lo que el conductor no está obligado a contar con él, a mantener una velocidad que le permita controlar la situación frente a estos comportamientos, salvo cuando la propia norma impone una moderación en la velocidad en consideración precisamente a la posibilidad de conductas imprudentes por parte de peatones [por ejemplo, cerca de colegios]. No se nos ocurre otra razón a la que pueda responder esta limitación que a la posible irrupción de peatones en la calzada. Por ello, partiendo de que... cuando... la ley ha querido reducir los riesgos de atropello de peatones que no respeten las normas del tráfico ha impuesto una especial limitación de la velocidad en consideración precisamente a esa circunstancia, cabe deducir que, como regla general, los accidentes en los que interviene el factor riesgo por imprudencia de los peatones no son objetivamente imputables al conductor en atención a una velocidad no permitida" (*La imputación objetiva del resultado*, pág. 294 y s.). En efecto, no puede compartirse la opinión de esta autora porque parece que extrae consecuencias demasiado amplias de la existencia de límites de velocidad específicos en áreas donde se presume que hay sujetos respecto de los cuales se reducen de modo drástico las expectativas de una conducta adecuada a las reglas del tráfico. Y parece que extrae demasiado de estas reglas, ya que el establecimiento de esos límites excepcionales no implica en modo alguno que la razón de establecer otros límites de velocidad de índole general no pueda venir determinada también por la posibilidad de conductas descuidadas por parte de los peatones. En este sentido, puede pensarse que una de las razones de la introducción del límite de velocidad de 50 km/h en zonas urbanas puede ser, precisamente, la posibilidad de conductas inadecuadas por parte de peatones. Entonces, se podría llegar a la conclusión que existe, en los términos acabados de exponer, una responsabilidad compartida y cumulativa entre peatón y conductor del vehículo de evitar el resultado.

nismo del visor del aparato mediante unas láminas. Mientras el sargento estaba dando esas explicaciones, el teniente jefe de la sección sacó el simulador de la funda y lo cargó con el cartucho correspondiente para que estuviera preparado para que él mismo diera al final de la clase una última explicación. Esto no fue advertido por el sargento, y el teniente no quiso interrumpir la explicación que este estaba desarrollando. En ese momento, el teniente fue llamado por el encargado del aparato de radio. Mientras el teniente estaba aún ausente, el sargento volvió a coger el simulador con el objeto de explicar con él lo acabado de exponer con ayuda de las láminas. Al realizar la explicación, dos cabos que le ayudaban en la clase se situaron detrás del simulador, de tal modo que uno de ellos resultó alcanzado por la deflagración del cartucho —que se proyecta hacia atrás— al apretar el sargento el gatillo en el curso de la explicación —confiando en que el aparato seguía descargado— sin verificar —como es obligatorio— si había alguien situado detrás. El cabo sufrió lesiones en un ojo.[356] Lo cierto es que tanto el teniente debe evitar cargar el artefacto y después perderlo de vista, como el sargento tiene la obligación de comprobar que el simulador no está cargado y que no hay nadie detrás de él, como la víctima de evitar en todo caso colocarse detrás de quien está manipulando el simulador.

Obligaciones que se establecen, precisamente, para evitar errores en supuestos en los que se cree descargado el artefacto. Por ello, en este caso, el daño solo puede generarse por tres conductas descuidadas.

Como se acaba de ver, en estos casos no hay una exclusión de la imputación objetiva del resultado. Sin embargo, la conducta de la víctima tiene una influencia real y decisiva en la producción del resultado: dicho en la terminología de Jakobs, solo las dos conductas inadecuadas, la de la víctima y la del autor, explican[357] el resultado producido, de modo que existe un solapamiento[358] entre los ámbitos de responsabilidad de ambos.

[356] STS (Sala Quinta) 23-5-1995 (RA 4156); el tribunal de instancia absolvió al teniente de un delito contra la eficacia del servicio previsto en el artículo 159, párrafo 2° del CP Militar. El TS casó la sentencia —y condenó al teniente— argumentando que no falta ni la relación de causalidad ni la de imputación objetiva. Frente a la alegación de que la conducta negligente de la víctima debería excluir la imputación objetiva, el TS afirma que el cabo no podía prever que alguien hubiera cargado el simulador, de modo que subsistía la relación hacia la conducta imprudente del teniente.

[357] Vid. Jakobs, FS Lackner, pág. 53, nota 3.

[358] Vid. Jakobs, FS Lackner, págs. 54, 57.

Ante esta situación, lo más adecuado parece ser afirmar que debe apreciarse una disminución del injusto en el lado del autor.[359] Dicho en términos coloquiales, desde el punto de vista normativo solo se ha producido el resultado a medias: entonces, deberá llevarse a cabo —coincidiendo en este punto (y solo para el sector que acaba de delinearse) con la *praxis* del TS en materia de concurrencia de culpas— una reducción de la responsabilidad del autor.[360] Pues a diferencia de la situación paralela que puede existir cuando son dos autores accesorios imprudentes que contribuyen ambos a la lesión de los bienes de un tercero —un caso en el que debe afirmarse la autoría de ambos—, en el presente contexto, si bien no se produce una atribución de todo el suceso al ámbito de responsabilidad, sí parece adecuado valorar la aportación de la víctima mediante una reducción. Que esta reducción deba operarse, de modo paralelo a la jurisprudencia, cambiando la calificación de la imprudencia —de grave a leve, lo que implicaría en muchos casos la impunidad de la conducta del autor— o más bien en el marco de la medición de la pena[361] —como parece, en principio, más adecuado partiendo de que se trata de una problemática propia del tipo objetivo común a delitos dolosos e imprudentes— es una cuestión cuyo análisis queda fuera del marco del presente estudio.

[359] Siguiendo a Corcoy Bidasolo, *El delito imprudente*, págs. 359 y s., 367 y ss.; Jakobs, por su parte, no llega a proponer esa solución en FS Lackner, pág. 53 y ss.

[360] Precisamente descartando esta posibilidad —desde una perspectiva general—, Roxin, FS Gallas, pág. 251; de modo crítico, en relación con la *praxis* del TS, por ejemplo, Zugaldía Espinar, RDCir 1981, pág. 347; Mir Puig, ADPCP 1991, pág. 262; especialmente crítica Martínez Escamilla, *La imputación objetiva del resultado*, págs. 303 y ss., 310; Gracia Martín, en: Díez Ripollés / Gracia Martín, *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales*, pág. 61; a favor de la posibilidad de "disminuir" la responsabilidad del autor, con distintas ubicaciones, sin embargo, Luzón Peña, *PG I*, pág. 527; Arroyo Zapatero, *Manual de Derecho penal del trabajo*, págs. 112, 114 y ss., respecto del ámbito de accidentes laborales; Corcoy Bidasolo, *El delito imprudente*, págs. 359 y s., 367 y ss.; le sigue Joshi Jubert, ADPCP 1989, pág. 740; Rodríguez Montañés, en: *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. II, pág. 3380 y s.; apunta la posibilidad de la reducción también Jakobs, *Tun und Unterlassen*, pág. 28; a favor de la posibilidad de realizar una atenuación en el marco de la medición de la pena, por ejemplo, W. Frisch, *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, pág. 453; ampliamente Hillenkap, *Vorsatztat*, pág. 294 y ss.

[361] Una vía que, por otro lado, ya ha sido abierta por el TS —si bien con una fundamentación distinta y con un alcance material también distinto del que aquí se propone— en la STS 17-7-1990.

UNIDAD I: LA IMPUTACIÓN OBJETIVA

2) JAKOBS, Günther, La imputación objetiva en Derecho penal, Grijley, Lima 1998.

Günter Jakobs

LA IMPUTACIÓN OBJETIVA en el DERECHO PENAL

Editorial
Ad-Hoc

Primera edición: mayo 1996
Primera reimpresión: septiembre 1997

DIRECCIÓN EDITORIAL
Dr. Rubén Villela

Copyright by AD-HOC S. R. L.
Viamonte 1450 - Tel. 371-0778
Av. Córdoba 1377 - Tel. 813-3092
1055 Buenos Aires, República Argentina

Printed in Argentina
Derechos reservados por la ley 11.723
ISBN: 950-894-034-4

ÍNDICE

Prólogo. 9

CAPÍTULO I
FUNDAMENTOS DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA DEL COMPORTAMIENTO

I. El pecado original 13
II. Fundamentos teóricos 14
III. Instituciones dogmáticas 25
IV. De nuevo: el pecado original 38
V. Observaciones acerca de la blibliografía 39

CAPÍTULO II
EL RIESGO PERMITIDO

I. Concepto 43
1. El carácter ubicuo de los riesgos permitidos . . . 43
2. ¿Cálculo de costes y beneficios? 45
3. La configuración de la sociedad como fuente del riesgo permitido. 47
4. Exclusión de la tipicidad, y no justificación. . . . 49
II. Concreción. 50
1. Exclusión de las puestas en peligro abstractas contrarias a la norma. 50
2. Compensaciones. 54
3. Permisiones. 56
III. El traslado de las reglas al comportamiento. 57
1. El problema. 57
2. El carácter relativo del rol correspondiente 59
3. Excurso. 62
4. Conocimientos especiales. 62
4.1. El principio. 62
4.2. Combinación de conocimientos y rol. 64

IV. Resumen 67
V. Observaciones acerca de la bibliografía 68

CAPÍTULO III
LA IMPUTACIÓN OBJETIVA
EN LA PARTICIPACIÓN.
ACCESORIEDAD Y PROHIBICIÓN DE REGRESO

I. Roles especiales y roles comunes 71
II. Comportamiento de organización 74
1. Lo propio en el reparto de trabajo 74
2. Accesoriedad cuantitativa 80
3. El sentido del comportamiento 80
4. En especial: la accesoriedad en caso de ausencia de dolo 90
III. Conclusiones 95
IV. Observaciones acerca de la bibliografía 96

CAPÍTULO IV
REALIZACIÓN DEL RIESGO
EN CASO DE CONCURRENCIA DE RIESGOS

I. La relación entre concurrencia de riesgos e imputación objetiva 101
II. La explicación a través de tipos de riesgo 102
III. La explicación como orientación social 106
1. Causalidad 106
2. Planificabilidad 107
3. Arrogación de organización *versus* riesgo vital 110
4. Irrelevancia del comportamiento alternativo conforme a Derecho 112
5. Conclusiones 113
IV. Cuestiones particulares 114
1. Daños derivados (daños secundarios) 114
2. Comportamientos sin procedimientos de seguridad . . . 117
V. ¿El incremento del riesgo como causa de responsabilidad? 120
1. El problema 120
2. *In dubio pro reo* 123
VI. Resumen 125
VII. Observaciones acerca de la bibliografía 127

PRÓLOGO

Probablemente, la imputación objetiva es aquel instituto de la teoría jurídico-penal de la imputación que ha recibido el tratamiento más intenso en las últimas dos o tres décadas. Por un lado, parece claro que esto tiene razones externas: un mundo tecnificado y complejo y, además, consciente de la existencia de riesgos, a la hora de la atribución de riesgos y de la imputación de resultados exige un trabajo de filigrana del que puede prescindir una cultura organizada de modo tradicional. Pero esto solo, si bien explica la avalancha de resoluciones judiciales producidas sobre la imputación objetiva, especialmente en materia de tráfico rodado, no explica la fascinación científica del tema. Ésta probablemente estribe más bien en la idea, o al menos en la intuición, de que la dogmática tradicional, referida al sujeto (una norma se encuentra con una "cabeza", y a partir de ahí se deduce todo lo demás) ha quedado desfasada. Las expectativas garantizadas por el Derecho penal no se dirigen a sujetos, sino a portadores de un rol, pues de lo contrario no podrían ser mantenidas en una sociedad en alto grado anónima. Por decirlo con un ejemplo: ¿qué interés tiene la subjetividad de un automovilista que se nos aproxima por una calle sin preferencia? Se espera que respete las normas aplicables, y él a su vez pue-

de legítimamente esperar que sólo ha de cumplir con las tareas que le corresponden y que los demás cumplirán con las suyas; esto es lo único que importa.

La teoría de la imputación objetiva —también podría hablarse de imputación personal, de imputación a personas en cuanto portadoras de un rol— dogmatiza las consecuencias de este cambio de perspectiva. El primero de los capítulos que siguen ofrece una panorámica sobre los problemas y los intentos de solución en lo que se refiere a la construcción del comportamiento no permitido. A continuación, ello se ve precisado respecto de dos institutos: en primer lugar, respecto del instituto del riesgo permitido, que en la actualidad ya goza de una aceptación prácticamente indiscutida, y, en segundo lugar, respecto de aquel otro instituto que desde hace mucho tiempo es el que más controversias ha generado, la prohibición de regreso. El último capítulo trata los problemas de la imputación de resultados.

Mi gratitud por esta oportunidad de poder presentar a la ciencia del Derecho argentina algunas ideas va dirigida a la editorial, a Gustavo Bruzzone y al Prof. Dr. Sancinetti por el interés puesto en la realización de esta publicación, al traductor, Manuel Cancio Meliá, de la Universidad Autónoma de Madrid, quien ya ha demostrado su gran valía en numerosas publicaciones, y *last but not least* a la Universidad Externado de Colombia, que ha autorizado la edición del texto, que ella fue la primera en publicar.

Bonn, enero de 1996, Jakobs

Capítulo I

Fundamentos de la imputación objetiva del comportamiento

SUMARIO: *I. El pecado original. II. Fundamentos teóricos. III. Instituciones dogmáticas. IV. De nuevo: el pecado original. V. Observaciones acerca de la bibliografía*

I. EL PECADO ORIGINAL

Ya el primer caso conocido en la historia de la Humanidad de un quebrantamiento de una norma, trasluce —aunque débilmente— un problema de la imputación objetiva. Después de creado el ser humano y nada más promulgada la primera norma, con el contenido "mas del árbol de la ciencia del bien y del mal no comerás", como nos cuentan los primeros dos capítulos del Génesis, esta norma fue inmediatamente quebrantada (Génesis, 3^{cr} capítulo), y Adán, cuando se le pidieron explicaciones, declaró en una mezcla de relato y defensa: "La mujer que me diste por compañera me dio del árbol, y yo comí". Esta declaración probablemente sea algo más que una mera narración de lo que había sucedido; además, supone una referencia a que desde la perspectiva de Adán, todo lo acontecido tenía una apariencia inocua, puesto que, en primer lugar, fue una persona responsable, la hembra, Eva, quien inició el proceso, y en segundo lugar, Eva era una persona que le había sido entregada por Dios mismo, de modo que éste debía aceptar la realidad de la que había surgido el hecho como su propia realidad. Por tanto, ¿está obligado Adán a ocuparse él mismo de que se respeten las normas divinas cuando sigue a una persona responsable, que además ha sido puesta a su lado por la propia mano de Dios? ¿O rige en este contexto un principio de confianza que exonera, o al menos atenúa la responsabilidad, con

el siguiente contenido: lo que una persona responsable sugiere, puede ser asumido con los ojos cerrados, teniendo en cuenta que, especialmente, el contacto con dicha persona es grato a los ojos de quien promulgó la norma?

Como es sabido, el creador del mundo no reconoció semejante principio de confianza, sino que decidió, por el contrario, que al menos en el caso que nos ocupa, cada uno de los intervinientes debía responder plenamente de lo ocurrido y de las consecuencias que derivaron. Sobre esto volveré al final. Tampoco Eva pudo hacer recaer su responsabilidad sobre la serpiente, es más, incluso la serpiente hubo de responder, a pesar de ser un animal, esto es, una criatura inferior al ser humano en la jerarquía de la creación. Las consecuencias del fallo divino, de que todos los participantes habían de responder, determinan nuestra existencia hasta el día de hoy. A pesar de este rechazo del principio de confianza, de dramática importancia en la historia de la Humanidad, merece la pena pensar acerca de si todo el mundo ha de tomar en cuenta todas las consecuencias de todo contacto social, o si, por el contrario, hay ciertos comportamientos que conllevan consecuencias que pueden interpretarse en un contexto más restringido, excluyendo las consecuencias de dichos contactos. Este es el problema de la imputación objetiva del *comportamiento*, que será tratado en este apartado de modo exclusivo, dejando al margen la imputación del *resultado*.

II. FUNDAMENTOS TEÓRICOS

1.

Cuando un contacto social produce una defraudación —siempre que se trate de un contacto so-

cial—, teóricamente al menos dos personas se ven implicadas, una víctima y un autor, utilizándose aquí la denominación "autor" sólo de modo provisional: *prima facie* no puede excluirse que la persona en cuestión sea el autor. Desde el punto de vista práctico, sin embargo, la pura relación circunscrita a dos personas carece de toda relevancia, pues siempre cabe identificar a terceras personas que han configurado de determinada manera el contacto y que por tanto también son potenciales autores (quién sea denominado "autor" y quién "tercero" depende únicamente de la circunstancia de cuál sea la persona con la que se inicie el análisis al intentar resolver un caso). A modo de ejemplo: un agricultor incorpora a su finca una nueva máquina; uno de sus peones la toca lleno de curiosidad y resulta herido. Además del agricultor, como autor, y del peón, como víctima, también el fabricante y el distribuidor de la máquina han configurado la situación. Todos los participantes —partamos de esta base— tenían la misma posibilidad de conocer el curso lesivo. Así las cosas, hay tres posibilidades —acumulables— de explicar, a través de la imputación, el curso lesivo, y "explicar a través de la imputación" significa lo siguiente: un riesgo del que debe responder uno de los intervinientes (o varios de ellos) es definido como causa determinante, mientras que todas las demás condiciones se consideran no determinantes, es decir, se estiman socialmente adecuadas. La primera de las posibilidades consiste en imputar el curso lesivo a la propia víctima, esto es, explicarlo a través de su propia competencia; por ejemplo: quien manosea una nueva máquina, crea, por medio de la lesión de sus deberes de autoprotección, el riesgo de sufrir un daño. La segunda explicación considera que lo deci-

sivo es el comportamiento del autor que ha colocado la máquina; quien pone en funcionamiento máquinas nuevas debe ocuparse de que ningún curioso se lesione. Finalmente, el curso lesivo puede imputarse también al fabricante y al distribuidor, esto es, a terceros: quien construye y suministra máquinas, debe ocuparse de que todas las piezas peligrosas sean seguras cualesquiera que sean las condiciones de funcionamiento.

Aparte de estas explicaciones por medio de la imputación también hay una explicación que tiene lugar sin que haya imputación, una explicación meramente cognitiva: a ninguno de los intervinientes debe reprochársele nada —el diseño respeta el standard, la puesta en funcionamiento también, y el trabajador curioso actuaba impulsado por un loable instinto de adquirir mayores conocimientos, sólo que tuvo mala suerte, y evitar todas las desgracias resulta imposible.

Comportamiento incorrecto de la víctima, comportamiento incorrecto del autor, comportamiento incorrecto de un tercero o —sin que se produzca imputación alguna— desgracia; estas son, por tanto, las posibles explicaciones de un curso lesivo. Todas estas explicaciones admiten ser combinadas. Ello es evidente en lo que se refiere a las explicaciones que se producen por medio de la imputación. En este sentido, por ejemplo, puede que tanto el autor como el tercero hayan infringido sus deberes de garantizar la seguridad de la máquina; o puede que tanto el autor como la víctima sean competentes, lo que equivaldría a la concurrencia de culpas que se conoce en Derecho civil. No obstante, también la explicación como desgracia puede añadirse a una explicación por medio de la imputación, incluso estará presente

de forma necesaria cuando los reproches a formular a los intervinientes sean leves: cuanto menor sea el fallo de los intervinientes, en mayor medida el curso constituye una desgracia, hasta que en último extremo, si nadie falló, sólo resta el "infortunio" como explicación.

2.

Se trata de toda una panorámica de posibilidades, pero, ¿cuál conduce a la solución correcta? La convicción de que esta pregunta no puede ser contestada sin tener en cuenta el estadio de desarrollo alcanzado por la sociedad concreta de la que se trate es una de las enseñanzas nucleares de la teoría de la imputación objetiva del comportamiento. Bien es cierto que la imputación como *forma* se reconduce a los inicios de la cultura humana —como demuestra el intento de Adán de defenderse—, pero su *contenido* depende del correspondiente contexto social, como puede colegirse fácilmente del ejemplo antes mencionado: una sociedad saturada por la técnica esperará de un fabricante de máquinas que éste no cree nuevos riesgos, y por tanto le impondrá el deber de garantizar la inocuidad en todas las condiciones de funcionamiento, exonerando de este modo tanto a quien adquiere la máquina como a la víctima. Por el contrario, una sociedad que esté necesitada de avances técnicos tolerará bastantes riesgos; por consiguiente, exonerará al fabricante e impondrá al propietario y a la potencial víctima la obligación de garantizar la seguridad; incluso puede que esta sociedad considere deseables el espíritu emprendedor del adquirente de la máquina y la curiosidad del operario, exonerándoles, respectivamen-

te, de los deberes de protección o autoprotección; de ser así, la lesión se convierte en desgracia. La relación entre el propietario y el obrero se regirá, por un lado, por el grado de conocimientos relativos al riesgo que con carácter general quepa esperar de una persona dentro de su rol, y, por otro, por la configuración más bien paternalista o más bien liberal del vínculo que les une. En todo caso, depende del contexto social cuál de las posibles soluciones resulte elegida. Por consiguiente, la imputación objetiva del comportamiento es imputación vinculada a la sociedad concreta.

3.

Por tanto, del entramado de relaciones causales que cabe constatar en cualquier contacto que produzca una defraudación, se selecciona un determinado haz que se define como riesgo determinante, que compete a uno o a varios de los intervinientes, o que la víctima debe soportar a título de desgracia. Pero, ¿por qué se imputa de este modo y no de otra manera, es decir, por qué no se imputa a todo aquel que sea capaz de evitar el curso lesivo? Después de exponer hasta el momento en qué consiste, a grandes rasgos, la imputación objetiva, es decir, en el reparto de responsabilidades, a continuación se intentará ofrecer una fundamentación teórica, esto es, se intentará demostrar cómo la necesidad de las reglas de imputación objetiva deriva de la misión de la imputación jurídico-penal.

En el marco de toda imputación, incluyendo la jurídico-penal, se vinculan un suceso que acontece en el mundo y un destinatario de la imputación, de tal modo que el destinatario aparece como aquel a

quien pertenece el suceso; es *él* quien lo ha creado o ha permitido que tuviese lugar, tanto para bien, en el marco de la imputación a título de algo meritorio, como para mal, en la imputación a título de reproche. En este sentido, a quien dispara sobre otra persona hasta causarle la muerte, el homicidio se le imputa como un hecho meritorio si se trata de eliminar un peligroso enemigo, y como obra reprochable si se mató sin razón alguna. Las respuestas habituales a la pregunta acerca de por qué se le imputa la muerte precisamente a quien disparó serían las siguientes: porque causó la muerte, o la causó de modo adecuado o, en todo caso, la causó dolosamente; estas serían las respuestas de causalistas y finalistas. Pero estas respuestas, en su naturalismo, son absolutamente insuficientes. El suceso también ha sido *causado* por un círculo inabarcable de personas, incluyendo a la propia víctima; quienes lo han causado de modo adecuado o doloso son algunos menos, pero siguen superando el número de destinatarios idóneos de la imputación. En este sentido, el constructor de un arma puede haber causado una muerte de modo adecuado e incluso conscientemente, sin que simplemente por ello hubiera que imputarle el homicidio.

Por tanto, la causación, aun como causación adecuada o dolosa, resulta de manera manifiesta insuficiente para fundamentar por sí sola la imputación. La causación únicamente afecta al lado cognitivo de lo acontecido y de ahí que no aporte orientación social. Si en todo contacto social todos hubiesen de considerar todas las consecuencias posibles desde el punto de vista cognitivo, la sociedad quedaría paralizada. No se construiría ni se matricularía ningún automóvil, no se produciría ni se serviría alcohol,

etcétera, y ello hasta el extremo de que a la hora de pagar sus deudas todo el mundo debería prestar atención a que el acreedor no planease realizar algo ilícito con el dinero recibido. En conclusión, la interacción social se vería asfixiada por funciones de supervisión y otras auxiliares.

En la realidad social, sin embargo, cuando tiene lugar un contacto social no se produce una mezcla completa de los ámbitos vitales de los intervinientes, sino tan sólo una apertura limitada. El diseñador de automóviles ha de diseñar vehículos conformes al standard, todo lo demás no le atañe; el productor de bebidas alcohólicas que ha de observar el Derecho alimentario y no debe venderlas a menores de edad, no tiene que ocuparse de nada más; quien satisface su deuda no responde de lo que el acreedor haga con lo recibido; quien produce armas y las vende a personas que se hallan autorizadas a adquirirlas, ha hecho lo suficiente, etc.

Invirtiendo lo anterior, esta separación de los ámbitos vitales fija con gran claridad los respectivos cometidos de los intervinientes: el constructor de automóviles *es* competente para que se cumplan los standards de seguridad y no puede esperar que los clientes por sí mismos realicen pruebas. El propietario de un vehículo *debe* ocuparse de que funcione correctamente y no puede partir de la base de que los demás participantes en el tráfico velarán, en todo caso, por su propia seguridad; éstos a su vez deben respetar sus deberes de autoprotección, nada más, pero tampoco menos. Las bebidas alcohólicas *han de* cumplir los standards fijados por el Derecho alimentario, sin que los clientes deban, a su vez, comprobar la mercancía, pero a ellos compete evitar beber en demasía.

Formulándolo de modo más general: las garantías normativas que el Derecho establece no tienen como contenido el que todos intenten evitar todos los daños posibles —si así fuese, se produciría una paralización inmediata de la vida social—, sino que adscriben a determinadas personas que ocupan determinadas posiciones en el contexto de interacción —y no a todas las personas—, determinados cometidos, es decir, aseguran standards personales, roles que deben ser cumplidos. De este modo, posibilitan una orientación con base en patrones generales, sin necesidad de conocer las características individuales de la persona que actúa. Sólo de este modo son posibles contactos anónimos o, al menos, parcialmente anónimos: no es necesario averiguar el perfil individual de quien tenemos en frente, pues dicha persona es tomada como portadora de un rol. A modo de ejemplo: para el panadero, el comprador de una barra de pan tan sólo es comprador; al panadero no tiene que importarle si el sujeto piensa simplemente en comer el pan, sin causar daño alguno, o si pretende envenenarlo maliciosamente, del mismo modo que el comprador no tiene que preocuparse de si el panadero reflejará o no conforme a deber en su declaración de impuestos el beneficio obtenido con la venta. Sin esta desindividualización no serían posibles contactos en alto grado anónimos.

4.

Con lo dicho creo que queda claro lo que es objetivo en la imputación objetiva del comportamiento: se imputan las desviaciones respecto de aquellas expectativas que se refieren al portador de un rol. No son decisivas las capacidades de quien actua, sino

las de un portador de rol, refiriéndose la denominación "rol" a un sistema de posiciones definidas de modo normativo, ocupado por individuos intercambiables; se trata, por tanto, de una institución que se orienta con base en personas.

Las expectativas dirigidas al portador de un rol configuran el esquema de interpretación cuyo concurso es imprescindible para que puedan adquirir un significado socialmente vinculante las acciones individuales. En el ámbito de los hechos imprudentes, esto resulta palmario: aunque el conductor no piense en ello, conducir un automóvil a velocidad excesiva *constituye* una puesta en peligro de las personas; con independencia de la opinión del autor, fumar cigarrillos cerca de materiales inflamables *es* una puesta en peligro de esos objetos. Sin embargo, tampoco en el ámbito de los delitos dolosos es determinante la interpretación que el autor dé a su hecho, sino la interpretación objetiva, orientada con base en el rol, si bien, al menos en casos de riesgos de gran entidad, con frecuencia ambas interpretaciones serán congruentes (pero precisamente no tienen por qué coincidir). Quien, siendo consciente del peligro de alcanzar al batidor, dispara sobre la pieza, puede que no interprete su comportamiento como lesión o muerte de un ser humano, sino —si tiene una conciencia de riesgo poco desarrollada— como parte de una cacería apasionante; no obstante, se han infringido los límites del rol y, por tanto, se trata de un homicidio.

Esto también puede invertirse: si un mecánico repara un automóvil sabiendo que es notorio que su conductor suele circular a velocidades con mucho exceso, puede que el mecánico defina su actuar como apoyo a la conducta imprudente del conductor, pero

objetivamente ésta no le atañe, puesto que no forma parte del rol del mecánico el preocuparse del modo de conducción del propietario del vehículo.

Desde luego, en la mayoría de los hechos dolosos el quebrantamiento del rol será tan drástico que las interpretaciones individual y objetiva coinciden; quien, por ejemplo, hunde un cuchillo de grandes dimensiones en el vientre de otro, realiza desde el punto de vista objetivo un comportamiento homicida y suele saber que lo hace; pero para la imputación objetiva del comportamiento sólo lo primero es de interés.

El carácter drástico del quebrantamiento del rol que es propio de muchos hechos dolosos ha conducido a que en este ámbito la imputación objetiva del comportamiento haya permanecido durante mucho tiempo oculta y aletargada, mientras que en el ámbito de los riesgos más próximos al riesgo general de la vida, campo en el que tienen lugar sobre todo hechos imprudentes, ha sido necesario desarrollar límites muy precisos para determinar si el significado de un comportamiento es o no delictivo. Dicho con un ejemplo: no hay duda de que disparar sobre un ser humano no está permitido, sin embargo, puede ser discutible cuáles han de ser las medidas de precaución a adoptar a la hora de circular marcha atrás con un automóvil. En consecuencia, la relevancia práctica de la teoría de la imputación objetiva del comportamiento se manifiesta más bien (aunque no siempre) en el delito imprudente. No obstante, este reparto cuantitativo carece de toda relevancia teórica. Tanto en caso de concurrir dolo como imprudencia es el significado general y, por tanto, objetivo, el que interesa desde el punto de vista social, precisamente porque lo decisivo es que se trata de hechos

que producen una perturbación *social* y no de peculiaridades individuales.

La teoría de la imputación objetiva del comportamiento aporta el material con cuya ayuda puede interpretarse el suceso puesto en marcha por una persona como un acontecer socialmente relevante o irrelevante, como socialmente extraño o adaptado, como que socialmente ha de considerarse un mérito o, especialmente, como que destaca de modo negativo. Sin este material interpretativo, lo sucedido no es más que un conglomerado naturalista, en el mejor de los casos, algo que el individuo perseguía, un curso causal, o un curso causal psíquicamente sobredeterminado; en todo caso, no es más que una amalgama heterogénea de datos que no han adquirido significado social. Sólo la imputación objetiva convierte dicha amalgama en algo comunicativamente relevante, en algo comprensible. Con otras palabras: sólo aquello que es objetivamente imputable puede denominarse *en un sentido general* "acción". Por consiguiente, desde el punto de vista del Derecho penal, no se plantea la cuestión acerca de si una acción se ha producido de manera objetivamente imputable, sino si un suceso, por ser objetivamente imputable, constituye una acción jurídico-penalmente relevante. Sin el esquema objetivo de interpretación no se alcanza el ámbito de lo social.

5.

Con lo anterior queda concluida la parte relativa a los fundamentos; antes de ocuparme de la dogmática, esto es, de las instituciones jurídico-penales con cuya ayuda puede llevarse a la práctica la imputación objetiva, resumo brevemente lo dicho hasta ahora:

1) Los seres humanos se encuentran en el mundo social en condición de portadores de un rol, esto es, como personas que han de administrar un determinado segmento del acontecer social conforme a un determinado standard.

2) Entre autor, víctima y terceros, según los roles que desempeñen, ha de determinarse a quién compete, por sí solo o junto con otros, el acontecer relevante, es decir, quién por haber quebrantado su rol administrándolo de modo deficiente responde jurídico-penalmente —o, si fue la víctima quien quebrantó su rol, debe asumir el daño por sí misma—. Si todos se comportan conforme al rol, sólo queda la posibilidad de explicar lo acaecido como desgracia.

3) Esto rige tanto respecto de hechos dolosos como de hechos imprudentes; sólo que en el ámbito de los hechos dolosos frecuentemente el quebrantamiento del rol es tan evidente que no necesita de mayor explicación —lo cual es menos habitual en los hechos imprudentes.

III. INSTITUCIONES DOGMÁTICAS

1.

¿Cómo se puede trasladar lo dicho a la dogmática, esto es, a un sistema de imputación manejable en la práctica? Ante todo, cabe ofrecer una respuesta negativa: teniendo en cuenta lo antes dicho, ya no se debería hacer el intento de construir el delito tan sólo con base en datos naturalistas —causalidad, dolo—; por el contrario, lo esencial es que concurra el quebrantamiento de un rol. Por consiguiente, ya no resulta suficiente la mera equiparación entre delito y lesión de un bien jurídico.

Puesto que se trata de desvincularnos de prejuicios de índole naturalista, intentaré comenzar con aquel lado del comportamiento humano que desde una óptica naturalista tiene una apariencia desmedrada: con la omisión. En el ámbito de la omisión es evidente que no todos responden de cualquier consecuencia lesiva que estén en condiciones de evitar, sino que obligado sólo lo está quien es titular de una posición de garantía. Si examinamos quienes son titulares de posiciones de garantía, en primer lugar, llaman la atención quienes participan en las organizaciones constitutivas de la sociedad: el padre y la madre como garantes de los hijos, el Estado como garante de la seguridad interior y exterior, determinados médicos como garantes en el sistema sanitario, servicios de protección civil, etc. La configuración del contenido del deber a través de roles estrictamente predeterminados es palmaria en estos casos. Sin embargo, también los deberes en virtud de la organización, que existen junto a estos deberes institucionales, se basan en una predeterminación a través de roles. Los deberes que comporta el tráfico en general —que son los que principalmente han de traerse aquí a colación—, en cuanto deberes de aseguramiento, o, en caso de injerencia, como deberes de salvamento, son deberes que pertenecen al rol de aquellos que asumen libertad de organización. El derecho a la libre organización conlleva como sinalagma el deber de ocuparse de que dicha organización no resulte lesiva. En esta medida, se trata del rol genérico de toda persona de reclamar derechos —libertad— y de reconocer los derechos de los demás.

En este sentido —permaneciendo en el ámbito de la omisión— va prácticamente implícito que los

límites de los roles funcionan a la vez como límites de la responsabilidad: el médico no está obligado a evitar los daños patrimoniales de su paciente, el automovilista, si bien debe apartar su vehículo cuando éste se convierte en un obstáculo, no es garante general de la libre circulación, etc. Por consiguiente, quien se mantiene dentro de los límites de su rol, no responde de un curso lesivo aun en el caso en que bien pudiese perfectamente evitarlo. Precisaré esto sobre la base del ejemplo del médico: el médico debe curar la enfermedad del paciente si éste así lo desea; si el paciente no quiere, lo que le suceda lo será a su propio riesgo. El médico, además, sólo ha de dominar el riesgo derivado de la enfermedad: que el paciente se incline demasiado hacia fuera al mirar por la ventana, o que sea amenazado con un arma de fuego por una visitante iracunda, no es asunto del médico, al menos no en cuanto médico. Y finalmente, está obligado a preservar al paciente de los riesgos de enfermedades sólo en la medida en que ello se corresponda con un buen standard. Ningún médico está obligado a realizar semanalmente a sus pacientes revisiones generales. En lo que concierne a la omisión, lo anterior es opinión unánime, ya sea del modo en que se ha expuesto o bien de manera similar.

Al trasladar esto al campo de la comisión es necesario describir, por tanto, determinados límites a los roles —del mismo modo como sucede en las posiciones de garantía— sin cuya superación no debe imputarse un curso lesivo aunque haya sido causado de modo perfectamente evitable. A este respecto, enunciaré a continuación, con una breve fundamentación, cuatro instituciones. No se pretende afirmar con ello que el ámbito de la imputación objetiva del

comportamiento sólo pueda ser configurado a través de los conceptos que a continuación se van a exponer, sino que tan sólo se intentará ofrecer *una* de las posibles configuraciones coherentes —eso sí— de este ámbito en su conjunto.

2.1.

Primero: no forma parte del rol de cualquier ciudadano eliminar todo riesgo de lesión de otro. *Existe un riesgo permitido.*

Cuando las leyes determinan cómo ha de estar diseñado un automóvil o un avión para que sea seguro en el tráfico, o cuándo cabe reconocer lo que es un buen standard de comportamiento médico, esto significa al mismo tiempo que el riesgo residual que subsiste está permitido, al menos en los casos normales. Y es que la sociedad no es un mecanismo cuyo único fin sea ofrecer la máxima protección a los bienes jurídicos, sino que está destinada a posibilitar las interacciones, y la prohibición de cualquier puesta en peligro, sea de la índole que sea, haría imposible la realización de cualquier comportamiento social, incluyendo también los comportamientos de salvación.

No obstante, en determinados ámbitos, la necesidad de un riesgo permitido en modo alguno es contradictoria con la protección de bienes jurídicos: para poder hacer uso de los bienes, es necesario poner en peligro estos u otros bienes. Simplemente, quien sale a la calle se pone en peligro, y quien llama a un médico para que le atienda en su casa no puede ser, al menos de modo coherente, contrario a todo tipo de tráfico rodado. No se trata, sin embargo, de introducir por la puerta trasera el llevar al máximo la pro-

tección de los bienes jurídicos. Numerosos supuestos de riesgo permitido se han generado sencillamente por aceptación histórica; estos riesgos constituyen costumbres. Por ejemplo, los riesgos de una intensa cacería, de llevar a un adolescente a un viaje en un velero o a un recorrido por la montaña, o, simplemente, el de un paseo en automóvil y otros muchos, no pueden traducirse en beneficios para los bienes jurídicos. Forman parte de la configuración de la sociedad, concretamente de la configuración que debe tener la sociedad.

Esta vinculación del Derecho a la costumbre no significa que todo aquello que sea más o menos habitual esté permitido; no se trata, por tanto, de equiparar el Derecho y el promedio de la realidad. No es la propia praxis, sino las normas que determinan la práctica las que conforman el riesgo permitido. Sin embargo, resulta evidente que con frecuencia una praxis consolidada modifica las normas rectoras de la práctica hacia una regulación más laxa o más estricta. El Derecho no puede desvincularse de la evolución de la sociedad en la que ha de tener vigencia.

El riesgo permitido está, y siempre estuvo, presente en todos los ámbitos vitales; no es hijo de la técnica. En este sentido, por ejemplo, el trato de los padres hacia sus hijos no puede ser asumido sin que haya riesgos permitidos; poner a salvo a los niños frente a todo tipo de peligros es imposible.

2.2.

Segundo: cuando el comportamiento de los seres humanos se entrelaza, no forma parte del rol del ciudadano controlar de manera permanente a todos los demás; de otro modo, no sería posible la división del trabajo. *Existe un principio de confianza.*

En determinados ámbitos —pero sólo en determinados ámbitos— también se puede vincular el principio de confianza a la idea de protección de bienes jurídicos. Quien permanentemente está controlando a otros no puede concentrarse plenamente en su propia tarea y de ahí que en la mayoría de las ocasiones pierda más respecto de la realización de la propia tarea de lo que obtiene a través del control de los demás. Pero esto no es ni la única razón, ni siquiera la razón fundamental. Por el contrario, la razón fundamental estriba en que los demás son, a su vez, sujetos responsables. La idea de responsabilidad quedaría destruida si los demás fuesen concebidos de modo exclusivamente cognitivo y no, también, como sujetos responsables.

El principio de confianza puede presentarse bajo dos modalidades. En primer lugar, se trata de que alguien, actuando como tercero, genera una situación que es inocua siempre y cuando el autor que actúe a continuación cumpla con sus deberes. En este caso, la confianza se dirige a que el autor realizará su comportamiento de modo correcto. Un ejemplo trivial: alguien entrega a otra persona un reloj ajeno de gran valor, y esto no causará un daño sólo si quien recibe el reloj lo coge con cuidado. Normalmente, puede confiarse en que así suceda. En segundo lugar, la confianza se dirige a que una determinada situación existente haya sido preparada de modo correcto por parte de un tercero, de manera que quien haga uso de ella, el potencial autor, si cumple con sus deberes, no ocasiona daño alguno. De nuevo, un ejemplo: el cirujano confía en que el material que utiliza en la operación haya sido convenientemente esterilizado.

El principio de confianza está destinado a hacer posible la división del trabajo; por consiguiente, con-

cluye cuando el reparto de trabajo pierde su sentido, especialmente, cuando puede verse que la otra parte no hace, o no ha hecho, justicia a la confianza de que cumplimentará las exigencias de su rol. En tales casos, ya no resulta posible repartir el trabajo para alcanzar un resultado exitoso. A modo de ejemplo: Ya no se confía en quien de modo evidente se halla en estado de ebriedad o, en el seno de un equipo, en el colega que de manera evidente se halla inmerso en un error.

Al igual que el riesgo permitido, también el principio de confianza se manifiesta en todos los ámbitos vitales, puesto que prácticamente en todas partes cabe encontrar organización en régimen de reparto de tareas. En este sentido, puede que se trate de una división muy intensa de trabajo —en el equipo de cirujanos, en la carlinga de un avión— o más bien laxo —así, en el tráfico rodado, por ejemplo, en lo que se refiere a la confianza en que el sujeto obligado a respetar la preferencia efectivamente cederá el paso—. En todo caso, una sociedad sin este punto de partida no es imaginable.

2.3.

Tercero: el carácter conjunto de un comportamiento no puede imponerse de modo unilateral-arbitrario. Por tanto, quien asume con otro un vínculo que de modo estereotipado es inocuo, no quebranta su rol como ciudadano aunque el otro incardine dicho vínculo en una organización no permitida. Por consiguiente, *existe una prohibición de regreso* cuyo contenido es que un comportamiento, que de modo estereotipado es inocuo no constituye participación en una organización no permitida.

No pretendo discutir sobre la denominación que deba recibir este ámbito de la imputación objetiva del comportamiento, sino sobre su contenido: se trata de casos en los que un autor desvía hacia lo delictivo el comportamiento de un tercero que *per se* carece de sentido delictivo. Ejemplos: el autor compra una barra de pan para envenenarla; o el autor toma como pretexto un juicio seguido en contra de un correligionario suyo para asesinar al ministro de Justicia; o el autor va en taxi de X a Y para cometer en Y un asesinato. En todos estos casos, se parte de la base de que el respectivo tercero —el panadero, el presidente del Tribunal, el conductor del taxi— conoce lo que va a suceder. Estos casos se pueden intentar solucionar partiendo del hecho de que elementos tan cotidianos como un alimento, o algo que pueda definirse arbitrariamente como motivo de un delito, o una posibilidad de transporte, siempre están disponibles, de modo que la prohibición de este tipo de aportaciones no es susceptible de evitar, de hecho, el comportamiento del autor. No obstante, en el mejor de los casos, este modo de argumentar sólo atinaría a medias, pues, desde luego, bien puede suceder que en el caso concreto fuese posible evitar el comportamiento del autor. Pero incluso si esto sucediera, y he aquí el punto decisivo, la aportación del tercero no sólo es algo común, sino que su significado es de modo estereotipado inocuo. El autor no puede por su parte modificar esta definición del significado del comportamiento, ya que en todo caso el tercero asume con el autor un comportamiento común limitado y circunscrito por su propio rol; comportamiento común del que no forma parte un delito. El conductor de un taxi, explicando lo anterior por medio de este ejemplo, ha asumido llevar a cabo

un transporte, y debe ocuparse de que éste tenga lugar puntualmente y sin poner en peligro al cliente. Esto es lo que forma parte de su rol, ni más ni menos. Lo que conjuntamente se ha realizado con el cliente se limita, en consecuencia, a un segmento vital circunscrito: el conductor transporta al cliente que le paga. Cómo se llame el cliente, lo que quiera hacer en el punto de destino, etc., no atañe al conductor. El taxista no participa de las buenas obras del cliente; si éste al llegar a su destino realiza una piadosa donación, nadie ensalzará al taxista por ello. Del mismo modo permanece distanciado de las malas obras, puesto que éstas tampoco forman parte del segmento de la realidad que tienen en común.

A diferencia de lo que sucede respecto del principio de confianza, la prohibición de regreso rige incluso cuando la planificación delictiva de la otra persona es palmaria, y ello porque se trata de casos en los que un comportamiento estereotipado carece de significado delictivo. Por tanto, está permitido prestar a un vecino una herramienta común aun cuando se sepa que éste pretende usarla para destruir con ella una cosa ajena. Cuestión distinta es que ante daños ingentes todos tengan un deber atenuado —claramente no equiparable a la comisión— de prestar auxilio, consistente en este caso en negarse a realizar la aportación que *per se* es inocua.

Los límites de la prohibición de regreso pueden ser discutidos. Sin embargo, este principio ha de ser aceptado por quien pretenda seguir garantizando que la libertad de perseguir los respectivos fines propios no se ahogue en la masa de los posibles contactos sociales. Una sociedad que está necesitada de que se ofrezcan prestaciones estereotipadas, más aun, que requiere en general la existencia de condiciones

estereotipadas del comportamiento social, no puede renunciar a una prohibición de regreso.

2.4.

Cuarto: puede que la configuración de un contacto social competa no sólo al autor, sino también a la víctima, incluso en un doble sentido: puede que el propio comportamiento de la víctima fundamente que se le impute la consecuencia lesiva, y puede que la víctima se encuentre en la desgraciada situación de hallarse en esa posición por obra del destino, por infortunio. *Existe, por tanto, una competencia de la víctima.*

La competencia de la víctima por su comportamiento es algo conocido: el caso más conocido es el del consentimiento. Pero también el infortunio de la víctima se reconoce a veces como única posibilidad de explicación: tratándose de un curso lesivo no cognoscible para ninguno de los intervinientes, sólo queda la desgracia como explicación. Sin embargo, con lo dicho no se agota aún este ámbito. Incluso el autor que es conocedor de las consecuencias lesivas de su comportamiento puede afirmar frente a la víctima que dichas consecuencias son asunto de ella cuando el autor se ha comportado conforme a su rol. Un comportamiento del que se sabe que producirá lesiones sigue siendo conforme al rol en la medida en que la víctima no tenga derecho a que no se produzca el comportamiento lesivo, esto es, en tanto y en cuanto el conjunto de bienes que desde el punto de vista fáctico depende de la organización del autor, no dependa jurídicamente de ella. Un ejemplo: un agricultor riega sus plantas en un predio situado en una ladera; cierta cantidad de agua suele

descender por la ladera y sacia los cultivos de su vecino. Ciertamente, este hecho no otorga al vecino afectado derecho alguno en el sentido de que no se pueda desconectar la instalación de regadío del campesino situado en la parte superior de la ladera. Dicho de otro modo, los apoyos en favor de bienes ajenos que no son conformes al rol, sino que exceden de lo que es obligatorio, pueden ser revocados lícitamente. El caso probablemente más importante dentro de este campo se refiere a la medicina en el ámbito de los cuidados intensivos: es lícito suspender determinadas prestaciones que se realizan por medio de aparatos que conservan con vida al paciente cuando dichas prestaciones ya no estén indicadas médicamente. En estos casos, aunque la desconexión de los aparatos, es decir, un actuar positivo, tenga efectos causales respecto de la muerte del paciente, el médico se mantiene dentro de su rol y no se arroga una organización ajena; por el contrario, constituye una desgracia del paciente el hecho de estar organizado de una manera propensa a sufrir el daño.

Sin embargo, mayor importancia práctica que estos casos de apoyos que exceden de lo obligado probablemente la tengan aquellos otros supuestos en los que la víctima con su propio comportamiento da la razón para que la consecuencia lesiva le sea imputada; casos en los que, por tanto, la modalidad de explicación no es la "desgracia", sino la "lesión de un deber de autoprotección" o incluso la "propia voluntad"; las infracciones de los deberes de autoprotección y la voluntad se agrupan aquí bajo el rótulo de "acción a propio riesgo".

En lo que se refiere al consentimiento, nada hay que explicar aquí; al menos en sus rasgos fundamentales el consentimiento se conoce en todas par-

tes, y también goza de aceptación, al menos en sus puntos esenciales. En cuanto a la infracción de deberes de autoprotección, constituye el reverso de lo que en el lado del autor es un quebrantamiento no intencionado del rol, en especial de un quebrantamiento imprudente. Al igual que el autor no puede comportarse de modo arriesgado distanciándose, simultáneamente, de manera válida de las consecuencias de su comportamiento, tampoco la víctima puede asumir un contacto social arriesgado sin aceptar como fruto de su comportamiento las consecuencias que conforme a un pronóstico objetivo son previsibles. Quien por sí mismo se zambulle en el agua o salta a un lugar donde hay que contar con la presencia de agua, no puede imputar a los demás el haberse mojado.

He aquí algunos ejemplos: quien, sin necesidad alguna, le pide a una persona claramente ebria que realice un acto de cierta complejidad, como por ejemplo conducir durante un trayecto un automóvil, ha de adscribirse, al menos en parte, las consecuencias negativas resultantes. Quien participa en una dura contienda, como por ejemplo un combate de boxeo, no tiene derecho a no resultar lesionado. El ejemplo que en la actualidad se discute con mayor intensidad es el siguiente: quien tiene trato sexual con una persona drogadependiente o que se prostituye, actúa a propio riesgo, en lo que se refiere a un contagio con el virus VIH.

En lo que respecta a este último caso, aún hay algunas cuestiones poco claras; en este sentido, por ejemplo, no está claro si la víctima únicamente actúa a propio riesgo cuando no sólo conoce el modo de vida arriesgado, sino también la infección con el virus del SIDA, o si, por el contrario —como creo

que es correcto—, hay ya una acción a propio riesgo cuando conoce determinadas condiciones bajo las cuales una persona cuidadosa contaría con que existe una probabilidad superior a la media de que esté presente tal enfermedad. Tampoco está claro bajo qué condiciones exactas la competencia de la víctima excluye de manera radical la del autor (como sí se acepta en el consentimiento), y cuándo existe algo parecido a una concurrencia de culpas jurídico-penalmente relevante que disminuye la responsabilidad del autor sin eliminarla por completo. No obstante, algo hay claro: que, en lo que concierne al lado de la víctima, centrar exclusivamente la atención respecto del hecho psíquico del consentimiento demuestra ser tan insuficiente como, de forma análoga, en el lado del autor fijarse únicamente en el dolo. Del mismo modo que en el ámbito de la responsabilidad del autor ha de partirse no de un suceso psíquico, sino de algo normativo, del quebrantamiento del rol, también en el lado de la víctima lo decisivo está en determinar si la víctima ha desempeñado el rol de víctima o, precisamente, el rol de alguien que configura la situación, es decir, de quien actúa a propio riesgo. En su núcleo, la perspectiva normativa en el lado de la víctima constituye una noción tan asentada como lo es el punto de vista normativo en el lado del autor.

3.

De este modo, queda esbozado el traslado de la idea del comportamiento social, como comportamiento vinculado a roles, a cuatro instituciones jurídico-penales: *1)* riesgo permitido, *2)* principio de confianza, *3)* prohibición de regreso y *4)* competencia de la

víctima. En este marco, en el que tan sólo se trata de asentar los fundamentos, queda sin discutir la cuestión acerca de si sólo son relevantes las cuatro instituciones mencionadas o si, por el contrario, sería más conveniente fragmentarlas más, al igual que queda sin discutir la cuestión acerca de si la subdivisión presentada es necesaria o si cabe contentarse con un menor nivel de detalle. En todo caso, los fundamentos del edificio de la imputación objetiva quedan delimitados.

IV. DE NUEVO: EL PECADO ORIGINAL

Habiendo quedado establecido lo fundamental, permítaseme una observación respecto de algo accesorio: ¿por qué en la primigenia escena mencionada al comienzo, a nuestro primer padre Adán no se le reconoció el principio de confianza? En mi opinión, denegar esa posibilidad de descargo fue desde luego acertado. Y es que la cuestión no era cómo había de enjuiciarse el comportamiento de Adán en el contexto de las relaciones de los seres terrenales entre sí; en esa medida, la idea de un principio de confianza no sería muy desacertada (aunque probablemente no estaríamos ante un supuesto de exoneración completa). Por el contrario, lo que se ventilaba era la relación de Adán con Dios mismo, relación que en la concepción judeo-cristiana no es mediata; en este ámbito, no existe reparto de trabajo en el sentido de que alguien pueda dejar que otros administren el cumplimiento de los deberes que a él le competen, porque las normas afectan a cada individuo no en cuanto miembro intercambiable de una sociedad, sino de manera directa, con independencia, precisamente, de su imbricación social. En el marco de esta

solución, adaptarse al mundo con su sistema de reglas siempre supone adaptarse a un mundo que quizás reniegue de Dios, por lo que cada uno ha de evitar de modo personalísimo caer en esa apostasía. El hecho de que no se pueda imputar objetivamente no excluye, por tanto, de forma necesaria la culpabilidad en el sentido de pecado, pero sí excluye —y con esto concluyo— la culpabilidad jurídico-penal.

V. OBSERVACIONES ACERCA DE LA BIBLIOGRAFÍA

Las materias abordadas en este capítulo son tratadas con amplias referencias a la demás bibliografía por FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, 1988; JAKOBS, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2ª ed. 1991, referencias bibliográficas previas a 7/35, 7/56, 24/1; ROXIN, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, t. 1, 1992, referencias bibliográficas § 11 previas a 1., § 24 previas a 1.; SCHÖNKE-SCHRÖDER-LENCKNER, *StGB*, 24ª ed., 1991, referencias bibliográficas previas al núm. 71, antes del § 13; REYES, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW) 105, pp.108 y ss.

Selección: Vid. respecto del riesgo permitido BURGSTALLER, *Das Fahrlässigkeitsdelikt im Strafrecht*, 1974; WELZEL, *Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte*, 1961; especialmente sobre la discusión acerca de la validez de las reglas de la imputación objetiva, sobre todo del riesgo permitido, en el ámbito de los delitos dolosos, cfr. ARMIN KAUFMANN, en: VOGLER y otros (ed. a cargo de), *Festschrift für Jescheck*, 1985, pp.251 y ss.; HIRSCH, en: *Festschrift der Rechtswissenschaftlichen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Universität zu Köln*, 1988, pp. 399 y ss. Respecto del principio de con-

fianza: STRATENWERTH, en: BOCKELMANN y otros (ed. a cargo de), *Festschrift für Eb. Schmidt*, 1961, pp.383 y ss.; SCHUMANN, *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen*, 1986; KIRSCHBAUM, *Der Vertrauensschutz im deutschen Straßenverkehrsrecht*, 1980. Respecto de la prohibición de regreso: JAKOBS, ZStW 89, pp.1 y ss.; SCHUMANN, op.cit.; ROXIN, en: JESCHECK y otros. (comp.), *Festschrift für Tröndle*, 1989, pp.177 y ss. Respecto de las acciones a propio riesgo: ROXIN, en: LACKNER y otros (ed. a cargo de), *Festschrift für Gallas*, 1973, pp. 241 y ss.; DÖLLING, Goltdammer's Archiv für Strafrecht (GA) 1984, pp.71 y ss.; OTTO, en: JESCHECK y otros (ed. a cargo de), *Festschrift für Tröndle*, 1989, pp.157 y ss.; FRISCH, *Neue Zeitschrift für Strafrecht* (NStZ) 1992, pp.1 y ss., 62 y ss.; ZACZYK, *Strafrechtliches Unrecht und die Selbstverantwortung des Verletzten*, 1993.

Capítulo II

El riesgo permitido

SUMARIO: *I. Concepto. 1.* El carácter ubicuo de los riesgos permitidos. *2.* ¿Cálculo de costes y beneficios? *3.* La configuración de la sociedad como fuente del riesgo permitido. *4.* Exclusión de la tipicidad, y no justificación. *II. Concreción. 1.* Exclusión de las puestas en peligro abstractas contrarias a la norma. *2.* Compensaciones. *3.* Permisiones. *III. El traslado de las reglas al comportamiento. 1.* El problema. *2.* El carácter relativo del rol correspondiente. *3.* Excurso. *4.* Conocimientos especiales. *4.1.* El principio. *4.2.* Combinación de conocimientos y rol. *IV. Resumen. V. Observaciones acerca de la bibliografía.*

I. CONCEPTO

1. El carácter ubicuo de los riesgos permitidos

Cualquier contacto social entraña un riesgo, incluso cuando todos los intervinientes actúan de buena fe: a través de un apretón de manos puede transmitirse, a pesar de todas las precauciones, una infección; en el tráfico rodado puede producirse un accidente que, al menos mientras exista tráfico, sea inevitable; un alimento que alguien ha servido puede estar en mal estado sin que sea posible percatarse de ello; una anestesia médicamente indicada, y aplicada conforme a la *lex artis*, puede provocar una lesión; un niño puede sufrir un accidente de camino a la escuela aunque se hayan establecido medidas de seguridad adecuadas, y, al menos para personas de avanzada edad, puede que un acontecimiento que es motivo de alegría sea demasiado excitante. Esta trivial constatación no conduce, sin embargo, a la conclusión de que esos contactos sociales deben ser evitados: desde el contacto corporal, pasando por el tráfico rodado, la invitación a comer y beber, el tratamiento médico y que los niños acudan a la escuela, hasta el hecho de provocar alegría; y ello por una doble razón: en primer lugar, porque en la mayoría de los casos renunciando a este tipo de contactos no se obtiene un balance positivo —el ermitaño probablemente sólo viva sano y feliz en la leyenda—, y, en

segundo lugar, y sobre todo, porque por regla general no hay alternativa a estos contactos: ¿quién puede permitirse el convertirse en un ermitaño?

Puesto que una sociedad sin riesgos no es posible y nadie se plantea seriamente renunciar a la sociedad, una garantía normativa que entrañe la total ausencia de riesgos no es factible; por el contrario, el riesgo inherente a la configuración social ha de ser irremediablemente tolerado, como *riesgo permitido*. Para no desbordar la exposición, es conveniente limitar el análisis a aquellos casos en los que la persona cuyo comportamiento se enjuicia es el último sujeto responsable en la cadena de causantes y, en este sentido, el que ejecuta el comportamiento arriesgado; si hay otros sujetos responsables que actúan con posterioridad, es decir, si lo que la persona en cuestión realiza precede al comportamiento de otro que lleva a cabo la ejecución, puede que deban tomarse en consideración determinadas reglas especiales o, al menos, modificaciones a las reglas que se van a desarrollar aquí, por ejemplo, modificaciones que forman parte del principio de confianza o de la prohibición de regreso.

"Riesgo permitido": este término suena como un concepto formal del que nada cabe extraer acerca de las razones de la permisión; por decirlo con un ejemplo, es sabido que también una situación de legítima defensa permite, con ocasión de la defensa necesaria, el riesgo de lesión del agresor, o que una situación de estado de necesidad permite el riesgo de que resulten lesionadas terceras personas. Sin embargo, la presente exposición únicamente se refiere a la permisión de aquel riesgo que necesariamente se halla vinculado a la configuración de la sociedad; se trata, por tanto, de una concreción de

la adecuación social. Aquí no se toman en consideración las situaciones de justificación. El riesgo permitido no resuelve una colisión de bienes, sino que establece lo que son supuestos normales de interacción, ya que la sociedad —cuyo estado normal es el que interesa aquí— no es un mecanismo para obtener la protección de bienes, sino un contexto de interacción.

2. ¿Cálculo de costes y beneficios?

Ahora bien, la referencia a la adecuación social es demasiado genérica como para poder obtener una concreción del riesgo permitido. De ahí que, para alcanzar esa concreción, frecuentemente se intenta presentar el riesgo permitido como resultado de un cálculo de costes y beneficios: el beneficio estaría constituido por la libertad de comportamiento que se obtiene con ayuda de la permisión de riesgos, mientras que los costes serían la pérdida de aquellos bienes a cuya destrucción conduce el riesgo, debiendo ambos lados mantener una relación adecuada.

No pongo en duda que consideraciones de esa índole pueden jugar un papel en el proceso de formación de la permisión de un riesgo; esto es perceptible claramente, por ejemplo, en el caso del tráfico rodado, en el que, antes de convertir en obligatorias costosas medidas de seguridad, suele contraponerse la limitación de la libertad a la ganancia de seguridad en los bienes, intentando explicar esa relación a la población del modo más convincente posible.

Sin embargo, la esperanza de haber encontrado una especie de fórmula del riesgo permitido por medio de una proporcionalidad entre costes y benefi-

cios, concretamente entre libertad de comportamiento y puesta en peligro de bienes, se ve defraudada, pues falta un criterio válido de valoración, criterio sin el cual todo cálculo pierde su validez. A modo de ejemplo: ¿qué vale una vida humana en el tráfico rodado, o, más concretamente, en el tráfico rodado de particulares en días festivos? ¿Qué valor corresponde al riesgo existente para la salud en el puesto de trabajo en comparación con unas condiciones de producción rentables? ¿Dónde está en la educación de un hijo el punto óptimo entre la libertad, cargada de riesgos, y la tutela, que necesariamente comporta restricciones al libre desarrollo? A estas preguntas sólo puede dar respuesta quien no mire más allá de un estrecho y a la vez parcial ámbito social. En este sentido, puede que la solución se infiera de casos análogos al caso en cuestión. Pero si en esos otros casos, y sucesivamente en los que le sirvan de base, también se cuestiona la fundamentación, el criterio se diluye cada vez más, pues entonces, no sólo se trataría de completar una determinada configuración social conocida en sus rasgos generales, sino de fundamentar por qué una sociedad puede lícitamente tener la configuración que de hecho tiene. Esa fundamentación no se puede llevar a cabo, y en todo caso, no se puede realizar con medios jurídicos. A modo de ejemplo: en una sociedad que conoce el tráfico rodado de particulares, no cabe rechazar el establecimiento de accesos a un área urbanizable o de turismo con el argumento de que el tráfico que cabe esperar será causa de accidentes; pues mientras sólo este previsto que se produzcan los accidentes con los que habitualmente cabe contar, se sigue manteniendo el criterio relativo a cuál es la relación adecuada entre costes y beneficios ya utili-

zado en otros casos. Sin embargo, para contestar a la pregunta acerca de si ese criterio general es un criterio legítimo, es decir, si el tráfico rodado de los particulares merece los sacrificios que irremediablemente conlleva, ya no son consideraciones jurídicas las que pueden ofrecer un criterio.

3. La configuración de la sociedad como fuente del riesgo permitido

Bien es cierto que cabe plantear como problema la cuestión acerca de si se debe aceptar la relación habitual entre costes y beneficios, como sucede en la actualidad, por ejemplo, a través de la articulación de los costes ecológicos del tráfico rodado. Esto, sin embargo, no supone realizar nuevos cálculos en el seno de una sociedad que por lo demás sigue siendo la misma, sino que se trata de una nueva determinación de la identidad de un ámbito parcial de la sociedad, y, por consiguiente, se trata de un cambio social. Este proceso puede ir acompañado por el Derecho, y, una vez trazado a grandes rasgos, puede también dársele el último toque a través del Derecho, pero no puede iniciarse jurídicamente. Dicho de otro modo: por regla general lo socialmente adecuado precede al Derecho; su legitimación la obtiene del hecho de que constituye una parte de la configuración social que ha de ser preservada. Utilizando de nuevo un ejemplo relativo al tráfico rodado: el hecho de que se considere que el tráfico de los particulares en un día de fiesta es un lujo fácilmente renunciable, o que sencillamente es lo normal, o incluso una manifestación especialmente importante de la libertad general de actuación, es decir, que pueda conllevar, en todo caso, costes reducidos, nor-

males o incluso altos, depende de cómo la sociedad se defina a sí misma, y esta autodefinición es parte de la configuración que el Derecho ha de preservar (mientras que esa idiosincrasia no se haya convertido en algo internamente contradictorio).

Ha de llegarse a la conclusión de que lo socialmente adecuado, especialmente también cuando aparece en forma de la permisión de un riesgo, no queda legitimado por la referencia al Derecho, sino que se legitima de manera histórica, es decir, por su propia evolución. El Derecho termina de definir el esbozo de lo socialmente adecuado y lo perfila. Esto, como veremos, tiene lugar en parte incluso a través de normas jurídicas; el Derecho, sin embargo, no desempeña más que esta función auxiliar.

Desde luego que en una sociedad de libertades sólo puede generarse la permisión de un riesgo si el beneficio de la respectiva actividad tiene una fundamentación plausible para quien potencialmente ha de soportar los costes; en una sociedad de libertades no puede fundamentarse la libertad de comportamiento a expensas de los demás. De aquí se deduce, especialmente, que quienes han de soportar el coste han de tener carácter anónimo en el momento en que la actividad tiene lugar. Para ilustrar esto repetiré un ejemplo extraído del tráfico rodado: si *ex ante* se conociese la identidad de las víctimas que el tráfico rodado va a ocasionar en un determinado día, sería imposible que ese día el tráfico se desarrollase como actividad jurídicamente permitida; el riesgo sólo puede ser tolerado en la medida en que *ex ante* las víctimas sean anónimas, y ello porque *ex ante* también pueden ser consideradas como potenciales beneficiarias de las ventajas que la actividad en cuestión reporte.

4. Exclusión de la tipicidad, y no justificación

Un comportamiento que genera un riesgo permitido se considera socialmente normal, no porque en el caso concreto esté tolerado en virtud del contexto en el que se encuentra, sino porque en esa configuración es aceptado de modo natural. Por tanto, los comportamientos que crean riesgos permitidos no son comportamientos que hayan de ser justificados, sino que no realizan tipo alguno. Esta solución (que desde luego, sigue siendo discutida) se impuso en primer lugar en el ámbito del comportamiento imprudente, ámbito en el que cae por su propio peso la idea de que no puede esperarse, y de hecho no se espera, que se evite cualquier comportamiento con efectos causales, sino sólo la evitación de comportamientos (como suele formularse por muchos autores) que infringen el cuidado debido.

Fue precisamente el delito imprudente el campo en el que se desarrolló esta solución, pues el límite entre comportamiento cuidadoso y comportamiento descuidado ha de trazarse con exactitud sobre todo en aquel ámbito en el que ambos son colindantes, lo cual sucede con mayor frecuencia en casos de imprudencia que concurriendo dolo. Los riesgos que son creados de modo doloso suelen (aunque no siempre) ser "con creces" tan descuidados que resultan innecesarias ulteriores disquisiciones, mientras que el tránsito de lo que aún está permitido a lo que ya no lo está frecuentemente ha de analizarse con mayor exactitud tratándose de un hecho imprudente. Sin duda alguna, constituye un riesgo no permitido lanzar a un niño pequeño a un estanque; sin embargo, no es tan fácil determinar cuándo supone un riesgo no permitido dejar que ese niño juegue solo en un jardín en el que hay un estanque. Lanzar al niño suele presentarse como un hecho doloso la

dejación en su tutela como un hecho imprudente. En cuanto elemento que excluye el tipo, resulta fácil delimitar el riesgo permitido frente al estado de necesidad justificante. Aquellos comportamientos que generan riesgos permitidos no tienen por qué estar inscritos en un contexto especial para ser tolerados socialmente, sino que son tolerados de modo general. En este sentido, por ejemplo, los riesgos del tráfico rodado y aéreo, realizados cumpliendo con las respectivas normas, son tolerados sin tener en cuenta si los intervinientes participan en el tráfico por razones de necesidad o por simple placer: tales comportamientos son con carácter general socialmente adecuados. La situación es distinta en el ámbito de la justificación; aquí es el contexto especial lo que permite que se toleren comportamientos que *per se* son perturbadores. Un ejemplo extremo: un conductor que conduce a una velocidad de 69 kilómetros por hora por un lugar en el que está permitido y es adecuado conducir a 70 kilómetros por hora, no defrauda ninguna expectativa, con independencia de la finalidad que persiga con su viaje, pero el conductor de una ambulancia que circula por el mismo sitio a una velocidad de 75 kilómetros por hora para dirigirse al lugar en el que debe prestar su servicio, necesita de la situación de necesidad como contexto para que, de modo excepcional, su comportamiento sea tolerado (precisamente, debido al contexto).

II. CONCRECIÓN

1. Exclusión de las puestas en peligro abstractas contrarias a la norma

En lo que se refiere a la concreción del riesgo permitido, lo más adecuado es comenzar con una determinación negativa, puesto que ésta es la que

resulta más exacta: deja de estar permitido aquel comportamiento que el propio Derecho define como no permitido, prohibiéndolo ya por su peligrosidad concreta o abstracta, incluso bajo amenaza de pena o de multa administrativa. A través del establecimiento de la prohibición de la puesta en peligro —que cuando menos es de carácter abstracto—, el comportamiento queda excluido del ámbito de lo socialmente adecuado, y se define como perturbación de la vida social; esto acontece por la simple realización de un comportamiento así configurado sin tener en cuenta el resultado que se produce. Dicho con un ejemplo significa lo siguiente: crea un riesgo no permitido quien conduce un automóvil en estado de ebriedad, quien lo conduce a demasiada velocidad o quien infringe cualquier otro precepto que regule el tráfico rodado, en la medida en que dicho precepto no sólo pretenda facilitar la administración de ese ámbito vital sino, que además tenga por finalidad limitar el peligro —aunque sólo sea abstracto— de que se produzca el resultado de un delito de lesión; de modo correlativo, se comporta de manera no permitida quien manipula, de modo contrario a las disposiciones pertinentes, materiales venenosos, radioactivos o que entrañan otro tipo de peligro; quien vende armas a personas no habilitadas para adquirirlas, también quien presta falso testimonio ante un tribunal; quien siendo comerciante no lleva libros de comercio; quien se embriaga hasta caer en un estado de inimputabilidad, y así, hasta enumerar todas las normas dirigidas contra las puestas en peligro que recogen la descripción de la configuración del comportamiento.

Esta determinación realizada desde el lado de lo no permitido es posible en muchos ámbitos vitales,

especialmente en ámbitos genuinamente peligrosos, pues en los Estados modernos lo susceptible de regulación suele estar regulado. El tráfico rodado, el tráfico aéreo, la manipulación de sustancias peligrosas y de alimentos, la construcción de edificios, así como otras muchas áreas están aprehendidas jurídicamente de tal modo que cabe delimitar lo que no está permitido de lo que sí lo está con cierta claridad.

Desde luego, hay ámbitos de la vida —algunos de ellos con peligro potencial— en los que no es necesaria una regulación jurídica, porque se puede obtener un alto standard de seguridad por otras vías, por ejemplo, planteando exigencias especiales respecto de la formación de quienes actúan en esos ámbitos, como sucede en el ámbito médico. Además, en la mayoría de estos casos probablemente concurran otras razones a la hora de renunciar a una regulación: tomando de nuevo como ejemplo el ámbito médico, la necesidad de un alto grado de individualización sólo permitiría establecer regulaciones a un nivel tan abstracto que acabarían careciendo de contenido. Asimismo, tampoco es conveniente fijar legalmente un standard en aquellos casos —como, de nuevo, en el campo de la medicina— en los que tiene lugar una permanente evolución. De ahí que la regla profesional que goza de reconocimiento, la *lex artis*, sustituya en estos ámbitos al precepto jurídico. Lo mismo sucede respecto de las normas técnicas, por ejemplo, en Alemania las normas DIN (Deutsche Industrienorm; norma industrial alemana) o las normas de las asociaciones profesionales.

En aquellos ámbitos vitales en los que no hay reglas establecidas, ya sea por el Derecho, o por otros elencos normativos, lo relevante es el standard de una persona prudente perteneciente al ámbito vital

correspondiente, lo que ciertamente constituye una determinación de límites imprecisos.

Además, esta cuestión plantea una problemática que hasta el momento no ha sido reconocida como tal y mucho menos formulada con exactitud: respecto de algunos ámbitos vitales puede advertirse que el Derecho, y más en concreto el Derecho civil, admite como prudentes distintos comportamientos (al menos, en el límite mínimo de la prudencia), incluso en sujetos que son titulares del mismo rol. Esto se debe a que el orden jurídico considera como criterio decisivo la "diligencia en asuntos propios" (§ 277 BGB [Bürgerliches Gesetzbuch; Código civil]), esto es, la *diligentia quam in suis*. Esto tiene lugar en el ámbito de roles con una cierta impronta individual, más o menos inevitable a la par que deseada; así, por ejemplo, en el caso de las relaciones conyugales (§ 1359 BGB), o paterno-filiales (§ 1664 BGB); o en roles en los que la otra parte ha aceptado esa impronta individual, por ejemplo, la relación entre socios (§ 708 BGB), o la relación del depositante respecto del depositario a título gratuito (§ 690 BGB). En estos casos, el Derecho admite como acordes a la diligencia ciertas desviaciones por debajo del standard de una persona cuidadosa, en la medida en que esas desviaciones no alcancen la entidad de la *culpa lata*.

El Derecho penal ha de asumir esta manera individualizada de determinar el cuidado debido, por dos razones: en primer lugar, la regulación civil no hace otra cosa que reflejar que, por lo general, socialmente se tiene en cuenta la configuración individual de usos en los distintos ámbitos, es decir, reproduce acertadamente lo que es socialmente adecuado (y no una mera expectativa de verse libre de

responsabilidad), y, en segundo lugar, aunque se tratase de una mera exención de responsabilidad, sería una conclusión chocante querer intervenir a través del Derecho penal en un ámbito en el que la víctima ni siquiera puede exigir la reparación civil del daño. Un ejemplo: si unos padres —sin desviarse demasiado del standard general— dejan sin vendar una herida de su hijo, al igual que suelen proceder respecto de ellos mismos, y no han de reparar el daño que de ello deriva, la omisión tampoco podrá ser castigada jurídico-penalmente como delito de lesiones, a pesar de que ese mismo comportamiento realizado por padres que suelen cuidarse con sumo celo y cuidado sí merezca castigo. Por consiguiente, debe llegarse a la conclusión de que en determinados ámbitos vitales lo que constituye el standard diligente se conforma tomando en cuenta cierto componente individual.

2. **Compensaciones**

Después de esta descripción, relativa a cómo se configuran lo que es standard, aún hay que abordar la cuestión acerca de si cabe apartarse de lo standard en caso de haberse adoptado especiales medidas de seguridad. En lo que se refiere a lo que el Derecho establece como standards, esto es, a las normas contra las puestas en peligro abstractas, estas normas excluyen de manera radical del ámbito de lo socialmente adecuado un determinado tipo de comportamiento; de ahí que haya que evitar puestas en peligro *abstractas*. Por tanto, si el sujeto que ejecuta el comportamiento no respeta estas reglas jurídicas, su actuar no se convierte en socialmente adecuado por el hecho de que el comportamiento incorpore ele-

mentos destinados a compensar el peligro. Desde luego, un conductor experimentado y atento sigue conduciendo un automóvil con mayor seguridad que un principiante, incluso si se halla ligeramente ebrio o supera el límite de velocidad, etc. Con todo, su comportamiento no está permitido, mientras que el principiante, en tanto sea sólo eso, es decir, un principiante inseguro y no cometa error actual alguno, se mantiene en el ámbito de lo permitido, porque la prohibición de la puesta en peligro abstracta discrimina un determinado tipo de comportamiento y no un determinado nivel de riesgo. Por consiguiente, en el ámbito de lo regulado por el Derecho no existe un grado fijo de permisión general para llevar a cabo puestas en peligro, sino que la permisión está vinculada a la configuración del comportamiento. De nuevo un ejemplo relativo al tráfico rodado: constituye un riesgo mucho mayor conducir con niebla y concurriendo el peligro de hielo en la calzada, aunque se emplee el máximo cuidado posible, que conducir bajo condiciones ideales superando en un 10 % la velocidad permitida; sin embargo, lo primero está permitido y lo segundo no. Desde luego, puede darse el caso de que un determinado daño, a causa de la compensación de riesgos, se pueda explicar no a través del comportamiento que constituye un riesgo no permitido, sino como simple consecuencia del riesgo general de la vida; esta cuestión, perteneciente a la realización de riesgos, puede sin embargo ser diferenciada perfectamente de la determinación del riesgo no permitido.

En el ámbito de las normas no fijadas jurídicamente, la cuestión difiere de lo que sucede con respecto a las normas establecidas por el Derecho y dirigidas contra las puestas en peligro abstractas: las

primeras determinan un standard que puede alcanzarse de cualquier modo, bien teniendo en cuenta lo descrito en la norma, bien por otra vía. Por tanto, quien construye un muro de protección con un grosor menor del habitual entre los técnicos en la materia, sigue actuando de modo permitido si a la vez utiliza un material con una resistencia mayor. Cuando se renuncia a la regulación jurídica precisamente se pretende posibilitar la existencia de variantes.

3. **Permisiones**

Para concluir el análisis de las regulaciones aplicables, hay que tratar la cuestión acerca de lo que sucede con respecto a las regulaciones positivas también existentes; una regulación, o el catálogo de comportamientos de una persona diligente, habitualmente no consta sólo de prohibiciones de puestas en peligro abstractas, sino que también contiene permisiones de comportamiento. Sin embargo, existe una diferencia abismal en su alcance. Mientras que, al menos, las regulaciones jurídicas de carácter negativo tienen vigencia de modo categórico, aquellas otras que establecen una permisión sólo rigen de manera relativa, concretamente, sólo cuando se ven acompañadas de unas condiciones ideales. En sentido categórico sólo cabe extraer de éstas últimas que la actividad en cuestión no ha de suprimirse de manera absoluta; todo lo demás se halla sometido a reserva. También esto es demostrable fácilmente a partir del ejemplo de las reglas del tráfico rodado: nunca se debe sobrepasar la velocidad máxima permitida cuando no concurre una causa de justificación, pero en modo alguno cabe pensar que esté

permitido alcanzar esa velocidad máxima en cualquier circunstancia, sino que sólo lo está cuando concurren unas condiciones ideales.

III. EL TRASLADO DE LAS REGLAS AL COMPORTAMIENTO

1. El problema

Por tanto, llegamos a la conclusión de que —con distintos grados de exactitud— existen comportamientos no permitidos en función del tipo de comportamiento y otros que están permitidos sólo si se *dan condiciones ideales. De este modo, aún queda* por determinar quién decide cuándo un comportamiento es de un determinado tipo y cuándo concurren condiciones ideales. Dicho con otras palabras: es el aparato de normas y de convenciones de la sociedad sobre la base de lo que se determina lo que en un determinado caso aún está o no permitido, pero ¿quién decide qué caso es el que concurre en un momento concreto? Esta es la cuestión que dentro del ámbito de la imputación objetiva presenta el mayor grado de dificultad; probablemente sea también la más discutida, y no cabe afirmar que quepa ofrecer una respuesta totalmente concluyente. La afirmación de que lo decisivo es el juicio de una persona cuidadosa, nada aporta a la respuesta que aquí debe darse, pues lo que hay que determinar es cómo ha de estar configurado física y psíquicamente el hombre cuidadoso: ¿qué es lo que ve, conoce, etc.? Formulando la pregunta a través de un ejemplo: un automovilista cuidadoso se detiene ante una señal de stop, pero ¿la ve aunque esté doblada? Cabe invertir el problema: ¿qué sucede cuando el autor sabe más y posee mayores habilidades que una persona

diligente, esto es, cuando, por ejemplo, el taxista, conocedor de la localidad en la que trabaja, sabe que en el siguiente cruce, en el que él tiene preferencia, aparecen continuamente forasteros que por error se comportan como si a ellos les correspondiese la preferencia?

La problemática se suscita dada la necesidad de administrar las reglas sociales, al menos en parte, de modo descentralizado, es decir, a través de los ciudadanos individuales. Lo que ha de ser administrado son los standards objetivos en sus distintas concreciones, predeterminados por la sociedad e incluso a veces establecidos jurídicamente. Sin embargo, esta administración se realiza por personas dotadas en cada situación de facultades físicas y psíquicas peculiares, y que, especialmente, también disponen en cada caso de un grado de experiencia distinto. ¿Resulta necesario objetivar también a estas personas con sus correspondientes características individuales, en el sentido de que han de ser imaginadas con las características propias del rol, o se las toma tal y como son? A modo de ejemplo: a nadie le está permitido conducir un automóvil bajo los efectos de tranquilizantes, aunque el sujeto crea que puede compensar sus efectos negativos poniendo una especial atención; sin embargo, con esto aún no queda dicho que se decida de modo objetivo cuándo una persona se halla bajo los efectos de un medicamento de este tipo.

El ámbito que se administra de manera descentralizada posiblemente se amplía aún más cuando sólo se logra de modo imperfecto la concreción centralizada de la norma, por ejemplo, cuando dicha norma, en casos límite, no establece más que la trivialidad de que nadie debe exponer a otro a un

riesgo especial que exceda de lo cotidianamente inevitable. Por ejemplo, ¿constituye un riesgo especial, y por tanto no permitido, el consentir que un niño de cuatro años de edad se suba a una escalera de mano, siguiéndolo de cerca y con sumo cuidado? En especial, ¿quién enjuicia en este caso el efecto compensatorio que el cuidado puesto tiene sobre el riesgo?

2. El carácter relativo del rol correspondiente

La respuesta habitual es la siguiente: se dice que el juicio debe hacerse de manera objetiva, en concreto, por un experto en la materia respectiva, que además debe estar provisto de todos los conocimientos y aptitudes especiales del autor.-Lo que así se configura es un verdadero monstruo: en aquellos casos que casi nunca tienen que ver con un experto, como, por ejemplo, cuando se enciende el fuego en la estufa de casa, dicho experto debe también incorporarse mentalmente, y si quien enciende el fuego es casualmente un físico, se tomarán asimismo en consideración sus capacidades. Se pretende que respecto de este ampuloso homúnculo del cuidado exista una expectativa social general: se afirma que precisamente su decisión ha de establecer lo que es socialmente adecuado y lo que no se considera socialmente adecuado. Esto ya es erróneo simplemente por la razón de que nadie cuenta con la existencia de semejante sujeto sin igual; ¿cómo iba a existir? Las expectativas reales se generan en la vida real y los gabinetes de excentricidades en modo alguno sirven a este efecto.

Esto no significa que lo esencial sea el respectivo juicio subjetivo, pues las verdaderas expectativas no

se rigen por la individualidad, sino por el standard que por lo general puede alcanzarse. Por consiguiente, sí que se trata de un juicio objetivo, pero no del juicio de un experto o de alguien dotado de especiales facultades, sino del juicio del titular de un rol que en el desempeño de ese rol puede realizar la actividad de modo socialmente adecuado. A modo de ejemplo: en el tráfico rodado también pueden participar personas que carecen de la formación de un conductor de carreras o de un experto en derrapes; por tanto, se trata de tomar en consideración el juicio y las aptitudes de una persona que no participa en el tráfico de modo profesional. Una pequeña intervención quirúrgica, como por ejemplo la extirpación de una verruga, también puede ser realizada por un médico de medicina general; no es necesario que sea cirujano ni, desde luego, que se trate de un prestigioso especialista; de ahí que, en un caso así, lo decisivo será el juicio y la capacidad de un médico de medicina general. En consecuencia, el rol relevante no siempre es el de el mayor experto; éste únicamente constituye el rol decisivo cuando la actividad sólo pueda ser realizada de modo socialmente adecuado por especialistas, como sucede, por ejemplo, respecto del funcionamiento de una central nuclear. En los demás casos, el rol de referencia es el de quien esta autorizado a tomar parte en ese ámbito vital. En consecuencia, puede suceder que, dependiendo del contexto respectivo, rijan condiciones muy diversas respecto de una permisión de riesgo; por ejemplo, en un contexto profesional dichas condiciones serán elevadas, mientras que si se trata de un contexto más bien de legos serán limitadas. En este sentido, por ejemplo, la madre que venda con un trozo de tela una pequeña herida en la pierna de su hijo, actúa aún dentro del riesgo permitido, mientras que el médico ya esta-

ría de lleno en el ámbito de lo no permitido a causa de la falta de perfección higiénica.

De lo dicho se desprende que a *un único* riesgo descrito de modo naturalista no necesariamente le corresponde, a su vez, *un único* riesgo permitido; por el contrario, puede haber tantas permisiones de riesgo diferentes como roles distintos haya en los que se pueda administrar el riesgo de modo socialmente adecuado. Esta variabilidad del riesgo permitido es un signo de que su origen no está en una calculadora, sino en la configuración de la sociedad tal y como se vive, con todo su colorido. Con este origen ya nos hemos topado antes al exponer que, por ejemplo, el ámbito del tráfico rodado consiste en tipos de comportamiento y no en magnitudes de permisión que puedan enunciarse en porcentajes.

Por consiguiente, llegamos a la conclusión de que el rol del sujeto cuyo juicio resulta determinante ha de obtenerse por medio de una generalización de las facultades de las que disponen las personas de las que se espera que participen en la actividad en cuestión. La base del enjuiciamiento la constituye lo que conoce el titular de dicho rol acerca de la situación correspondiente. Su juicio sobre el proceso, con base en reglas comunicativamente relevantes y no especulativas, es el juicio determinante. De nuevo a modo de ejemplo: una señal de stop que esté totalmente doblada ya no puede ser reconocida como tal; por consiguiente, para un conductor cuidadoso ya faltaría la base sobre la cual cabría deducir la existencia de una normativa especial del derecho de preferencia. Lo que alguien conocedor del lugar supiera es irrelevante, puesto que no forma parte del rol de conductor conocer los distintos lugares. Cuando el brazo de un niño se hincha de modo extremo, no está

permitido prescindir del consejo de un médico; si según su diagnóstico la hinchazón es inocua, ello sólo significa que de acuerdo con *su rol* no es necesario adoptar ulteriores medidas, y es que *él* actúa en un contexto distinto al del lego. Por consiguiente, se trata de un juicio relativo al rol correspondiente.

3. **Excurso**

Permítaseme un excurso para afirmar que el carácter relativo de lo que no está permitido tiene consecuencias para la tentativa. También el comportamiento constitutivo de tentativa ha de entrañar un riesgo no permitido, y también aquí la decisión ha de tomarse según el contexto en cuestión. Un médico no puede cometer una tentativa de homicidio mediante la inyección de una solución estéril de suero fisiológico mientras sepa que es suero fisiológico lo que inyecta, pues forma parte de su rol el conocimiento de la inocuidad de esa sustancia, aunque en el caso concreto se equivoque; por consiguiente, actuando en su rol no puede hacerlo con dolo típico al faltar la representación comunicativamente relevante de una lesión producida por esa sustancia (estaríamos ante una mera representación putativa). Sin embargo, un lego en medicina que lea en la ampolla que se trata de cloruro sódico puede creer, de modo comunicativamente relevante, que esa sustancia es una peligrosa combinación química que contiene cloro.

4. **Conocimientos especiales**

4.1. El principio

Desde la perspectiva de la conclusión acabada de alcanzar también puede resolverse la cuestión

acerca de la decisión a adoptar en aquellos casos en los que el autor está en condiciones de prever un daño en virtud de sus facultades especiales, en tanto que el titular modelo del rol no puede hacerlo. Expondré la cuestión con base en el ejemplo de los conocimientos especiales, ya se refieran éstos a la situación de hecho o a las reglas a aplicar para obtener el juicio. En primer lugar, enunciaré dos ejemplos: un ingeniero alquila un automóvil y descubre, gracias a sus especiales conocimientos técnicos, que los frenos van a fallar en breve. A pesar de ello, devuelve el vehículo al arrendador; el siguiente cliente en usar el coche sufre un accidente. Un estudiante de biología gana algún dinero trabajando por las tardes como camarero. Cuando se le encarga servir una ensalada exótica descubre en ella una fruta de la que sabe por sus estudios que es venenosa. De todos modos, sirve la ensalada.

Si partimos, como se ha propuesto más arriba, de que las expectativas relativas a un comportamiento que también un lego puede desarrollar de modo socialmente adecuado se determinan con base en el arsenal de las capacidades propias de dicho lego, en ambos ejemplos ha de excluirse la responsabilidad, ya que nadie espera de quien alquila un automóvil que tenga especiales conocimientos en materias técnicas, como del mismo modo nadie cuenta con que un camarero tenga profundos conocimientos de biología. Por tanto, ninguno de los dos ha quebrantado el rol en el que se mueve y, en consecuencia, sus respectivos comportamientos no han sobrepasado el nivel de riesgo permitido. Desde luego que una cuestión totalmente distinta es que el comportamiento en cuestión sea tan extremadamente insolidario que se deba responder por omisión del socorro.

Esta solución se ve confirmada si trasladamos lo sucedido al ámbito de la omisión: el ingeniero se percata del fallo justo después de haber devuelto el

vehículo, y el estudiante descubre la fruta venenosa justo después de haberla servido. En estos casos probablemente a nadie se le ocurriría pensar que concurre una posición de garantía, pues el comportamiento previo (el único punto de conexión posible) no creó un riesgo especial del que tuviesen que responder los intervinientes. En consecuencia, la responsabilidad se limitaría a la omisión del socorro.

Quien considere que el resultado es chocante —en todo caso, sería igual de chocante tratándose de comisión que de omisión—, ha de considerar que los conocimientos especiales constituyen algo que no hay obligación de adquirir o de mantener; se trata de pura subjetividad, y nada más. El autor puede entregarse a la más mínima distracción que le impida adquirir el conocimiento especial, y puede lícitamente olvidarse inmediatamente de algo que haya llegado a conocer. Dicho de otro modo, la relevancia jurídico-penal de los conocimientos especiales quedaría limitada a los conocimientos realmente existentes, es decir, al dolo. Sin embargo, un conocimiento sin deber de conocer sería un elemento ajurídico del delito, al estar definido de manera totalmente psicológica.

4.2. Combinación de conocimientos y rol

Con lo expuesto no queda dicho en qué consisten exactamente las capacidades ***especiales***, en particular, que es lo que son exactamente los conocimientos especiales de los que el autor no ha de hacer uso porque no forman parte de su rol. En los casos antes enunciados, la decisión es bastante fácil sólo gracias a la circunstancia de que nada hay que vincule al autor a la víctima aparte de la entrega de un objeto, comportamiento que en estos casos constituye el cometido del autor: el autor no exige a la víctima que tolere un riesgo en interés del propio autor, ni tampoco esta obligado a mostrar una pre-

ocupación especial, como se la debe, por ejemplo, el padre o la madre al hijo. No obstante, si el autor está vinculado a la víctima de algún modo —que se especificará más adelante—, puede que forme parte de su rol activar todas sus capacidades.

En consecuencia, se trata de determinar cuándo se vinculan conocimientos y rol. Para resolver el problema ha de diferenciarse entre las razones por las que a un autor le puede competer la realización del tipo: por un lado, la competencia por organización, por otro, la competencia institucional.

En el ámbito de la competencia por organización, puede que el autor sea garante de asegurar que en su ámbito de organización se respeten los standards habituales de seguridad, lo cual ha de suceder *con independencia de su comportamiento actual:* por ejemplo, cualquier propietario de un vehículo de motor es garante de la seguridad en el tráfico de dicho vehículo o cualquier propietario de una casa es garante de que las tejas están aseguradas de la manera habitual. En estos casos, cualquier conocimiento —con independencia del modo en que haya sido adquirido— de que no se están respetando los standards obliga a desplegar una actividad en el seno del rol y, en concreto, a encargarse de restablecer la situación standard; pues la desviación negativa respecto del standard ya constituye una perturbación, que como garante debe suprimir el titular del ámbito de organización. Por consiguiente, quien llega a saber que los frenos de su automóvil no están en las condiciones debidas, siempre lo vendrá a saber en su rol de propietario, con independencia de que se lo comunique el taller mecánico, un vecino que de alguna manera se haya enterado, o que el mismo se haya percatado al mirar casualmente debajo de su vehículo. En este caso, la situación normativa es totalmente distinta de la existente en el caso antes mencionado en el que un ingeniero devuelve un co-

che de alquiler. El ingeniero se encuentra en el rol de arrendatario de un automóvil y no es garante, a la hora de devolver la cosa arrendada, de que el vehículo esté libre de los daños que se hayan generado al margen de su comportamiento. En consecuencia, ha de llegarse a la conclusión de que el conocimiento y el rol quedan vinculados por medio del deber de mantener determinados standards, deber que existe con independencia del comportamiento que tiene lugar en un momento dado.

Además, el vínculo entre conocimientos y rol también puede ser organizado de manera actual por el autor, si adapta el comportamiento propio del rol a sus conocimientos, que de este modo pierden la cualidad de ser conocimientos especiales, es decir conocimientos al margen del rol. Esta situación concurre siempre que el autor asuma la administración de un riesgo, que haya reconocido en virtud de sus conocimientos especiales, y en particular, cuando desvía el riesgo hacia otras personas. Si en el ejemplo antes mencionado del camarero que descubre en la ensalada una fruta venenosa, éste retiene el plato hasta que se presente una persona a la que odia, entonces no consuma un destino que se ha generado con independencia de su persona, sino que manipula el destino y lo convierte en objeto de su organización, por lo que ha de responder de las consecuencias.

Aparte de la competencia por organización existe la competencia en virtud de un vínculo institucional. También en este ámbito puede suceder que forme parte del contenido de la institución una comunidad más o menos completa entre garante y favorecido que en casos límites incluye todo conocimiento que el garante tenga, de modo que éste no puede dejar al margen de su rol unos determinados conocimientos especiales. Probablemente sea esta la configuración de la relación de los padres respecto de los hijos sometidos

a su tutela. Cuando un hijo se encuentra en una situación de necesidad y los padres —sea como fuere— conocen una solución, este conocimiento, por lo general, pasa a formar parte de su rol de padres. Estas instituciones son reconocibles en que quienes resultan favorecidos por ellas también han de asumir las desventajas que conllevan, al igual que participan de los beneficios; los hijos de padres con aptitudes por debajo de la media no reciben cuidados standard. No obstante, también hay instituciones de menor peso específico en las que han de llevarse a cabo prestaciones standard, ni más ni menos. En este sentido, por ejemplo, los servicios médicos de urgencia deben prestar la debida asistencia habitual. De ahí que aunque sea un prestigioso especialista el que preste el servicio, no es necesario que haga más de lo que es habitual en ese país, pues hacer más no forma parte del rol de médico de urgencias. No obstante, muy bien puede suceder que el director de una clínica, entre cuyas obligaciones esta la de investigar, deba introducir los conocimientos adquiridos en la investigación si actúa en su rol de director de clínica. Los detalles han de dejarse a la interpretación de la situación institucional correspondiente. En todo caso, es cada rol lo que determina el contenido de los deberes y no el arsenal de las peculiaridades individuales de cada uno.

IV. RESUMEN

1) La vida social no puede organizarse sin una permisión de riesgo.

2) Lo permitido se rige, principalmente, por la configuración social generada a lo largo del tiempo, y no por un cálculo de costes y beneficios que se pueda aislar de lo anterior.

3) El riesgo permitido excluye el tipo.

4) El carácter contrario a la norma de una puesta en peligro abstracta excluye, en todo caso,

una permisión de riesgo; las permisiones positivas sólo rigen bajo condiciones ideales.

5) El riesgo permitido sólo puede determinarse de modo relativo de conformidad con el rol de quienes en cada caso pueden lícitamente organizar un ámbito vital.

6) Los conocimientos especiales no han de tomarse en cuenta, pero existen supuestos de organización e instituciones que privan de su carácter especial a conocimientos que son especiales en los demás casos.

V. OBSERVACIONES ACERCA DE LA BIBLIOGRAFÍA

Las materias de esta exposición son tratadas con amplias referencias bibliográficas por FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, 1988; ROXIN, *Strafrecht AT*, t. 1, 1992, 11/36 y ss.; JAKOBS, *Strafrecht AT. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2ª ed., 1991, referencias bibliográficas previas a 7/35, 7/56, 24/1.

Selección: Vid. respecto del riesgo permitido BURGSTALLER, *Das Fahrlässigkeitsdelikt im Strafrecht*, 1974; WELZEL, *Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte*, 1961; especialmente sobre la discusión acerca de la validez de las reglas de la imputación objetiva, sobre todo del riesgo permitido, en el ámbito de los delitos dolosos, ARMIN KAUFMANN, en: VOGLER y otros (ed. a cargo de), *Festschrift für Jescheck*, 1985, pp.251 y ss.; HIRSCH, en: *Festschrift der Rechtswissenschaftlichen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Universität zu Köln*, 1988, pp.399 y ss.; —especialmente respecto de los conocimientos especiales, STRUENSEE, Juristenzeitung (JZ), 1987, pp. 53 y ss., el mismo, GA, 1987, pp.97 y ss.

Capítulo III

La imputación objetiva en la participación. Accesoriedad y prohibición de regreso

SUMARIO: *I. Roles especiales y roles comunes. II. Comportamiemto de organización. 1.* Lo propio en el reparto de trabajo. *2.* Accesoriedad cuantitativa. *3.* El sentido del comportamiento. *4.* En especial: la accesoriedad en caso de ausencia de dolo. *III. Conclusiones. IV. Observaciones acerca de la bibliografía*

I. ROLES ESPECIALES Y ROLES COMUNES

La responsabilidad jurídico-penal siempre tiene como fundamento el quebrantamiento de un rol. Entre los roles cuya infracción aquí se aborda se pueden diferenciar fácilmente dos clases. Por un lado, están los roles especiales, los que una determinada persona tiene porque debe configurar junto con otras personas un mundo común, más o menos completo; este es el caso, por ejemplo, del rol de padre —los padres deben formar con los hijos una comunidad—, o del rol de cónyuge —junto al esposo o a la esposa ha de construirse un mundo conyugal común—, o el de los servicios de asistencia en casos de emergencia —deben actuar en caso de necesidad en interés de quien está desamparado—. Estos roles, cuando adquieren relevancia jurídica, siempre son segmentos, referidos a personas, de las instituciones que confieren a la sociedad su configuración fundamental *específica*, es decir, aquella configuración que se considera indisponible en el momento actual; esa configuración es *específica* porque dichas instituciones concurren con independencia de la juridicidad de la constitución de la sociedad, que es tomada como presupuesto. Se trata, por ejemplo, de la relación entre padres e hijos, (aun) del matrimonio, del Estado como corporación de protección dotada de un monopolio de violencia, y de algunas otras.

Los titulares de roles de esta índole al quebrantarlos generalmente responden a título de autores, ya que están obligados de manera directa frente a la víctima a mantener un ámbito común. En este sentido, por ejemplo, el tutor responde como autor de administración desleal tanto si dispone él mismo ilegítimamente de la fortuna de su tutelado como si induce a un amigo suyo a hacerlo o si no impide a un tercero realizar el acto de disposición: también en los dos últimos casos, lo que fundamenta la responsabilidad no es el hecho de que haya un comportamiento en conjunción con la persona que dispone del patrimonio protegido, sino la competencia inmediata respecto de ese patrimonio. En el ámbito de estos delitos, de los delitos consistentes en la infracción de un deber, sólo puede haber responsabilidad a título de participación cuando quien se halla obligado por el deber específico carece de un elemento especial de la autoría. No pretendo profundizar más en este asunto porque los delitos consistentes en la infracción de un deber sólo tienen relevancia aquí a efectos de delimitación.

En lo fundamental, aquí se trata de abordar el quebrantamiento de roles pertenecientes a un segundo grupo, roles sin características especiales, esto es, roles comunes, o dicho con mayor precisión: se trata del quebrantamiento del único rol común que existe, el rol de comportarse como una persona en Derecho, es decir, el de respetar los derechos de los demás como contrapartida al ejercicio de los derechos propios. Para delimitar esta clase de competencia frente a la competencia institucional existente en los delitos consistentes en la infracción de un deber, hablo de competencia por organización, lo que no quiere decir que esta competencia nada tenga que

ver con una institución; ciertamente, la juridicidad también es una institución, sólo que se trata de la institución más general posible en Derecho y, por ello, carece de una especificidad que merezca una mención especial en el marco de consideraciones intrajurídicas.

Este rol común tiene el contenido positivo de constituir a la persona en cuanto persona en Derecho; pero aquí interesa más el lado negativo, es decir, el deber de no lesionar a otros; este deber no está dirigido hacia la configuración de un mundo común —que trascienda el conformado por la juridicidad general—, sino que simplemente su finalidad es una separación de las distintas esferas: "No lesiones al otro, puesto que también es partícipe del ordenamiento jurídico, déjale en paz." Ciertamente, con ocasión del comportamiento propio sólo puede dejarse en paz a alguien cuya presencia se percibe cuando se puede producir una colisión con él. En esta medida, debe tenerse en cuenta que no se vive solo, sino junto al otro en un mismo mundo. Pero en este mundo, para el Derecho, basta con distanciarse de los demás; no es necesario llevar a cabo configuraciones comunes.

Por tanto, el quebrantamiento de un rol común implica la infracción de aquellas normas que imponen a todos respeto frente a sus congéneres: no mates, no lesiones, no robes, etc.; el "no" respectivo resalta el lado negativo del rol.

Este elemento negativo, la ausencia de un mundo común —más allá de la situación general de juridicidad— no significa que el rol común pueda ser infringido sólo por una acción y no a través de una omisión. El deber de evitar que otro resulte lesionado no sólo puede generarse como deber

institucional de crear un mundo común, sino también como deber de evitar las consecuencias lesivas de la organización propia. Quien frena su vehículo delante de un peatón, no genera un ámbito común especial, sino que se mantiene dentro del marco de la juridicidad general. Lo mismo sucede respecto de quien asegura las tejas en su tejado para que no caigan, o vuelve a recoger a un niño que previamente ha lanzado al aire jugando, o de quien conduce a lugar seguro a una persona achacosa a la que previamente ha obligado a salirse de la acera.

II. COMPORTAMIENTO DE ORGANIZACIÓN

1. Lo propio en el reparto de trabajo

El quebrantamiento del rol común tiene lugar, por consiguiente, por medio de organización, ya sea llevando a cabo una organización defectuosa por medio de una conducta actual, bien lo sea porque no se conjura el peligro que conlleva el ámbito de organización. Ahora bien, también existe la posibilidad —y con esto llego al campo de la participación— de organizar conjuntamente con otros, y no sólo de forma que dentro de un marco común cada uno lleve a cabo su propia obra, como sucede por ejemplo en un almuerzo común, sino también de manera que todos se unan en *una sola* obra: en el ámbito de las buenas obras podrían traerse a colación, por ejemplo, los logros de una empresa industrial o de una orquesta sinfónica; en el campo de las obras que se imputan de manera negativa, se trataría de todas las constelaciones posibles, desde la mera complicidad hasta la actividad de bandas en el crimen organizado. Si dejamos de lado los casos en los que participan personas que actúan inmersas en un error,

o que han sido coaccionadas, o que no son responsables por cualquier otro motivo, y nos mantenemos en el ámbito de los supuestos de participación en los que cabe imputar a todos los intervinientes, la participación consiste exactamente en aquello que en los demás casos suele denominarse reparto de trabajo: el trabajo para lograr *una obra única* se reparte entre varias personas cada una de las cuales aporta su parte.

Ahora bien, en el ámbito del Derecho penal, la obra cuya realización es objeto de reparto constituye un delito; así, por ejemplo, la muerte de una persona como asesinato o la fractura de una ventana ajena como delito de daños. Lo punible en este tipo de comportamientos es el comportamiento que tiene lugar a partir del comienzo de la tentativa; todo lo anterior es comportamiento previo al hecho, todo lo que acontece después, comportamiento posterior al hecho. De esto se deduce que quien no participa en la ejecución del hecho (que tiene su inicio en el comienzo de la tentativa) no comete de propia mano un delito, sino que al inducir, aportar medios para la realización del hecho, etc., lleva a cabo un comportamiento anterior a dicho hecho. Desde luego que tratándose de un único autor, a ningún penalista se le ocurriría considerar la ideación del plan, o la consecución de medios, como un comportamiento perteneciente al hecho delictivo; el hecho lo conforma la ejecución, y nada más. Pero si el partícipe que no realiza actos ejecutivos no comete de propia mano un delito, y si la afirmación de que todos responden de su propio injusto y no del injusto ajeno ha de mantener su vigencia, ¿cómo puede imputarse a quien no realiza el mismo todos los actos de ejecución?

La respuesta habitual a esta situación de apariencia un tanto confusa es la de afirmar que quien actúa sin realizar actos de ejecución participa en el hecho de quien lleva a cabo actos ejecutivos; en este sentido, se afirma que *eso* es lo que constituye su propio injusto. Formulado de otro modo: se dice que el injusto puede ser ampliado estableciendo la punibilidad de la participación, y se amplía precisamente por medio del comportamiento del partícipe. Sin embargo, esta solución conduciría a un resultado poco plausible. En los delitos a los que ahora nos referimos, el injusto esta conformado por la arrogación de una organización ajena; sin embargo, el partícipe que actúa antes del comienzo de ejecución, no se arroga nada. Además, ¿por qué razón habría de constituir injusto un comportamiento de participación llevado a cabo antes del comienzo de la ejecución si ese mismo comportamiento, en caso de ser realizado por quien posteriormente realiza actos ejecutivos, no constituye injusto?

Este dilema únicamente puede ser resuelto de una manera: ha de reconocerse que quien realiza actos ejecutivos no sólo ejecuta su propio hecho, sino el hecho de todos, en cuyo caso, la ejecución es al mismo tiempo su propio injusto y también el injusto de cada uno de los partícipes. Por tanto, no es necesario manipular la aportación del partícipe previa a la ejecución para convertirla en injusto, sino que esa aportación no es más que la razón por la cual también al partícipe en la fase previa se le imputa como injusto suyo la ejecución llevada a cabo por el otro. Desde luego, todos responden exclusivamente de su propio injusto, pero no es cierto que el injusto propio sólo pueda ser el injusto realizado de propia mano; tal afirmación llegaría a excluir completamente toda participación en la fase previa.

A efectos de clarificar lo dicho: puede ser objeto de controversia que el comportamiento previo no se defina aquí como injusto *per se*. En especial, se objetará que para quien realiza una aportación ha de existir un deber derivado de la ingerencia, deber de evitar que el autor lleve a cabo el hecho o de obstaculizar de algún otro modo la producción del resultado que del hecho derive. Sin embargo, una eventual responsabilidad por ingerencia ha de ser a su vez accesoria, como fácilmente puede colegirse, pues de lo contrario la tentativa de omisión debería ser punible antes de la realización del hecho principal, con lo que se destruirían las reglas de la accesoriedad cuantitativa. A modo de ejemplo: cuando quien ha entregado al ejecutor el arma deja transcurrir el instante en el que podría recuperarla, no responde, a pesar de ello, ya en este momento, sino sólo una vez que el autor ha dado comienzo a la tentativa. De ahí que tampoco el comportamiento omisivo puede constituir injusto *per se*, sino que sólo constituye la razón para imputar el comportamiento ejecutivo también como injusto propio.

De lo dicho deriva una nueva concepción de la accesoriedad: quien participa en la fase previa no responde jurídico-penalmente por coproducir el hecho de otro, sino porque el hecho resultante también es el suyo propio. Esta formulación, que puede parecer extraña a primera vista, pierde todo lo que de extraño presenta si se desvincula del ámbito jurídico-penal en el que está encallada y, por ejemplo, se traslada al campo civil: bien es cierto que el contrato de sociedad, por poner un ejemplo, en el caso de una compañía mercantil colectiva, es un puro negocio interno de los socios (fase previa) sin tener *per se* efectos *ad extra* (no hay por tanto injusto),

pero constituye la razón por la que los negocios *ad extra* realizados dentro del marco del contrato se imputan a todos los socios como negocios propios. Por consiguiente, puede decirse que algo es "propio", ya sea en un negocio jurídico, ya lo sea en la comisión de un injusto, no sólo cuando concurre una realización de propia mano —sostener esto sería incurrir en un error naturalista—, sino cuando exista una razón para imputar como propio lo sucedido.

De todos modos, la afirmación de que, al menos, el injusto realizado de propia mano es injusto propio, sigue conteniendo, en cierta medida, una capitulación frente a datos naturalistas. De ahí que, desvinculándonos del mito naturalista de la comisión de propia mano, haya que formular una pregunta radical: ¿cuáles son las condiciones que deben concurrir para que un injusto sea propio? A la hora de emprender la búsqueda para encontrar una respuesta, en primer lugar debe asumirse que el movimiento corporal que conduce a un resultado lesivo, —por ejemplo, el disparo del asesino sobre su víctima—, por sí mismo no es más que un dato naturalista. Sólo si se concibe como expresión de sentido de una persona competente, este dato adquiere significado social, pero, a su vez, dicha persona competente tampoco debe ser entendida como un ser humano de carne y hueso, es decir, de manera naturalista, sino como el destinatario de la imputación, y nada impide que ese destinatario también sea un colectivo, esto es la unión de varias personas. Sin embargo, ¿qué personas constituyen el colectivo? Todas aquellas que hayan organizado de modo tal, que lo organizado objetivamente tenga sentido como para alcanzar consecuencias delictivas; la expresión de sentido de quien realiza actos de eje-

cución ha de serle imputada a estos sujetos como el sentido que ellos mismos perseguían. De este círculo forma parte tanto el inductor como el cómplice; en el marco de esta imputación, el ejecutor sólo conforma un caso especialmente drástico: para quien quebranta el rol, el quebrantamiento del rol siempre tiene objetivamente sentido, pero no por ser él el último en realizar un movimiento corporal, sino porque al igual que lo hacen todos los intervinientes, configura su organización de tal manera que tiene sentido para alcanzar consecuencias objetivamente delictivas.

El hecho de que no sea la comisión de propia mano, sino el sentido delictivo del comportamiento lo que convierte el injusto en injusto propio, se manifiesta con claridad en los supuestos en los que el comportamiento comisivo de propia mano carece de sentido delictivo. Esto ocurre en todos los casos en los que el rol de quien produce de propia mano un resultado lesivo precisamente se caracteriza por que sólo se ha de administrar un ámbito restringido que no abarca el resultado; por ejemplo, cuando siguen las indicaciones de otra persona. Trasladando esto a un supuesto: el técnico que de acuerdo con las instrucciones recibidas abre una compuerta por la que pasan determinadas sustancias químicas para ser vertidas a un río, a pesar de su actuación no comete un delito de contaminación de aguas si no forma parte de su rol controlar los residuos; en un caso como éste, su comportamiento —con independencia de lo que sepa más allá de su cometido— solo tiene el significado de realizar una tarea limitada dentro de la empresa. Y es que si el técnico conforme a lo establecido en el plan de servicio, y sin actuar positivamente, permitiese que las sustancias químicas se vertieran al río, probable-

mente tampoco se le ocurriría a nadie convertir precisamente a dicho técnico encargado de las compuertas en el garante de la composición de los residuos. Por tanto, injusto propio es el injusto que es imputado; se le imputa a todo aquel que organiza un contexto con consecuencias objetivamente delictivas; y en este marco la comisión de propia mano frecuentemente fundamenta la imputación, pero no siempre.

2. **Accesoriedad cuantitativa**

Si examinamos brevemente la accesoriedad cuantitativa, queda claro que lo antes expuesto no es una concepción novedosa y revolucionaria, sino —eso sí— una nueva interpretación de una relación conocida desde hace mucho tiempo; una interpretación que intenta situar la cuestión dentro de un sistema. Al cómplice, al inductor, o también al coautor que no realizan actos ejecutivos, sólo se les castiga cuando, como suele formularse, el hecho principal entra en un estadio punible. Esta es la consecuencia de la tesis aquí desarrollada, según la cual la ejecución es algo propio de cada uno de los intervinientes. Por tanto, un hecho, con independencia de que sea preparado y efectuado por uno o por varios autores, sólo pasa una vez —y no por separado para cada uno de los intervinientes— del estadio de la preparación al estadio del comienzo de la tentativa, como también una sola vez lo hace al estadio de la tentativa acabada; y es que se trata de *un solo* injusto, aunque sea propio de varias personas.

3. **El sentido del comportamiento**

En este punto se plantea con insistencia la cuestión acerca de cuándo una organización se halla con-

figurada de tal modo que su configuración tenga sentido para alcanzar consecuencias delictivas. Por tanto, ¿cuándo se participa en las consecuencias delictivas de un contexto de acción? ¿No es este el caso siempre que una organización causa la ejecución de un delito o, al menos, la causa dolosa o imprudentemente? ¡De ningún modo! La concurrencia de un comportamiento evitable no basta para atribuirle a una organización un sentido delictivo, al igual que en el ámbito de la omisión la capacidad de evitación del resultado no es suficiente para definir como garante a quien tiene esa capacidad. Bien es cierto que la evitabilidad (o, en el caso de la omisión: la capacidad de evitar el resultado) es un elemento necesario; en un mundo en el que no se premia o se castiga el destino, sino las prestaciones, también los delitos deben poder concebirse como algo hecho, como algo que a su vez se habría podido evitar, pues de lo contrario, no podrían considerarse como prestaciones, sino sólo como obra del destino. No obstante, la evitabilidad, por sí sola, es puramente cognitiva, alguien puede evitar algo si así lo desea; la evitabilidad carece *per se* de sentido social: ¿pero, por qué habría que evitar? Tratándose de la colaboración causal de varias personas, la respuesta sólo puede ser ésta: existe la obligación de evitar cuando forma parte del rol de quien actúa en primer lugar velar por el comportamiento de quien actúa a continuación. A este respecto, cabe formar cuatro grupos de casos; dos grupos en los que queda excluida la responsabilidad, y dos en los que la responsabilidad concurre.

Primero: no hay nada en común; por el contrario, un autor anuda su actuar a cualquier comportamiento cotidiano de otra persona y desvía dicho

comportamiento hacia lo delictivo; es este caso, sólo él responde. Por ejemplo: un grupo terrorista toma como pretexto para asesinar al ministro de Justicia el proceso seguido contra un correligionario; el asesinato es asunto exclusivo de los terroristas, y no de los jueces que dirigen el proceso. O: una mujer amenaza a su amante con destruir una cosa ajena de gran valor si éste la abandona; si el amante rompe sus relaciones con ella, no responde de esa consecuencia. O: alguien cosecha en el jardín de su vecino determinadas plantas venenosas, habituales en la flora del lugar, y las utiliza para envenenar a una persona o a un animal. Esto en nada atañe al vecino, incluso si en el momento de disponer los cultivos en su jardín conociese los malignos planes del autor. Un comportamiento cotidiano e inocuo no adquiere significado delictivo cuando el autor lo incluye en sus planes. Puesto que se ha mantenido dentro del marco de su rol inocuo, el sujeto no tiene porqué consentir que se le imponga como definición de su comportamiento la que el autor del delito establece tomando dicho comportamiento como razón del hecho delictivo. La ejecución no le es propia.

Segundo: entre el autor y la otra persona existe algo en común, pero lo que hay de común se limita a una prestación que puede obtenerse en cualquier lado, y que no entraña riesgo especial alguno, no obstante lo cual el autor hace uso precisamente de esta prestación para cometer un delito. Bien es cierto que en tal caso la otra persona ya no puede alegar que simplemente nada tiene en común con el autor —pues dicha persona consintió en transferir la prestación al autor—, no obstante lo cual, lo que de común hay carece de todo significado delictivo; de ahí que el sujeto no haya quebrantado su rol inocuo.

Aquí se encuentra el ámbito principal de aplicación de la prohibición de regreso, esto es, de la prohibición de recurrir, en el marco de la imputación, a personas que si bien física y psíquicamente podrían haber evitado el curso lesivo —hubiese bastado tener la voluntad de hacerlo—, a pesar de la no-evitación no han quebrantado su rol de ciudadanos que se comportan legalmente. En una sociedad organizada en régimen de reparto de tareas, con un intercambio de información y de bienes extremadamente complejo, ha de diferenciarse de manera rigurosa lo que es el sentido objetivo de un contacto social y qué es lo que los intervinientes pretenden con ese contacto desde el punto de vista subjetivo. Con carácter general, únicamente se debe tener en cuenta el sentido objetivo; éste es el sentido socialmente válido del contacto. Al no objetivarse, al menos no en ese contexto, el sentido que subjetivamente se persigue en nada atañe a la otra persona.

En este grupo de casos se trata de los negocios usuales de la vida cotidiana, unilaterales o bilaterales, con independencia de que se transfieran prestaciones consistentes en la entrega de bienes, en la realización de servicios y, especialmente, de informaciones. Por tanto, el comerciante de alimentos que vende buen género, no responde como partícipe de un homicidio en caso de que sepa que el adquirente piensa manipular el género para cometer un asesinato por medio de veneno. El mecánico de automóviles no responde como partícipe de los delitos contra la seguridad del tráfico rodado que cometa el conductor del vehículo que él ha reparado. El taxista no responde del delito que cometa su cliente una vez llegado al punto de destino, aunque éste se lo haya anunciado durante el trayecto. Nadie respon-

de de las consecuencias que deriven del cumplimiento puntual de sus obligaciones contractuales. Lo mismo rige respecto de las informaciones. Una información veraz no da lugar a responsabilidad; por ejemplo, si el abogado responde a la pregunta acerca de si el país X extradita a delincuentes fiscales, o si alguien comunica a un socorrista la identidad de la víctima a salvar, a la vista de lo cual el socorrista desiste de su buena obra. Probablemente la entrega de alcohol a personas responsables conlleve consecuencias prácticas; con independencia de que se produzca como fruto de una actividad mercantil o de manera privada, la entrega de alcohol es un acto socialmente adecuado cuyo contenido no es que el receptor encuentre en la bebida valor para cometer un delito o que, debido a su embriaguez, el sujeto reaccione, de manera descuidada, etc.

En estos supuestos, lo común, que se objetiva de modo socialmente relevante, concluye con la transferencia que tiene lugar; esta transferencia incrementa el peligro de que se produzcan consecuencias delictivas no por su contenido —no se transfieren prestaciones peligrosas—, sino únicamente por la planificación delictiva que lleva a cabo el receptor. Sin embargo, esta planificación no tiene expresión alguna en lo que de común hay entre quien da y quien recibe. Por consiguiente, tampoco en este caso quien da puede encontrar algo propio en el delito realizado por el sujeto receptor.

En lo que concierne a los grupos primero y segundo, han quedado esbozados los dos grupos de casos en los que no hay responsabilidad. Formularé esto de un modo más preciso: en ambos grupos de casos no se alcanza una responsabilidad específica por razón del comportamiento al que el autor auna el

suyo y del que derivan consecuencias delictivas. Con independencia de lo dicho, es cierto que puede que concurra una razón por la que haya de generarse responsabilidad, y que dé lugar a responsabilidad en cualquier caso, aunque el comportamiento en cuestión no hubiese tenido lugar. Esa razón la conforma, especialmente, la preexistencia de una posición de garantía independiente de la conducta, posición de garantía que sirve precisamente para evitar daños que amenacen al bien en cuestión. A modo de ejemplo: puesto que se ha de proteger la vida de los hijos sometidos a su tutela, nadie debe hacer entrega a un sujeto decidido a asesinar a sus hijos de un objeto de por sí inocuo o una información de por sí inocua, cuando el sujeto en cuestión vaya a incorporar esa prestación en su planificación delictiva. Y es que el garante, para cumplir con su deber de protección, incluso estaría obligado a revocar, de poder hacerlo, una prestación similar llevada a cabo por terceras personas. O: quien ha debilitado las defensas de una persona, ha de ocuparse de que ésta no resulte dañada por el comportamiento de un tercero, comportamiento de por sí inocuo, pero que, a causa del debilitamiento sufrido, se convierte en peligroso. Las posiciones de garantía que existen de forma independiente al comportamiento actual no anulan la prohibición de regreso, pero constituyen, *a su vez*, una de las razones que fundamentan la responsabilidad; dicho de otro modo, el hecho de que por medio de su comportamiento actual alguien no quebrante su rol general de ciudadano, no significa que no pueda quebrantar ese rol por medio de *otro comportamiento*, o que no pueda quebrantar *otro rol*, quedando *por esta razón* vinculado de tal modo con el comportamiento ejecutivo que éste también

se convierta en algo suyo. Dicho sea de paso: también la autoría mediata, es decir, aprovechar la superioridad sobre un instrumento, puede constituir este tipo de quebrantamiento de un rol.

Además, en la medida en que por debajo de los delitos comisivos como de los delitos de comisión por omisión haya una norma que impone no denegar la ayuda necesaria en casos de extrema necesidad, esta norma obliga a quien realiza la prestación a omitir dicha prestación cuando de ser realizada —y a causa de la planificación delictiva del receptor— se generaría una situación de necesidad extrema para la víctima. De nuevo, a modo de ejemplo: quien habiendo recibido en préstamo una pistola la devuelve justo en el momento en el que quien se la prestó va a usarla para cometer un asesinato, siendo este hecho conocido, responde por un delito de omisión de socorro si el asesinato finalmente se comete. Por tanto, los deberes que incumben a todos existen y subsisten con independencia del comportamiento actual. Dicho de otro modo, cuando el rol de ciudadano impone de manera excepcional deberes de auxilio, éstos mantienen su plena vigencia aunque de por sí concurriese la prohibición de regreso.

Resumiendo: la prohibición de regreso no anula deberes *existentes*, sino que sólo establece que el comportamiento actual es insuficiente *per se* para generar responsabilidad.

Tercero: a continuación se formulan las consideraciones relativas a los dos grupos de casos en los que existe responsabilidad, ya que quien interviene en la fase previa participa en el comportamiento delictivo del sujeto que lleva a cabo la ejecución. En el primero de estos grupos (por tanto, en el *tercero* en la numeración general) se trata de que lo común vie-

ne determinado por la configuración de la prestación, peligrosa *per se*: a tales prestaciones es inherente un uso ulterior —que, al menos, también, puede ser— delictivo, y de ahí que den lugar a una comunidad con quien realiza los actos ejecutivos; por regla general, este tipo de prestaciones también suelen estar prohibidas en cuanto constituyen puestas en peligro abstractas. Por tanto, quien las realiza no puede verse distanciado de las consecuencias delictivas; por el contrario, las consecuencias que se producen también le son propias. En estos casos, la comunidad se genera de manera normativa: con independencia de lo perseguido por quien realiza la prestación, quien lleva a cabo este tipo de prestaciones se pone en un nivel común con quien complementa la prestación recibida hasta dar lugar a un comportamiento delictivo. Cabe encontrar multitud de ejemplos: quien entrega armas que requieren licencia, materiales radioactivos a receptores no autorizados, quien suministra explosivos o estupefacientes cuya circulación se halla restringida, quien presta un vehículo de motor que no está en condiciones de circular, etc., ha organizado la situación de tal modo que las consecuencias delictivas forman parte del sentido de su organización. Más aún, ni siquiera es necesario que se dé una prestación; el hecho de custodiar ese tipo de materiales de manera descuidada, de modo que otro pueda tener acceso a ellos, ya vincula al sujeto con las consecuencias delictivas. Dicho de otro modo, quien es garante de la no-disponibilidad de determinados materiales responde de las consecuencias delictivas si infringe su deber.

Se impone la conclusión de que la razón expuesta para afirmar la participación no está vinculada a la comisión dolosa; al igual que los grupos de casos

de la prohibición de regreso antes construidos tampoco están vinculados a la ausencia de dolo. Y es que la imputación objetiva no depende de las circunstancias psíquicas de los intervinientes, sino del sentido social del comportamiento; sobre esto volveré más adelante.

Cuarto: el cuarto y último grupo de casos, el segundo en el que hay responsabilidad, se refiere a los supuestos habituales de inducción y complicidad: el partícipe no se aviene a realizar una prestación con carácter neutral, sino que específicamente configura su prestación de tal modo que encaje dentro de un contexto delictivo de comportamiento. Por regla general, esto es palmario cuando se interviene en el estadio ejecutivo. Pero piénsese también en los supuestos principales de inducción, esto es, de determinación final a la comisión del hecho, de complicidad psíquica, es decir, de asesoría en empresas delictivas, y de complicidad física, esto es, la prestación de cosas o servicios específicamente diseñados para tener encaje en la empresa delictiva, supuestos que no están socialmente estereotipados como adecuados. Y es que no es lo mismo que alguien pida a otro que cometa un delito o que se limite a constatar que una casa carece de vigilancia; que alguien explique cómo puede neutralizarse a los vigilantes de un banco o que sólo explique el funcionamiento de una cerradura normal; que alguien organice la ruta de huida o que sólo aporte un plano de la ciudad; que alguien venda un juego de llaves de reserva o tan sólo un destornillador; que alguien recorte, tal como se le indicó, el cañón de una escopeta o que sierre una vulgar barra de hierro; que alguien espere delante del lugar del delito con el motor en marcha o que simplemente lleve a cabo un servicio de

taxi, etc. Puede que todos estos comportamientos tengan el efecto de favorecer el delito, pero sólo en los supuestos enunciados respectivamente en primer término, el sentido del comportamiento —incluso con independencia del sentido perseguido subjetivamente— es el de favorecer un delito que de este modo también se convierte en propio delito del interviniente; los supuestos enunciados en segundo término agotan su sentido en lo socialmente adecuado.

Las intenciones y los conocimientos de quien realiza la aportación son a estos efectos irrelevantes, del mismo modo que la omisión de un no garante no se convierte en comisión por omisión por el hecho de conocer una posibilidad segura de salvamento o por tener malas intenciones. Quien realiza algo estereotipado socialmente como adecuado no responde, y ello con independencia de lo que piense y conozca, mientras que quien se adecua a un plan delictivo está ofreciendo una razón para que el acto ejecutivo le sea imputable; en todo caso, puede que en estos supuestos falte la imputación subjetiva, por ejemplo, cuando el sujeto no haya percibido por falta de previsión el comportamiento delictivo subsiguiente —quedando entonces excluida la participación dolosa— o cuando ni siquiera podía preverlo, en cuyo caso, no cabe participación imprudente (que en Alemania se trata como autoría imprudente; a este respecto, *vid. infra*). Un ejemplo al respecto: quien de manera irónica, pero sin evidenciar su ironía, ofrece una elevada suma de dinero para que se cometa un delito, ha inducido al hecho si éste se lleva a cabo como consecuencia de lo manifestado por el sujeto; en un caso así ya no se discute la imputación objetiva del proceso ejecutivo, sino tan solo

la relación subjetiva para con la ejecución: el dolo, la imprudencia o la inevitabilidad.

En lo que se refiere al sentido objetivo del comportamiento, desde luego que en cada caso concreto aparecen considerables dificultades de delimitación, lo que necesariamente ha de ser así; esto es debido a que la vida social siempre ofrece entre los extremos numerosos estadios intermedios. Partiendo de esta situación, las soluciones matemáticamente exactas sólo pueden estar basadas en premisas erróneas. Quien no tolere esto, que se circunscriba al Derecho de la circulación, donde probablemente también fracasará. Lo que determina el sentido de un comportamiento no sólo depende de la configuración del comportamiento, sino también del contexto en el que éste se enmarca. De manera especial, puede que un contexto marcadamente delictivo repercuta en un comportamiento que de por sí está estereotipado como adecuado en la sociedad.

A modo de ejemplo: cierto es que la venta de una pala en una tienda de artículos de jardinería es algo inocuo; pero si delante de la tienda se está desarrollando una violenta pelea, y en la tienda irrumpen personas heridas que participan en la pelea, requiriendo que se les haga entrega inmediata de una pala, puede que las cosas sean distintas. Este tipo de dificultades no son razón para retornar a un punto de partida naturalista —causalidad, conocimientos—; es más, se trata de dificultades inevitables cuando se utiliza un punto de partida adecuado a la materia.

4. **En especial: la accesoriedad en caso de ausencia de dolo**

Si recordamos la conclusión alcanzada en lo referente al comportamiento en la fase previa (dejando

aquí al margen la causación de propia mano del resultado con ausencia de sentido delictivo, vid. *supra* II A, en el presente capítulo, último párrafo) —conclusión de que los comportamientos que carecen del sentido de una continuidad delictiva no dan lugar a responsabilidad; los que sí tienen ese sentido constituyen participación delictiva—, se plantea la cuestión acerca de qué es lo que ha sucedido con la accesoriedad. La respuesta es la siguiente: se revela como parte de la imputación objetiva. *Un comportamiento es accesorio cuando constituye una razón para imputar el acto de ejecución que otro ha realizado; lo contrario de la imputación por accesoriedad es la prohibición de regreso.*

Por consiguiente, la accesoriedad nada tiene que ver con una colaboración conocida y deseada, con el favorecimiento doloso de hechos dolosos o con otro tipo de factores internos. No es necesario que los intervinientes antes de actuar se conviertan en uña y carne, sino sólo que se repartan el trabajo a realizar. No obstante, incluso esta formulación aún resulta demasiado amplia, pues el impulso finalmente dirigido a la realización de un tipo que suele ir asociado al concepto del reparto de trabajo puede faltar en el ámbito jurídico-penal, ya que aquí se responde de realizaciones típicas no perseguidas subjetivamente. De ahí que, por expresarlo con un ejemplo, cuando al poner orden en una habitación uno de los participantes abre la ventana para que otro pueda lanzar fuera una tabla, alcanzando ésta de modo imprevisto a un peatón, ambos intervinientes han organizado la lesión imprudente del peatón en régimen de reparto de trabajo, porque al lanzar fuera la tabla de modo descuidado han llevado a cabo a través de una organización común, un comporta-

miento que constituye un riesgo no permitido. En consecuencia, en Derecho penal el reparto de trabajo no presupone la concurrencia de dolo, sino el mero reparto del trabajo que es necesario llevar a cabo para alcanzar la realización del tipo. Bien es cierto que el Derecho penal alemán únicamente delimita las formas de participación cuando todos actúan dolosamente, pero esto constituye un error de carácter psicologizante: no es el dolo de los intervinientes lo que fundamenta que se trate de algo en común, sino el ser competente por lo que acontezca, competencia que también puede concurrir faltando el dolo.

Llevaré esta idea hasta sus últimas consecuencias: en el ejemplo acabado de citar en el que se producen unas lesiones por lanzar por la ventana una tabla, claramente los intervinientes no pensaron en un eventual resultado de lesiones, aunque sí había acuerdo sobre la necesidad de lanzar un objeto por una ventana que previamente había que abrir. Incluso puede faltar la coordinación consciente respecto de estos comportamientos (privados de su conexión con el resultado); concretamente, cuando varias personas contribuyan a realizar *una* obra que comporta un riesgo no permitido sin ser en modo alguno conscientes de estar haciendo algo en común. Un ejemplo al respecto: un cazador cuelga su escopeta cargada en el perchero de un mesón sin preocuparse de nada más; otro cliente se percata del hecho y aprovecha la oportunidad para probar el arma; pero en el momento de hacerse con ella, asiéndola torpemente, se produce un disparo que lesiona a alguien. Si el suceso en su totalidad hubiese sido previsto y acordado por ambos sujetos, probablemente nadie dudaría de que se trata de una

lesión producida en común; sin embargo, el porqué de la responsabilidad no estriba en los acuerdos tomados, sino en la común competencia por una configuración del mundo que genera un riesgo no permitido. Los intervinientes responden por ser competentes por el resultado lesivo, sea porque han llevado a cabo el comportamiento que entraña un riesgo no permitido, sea porque concurre un comportamiento en la fase de preparación que constituye la razón para imputarles el comportamiento ejecutivo. Que hubiesen adoptado un acuerdo o que falte todo tipo de acuerdo afecta a lo que de común hay desde el punto de vista psíquico, pero esto no interesa desde el punto de vista jurídico. Lo que de común hay desde el punto de vista jurídico deriva de la competencia que objetivamente hay en común respecto de las condiciones del resultado lesivo y, por tanto, también respecto del propio resultado. Esta competencia objetiva también convierte el comportamiento ejecutivo en comportamiento propio de quien interviene en la fase previa.

La habitual confusión de accesoriedad y acuerdo, esto es, el hecho de psicologizar una situación que ha de ser aprehendida normativamente, tiene desde luego un motivo comprensible: quien no ejecuta la realización del tipo, es decir, quien sólo establece la ocasión para que se produzca, por lo general sólo estará generando un motivo para convertirse en competente por la ejecución cuando se adapte al estado de los planes de quien lleva a cabo dicha ejecución; de lo contrario, su comportamiento presentará un sentido socialmente adecuado. En el caso puesto como ejemplo, es necesario que se trate de un arma peligrosa de cuyo aseguramiento sea garante el titular, si es que ha de resultar factible —como he descrito en el tercer grupo de casos— imputar a éste la ejecución como propia. Si en el caso

en cuestión el sujeto procediese del mismo modo, pero con un simple bastón, y posteriormente alguien lo utiliza para golpear a su enemigo, esto daría lugar a una prohibición de regreso, incluso de concurrir previsión o previsibilidad.

Al formularse frecuentemente que en el ámbito de la imprudencia el Derecho penal alemán sólo conoce un autor unitario, ello no es cierto en el sentido de que todo aquel que causa de manera evitable responde; para que exista responsabilidad, quien no realiza actos ejecutivos debe haberse comportado de tal modo que la ejecución de otro le pueda ser imputada como ejecución propia. Si este no es el caso, existe una prohibición de regreso también en el ámbito de la imprudencia. Un ejemplo al respecto: quien vende alcohol a una persona responsable no responde de la conducción bajo los efectos del alcohol que tenga lugar con posterioridad a la ingestión, y esto con independencia de que previese lo que iba a suceder o que pudiese preverlo (o que, por el contrario, no pudiera sospecharlo): en todo caso, su comportamiento está socialmente estereotipado como adecuado. En el campo de la imprudencia existe un autor unitario sólo de forma atenuada, en el sentido de que, expresamente, no se diferencian las formas de participación de las personas sujetas a responsabilidad; sin embargo, las diferencias en el ámbito de la participación si habrán de ser tenidas en cuenta en el marco de medición de la pena.

Conforme a estas reglas, también existe participación imprudente en un hecho doloso, que, como acabo de exponer, siempre se denomina autoría imprudente. Por ejemplo, si el poseedor de un arma de fuego la guarda de manera descuidada y otro la usa para cometer un delito, responde por comisión imprudente del delito, tratándose desde el punto de vista material de una participación imprudente en el delito doloso. Por tanto, no es correcta la antigua

afirmación de que quien de modo previo a un autor doloso actúa imprudentemente siempre se ve exonerado de responsabilidad en virtud de una prohibición de regreso.

La situación inversa, es decir, la participación dolosa en una ejecución imprudente, siempre es tratada por el Derecho penal alemán como autoría mediata del hombre de atrás que actúa dolosamente. Esta solución es acertada mientras el hombre de atrás sea competente por la carencia de conocimientos de quien ejecuta. De no ser así, especialmente tratándose de una falta de conocimientos por parte de quien lleva a cabo la ejecución basada en desinterés, sería preferible la solución a través de la participación.

Por consiguiente, se llega a la conclusión de que la accesoriedad es independiente del lado subjetivo del hecho. Los comportamientos desarrollados en la fase previa, tanto los dolosos como los imprudentes, dan lugar a responsabilidad si conllevan el sentido de una continuación delictiva; de no concurrir este sentido, la responsabilidad queda excluida.

III. CONCLUSIONES

1) Si las prestaciones necesarias para cometer un delito son aportadas de forma sucesiva por varias personas, sólo responden —y en tal caso, siempre— aquellos sujetos cuyo comportamiento tenga el sentido de salirse del rol del ciudadano respetuoso con los demás. Respecto de estos intervinientes, la ejecución constituirá injusto propio.

2 a) No hay quebrantamiento del rol cuando el autor anuda su actuación de modo arbitrario a la de otro o cuando la comunidad existente entre el autor y el otro sólo abarca una transferencia de prestaciones socialmente

estereotipada como adecuada. Desde luego, puede que por otras razones distintas la responsabilidad se fundamente de manera independiente a ese comportamiento.

b) Quebranta su rol quien no mantiene bajo control objetos peligrosos, especialmente, cuando hace entrega de ellos, o quien adapta su comportamiento a la planificación delictiva de otra persona.

3) A este respecto, el lado subjetivo del hecho carece de relevancia.

4) Ha de llegarse a la conclusión de que un comportamiento es accesorio cuando constituye un motivo para imputar el acto ejecutivo realizado por el autor. En lo demás, rige una prohibición de regreso.

IV. OBSERVACIONES ACERCA DE LA BIBLIOGRAFÍA

El grupo de delitos mencionado al principio a efectos de delimitación, los delitos consistentes en la infracción de un deber, fue desarrollado por ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 1ª ed., 1963, pp. 352 y ss., 459 y ss.; 5ª ed., 1990, pp. 651 y ss. con una detallada exposición del estado de la cuestión; cfr. además HERZBERG, *Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip*, 1972, pp. 49 y ss.; CRAMER, en: ARTHUR KAUFMANN y otros. (ed. a cargo de), *Festschrift für Bockelmann*, 1979, pp.389 y ss., 395 y s., 399; BLOY, *Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht*, 1985, pp. 229 y ss.; LESCH, *Das Problem der sukzessiven Beihilfe*, 1992, pp. 268 y s., 298 y ss.; adopta una posición especialmente crítica STEIN, *Die strafrechtliche Beteligungsformenlehre*, 1988, pp. 209 y ss., con referencias bibliográficas.

Respecto de los delitos por competencia de organización sucede lo siguiente: habitualmente, la im-

putación al interviniente suele ir referida a que haya algo en común de carácter psíquico ("decisión común de realizar el hecho" en la coautoría; en contra de esto —aunque no de modo suficientemente radical—, ya JAKOBS, *Strafrecht AT*, 2ª ed., 1991, 21/40 y ss.) o a que, al menos, haya una actualización psíquica de una dirección común (producción dolosa de un hecho principal doloso). Aun así, existen algunos primeros intentos convincentes de vincular la teoría de la imputación objetiva con la teoría de la participación, cfr. LESCH, op.cit., pp. 278 y ss.; idem, ZStW 105, pp. 271 y ss. (en contra, KÜPPER, ZStW 105, pp.295 y ss.); DERKSEN, GA, 1993, pp.163 y ss. Por tanto, lo aquí expuesto va en contra de la opinión dominante. Especialmente, la mayoría de los autores rechaza que en caso de ausencia de dolo siquiera sea posible diferenciar formas de participación, opinión que en el ámbito de las doctrinas objetivas de la autoría está relacionada con una mistificación de la institución del dominio del hecho; con gran aceptación, GALLAS, en: *Materialien zur Strafrechtsreform*, t. I, 1954, pp. 121 y ss., 128 y s.; ulteriores referencias en JAKOBS, op. cit., 21/nota 205. BLOY lleva a cabo una exposición exhaustiva de todas las opiniones sostenidas respecto de la accesoriedad, op. cit., pp. 96 y ss.

Sin embargo, la accesoriedad cuantitativa no es, en gran medida, objeto de discusión; exhaustivamente KÜPER, *Versuchsbeginn und Mittäterschaft*, 1978, pp.11 y ss., 69 y ss.; en la jurisprudencia, últimamente BGH, Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1993, p.2251.

En lo concerniente a la prohibición de regreso, la discusión es menor en lo que se refiere a su existencia material que lo que respecta a sus límites y —aunque ello nada aporta— a su denominación; cfr. una fundamentación minuciosa (pero que en parte

es aún demasiado subjetivista y no atribuye el suficiente peso a los límites de los roles) en JAKOBS, ZStW 89, pp.1 y ss.; cfr. además idem, *Strafrecht AT*, 24/13 y ss.; FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, 1988, pp.230 y ss.; SCHUMANN, *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen*, 1986, pp.59 y ss., 69 y ss.; BLOY, op.cit., pp.126 y ss. Las diferencias de las doctrinas aquí expuestas respecto de otras teorías de la imputación objetiva que no conocen una prohibición de regreso pasan a ser secundarias si esas teorías reconocen, al menos, que también la participación ha de tener un significado específicamente delictivo; ROXIN, en: JESCHECK y otros. (comp.), Festschrift für Tröndle, 1989, pp.177 y ss.; idem, en: B.JÄHNKE y otros. (comp.), *StGB Leipziger Kommentar*, 11ª ed., 8ª entrega, 1993, § 27 n.m. 16 y ss.; idem, *Strafrecht AT*, 1992, 24/26 y ss.; sin embargo, dicha doctrina mezcla innecesariamente los comportamientos que se desarrollan en la fase previa y los comportamientos que se externalizan arrogándose una organización ajena. La jurisprudencia ha reconocido materialmente en varias ocasiones la existencia de la prohibición de regreso, no su denominación; BGHSt 3, pp. 203 y ss., 205; 7, pp. 268 y ss.; 19, pp. 152 y ss.; ulteriores referencias en MEYER-ARNDT, wistra, 1989, pp.281 y ss.; sin embargo, también hay resoluciones incompatibles con la teoría de la prohibición de regreso; BGHSt 4, pp.107 y ss.; GA, 1981, pp.133 y s.; de modo radical, RGSt (Reichsgericht; Tribunal Supremo del Reich) 56, pp.169 y ss., 170 y s.

Respecto de la antigua (y ya superada) teoría de la prohibición de regreso como teoría de la interrupción del nexo causal, cfr. FRANK, *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, 18ª ed. 1931, § 1 III 2 a.

Capítulo IV

Realización del riesgo en caso de concurrencia de riesgos

SUMARIO: *I. La relación entre concurrencia de riesgos e imputación objetiva. II. La explicación a través de tipos de riesgo. III. La explicación como orientación social.* 1. Causalidad. 2. Planificabilidad. 3. Arrogación de organización *versus* riesgo vital. 4. Irrelevancia del comportamiento alternativo conforme a Derecho. 5. Conclusiones. *IV. Cuestiones particulares.* 1. Daños derivados (daños secundarios). 2. Comportamientos sin procedimientos de seguridad. *V. ¿El incremento del riesgo como causa de responsabilidad?* 1. El problema. 2. *In dubio pro reo. VI. Resumen. VII. Observaciones acerca de la bibliografía.*

I. LA RELACIÓN ENTRE CONCURRENCIA DE RIESGOS E IMPUTACIÓN OBJETIVA

En el tratamiento de la imputación objetiva se genera habitualmente una separación en dos ámbitos de problemas. En el primero se trata de separar el comportamiento no permitido, es decir, el quebrantamiento del rol de un ciudadano fiel al Derecho, del comportamiento permitido, esto es, aquel comportamiento que es acorde al rol de ciudadano. En este ámbito han de tratarse el riesgo permitido y el principio de confianza, además las acciones a propio riesgo de la víctima, las reglas aplicables en caso de participación, es decir, la prohibición de regreso, y en general todas las determinaciones de los ámbitos de responsabilidad, incluyendo las posiciones de garantía.

En la presente exposición no me ocuparé del ámbito que acabo de esbozar. Por el contrario, el conocimiento de aquellas configuraciones del comportamiento que no están permitidas (o que infringen un deber de autoprotección) se da por presupuesto. Sin embargo, y con esto paso al segundo ámbito, el establecimiento de la configuración no permitida (o que infringe deberes de autoprotección) no prejuzga que el resultado delictivo (especialmente la lesión de un bien), producido en relación con un comportamiento no permitido, se fundamente en ese comportamiento o que sólo tenga lugar con ocasión del mismo, siendo, por lo demás, fortuito.

Dicho de otro modo: en el primer ámbito se trata de determinar el comportamiento socialmente perturbador, y, por tanto, al menos hay una tentativa de delito. En el segundo ámbito se analiza si un resultado constituye la continuación de esa tentativa hacia la consumación. Sólo este segundo aspecto es lo que ha de discutirse aquí.

II. LA EXPLICACIÓN A TRAVÉS DE TIPOS DE RIESGO

Cuando se produce la lesión de un bien, resulta necesario explicar el suceso para poder volver a hallar acomodo en un mundo perturbado por el curso lesivo. Por un lado, las explicaciones pueden ser de índole cognitiva: se ha calculado mal y en el futuro deberá calcularse mejor, es decir, o se aseguran mejor los bienes o deberá contarse con que se producirá cierta merma. Por otro lado, la explicación puede tener lugar a través de la imputación, esto es, de modo normativo: alguien ha cometido un error y su comportamiento inadecuado constituye la razón del daño; por ejemplo, alguien con su comportamiento ha creado un riesgo no permitido, o incluso puede que lo haya creado el propio sujeto lesionado que ha incumplido sus deberes de autoprotección.

Dependiendo del interés que rija el análisis cabe dar distintas respuestas a la pregunta acerca de cómo ha de explicarse un daño. En este sentido, un viajero que en la sala de embarque del aeropuerto de Frankfurt haya descuidado durante cinco minutos la vigilancia de su cámara fotográfica, explicará su desaparición de manera normativa a través del comportamiento inadecuado de un ladrón; su compañía de seguros también optará por ofrecer una expli-

cación normativa, que encontrará en la propia negligencia del viajero; un sociólogo-criminólogo puede que apunte como explicación cognitiva el progresivo grado de anonimidad de la sociedad, y un psicólogo que haga un informe del ladrón, una vez detenido éste, quizás explique el suceso también de modo cognitivo a través de determinadas experiencias del ladrón en su niñez. Evidentemente, continuar con esta enumeración resultaría fácil.

El proceso de explicación —a pesar de las diversas conclusiones—, es, desde el punto de vista formal, siempre el mismo: entre el arsenal de los factores que cabe entender como condiciones de la producción del daño, se resalta un sector que se define como complejo parcial decisivo; en lo sucesivo, denominaré a esos complejos parciales "riesgo". Las distintas perspectivas que en cada caso conducen a la selección de un determinado complejo parcial pueden compatibilizarse unas con otras. En este sentido, por ejemplo, determinadas experiencias en la infancia de una persona no excluyen que se pueda hablar de un comportamiento defectuoso por parte de dicha persona, y esto a su vez no excluye el que también pueda afirmarse que la víctima ha infringido sus deberes de autoprotección. Desde luego que aquí rige el principio de contradicción (*principium contradictionis*): así visto, por ejemplo, la explicación a través de la intervención milagrosa de un santo sería incompatible con las explicaciones cognitivas habituales, y la explicación por medio de un comportamiento inadecuado que da lugar a responsabilidad excluiría la reconducción de lo sucedido a una perturbación mental de la que no se es responsable.

Desde la perspectiva jurídico-penal, sólo la lesión típica de condiciones de interacción aparece di-

rectamente como un complejo relevante de condiciones, esto es, como riesgo. De aquí en adelante, denominaré ese riesgo "comportamiento no permitido". Ahora bien, a la hora de determinar si concurre un comportamiento permitido, esto sólo puede tener lugar por medio de una delimitación respecto de otras modalidades de riesgo que, por tanto, han de ser consideradas de manera indirecta; dado que la concurrencia de un comportamiento no permitido ha de excluirse, es necesario encontrar alguna otra explicación. En este ámbito, desde la perspectiva del Derecho penal es suficiente delimitar el comportamiento no permitido del siguiente modo: *en primer lugar*, si un determinado comportamiento no permitido se excluye, puede que otro comportamiento no permitido constituya la explicación; *en segundo lugar*,puede que la explicación venga dada por un comportamiento de la propia víctima que infringe sus deberes de autoprotección; finalmente, *en tercer lugar*, puede que no haya comportamiento defectuoso alguno, en cuyo caso se trata del infortunio de la víctima: *casum sentit dominus*.

Un ejemplo al respecto: un peatón es atropellado por un automóvil. Puede que el suceso se explique por un fallo del conductor o, como primera alternativa, por el comportamiento defectuoso de una tercera persona que, por ejemplo, ha empujado al peatón sobre la calzada; como segunda alternativa puede que el propio peatón, infringiendo sus deberes de autoprotección, se haya expuesto al riesgo de ser arrollado y, como tercera alternativa, puede que todos los intervinientes se hayan comportado de modo correcto, en cuyo caso la explicación de lo que ha ocurrido la ofrece una situación desafortunada, como por ejemplo, que la calzada estuviese resbala-

diza no siendo esto previsible, o también la desgraciada constitución de la víctima, como sería, por ejemplo, un desvanecimiento repentino.

Los riesgos enunciados no necesariamente han de atribuirse siempre a una única persona, sino que puede darse el caso de que su administración incumba a varios sujetos. En este sentido, puede resultar bastante claro que un riesgo competa conjuntamente a dos autores diferentes; por ejemplo, si el propietario de un vehículo lo carga en demasía y el conductor lo conduce percibiendo que el vehículo no está en condiciones de circular, ambos responden conjuntamente del riesgo que entraña el trayecto. También puede ocurrir que autor y víctima sean competentes en común. Esto sucede, por ejemplo, cuando un ciclista va en su bicicleta de modo descuidado, haciendo ligeras eses, y al mismo tiempo un automovilista lo adelanta no respetando completamente la distancia de seguridad necesaria: el ciclista ha de incorporar a sus cálculos que el automovilista cometa ligeros errores, y viceversa; también en este caso han de responder ambos del riesgo. De una manera un tanto inexacta puede decirse que también concurre culpa de la víctima, más exactamente, que hay una infracción de los deberes de autoprotección de la víctima. Incluso puede suceder que hayan de considerarse conjuntamente el infortunio de la víctima y el comportamiento defectuoso de un autor: por ejemplo, cuando el peatón que pretende esquivar un vehículo que se aproxima a demasiada velocidad resbala sobre una mancha de aceite y se rompe una pierna. De lo que se trata siempre es de identificar un riesgo como explicación, aunque el riesgo competa a varias personas.

III. LA EXPLICACIÓN COMO ORIENTACIÓN SOCIAL

1. Causalidad

La conexión entre riesgo y resultado no ofrece especiales dificultades en la medida en que de los distintos riesgos sólo uno esté representado en el curso causal como condición: éste es el que sirve como explicación. Así sucede, por ejemplo, cuando una persona completamente sana es asesinada —nadie habla aquí de una desgracia— o cuando una persona que está perfectamente atendida fallece por la debilidad fruto de su avanzada edad —entonces, se trata de su propio destino—. Sin embargo, la decisión puede resultar difícil cuando a la hora de conformar la explicación quepa identificar de manera acumulativa varios riesgos, todos ellos susceptibles de ofrecer la explicación y en este sentido concurrentes; esto sucede, por tanto, —en el caso más extremo— cuando fueron varias las personas que se comportaron de modo no permitido, la víctima con su proceder también infringió sus deberes de autoprotección y, además, la situación fáctica mostraba una constelación infausta.

Podría pensarse que con semejante configuración del caso bastaría, de nuevo, con examinar cuál de los riesgos aparece en el curso causal y cuál no. De hecho, este examen ofrece una solución en los casos en los que uno de los riesgos sí concurre, pero no fue ese comportamiento arriesgado o esa constelación generadora de riesgo lo que condiciona el resultado; evidentemente, este riesgo queda excluido como explicación. Si, por ejemplo, una persona es extremadamente propensa a sufrir infecciones —infortunio suyo— y, sin que sus peculiares caracte-

rísticas hayan influido en su modo de vida, otro sujeto la mata —comportamiento no permitido—, la desafortunada constitución de la víctima, al carecer de efectos causales respecto de la muerte, no es susceptible de explicar la lesión, mientras que la explicación a través del comportamiento del otro, que constituye un riesgo no permitido, es palmaria.

Lo que no condiciona el resultado tampoco lo explica; esta regla negativa es correcta, pero no puede ser reconvertida, sin más, en positiva: la proposición "lo que condiciona el resultado también lo explica", es incorrecta, como fácilmente muestra el ejemplo antes enunciado; si a causa del riesgo de ser propenso a sufrir infecciones el sujeto se encuentra en un hospital donde un paciente enloquecido le causa la muerte, el riesgo de infección es condición de la estancia en el hospital, y ésta a su vez condición del comportamiento no permitido que allí se produce, pero a pesar de todo —y prescindiendo de posibles configuraciones exóticas del caso— nadie aceptará como explicación de la muerte que ésta se basó en la propensión a sufrir infecciones. Y es que al hablarse de la explicación de un curso lesivo se está haciendo referencia a algo más que al mero enunciar el contexto de condiciones concurrentes; por el contrario, lo que se pretende es una asignación del daño de modo tal que nuevamente sea posible orientarse sin verse perturbado, y la relación entre la propensión a sufrir infecciones y el que a uno le maten no aporta orientación alguna, pues se fundamenta en la decisión arbitraria a través de la cual el homicida ha elegido a su víctima.

2. **Planificabilidad**

Por tanto, sólo cabe determinar la conexión entre un comportamiento no permitido y un resultado si

previamente se ha averiguado cómo puede producirse la orientación en una sociedad. Por ejemplo, si el mundo se entiende como un orden, como un cosmos, forma parte de la orientación el que al producirse una perturbación de ese cosmos se deba contar con que prácticamente pueda producirse cualquier consecuencia, del mismo modo que es posible que sobrevenga una consecuencia cuando se modifica la situación en un organismo complejo. Si, por ejemplo, el autor lesiona a la víctima y ésta ha de ser trasladada al hospital donde perece al ser alcanzada por un rayo, quien se represente el mundo como un cosmos puede que incluso impute la muerte al autor: él ha desviado a la víctima de su camino y debe responder de todo lo que acaezca. Una perspectiva similar es la que ofrece la doctrina del *versari in re illicita*, y todavía en un prestigioso manual de reciente aparición se dice que a través del hecho recaen "las consecuencias sobre el autor" (Roxin, *AT*, 11/73). O puede que el valor de un hecho sólo quede demostrado por medio de sus consecuencias si, como sucedía en la concepción del mundo en la Antigüedad (en la "autoconciencia heroica", Hegel, Filosofía del Derecho, § 118, anotación), el hecho se concibe como lo impuesto por el destino y de lo que el autor no puede distanciarse, sino que debe aceptar. Edipo, quien, sin que nadie lo pudiese saber, —hablando en términos modernos, sin haber creado con su comportamiento un riesgo desaprobado— mató a su padre y se casó con su madre, no intentó exculparse, sino que se orientó con base en que el destino le había vinculado a esas terribles consecuencias de su comportamiento.

Sin embargo, la "perturbación de un cosmos" o el "destino", actualmente ya no son modalidades de

explicación válidas: por el contrario, el mundo se entiende en lo fundamental como algo susceptible de ser planificado, si bien, y esto dificulta la cuestión, sólo en lo esencial, y no de manera total y plena. De esta forma, cualquier comportamiento conlleva una modificación planificable del mundo y a la vez una modificación que puede tener lugar en cuanto suerte o desgracia. Lo que se planifica como bueno puede conllevar algo malo, y algo planificado como malo algo bueno, como también algo planificado como bueno puede conllevar una cosa buena pero distinta, y algo planificado como malo alguna otra cosa mala. A modo de ejemplo: quien se va de la ciudad al campo no corre el riesgo de sufrir un accidente de tráfico y respira aire puro, pero puede que paseando por el bosque se le venga encima la rama de un árbol; quien golpea violentamente a otro quizás provoque además de las lesiones el que la víctima, obligada a guardar cama, tenga que cancelar un viaje y no sufra así un accidente aéreo o perezca en un naufragio; quien ayuda a un amigo inconsciente en un apuro de dinero puede que se convierta en la razón de que éste juegue a la lotería y que gane el primer premio, y quien dispara sobre un ser humano con dolo de matar posiblemente sea la causa de la muerte de la víctima con ocasión de un incendio en el hospital cuando ésta ya estaba prácticamente recuperada, o de que estando allí ingresada, una persona enloquecida le dé muerte.

A causa de la imprevisible contingencia del mundo, siempre sucede que los cambios planificables producen también otros cambios no planificables; dicho de otro modo, todo cambio en el mundo varía el riesgo que comporta la vida social que habitualmente se lleva a cabo, es decir, el riesgo general de la

vida. Tales variaciones del riesgo general de la vida ni se consideran hechos encomiables cuando traen consigo algo bueno, ni fechorías cuando son la causa de algo malo; pues si ya no se trata de la perturbación de un cosmos ni de infortunio, sino, precisamente, de la configuración racional del mundo, sólo cabe imputar lo que es accesible a esa configuración racional, y las casualidades se hallan excluidas de ésta. En correspondencia con esto, nadie que viva de modo socialmente normal adapta el modo de configurar su vida al riesgo general que la propia vida entraña: ¿quién huye de la vida en el campo para que no le caiga en la cabeza una rama, o quién evita estar en el hospital para no morir en un incendio; quién guarda cama para estar seguro frente a los peligros que comporta un viaje, o da dinero para que el perceptor lo incremente a través de la lotería? Ciertamente, tales comportamientos no serían determinantes, y sólo sujetos marginales se orientarían con base en los mismos.

3. **Arrogación de organización *versus* riesgo vital**

Por tanto, a través del comportamiento no permitido, el autor establece una doble relación con la víctima: en primer lugar, la obliga a soportar un riesgo que planificadamente puede convertirse en daño. En esa medida, el autor impone a la víctima su organización, y en correspondencia, la víctima sólo puede orientarse remitiéndose al comportamiento inadecuado del autor como explicación de la lamentable situación. Se trata, por tanto, de una relación sustancialmente no permitida que parte del autor hacia la víctima. Por otro lado, el autor, a través del comportamiento no permitido, varía el riesgo gene-

ral de la vida que la víctima soporta, esto es, el ámbito no planificable de aconteceres buenos y malos; también en este sentido el autor impone algo a la víctima, la variación, pero tal variación es irrelevante para la orientación social, al no poderse planificar sus consecuencias, y de ahí que el comportamiento quede excluido como explicación de cursos lesivos que deriven de tales variaciones del riesgo general de la vida. En esa medida, la relación del autor hacia la víctima sólo externamente resulta no permitida; desde el punto de vista sustancial, sin embargo, es socialmente irrelevante y por ello inadecuada como explicación.

A la hora de realizar esta separación entre una relación sustancialmente no permitida y una relación socialmente irrelevante, no son determinantes las expectativas individuales de la víctima, determinantes son las expectativas que tiene y que gozan de apoyo social. En este sentido, por ejemplo, puede que una determinada víctima se niegue a utilizar un ascensor por miedo a que se estrelle. Si se la encierra por la fuerza de modo no permitido en un ascensor revisado adecuadamente y éste se estrella, individualmente puede explicar el daño remitiéndose a ese comportamiento no permitido, pero socialmente esta explicación se consideraría caprichosa y por ende no determinante. Invirtiendo la cuestión, una explicación socialmente aceptada no decae simplemente porque individualmente no se asuma: quien por amor al riesgo acostumbra a utilizar un ascensor herrumbroso, puede alegar como explicación el comportamiento no permitido si se le encierra con violencia precisamente en ese ascensor y éste se desploma; la razón estriba en que el Derecho penal siempre se ocupa de estabilizar una orientación social, y no de fortalecer opiniones privadas.

4. Irrelevancia del comportamiento alternativo conforme a Derecho

Tras esta fundamentación, debería ser palmario que es errónea la fórmula habitualmente usada según la cual un comportamiento no permitido explica un curso lesivo cuando éste no habría tenido lugar sin el comportamiento. No resulta comprensible —como primera cuestión previa— cómo una relación real puede ser adecuadamente descrita mediante la remisión a una hipótesis. Esto rige aquí al igual que en los demás ámbitos. A modo de ejemplo: el verdadero amor hacia alguien no se manifiesta en que esa persona, de ser otra, no sería amada. Pero incluso prescindiendo de esta incoherencia —y esto como segunda cuestión previa— las conclusiones que se alcanzan operando con hipótesis suelen ser arbitrarias, pues por lo general se dispone de varias modalidades alternativas de comportamiento permitido, cada una con sus respectivas y distintas consecuencias, de modo que el resultado puede ser manipulado seleccionando entre ese arsenal un determinado comportamiento. Intentaré clarificar esto con base en un caso conocido: un automovilista no respeta un semáforo en rojo y dos kilómetros más allá, un peatón se cae de tal forma delante del vehículo que —de modo inevitable— el automovilista no puede frenar a tiempo. ¿Cuál es el comportamiento alternativo conforme a Derecho? ¿Haber parado en el semáforo? De ser así, se salva el peatón, pero sólo en la medida en que no esté permitido aumentar la velocidad una vez pasado el semáforo compensando la diferencia temporal, en cuyo caso el accidente se produciría igualmente. Sin embargo, también constituiría un comportamiento adecuado a Dere-

cho que el automovilista pasase el semáforo antes de que estuviese en verde y después hubiese hecho un breve descanso, produciéndose no obstante de nuevo el accidente. También sería conforme a Derecho escoger una calle alternativa para llegar, al mismo tiempo, al lugar del accidente, con las consecuencias conocidas. Finalmente, desde luego sería ajustado a Derecho quedarse en casa, lo que salvaría al peatón; las conclusiones así alcanzadas, evidentemente, son todas de tipo casual.

Lo único decisivo, y con esto llego a la cuestión principal, es que ante un semáforo un comportamiento no permitido sólo puede desviar de modo planificable el tráfico hacia lo lesivo en el ámbito de ese semáforo, de manera que sólo se entabla una relación no permitida con personas (o con sus bienes) que se encuentren allí en ese momento, pero no con las que estén fuera de ese ámbito. En los casos en los que no existe una relación desaprobada hacia la persona lesionada, sino que únicamente se producen variaciones en riesgos de la vida, también se habla del "ámbito de protección de la norma".

5. **Conclusiones**

Cabe formular la siguiente conclusión: los daños que de modo planificable son evitables y que aparecen como consecuencia de un comportamiento no permitido son debidos a ese comportamiento no permitido y pueden, por tanto, ser explicados a través de éste. Los daños que no son evitables de modo planificable y que aparecen como consecuencia de un comportamiento no permitido, se deben a una variación socialmente irrelevante del riesgo que entraña la vida y no pueden ser explicados a través de

ese comportamiento no permitido; pueden deberse a otro comportamiento no permitido, o a una infracción de los deberes de autoprotección de la víctima o, finalmente, simplemente a una situación desafortunada.

IV. CUESTIONES PARTICULARES

1. Daños derivados (daños secundarios)

También el tratamiento de los así llamados daños derivados o daños secundarios se rige por estos principios. Se trata de que la lesión coloca a la víctima en una situación en la que se produce un ulterior daño a causa de un comportamiento posterior propio o ajeno; como ejemplos cabe enunciar los siguientes: la víctima de un ataque fallece por no tolerar la anestesia durante la operación de urgencia que necesariamente hay que practicarle. Un sujeto que ha sufrido una parálisis parcial como consecuencia de un hecho delictivo, sale a la calle a pesar de su invalidez, y a causa de la helada existente se cae. También puede tratarse de constelaciones de casos en los que cambie la víctima: tras un accidente de tráfico, un conductor levemente descuidado colisiona con los restos esparcidos por la calzada y resulta lesionado.

Construyamos todos los casos enunciados de tal modo que entre el comportamiento posterior y el comportamiento inicial exista una relación planificable; también en este ámbito las meras variaciones del riesgo de la vida quedan excluidas del contexto de imputación. Por ejemplo, si una víctima necesita que se le ponga una inyección y la aguja de la jeringuilla se parte, lo que en unión de otras complicaciones

conduce a la paralización de un brazo, el sujeto que en primer lugar resulta competente no responde: ninguna persona a la que se tome como referencia tiene en cuenta en su orientación la posibilidad de que sobrevengan esas complicaciones.

En los demás casos, es decir, concurriendo una relación planificable, debería estar claro que el sujeto a quien compete la primera lesión en todo caso responderá de la lesión sobrevenida cuando quien actúa en segundo lugar se encuentra en una situación desventajosa y esto sea competencia del primero: con su comportamiento el segundo interviniente ni siquiera crea un riesgo desaprobado, o actúa tras una ponderación racional de bienes, o está exculpado. Dicho de otro modo, el primer interviniente responde si el segundo es su instrumento. Por tanto, si el médico no puede prescindir de usar una anestesia de esas características, si el sujeto parcialmente inválido debe salir a la calle por un motivo importante, si el que padece una enajenación mental como consecuencia de la primera lesión vaga en invierno por el bosque, sólo en apariencia se trata de organizaciones propias; un examen exhaustivo muestra que son organizaciones impuestas por el primer interviniente, de modo que la explicación ha de obtenerse por medio de éste.

La decisión se hace más difícil cuando también el segundo incurre en errores que le son imputables. ¿No es entonces asunto suyo que se produzcan daños posteriores? Aquí es necesario diferenciar: por un lado, desde luego, no puede ser que el primer interviniente responda incluso de las consecuencias que derivan de los comportamientos gravemente insensatos del segundo, si bien, por otro lado, también resultaría insatisfactorio que el primer

interviniente pudiese configurar el mundo de un modo muy arriesgado y, acto seguido, librarse de la responsabilidad aduciendo pequeños errores por parte de quienes intentan minimizar el riesgo. Sucede, por tanto, algo en cierto modo similar al enjuiciamiento de actividades peligrosas en el ámbito, del Derecho del trabajo: mientras quien ejecute la actividad no falle en su tarea de forma estrepitosa, es quien ha dado la orden de realizar la tarea quien debe tener en cuenta que con ocasión de una actividad peligrosa pueden producirse errores.

Por consiguiente, el hecho de que un segundo interviniente se comporte de modo defectuoso no es *per se* suficiente para exonerar al primero, pues este, sin razón alguna, ha impuesto, al menos, a quien interviene en segundo lugar la necesidad de solucionar el conflicto. Sin embargo, para que la imputación al primero no se vea interrumpida, el error del segundo interviniente ha de ser de naturaleza incidental; si el segundo se sale de su rol, es decir, se comporta de modo gravemente irracional, ello sucederá con ocasión del daño causado en primer término, pero no se deberá al mismo. A modo de ejemplo: quien lesiona a otro, crea de modo planificable el riesgo que inevitablemente comporta un tratamiento médico, y también forma parte de ese riesgo el que cualquier persona pueda incurrir en un error más o menos grave. Normalmente, sin embargo, nadie incluye en su planificación el que se vayan a realizar diagnósticos totalmente disparatados; de lo contrario, sólo cabría ir al médico tras adoptar medidas de precaución. Resumiéndolo en una fórmula: un comportamiento desaprobado que de lugar a una situación en la que ya un mero error produce daños derivados, constituye ya —a diferencia de lo que su-

cedería de concurrir ceguera ante los hechos o incluso dolo— una organización planificada de esos daños derivados, y de ahí que dicho comportamiento sea imprescindible para explicar esos daños. Quien causa lesiones en segundo lugar, dicho sea de paso, no se ve exonerado por el hecho de que responda quien lesionó en primer término; a ambos les compete conjuntamente el riesgo, tal y como esta posibilidad fue esbozada al principio.

2. **Comportamientos sin procedimientos de seguridad**

El traslado de la conclusión alcanzada en el apartado anterior a aquellas constelaciones de casos en las que el comportamiento del autor no está permitido por haber omitido el poner en marcha determinados procedimientos de seguridad, cuando en el supuesto concreto su adopción previa no habría incorporado, sin embargo, seguridad adicional alguna a causa de un defecto del propio procedimiento, aún requiere algunas reflexiones. Un conocido ejemplo (BGHSt 21, pp.59 y ss.): un dentista anestesia a un paciente sin someterlo previamente al reconocimiento por parte de un internista, lo que claramente estaba indicado; por no tolerar la anestesia el paciente muere; de haber sido consultado el médico internista éste no hubiera diagnosticado la incompatibilidad existente. En estos casos, el procedimiento a poner en práctica en un primer momento no hubiera sido de utilidad alguna, constatación que aparentemente hace referencia, sin embargo, a una hipótesis, pues de hecho, el procedimiento no se puso en práctica esto es así, ciertamente, cuando el procedimiento previo no hubiese sido de utilidad alguna por

un comportamiento defectuoso del propio autor, de un tercero o de la víctima. Los errores hipotéticos no explican cursos reales; de ahí que la explicación haya de buscarse en que el autor actúo en una situación en la que no se habían adoptado las medidas de seguridad necesarias, siendo además estas medidas idóneas de haberse comportado todos de manera diligente. Este resultado puede fácilmente comprenderse modificando el ejemplo anterior en el sentido de que imaginar el dentista fuese, a la vez, médico internista, pudiendo él mismo llevar a cabo el reconocimiento. Seguramente, una confesión en términos de que como internista suele ser una persona poco cuidadosa y que por eso un reconocimiento llevado a cabo por él no habría dado resultados positivos, no supondría una explicación de la muerte, pues no cabría hacerle responsable de un descuido así, simplemente por la razón de que en la realidad el comportamiento inadecuado —es decir, un reconocimiento descuidado que el como internista podía haber llevado a cabo— no tuvo lugar. No obstante, al excluirse la desgracia como explicación, uno de los dos comportamientos defectuosos —como dentista o como internista— debe explicar la muerte del paciente, ya que la consecuencia lesiva podría haberse evitado de haber actuado el médico de modo cuidadoso. Dicho de otro modo, las garantías normativas siempre se mantienen y no desaparecen por el hecho de que haya que tener en cuenta la posibilidad de que sean infringidas, pues con base en estas garantías es posible orientarse aunque quepa predecir una lesión. Se trata, por tanto, de la simple afirmación de que ningún comportamiento desaprobado o que infringe un deber de autoprotección, debe definirse como inocuo simplemente porque el daño se habría producido a causa de otro comporta-

miento no permitido o contrario a un deber de autoprotección. Dicho en términos extremos: después de haber cometido un homicidio nadie puede invocar como causa de exoneración que de no haberlo cometido él el delito lo hubiese cometido otra persona.

Sin embargo, la situación varía cuando el procedimiento a adoptar en un momento previo no habría dado resultados positivos, incluso aunque todos se hubiesen comportado correctamente; de ser este el caso, la explicación sólo sería posible recurriendo a la desafortunada situación de la víctima. Este modo de proceder, sin embargo, parecería denotar que, de todos modos, se siguen tomando en cuenta hipótesis: en este caso, que el procedimiento a adoptar en un momento previo no *habría* tenido éxito. No obstante, un procedimiento que al ser aplicado fracasaría, ya *es* inútil actualmente. Aquí no se trata de un fracaso hipotético, sino de una situación actual desafortunada. Ante un eventual fracaso humano, la garantía normativa existente permite orientarse de manera contrafáctica. Por el contrario, en el ámbito del acontecer que no admite regulación normativa, sólo cabe orientarse de forma cognitiva, lo que significa en este caso que ni poniendo el mayor de los cuidados se puede ayudar a la víctima. Por tanto, es el infortunio de la víctima lo que constituye la explicación que permite orientarse.

De pasada sólo mencionaré que al igual que en los demás casos, aquí no se toman en consideración las modificaciones del riesgo general de la vida. Si, por ejemplo, en el supuesto antes tratado, el reconocimiento que el internista tenía que haber llevado a cabo hubiese resultado demasiado gravoso para el paciente y, a la vista de ello, el dentista, comportándose de modo correcto hubiese prescindido por

completo de la anestesia, la lesión no se habría producido, si bien no por darse una constelación planificable distinta, sino a causa de una variación en el ámbito de lo no planificable. En pocas palabras: tampoco es decisivo que el paciente de camino a la consulta del internista hubiera sido atropellado por un automóvil. En consecuencia, que el Tribunal Supremo Federal en el caso enunciado dictase una sentencia condenatoria porque de haberse comportado correctamente el médico el paciente habría sobrevivido un día más —el día de la consulta al internista—, no resulta convincente a la luz de los principios aquí desarrollados.

V. ¿EL INCREMENTO DEL RIESGO COMO CAUSA DE RESPONSABILIDAD?

1. El problema

Sirva lo anterior respecto de las cuestiones fundamentales. Con ocasión de las presentes consideraciones se suscita la cuestión de quién es la persona que soporta el riesgo del esclarecimiento, es decir, cómo ha de decidirse cuando, en ejemplo citado en último lugar, no quede claro si un internista, comportándose correctamente, hubiese estado en condiciones de constatar la falta de tolerancia de la anestesia. Los casos de concurrencia de riesgos se suelen dar en ámbitos vitales que a su vez se hallan genuinamente cargados de riesgos —tráfico rodado, actividad médica y otros—, y en estos campos pocas veces podrá adquirirse de forma retrospectiva total claridad acerca del curso real de lo acontecido. El Tribunal Supremo Federal —como ya lo había hecho el Tribunal Supremo del Reich— aplica el principio "*in dubio pro reo*"; la sentencia fundamental a

este respecto (BGHSt 11, pp.11 y ss.) se ocupa del siguiente suceso: el conductor de un camión adelanta a un ciclista sin mantener la suficiente distancia de seguridad; el ciclista va muy ebrio, titubea y es arrollado por el camión. En esa medida, está claro lo que sucedió. Hay algunos datos que inducen a pensar que el ciclista, dada su ebriedad, se asustó por el ruido producido por el camión y —supongamos esto para no complicar innecesariamente el caso— sobresaltado, hizo un movimiento reflejo lateral incontrolado de tal magnitud que la distancia del camión ya no jugó papel alguno en la catástrofe.

Si se aplica el principio "*in dubio pro reo*", la decisión es palmaria: el conductor que lleva a cabo el adelantamiento, al no mantener la suficiente distancia lateral, genera con su comportamiento un riesgo no permitido; sin embargo, tal riesgo no está en una relación planificable con el sobresalto que a causa del ruido sufren los ciclistas ebrios, y tampoco lo está con el hecho de que éstos resulten arrollados si realizan un movimiento excesivo hacia uno de los lados; puede que sea probable que las cosas sucediesen de otro modo, pero esto no está probado. Por consiguiente, el conductor del camión no habría de responder por la consecuencia sobrevenida, es decir, por homicidio. En favor del camionero habría que partir de la base de que el ciclista debía atribuirse el accidente a sí mismo como consecuencia de la infracción de sus deberes de autoprotección: participar en el tráfico rodado a pesar de su incapacidad para conducir. Este fue el fallo del Tribunal Supremo Federal, que ha mantenido esta jurisprudencia hasta el momento actual, siendo aplaudido por una parte de la doctrina, aunque la jurisprudencia, mediante argumentaciones poco satisfactorias, ha fun-

damentado condenas en supuestos en los que en realidad procedía la absolución, como por ejemplo, como ya se expuso antes, en el caso del dentista, en donde tomó como dato decisivo la prolongación —no planificable— de la vida del paciente por el tiempo de duración que habría supuesto la consulta al internista.

Sin embargo, otra parte de la doctrina afirma que mientras no se demuestre que el comportamiento no permitido nada aporta a la explicación, sino que sólo ha variado el riesgo para la vida del ciclista, al menos sí estará claro que el camionero incrementó el riesgo de muerte del ciclista; según estos autores, este incremento del riesgo no está permitido, y en esa situación el autor debe responder por las consecuencias; en especial sostienen que resulta inadmisible fraccionar un riesgo en un segmento base permitido y en un segmento adicional no permitido.

Desde un principio hay que reconocer que la así llamada teoría del incremento del riesgo conduce a resultados admisibles, esto es, a afirmar la responsabilidad en casos de comportamientos extremadamente arriesgados en los que sólo hay una probabilidad remota de poder alcanzar una explicación por medio de otro riesgo distinto. Por ejemplo, ¿por qué no debe responder el camionero si claramente ha infringido el margen de seguridad y hay pocos indicios de que la ebriedad del ciclista jugase algún papel en el accidente? No obstante, cuando se trata de un riesgo moderado, y concurre una alta probabilidad de explicar lo sucedido a través de otro riesgo, la situación difiere. ¿Por qué habría de imputársele el resultado cuando a pesar de haber infringido moderadamente el margen de seguridad casi todo apunta en dirección a que la causa fue exclusivamente la ebriedad del ci-

clista? Ambos supuestos pueden ser reconducidos a un denominador común: al menos, concurre un comportamiento no permitido en forma de tentativa acabada, y puede que ante una tentativa acabada extremadamente peligrosa ya no se desee ser tan minucioso en lo que respecta a la imputación del resultado; de todos modos habría que fundamentar que haya algo más que una tentativa acabada. Dicho de otro modo: a pesar de que conforme al Derecho positivo la tentativa imprudente acabada siempre es impune, se utiliza la teoría del incremento del riesgo para obtener el castigo en algunos de los casos en los que se da esta tentativa imprudente, cuando al menos se ha producido un resultado que externamente encaja en los hechos, jugando el resultado aquí el papel de una condición objetiva de punibilidad.

Sin embargo, los defensores de la teoría del incremento del riesgo no proceden de manera consecuente: tampoco cabe dudar de que concurre una tentativa acabada y un resultado en aquellos casos en los que la explicación del daño no puede llevarse a cabo a través del comportamiento desaprobado. Por tanto, si los delitos imprudentes se convierten en delitos de peligro con un resultado a modo de condición objetiva de punibilidad, puede que haya argumentos que aboguen en favor de esta transformación, pero de realizarse debería llevarse a cabo de modo coherente, lo que significaría lo siguiente: lo que realmente haya sido objeto de prueba no debería jugar papel alguno.

2. *In dubio pro reo*

Ahora bien, puesto que los representantes de esta doctrina diferencian, como se ha expuesto en-

tre casos dudosos y casos probados, surge el problema acerca de la intensidad con la que hay que intentar probar los hechos en el proceso. ¿Ha de procederse a la reconstrucción del accidente por medio de interminables constataciones para poder excluir, eventualmente, la concurrencia de un incremento de riesgo? Para evitar esas exageraciones se ha propuesto por parte de algún autor diferenciar entre cursos que por principio no admiten aclaración y aquellos que sólo accidentalmente no pueden ser explicados, gravando al autor únicamente cuando haya dudas que por principio no puedan ser resueltas, y aplicando el principio "*in dubio pro reo*" cuando la duda sólo accidentalmente sea irresoluble. Sin embargo, hasta el momento no se ha logrado describir ni siquiera de modo aproximativo la frontera entre lo que es inaprehensible por principio y lo que sólo lo es accidentalmente; probablemente, como ya se ha afirmado críticamente en la doctrina (Samson), incluso este límite sea de imposible determinación.

No obstante, con lo anterior aún no se ha formulado la objeción principal a la teoría del incremento del riesgo. Esta consiste en que es incorrecta la tesis fundamental según la cual no puede fraccionarse un riesgo en una parte permitida y otra no permitida, sino que, por el contrario, el autor "crea un riesgo sencillamente prohibido en su conjunto" al superar el riesgo permitido y "seguir incrementando el riesgo que justamente aún es tolerable" (Roxin, *AT*, 11/74). Precisamente, esta perspectiva no es acertada, y si se quisiese tomar como base, ello excluiría que pudiese negarse la responsabilidad del autor cuando se hubiera probado que fue el riesgo de la vida el que se realizó, pues si la superación del riesgo permitido crease un "riesgo simplemente

prohibido ***en su conjunto***", junto a este riesgo no existiría ningún tipo de riesgo de la vida: ésta sería la idea del *versari in re illicita*. Frente a esto, la gracia de la orientación social actual está precisamente en que hay una distinción entre las consecuencias planificables de un comportamiento y los meros trasvases de riesgos vitales que excluyen la planificabilidad y nada aportan a la orientación.

Por tanto, hemos de llegar a la conclusión de que la necesaria aplicación del principio "*in dubio pro reo*" debe conducir a la absolución incluso en los casos límites de extrema falta de cuidado y siendo poco probable la explicación a través de otro riesgo; pero no porque no concurra un comportamiento desaprobado, sino porque no está probado que el resultado pueda ser atribuido al comportamiento. Mientras todas las tentativas imprudentes, aún las extremadamente descuidadas, permanezcan impunes, no hay razón alguna de convertir artificialmente este ámbito en algo especial. Lo que puede resultar perturbador en el ámbito de la imprudencia es la intensa dependencia de la punibilidad con un resultado, es decir, con la consumación, pero esa dependencia es un problema general y no puede ser resuelta con un punto de partida concreto; teniendo en cuenta además que este punto de partida conduce simultáneamente, y de modo desbordante, a tener que castigar incluso en el caso de ser mínima la imprudencia y probable la explicación del resultado a través de otro riesgo.

VI. RESUMEN

Resumo:

1) Para mantener la posibilidad de orientarse en el mundo es necesario que los daños que se

producen sean atribuidos a determinados riesgos, y explicados en ese sentido.

2) La mera causalidad de un comportamiento desaprobado no basta como explicación, pues un comportamiento no permitido puede tener efectos causales respecto de un resultado, tanto de modo planificable como no planificable, y en este último caso, a través de la mera variación de riesgos generales de la vida. El comportamiento no permitido sólo constituye una explicación respecto de los resultados evitables de manera planificable. El comportamiento alternativo conforme a Derecho no resulta aquí determinante.

3) Los daños derivados han de ser imputados cuando quien interviene en segundo lugar produce el daño por error, pero no cuando actúa con ceguera ante los hechos o incluso dolosamente.

4) La ausencia de procedimientos previos de seguridad no explica un daño cuando de manera evitable el procedimiento hubiera resultado inútil; si a causa de un comportamiento defectuoso el procedimiento hubiese resultado inútil, su adopción sí bastaría como explicación, puesto que las garantías normativas no pueden ser anuladas por la situación fáctica.

5) La explicación debe ser objeto de prueba en el proceso. La teoría del incremento del riesgo, que niega esto, es internamente incoherente en sí misma y deja de lado la diferenciación entre una causación planificable y una no planificable, lo que resulta importante a efectos de permitir la orientación.

VII. OBSERVACIONES ACERCA DE LA BIBLIOGRAFÍA

La bibliografía relativa a la concurrencia de riesgos es muy extensa; el problema también es tratado bajo las denominaciones "fundamentación del resultado en la infracción del deber de cuidado", "causalidad de la infracción del deber de cuidado", "fin de protección (o ámbito de protección) de la norma", "relación del fin de la norma", "conexión de antijuridicidad" y otras; cfr. la exposición, con referencias, en ROXIN, *Strafrecht AT*, t. 1, 1992, § 11; JAKOBS, *Strafrecht AT. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2ª ed., 1991, 7/72 y ss.; FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, 1988, pp. 507 y ss.; cfr. además las monografías publicadas con posterioridad a las obras anteriores: KAHLO, *Das Problem des Pflichtwidrigkeitszusammenhanges bei den unechten Unterlassungsdelikten*, 1990; ERB, *Rechtsmäßiges Alternativverhalten und seine Auswirkungen auf die Erfolgszurechnung im Strafrecht*, 1991; TOEPEL, *Kausalität und Pflichtwidrigkeitszusammenhang beim fahrlässigen Erfolgsdelikt*, 1992; NAMIAS, *Die Zurechnung von Folgeschäden im Strafrecht*, 1993; respectivamente, con ulteriores referencias. En cuanto al problema de los "resultados sobrecondicionados", no tratado en este trabajo, cfr. JAKOBS, en: KÜPER y otros. (ed. a cargo de), *Festschrift für Lackner*, 1987, pp.53 y ss. En la exposición no pudieron ser mencionadas todas las posturas; cfr. especialmente la de KRÜMPELMANN, en: VOGLER y otros. (ed. a cargo de), *Festschrift für Jescheck*, 1985, t. I, pp.313 y ss.; idem, GA, 1984, pp. 491 y ss.; le sigue en lo fundamental ERB, op.cit.

UNIDAD II: LA IMPUTACIÓN SUBJETIVA

1) CANCIO MELIÁ, Manuel, “¿Crisis del lado subjetivo del hecho?”, en LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo / ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel (coords.), Dogmática y ley penal. Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo, II, Marcial Pons, Madrid 2004, pp. 75 ss.
2) RAGUÉS I VALLÈS, Ramon, El dolo y su prueba en el proceso penal, Bosch, Barcelona 1999.

UNIDAD II: LA IMPUTACIÓN SUBJETIVA

1) CANCIO MELIÁ, Manuel, “¿Crisis del lado subjetivo del hecho?”, en LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo / ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel (coords.), Dogmática y ley penal. Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo, II, Marcial Pons, Madrid 2004, pp. 75 ss.

DOGMÁTICA Y LEY PENAL

LIBRO HOMENAJE A ENRIQUE BACIGALUPO

SEPARATA

Jacobo López Barja de Quiroga
y José Miguel Zugaldía Espinar
(Coordinadores)

Prólogo de
Jesús Sánchez Lambás

INSTITUTO UNIVERSITARIO DE INVESTIGACIÓN ORTEGA Y GASSET

MARCIAL PONS, EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES, S. A.
MADRID 2004 BARCELONA

¿CRISIS DEL LADO SUBJETIVO DEL HECHO? *

Manuel Cancio Meliá
Universidad Autónoma de Madrid

I. INTRODUCCIÓN

Enrique Bacigalupo representa en su persona un nexo de unión para la ciencia del Derecho penal en varios sentidos: entre la Universidad española y la de América latina; entre la alemana y la de habla española; entre la dogmática y el Derecho comparado; entre la teoría y la aplicación judicial del Derecho. También, en el plano científico, entre dos épocas (necesariamente) distintas: la de la discusión entre grandes sistemas dogmáticos de los años sesenta del siglo pasado y el actual mundo postmoderno, esencialmente ecléctico. Quizás teniendo en cuenta estas confluencias que Bacigalupo representa pueda resultar adecuado contribuir a un libro editado como muestra de reconocimiento hacia su persona con un texto en el que no se dan respuestas, sino sólo se formulan preguntas, pero al menos con éstas se conectan los diversos mundos que el destinatario del homenaje ha unido en su obra.

Quizás resulte útil, para una mejor comprensión de lo que aquí ha de exponerse, subrayar desde un principio que las consideraciones a llevar a cabo en las presentes reflexiones constituyen una (tentativa de) *descripción* y no de valoración. Además debe indicarse con carácter previo que la presente exposición en amplios sectores no hace justicia a la exigencia elemental a plantear frente a un texto científico de que su autor domine de modo suficiente la materia tratada. Dicho de otro modo, aquí —en parte— se hará diletantismo. En este contexto quizás pueda resultar tranquilizador el hecho de que hay suficientes ejemplos de que una aproximación dile-

* La presente contribución fue elaborada durante una estancia de investigación en las Universidades de Bonn y München, realizada con ayuda de una beca de la Fundación Alexander von Humboldt.

tante puede aportar beneficios relevantes para la disciplina correspondiente; quizás las excursiones a otras áreas a efectuar aquí, breves y sin pretensiones, puedan también resultar útiles [1].

Por otro lado, también parece conveniente aclarar algunas cuestiones terminológicas que pueden contribuir a facilitar la comprensión de las presentes consideraciones: "objetivo" y "subjetivo" significan, de acuerdo con el entendimiento tradicional, respectivamente, "acontecimientos externos" y "elementos internos del agente"; la "imputación objetiva" se refiere, de modo igualmente tradicional, a la teoría que bajo esa denominación pretende sistematizar los contenidos del tipo objetivo; la "imputación subjetiva" engloba —en la forma ahora practicada dentro del sistema europeo continental— dolo e imprudencia; "culpabilidad" se refiere, como es habitual, al juicio personal de reproche. Sólo en el desarrollo de la exposición podrá apreciarse que, desde la perspectiva aquí adoptada, esta terminología no siempre implica una adecuada comprensión de lo que se designa con ella.

II. EL PROBLEMA

Resulta sorprendente que la "pregunta radical" [2] —es decir, la pregunta que comienza en las raíces— acerca del sentido o de la función de la imputación subjetiva en general es planteada en muy raras ocasiones [3]. De acuerdo con el título de la presente contribución, es esta pregunta la que también aquí ha de formularse para poder determinar si esta categoría —el lado subjetivo del hecho delictivo— goza de buena salud o, por el contrario, se encuentra en crisis. Sin embargo, como deriva del desarrollo posterior de este texto, esto no es del todo correcto (o al menos ha de precisarse): pues no se pretende abordar el conjunto del "lado subjetivo del hecho", sino sólo la "dirección de la conducta" ("evitabilidad" en lo que sigue: imputación subjetiva; la "culpabilidad" quedará excluida, como se expondrá más adelante), y, además, ni siquiera se pretende tratar la imputación subjetiva en sí misma —la configuración dogmática de sus contenidos—, sino la cuestión previa de por qué ésta existe como elemento de la imputación jurídico-penal.

La subdivisión del concepto de delito en elementos objetivos y subjetivos constituye uno de los puntos de partida más relevantes y con mayor tradición para la aprehensión teórica (y también a efectos de establecer una técnica de resolución de supuestos) del delito [4]. Desde la perspectiva de los principios jurídicos, el prin-

---

[1] Cfr. sólo las correspondientes consideraciones (y cautelas) de WEBER en su famosa «Consideración previa» a sus *Gesammelte Aufsätze zur Religionssoziologie,* t. I, 4.ª ed., 1947, pp. 12 ss.

[2] JAKOBS, *ZStW,* 101, 1989, p. 518 (JAKOBS, *Estudios de Derecho penal,* 1997, pp. 127 ss.).

[3] Así, JAKOBS, *ZStW,* 101, 1989, p. 518, nota 3; la misma constatación respecto del fin específico de la pena por delito doloso es hecha por SCHÜNEMANN en WEIGEND *et al.* (ed.), *Festschrift für Hans-Joachim Hirsch,* 1999, p. 371, con nota 28.

[4] A esto hay que añadir que probablemente —debido a estructuras de evolución histórica enraizadas antes del movimiento de codificación— se trata de la subdivisión del concepto de delito más extendida en diversos ordenamientos jurídicos, con representación también en los ordenamientos de orientación francesa *(élément legal - élément moral)* o anglosajona *(actus reus-mens rea),* a los que en gran medida

cipio de culpabilidad [5], de acuerdo con el cual —formulándolo de modo aproximativo— la concurrencia de determinadas circunstancias en la persona del autor en el momento de la comisión del hecho es presupuesto de cualquier pena, parece gozar de una vigencia incontestada. También en lo que se refiere a la exigencia concreta de una determinada imputación subjetiva parece tratarse de terreno seguro: «No hay pena sin dolo o imprudencia» (art. 5 CP español), eso parece estar claro.

En lo que sigue, en primer lugar (III) se aludirá brevemente a algunas cuestiones —muy distintas entre sí— que quizás puedan poner en duda en alguna medida las certezas aparentes antes mencionadas; se trata de cuestiones que incluso tienen que parecer paradójicas ante el trasfondo de nuestro entendimiento de la imputación subjetiva: algunas inseguridades (respecto de las cuales puede afirmarse que superan la medida "normal") en la dogmática del delito europea-continental de influencia alemana (III.1); algunas constataciones de Derecho comparado que igualmente son susceptibles de generar alguna inseguridad (III.2); algunas características de fenómenos modernos de criminalización que pueden estimarse relevantes para el presente tema (III.3), y, finalmente, algunas acotaciones breves respecto de algunos fenómenos históricos sorprendentes desde la perspectiva actual (III.4). En segundo lugar (IV), se intentará esbozar una determinada aproximación a la función social de la imputación subjetiva (IV.1), para concluir con algunas hipótesis preliminares en torno a las consecuencias dogmáticas de esa función social (IV.2).

III. CUATRO PARADOJAS COMO INDICIOS DE CRISIS

El nexo de unión entre los sectores problemáticos que se abordan muy brevemente a continuación está en que todos ellos presentan dificultades estructurales en cuanto se rasca un poco el barniz de la aparente vigencia incontestada y firmemente asentada de un principio de responsabilidad subjetiva. Pues las reflexiones que se ofrecen a continuación acerca de determinadas estructuras dogmáticas, las relativas a algunas constataciones de Derecho comparado, a determinadas características que aparecen en algunos nuevos ámbitos de criminalización y a la historia evolutiva de los sistemas de imputación, pueden mostrar que las estructuras conceptuales tradicionales de la dogmática jurídico-penal ya no son capaces de explicar (por completo) el modo de funcionamiento real del escalón de imputación "imputación subjetiva", de manera que ha de parecer adecuado intentar un nuevo desarrollo cuestionando esta categoría como tal.

1. Paradojas: la "crisis" del lado subjetivo del hecho en la dogmática (de orientación alemana)

Puede afirmarse que en los tiempos más recientes cabe apreciar la existencia de una confusión y desorientación crecientes de la doctrina científica —con las

---

es ajena la elaboración de un sistema teórico del delito. Respecto de la relevancia de la cuestión en el contexto del proceso de armonización europea del Derecho penal *vid. infra* III.2.

[5] Cfr. sólo BACIGALUPO, *Principios de Derecho penal. Parte General,* 5.ª ed., 1998, pp. 108 ss., o JAKOBS, *Das Schuldprinzip,* 1993 (JAKOBS, *Estudios de Derecho penal,* 1997, pp. 365 ss.), pp. 8 s., *passim*.

correspondientes repercusiones sobre la praxis— en relación con la importancia y el significado y la ubicación de los elementos subjetivos del hecho (imputación subjetiva y culpabilidad) en el concepto de delito [6]. Intentaré explicar muy brevemente esta afirmación respecto de tres sectores principales:

a) *Dolo e imprudencia como conceptos dogmáticos*

1. La discusión en torno a dolo e imprudencia a lo largo de los últimos cien años puede ser sintetizada —como es natural, simplificando mucho— con ayuda de las siguientes dos líneas básicas:

Por un lado —en el plano teórico-dogmático [7]—, se trataba sobre todo de superar una concepción ("causalismo") de acuerdo con la cual estos elementos expresaban, en cuanto partes integrantes de la culpabilidad, puras relaciones psicológicas hacia un injusto definido en términos objetivos; en este sentido, se pretendía, por el contrario, alcanzar un anclaje de estos elementos subjetivos (y sobre todo del dolo) como partes de igual relevancia en el plano del injusto ("finalismo"). El resultado de esta evolución es que el dolo ya no es un hecho psíquico secundario, susceptible de comprobación, en el lado puramente subjetivo, sino que se considera una modalidad de dirección de la conducta que penetra en el núcleo del concepto de injusto y que incluso —en cuanto elemento central de la estructura lógico-material del concepto de acción— aspira a ocupar una posición de primera línea dentro de la estructura del delito. Esta evolución ha encontrado su punto culminante provisional en diversos intentos —que, como es sabido, hasta hoy no han logrado generar mayorías doctrinales— de identificar también respecto de la imprudencia elementos individuales ya en el injusto [8].

De manera paralela, *por otro lado,* en el plano legislativo, se produjo una evolución que tuvo como lema la caza y captura de relictos de *versari in re illicita,* es decir, de residuos de responsabilidad objetiva en Derecho penal. Así, por ejemplo, en lo que se refiere a la situación en España, puede decirse que en el contexto

---

[6] Es significativo el título de un congreso germano-hispano-taiwanés: «Die Verwirrung zwischen dem Subjektiven und dem Objektiven - ein gordischer Knoten in der Strafrechtsdogmatik» (*Chengchi Law Review,* 50, 1994).

[7] Cfr. respecto de lo que sigue sólo las exposiciones, de orientación diferente, de JAKOBS, *Der strafrechtliche Handlungsbegriff,* 1992, *passim* (JAKOBS, *Estudios de Derecho penal,* 1997, pp. 101 ss.), y MIR PUIG, *ADPCP,* 1988, pp. 661 ss. [DORNSEIFER *et al.* (ed.), *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann,* 1989, pp. 253 ss.].

[8] Aquí han de mencionarse, por un lado, los representantes del llamado concepto individual de imprudencia, principalmente STRATENWERTH y JAKOBS y en España ZUGALDÍA ESPINAR (cfr. sólo las consideraciones críticas de ROXIN, *Strafrecht Allgemeiner Teil,* Band I, *Die Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre,* 3.ª ed., 1997, pp. 24-46 ss. (hay traducción española de la segunda edición: *Derecho penal. Parte General,* t. I, *Fundamentos. La estructura de la teoría del delito,* 1997) y de MIR PUIG, *Derecho penal, Parte General,* 6.ª ed., 2002, pp. 11-38 ss.), y, por otro lado, los intentos desarrollados por STRUENSEE en orden a una "dolificación" de la imprudencia (cfr. sólo STRUENSEE, *GA,* 1987, pp. 97 ss. (*CPC,* 1991, pp. 449 ss.); ÍDEM, *JZ,* 1987, pp. 53 ss. (*ADPCP,* 1987, pp. 423 ss.); en la doctrina española, CUELLO CONTRERAS, *Culpabilidad e imprudencia,* 1990, pp. 180 ss.; SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, *Teoría del delito imprudente,* 1991, pp. 88 ss., pp. 109, 110 s., 118 ss.).

del cambio de régimen político después de 1975-1977, este proceso fue concluido en lo esencial en la reforma de 1983, habiendo llegado el CP de 1995 a redondear esta transformación con la desaparición de los delitos cualificados por el resultado [9].

Por lo tanto, parece que el principio de responsabilidad subjetiva —positivado en Derecho español en los arts. 5 y 10 CP— se encuentra tanto fundamentado teóricamente como trasladado a la realidad legislativa; parece que el lado subjetivo del hecho está firmemente establecido como elemento integrante del injusto.

2. Sin embargo, este estado de cosas no es seguro: tanto en el plano teórico como en el ámbito de la aplicación de las normas penales (así como en los procesos de creación de nuevas normas; cfr. *infra* III.2) ha de constatarse que esta situación, aparentemente afianzada, se halla —de modo prácticamente subterráneo— en un proceso de lenta transformación:

Por un lado, es claro que el lema de recientes estudios —de nuevo: simplificando mucho— respecto del concepto de dolo es el de la "normativización", es decir, el abandono de la idea de la constatación de elementos subjetivo-individuales (especialmente, el llamado elemento "volitivo" del dolo) y la aproximación a una concepción de la imprudencia, y también del dolo, como formas de imputación en las que se *atribuye* externamente una determinada actitud al agente [10]. El camino recorrido en esta dirección es el siguiente: primero se elimina la voluntad del concepto tradicional de dolo (en palabras de SCHÜNEMANN, la «objetivación limitada»), de modo que el único referente debe estar en los conocimientos, en la representación; el siguiente paso es el entender también la constatación de esa representación como proceso de atribución (de nuevo en palabras de SCHÜNEMANN, dirigidas sobre todo contra JAKOBS: la «objetivación postmoderna total») [11].

Por otro lado, cabe constatar que esta línea de evolución ha generado alguna repercusión también en la praxis. A modo de ejemplo, baste citar en la jurisprudencia española la sentencia relativa al llamado "caso de la colza" —cuyo ponente, como es sabido, fue precisamente Enrique BACIGALUPO—, en el que el Tribunal Supremo afirmó la concurrencia de dolo en un caso en el que, de haberse partido de una base teórica más tradicional, se hubiera asumido la concurrencia de imprudencia [12].

---

[9] Sobre esto, por todos, *vid.* RODRÍGUEZ MOURULLO, en ÍDEM *et al., Comentarios al Código Penal,* 1997, pp. 38 s., 53 ss.

[10] Fundamental FRISCH, *Vorsatz und Risiko,* 1983, *passim*, y al respecto sólo KÜPER, *GA,* 1987, pp. 479 ss.; fundamental también HRUSCHKA, en GÖSSEL *et al.* (ed.), *Strafverfahren im Rechtsstaat. Festschrift für Theodor Kleinknecht,* 1985, pp. 191 ss.; en otra dirección —y, en parte, yendo más allá del Derecho positivo— JAKOBS, *ZStW,* 101, 1989, pp. 516 ss.; respecto de la crítica *vid.* sólo SCHÜNEMANN, *Chengchi Law Review,* 50, 1994, pp. 266 ss.; en la doctrina española *vid.* sólo FEIJÓO SÁNCHEZ, *CPC,* 65, 1998, pp. 269 ss., y RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal,* 1999, *passim*, en lo que se refiere al concepto de dolo, pp. 25 ss.; *vid.* también próximamente las reflexiones de MÜSSIG, *Mord und Totschlag - Vorüberlegungen zu einem Differenzierungsansatz im Bereich des Tötungsunrechts,* escrito de habilitación (manuscrito), Universidad de Bonn, 2001, pp. 168 ss., 171 ss.

[11] *FS Hirsch,* p. 365.

[12] STS de 23 de abril de 1992; *vid.* la síntesis de los contenidos de la nueva línea jurisprudencial en BACIGALUPO, PG[5], pp. 225 ss.

b) *La normativización del tipo objetivo, la teoría de la imputación objetiva y el lado subjetivo del hecho*

1. Quizás la evolución más exitosa en la teoría general del delito de los últimos veinte años sea la teoría de la imputación objetiva [13]. De acuerdo con esta teoría —que, partiendo en lo fundamental de Alemania, ha entrado en funcionamiento en la doctrina y jurisprudencia españolas y ha encontrado interés en diversos países de América latina, Portugal e Italia [14]—, ya para la concurrencia del tipo objetivo es insuficiente una mera conducta externo-causal; por el contrario, ha de existir objetivamente un comportamiento al que se le asigna de modo normativo-general un significado delictivo (de realización del tipo), en el caso de los delitos de resultado, añadiendo el requisito de que el resultado quede abarcado por el significado objetivo de la conducta (en la terminología habitual: creación de un riesgo jurídicamente desaprobado y —en el caso de los delitos de resultado— realización de ese riesgo en el resultado producido). De esta fórmula general han surgido múltiples nuevas propuestas de solución para diversas constelaciones de casos —que han elevado de manera muy notable el número de los estudios monográficos dedicados a la tipicidad—, y, como se ha dicho, la teoría de la imputación objetiva ha alcanzado tanto en Alemania como en España un rápido y generalizado reconocimiento, hasta el punto de que en la actualidad puede pensarse que ha llegado al cómodo *status* de "doctrina dominante".

2. Las aproximaciones más relevantes presentes en las voces críticas frente a esta teoría de la imputación objetiva (sobre todo, de orientación finalista) siempre se han referido precisamente a esa idiosincrasia de la teoría como "objetiva" como punto débil [15]; es decir, han afirmado que esta doctrina pretende fagocitar ilegítimamente elementos pertenecientes al lado subjetivo del hecho.

En este sentido, lo cierto es que un examen algo más detenido de la doctrina de la imputación *objetiva* puede resultar sorprendente. Los elementos de la teoría

---

[13] SCHÜNEMANN la equipara en relevancia a la discusión entre causalismo y finalismo; *GA,* 1998, p. 207.

[14] Fundamental FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs,* 1988, *passim*; cfr. también ROXIN, *AT, I*[3]*,* pp. 11-39 ss.; JAKOBS, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre,* 2.ª ed., 1991, pp. 7-4 ss. (*Derecho penal, Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación,* Madrid, 1995); ÍDEM, *La imputación objetiva en Derecho penal,* 1996, *passim*; BACIGALUPO, *PG*[5]*,* pp. 188 ss.; cfr. también CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima e imputación objetiva,* 2.ª ed., 2001, pp. 55 ss., y 378 ss.; ÍDEM, *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva,* 2001, *passim*, con las correspondientes referencias.

[15] En la bibliografía no tan reciente hay que aludir a los correspondientes trabajos de ARMIN KAUFMANN, HIRSCH, STRUENSEE y KÜPPER; en español a diversas contribuciones de SANCINETTI y recientemente a la amplia monografía de RUEDA MARTÍN (*La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción,* 2001); cfr. respecto de esta discusión sólo ROXIN, *GS Armin Kaufmann,* 1989, pp. 237 ss.; FRISCH, *Tipo penal e imputación objetiva,* 1995, pp. 63 ss.; JAKOBS, *GS Armin Kaufmann,* pp. 271 ss., ÍDEM, *FS Hirsch,* 1999, pp. 55 ss. (*PJ,* 56, 1999, pp. 119 ss.), y LESCH, *Der Verbrechensbegriff. Grundlagen einer funktionalen Revision,* 1999, pp. 255 ss.; recientemente cfr. la síntesis de FRISCH, en ACHENBACH *et al.* (ed.), *Festschrift für Claus Roxin,* 2001, pp. 213 ss. y 219 ss.; CANCIO MELIÁ, *Líneas básicas...* (nota 14), pp. 52 ss., 68 ss., con las correspondientes referencias.

de la imputación objetiva (por ejemplo, "creación de riesgo", "alcance del tipo" o "creación desaprobada del riesgo", "riesgo permitido", "ámbito de responsabilidad de la víctima", etc.) en realidad son una generalización de los *contenidos del tipo.* Como se ha dicho, se pretende que estos contenidos son de carácter "objetivo". Pero ¿cuál es la perspectiva desde la cual se valoran esos contenidos? La respuesta es que la perspectiva respecto de la conducta (por ejemplo: riesgo permitido o no) es *ex ante* [16] (mientras que en la constatación de la tipicidad del resultado, sería *ex post*). ¿Y cómo se formula esa perspectiva *ex ante*? Es aquí donde comienzan los problemas: de acuerdo con la posición mayoritaria, este juicio se hace desde la perspectiva de un sujeto ideal perteneciente al contexto social en el que actúa el sujeto. Es decir, por ejemplo, en el ámbito de la imprudencia: ante el estado de la calzada, teniendo en cuenta la iluminación, las características del vehículo, etc., ¿qué valoración (riesgo permitido-riesgo no permitido) hubiera hecho un "conductor racional"? [17]. Sin embargo, como inmediatamente se pensará, en muchas ocasiones el autor concreto no se corresponde con ese sujeto ideal. En lo que aquí interesa, puede divergir en *dos direcciones:* puede que sepa *más;* con un ejemplo de dolo: el sujeto "ideal" desconoce que la persona a la que va a dar un puñetazo es hemofílico, el sujeto concreto lo sabe. Puede que tenga mayores facultades: el conductor profesional puede frenar allí donde el "conductor ideal" colisiona irremediablemente. Puede que sepa *menos:* el conductor inexperto (por ejemplo, es extranjero, del Caribe) no sabe cómo debe comportarse en caso de hielo en la calzada; el "conductor ideal" en el ámbito de relación sabe que no debe pisarse el freno para evitar un deslizamiento del vehículo.

¿Cómo resuelve éste la doctrina mayoritaria? Dicho en palabras de ROXIN, hay que «generalizar hacia abajo, [e] individualizar hacia arriba» [18], es decir, los conocimientos y facultades inferiores a la media no se tienen en cuenta [19] (la conducta es típica), los conocimientos y las facultades superiores a la media sí se tienen en cuenta (la conducta es igualmente típica) [20]. Tomando el ejemplo de los "conocimientos especiales" (es decir, *mayores* a los del sujeto ideal) en materia de infracción dolosa, que un dato perteneciente a la mente del autor (por ejemplo, el cono-

---

[16] Puesto que este juicio desde la perspectiva *ex ante* se hace en la *praxis* procesal, como es evidente, en un momento posterior —el momento de enjuiciamiento del hecho— se denomina habitualmente "pronóstico objetivo posterior" [*vid.* sólo ROXIN, *AT I*[3], pp. 11-35; acerca de que esta denominación es incorrecta, cfr. sólo JAKOBS, *AT*[2], pp. 7-32, nota 52; pues en un juicio ideal (es indiferente cuándo se haga) y, como se verá a continuación, precisamente no es "objetivo"].

[17] *Vid.* por todos ROXIN, *AT I*[3], pp. 24-32 s.

[18] *AT I*[3], pp. 24-51; *vid.* también N. K. PUPPE, núm. 145, previo al § 13; MIR PUIG, en ÍDEM, *El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho,* 1994, pp. 234 s., con ulteriores referencias.

[19] Conforme a la doctrina dominante, la infracción imprudente carece de tipo subjetivo, de modo que esos elementos individuales deberían tenerse en cuenta a efectos exoneratorios en la culpabilidad; cfr. por todos JESCHECK y WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil,* 5.ª ed., 1996, § 54 I.

[20] Tan sólo se ha apartado de este consenso (al menos respecto de infracciones dolosas) JAKOBS, *GS Armin Kaufmann,* pp. 237 ss. (JAKOBS, *Estudios de Derecho penal,* 1997, pp. 223 ss.) e ÍDEM, *AT*[2], pp. 7-49 ss.; de acuerdo con su posición, sólo deben incluirse en la base de enjuiciamiento aquellos conocimientos que formen parte del rol social en el que actúa el sujeto, ya que fuera de éste no existe la obligación de adquirirlos, de modo que no tendría sentido establecer el deber de activarlos una vez adquiridos.

cimiento de que el avión al que manda a su tío hay un artefacto explosivo) decida acerca de la determinación "objetiva" de la existencia de un riesgo típico de homicidio parece indicar que la crítica planteada por algunos autores y señaladamente por Armin KAUFMANN es correcta. ¿Qué imputación "objetiva" es ésta? También en la otra dirección (capacidades o conocimientos *inferiores* a los del observador ideal) vienen planteándose críticas a la posición de la doctrina dominante. En efecto —aparte de las críticas formuladas por STRUENSEE y otros representantes del finalismo, que convergen aquí en el resultado con otras aproximaciones—, recientemente se ha argumentado en contra de este procedimiento, fundamentalmente, que es completamente contrario a la economía conceptual [21]: ¿qué sentido puede tener fundamentar un juicio "objetivo" para afirmar la tipicidad de la conducta si en caso de resultar inevitable individualmente su realización no podrá haber responsabilidad penal? Con esta crítica —que introduce en el contexto de la teoría de la imputación objetiva la ya antigua discusión entre determinación objetiva o individual del injusto de la imprudencia [22]—, como es evidente, se alcanza a la misma esencia de la imputación objetiva.

A los efectos que aquí se persiguen, cabe constatar ya con este breve esbozo fragmentario que en este sector especialmente desarrollado (y con especial éxito internacional) de la teoría del delito existe una falta de claridad sorprendente en torno a la definición fundamental de los correspondientes instrumentos dogmáticos como "objetivos" o "subjetivos".

c) *La funcionalización del concepto de culpabilidad*

Finalmente, como ulterior piedra de toque respecto de la evolución de elementos de contenido "subjetivo" en el concepto de delito, hay que enunciar, como es natural —aunque sea a modo de excurso—, la situación respecto del concepto de culpabilidad.

---

[21] En esta argumentación han coincidido —partiendo de perspectivas distintas— últimamente BURKHARDT, en WOLTER y FREUND, *Straftat, Strafzumessung und Strafprozeß im gesamten Strafrechtssystem,* 1996, pp. 103 ss., 109 ss.; JAKOBS (apartándose al menos parcialmente de su anterior posición en *AT*[2], pp. 7-47 ss.), *FS Hirsch,* pp. 55 ss., 57, 58 ss., 62 s. [sobre esto, próximamente CANCIO MELIÁ, en *Montealegre Lynett* (ed.), Libro en homenaje al profesor Günther JAKOBS, en prensa para Universidad Externado de Colombia, Bogotá]; también SCHÜNEMANN, *GA,* 1998, p. 217 (reformulando su propia posición, *vid. ibidem*, nota 42). En contra de esta crítica a la sistemática de la opinión mayoritaria *vid.* sólo la réplica de FRISCH, en WOLTER y FREUND, *Straftat,* p. 194; *vid.* también CANCIO MELIÁ, *Líneas básicas...* (nota 14), pp. 68 ss., 70 ss. y anteriormente, las consideraciones respecto de este problema en WOLTER, en GIMBERNAT y SCHÜNEMANN y WOLTER (ed.), *Internationale Dogmatik der objektiven Zurechnung und der Unterlassungsdelikte,* 1995 [GIMBERNAT, SCHÜNEMANN y WOLTER (ed.), *Omisión e imputación objetiva en Derecho penal,* Madrid, 1994, pp. 61 ss.], p. 3: ROXIN, *GS Armin Kaufmann,* pp. 250 s. (*CPC,* 1990, pp. 131 ss.); ÍDEM, *Chengchi Law Review,* 50, 1994, p. 247.

[22] *Vid.* sólo ROXIN, *AT I*[3], pp. 24/46 ss.; STRATENWERTH, *Strafrecht. Allgemeiner,* Teil I. *Die Straftat,* 4.ª ed., 2000, pp. 15/11 ss.; MIR PUIG, *PG*[6], pp. 11/40 ss., con ulteriores referencias: la discusión versa acerca de si la evitabilidad individual debe valorarse ya en el marco de la tipicidad o, como propone la opinión dominante, en la culpabilidad.

Como es sabido, la principal evolución en este contexto, ya antes de la Segunda Guerra Mundial, fue el triunfo del "concepto normativo de culpabilidad", que sustituyó un entendimiento de los elementos de la culpabilidad de orientación psíquica. En los últimos años, sin embargo, se ha iniciado una nueva línea de acuerdo con la cual no sólo la culpabilidad no debe determinarse con parámetros exclusivamente psíquicos, sino que no puede siquiera aprehenderse sin referencia a una teoría de la pena [23]. La aproximación más radical en esta dirección ha sido presentada por JAKOBS: si se identifican determinados efectos socio-comunicacionales —prevención general positiva: la pena como confirmación de la vigencia de la norma y, con ello, de la identidad de la sociedad— como fin de la pena, el concepto rector del sistema del delito —la culpabilidad— no puede definirse sin referencia a ese fin de la pena. En consecuencia, la culpabilidad es determinada de modo puramente normativo, sin conexión con un poder-actuar-de-otro-modo fáctico [24]. Que este último paso ha provocado una discusión interminable con frentes aparentemente irreconciliables es un hecho conocido que no necesita ser esbozado aquí [25]. A los efectos del tema que aquí interesa, en todo caso, puede decirse que esta controversia ya significa —puesto que se refiere al concepto fundamental del sistema jurídico-penal— una confirmación del diagnóstico propuesto al principio: acerca de la cuestión de cuáles elementos subjetivos deben introducirse en qué ubicación sistemática en el concepto de delito existe una enorme confusión.

A pesar de ello (o precisamente por ello), los contenidos que suelen asignarse habitualmente a la culpabilidad han de quedar excluidos de las consideraciones a efectuar aquí: en nuestra tradición (y de modo especialmente radical en el entendimiento antes aludido de prevención general positiva [26]) se encuentran tan íntimamente vinculados a la cuestión del fin de la pena que desde el punto de vista expositivo desenfocarían demasiado la perspectiva de las presentes consideraciones.

d) *Conclusión provisional*

Parece que de modo general se presupone una determinada estructura conceptual de los contenidos dogmáticos —lo objetivo como acontecer preceptible por los sentidos que se desarrolla en el mundo exterior (fuera de la conciencia humana), lo subjetivo como situaciones y procesos psíquicos— que no debe aprehender de modo suficiente la imputación practicada en la aplicación efectiva de las normas;

---

[23] Cfr. sólo ROXIN, *AT I*[3], pp. 19/1 ss.; ARTHUR KAUFMANN, *Das Schuldprinzip,* 2.ª ed., 1976; SCHÜNEMANN, *GA,* 1986, pp. 293 ss.

[24] Cfr. sólo JAKOBS, *Schuld und Prävention,* 1976 (JAKOBS, *Estudios de Derecho penal,* 1997, pp. 73 ss.); ÍDEM, *Das Schuldprinzip, passim;* BACIGALUPO, *PG*[5], pp. 15 ss.; *vid.* también las referencias a la recepción de estas construcciones en PEÑARANDA RAMOS, SUÁREZ GONZÁLEZ y CANCIO MELIÁ, *Un nuevo sistema del Derecho penal. Consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günther Jakobs,* 1999, *passim*.

[25] Cfr. respecto de la crítica, por todos, SCHÜNEMANN, *Chengchi Law Review,* 50, 1994, pp. 275 ss.

[26] Cfr. la interpretación de la aproximación de JAKOBS en CANCIO MELIÁ, en JAKOBS y CANCIO MELIÁ, *Conferencias sobre temas penales (Obligación jurídica. Injerencia. Dominio del hecho. Dogmática y política criminal),* 2000, pp. 121 ss., 139 ss.

de lo contrario, no podría comprenderse la dimensión, el carácter fundamental de las discusiones que se están produciendo respecto de categorías dogmáticas básicas.

2. Paradojas: evoluciones recientes en la legislación penal

a) La actividad legislativa en los países de nuestro entorno ha colocado en los últimos años un verdadero "anillo" de tipos penales alrededor del Derecho penal nuclear, que ahora aparece como sector "clásico" del ordenamiento [27]. Son varias las construcciones político-criminales sectoriales que se han elaborado para aprehender este fenómeno: Derecho penal simbólico, punitivismo, Derecho penal del enemigo [28].

b) Respecto del lado subjetivo del hecho sólo se mencionará, en relación con ese anillo de infracciones de nuevo cuño, la siguiente situación —generalmente conocida—: la clara relación de escalonamiento existente en los delitos "tradicionales" entre las modalidades de imputación dolo e imprudencia no se da del mismo modo en los nuevos sectores. En su lugar, *por un lado,* respecto de determinados ámbitos de regulación aparece en algunos casos una escala continua (el marco penal previsto para la comisión imprudente comienza directamente por debajo del establecido para la infracción dolosa) o incluso una equiparación entre ambas modalidades de dirección de la conducta. Así, por ejemplo, en el Código Penal español la pena máxima correspondiente a un delito imprudente contra el medio ambiente —art. 331 CP— puede coincidir con la pena mínima para esa misma infracción en su modalidad dolosa, mientras que en el caso del homicidio, entre la pena máxima para el homicidio imprudente y la pena mínima para el homicidio doloso hay un hiato de seis años de pena privativa de libertad (arts. 138 y 142 CP). *Por otra parte,* en otros delitos "novedosos", especialmente en el ámbito del llamado "Derecho penal" del enemigo [29], cabe constatar una verdadera hipertrofia de lo subjetivo: ciertas actitudes internas forman parte consustancial del núcleo de estos delitos; así, por ejemplo, cuando el art. 510 CP habla de "motivos racistas".

---

[27] MÜSSIG, *Desmaterialización del bien jurídico y de la política criminal. Sobre las perspectivas y los fundamentos de una teoría del bien jurídico crítica hacia el sistema,* 2001, p. 11.

[28] Cfr. sólo los trabajos recogidos en INSTITUT FÜR KRIMINALWISSENSCHAFTEN FRANKFURT A. M. (Hrsg.), *Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts,* 1995 (*La insostenible situación del Derecho penal,* Granada, 2000); SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales,* 2.ª ed., 2001, *passim*; ulteriores referencias en CANCIO MELIÁ, en JAKOBS y CANCIO MELIÁ, *Conferencias...* (nota 26), pp. 121 ss.; sobre las nuevas formas de criminalización cfr., por ejemplo, JAKOBS, *ZStW,* 97, 1985, pp. 751 ss. (JAKOBS, *Estudios de Derecho penal,* 1997, pp. 293 ss.); KINDHÄUSER, *Gefährdung als Straftat. Rechtstheoretische Untersuchungen zur Dogmatik der abstrakten und konkreten Gefährdungsdelikte,* 1989, *passim;* en la bibliografía española ahora MENDOZA BUERGO, *El Derecho penal en la sociedad del riesgo,* 2001.

[29] Una cuestión distinta es la de la legitimidad de estas normas, o que desde el punto de vista intrasistemático pueda explicarse como verdadero Derecho penal; lo cierto es que (precisamente, aunque no sólo) desde la perspectiva de la teoría de la prevención general positiva como teoría de la pena hay buenas razones que hablan en contra de considerar el llamado "Derecho penal" del enemigo como Derecho penal en sentido estricto: mediante la atribución del *status* de "enemigo" (en lugar del de "delincuente"), a través del tratamiento especial, se reconoce la magnitud del (contra-)orden normativo del autor como elemento relevante ¡cuando la pena debe desautorizarlo! Cfr. el esbozo al respecto

c) Estas modificaciones frente a la situación existente en el Derecho penal nuclear provocan también la misma pregunta: ¿por qué se lleva a cabo la imputación subjetiva, cuál es su sentido, si resulta que es posible que difiera tanto dentro de un mismo ordenamiento en función de los ámbitos de regulación? En todo caso, también aquí —como sucede en diversos ámbitos dogmáticos— podría ser cierto que puede ser aconsejable para la teoría jurídico-penal desligarse hasta cierto punto de la sangre (esto es, de los delitos de lesión tradicionales) para poder ver el conjunto del sistema del Derecho penal con ojos más despiertos [30]. También aquí, sin embargo, en todo caso parece evidente que no está claro qué es lo que es la imputación subjetiva.

3. Paradojas: Derecho comparado: algunos fenómenos notables en otros ámbitos jurídicos occidentales y la armonización de los ordenamientos penales en la Unión Europea

a) Que la problemática acabada de esbozar —las inseguridades de delimitación entre lo subjetivo y lo objetivo— es y ha sido de máxima trascendencia no sólo en el ámbito de discusión dogmática liderado por la ciencia del Derecho penal alemana (en el que deben incluirse, en diferente grado, España, Italia, Portugal y en América latina sobre todo Argentina, Chile, Colombia, México, Perú [31]), sino también fuera de él, en realidad no necesita de mayor explicación. En este sentido, la problemática esbozada no es un problema que se presente de modo aislado en un determinado ordenamiento, sino que constituye un problema común.

b) Lo que sí es nuevo es que cuestiones fundamentales de este calibre adquieran en el momento actual relevancia también en el contexto del proceso de unificación europea, proceso que también está en marcha *nolens volens* respecto del Derecho penal.

> El proceso de armonización de los ordenamientos penales europeos puede verse, especialmente desde la perspectiva del sistema dogmático de imputación de influencia alemana, con mayor o menor optimismo [32] o pesimismo [33] en cuanto al carácter más o menos represivo o garantista del ordenamiento común que resultará de esta evo-

---

en CANCIO MELIÁ, *JpD,* 44, 2002, pp. 19 ss., y la exposición, de orientación algo distinta, de SILVA SÁNCHEZ, *La expansión...* (nota 28), pp. 163 ss.

[30] Esta reflexión tiene su origen en una intervención de seminario de SILVA SÁNCHEZ (Univ. Pompeu Fabra, 3/2001).

[31] En lo que se refiere a la producción científica; en el plano legislativo ha de recordarse (lo que extrañamente parece no ser de común conocimiento entre los penalistas alemanes) que, por ejemplo, la *PG* de los Códigos de Bolivia y Paraguay es debida (como muestra la fijación de soluciones particular-finalistas en la punición de la tentativa o en el tratamiento del error) a autores alemanes (respectivamente, STRATENWERTH y SCHÖNE).

[32] Puede citarse como representantes de tal actitud, por todos, a TIEDEMANN, en ESER *et al.* (ed.), *Festschrift für Theodor Lenckner,* 1998, pp. 433 s.; especialmente sintomático de esta orientación es el título por él elegido para sus consideraciones en *GA,* 1998, pp. 107 ss.: «La re-europeización del Derecho penal frente al nacionalismo de la teoría (alemana) del Derecho penal»; *vid.* también SIEBER, *JZ,* 1997, pp. 369 ss., 378 ss.; BACIGALUPO, *Revista de Ciencias Penales,* vol. 2, núm. 1, 1999, pp. 9 ss., 22 s.

lución. De lo que nadie duda es de que tal proceso es inevitable [34]. También existe consenso acerca de que la Parte General deberá ser incluida en la armonización [35]; incluso se afirma que es precisamente la Parte General el sector en el que con mayor facilidad se podrá ir elaborando reglas comunes europeas, al ser ésta «de modo muy especial una herencia común europea» [36], más alejada de las particularidades nacionales, que se expresan de modo preferente en la configuración de los diversos tipos de la Parte Especial.

Ahora bien, es generalmente sabido que la comunicación entre los diversos ordenamientos jurídicos europeos y las correspondientes ciencias del Derecho es muy difícil; y precisamente el significado del lado subjetivo del hecho constituye un tema de máxima relevancia teniendo en cuenta la existencia de evoluciones y situaciones *lege lata* diametralmente opuestas en los distintos ámbitos jurídicos implicados. La ciencia del Derecho penal de orientación dogmática haría bien en contribuir a aclarar al menos el estado de la discusión en una cuestión tan central, para así poder enfrentarse al escepticismo con el que se topará en un contexto común europeo, en el que la reflexión filosófica-sistemática altamente abstracta de tradición alemana se encontrará con objeciones especialmente intensas desde las filas de los representantes de ordenamientos jurídicos de orientación "pragmática".

c) Así las cosas, no parece adecuado abordar el proceso de armonización desde la perspectiva de una determinada metodología científica (nacional); tampoco entenderla de modo mecanicista como el bricolaje de denominadores mínimos comunes sobre la base del Derecho positivo de los diversos ordenamientos estatales, sino intentar emprenderla partiendo de convicciones comunes, de principios jurídicos comunes [37].

---

[33] En esta línea, por ejemplo, SILVA SÁNCHEZ, *La expansión...* (nota 28), pp. 81 ss., 84 s.; especialmente significativas son las manifestaciones de WEIGEND recogidas en ZIESCHANG, *ZStW,* 110, 1998, pp. 524 s. *Vid.* también en una línea muy escéptica la aportación de KÖHLER, en BEMMANN y SPINELLIS, *Strafrecht Freiheit - Rechtsstaat. Festschrift für G.-A. Mangakis,* 1999, pp. 751 ss.; desde otra perspectiva, también ESER, en *FS Kaiser,* 1998, pp. 1525 s.; cfr. también CANCIO MELIÁ, *RCCP,* 5, 2000, pp. 37 ss., e ÍDEM, en TIEDEMANN (ed.), *Wirtschaftsstrafrecht in der europäischen Union. Rechtsdogmatik - Rechtsvergleich Rechtspolitik (Freiburg-Symposium),* 2002, pp. 169 ss., 183.

[34] Por todos en este sentido, SIEBER, en DELMAS-MARTY (ed.), *Corpus Juris der strafrechtlichen Regelungen zum Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Union,* 1998, p. 3; SILVA SÁNCHEZ, *La expansión...* (nota 28), pp. 81 ss.

[35] También de acuerdo SILVA SÁNCHEZ, *La expansión...* (nota 28), pp. 88 s.

[36] TIEDEMANN, *La armonización del Derecho penal en los Estados miembros de la Unión Europea,* 1998, p. 20; ÍDEM, en ARROYO ZAPATERO y TIEDEMANN (ed.), *Estudios de Derecho penal económico,* 1994, p. 243; ya ÍDEM, en VOGLER *et al.* (ed.), *Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck,* 1985, t. 2, pp. 1411 ss.; *vid.* también VOGEL, *JZ,* 1995, pp. 333 s.; más allá de la conveniencia, afirma la necesidad de tal armonización en síntesis TIEDEMANN, *ZStW,* 110, 1998, p. 500, y de modo especialmente decidido en su argumentación recogida en ZIESCHANG, *ZStW,* 110, 1998, pp. 525 s.; cfr. el análisis de las coincidencias materiales en cuestiones de Parte General en los ordenamientos europeos hecho por BACIGALUPO, *Revista de Ciencias Penales,* vol. 2, núm. 1, 1999, pp. 9 ss., 13 ss.; *vid.* también MUÑOZ CONDE, *Revista Penal,* 5, 2000, pp. 44 ss.; también subraya la necesidad de armonización precisamente en el ámbito de las reglas generales de imputación —si bien desde una perspectiva crítica— ESER, *FS Kaiser,* p. 1525.

[37] *Vid.* CANCIO MELIÁ, en *Freiburg-Symposium* (nota 33), pp. 172 ss., con ulteriores referencias.

De hecho, en el ámbito que aquí interesa sí parece existir tal principio jurídico común: el presupuesto de la imputabilidad subjetiva pertenece de modo evidente al «ámbito nuclear de la tradición jurídico-penal europea moderna» [38]. Sin embargo, esto no es más que una mera apariencia. Ya en el hecho de que pareciera necesario fijar [39] una reglamentación exhaustiva de los contenidos subjetivos del hecho en los preceptos correspondientes a la Parte General dentro de un proyecto de embrión de posible Código Penal europeo presentado por un grupo de penalistas europeos (fundamentalmente continentales) coordinado por TIEDEMANN —haciendo además como primer paso de esas disposiciones un verdadero exorcismo de la responsabilidad objetiva— muestra que la concreta potencia de ese principio paneuropeo no es demasiado elevada [40].

En este contexto, ha de pensarse en varias instituciones pertenecientes a otras tradiciones jurídicas. En primer lugar, ha de enunciarse la figura francesa de la *responsabilité matérielle* [41], que conoce —aunque de modo limitado al ámbito (perteneciente al Derecho penal) de las faltas, en el que no se imponen penas privativas de libertad— supuestos de responsabilidad jurídico-penal en los que no existe ningún presupuesto en materia de dirección de la conducta. Además, como es natural, pertenecen a este ámbito la *absolute liability* y la *strict liability* del Derecho penal inglés: delitos en los que no es necesario que se produzca prueba del impulso voluntario *(voluntariness)* (en el caso de la *absolute liability,* aunque es muy poco frecuente) o del lado subjetivo del hecho delictivo *(mens rea)* (en el ámbito de la *strict liability*) [42]. Finalmente, también ha de pensarse en la institución estadounidense de la *wilful ignorance,* que en determinados casos hace posible la sustitución de *knowledge* en cuanto elemento del delito por esa "ignorancia voluntaria" [43].

Parece claro que la existencia de tales fenómenos divergentes en países política y culturalmente tan próximos indica la necesidad de reflexión. Y no sólo desde un punto de vista pragmático, orientado a las implicaciones de esta situación respecto del proceso de armonización penal europea, sino también en el plano de los fundamentos que aquí interesa: ¿cómo es posible que en tradiciones jurídicas pertenecientes a nuestro entorno más próximo se haya desarrollado una concepción tan divergente del principio de responsabilidad subjetiva? La aproximación a esta cuestión también debería contribuir a una reflexión acerca de la construcción de la imputación subjetiva dentro de la tradición europea continental.

---

[38] VOGEL, en *Freiburg-Symposium* (nota 33), p. 125.

[39] En contraposición con lo que es la solución preponderante en el ámbito europeo continental (cfr. sólo la sinopsis de VOGEL, *op. cit.,* pp. 127 ss.) y también de la reforma alemana del Derecho penal, que a pesar de las correspondientes definiciones legales en los textos prelegislativos afortunadamente (así, N. K. PUPPE, § 15, n.m. 15 s.) ha renunciado a tal determinación legal.

[40] *Vid., Freiburg-Symposium* (nota 33), pp. 455 ss.

[41] Cfr. sólo MERLÉ y VITU, *Traité de Droit criminel,* t. I, *Problèmes généraux de la science criminelle. Droit pénal général,* 7.ª ed., 1997, pp. 744 ss.

[42] Respecto de la delimitación de ambas figuras *vid.*, por ejemplo, SMITH y HOGAN, *Criminal Law,* 9.ª ed., 1999, pp. 97 ss., 112 s.; ALLEN, *Criminal Law,* 5.ª ed., 1999, pp. 95 s.; respecto de la *strict liability,* cfr. ASHWORTH, *Principles of Criminal Law,* 3.ª ed., 1999, pp. 167 ss.; con base en *leading cases vid.* la exposición de DINE y GOBERT, *Cases and Materials on Criminal Law,* 3.ª ed., 2000, pp. 184 ss.; cfr. también PIÑA ROCHEFORT, *La estructura de la teoría del delito en el ámbito jurídico del Common Law,* 2002, pp. 72 ss.

[43] Cfr. el tratamiento exhaustivo de esta figura en CHARLOW, 70 *Tex. L. Rev.,* 1992, pp. 1351 ss.

En este contexto, tampoco parece posible rebajar la relevancia de las diferencias existentes en esos fenómenos presentes en otros ordenamientos. Son dos las aproximaciones que inmediatamente surgen en esta dirección:

Por un lado, la idea de que las figuras penales implicadas no constituyen verdaderas infracciones criminales, tratándose en realidad, desde el punto de vista material, de supuestos próximos a nuestras infracciones administrativas o, en todo caso, de delitos de peligro abstracto de menor cuantía [44]. Esto puede ser correcto en parte respecto de la *responsabilité matérielle* francesa; pero también aquí se plantea la cuestión de si no debe considerarse que reponsabilidad "penal" es sencillamente aquella que se exige ante tribunales penales, con las consiguientes implicaciones sociales de una "pena". Aun sin mucho entusiasmo positivista, el recurso a la diferenciación entre *mala prohibita* y *mala per se* tiene que parecer obsoleto y un argumento *ad hoc* para salir del paso. Y mucho menos puede resultar convincente esta argumentación respecto de las dos instituciones anglosajonas mencionadas: si el *House of Lords* inglés, estando ya en este milenio, ha tenido que decidir acerca de si en los abusos sexuales cometidos contra menores ha de probarse el conocimiento de la edad típicamente relevante por parte del autor, o de si, por el contrario, se trata de un supuesto de *strict liability,* de modo que no es necesaria esa prueba [45]; si en los EEUU la doctrina de la *wilful ignorance* afecta a infracciones como el contrabando de estupefacientes [46] y en Inglaterra se supone que —aparte de las infracciones de *common law,* el Parlamento no siempre es muy preciso en la caracterización legislativa de los delitos de *strict liability* como tales [47]— del total de 7.200 infracciones individuales existentes en Derecho penal inglés más de la mitad son delitos de *strict liability* [48], parece claro que no se trata de un fenómeno que afecte sólo a supuestos de bagatela.

Por otro lado, puede intentarse desenmascarar la sorpresa (continental) ante esta situación como mero espejismo, afirmando que las instituciones jurídicas mencionadas no suponen casos materiales de responsabilidad objetiva, sino que se refieren a meras reglas de carga de la prueba y de configuración de ésta [49]. Como es natural, aquí no puede entrarse en la delimitación de Derecho penal material y Derecho de prueba. Pero si la idea directriz de la monografía de RAGUÉS —la determinación del dolo se halla indisolublemente unida a las correspondientes reglas de prueba— ha demostrado algo en este contexto, es que la construcción de conceptos dogmáticos es impensable sin una operacionalización para su aplicación [50].

---

[44] Cfr., por ejemplo, MERLÉ-VITU, *Traité de Droit criminel,* t. I (nota 41), p. 747: «les incriminations contraventionelles sont toujours établies dans une perspective de police, au sens administratif du terme»; SPENCER, en *Freiburg-Symposium* (nota 33), p. 437: «The classic area in which strict liability is imposed is what are often referred to as "public welfare offences" or "regulatory offences"... or in other words, where it is matter of *malum prohibitum* rather than *malum in se*».

[45] Cfr. B. (A Minor) Appellant v. Director of Public Prosecutions Respondent (2000) 2 A.C. 428 [se trataba de un caso en el que el condenado —un chico de quince años de edad— había solicitado a la víctima —una chica de trece años, la edad decisiva está en catorce años— en un autobús en varias ocasiones que le practicara una felación (aquí concluye el supuesto de hecho; no sucedió nada más; el Derecho penal inglés difícilmente puede ser superado en casos exóticos)] y R. v. K. (2002) 1 Cr. App. R. 13.

[46] Cfr. el exhaustivo análisis de un caso en CHARLOW, 70 *Tex. L. Rev.,* 1992, pp. 1418 ss.

[47] Sobre estas dificultades a la hora de averiguar si una determinada infracción es de *strict liability,* PIÑA ROCHEFORT, *La estructura...* (nota 42), pp. 75 ss.

[48] ALLEN, *Elliot and Wood's Cases and Materials on Criminal Law,* 2001, p. 184.

[49] *Vid.* la argumentación de *Spencer*, en *Freiburg-Symposium* (nota 33), p. 439.

[50] Cfr. RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo...* (nota 10), pp. 18 y 357 ss.; en sentido próximo respecto del tema aquí tratado, MERLÉ y VITU, *Traité de Droit criminel,* t. I (nota 41), pp. 746 s.

d) Cabe constatar también aquí que aunque quepa relativizar hasta cierto punto las diferencias en la resolución de casos equivalentes, sí existen divergencias notables entre ordenamientos, cuya existencia de nuevo provoca la cuestión de cuál es la función de "la" imputación subjetiva.

4. Paradojas: algunos fenómenos en la evolución de los sistemas de imputación

a) A la hora de tomar en consideración hechos sociales fundamentales, intuitivamente se tiende a percibirlos como pertenecientes a cualquier forma de sociedad humana, como "constante antropológica". La existencia de un escalón de imputación subjetiva, el criterio de la llamada (en la terminología habitual) "evitabilidad" en cuanto estructura social decisiva es un hecho social de estas características, profundamente enraizado en la vida diaria de las formas sociales de la actualidad [51].

b) Sin embargo, es de conocimiento general que la existencia de una imputación subjetiva en el sentido actual no es, en absoluto, una constante histórica. Por el contrario, en el plano empírico se han documentado otras formas de imputación completamente distintas [52]. En primer lugar, puede tratarse de una mera asociación de un suceso a imputar a una determinada persona con base en criterios que desde la perspectiva de nuestro modelo de imputación han de parecer absurdos; así, por ejemplo, en el caso de ciertos aborígenes en Australia: la primera persona con la que se encuentren los encargados de la imputación en la misma dirección en la que ha atravesado la primera hormiga la tumba reciente de la víctima de un homicidio es la que debe perder su vida por el homicidio [53]. O el dios del trueno Chono, perteneciente al mundo religioso de los guayaquís en el este del Paraguay, mata a un niño pequeño del grupo con un rayo; el tío del niño lo venga matando otro niño del grupo, que se identifica por el propio matador con base en un procedimiento muy complejo que depende de las relaciones de parentesco; sin reproche alguno, esto es asumido pasivamente por todos, incluyendo a los padres de la nueva víctima — sólo puede ocurrir que el "tío" totémico del segundo niño mate, deba matar a continuación a un nuevo niño; en todos los casos, puede suceder perfectamente que la víctima seleccionada sea un niño por el que el matador siente un especial afecto [54]. En segundo lugar, también puede suceder que se haga responsable de una lesión a alguna de las personas que han intervenido en su causación, aun

---

[51] Cfr. sólo HASSEMER, *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts,* 2.ª ed., 1990, pp. 212 ss., 217 ss., con ulteriores referencias; JAKOBS, en WITTER (Hrsg.), *Der psychiatrische Sachverständige im Strafrecht,* 1987, pp. 271 ss., 273 (*ADPCP,* 1989, pp. 633 ss.).

[52] Cfr. la clasificación reproducida por HASSEMER, *Einführung* (nota 51), p. 217.

[53] Ejemplo extraído del conocido estudio de FAUCONNET, «Warum es die Institution "Verantwortlichkeit" gibt», extracto de *La responsabilité,* 1920, versión alemana en LÜDERSSEN y SACK (ed.), *Seminar: Abweichendes Verhalten II. Die gesellschaftliche Reaktion auf Kriminalität 1,* 1975, pp. 293 ss., 302; al respecto, *vid.*, por todos, MÜLLER-TUCKFELD, *Integrationsprävention. Studien zu einer Theorie der gesellschaftlichen Funktion des Strafrechts,* 1998, pp. 170 ss.

[54] Cfr. el estudio de CLASTRES, *Crónica de los indios guayaquís,* 1998, pp. 175 ss. (*Chronique des indiens guayaki,* 1972).

tratándose de modo evidente de un supuesto de inevitabilidad completa (responsabilidad por el resultado): en este ámbito, la mitología de la Antigüedad o la vida cotidiana —es decir: las formas de imputación extrajurídica— ofrecen numerosos ejemplos. Piénsese en Edipo rey [55] o en las "disculpas" que se piden todos los días por hechos inevitables, y, en una constelación algo menos cotidiana, en el argumento del *Homo faber* de Max FRISCH [56]. En tercer lugar, incluso llega a suceder que se imputa "penalmente" a determinados elementos naturales (como sucedía hasta tiempos más recientes con algunos animales): piénsese en los latigazos que el rey persa Jerjes hizo dar al mar en el Bósforo después de que un gran oleaje impidiera el paso de su ejército por el estrecho, de camino hacia la batalla de las Termópilas. Se trata en todos estos casos de atribuciones en las que no se lleva a cabo una imputación subjetiva en el sentido jurídico-penal actual.

c) ¿Qué puede significar esto para el tema de las presentes consideraciones? Quizás un beneficio de conocimiento mediante comparación: un intento de reconstrucción de las razones de estas evoluciones hasta la situación en sistemas jurídico-penales modernos podría aportar ciertas conclusiones respecto del actual entendimiento de la imputación subjetiva. En particular, tal indagación podría complementar el punto de vista habitual en torno al surgimiento de la necesidad de imputación subjetiva: que ésta es consecuencia de un proceso de reivindicación de determinadas posiciones jurídicas del individuo frente al Estado y su *ius puniendi.*

> Esta línea de reflexión, sin embargo, tiene como presupuesto que todas estas modalidades de imputación, para nosotros exóticas, se encuentren en un mismo contexto, es decir, que cumplan o cumplieran una función al menos parcialmente coincidente. Con ello se introduce la discusión en torno al carácter universal de la pena, una discusión que aún en la actualidad es fuente de intensas controversias [57]. El interés de conocimiento en esa discusión es distinto al de las presentes consideraciones: se trata de determinar si existen sociedades humanas sin pena, una pregunta cuya respuesta se considera importante para la posibilidad de una abolición del Derecho penal. Por supuesto que aquí no se intentará reproducir esta discusión, pero puede decirse que, por un lado —también por parte de la tradicional bibliografía jurídico-penal [58]—, se parte, sin mayor reflexión, de que la pena es una verdadera constante antropológica, mientras que, en el otro lado —más bien por parte de criminólogos—, haciendo referencia sobre todo a sociedades organizadas de modo no estatal, se afirma lo contrario,

---

[55] Por ejemplo, JAKOBS, *Die Idee der Normativierung in der Strafrechtsdogmatik* (manuscrito), II.D.2.A), *in fine*.

[56] El protagonista Walter Faber se enamora de su propia hija —de cuya existencia nada sabe—, mantiene relaciones sexuales con ella y asiste a su muerte por una picadura de serpiente —todo inevitable—; Faber, a pesar de ello, como se comprenderá fácilmente, se siente culpable.

[57] Cfr. sólo recientemente la discusión entre HÖFFE —quien no sólo defiende la tesis de la universalidad, sino la factibilidad de un Derecho penal mundial universal e intercultural— y SCHEERER —en la línea abolicionista clásica—, ambos en ESER, HASSEMER y BURKHARDT (ed.), *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende. Rückbesinnung und Ausblick,* 2000, respectivamente, pp. 307 ss. y 345 ss.

[58] Por ejemplo, STRATENWERTH, *AT*[4]*,* pp. 1-3.

es decir, que la convivencia humana sin pena es posible [59]. Sin pretender dar respuesta a esta cuestión, quizás pueda aventurarse la siguiente hipótesis: parece correcto —en esta medida— colocar la pregunta en un alto nivel de abstracción: es decir, la limitación de la cuestión a la forma social "sociedades con organización estatal" no hace justicia al carácter fundamental del problema [60]. Pero precisamente, desde esta perspectiva, la pregunta relativa al carácter universal o no de la pena debe contestarse afirmativamente, como habrá de exponerse a continuación.

Con ello, adquiere sentido la siguiente cuestión, que quizás pueda aportar algo al objeto de reflexión que aquí interesa: ¿por qué la modalidad de imputación "imputación subjetiva", tal y como la conocemos, no es universal?

La respuesta tiene como presupuesto la siguiente consideración: desde el punto de vista histórico, el proceso que conduce a esta situación tiene lugar mediante el "desencantamiento" o la "desmitificación del mundo" [61], es decir, por la pérdida de sentido del mundo, que después es mera existencia y, con ello, materia maleable por el ser humano. *E contrario,* KELSEN [62], esto puede formularse también afirmando que de manera especialmente drástica, son precisamente aquellos fenómenos de imputación que nos parecen especialmente exóticos —los de mera "asociación" de suceso y reacción— los que pueden presentarse desde esta perspectiva como genuinos fenómenos de imputación si se percibe que la pérdida de sentido constituye una exclusión del medio ambiente de la esfera social: el "desencantamiento del mundo" es una "desocialización" del mundo. O, considerado desde la perspectiva de la distinción sociológica entre expectativas cognitivas y expectativas normativas [63]: la desmitificación supone un desplazamiento del límite entre expectativas cognitivas y normativas; los sucesos naturales —incluyendo los hechos humanos inevitables— ya no se viven como fenómenos comprensibles mediante expectativas normativas, sino como susceptibles de modificación por actos humanos, como mundo cognitivo [64].

---

[59] Cfr. sólo SCHEERER, *op. cit.,* pp. 345 ss., 347 ss., con las correspondientes referencias; son clásicos los trabajos de MALINOWSKI (*Crime and Custom in Savage Society,* 1926) o CHRISTIE (*Conflicts as property, BritJCrim* 17, 1977, pp. 1 ss.).

[60] En esta medida, el planteamiento de SCHEERER, *op. cit.,* pp. 347 s., parece adecuado —otra cuestión es que precisamente en el contexto de los objetivos perseguidos por este sector doctrinal tenga mucho sentido intentar encontrar alternativas de desarrollo para las sociedades actuales en estadios de evolución preestatales, y si no puede ser que estas propuestas implican una privatización en la que la violencia (desde esa perspectiva: como instrumento de dominación, *Scheerer, op. cit.,* p. 349) no es eliminada o reducida, sino sólo desformalizada [cfr. la toma de posición crítica desde la perspectiva de la figura de la víctima en CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima...* (nota 14), pp. 229 ss., con ulteriores referencias].

[61] Cfr. JAKOBS, *Schuldprinzip* (nota 5), pp. 10 ss.; ÍDEM, en NEUMANN y SCHULZ (ed.), *Verantwortung in Recht und Moral,* 2000, p. 67; LESCH, *JA,* 1994, p. 597.

[62] Pues de acuerdo con KELSEN, precisamente para la concepción "primitiva de la naturaleza", la "'naturaleza' es parte de la sociedad"; cfr. *Vergeltung und Kausalität* (1941), reimpresión 1982, título del § 16, cfr. pp. 26 ss., 46 ss. con numerosos ejemplos.

[63] Cfr. sólo LUHMANN, *Rechtssoziologie,* 1987, pp. 40 ss.; ÍDEM, *Das Recht der Gesellschaft,* 1993, pp. 131 ss.

[64] Sobre el hecho de que esa frontera no es "natural" *vid.* sólo LUHMANN, *Das Recht der Gesellschaft,* pp. 133 s.; JAKOBS, *AT*^{2}, pp. 1-4, nota 6; MÜLLER-TUCKFELD, *Integrationsprävention...* (nota 53), pp. 58 s.

> Por ello —como antes se anunciaba—, siempre que se parta de un concepto de "pena" lo suficientemente formalizado, la tesis de la universalidad parece correcta, también respecto de sociedades que no están organizadas en un Estado. Pues precisamente el fenómeno antes aludido del desplazamiento (desde nuestra perspectiva actual) de la delimitación entre expectativas cognitivas y normativas (la mayoría de las expectativas son de carácter normativo, la naturaleza tiene sentido en muchas vertientes) muestra que siempre ha habido reacciones frente a casos de infracción de una norma impuestas a costa del responsable.

La conclusión provisional, por lo tanto, es la siguiente: la forma de imputación "imputación subjetiva" deriva de la vivencia del mundo como algo que sólo es, que es susceptible de modificación por medio de un comportamiento humano de planificación. La ausencia del esquema de interpretación "planificabilidad" es la que explica cómo pudieron existir con pleno sentido social la imputación mediante asociación, la responsabilidad por el resultado o la imputación a elementos naturales. Con ello, puede pensarse que se ha dado un paso en dirección a mostrar que la pregunta por la función del lado subjetivo está justificada: la imputación subjetiva no es una constante antropológica, sino que ha sido generada en un proceso histórico; quizás las razones de esta evolución permitan comprender determinadas características de la función actual. Sólo muy brevemente ha de acotarse que este diagnóstico específicamente penal coincide con determinadas construcciones extrajurídicas en las ciencias sociales desde George Herbert MEAD: "individualidad" o "individualización" como proceso social [65].

IV. PRIMEROS PUNTOS DE PARTIDA PARA UNA RECONSTRUCCIÓN DE LAS BASES DE UNA DOGMÁTICA DE LA IMPUTACIÓN SUBJETIVA: LA IMPUTACIÓN SUBJETIVA COMO ORGANIZACIÓN DESCENTRALIZADA

A continuación se intentará obtener quizás alguna constatación útil para los fundamentos de la dogmática de la imputación subjetiva en relación con los fenómenos mencionados hasta ahora, fenómenos que pueden resultar paradójicos desde la perspectiva de una fundamentación segura de un escalón de imputación subjetiva. Para ello, se intentará examinar la función de la imputación subjetiva desde el punto de vista de su génesis (antes aludida *supra* III.4) en la evolución de los sistemas sociales; con ello, se abre la vía para varias hipótesis iniciales en torno a la concepción de la imputación subjetiva.

La imputación subjetiva surge —como antes se ha expuesto— porque la imagen del mundo en las sociedades modernas se transforma. Visto desde esta perspectiva, por tanto, es un fenómeno objetivo, histórico, social el que genera la aparición

---

[65] Cfr. respecto de la filosofia social sólo HABERMAS, en ÍDEM, *Nachmetaphysisches Denken. Philosophische Aufsätze,* 1992, pp. 187 ss.; en las aproximaciones de historiadores, *vid.*, por ejemplo, VAN DÜLMEN, en ÍDEM, *Entdeckung des Ich. Die Geschichte der Individualisierung vom Mittelalter bis Gegenwart,* 2001, p. 1.

de esta estructura de imputación. Desde este punto de vista, la imagen interna de la relación entre norma y autor, la imagen de un imperativo, no cuadra desde un principio para explicar algo previo: el porqué de la necesidad de imputación subjetiva. De hecho, aquí se pretende seguir una aproximación distinta, que se ubica precisamente en el lado opuesto y que sobre todo ha sido desarrollada por JAKOBS: los hechos psíquicos *per se* no significan nada en absoluto, pues el requisito de la imputación subjetiva ha de poder explicarse de modo inmanente al sistema jurídico-penal en cuanto estructura de imputación [66].

Ante este trasfondo, la tesis principal a la que se puede arribar es la siguiente: la imputación subjetiva es una "autoadministración" [67] adscrita; una modalidad de "organización descentralizada" [68], una estructura objetiva de imputación, una atribución [69].

A la hora de abordar la cuestión de la función del lado subjetivo del delito —siguiendo también en esto a JAKOBS [70]— quizás pueda comenzarse del modo más llamativo en la transición de la forma de imputación "responsabilidad por el resultado" a la estructura de imputación de la actualidad. JAKOBS expone que tampoco la responsabilidad por el resultado constituye una mera responsabilidad por la causación, puesto que no todos los causantes son considerados competentes, sino que precisamente se trata de aislar como decisiva una de las acciones con efectos causales [71]. Sin embargo, según JAKOBS, tal modelo de imputación (casual desde nuestra perspectiva actual) no es un instrumento adecuado para que funcione con él una sociedad de cuya identidad no forma parte la fe en un orden divino o mítico-natural, sino en la cual los seres humanos se hallan recíprocamente imbricados en régimen de reparto de tareas, siendo por ello necesario que se reconozcan por parte de los intervinientes determinados límites a la capacidad de control de los demás [72]. Ésta es la consecuencia que deriva del proceso antes esbozado de desmitificación del mundo.

Pero ¿por qué en el mundo moderno no sucede lo contrario? Es decir, ¿por qué a la fijación por las consecuencias del comportamiento y sólo por las consecuencias del comportamiento que es propia de la responsabilidad por el resultado no le sigue la consideración exclusiva de determinados estándares de com-

---

[66] Cfr. respecto de lo que sigue JAKOBS, en *Verantwortung in Recht und Moral* (nota 61), pp. 57 ss., 68 s.; cfr. también —en parte, poniendo el acento en otros elementos distintos— MÜSSIG, *Mord und Totschlag...* (nota 10), pp. 171 ss.

[67] JAKOBS, en *Verantwortung in Recht und Moral* (nota 61), p. 68.

[68] MÜSSIG, *Mord und Totschlag...* (nota 10), p. 171.

[69] Cfr. sólo HRUSCHKA, *FS Kleinknecht,* pp. 191 ss., 194 ss.

[70] Cfr. la exposición detallada en *Der psychiatrische Sachverständige im Strafrecht* (nota 51), pp. 271 ss., 272 ss.; *vid.* también ÍDEM, *AT*^{2}, pp. 6-24, e ÍDEM, *Schuldprinzip* (nota 5), pp. 7 ss.

[71] En *Der psychiatrische Sachverständige* (nota 51), pp. 272 s.; ÍDEM, *Schuldprinzip* (nota 5), pp. 11 s.; de modo paralelo cabe decir que tampoco las formas de imputación por medio de asociación son mera responsabilidad fortuita en sentido estricto: también en este ámbito existen reglas, que incluso pueden ser muy complejas.

[72] Cfr. JAKOBS, en *Der psychiatrische Sachverständige* (nota 51), pp. 272 s.; ÍDEM, *Schuldprinzip* (nota 5), pp. 11 s.

portamiento a establecer con base en cierto rol social sectorial? Según JAKOBS, tal estandarización radical sería impracticable porque conduciría de modo coherente a una responsabilidad a determinar también de modo "objetivo" —aunque en otro sentido—, es decir, conforme a determinados criterios pertenecientes a un rol individual, que limitaría también el contenido expresivo de la pena exclusivamente a aquel rol en el que la infracción de la norma se haya producido. Y parece claro que (en el Derecho penal de la actualidad) «es precisamente cometido de esta imputación hacer posible un distanciamiento del autor lo más completo posible» [73]. En consecuencia, desde esta perspectiva la existencia de la imputación subjetiva, el criterio de la evitabilidad, se explica de modo interno al Derecho penal por la necesidad existente en el proceso de imputación de pasar por encima de diversos roles parciales, pues «concurriendo la respochabilidad subjetiva, el fallo no sólo encuentra fundamento en los elementos de identidad del portador de un rol, sino que afecta también a aquella parte del sujeto que en varios roles genera la unidad del autor, es decir, los elementos de identidad independientes de un rol» [74].

Llegados a este punto, podría pensarse que en este paso de argumentación por fin ha aparecido una especie de núcleo último del individuo, precisamente ese sujeto que da a todas las máscaras sociales parciales, a los roles, una especie de sustrato fáctico común. Sin embargo, como es natural, este entendimiento no cuadraría con el conjunto de la aproximación expuesta. Los «elementos de identidad independientes de los roles» que generan la unidad del sujeto suponen a su vez, como no podía ser de otro modo, un rol social —o, sin referencia al autor en la formulación: una estructura de imputación—, el rol del sujeto que planifica como elemento del injusto, referido a los contenidos del injusto objetivo determinados por las normas, cuya evitación debe producirse [75]. De acuerdo con las últimas aportaciones de JAKOBS, esto pertenece al contexto general, determinado normativamente, del conjunto del lado subjetivo del hecho: también aquí —y no sólo en el ámbito de la culpabilidad— se trataría de determinados hechos psíquicos en cuanto «indicadores de la concurrencia [del]... déficit de una fidelidad insuficiente al ordenamiento jurídico» [76]. Por ello, JAKOBS ahora usa el término "personalización" en lugar del de "subjetivización" [77].

Esta reflexión quizás también pueda contribuir a explicar por qué razón la forma actualmente existente de estandarización —aunque no tan radical [78]—, es decir, los delitos de peligro abstracto, no sustituye por completo a la alternativa de impu-

---

[73] JAKOBS, en *Der psychiatrische Sachverständige* (nota 51), pp. 274 s., 284.

[74] JAKOBS, *AT*^{2}, pp. 6-24; cfr. también ÍDEM, en *Der psychiatrische Sachverständige* (nota 51), pp. 274 ss., 284.

[75] Como es sabido, la valoración de la no evitación en el campo de la dirección de la motivación es distinta; cfr. sólo JAKOBS, *Schuldprinzip* (nota 5), pp. 12 ss.

[76] *Die Idee der Normativierung in der Strafrechtsdogmatik* (manuscrito), II.B., 2.º párr. *in fine*.

[77] JAKOBS, en *Verantwortung in Recht und Moral* (nota 61), p. 67.

[78] Pues en este ámbito la estandarización consiste en la fijación de un determinado comportamiento como tal estándar, sin que el autor deba establecer la conexión con las consecuencias; sigue mante-

tación de plena descentralización: en una sociedad que no está "anonimizada" por completo —en una sociedad con espacios libres necesarios para la configuración de contactos sociales— la normación jurídico-penal no puede tener lugar exclusivamente a través del establecimiento de estándares de conducta.

Desde esta perspectiva, por tanto, la imputación subjetiva no deriva de elementos condicionantes previos al sistema del Derecho penal, sino que es —como antes se anunciaba— una cuestión interna de imputación.

De la constatación del carácter de la imputación subjetiva como estructura de imputación cabe extraer en forma de hipótesis algunas primeras repercusiones de carácter general en materia de configuración dogmática de los contenidos correspondientes:

a) La imprudencia y el dolo, en cuanto estructuras de imputación, conceptualmente no se hallan vinculados a datos psíquicos. Por ello, existe la posibilidad de llevar a cabo una "normativización" —con independencia de cómo deba hacerse—, y ésta ha de regirse por la función de la estructura de imputación. Esto puede parecer una ligereza teniendo en cuenta la situación de Derecho positivo, por ejemplo, en el § 16 StGB o en el art. 14.1 CP español; pero teniendo considerando la diferencia existente en los estándares en materia de mandato de determinación y de prohibición de analogía entre la Parte General y la Parte Especial, esta objeción no parece tener tanto peso (¿qué es lo que significan los términos "conocer" o "error" de modo desvinculado del contexto de regulación?) — y ello con total independencia de que la *praxis* cotidiana de los tribunales materialmente no está vinculada a las doctrinas dominantes en esta materia [79].

b) Sin embargo, partiendo de lo anterior, un "desvío por el Derecho de prueba" como lo ha propuesto últimamente RAGUÉS I VALLÈS es innecesario por ser demasiado poco radical: ha de tratarse de las mismas estructuras en el Derecho material y en el de prueba [80].

c) Entonces, también el discurso reciente de JAKOBS en el sentido de que los elementos de la imputación subjetiva serían «indicadores de la concurrencia [del]... déficit de una fidelidad insuficiente al ordenamiento jurídico» [81], es al menos ambiguo terminológicamente: lo que se supone que "indica" —los hechos como tales— está fuera de la estructura de imputación.

d) Finalmente, si se constata (dentro de diversos sectores normativos de un mismo ordenamiento, o en un análisis comparado de ordenamientos jurídicos próximos) que bajo la apariencia de una vigencia incontestada del principio de respon-

---

niéndose, sin embargo, un lado subjetivo del delito (si bien recortado, referido sólo a la desviación del estándar fijado por la norma) y una pena no (completamente) sectorial.

[79] Ello con independencia de cómo es que deba funcionar la imputación; el hecho de que deba entenderse la imputación subjetiva como estructura objetiva no significa, claro está, que pueda hacerse cualquier cosa, o, dicho en expresión de HRUSCHKA —referida al dolo—, que el dolo (o la imputación subjetiva) sea una atribución, consista en un proceso de imputación, no significa que se trate de un juicio arbitrario (*FS Kleinknecht,* p. 201).

[80] Esta reflexión deriva de una contribución de seminario de JAKOBS (Bonn, 5/2002).

[81] Cfr. JAKOBS, *ZStW,* 114, 2002, pp. 584 ss., 586 s.

sabilidad subjetiva existen modos divergentes de funcionamiento de esas categorías (es indicio de tal situación también la falta de claridad extraordinaria que cabe apreciar en determinados campos de la dogmática), ello significa que en realidad conviven bajo una misma denominación estructuras materialmente distintas, que responderán a funciones también diversas. La dogmática, entonces —como paso previo a cualquier aproximación crítica— deberá comenzar por aprehender esta realidad mediante un esfuerzo de diferenciación.

UNIDAD II: LA IMPUTACIÓN SUBJETIVA

2) RAGUÉS I VALLÈS, Ramon, El dolo y su prueba en el proceso penal, Bosch, Barcelona 1999.

RAMON RAGUÉS I VALLÈS
Profesor de Derecho Penal
Universitat Pompeu Fabra

EL DOLO Y SU PRUEBA EN EL PROCESO PENAL

Prólogo de
Jesús-María SILVA SÁNCHEZ
Catedrático de Derecho Penal
Universitat Pompeu Fabra

1999

JOSE MARIA BOSCH EDITOR — BARCELONA

© 1999 Ramon Ragués i Vallès

Para la presente edición:
© 1999 José M.ª Bosch, editor – Librería Bosch, S.L.
Ronda Universidad, 11
08007 BARCELONA

© Diseño de cubierta:
Luz Bosch

Reservados todos los derechos. De conformidad con lo dispuesto en los arts. 270, 271 y 272 del Código Penal vigente, podrá ser castigado con pena de multa y privación de libertad quien intencionadamente reprodujere, plagiare, distribuyere o comunicase públicamente, en todo o en parte una obra literaria, artística o científica, fijada en cualquier tipo de soporte, sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios.

ISBN.: 84-7698-572-X

Depósito Legal: SE-4590-2003

Impresión: Publicaciones Digitales, S.A.
www.publidisa.com - (+34) 95.458.34.25 (Sevilla)

Printed in Spain – Impreso en España

COMETA, S.A. — Carretera Castellón, Km. 3,400 — Zaragoza 1999

Als meus pares
i als meus germans Jordi i Laura

NOTA PRELIMINAR

Con leves modificaciones el texto de este libro se corresponde con el de la tesis doctoral que bajo el título «La atribución del conocimiento en el ámbito de la imputación dolosa» defendí en la Universitat Pompeu Fabra el día 23 de setiembre de 1998 ante un tribunal presidido por el Prof. Dr. Santiago Mir Puig y compuesto por los Profesores Dres. Enrique Gimbernat Ordeig, José Luis Díez Ripollés, Luis Gracia Martín y M.ª Teresa Castiñeira Palou, quienes por unanimidad otorgaron al trabajo la calificación de sobresaliente *cum laude*. A todos ellos mi gratitud por haber aceptado formar parte del tribunal y por las interesantes observaciones expresadas en el acto de defensa.

A lo largo de los años en que la preparación de este trabajo ha ocupado buena parte de mi tiempo he podido contar con la inestimable ayuda de diversas personas e instituciones, cuya colaboración y apoyo quisiera agradecer ahora. Quede pues constancia de mi gratitud a Raúl Núñez, por haber sido un guía extraordinario en mis incursiones por el Derecho procesal; a los *Mitarbeiter,* los *Gäste* y la secretaria del Rechtsphilosophisches Institut de la Univesidad de Bonn, por haberme ayudado con su afecto a soportar el frío invierno alemán de 1997; a Aurora Albà por su «asistencia técnica» y por su simpatía; a la Direcció General de Recerca de la Generalitat de Catalunya por el apoyo económico prestado y a Fernanda por su ayuda en la corrección del texto. Igualmente toda mi gratitud a aquellas personas que en este tiempo no han dejado nunca de estar a mi lado y de acompañarme con su amistad.

En lo que a agradecimientos respecta merecen sin duda una mención especial mis compañeros del Área de Derecho penal de la UPF —Pablo Sánchez-Ostiz, David Felip, Guillermo Benlloch, Ricardo Robles y Nuria Pastor—, por sus enseñanzas y por su afecto. También la merece el Prof. Dr. Günther Jakobs, por haberme acogido diversas veces en su Instituto de Bonn con gran hospitalidad y por haber encauzado mi tarea investigadora con multitud de ideas. Finalmente, y sin perjuicio de

las anteriores palabras, todo mi agradecimiento a mi maestro, el Prof. Dr. Jesús María Silva, por su ayuda y aliento en la preparación de esta obra, por haber hecho realidad mis deseos de dedicarme a la Universidad y al Derecho penal y, en definitiva, por ser para mi un auténtico modelo a seguir tanto en lo profesional como en lo humano.

Barcelona, mayo de 1999

ABREVIATURAS EMPLEADAS

§	parágrafo
A	Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia
ACR	Archiv des Criminalrechts
ADPCP	Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales
AG	Amtsgericht (juzgado de primera instancia)
AK-StGB	Kommentar zum Strafgesetzbuch (Reihe Alternativkommentare)
AK-StPO	Kommentar zur Strafprozeßordnung (Reihe Alternativkommentare)
AP	Actualidad Penal
ATS	Auto del Tribunal Supremo (Sala 2ª si no consta lo contrario)
BGH	Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo Federal alemán)
BGHSt	Repertorio jurisprudencial del BGH en asuntos penales (colección oficial)
C	conclusión
Cap./Caps.	Capítulo/Capítulos
CC	Código Civil
CE	Constitución española
CEJ	Centro de Estudios Judiciales
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
comp.	compiladores
CP(95)	Código Penal (de 1995)
CP73	Código Penal de 1973
CPC	Cuadernos de Política Criminal
CPM	Código Penal Militar
CDJP	Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal
DP	Doctrina Penal
ed.	editor/edición
FJ	fundamento jurídico
frag.	fragmento

(-FS)	Festschrift für (Libro homenaje a)
GA	Goltdammer's Archiv für Strafrecht
GS	Der Gerichtssaal
(-GS)	Gedächtnisschrift für (Libro en memoria de)
JA	Juristische Arbeitsblätter
JR	Juristische Rundschau
Jura	Juristische Ausbildung
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
KK	Karlsruher Kommentar zur Strafprozeßordnung
KrimJ	Kriminologisches Journal
LECr	Ley de Enjuiciamiento Criminal
lib.	libro
LK	StGB Leipziger Kommentar
L/R	Löwe/Rosenberg Strafprozeßordnung
MDR	Monatsschrift für deutsches Recht
MSchrKrim	Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform
NACR	Neues Archiv des Criminalrechts
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NK	Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch
nº marg.	número marginal
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
ÖJZ	Österreichische Juristenzeitung
OLG	Oberlandesgericht (Tribunal Superior del Land)
ÖZSt	Österreichische Zeitschrift für Strafrecht
pf.	párrafo
p./pp.	página/páginas
PM	premisa mayor
pm	premisa menor
PJ	Poder Judicial
RDP	Revista de Derecho Procesal
RDPC	Revista de Derecho Penal y Criminología
reimp.	reimpresión
RG	Reichsgericht (Tribunal Supremo del Imperio Alemán)
RGSt	Repertorio jurisprudencial del RG en asuntos penales (colección oficial)
RIDPP	Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale
RJCat	Revista Jurídica de Cataluña
RPI	Reglamento de la Propiedad Industrial
s/f.	sin fecha
s/nº	sin número de página
s/ss	siguiente/siguientes
SK	Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch
S/S	Schönke/Schröder Strafgesetzbuch Kommentar

STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
StGB	Strafgesetzbuch (Código Penal alemán)
StPO	Strafprozeßordnung (Ordenanza Procesal Penal alemana)
STS	Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 2ª si no consta lo contrario)
StV	Strafverteidiger
tít.	título
TC	Tribunal Constitucional
trad.	traducción
TS	Tribunal Supremo
vol.	volumen
WK	Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

PRÓLOGO

Escribo estas líneas en el tren de Bonn a Múnich, a donde viajo para asistir a la investidura de Enrique Gimbernat como Doctor *honoris causa*. Supongo que es esto lo que hace que recuerde las palabras con las que el propio Gimbernat iniciaba su prólogo a la memorable obra de Diego Luzón sobre la legítima defensa. Decía Gimbernat que, cuando un recién licenciado le viene a uno pidiendo que le dirija la tesis doctoral, no se sabe muy bien en qué va a acabar la cosa. Por mi parte, tengo muy fresca la imagen del día en que Ramon Ragués me vino a ver a tal efecto. Yo estaba en mi circunstancial despacho de Director del Centro de Estudios Jurídicos de la Generalidad de Cataluña y nuestra conversación me reveló ya sus grandes cualidades: vocación, inteligencia, tenacidad, capacidad de sacrificio. Por supuesto, también entonces tuve presentes las palabras de Gimbernat, pero lo cierto es que intuí que la Universidad española podía esperar grandes cosas de Ramon Ragués.

De Ramon (sin acento ortográfico, en catalán, como es su nombre) la Universidad ya ha obtenido varias cosas. Quienes estamos cerca de él sabemos de su excepcional capacidad investigadora, que le ha permitido en poco tiempo culminar una gran monografía, a la vez que escribir otros trabajos, realizar traducciones, colaborar en obras generales... y, lo que es más importante, ayudar a todo el que ha necesitado de su colaboración desinteresada. De su capacidad de organización dan cuenta, por lo demás, los seminarios internacionales celebrados en los últimos años en nuestro Área de Derecho penal, así como los múltiples proyectos de investigación en que nos hemos embarcado, y en los que seguimos trabajando. Pero, sobre todo, como decía, de Ramon Ragués hemos obtenido ya un gran libro sobre el dolo. Ciertamente, el mejor escrito en lengua castellana; y —se dirá que me ciega la pasión— me atrevería a decir que quizá se trate del mejor libro que jamás se haya escrito sobre el concepto jurídico-penal de dolo.

El Dr. Ragués empieza por examinar las diversas posturas enfrentadas sobre el significado del dolo, para entrar después en los dos puntos

que constituyen el objeto central de la discusión. Concretamente, la opción entre la concepción volitiva y la cognitiva, por un lado; y la opción entre la concepción psicológica y la normativa, por el otro. Su propuesta de acoger la tesis cognitiva y, además, asumir que ésta no puede construirse en términos psicológicos, sino sólo normativos, es sumamente rica en consecuencias. Ello, no sólo en el plano de la elaboración jurídica de los conceptos, sino también, y de modo muy especial, en el de su aplicación práctica. En este sentido, merece una mención especial el originalísimo e ingente esfuerzo constructivo realizado al conformar un sistema de criterios de atribución del conocimiento en el ámbito de la imputación dolosa. De este modo, entre otras cosas, se sientan las bases de una redelimitación de los ámbitos de competencia del Derecho penal sustantivo y el Derecho procesal de la prueba. Pero, sobre todo, por esta vía se puede proporcionar a los jueces y tribunales criterios más seguros y fiables con los que determinar cuándo procede imputar un hecho a título de dolo; criterios muy superiores a la tradicional visión procesal del problema, asentada en la prueba de indicios y en la íntima convicción del juzgador. Con ello se demuestra, por lo demás, que realizar trabajos dogmáticos sirviéndose del método más moderno no sólo no es incompatible con la obtención de resultados prácticos, sino que precisamente lo uno y lo otro se hallan en perfecta sintonía. Pocas veces resulta tan cierta la máxima clásica *«nulla praxis sine theoria»*.

Al final de su prólogo al libro de Luzón, al que aludí al principio de estas líneas, Gimbernat invitaba al lector escéptico a leer el libro... y a asombrarse. En el acto de la defensa oral de la tesis de Ramon Ragués, el propio Gimbernat, que formaba parte del Tribunal, manifestó públicamente que esta obra era excepcional, extraordinaria, magnífica... que se le acababan los adjetivos a la hora de calificarla. No seré yo quien quite una letra a sus palabras.

Jesús-María Silva Sánchez
Catedrático de Derecho penal

Bonn/Múnich, 28 de julio de 1999.

INTRODUCCIÓN

A lo largo de su historia, la Ciencia jurídico-penal no parece haber mostrado una especial preocupación por cómo sus conceptos, definiciones y constructos teóricos debían ser llevados a la práctica. Como disculpa a este desinterés a menudo se ha apelado a la separación entre «cuestiones conceptuales» y «problemas probatorios», afirmándose que la aplicación de los conceptos es una cuestión cuyo estudio compete a los especialistas en Derecho procesal y no en Derecho penal material. Debe reconocerse que este último argumento podría resultar suficiente si desde la doctrina procesalista se hubieran desarrollado criterios acerca de la traslación práctica de conceptos tan importantes para la aplicación cotidiana del Derecho penal como, por citar algunos, «causalidad», «dolo» o «imputabilidad»; pero no ha sido éste el caso. El problema de cómo deben aplicarse los conceptos jurídico-penales ha caído «en tierra de nadie» y tan sólo la jurisprudencia se ha enfrentado a él aunque, por regla general, de forma asistemática.

Es posible que en las últimas décadas las cosas hayan cambiado un tanto y, en este sentido, puede encontrarse ya un cierto desarrollo doctrinal sobre la aplicabilidad de algunas construcciones teóricas. Un buen ejemplo al respecto lo constituye el debate sobre la «prueba de la causalidad», propiciado por significativas resoluciones judiciales tanto en España como en Alemania. Sin embargo, en lo que respecta a la cuestión de la «prueba del dolo» queda un trecho mucho más largo por recorrer. El número de trabajos sobre este tema es todavía muy limitado en Alemania, mientras que en España no ha salido aún de un estado que puede ser calificado de embrionario. La doctrina acepta que ésta es una cuestión especialmente intrincada y que tiene además una enorme importancia práctica, pero hasta el día de hoy no se ha planteado un debate en profundidad sobre el problema y sus posibles soluciones.

El hecho de que no existan criterios asentados para establecer cuándo en un caso concreto concurren aquellos datos fácticos que se consideran presupuesto aplicativo del concepto de dolo (el conocimiento y, se-

gún los autores, la voluntad), lleva a un serio cuestionamiento de los beneficios que la elaboración dogmática ha sido capaz de aportar al ámbito de la imputación subjetiva. Basta con un somero repaso a la praxis para apreciar cómo, pese a operarse en ella con conceptos de dolo muy parecidos, supuestos de hecho idénticos desde un prisma objetivo, se resuelven de forma bien diversa. Esta circunstancia permite afirmar que la pretensión de aportar seguridad jurídica en esta materia no sólo requiere del análisis de los conceptos a emplear, sino también de cómo éstos son trasladados al proceso.

La principal finalidad de este trabajo es contribuir a llenar el vacío teórico que se aprecia en todo lo que atañe a la aplicación práctica del concepto de dolo. Al respecto, y ya de entrada, puede plantearse la duda sobre si ésta es una tarea que compete al Derecho penal o al Derecho procesal. A ello puede responderse que, cuando se parte de una visión de la dogmática penal como disciplina práctica, la aplicabilidad de los conceptos y definiciones es una premisa que debe ser tenida en cuenta en el momento mismo de la elaboración dogmática, siempre que no quiera convertirse esta tarea en una labor meramente *teórica*, empleado este último término en su acepción más negativa. Además, un correcto análisis de la aplicación de conceptos y de los problemas que ésta plantea requiere un conocimiento profundo del Derecho material. Tal vez por este motivo los escasos trabajos que existen sobre estas cuestiones han sido casi siempre obra de «penalistas» y no de «procesalistas».

El trabajo se divide en tres grandes partes, dedicándose la primera de ellas al estudio del *concepto de dolo*. Una primera posibilidad para enfocar esta cuestión podría haber pasado por acoger el concepto mayoritario y, sin más, entrar en el análisis de sus vías de aplicación. Sin embargo, y dado que dicho concepto no se considera acertado, se ha tratado de aportar una justificación detallada sobre por qué debe partirse de una noción distinta. Así, este trabajo quiere servir también para poner de relieve los problemas y contradicciones que se aprecian en la perspectiva mayoritaria que define el dolo como «conocimiento y voluntad», aportando una visión crítica de la concepción tradicional que se vincula a significativos nombres de las Ciencias penales española y alemana y que cada vez parece contar con argumentos más sólidos a su favor. En este sentido se ha querido hacer especial hincapié en la idea de que abandonar los postulados más clásicos no implica un cambio radical en la solución de los casos, entre otras cosas porque, como se intenta poner en evidencia, la doctrina mayoritaria trabaja con un concepto que a menudo no coincide con el que enuncia a nivel de meras declaraciones teóricas: la voluntad en el dolo ha sido abandonada —explícita o tácitamente— por la mayor parte de la doctrina.

Esta Primera Parte se estructura en cuatro grandes bloques. En el primero de ellos (*Cap. I*) se aportan los conceptos básicos que deben hacer comprensibles al lector tanto el debate histórico como el actual sobre la cuestión de la imputación dolosa. En un segundo apartado (*Cap. II*) se ofrece una perspectiva histórica de las posturas doctrinales que, sobre el concepto de dolo, fueron defendidas hasta aproximadamente los años cincuenta del presente siglo. El número de trabajos que se ocupan de esta materia es bastante elevado y, por este motivo, sólo se aporta aquí una visión panorámica de las teorías más extendidas, sin perjuicio de que se preste cierta atención a algunos planteamientos anteriores al siglo XIX por entender que su olvido, prácticamente absoluto, no siempre ha estado justificado. El tercer bloque (*Caps. III y IV*) se dedica a mostrar una visión global del actual estado de la cuestión haciendo hincapié, por un lado, en la idea de que, pese a las evidentes discrepancias terminológicas, actualmente existe prácticamente acuerdo sobre la cuestión conceptual del dolo y, por otro lado, mostrando en detalle las perspectivas más rupturistas que han surgido en los últimos años. La Primera Parte acaba con la exposición del concepto de dolo que se considera adecuado (*Cap. V*) y con una crítica a las habituales triparticiones del dolo (*Excurso*).

La Segunda Parte del trabajo se dedica al análisis de la *determinación procesal del dolo*, es decir, a establecer en qué deben basarse las afirmaciones judiciales de acuerdo con las cuales se entiende que en un caso concreto un sujeto ha actuado dolosamente. Las grandes respuestas a esta cuestión son, muy a grandes rasgos, dos. Por un lado, algunos autores entienden que, para afirmar que alguien ha actuado dolosamente, el juez debe averiguar determinados fenómenos de naturaleza psicológica (*Caps. VII y VIII*); por otro lado, y en contra de la anterior perspectiva, otros autores defienden que, para poder llevar a cabo tal afirmación, al juez no le queda otro remedio que partir de datos distintos a unos fenómenos psicológicos de imposible averiguación (*Cap. IX*). Esta Segunda Parte finaliza con la exposición y fundamentación teórica sobre cuál de estos dos puntos de vista se considera correcto, tratando de concretarlo y de aportar argumentos para superar los déficits de legitimidad que parezca plantear (*Cap. X*).

Finalmente, en la Tercera Parte del trabajo se propone una serie de *criterios de determinación del dolo* que deben permitir un tratamiento sistemático de las afirmaciones sobre la subjetividad de un individuo en un caso concreto (*Caps. XI-XVI*). El principal objetivo de los apartados que integran este bloque es intentar demostrar que también en este ámbito es posible trabajar con reglas que incorporen la pretensión de garantizar soluciones uniformes y previsibles, lo que debe hacer posible un desarrollo teórico sobre la cuestión que, a más largo plazo, puede redundar en la obtención de mayores niveles de seguridad jurídica. Sin embargo, los criterios que se proponen en estos Capítulos no deben ser vistos

como unos principios totalmente cerrados, sino, ante todo, como un punto de partida para propiciar un auténtico debate sobre esta materia. Otro objetivo de esta Tercera Parte es intentar mostrar hasta qué punto muchos de los problemas que se plantea la dogmática sobre el concepto de dolo pierden gran parte de su razón de ser cuando se atiende a las condiciones de aplicabilidad de dicho concepto. Un claro exponente de esta realidad es la discusión acerca de la intensidad del conocimiento (*Excurso*).

El trabajo acaba con un resumen de las conclusiones a las que se haya ido llegando al final de cada uno de los tres grandes bloques de Capítulos y con un esbozo de la influencia que con tales conclusiones se pretende ejercer sobre la práctica forense. No obstante, debe anticiparse que algunas de las cuestiones que de forma colateral vayan surgiendo a lo largo de los siguientes Capítulos sólo podrán ser apuntadas, ante todo porque su análisis en profundidad supondría desviarse en exceso del objetivo central de este trabajo. Ciertas implicaciones relativas a la estructura del delito y del proceso penal, así como determinadas propuestas *de lege ferenda* simplemente se sugieren, quedando pendiente su análisis en profundidad para futuros trabajos.

Por lo que a las fuentes bibliográficas y jurisprudenciales respecta, se ha partido fundamentalmente de las aportaciones de las Ciencias penales española, alemana e italiana, por motivos obvios en el primer caso y por el prestigio y proximidad de culturas jurídicas (materiales y procesales) en los demás. En relación con el concepto de dolo y con la teoría del proceso y de la prueba se ha recurrido a las obras más significativas*. La enorme cantidad de bibliografía existente sobre estas materias y la posibilidad de encontrar otros trabajos que analizan a fondo estas cuestiones han aconsejado prescindir de una base bibliográfica completa hasta el último extremo. Algo parecido sucede en el análisis de las propuestas de la psicología en lo que respecta a la averiguación de fenómenos psíquicos ajenos. En este ámbito han sido analizadas exclusivamente las perspectivas psicológicas acogidas en trabajos estrictamente jurídicos o de psicología forense.

La necesidad de que los juristas se esfuercen por sistematizar y racionalizar la aplicación práctica de los conceptos que construyen parece indiscutible, con independencia de que tales esfuerzos provengan del Derecho material o del Derecho procesal. Sirvan para recalcar esta idea, y

* Con posterioridad al envío de este trabajo a la imprenta ha aparecido publicado el interesante y exhaustivo artículo de FEIJÓO SÁNCHEZ, «La distinción entre dolo e imprudencia en los delitos de resultado lesivo. Sobre la normativización del dolo», *CPC*, 65 (1998), p. 269 ss. A ello se debe que las conclusiones a las que llega este autor no sean objeto de análisis en las siguientes páginas.

para poner fin a esta Introducción, dos citas: afirma *Klaus Volk* que «*la Justicia no sólo depende del concepto jurídico-material, sino también de la manera en cómo éste es llevado a la práctica*»; trasladada esta afirmación al ámbito de la determinación procesal del dolo, añade *Wolfgang Frisch* que «*el desarrollo de una dogmática adecuada para la constatación del dolo es mucho más necesario que todas las precisiones del concepto material*» [1]. Estas dos ideas explican de forma breve, pero contundente, la razón de ser de las siguientes páginas.

[1] VOLK, «Dolus ex re», *Strafgerechtigkeit. Arthur Kaufmann-FS*, Heidelberg, 1993, p. 624 (cursiva añadida), y FRISCH, «Gegenwartsprobleme des Vorsatzbegriffs und der Vorsatzfeststellung – am Beispiel der AIDS-Diskussion», *K. Meyer-GS*, Berlín, Nueva York, 1990, pp. 554-555 (cursiva añadida).

PRIMERA PARTE

SOBRE EL CONCEPTO DE DOLO

I. CUESTIONES BÁSICAS

En pocos ámbitos de discusión sobre los diversos elementos de la estructura del delito puede hallarse un número tan elevado de opiniones aparentemente discrepantes como en el que se refiere al concepto de dolo. Efectivamente, no es exagerado afirmar que, con afinidades mayores o menores, sobre este concreto elemento de la infracción penal prácticamente cada autor parece sustentar un modelo teórico distinto y el debate, en determinados momentos aplacado por una cierta sensación de estar «dando vueltas sobre sí mismo», se aviva de vez en cuando, sobre todo a raíz de determinadas resoluciones judiciales especialmente significativas[2].

Sin embargo, todo parece indicar que en las últimas décadas se puede haber ido alcanzando un cierto grado de consenso en la apreciación de un aspecto muy concreto: *el origen de casi todas las discrepancias sobre la cuestión del dolo obedece a un problema básicamente terminológico*. En este sentido, un repaso a las diversas perspectivas doctrinales permite apreciar cómo, pese a que los autores dicen trabajar con conceptos de dolo *a priori* muy distintos, casi siempre se acaban defendiendo soluciones idénticas para la inmensa mayoría de casos, un fenómeno que probablemente encuentre su explicación en la existencia de un cierto acuerdo (¿inconsciente?) sobre el núcleo de la cuestión. Avala esta forma de ver las cosas la opinión de algunas de las voces más representativas de la doctrina jurídico-penal alemana en las últimas décadas.

Así, haciendo referencia a la espinosa cuestión del límite entre el dolo y la imprudencia, no duda en afirmar *Claus Roxin* que las combinaciones de palabras empleadas por los diversos autores en este ámbito tie-

[2] La idea de que la discusión sobre el dolo posiblemente lleva dos siglos «dando vueltas sobre sí misma» fue expresada por *Günter Stratenwerth* en un trabajo de 1959. No parece que dicha sensación se haya desvanecido con lo que pueda haber dado de sí el debate durante los casi cuarenta años transcurridos desde esta afirmación. Cfr. STRATENWERTH, «Dolus eventualis und bewußte Fahrlässigkeit», *ZStW*, 71 (1959), p. 52.

nen una naturaleza «más lingüística que material»[3]. Por su parte, *Günther Jakobs* entiende que aquellas teorías que del aspecto intelectual del dolo extraen un elemento de actitud —mayoritarias en Alemania— «apuntan a una delimitación intelectual vergonzante» pero, salvo en lo referido al proceso de fundamentación, resultan en realidad idénticas a las que optan por una definición de dolo basada únicamente en el conocimiento[4]. Un tercer autor, *Wolfgang Frisch,* añade de forma explícita que la actual discusión sobre el dolo es, ante todo, un debate sobre cuál es la terminología más adecuada o conveniente[5].

Discrepancia en las palabras y acuerdo en el fondo: «probablemente todos queremos decir lo mismo, aunque utilicemos para ello expresiones distintas», afirmó *Paulheinz Baldus*, miembro de la comisión que se encargó de discutir el Proyecto de Código Penal alemán de finales de los años cincuenta, tras una agotadora sesión en que los ponentes se enzarzaron durante horas en un vano debate para hallar las expresiones más precisas para definir el dolo[6].

[3] ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, vol. I, 3.ª ed., Múnich, 1997, § 12, n.º marg. 29. La idea de que los problemas son básicamente terminológicos se recalca *ibidem*, § 12, n.º marg. 27 y 62.

[4] JAKOBS, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2.ª ed., trad. J. Cuello Contreras y J.L. Serrano González de Murillo, Madrid, 1995, p. 331. La misma idea, aunque a la inversa, es formulada en España por RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, Madrid, 1994, p. 103, quien afirma que «en el fondo no cambia nada» por el hecho de que la confianza en la no realización del tipo se considere un elemento autónomo capaz de excluir el dolo, o bien se reconduzca al elemento de la representación, pese a que este último punto de vista se califique de «rechazable deformación conceptual» (sobre esta problemática, cfr. *infra* III.3). Por su parte, LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho penal. Parte general I*, Madrid, 1996, pp. 422-425, admite que teorías *a priori* tan dispares como la teoría de la posibilidad y la del consentimiento llevan a los mismos resultados y que gran parte de la discusión existente entre los partidarios de las teorías actualmente más extendidas es «prácticamente nominal» (sobre estas teorías, cfr. *infra* II.2). En términos similares se expresa SCHÜNEMANN, «Problemas jurídico-penales relacionados con el SIDA», trad. S. Mir Puig, en MIR PUIG (ed.), *Problemas jurídico penales del SIDA*, Barcelona, 1993, p. 49.

[5] FRISCH, «Gegenwärtige Probleme des Vorsatzbegriffs und der Vorsatzfeststellung – am Beispiel der AIDS-Diskussion», *K. Meyer-GS*, Berlín, Nueva York, 1990, p. 547. En España BACIGALUPO ZAPATER, *Principios de Derecho penal. Parte general*, 4.ª ed., Madrid, 1997, p. 225, constata cómo las grandes teorías sobre el dolo «han terminado coincidiendo prácticamente en sus resultados prácticos y por ello la discusión ha perdido gran parte de significación». En la doctrina italiana afirma PAGLIARO, «Discrasie tra dottrina e giurisprudenza? (in tema di dolo eventuale, *dolus in re ipsa* ed errore su legge extrapenale)», en STILE (ed.), *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza in Diritto penale*, Nápoles, 1991, p. 115, que tanto doctrina como jurisprudencia están de acuerdo en cómo resolver la inmensa mayoría de los casos y que la discusión sólo versa, por tanto, sobre cómo expresar correctamente una fórmula que consiga deslindar dolo de imprudencia.

[6] La cita completa de la intervención de *P. Baldus* es: «probablemente todos queremos decir lo mismo, aunque utilicemos para ello expresiones distintas (*Profesor Gallas:* "ésta es también mi opinión") (...) no estamos en condiciones de mostrar la diferencia [entre dolo eventual e imprudencia] con palabras, no es posible encontrar una fórmula sencilla con los medios del lenguaje que tenemos a nuestro alcance. Todos queremos decir lo mismo, pero no se puede expresar con palabras de un modo breve y a la vez preciso». Intervenciones del *Dr. Baldus* y del *Prof. Dr. Gallas* registradas en los *Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission*, Bonn, 1959, vol. XII, p. 122. En esta misma sesión *Hans Welzel* apostilla: «no vamos a encontrar fórmula alguna que distinga de un modo inequívoco el dolo eventual de la imprudencia consciente» (*ibidem*).

Cómo se ha llegado a esta situación y cuáles son los términos del acuerdo doctrinal existente más allá de las disputas terminológicas son dos de las principales cuestiones que van a ser estudiadas en la Primera Parte de este trabajo. Del mismo modo debe analizarse si merece o no la pena tomar partido por una determinada opción dentro de lo meramente terminológico o si, tal vez, conviene dar la razón a alguna de las escasas voces discrepantes que pretenden quebrar el mayoritario consenso de fondo que parece existir actualmente sobre esta materia[7]. Todo ello con el doble objetivo, en primer lugar, de justificar la elección del concepto de dolo que va a ser utilizado en apartados posteriores de este trabajo y, en segundo lugar, de proporcionar al lector las nociones imprescindibles para hacer posible una correcta comprensión del actual estado de la cuestión y del punto de vista que aquí se defiende.

I.1. REGULACIÓN DEL DOLO EN EL DERECHO VIGENTE

El artículo 5 del Código Penal de 1995 afirma que «no hay pena sin dolo o imprudencia» y el artículo 10 añade que «son delitos o faltas las acciones y omisiones dolosas o imprudentes penadas por la Ley». Sin embargo, no aporta el texto del Código una definición sobre qué debe entenderse por dolo, como tampoco contiene enumeración alguna de los elementos que deberán concurrir en una acción u omisión humana para que ésta deba ser considerada dolosa[8].

[7] Cfr. *infra* IV.

[8] RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal español. Parte general*, 16.ª ed., Madrid, 1993, p. 459, valoran favorablemente que los proyectos codificadores españoles de la década de los ochenta y de 1992 no incluyeran definición alguna del dolo. Una panorámica de la cuestión en los diversos procesos codificadores españoles en JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho penal*, 4.ª ed., Buenos Aires, 1992, vol. V, *La culpabilidad*, p. 346 ss. En la doctrina alemana ROXIN, en ROXIN/STREE/ZIPF/JUNG, *Einführung in das neue Strafrecht*, Múnich, 1974, p. 10, considera acertado que no se incluyera una definición de dolo en el Código alemán —«la definición de los elementos generales del delito no es tarea del legislador, sino de la Ciencia»— aunque lamente que no se aportaran pautas para el dolo eventual. Por contra, sí se recoge una definición en el § 5 del Código Penal austríaco y en el art. 43 del Código Penal italiano. Para otras definiciones de dolo contenidas en diversos textos legales europeos, cfr. SCHULTZ, «Eventualvorsatz, bedingter Vorsatz und bedingter Handlungswille», *Spendel-FS*, Berlín, Nueva York, 1992, pp. 308-309. Una panorámica de las definiciones de dolo contenidas en diversos textos legales

Así las cosas, el único precepto legal al que parece posible acudir para indagar un poco más sobre el contenido del dolo es el artículo 14.1 del actual Código. Según este precepto, el error de un sujeto sobre el hecho constitutivo de infracción penal (*error de tipo*) excluye la realización dolosa de éste y, en función de la invencibilidad o vencibilidad de dicho error, procede la impunidad o el castigo del hecho como imprudente, siempre que el Código así lo establezca (art. 12 CP). Si se parte, en primer lugar, de que todo error implica un conocimiento inexacto de la realidad —realidad que en este caso viene dada por las circunstancias del hecho recogidas en el tipo penal— y, en segundo lugar, de que cuando concurre un error de tipo no es posible apreciar una realización dolosa —dado el error, las opciones son impunidad o imprudencia— *el dolo deberá implicar, por lo menos, la realización de un hecho constitutivo de infracción penal con correcto conocimiento de las circunstancias que integran el tipo de dicha infracción*[9].

Por ejemplo,

Para la comisión dolosa del delito de calumnia (art. 205 CP) hace falta que un sujeto sea consciente de que está imputando a otra persona la comisión de un delito y sepa, asimismo, que dicha imputación es falsa. Si el sujeto cree que la imputación realizada se corresponde con la realidad, no actúa dolosamente y la conducta no es punible, pues el Código no prevé castigo alguno para las calumnias imprudentes.

Para la comisión dolosa del delito de homicidio (art. 138 CP) es necesario que el sujeto sea por lo menos consciente de que con su comportamiento está dando muerte a otra persona. Si le falta dicha consciencia concurrirá un homicidio imprudente (arts. 142 ó 621.2 CP) cuando el error en que esté inmerso se considere vencible, dándose paso a la impunidad de reputarse invencible tal error.

Esta deducción del contenido del dolo (o de parte de él) a partir de la regulación del error de tipo es aceptada por buena parte de la actual doctrina[10]. También en Alemania el núcleo mínimo de consenso explícito

alemanes durante el siglo XIX en MÄRKER, *Vorsatz und Fahrlässigkeit bei jugendlichen Straftätern*, Francfort d.M., Berlín, Berna, 1995, p. 85 ss. Acerca de las diversas definiciones de dolo e imprudencia que se han propuesto, sin éxito, en diversos procesos codificadores alemanes, KÖHLER, *Die bewußte Fahrlässigkeit*, Heidelberg, 1982, p. 21 ss.

[9] En la STS de 31 de diciembre de 1996 (A 9666, ponente Bacigalupo Zapater) se afirma que «cuando una persona obra sin error, es claro que obra dolosamente, pues el dolo se excluye sólo cuando existe un error sobre los elementos del tipo objetivo».

[10] SCHROTH, «Die Differenz von dolus eventualis und bewußter Fahrlässigkeit», *JuS*, 1992, p. 3, entiende que en este punto existe consenso. CRAMER, *S/S*, 25.ª ed., § 15, n.º marg. 7, añade que, aparte de la regulación del error de tipo, el objeto y contenido del dolo deben extraerse «de los principios generales de la teoría del delito». DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, Valencia, 1994, p. 27, recurre a un argumento práctico: «la mayor facilidad con que éste [el elemento cognitivo del dolo] se puede constatar o deducir de datos exter-

alrededor del concepto de dolo se obtiene a partir del § 16.1 del StGB, regulador del error de tipo[11]: *dolo es, por lo menos, comisión del hecho con conocimiento de las circunstancias de éste que pertenecen al tipo legal*[12]. Sin embargo, el acuerdo terminológico no va mucho más allá de entender que para el dolo es necesario un cierto grado de conocimiento[13]. Aparentemente, la unanimidad se quiebra cuando se entra en la discusión sobre qué fenómenos pueden considerarse auténtico conocimiento y en qué grado debe darse éste para que se puedan considerar satisfechas las exigencias de la imputación dolosa. Además, un somero análisis de los textos más elementales sobre Derecho penal permite constatar que la mayoría de autores entiende que, para que concurra una realización dolosa, hace falta *algo más* que conocer: la opinión dominante afirma que el dolo no sólo es conocer, *sino también querer* la realización de un tipo penal[14].

nos explica la razón por la que la doctrina no pone en duda su exigencia». GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría jurídica del delito. Derecho penal. Parte general*, Madrid, 1984 (reimp. 1988), p. 205, entendía deducible del antiguo art. 6 bis a) CP73 no sólo el elemento cognitivo del dolo, sino también el volitivo.

[11] § 16 StGB: «*Error sobre las circunstancias del hecho*: (1) Quien al cometer el hecho no conoce una circunstancia perteneciente al tipo legal no actúa dolosamente. Queda abierta la posibilidad de que se le sancione por comisión imprudente».

[12] Así, MEZGER, *Tratado de Derecho penal*, 2.ª ed. (1933), trad. y notas de J.A. Rodríguez Muñoz, tomo II, Madrid, 1949, p. 92, sostiene, en referencia al antiguo § 59 StGB, que «la ley sólo da a entender que para la existencia de dolo es necesario un determinado conocimiento de las circunstancias de la acción punible». Más contundente PUPPE, *NK*, § 16, n.º marg. 1, quien considera que el § 16 StGB «define indirectamente el dolo», aunque «según la doctrina dominante sólo da una definición parcial». JAKOBS, *Derecho penal*, p. 313, matiza que «la ley da del dolo únicamente una definición parcial y negativa». En sentido idéntico SCHILD, «Der strafrechtliche Vorsatz zwischen psychischem Sachverhalt und normativem Konstrukt», en *Psyche-Recht-Gesellschaft. Widmungsschrift für Manfred Rehbinder*, Berna, 1995, p. 119 y LESCH, «Dolus directus, indirectus und eventualis», *JA*, 1997, p. 802. BURKHARDT, «Der Wille als konstruktives Prinzip der Strafrechtsdogmatik», en HECKHAUSEN/GOLLWITZER/WEINERT (ed.), *Jenseits des Rubikon. Der Wille in den Humanwissenschaften*, Berlín, Heidelberg, 1987, p. 324, considera que de la ley sólo puede deducirse que no actúa dolosamente quien ignora alguna de las circunstancias que pertenecen al tipo legal.

[13] JAKOBS, *Derecho penal*, pp. 313-315, lamenta que el legislador haya optado por fijar la frontera entre dolo e imprudencia a partir de la rígida dualidad psíquica formada por conocimiento y desconocimiento, pues pueden existir casos de desconocimiento que valorativamente parezcan merecedores del mismo reproche penal que hechos conscientes. La misma idea en EL MISMO, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, trad. M. Cancio Meliá y B. Feijóo Sánchez, Madrid, 1996, pp. 55-58.

[14] Cfr., por todos, COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho penal. Parte general*, 4.ª ed., Valencia, 1996, p. 555. En Alemania, cfr. LACKNER, *StGB*, 22.ª ed., § 15, n.º marg. 3, quien califica esta definición como «abreviatura imprecisa». En la doctrina italiana BETTIOL/PETTOELLO MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, 12.ª ed., Padua, 1986, p. 507, entienden que el dolo debe definirse como «la voluntad de una acción u omisión de la cual se deriva un resultado lesivo previsto y querido por el sujeto activo».

Así, según esta perspectiva, para la comisión dolosa de una calumnia no basta con que el sujeto sea consciente de estar imputando falsamente a otro la comisión de un delito, sino que, además, debe querer *hacerlo. Igualmente, y con respecto al homicidio, no basta para el dolo con que el sujeto sea consciente de estar matando a otra persona, sino que hace falta, además, que* quiera *matarla.*

La adición de un elemento de carácter volitivo, aparentemente no exigido por el texto de la ley, se suele justificar por quienes la defienden a través de la etimología del vocablo «dolo»[15]. En lengua española, no obstante, parece evidente que el sentido primario de la expresión «dolo» como «engaño, fraude o simulación» no sirve en modo alguno para plasmar el sentido con que la emplea el Código y, así, se han ido desarrollando segundas acepciones del término en el exclusivo ámbito del vocabulario jurídico[16]. El fenómeno es distinto en Alemania, donde el término «Vorsatz» mantiene cierta vigencia en el lenguaje cotidiano, yendo inequívocamente ligado su significado a la idea de voluntad, propósito o intención[17]. Ello ha llevado a que algunos autores intenten estable-

[15] Según LUZÓN PEÑA, *Curso*, p. 401, el término «dolus» se empleaba en el Derecho romano «como equivalente a mala voluntad o ánimo de hacer algo malo». El cariz volitivo del término ha permanecido hasta la actualidad.

[16] Según el *Diccionario de la lengua española* de la Real Academia de la Lengua (21.ª ed.) dolo equivale, en su acepción primaria, a «engaño, fraude o simulación», términos que no permiten explicar la dualidad dolo-imprudencia del Código, ni siquiera desde el prisma de las teorías volitivas. En una segunda acepción, el *Diccionario* define dolo como, «en los delitos, voluntad deliberada de cometerlos a sabiendas de su carácter delictivo». Esta segunda definición tiene un origen claramente técnico-jurídico y es evidente que su núcleo de significado no coincide con el de la primera. Sin embargo, matiza GIMBERNAT ORDEIG, «Algunos aspectos de la reciente doctrina jurisprudencial sobre los delitos contra la vida (dolo eventual, relación parricidio-asesinato)», *ADPCP*, 1990, p. 429, que «ni el Código Penal dice expresamente en parte alguna que dolo sea lo mismo que intención, ni ello se deduce tampoco de la regulación legal». Esta idea es planteada por el mismo autor en «Acerca del dolo eventual», *Estudios de Derecho penal*, 3.ª ed., Madrid, 1990, pp. 257-258, donde se cuestiona que se pueda equiparar voluntad a dolo y se propone que, en todo caso, dicha equiparacion se lleve a cabo «en un sentido lato, elaborado dogmáticamente». Un análisis exhaustivo de las cuestiones terminológicas en JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, vol. V, p. 305 ss.

[17] Así, CRAMER, *S/S*, § 15, n.º marg. 7, afirma que «la comprensión prejurídica de los conceptos de dolo e imprudencia muestra que la diferencia entre ambas formas radica en la voluntad de realización de los elementos objetivos del tipo». Cfr., también, SCHILD, «Strafrechtsdogmatische Probleme der Tötung des Intimpartners», *JA*, 1991, p. 53 y PUPPE, *NK*, § 15, n.º marg. 17. Un intento de reconstruir el sentido del término jurídico «Vorsatz» a partir del significado corriente que tiene esta palabra en lengua alemana en SPENDEL, «Zum Begriff des Vorsatzes», *Lackner-FS*, Berlín, Nueva York, 1987, pp. 167-168. Este autor entiende que «el lenguaje es a menudo más sabio que mucho de lo que se ha escrito y hablado y nos aporta pistas significativas para la determinación apropiada de los conceptos», añadiendo que a veces se olvida que «en un principio, fue la palabra». Le replica HERZBERG, «Das Wollen beim Vorsatzdelikt und dessen Unterscheidung vom bewußt fahrlässigen Verhalten», *JZ*, 1988, p. 573, afirmando que «para los juristas no fue

cer las diferencias entre el dolo «cotidiano» y el «jurídico», sobre todo desde aquellas perspectivas que pretenden eliminar la exigencia del querer como elemento necesario para la concurrencia de dolo[18]. Sin embargo, y dejando a un lado las problemáticas consideraciones etimológicas, no pocos autores entienden que el salto cualitativo que comporta la adición de la voluntad al conocimiento es el único criterio válido para separar las realizaciones típicas dolosas de las imprudentes y para explicar el diferente tratamiento que, desde el prisma de las consecuencias jurídicas, se dispensa en los textos legales a cada una de ellas[19].

El discutido elemento volitivo del dolo no debe confundirse, desde luego, con la voluntariedad de la acción, presupuesto básico e imprescindible de cualquier infracción penal[20]. Tal voluntariedad debe concurrir en todo caso para que pueda apreciarse una infracción penal: tanto quien da muerte a otro de un tiro en la nuca, como quien lo hace a consecuencia de su conducción descuidada, llevan a cabo un comportamiento voluntario —disparar o conducir— y por ello su acción puede ser castigada[21]. Por contra, la voluntad como elemento del dolo toma como punto de referencia los elementos que integran el tipo penal: quien mata de un tiro en la nuca *quiere,* por regla general, causar un resultado de muerte, no así quien mata a alguien a consecuencia de un descuido[22].

en un principio la *palabra* que significa hoy en día "*Vorsatz*", sino el *problema de fondo* y los dictados de la *Justicia*» (cursiva en el original).

[18] Sobre esta cuestión el trabajo más completo es SCHMIDHÄUSER, «Strafrechtlicher Vorsatzbegriff und Alltagssprachgebrauch», *Oehler-FS*, Colonia, 1985, pp. 135-161. Cfr. también las consideraciones de SCHMOLLER, «Das voluntative Vorsatzelement», *ÖJZ*, 37 (1982), p. 261, quien entiende que el sentido cotidiano del término «Vorsatz» no puede trasladarse sin más al ámbito de lo jurídico.

[19] Cfr. WESSELS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil: die Straftat und ihr Aufbau*, 26.ª ed., Heidelberg, 1996, § 58, n.º marg. 205; HASSEMER, «Los elementos característicos del dolo», trad. M.M. Díaz Pita, *ADPCP*, 1990, pp. 917-918; SCHULTZ, *Spendel-FS*, p. 309; DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, p. 310. Sobre el distinto merecimiento de pena entre realizaciones delictivas dolosas e imprudentes, cfr. *infra* I.2.

[20] Esta idea predomina en la actual dogmática, ya sea acogiéndola desde planteamientos causalistas (la voluntad es el impulso inicial del curso causal que modifica la realidad exterior) o finalistas (la voluntad conduce finalmente la acción). Sobre esta cuestión, cfr., por todos, MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, 4.ª ed., Barcelona, 1996, pp. 153-157. Planteamientos algo distintos en HERZBERG, *JZ*, 1988, pp. 576-577 y JAKOBS, «El concepto jurídico-penal de acción», trad. M. Cancio Meliá, en *Estudios de Derecho penal*, Madrid, 1997, p. 124, quien concibe la acción como el comportamiento «objetivamente imputable, evitable y culpable».

[21] La voluntariedad de la acción quedará excluida cuando el sujeto actúe bajo fuerza irresistible, a causa de movimientos reflejos, o en estados de inconsciencia (hipnosis, sueño, embriaguez letárgica); cfr. MIR PUIG, *Derecho penal*, p. 185 ss.

[22] En este sentido, cfr. la clásica distinción recogida por LÖFFLER, «Die Abgrenzung von Vorsatz und Fahrlässigkeit», *ÖZSt*, 1911, p. 149, entre «querer el resultado» y «querer el movimiento corporal». Sobre la diferencia entre voluntad como elemento de la acción y del dolo, cfr. también DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, p. 167.

Sin embargo, resulta muy conflictiva la cuestión de si todos los elementos plasmados en los diversos tipos deben ser queridos, es decir, si tiene sentido exigir, por ejemplo, que en un hurto el sujeto deba *querer* la ajenidad de la cosa para poder reputarlo doloso, o que en unos abusos sexuales deba *quererse* que la víctima sea menor de cierta edad[23]. Así, mientras la definición usual de dolo como conocer y querer sitúa a ambos requisitos en un plano de aparente igualdad, cuando éstos se trasladan a los diversos tipos de la Parte especial, se advierte que conocimiento y voluntad no siempre pueden tener un mismo alcance. Sin embargo, ello no impide que tanto la doctrina como la jurisprudencia entiendan hoy en día de manera mayoritaria que el dolo exige que el sujeto conozca y quiera la realización del tipo delictivo[24].

I.2. EL CASTIGO DE LOS COMPORTAMIENTOS DELICTIVOS DOLOSOS

Un somero análisis del texto del Código Penal permite advertir que el legislador ha optado por asociar consecuencias jurídicas muy distintas en función de que un mismo comportamiento objetivamente típico haya sido llevado a cabo de manera dolosa o imprudente[25]. Con respecto a no pocas figuras del Código, la ausencia de dolo supone la impunidad del hecho; en otros, la realización imprudente merece, como regla general, una pena inferior a la dolosa.

[23] Pone de manifiesto esta cuestión SILVA SÁNCHEZ, «Observaciones sobre el conocimiento "eventual" de la antijuricidad», *ADPCP*, 1987, p. 651 y EL MISMO, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Barcelona, 1992, p. 401. Como afirma SCHMOLLER, *ÖJZ*, 37 (1982), pp. 262-263, «el ladrón preferiría que la cosa que roba no fuera ajena, sino suya; el funcionario que abusa de su poder público preferiría no poseer la cualidad de funcionario; el que abusa de un menor de edad preferiría que la víctima tuviera más de catorce años». Sin embargo, nadie se plantea que tales deseos puedan llegar a excluir el dolo cuando existe conocimiento.

[24] No se pasa por alto que desde algunas perspectivas —en otros tiempos mayoritarias— se exige para el dolo, además del conocimiento y la voluntad de la realización típica, que el autor conozca que la conducta que lleva a cabo está prohibida por una norma penal (dolo como *dolus malus*). Sin embargo, al exigir también estas teorías el conocimiento y voluntad de la realización típica, las consideraciones aquí expresadas se les pueden hacer extensivas, sin olvidar que para ellas haría falta un tercer elemento para que pudiera hablarse propiamente de dolo.

[25] Basta con comparar algunos artículos del Código Penal para mostrar esta realidad: el delito de homicidio doloso (art. 138 CP) lleva asociada una pena de 10 a 15 años de prisión, mientras que el homicidio imprudente (art. 142 CP) de 1 a 4 años cuando la imprudencia sea grave. Otro ejemplo: el tipo básico doloso del llamado delito ecológico (art. 325 CP) tiene prevista una pena de 6 meses a 4 años de prisión más multa e inhabilitación especial, mientras que su comisión por imprudencia grave (art. 331 CP), la pena inferior en grado a la anterior.

El actual Código prevé que la pena de la modalidad imprudente de ciertos tipos penales se determine reduciendo en un grado el marco penal asignado a la modalidad dolosa del mismo delito (éste es el caso, por ejemplo, del llamado delito ecológico, art. 331 CP, o de los incendios, art. 358 CP). En estos supuestos, el hecho típico imprudente valorado como más grave puede llegar a tener la misma pena que el hecho doloso valorado como más leve. Por contra, en otros tipos se constata un salto, a veces de grandes proporciones, entre el marco penal asignado a la realización dolosa y a la imprudente (en el homicidio, por ejemplo, de *hasta seis años de prisión*). Es criticable que el legislador no haya sido coherente al decidir si entre la realización dolosa y la imprudente de un mismo hecho existe una continuidad que permite imponer a las realizaciones imprudentes más graves la misma pena que a las dolosas más leves o si, por contra, existe un salto valorativo tal entre ambas figuras que debe traducirse en una rotunda separación de marcos penales. El solapamiento presenta el problema de que puede llegar a difuminar la distinción entre realizaciones dolosas e imprudentes; el establecimiento de grandes saltos entre marcos penales olvida que en la realidad los casos se presentan como un *continuum* y que pequeños incrementos en el grado de conocimiento del sujeto no parecen poder justificar grandes diferencias a efectos de merecimiento de pena[26].

Una comprensión adecuada del dolo como elemento de la infracción penal exige justificar el porqué de su pena agravada con respecto a la imprudencia. La respuesta que se aporte a tal cuestión tiene una gran importancia para, más adelante, efectuar consideraciones acerca de qué concretos hechos deben ser considerados dolosos y cuáles meramente imprudentes[27].

Resulta indiscutible que cuando la sociedad se encuentra ante la producción de resultados valorados de modo general como desagradables no juzga de igual manera a quien los ha provocado con plena consciencia y voluntad, que a aquél que los ha causado como fruto de su «inconsciencia». No cabe duda de que en el segundo de estos casos resultará más sencillo afirmar que quien padezca las consecuencias del comportamiento descuidado habrá sido víctima de un cierto grado de

[26] Sobre esta cuestión, cfr. SILVA SÁNCHEZ, «El sistema de incriminación de la imprudencia», en *El nuevo Código Penal: cinco cuestiones fundamentales*, Barcelona, 1997, pp. 116-117.

[27] El interés por vincular las definiciones de dolo e imprudencia a la necesidad de imponer mayor o menor sanción a determinados hechos en función del grado de participación subjetiva de su autor es puesto de relieve por HASSEMER, *ADPCP*, 1990, p. 915. Entiende este autor que quien no pueda contestar a la pregunta sobre por qué razón se castiga de un modo más grave el comportamiento doloso que el imprudente «no podrá fundamentar los límites del dolo en criterios normativos aceptables». Una enumeración de las perspectivas que se defienden en este ámbito en SCHROEDER, *LK*, 11.ª ed. (14.ª entrega, 1994), § 15, n.º marg. 8.

mala suerte, un infortunio que, con frecuencia, se hará también extensivo al propio causante del mal. Sin embargo, la *mala suerte* en cuestión no tendrá cabida alguna en el primer supuesto: el resultado lesivo se atribuirá de un modo mucho más pleno a su autor, le *pertenecerá más* en tanto que obra a él imputable[28].

Así, por ejemplo, cuando un resultado como la muerte de una persona es la consecuencia de una actuación ejecutada consciente e intencionadamente, su causación se atribuye esencialmente a quien ha llevado a cabo tal comportamiento: él es su pleno responsable. En cambio, si dicha muerte se produce a consecuencia de una actuación negligente, sólo se considera parcialmente la obra de su causante, pues, desde una perspectiva social, se entiende que en el caso concreto ha entrado en juego un mayor o menor grado de infortunio que permite juzgar de un modo más condescendiente al sujeto, haciéndole sólo parcialmente responsable de las desagradables consecuencias de su acto[29]. Basta con pensar en que, por regla general, toda víctima está dispuesta a perdonar más fácilmente a quien le ha causado un perjuicio por descuido que a quien lo ha hecho consciente e intencionadamente[30].

Es posible que de un sentimiento social como éste parta el Código Penal al establecer para los hechos cometidos de modo consciente e intencionado (doloso) sanciones más graves que para los llevados a cabo de manera negligente (imprudente)[31]. En este sentido, puede entenderse que, al fin y al cabo, la ley penal no hace en este ámbito otra cosa que asignar distintas consecuencias jurídicas a los sujetos en función de con-

[28] Una distinción similar puede observarse en lo que atañe a la atribución de resultados valorados positivamente y, en este sentido, se suele diferenciar entre el «mérito» y la simple «buena suerte».

[29] Así, ANTÓN ONECA, *Derecho penal*, 1949, 2.ª ed. anotada y corregida por J.J. Hernández Guijarro y L. Benéytez Merino, Madrid, 1986, p. 222: «constantemente vemos que en la vida común de los hombres el premio y el castigo son distribuidos por sus conductas queridas. Sólo interesan para este juicio moral las consecuencias voluntarias del hecho. La teoría del dolo en el derecho criminal no es sino aplicación de esta manifestación cultural de carácter general». Cfr. igualmente FLETCHER, *Conceptos básicos de Derecho penal*, trad. y notas de F. Muñoz Conde, Valencia, 1997, pp. 169-170.

[30] JAKOBS, «Sobre el tratamiento de los defectos volitivos y de los defectos cognitivos», trad. C.J. Suárez González, en *Estudios de Derecho penal*, p. 134, pone de relieve cómo «parece evidente que la falta de conocimientos, incluso en aquellos casos en que puede ser superada, es decir, cuando no es debida a la necedad sino, por ejemplo, a la falta de atención, hace que un hecho parezca más fácilmente perdonable». HASSEMER, «¿Alternativas al principio de culpabilidad?», trad. F. Muñoz Conde, *DP*, 1982, p. 238, constata cómo las personas no sienten del mismo modo los perjuicios causados intencionadamente que los atribuibles a un descuido.

[31] PRITTWITZ, «Die Ansteckungsgefahr bei AIDS», *JA*, 1988, p. 486, afirma que la distinción entre dolo e imprudencia, pese a no ser sistemáticamente obligatoria, «se corresponde con los criterios de justicia que predominan en nuestra vida cotidiana». Cfr., también, DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, p. 15, quien vincula la dicotomía dolo-imprudencia a «nuestros principios tradicionales».

vicciones socialmente arraigadas: el autor doloso merece mayor pena que el imprudente porque es más responsable del hecho delictivo[32]. De la misma manera, no puede descartarse que, en relación con las causaciones negligentes de resultados, la colectividad se vea más identificada con el autor: cualquier persona, sin la más mínima intención de apartarse del Derecho, puede incurrir algún día en un descuido, lo que permite no juzgar tan severamente la conducta de quien efectivamente lo ha sufrido[33]. Además, en estos casos el causante del resultado se encuentra expuesto a ser, a la vez, víctima de sus propios actos, en la medida en que la causación de consecuencias que no ha querido, o ni siquiera ha previsto, puede resultar desagradable incluso para él mismo[34]. Por contra, quien actúa intencionadamente no obtiene sino el *premio* a sus obras; si una vez conseguido le desagrada lo que ha hecho o se arrepiente de ello, el sentimiento colectivo está mucho menos dispuesto a apiadarse de él: de algún modo, cuando el sujeto quiso realizar el hecho lo tuvo que querer necesariamente con sus consecuencias y, en tal medida, la aplicación del castigo no es otra cosa que proporcionar al autor uno de los desenlaces previsibles de su actuación.

Pese a su probable corrección, las anteriores consideraciones no resultan suficientes a la luz de las concepciones hoy día dominantes sobre la función del Derecho penal, pues no aportan por sí solas una explicación en clave preventiva de la diferencia de castigos previstos para el autor doloso y el imprudente. Cuando mayoritariamente se entiende que la imposición de la sanción penal no es justificable a través de la mera retribución, sino sólo a partir de la producción de determinados efectos

[32] JAKOBS, «El principio de culpabilidad», trad. M. Cancio Meliá, en *Estudios de Derecho penal*, p. 367 ss, plantea este tema como una cuestión de *defectos cognitivos y volitivos*. Concurre un defecto cognitivo cuando un sujeto actúa desconociendo determinadas realidades, mientras que se da un defecto volitivo cuando un individuo que es perfecto conocedor de la realidad se aparta con su comportamiento de la motivación que un determinado orden considera preponderante. Así, en quien lesiona por descuido un bien jurídico concurre un defecto cognitivo, en la medida en que no ha sido realmente consciente de las auténticas consecuencias de su actuar. Por contra, quien comete intencionadamente un delito no hace sino expresar con su acto que se aparta de la motivación que el ordenamiento considera deseable y, por tanto, incurre en un defecto volitivo. «La concurrencia de un defecto volitivo (...) agrava la responsabilidad, mientras que el defecto cognitivo exonera. Esta diferenciación entre defectos cognitivos y defectos volitivos es tan elemental que ya los niños la usan habitualmente en cuanto han comprendido, aunque sea a grandes rasgos, lo que significa "responsabilidad". "No podía saberlo" es una excusa válida, pero se considera que "no tenía ganas" no lo es. Lo mismo ocurre ante los tribunales» (*ibidem*, pp. 367-368).

[33] Cfr., en este sentido, SCHROTH, *Vorsatz als Aneignung der unrechtskonstituierenden Merkmale*, Francfort d.M., 1994, p. 10 y DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, p. 306.

[34] Así, JAKOBS, *Derecho penal*, pp. 312-313: «en la imprudencia, el autor soporta un riesgo natural que no es común en el dolo: el riesgo de que incluso él pueda resultar dañado, u otra persona cuyo daño el autor padecería como propio».

beneficiosos para la sociedad o el individuo a través de la amenaza de un mal o de la efectiva aplicación de éste, la afirmación de que, desde un prisma social, el hecho intencionado *pertenece más* a su autor que el realizado por descuido no basta todavía para explicar por qué el primero debe ser más gravemente castigado que el segundo. *Es necesario, por tanto, aportar una fundamentación preventiva de la diferencia de pena entre delito doloso e imprudente*[35].

Con todo, no debe perderse de vista el valor de las anteriores consideraciones, pues difícilmente el Derecho penal podrá generar algún tipo de efecto en la sociedad si se opone a las valoraciones fundamentales de ésta. Si no se atiende a tales valoraciones, el mensaje que se quiera transmitir con la sanción no podrá ser plenamente comprendido por sus destinatarios, lo que sucedería si se castigase más gravemente, por ejemplo, a un conductor despistado que a un asesino a sueldo[36]. Es necesaria, por tanto, una explicación que consiga conjugar ambos factores: la justificación preventiva y los puntos de vista que resultan comprensibles a la sociedad.

Para la consecución de este objetivo no son de utilidad aquellas doctrinas más o menos antiguas que explicaban la diferencia de pena entre imprudencia y dolo en función de la *especial maldad* del autor doloso[37]. Éste es el caso, entre otros muchos autores, de *Robert von Hippel*,

[35] Así lo entiende también FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, Colonia, Berlín, Bonn, Múnich, 1983, p. 46 ss.

[36] KÜPER, «Vorsatz und Risiko. Zur Monographie von Wolfgang Frisch», *GA*, 1987, p. 502, entiende que «sin recurrir a las representaciones de valor ético-sociales —que no conviene deformar en función de las finalidades del Derecho penal— no es posible moverse correctamente en este ámbito». Este autor no hace sino retomar argumentos ya expresados por GALLAS, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystematik unter besonderer Berücksichtigung des sowjetsrussischen Rechts*, Berlín, Leipzig, 1931, p. 37, quien afirmó que «sólo haciendo referencia a las valoraciones ético-sociales es posible fundamentar la diferente estimación de dolo e imprudencia». HASSEMER, *DP*, 1982, pp. 237-238, considera que un ordenamiento que impute responsabilidad prescindiendo del grado de participación interna del sujeto no es actualmente posible, pues «quedaría toscamente por debajo de las diferenciaciones que ya son habituales en los mecanismos cotidianos de inculpación y exculpación». Cfr. igualmente las consideraciones de GIMBERNAT ORDEIG, «¿Tiene un futuro la dogmática juridicopenal?», en *Estudios de Derecho penal*, p. 155 ss y CEREZO MIR, *Problemas fundamentales del Derecho penal*, Madrid, 1982, p. 185.

[37] Cfr. ENGISCH, *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*, Berlín 1930 (2.ª reimp. Múnich, 1995), p. 51, donde se hace referencia a autores como *Sturm*, quien consideraba que el dolo suponía «maldad» y la imprudencia «necedad». El propio ENGISCH (*ibidem*, p. 55) critica a *Sturm* que, según su concepción de la culpabilidad, el autor doloso vendría a transgredir el mandato de «debes ser bueno» y el imprudente el de «tienes que ser inteligente». ENGISCH, *Die Lehre von der Willensfreiheit in der strafrechtsphilosophischen Doktrin der Gegenwart*, 2.ª ed., Berlín, 1965, p. 60 y EL MISMO, *Untersuchungen*, p. 177, considera que la mayor reprochabilidad del autor doloso frente al imprudente se explica a través de la diversa actitud de ambos hacia el mundo de los bienes jurídicos. Utilizan argumentos similares JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des*

quien vinculaba el reproche más grave del que se hacía acreedor el autor doloso al *egoísmo* mostrado por éste anteponiendo sus propios intereses a los bienes jurídicos penalmente protegidos[38]. Aunque este modo de ver las cosas consiga describir de forma más o menos correcta una determinada valoración social, no está en condiciones de explicar en clave preventiva por qué el sujeto *egoísta* tiene que ser más gravemente castigado que el que no lo es tanto, ni cómo este mayor castigo tiene que generar determinados efectos beneficiosos para el futuro de la colectividad o del propio sujeto.

Con un problema parecido se encuentran todas aquellas teorías que afirman que *el autor doloso merece una pena más grave que el imprudente porque al primero le fue más fácil evitar la realización del tipo*[39]. Quienes sostienen esta idea tienen razón en que a un individuo que es consciente de lo que está haciendo por regla general le resulta más sencillo evitar las posibles consecuencias de su actuación que a aquél que ni

Strafrechts. Allgemeiner Teil, 5.ª ed., Berlín, 1996, p. 300: al autor doloso se le castiga más duramente por su «falta de sensibilidad frente a la pretensión de vigencia de los bienes jurídicos».

[38] VON HIPPEL, «Vorsatz, Fahrlässigkeit, Irrtum», *Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts*, 1908, vol. III, p. 567. Le critica GROSSMANN, *Die Grenze von Vorsatz und Fahrlässigkeit*, Hamburgo, 1924, pp. 83-84, afirmando que dicho egoísmo se da igualmente en el autor imprudente, pues éste también antepone sus intereses al bien jurídico: «el egoísmo sirve de base a toda reprochabilidad y por ello no puede ser un elemento de distinción entre dolo e imprudencia». En sentido similar, LÖFFLER, *ÖZSt*, 1911, pp. 148-149 y LIEPMANN, *Die Reform des deutschen Strafrechts. Kritische Bemerkungen zu dem «Strafgesetzentwurf»*, Hamburgo, 1921, p. 74. Más recientemente afirma SCHROTH, *Vorsatz als Aneignung*, p. 12, que «el autor doloso parece socialmente más merecedor de pena porque con su conducta hace patente que no le importan los intereses ajenos y mediante el hecho muestra además su capacidad de lesionar tales intereses». La idea del dolo como muestra de una disposición o ánimo hostil al Derecho suele defenderse también por los autores que postulan su doble ubicación en injusto y culpabilidad. Entre estos autores, cfr. GALLAS, «Zum gegenwärtigen Stand der Lehre von Verbrechen», *ZStW*, 67 (1955), p. 45 ss; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, p. 305; ROXIN, *Strafrecht*, § 12, n.º marg. 26. Críticos con esta postura, CEREZO MIR, «La doble posición del dolo en la Ciencia del Derecho Penal española», *ADPCP*, 1981, p. 456 ss; GIMBERNAT ORDEIG, «El sistema del Derecho penal en la actualidad», en *Estudios de Derecho penal*, p. 176 (nota 44); PUPPE, *NK*, § 15, n.º marg. 4 y SILVA SÁNCHEZ, «Recensión a *Schünemann, GA*, 1985», *ADPCP*, 1987, p. 545.

[39] La idea básica es explicitada por OTTO, *Grundkurs Strafrecht. Allgemeine Strafrechtslehre*, 5.ª ed., Berlín, Nueva York, 1996, p. 77, al sostener que «a quien no está en condiciones de evitar una consecuencia no le puede ser imputada como su obra». A partir de esta base deben distinguirse grados de evitabilidad. En este sentido, SAMSON, *SK*, § 16 (apéndice), n.º marg. 36, sostiene que «la evitación de consecuencias no reconocidas exige un esfuerzo superior a la omisión de acciones dolosas». SCHÜNEMANN, «Die Objektivierung von Vorsatz und Schuld im Strafrecht», *Chengchi Law Review*, 50 (1994), p. 269, entiende que en los casos de dolo concurre el «mal uso de un poder de evitación cualificado». Cfr., también, FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, p. 103: «el conocimiento de la acción en sus dimensiones relevantes fundamenta un *acentuado poder de evitación*» (cursiva en el original). La idea se desarrolla en tono crítico en *ibidem*, p. 103 ss.

siquiera sabe lo que hace, pues a este último le es mucho más difícil advertir tales consecuencias[40]. Acudiendo a un ejemplo, a quien con la intención de matar suministra una dosis de veneno a otra persona le resulta más fácil evitar la causación de una muerte que a quien corta una curva cerrada con su coche sin saber que se avecina otro automóvil en dirección contraria. Y ello por el sencillo motivo de que el primero sabe que «está matando» y el segundo no. Sin embargo, esta teoría tampoco sirve para explicar por qué merece mayor castigo el primero que el segundo[41]. Tal vez con ella se describa correctamente una realidad, pero no se dan explicaciones que vayan más allá de coincidir con convicciones sociales ya descritas y, en el fondo, se intuye una reconducción tácita al planteamiento expuesto en primer lugar: quien no hace uso de un elevado poder de evitación demuestra una mayor maldad. Queda, por tanto, sin justificación plausible, por qué el sujeto que puede evitar más fácilmente un resultado merece, desde un punto de vista preventivo, una pena más grave que aquél a quien le resulta más difícil[42].

[40] Esta idea se encuentra presente en los planteamientos de SCHMIDHÄUSER, «Die Grenze zwischen vorsätzlicher und fahrlässiger Straftat ("dolus eventualis" und "bewußte Fahrlässigkeit")», *JuS*, 1980, p. 250, quien intenta mostrar que aquél que reflexiona y conoce un peligro tiene la posibilidad de evitar que éste origine un resultado lesivo si valora los bienes jurídicos, mientras que quien se conduce de modo irreflexivo no goza ni tan siquiera de dicha opción. Ello implica que, cuando el primero no renuncie a su plan, deberá ser más gravemente castigado.

[41] Aporta, sin embargo, una explicación en clave preventiva GIMBERNAT ORDEIG, «¿Tiene un futuro la dogmática juridicopenal?», p. 156, quien entiende que al delincuente doloso se le puede motivar con la pena porque sabe lo que está haciendo, algo que no es posible con el sujeto imprudente, pues éste desconoce los posibles efectos de su conducta. Castigar a ambos con las mismas sanciones sería un abuso de la potestad penal, pues supondría producir unos sufrimientos inútiles con los que no conseguiría evitarse un número superior de lesiones de bienes jurídicos. Sin embargo, y como el propio autor admite, este punto de vista podría llevar a defender un idéntico castigo para causaciones conscientes de resultados y puestas en peligro: «pues si se castiga la conducción negligente de vehículos con la misma pena de, por ejemplo, el homicidio doloso, se podría contar con una disminución de los delitos imprudentes de resultado, a los que precede siempre una conducta peligrosa». Para rechazar esta posibilidad este autor (*ibidem*, pp. 156-157) ya no recurre a criterios de motivabilidad, sino de distinta conmoción social.

[42] En contra de la mayor o menor evitabilidad como criterio para explicar la diferencia de pena entre dolo e imprudencia, JAKOBS, «Sobre el tratamiento», pp. 137-138, quien entiende que esta perspectiva llevaría a tratar de modo más benévolo a aquellas personas que tuvieran una voluntad especialmente determinada a delinquir, puesto que a éstas les sería siempre más difícil evitar la comisión del delito que a cualquier otra persona. Los actuales sistemas no tienen esto en cuenta y, por contra, la reincidencia o la habitualidad son circunstancias que, lejos de exonerar al sujeto, le gravan con penas mayores; cfr. EL MISMO, *Derecho penal*, p. 587. Cfr., igualmente, ENGISCH, *Die Lehre von der Willensfreiheit*, p. 60, quien sostiene que «no puede decirse (...) que el mal uso de la libertad de voluntad sea más grave en los delitos dolosos que en los imprudentes pues, a menudo, a quien actúa dolosamente se le hace más difícil renunciar a su hecho (piénsese en un asesinato por celos) que al que actúa de modo descuidado, a quien con un poco más de precaución le habría sido posible evitar fácilmente la grave catástrofe provocada».

Un tercer grupo de autores entiende que el motivo de la mayor punibilidad de las realizaciones delictivas intencionadas radica en que los hechos dolosos expresan una *decisión del autor contra los bienes jurídicos* que, por contra, no concurre en las realizaciones imprudentes[43]. El Derecho penal pretende proteger determinados bienes jurídicos que considera valiosos para la vida en sociedad y, en consecuencia, quien actúa intencionadamente contra ellos merece una pena más grave que quien menoscaba su integridad por descuido o irreflexividad. Sin embargo, y como las anteriores perspectivas, tampoco esta teoría por sí sola consigue ir más allá de aportar una determinada valoración de la realidad de la que, no obstante, no son derivables criterios de corte preventivo, pues no se explicitan los motivos por los que debe castigarse más gravemente a quien se decide contra los bienes jurídicos, ni qué finalidades se pueden o deben conseguir con semejante castigo[44]. Surge la seria sospecha de que, en realidad, lo único que se acaba significando es que quien se decide contra los bienes jurídicos muestra una mayor maldad o insensibilidad y, por este motivo, debe ser más gravemente castigado.

[43] El origen de la idea en ROXIN, «Zur Abgrenzung von bedingtem Vorsatz und bewußter Fahrlässigkeit», *JuS*, 1964, p. 59. Cfr. igualmente STRATENWERTH, *Strafrecht. Allgemeiner Teil I. Die Straftat*, 3.ª ed., Colonia, Berlín, Bonn, Múnich, 1981, § 8, n.º marg. 255; FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, p. 98; EL MISMO, «Vorsatz und Mitbewußtsein – Strukturen des Vorsatzes», *Armin Kaufmann-GS*, Colonia, Berlín, Bonn, Múnich, 1989, pp. 324-325; ZIEGERT, *Vorsatz, Schuld und Vorverschulden*, Berlín, 1987, pp. 163-165. En España, cfr. MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte general*, 2.ª ed., Valencia, 1996, p. 282, quienes afirman que «el delito doloso supone una rebelión consciente en contra del bien jurídico protegido». En un sentido algo distinto, LIEPMANN, *Die Reform*, p. 75, entiende que lo que caracteriza a los autores dolosos son unos fines antisociales que, por contra, no concurren en los imprudentes. MIR PUIG, *El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho*, Barcelona, 1994, p. 188, sostiene que «toda forma de dolo otorga a la conducta un significado de *negación* o abierto *desprecio* del bien jurídico atacado, del que carece la conducta imprudente» (cursiva en el original). Cfr. también *ibidem*, p. 236. QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS/PRATS CANUT, *Curso de Derecho penal. Parte general*, Barcelona, 1996, p. 294, entienden que la pena de los delitos dolosos se justifica por el desprecio mostrado por un sujeto con respecto a un bien jurídico.

[44] Así, cuando por ejemplo HASSEMER, *ADPCP*, 1990, p. 917, afirma que el dolo es «en relación con la imprudencia un escalón más alto de una participación interna en el suceso externo del injusto, una forma más grave de responsabilidad», probablemente esté reproduciendo de modo correcto determinadas valoraciones sociales, pero no aporta explicaciones plausibles de por qué merece una pena más grave el autor doloso, máxime cuando a la imposición de esta pena se le atribuyen una serie de funciones. Tal afirmación parece extrapolable a los planteamientos de RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro*, p. 59, cuando afirma (acogiendo ideas de ROXIN, *Strafrecht*, § 12, n.º marg. 6) que «existe una diferencia cualitativa esencial entre el dolo y la imprudencia, un diferente contenido de injusto, lo que justifica la diferencia de penalidad de ambos: en el dolo nos encontramos ante "realización de planes", en la imprudencia ante simple "descuido"». Crítico con los planteamientos que justifican el castigo agravado de los comportamientos dolosos simplemente con criterios como la «mayor culpabilidad» o el «mayor injusto», FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, pp. 113-114.

Mayor relación con los fines de la pena parecen mostrar aquellas teorías que pretenden justificar el castigo agravado del hecho doloso en la idea de que éste comporta una *mayor peligrosidad para los bienes jurídicos*[45]. Sin embargo, desde el punto de vista del saldo global de los bienes jurídicos, tal afirmación es discutible: tanto el autor doloso como el imprudente han sido capaces, a fin de cuentas, de producir un resultado idéntico[46]. Además, y en términos globales, basta con pensar en que las grandes catástrofes, cuando no obedecen a causas naturales imprevisibles, son casi siempre debidas a comportamientos imprudentes[47]. Desde el plano teórico ello podría justificar, cuando menos, un idéntico castigo para ambas modalidades de realización delictiva.

En segundo lugar, y desde la perspectiva de la futura integridad de los bienes jurídicos, no siempre el autor doloso tiene que ser en lo sucesivo necesariamente más peligroso que el imprudente[48]. El sujeto que, por ejemplo, ha conseguido acabar dolosamente con la vida de la persona a la que atribuía todas sus desgracias probablemente sea en adelante menos peligroso para otras vidas que aquél que tiene la costumbre —que difícilmente se ve capaz de abandonar— de conducir todos los fines de semana a altas velocidades bajo los efectos del alcohol. Y, sin embargo, aunque se llegase a pronosticar de modo plausible que quien una vez mató dolosamente va a ser en el futuro menos peligroso que quien lo hizo imprudentemente, no por ello parece que se estuviera dispuesto a aceptar que se castigara menos al primero que al segundo[49]. Los problemas de esta concepción son, por tanto, evidentes.

[45] En este sentido, MIR PUIG, *El Derecho penal en el Estado social*, pp. 69-70 y 103. Cfr., igualmente, FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, p. 100 y HASSEMER, *ADPCP*, 1990, p. 917. Sostiene este último autor que «el peligro para los bienes jurídicos que deriva del que comete un delito doloso debe considerarse *ceteris paribus* mayor que el que procede del sujeto que comete un delito imprudente». También utilizan argumentos de peligrosidad PRITTWITZ, *JA*, 1988, p. 487 y, en España, TAMARIT SUMALLA, «La tentativa con dolo eventual», *ADPCP*, 1992, p. 541, quien se adhiere a los planteamientos de *Hassemer*.

[46] Cfr. JAKOBS, *Derecho penal*, p. 312: «la afirmación próxima [a la idea de mayor evitabilidad y de decisión contra los bienes jurídicos], que afirma la mayor peligrosidad del autor doloso, no convence: también el autor imprudente condiciona suficientemente la lesión de un bien, es decir, que no se puede graduar entre una y otra modalidad». En una línea similar, BAURMANN, *Zweckrationalität und Strafrecht. Argumente für ein tatbezogenes Maßnahmerecht*, Opladen, 1987, p. 279.

[47] En este sentido, basta con pensar en la mera realidad estadística de que cada año mueran más personas víctimas de accidentes de tráfico que de homicidios dolosos. Interesantes al respecto las consideraciones de GIMBERNAT ORDEIG, «¿Tiene un futuro la dogmática juridicopenal?», p. 155.

[48] STRATENWERTH, *El futuro del principio jurídico penal de culpabilidad*, versión española a cargo de E. Bacigalupo Zapater y A. Zugaldía Espinar, Madrid, 1980, p. 117, afirma que «el dolo no fundamenta por sí mismo un mayor peligro de reincidencia».

[49] Por ello, el planteamiento preventivo-especial de HASSEMER, *ADPCP*, 1990, p. 917, según el cual «la reinserción del delincuente doloso supone un "cambio normativo", una

Un último punto de vista se mueve en la línea de la *prevención general*, en la versión de esta teoría defendida por *Günther Jakobs*. Según este autor, el sujeto que actúa dolosamente realiza una conducta más necesitada de réplica por parte del ordenamiento jurídico, pues, desde un punto de vista de significado social, dicho sujeto ha negado con su comportamiento la vigencia de la norma infringida ante la colectividad, algo que no puede predicarse del hecho realizado imprudentemente. De forma gráfica: pese a que la norma dice «no se puede matar», el autor doloso contesta con su hecho que «sí se puede matar» y, de este modo, niega ante los demás ciudadanos la vigencia de la norma que prohíbe el homicidio[50]. Por contra, la conducta de quien actúa de modo imprudente no es más que la expresión de un error y no pone en tela de juicio, por tanto, la vigencia de norma penal alguna[51]. Además, el sujeto que actúa de modo imprudente no conoce de manera precisa qué concretos peligros está creando con su conducta, de tal modo que corre un riesgo claramente superior de padecer una *poena naturalis*, esto es, de que las consecuencias de su comportamiento descuidado se vuelvan contra él mismo o le resulten totalmente desagradables[52].

Lo que pretende significar *Jakobs* es que el sujeto que actúa imprudentemente lo hace negando las (fácticamente incuestionables) reglas que rigen la realidad y está, por tanto, irremisiblemente abocado al fracaso, mientras que el autor doloso conoce perfectamente dichas reglas y lo que

relación transformada del sujeto con la norma, mientras que en el caso del autor de un delito imprudente se trata sólo de prestar una atención más elevada o de una previsión de peligro», no es un argumento que acredite que *siempre* el autor doloso seguirá siendo en el futuro más peligroso que el imprudente. En esta línea se dirigen también las críticas de KÜPER, *GA*, 1987, p. 501.

[50] Cfr. JAKOBS, «El concepto jurídico-penal de acción», pp. 116-117 y EL MISMO, «Objektive Zurechnung bei mittelbarer Täterschaft durch ein vorsatzloses Werkzeug», *GA*, 1997, pp. 553-555.

[51] Cfr. JAKOBS, «El principio de culpabilidad», p. 371. El delincuente imprudente no niega la norma jurídica, sino las inmutables leyes que rigen la realidad, pues «quien se comporta (...) como si dos por dos fuesen cinco, o como si el granito pudiese flotar en el agua, o quien yerra de manera menos drástica, pero decisiva para el resultado, no aporta con su comportamiento nada que sea comunicativamente relevante». Cfr., igualmente, EL MISMO, *Sociedad, norma y persona*, p. 27 ss. No lejos de estos razonamientos, SCHROTH, *Vorsatz als Aneignung*, p. 11: «a quien pasa por alto prestar la atención adecuada a los indicios de una situación se le tiene por incapaz, torpe o desconsiderado».

[52] JAKOBS, *Derecho penal*, p. 313 y EL MISMO, «El principio de culpabilidad», pp. 371-372 y 378 ss. Según este autor en los casos de imprudencia podría prescindirse de la *poena forensis* y si no se hace es para mantener mediante la reprensión pública los estándares objetivos de riesgo y para evitar que se produzca un aprendizaje selectivo, porque «no todos sufren por el dolor que infligen erróneamente a otros como si fuera propio; por consiguiente, es preciso evitar que se extienda el desinterés en los casos en que sólo corren peligro personas que están lejos del autor». En idéntico sentido, JAKOBS, «Sobre la función de la parte subjetiva del delito en Derecho penal», trad. J. Cuello Contreras, *ADPCP*, 1989, p. 641.

hace con su actuación es negar la vigencia de las (fácticamente cuestionables) normas jurídicas[53]. Si estas últimas normas quieren mantener su vigencia general deben generar el fracaso de quien las niega, para evitar de este modo actos de imitación e impedir asimismo que se extienda entre la colectividad el escepticismo sobre dicha vigencia[54]. Ésta es la utilidad de la pena: hacer fracasar al autor doloso, mostrando a los demás ciudadanos —ahí su función preventiva y general— que el comportamiento de aquél también conduce al fracaso y que la norma sigue vigente[55].

La teoría de la prevención general planteada en los términos en que lo hace *Jakobs* consigue dar una solución satisfactoria en términos preventivos sobre el porqué de la pena agravada de los delitos dolosos. Al autor doloso se le impone la pena como contrarréplica a la afirmación que se extrae de su hecho de que para él una determinada norma jurídica no tiene validez. La imposición de la pena muestra a los demás ciudadanos que dicha afirmación es errónea y que la norma sigue rigiendo, lo que les permitirá seguir contando con ella en sus orientaciones futuras. Por contra, al autor imprudente basta con imponerle en ciertos casos una pena menor, simplemente para garantizar los estándares objetivos de peligro[56]. Como ventaja ulterior, estos planteamientos se muestran plenamente de acuerdo con las convicciones sociales expuestas al inicio de este apartado, esto es —en terminología de *Jakobs*— con la idea de que en la sociedad actual *los defectos volitivos gravan y los defectos cognitivos exoneran*[57].

[53] JAKOBS, «El principio de culpabilidad», pp. 381-382, afirma que «quien conoce el sistema de normas del Estado, pero no quiere reconocer sus reglas, no necesariamente fracasa con su planificación individual (...) no puede probarse que desde el punto de vista individual sea preferible cumplir las normas sociales, y especialmente las normas jurídicas, a diferencia de lo que ocurre en cuanto a las normas de la naturaleza». Cfr. también EL MISMO, «Sobre el tratamiento», pp. 135-137 y 140-141 y EL MISMO, *Sociedad, norma y persona*, p. 28. El argumento de la negación de la vigencia de la norma es empleado también por HASSEMER, *DP*, 1982, pp. 238-239, en el caso de las lesiones dolosas de bienes jurídicos colectivos, mientras que para el caso de las afectaciones dolosas a bienes jurídicos individuales recurre este autor a la idea de una vejación social y personal de la víctima que no se da en los delitos imprudentes.

[54] Con todo, KÜPER, *GA*, 1987, p. 501, se muestra crítico con los planteamientos que afirman que los hechos dolosos socavan la confianza de la sociedad en el Derecho, al entender que esto no puede verificarse empíricamente.

[55] Cfr. JAKOBS, «El principio de culpabilidad», pp. 381-382. También interesantes en este punto las consideraciones de LESCH, «Intervención delictiva e imputación objetiva», trad. J. Sánchez-Vera y Gómez-Trelles, *ADPCP*, 1995, pp. 924-926, aunque este autor prefiere designar su concepción de la pena con el término «retributivo-funcional».

[56] Acerca de los motivos por los que se castigan los delitos imprudentes, cfr. JAKOBS, «Sobre el tratamiento», pp. 141-142.

[57] Cfr. esta idea en JAKOBS, *ADPCP*, 1989, pp. 644-645 y EL MISMO, «Sobre el tratamiento», pp. 133-134. Sobre la diferencia entre *defectos volitivos* y *cognitivos* cfr. *supra* nota 32.

En la doctrina, muchos de los planteamientos anteriores suelen entremezclarse[58]. De hecho, a todas las teorías expuestas no les falta una parte de razón: las convicciones sociales llevan a castigar más gravemente a aquél que ha podido evitar de un modo más sencillo, o que de modo consciente y voluntario ha dirigido su actuación a la lesión de un bien jurídico. También es cierto que los autores dolosos suelen mostrarse en la práctica más peligrosos que los imprudentes, como muestran las tasas de reincidencia, aunque dicho criterio no pueda absolutizarse para todos los casos. Por otra parte, la decisión contra los bienes jurídicos siempre entraña la negación de la vigencia de la norma penal con la que se pretende la protección de dichos bienes. Sin embargo, el único criterio que consigue por sí solo fundamentar preventivamente la diferencia de pena entre la realización dolosa y la imprudente de un hecho es el basado en la negación de la vigencia de la norma como sentido expresado por la realización dolosa y en la pena como réplica a dicha negación.

Por estos motivos, *la tarea de fijación del concepto de dolo debe vincularse a la idea de que una conducta se hace acreedora de la pena de los delitos dolosos cuando pueda valorarse como una expresión de sentido negadora de la vigencia de una norma penal. Por contra, basta con replicar a dicha conducta con la pena más leve asignada en ciertos casos a las realizaciones delictivas imprudentes cuando un hecho sea sólo expresión del fracaso de un sujeto en su planificación individual.* La importancia de estas ideas será puesta más adelante de relieve[59].

[58] Cfr. HASSEMER, *ADPCP*, 1990, pp. 915-917, quien acoge los planteamientos de la peligrosidad, la decisión contra el bien jurídico y «la lesión de la norma que obliga a observar ese bien jurídico». En idéntica línea, DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, pp. 40-41 y LA MISMA, «Algunos aspectos sobre el dolo eventual. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 1991», *AP*, (1) 1995, pp. 8-9. SCHROTH, *Vorsatz als Aneignung*, p. 12, combina ideas basadas en el mayor desinterés del autor doloso y en la necesidad de que éste adopte otra postura frente a los bienes jurídicos y los valores sociales. SCHÜNEMANN, *Chengchi Law Review*, 50 (1994), pp. 269-270, considera que los dos criterios decisivos son el mal uso de un poder cualificado de evitación y un sentimiento de mayor peligrosidad para los bienes jurídicos. FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, pp. 98 ss y 497, entiende que la actuación del sujeto pese al conocimiento de la relevancia típica de la conducta expresa una decisión contra el bien jurídico y se deduce a partir del hecho una mayor peligrosidad del autor; además, desde un punto de vista preventivo-general, se afecta en mayor grado a la confianza en la vigencia de la norma. JAKOBS, *Derecho penal*, p. 312, reprocha a *Frisch* que, pese haberse dado cuenta «de la mayor conmoción de la confianza en la norma por medio del autor doloso (...) no la fundamenta». En Italia, FIANDACA/MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, 3.ª ed., Bolonia, 1995, pp. 305-306, emplean diversos criterios: una agresión más intensa el bien jurídico por parte del delincuente doloso y una mayor afectación a la colectividad.

[59] Cfr. *infra* V.2.

I.3. LA CLASIFICACIÓN TRIPARTITA DEL DOLO

Analizada la cuestión relativa a la justificación de la diferente gravedad de las consecuencias jurídicas asignadas a las realizaciones delictivas dolosas y a las imprudentes, debe exponerse ahora con más detalle en qué casos puede afirmarse, según planteamientos dominantes, la concurrencia de la realización dolosa de un comportamiento penalmente típico. Ante todo, debe someterse a prueba la idea mayoritaria de que un sujeto sólo actúa dolosamente cuando «sabe» que está realizando un tipo penal y «quiere» además tal realización. Para el análisis de esta cuestión se partirá de dos ejemplos:

> *1. A. decide poner fin a la vida del amante de su mujer. Con este objetivo le espera al volante de un automóvil a la salida de la empresa en la que trabaja y, cuando le ve aparecer, dirige el vehículo contra él, empujándole violentamente contra un muro y causándole la muerte.*
>
> *2. B. conduce su automóvil por una vía pública cuando advierte que una avispa se ha introducido en el vehículo. Muy nervioso, suelta el volante y se vuelve hacia atrás para intentar ahuyentar al insecto. Fuera de control, el coche se dirige contra un transeúnte que en ese momento está cruzando la calzada por un paso de peatones, atropellándole y causando su muerte.*

Desde un punto de vista estrictamente objetivo, los dos anteriores ejemplos presentan una estructura similar, pues ambos reproducen supuestos en los que un individuo causa un resultado lesivo para la vida de otra persona arrollando a ésta con un automóvil. Sin embargo, nadie dudaría en afirmar que el primer hecho reviste una mayor gravedad que el segundo. Tal diferencia de gravedad surge, evidentemente, de la subjetividad de ambos conductores: el primero ha atropellado intencionadamente a su víctima, mientras que el segundo lo ha hecho a consecuencia de un descuido. Según la doctrina dominante, el *ejemplo 1* es una muestra evidente de realización delictiva dolosa, pues su protagonista ha sido consciente de que estaba provocando una muerte y, además, quería o tenía la intención de que ésta se produjera. Cuando concurre una realización delictiva intencionada nadie discute que el hecho merezca la pena que el Código tiene prevista para la modalidad dolosa del delito del que se trate. La doctrina suele hablar en estas situaciones de *dolo directo de primer grado* o, simplemente, de *intención* y, por regla general, se califica a esta modalidad como «el paradigma más perfecto de dolo», pues en ella concurren de modo inequívoco los dos elementos que, según la mayoría de autores, determinan lo que debe entenderse por una realización delictiva dolosa, esto es, el conocimiento y la voluntad[60].

[60] Cfr., por todos, MIR PUIG, «Conocimiento y voluntad en el dolo», en JIMÉNEZ VILLAREJO (dir.), *Elementos subjetivos de los tipos penales*, Madrid, 1995, p. 19. ANTÓN ONECA, *Derecho penal*, p. 225, plantea que en estos casos es más correcto hablar de «dolo de propósito», porque la expresión española «intención» tiene un sentido más amplio que el término alemán «Absicht» y abarca todas las modalidades de dolo.

> Habitualmente se suele también afirmar que cuando un sujeto actúa intencionadamente no tiene ninguna importancia el grado de peligro que haya advertido estar creando con su comportamiento: cuando un individuo dispara contra otro con la intención de matarle es indiferente, a efectos de dolo, que lo haga en la creencia de que es segura la producción de la muerte, o bien en la de que dicho resultado es simplemente posible o, incluso, improbable: el dolo existe en cualquier caso[61].

Por contra, el *ejemplo 2* es una clara muestra de homicidio cometido imprudentemente: el conductor ha matado a un tercero sin que la causación de tal muerte formara parte de su voluntad, sin ser auténtico conocedor siquiera de que con su comportamiento iba a provocar dicho resultado. Según la doctrina dominante, si el autor ha percibido por lo menos que con su conducta estaba creando un peligro es éste un caso de *imprudencia consciente*, mientras que, de no haber advertido tal peligrosidad, concurre un supuesto de *imprudencia inconsciente*[62]. No prevé el Código un tratamiento penológico diferenciado en función de la concreta modalidad de imprudencia que pueda concurrir en un supuesto de hecho[63].

La voluntad como criterio limitador propuesto por la doctrina dominante permite distinguir sin demasiados problemas entre dolo e imprudencia cuando el aplicador jurídico debe resolver casos como los anteriores, en los que la respectiva intención o su ausencia por parte del sujeto activo son especialmente evidentes. La cuestión se complica un poco más cuando debe aportarse una respuesta para supuestos como el siguiente:

[61] Cfr. LACKNER, *StGB*, § 15, n.º marg. 20. ROXIN, *Strafrecht*, § 12, n.º marg. 4, considera que «en los casos de intención basta, por lo que al conocimiento respecta, con que se suponga una pequeña posibilidad de causación del resultado». CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español. Parte general II. Teoría jurídica del delito/1*, 5.ª ed., Madrid, 1997, p. 138, afirma que en estos casos es suficiente con que el sujeto no juzgue «absolutamente improbable» la producción del resultado. NOWAKOWSKI, *WK*, 20.ª entrega (1984), § 5, n.º marg. 8, considera que, cuando existe intención, resulta indiferente el grado de probabilidad representado.

[62] Por todos, LACKNER, *StGB*, § 15, n.º marg. 53.

[63] PUPPE, *NK*, § 15, n.º marg. 13, entiende que «la distinción entre imprudencia consciente e inconsciente sólo tiene un valor teórico-clasificatorio, pero ningún significado normativo». En España, el TS afirma en su sentencia de 13 de octubre de 1993 (A 7380, ponente Moner Muñoz) que en algunos casos la imprudencia inconsciente puede considerarse más grave que la consciente, «porque refleja una falta absoluta de preocupación o una negligencia total».

F. es propietario de un edificio que se encuentra asegurado a su favor por una notable cantidad de dinero. Para cobrar la cuantía del seguro decide prender fuego al inmueble, lo que hace con conocimiento de que en éste viven personas y en la certeza de que éstas morirán si el edificio arde. Varias personas mueren a consecuencia de la acción de las llamas.

En este caso no parece tan sencillo afirmar, como en el primero de los dos anteriores, que el sujeto realmente *haya querido* causar la muerte de los habitantes del edificio. Lo único que a ciencia cierta quería dicho sujeto era cobrar la indemnización y, partiendo de esta premisa, las muertes sólo eran vistas como una consecuencia fatal ligada necesariamente a la consecución del objetivo, pero no querida por sí misma. Sin embargo, en la doctrina prácticamente nadie discute que éste sea un supuesto que merezca el mismo tratamiento que los casos de auténtica intención, pues, por así decirlo, quien se representa con certeza que con su conducta va a producir de manera necesaria determinadas consecuencias de algún modo también las quiere[64]. Afirma en este sentido *Welzel* que, «si el autor considera (prácticamente) seguro que se producirá el resultado concomitante al emplear el medio de acción por él elegido o al alcanzar el resultado, la voluntad de realización abarca también esta consecuencia»[65]. De acuerdo con esta idea, la doctrina mayoritaria engloba estos supuestos en una segunda modalidad de dolo, el llamado *dolo directo de segundo grado o de consecuencias necesarias*[66].

Sin embargo, no todos los autores se muestran de acuerdo con la idea de que, partiendo de una definición genérica de dolo como «conocer y querer», también pueda afirmarse que en el caso del dolo directo de

[64] Sobre el planteamiento histórico de la cuestión, cfr. ENGISCH, *Untersuchungen*, pp. 90-91. RUDOLPHI, *SK*, § 15, n.º marg. 37, afirma que «el elemento volitivo del dolo no necesita aquí ser determinado de forma específica», mientras que DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, p. 146, considera que en los casos de dolo directo de segundo grado también concurre el elemento de la voluntad. MIR PUIG, en *Elementos subjetivos*, p. 20, afirma que, si el sujeto sabe seguro que su conducta «va a llevar aparejada necesariamente un resultado típico, no puede por menos que *aceptar* esta virtualidad lesiva de la misma. Pues bien, "aceptar", aunque sea a regañadientes, también es una forma de "querer"» (cursiva en el original).

[65] WELZEL, *Derecho penal alemán*, 11.ª ed., trad. J. Bustos Ramírez y S. Yáñez Pérez, 4.ª ed., Santiago de Chile, 1993, p. 81.

[66] En la doctrina alemana a menudo se utilizan las expresiones «direkter Vorsatz» (*dolo directo*) o «Wissentlichkeit» (*a sabiendas*) para designar esta figura, en contraposición al término «Absicht» (*intención*), que se reserva para el dolo directo de primer grado. Sobre la terminología empleada por la dogmática alemana, cfr. ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, tomo I, 2.ª ed., trad. y notas de D.M. Luzón Peña, M. Díaz y García Conlledo y J. de Vicente Remensal, Madrid, 1997, § 12, n.º marg. 2 (nota del traductor, M. Díaz y García Conlledo). En Italia algunos autores se refieren a esta modalidad de dolo como «dolo indiretto»; cfr. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padua, 1992, p. 322 (nota 22).

segundo grado concurren ambos elementos, pues en tales supuestos el autor no *quiere* el resultado en el sentido más auténtico de la palabra *querer*[67]. Lo que estos autores pretenden poner en evidencia es que tras semejante asimilación de categorías se oculta una cierta manipulación de conceptos. Así, como afirma *Puppe*, mientras en el dolo directo de primer grado las doctrinas mayoritarias manejan un concepto psicológico-descriptivo de voluntad, éste se transforma en una voluntad normativamente imputada al sujeto cuando se pasa al dolo directo de segundo grado[68]. Con todo, estas *denuncias* no van dirigidas en modo alguno a cuestionar que hechos como el reproducido en el anterior ejemplo deban reputarse realizaciones dolosas y merezcan, por tanto, la pena correspondiente a éstas, sino sólo a poner de manifiesto ciertas incoherencias en los argumentos que emplea la doctrina dominante que adquieren un mayor relieve en otros ámbitos de la discusión.

Si ya el anterior ejemplo daba lugar a ciertas —aunque tenues— discrepancias, la solución aún parece menos clara cuando deben resolverse supuestos como el siguiente:

Los miembros de una banda terrorista secuestran a un funcionario de policía y deciden torturarle para obtener cierta información. Los métodos empleados en el interrogatorio son contundentes, pero aun así no se consigue hacerle hablar. Después de varios días de torturas, el policía se encuentra muy débil y sus captores comentan entre ellos que, si continúan torturándole, puede morir. Sin embargo, deciden seguir adelante, pues es su última oportunidad para obtener la información que les interesa. A consecuencia de las torturas el secuestrado muere sin que sus captores hayan conseguido que hable.

Lo primero que conviene plantearse ante un caso como éste es la posibilidad de subsumirlo en alguna de las dos modalidades de dolo expuestas hasta ahora. Parece evidente que tal posibilidad no cabe respecto del dolo directo de primer grado, pues queda fuera de toda duda que los

[67] Cfr. ZIELINSKI, *AK-StGB*, §§ 15-16, n.º marg. 27. CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, Barcelona, 1989, p. 271, califica de paradójico que, según planteamientos dominantes, el elemento volitivo del dolo deba exigirse en el dolo directo de primer grado y en el eventual, pero no en el dolo de consecuencias necesarias y afirma que ello «supone incurrir en una incoherencia, pues una variación "cuantitativa" —la mayor probabilidad de producción del resultado— (...) no puede nunca transformarse en un cambio "cualitativo" de los elementos que han de conformar el contenido del dolo».

[68] Cfr. PUPPE, *NK*, § 15, n.º marg. 27. Añade esta autora (*ibidem*) que la justificación de esta mutación de conceptos «no se pone de relieve de una manera lo bastante clara por la doctrina dominante». También cuestionan el papel de la voluntad en el dolo directo de segundo grado, SCHMOLLER, *ÖJZ*, 37 (1982), p. 282; MORSELLI, «El elemento subjetivo del delito en la perspectiva criminológica», *ADCPC*, 1991, pp. 887-888 y SANCINETTI, *Teoría del delito y disvalor de acción*, Buenos Aires, 1991, p. 158.

secuestradores no querían la muerte del secuestrado; es más, puede afirmarse incluso que en modo alguno deseaban tal resultado, ya que con su acaecimiento veían desaparecer su última oportunidad para conseguir la información que ambicionaban. Tampoco es éste un supuesto de dolo directo de segundo grado, pues los captores no se representaron como cierto o seguro que su víctima llegara a morir, sino sólo como algo posible o, en todo caso, probable. Parece, pues, incuestionable que un dolo entendido en los términos expuestos no puede dar cabida en su literalidad a casos como éste, por lo que *a priori* no parecería quedar más remedio que condenar a los causantes de la muerte como autores de un homicidio imprudente[69].

Calificar de imprudentes supuestos como el anterior implica entender que la conducta de los terroristas del ejemplo reviste, más o menos, la misma gravedad que la del conductor que se pone nervioso a causa de la avispa que ha entrado en su coche y atropella a alguien provocando su muerte. Supone afirmar, por tanto, que la muerte del policía torturado se ha producido a consecuencia de un descuido o de una actuación negligente, una solución que en modo alguno puede considerarse satisfactoria[70]. Para evitar que casos como éste se castiguen como meros homicidios imprudentes, la doctrina recurre a una tercera modalidad de dolo: el llamado *dolo eventual*[71]. El dilema que explica el recurso a esta tercera

[69] Así lo entendía hace un siglo VON BAR, «Dolus eventualis?», *ZStW*, 18 (1989), p. 558, quien abogaba por dejar fuera del dolo del sujeto activo toda consecuencia que no hubiera sido deseada o representada como cierta. No lejos de este autor se halla BUSTOS RAMÍREZ, «Política criminal y dolo eventual», *RJCat*, 1984, p. 321 ss, quien entiende que debe renunciarse a buscar un elemento volitivo en casos como el expuesto *supra*, ya que éstos equivalen estructuralmente a supuestos de imprudencia, aunque concurra en ellos un elemento del injusto añadido consistente en la decisión del sujeto contra el bien jurídico. El tratamiento penológico propuesto para estos casos debía ser, *de lege lata*, su castigo como delitos dolosos con la antigua atenuante del art. 9.4.ª CP73 y, *de lege ferenda*, su inclusión en el antiguo art. 565 CP73 —donde se ubicaba la cláusula general de punición de los delitos imprudentes— añadiendo una circunstancia agravatoria basada en la concurrencia del citado elemento subjetivo. La entrada en vigor del Código Penal de 1995 ha dado al traste con ambas propuestas. Igualmente en contra de ampliaciones del dolo más allá de la estricta voluntad, LIEPMANN, *Die Reform*, p. 79 ss, quien proponía, a lo sumo, introducir en determinados tipos de la Parte especial una cláusula específica de punición de las conductas llevadas a cabo con consciencia de la posibilidad de una realización típica.

[70] Cfr., en este sentido, las valoraciones de MUÑOZ CONDE, prólogo a DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, p. 7.

[71] Mientras en la doctrina española sólo se habla de «dolo eventual», en la germánica se utilizan indistintamente las expresiones «bedingter Vorsatz» (*dolo condicionado*), «Eventualvorsatz» (*dolo eventual*) y a menudo el latino «*dolus eventualis*». Crítico con el uso de la equívoca expresión «dolo condicionado», ROXIN, *Strafrecht*, § 12, n.° marg. 24, pues los casos que se suelen discutir en este ámbito están más próximos al querer incondicional (esto es, los terroristas del ejemplo quieren la información al precio que sea), que no lo contrario. Cfr., asimismo, SCHULTZ, *Spendel-FS*, p. 304 ss, donde se expone el uso que se hace de cada uno de estos términos en los diversos países de habla alemana.

categoría es el siguiente: *existen casos en que, sin concurrir propiamente voluntad de realizar un tipo penal, la conducta llevada a cabo parece, sin embargo, merecedora de la pena asignada a la infracción dolosa*[72].

Llegados a este conflictivo punto, los hasta ahora prácticamente uniformes caminos seguidos por la doctrina se dividen. Así, unos autores optan por mantener a toda costa la definición general de dolo como «conocimiento y voluntad» y por tratar de encontrar en casos problemáticos como el expuesto una forma de volición que permita encuadrarlos dentro del dolo[73]. Por contra, un segundo grupo de autores entiende que ante casos como el planteado puede prescindirse de la voluntad y afirmar el dolo siempre que el sujeto se haya representado como posible o probable que el resultado podía acaecer, o haya actuado con la consciencia de estar creando un riesgo elevado de realización del tipo penal. Sin embargo, es evidente que este último punto de vista se encuentra con serios problemas para mantener la vigencia de la definición general del dolo en los supuestos de dolo eventual[74]. Por este motivo, un tercer grupo de autores opta por reformular dicha definición, negando que para el dolo haga falta, siempre y en todo caso, *querer* la realización del tipo[75]. Lo que prácticamente nadie defiende en la actualidad es que, ante ejemplos como el expuesto, baste con castigar a los sujetos como autores de un simple homicidio imprudente.

No completamente satisfechos con ninguna de las opciones anteriores, algunos autores entienden que es tal la diferencia entre la conducta del sujeto que actúa con dolo directo de primer grado y la del que lo hace con dolo eventual que, a efectos de merecimiento de pena, convendría crear un *tercer título de imputación subjetiva* a ubicar entre dolo e imprudencia[76]. A este título intermedio, que serviría para abarcar concep-

[72] Así, TAMARIT SUMALLA, *ADPCP*, 1992, pp. 540-541, afirma que la asimilación del dolo eventual al dolo «se produce como consecuencia de una valoración según la cual la comunidad jurídica considera que determinados comportamientos *no intencionales* merecen la misma repulsa que el Ordenamiento Jurídico prevé para la afección dolosa al bien jurídico» (cursiva añadida).

[73] Cfr. al respecto *infra* II.2.A. Según FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, p. 256, los partidarios de exigir un elemento volitivo para el dolo eventual llegan al convencimiento de dicha exigencia a través de dos posibles vías: una *inductiva*, consistente en mostrar casos como el del conductor descuidado o el del cirujano que lleva a cabo una operación a vida o muerte, para mostrar que, si no hay voluntad de producir el resultado de muerte, parece a todas luces insostenible castigar por homicidio doloso; la otra, *deductiva*, partiendo de la base de que el dolo es conocer y querer y de que, dado que el dolo eventual también es una modalidad de dolo, forzosamente debe contener ambos requisitos.

[74] Cfr. *infra* II.2.B las consideraciones acerca de la «teoría de la probabilidad».

[75] Cfr. *infra* III.2, esp. las consideraciones acerca de la teoría de *Schmidhäuser*.

[76] Sobre la posibilidad de importar al Derecho alemán la figura anglosajona de la *recklessness*, que vendría a abarcar conceptualmente el ámbito ocupado tradicionalmente por el dolo eventual y la imprudencia consciente, cfr. WEIGEND, «Zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit», *ZStW*, 93 (1981), p. 687 ss. Este autor (*ibidem*, p. 697 ss) se acaba mos-

tualmente los casos que actualmente se discuten en el ámbito del llamado dolo eventual, debería vincularse una pena superior a la de los delitos imprudentes e inferior a la de los cometidos con dolo directo[77]. Sin embargo, esta propuesta no pasa de ser una mera consideración *de lege ferenda*, pues los textos legales de los universos jurídicos más próximos sólo toman en consideración el dolo y la imprudencia como criterios de atribución subjetiva[78].

En España se había propuesto también por algunos autores aplicar la antigua atenuante del artículo 9.4ª CP73 a los casos de dolo eventual, pero la desaparición de dicha circunstancia en el texto del Código vigente ha hecho un flaco favor a tales planteamientos que, por otra parte, nunca habían sido acogidos por la jurisprudencia[79]. Queda en pie, sin embargo, la posibilidad teórica de dar entrada a tal aminoración de pena a través de la atenuante analógica (art. 21.6ª CP), recurso apuntado por algunos autores, pero en el que no se ha insistido demasiado[80].

trando más inclinado por tratar la cuestión en el ámbito de la determinación de la pena que por la creación de una figura intermedia, pues ésta implicaría multiplicar los problemas *fronterizos* que ahora sólo se plantean entre dolo eventual e imprudencia consciente. Sobre el concepto de *recklessness*, cfr. FLETCHER, *Conceptos básicos*, p. 174 ss, DÍAZ PITA, *AP*, (1) 1995, pp. 3-7 y PERRON, «Vorüberlegungen zu einer rechtsvergleichenden Untersuchung der Abgrenzung von Vorsatz und Fahrlässigkeit», *Nishihara-FS*, Baden-Baden, 1998, pp. 151-152. Una visión escéptica sobre la posibilidad de *importar* este concepto en ROXIN, *Strafrecht*, § 12, n.º marg. 68.

[77] Ésta es la propuesta *de lege ferenda* de SCHÜNEMANN, «Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger Kommentars und des Wiener Kommentars» (1.ª parte), *GA*, 1985, p. 363, quien entiende que deberían agruparse, en primer lugar, las dos modalidades de dolo directo como formas más graves de imputación individual, en segundo lugar, el dolo eventual y la imprudencia consciente en un grado intermedio y, finalmente, en un tercer escalón, debería dejarse la imprudencia inconsciente. La valoración de posibles elementos emocionales quedaría relegada al ámbito de la determinación de la pena.

[78] Pese a ello, el Tribunal Supremo español se ha pronunciado esporádicamente a favor de la conveniencia de crear un tercer título de imputación; cfr. la STS de 24 de octubre de 1989 (A 7744, ponente García Ancos) y la STS de 25 de octubre de 1991 (A 7375, ponente Montero Fernández-Cid) en la que se afirma que «sería conveniente que en el futuro la figura del dolo eventual tuviera un tratamiento legislativo de carácter específico intermedio entre el dolo directo y la culpa consciente».

[79] Cfr., al respecto, las propuestas de MIR PUIG, adiciones a JESCHECK, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, 3.ª ed., trad. y notas de S. Mir Puig y F. Muñoz Conde, Barcelona, 1981, vol. I, p. 427; BUSTOS RAMÍREZ, *RJCat*, 1984, pp. 326-327; EL MISMO, *Manual de Derecho penal. Parte general*, 4.ª ed. a cargo de H. Hormazábal Malarée, Barcelona, 1994, pp. 290-291 y SÁINZ CANTERO, *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, 3.ª ed., Barcelona, 1990, p. 682. Crítico con las anteriores posturas, ZUGALDÍA ESPINAR, «La demarcación entre el dolo y la culpa: el problema del dolo eventual», *ADPCP*, 1986, pp. 401-404, quien entendía que la atenuante del art. 9.4.ª CP73 sólo estaba pensada para los casos de preterintencionalidad homogénea y no cabía su aplicación en supuestos de dolo eventual.

[80] Cfr. MIR PUIG, adiciones a JESCHECK, *Tratado*, vol. I, p. 427 y LUZÓN PEÑA, *Curso*, p. 428. En una línea similar, ya SCHRÖDER, «Aufbau und Grenzen des Vorsatzbegriffes», *Sauer-FS*, Berlín, 1949, p. 247 ss, había propuesto *de lege ferenda* un sistema de atenuaciones que permitiera rebajar la pena a determinadas realizaciones delictivas cometidas con dolo eventual.

La existencia de *tres modalidades de dolo* (*directo de primer grado, directo de segundo grado y eventual*) es algo que pocos autores parecen estar dispuestos a poner en tela de juicio[81]. Sin embargo, dicha tripartición es obra únicamente de la elaboración doctrinal y no goza de ningún fundamento legal explícito[82]. Por este motivo es perfectamente legítimo entrar a cuestionar *de lege lata* el porqué de una clasificación tripartita: atendiendo a todas las variaciones posibles entre los grados e intensidades imaginables de conocimiento y voluntad podría construirse una partición cuádruple o quíntuple sin demasiadas dificultades. La vigencia del *cuasi-dogma* de la tripartición del dolo también deberá revisarse en el curso de este trabajo[83].

Durante los últimos siglos el debate sobre el dolo se ha centrado básicamente en la correcta fijación de la frontera teórica entre este título de imputación y la imprudencia, esto es, en el dolo eventual[84]. Sin embargo, no es ésta una cuestión marginal dentro de la problemática general del concepto de dolo, pues los resultados a los que se llegue en el análisis de los límites inferiores de tal concepto necesariamente deberán repercutir en su definición general. El debate sobre el dolo eventual es, por tanto, el debate sobre el concepto global de dolo, y ello pese a que

[81] Hoy en día sólo abandonan de modo explícito dicha tripartición PUPPE, *NK*, § 15, n.º marg. 155 y BACIGALUPO ZAPATER, *Principios*, p. 231. Sin embargo, un abandono más o menos tácito puede apreciarse en SCHMIDHÄUSER, *JuS*, 1980, p. 250, quien prefiere distinguir entre supuestos de consciencia segura e insegura (también RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro*, p. 55, aprecia dicho abandono por parte de este autor), o en HERZBERG «Die Abgrenzung von Vorsatz und bewußter Fahrlässigkeit – ein Problem des objektives Tatbestandes», *JuS*, 1986, pp. 249-262, para quien la distinción entre dolo e imprudencia es un problema a tratar básicamente en el tipo objetivo (sobre estos autores ver, resp., *infra* III.2 y IV.2.C). JAKOBS, *Derecho penal*, pp. 321-325 y 315-316, parece no renunciar a la clasificación tripartita en la medida en que la intención y el dolo directo de segundo grado se exigen en determinados tipos de la Parte especial del StGB, si bien abandona la clasificación tradicional de dolo como conocer y querer y la reformula afirmando que dolo es conocimiento de la acción junto con sus consecuencias, considerando que la definición tradicional es incapaz de dar cabida al dolo directo de segundo grado y al eventual (cfr. *infra* IV.2.B).

[82] Un intento fallido de dotar de base legal a la clasificación se llevó a cabo en el § 16 del Proyecto de Código Penal alemán de 1962: «actúa dolosamente quien lo que quiere es realizar el tipo penal, quien sabe o prevé como segura la realización de dicho tipo o quien tiene tal realización por posible y se conforma con ella». Cfr., al respecto, GEPPERT, «Zur Abgrenzung von bedingtem Vorsatz un bewußter Fahrlässigkeit», *Jura*, 1986, p. 610. La clasificación tripartita sí consta, por contra, en el texto legal (§ 5) del Código Penal austríaco.

[83] Cfr. *infra* el «Excurso sobre la tripartición del dolo».

[84] No debe perderse de vista que en aquellos delitos cuya realización imprudente es impune —la mayoría en el CP95—, la discusión sobre el dolo eventual es la discusión sobre las mismas fronteras del ámbito de lo punible, esto es, entre castigo e impunidad.

no demasiados autores hayan trasladado con coherencia a su definición general las conclusiones obtenidas en el *terreno fronterizo* con la imprudencia[85]. Sin perder de vista, por tanto, esta última circunstancia, conviene abordar seguidamente el análisis a grandes rasgos de los principales argumentos sostenidos a lo largo de las diversas etapas del ya centenario debate sobre el dolo en general y, particularmente, sobre el dolo eventual.

[85] En contra de que pueda construirse una doctrina específica para el dolo eventual que no afecte a la noción global de dolo, FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, p. 496 ss.

II. RETROSPECTIVA: la teoría de la voluntad y la teoría de la representación

La *teoría de la voluntad* y la *teoría de la representación* constituyen las dos principales líneas teóricas en que, desde principios del siglo XIX, viene agrupándose a la mayoría de autores que se han ocupado en sus trabajos de la problemática del dolo eventual. Ambos planteamientos parten de dos presupuestos iniciales distintos para afrontar dicha problemática. En primer lugar, *la teoría de la voluntad* se aferra a la idea básica de que para el dolo necesariamente hace falta un querer y se esfuerza por encontrarlo en todos aquellos supuestos que le parecen merecedores de la pena asignada al correspondiente delito doloso. Por su parte, *la teoría de la representación* deja a un lado la perspectiva apriorística de dolo como voluntad y simplemente se plantea bajo qué presupuestos merece un hecho la sanción prevista para los delitos dolosos. Al advertir que determinados comportamientos parecen lo bastante graves como para merecer dicha sanción aun faltando en ellos una auténtica voluntad de realización del tipo, los partidarios de esta teoría abandonan la idea de que el querer deba ser un elemento imprescindible para todas las modalidades de dolo.

Salvo contadas excepciones, cuando los autores contemporáneos vuelven la vista atrás para mostrar una perspectiva histórica del concepto de dolo y su problemática, parece que ésta sea una cuestión surgida a principios del XIX y, en este sentido, rara vez retroceden más allá de la figura de *Anselm von Feuerbach*. Este hecho ha relegado al más absoluto de los olvidos a planteamientos anteriores sobre la imputación subjetiva y ha eliminado de la discusión una serie de argumentos que no necesariamente deben ser tenidos por totalmente obsoletos. Los intentos de ampliar el concepto de dolo más allá de la estricta intención no son una cuestión teórica exclusiva de los dos últimos siglos. De hecho, ya en el *Digesto* y en textos de los glosadores se observan propuestas para ensan-

char las fronteras del antiguo *dolus* romano[86]. De entre todos estos intentos, probablemente el más elaborado sea el que se materializaría, más modernamente, en las doctrinas del *dolus indirectus*.

II.1. EL *DOLUS INDIRECTUS*

No es en absoluto reciente la cuestión de hasta qué punto deben considerarse abarcadas por el dolo del autor las «consecuencias accesorias» causadas por un comportamiento suyo, es decir, los resultados provocados sin que tal provocación haya sido objeto directo de su voluntad. De hecho, este tema había sido ya tratado por la doctrina del *dolus indirectus*, sostenida en Alemania durante el siglo XVII por *Benedikt Carpzov*, quien se había inspirado en los planteamientos de juristas del *mos itallicus* y del español *Diego de Covarrubias*[87]. Esta doctrina distinguía dos modalidades básicas de dolo: el *dolus directus* y el *indirectus*. La primera concurría cuando había existido una auténtica intención del sujeto con respecto al resultado causado. La segunda, por contra, se apreciaba en aquellos casos en que, sin querer el autor directamente un resultado, había realizado sin embargo una acción a consecuencia de la cual se derivan habitualmente resultados como el efectivamente acaecido («quod inmediater et per se sequitur» o «quod sua natura cum illa re connexum esse solet»)[88]. En este último caso las consecuencias se entendían abar-

[86] Cfr. MÄRKER, *Vorsatz und Fahrlässigkeit*, pp. 75-78. Una brevísima panorámica que va del concepto de dolo romano hasta la actualidad en JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, pp. 292-293 y LUZÓN PEÑA, *Curso*, p. 401.

[87] Cfr. KLEE, *Der dolus indirectus als Grundform der vorsätzlichen Schuld*, Berlín, 1906, pp. 14-19. Puede encontrarse un interesante resumen y crítica de la teoría del *dolus indirectus* en SCHAFFSTEIN, *Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen in ihrer Entwicklung durch die Wissenschaft des gemeinen Strafrechts. Beiträge zur Strafrechtsentwicklung von der Carolina bis Carpzov*, Berlín, 1930-32 (reimp. 1986), p. 108 ss; PUPPE, «Der Vorstellungsinhalt des dolus eventualis», *ZStW*, 103 (1991), p. 23 ss y LA MISMA, *NK*, § 15, n.º marg. 17-25. Cfr. también FRANK, «Vorstellung und Wille in der modernen Doluslehre», *ZStW*, 10 (1890), p. 172. Sobre los juristas italianos medievales, cfr. ENGELMANN, *Die Schuldlehre der Postglossatoren und ihre Fortentwicklung*, 1.ª ed., Leipzig, 1895 (reimp. 1965), p. 104 ss. Sobre la aportación de *Covarrubias*, cfr. SCHAFFSTEIN, *La ciencia europea del Derecho penal en la época del humanismo*, trad. J.M. Rodríguez Devesa, Madrid, 1957, p. 153 ss (esp. p. 170 ss); GEßLER, *Über den Begriff und die Arten des Dolus*, Tübingen, 1860 (reimp. 1970), p. 22; LÖFFLER, *Die Schuldformen des Strafrechts*, vol. I, «Die Entwicklung des geltenden Rechts», Leipzig, 1895, esp. pp. 166-181; ENGELMANN, *Die Schuldlehre*, p. 107 ss y RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal español. Parte general*, pp. 464-465, con ulteriores referencias bibliográficas.

[88] En palabras de *Covarrubias* (citado por ENGELMANN, *Die Schuldlehre*, p. 108), «concurre un *voluntarium homicidium* no sólo cuando la voluntad del autor se dirige en exclusiva a la muerte, sino también cuando se dirige a una acción de la que inmediatamente se sigue la muerte».

cadas por el dolo del sujeto, aunque éste no las hubiera querido en el sentido más estricto de la palabra «querer»[89]. Afirma *Carpzov*:

> la voluntad de cometer un homicidio se presenta en dos modalidades: directa e indirecta. La primera la tiene aquél que ataca a alguien con intención de matarle; la segunda quien inflige una herida (a otro) de la que de modo inmediato se sigue la muerte. Ambas modalidades de voluntad se refieren al hecho del homicidio y, por ello, cuando la muerte se ha seguido de un modo inmediato, merecen la pena para él prevista[90].

Como es lógico, un concepto de voluntad indirecta como el expuesto exigía diferenciar las consecuencias que se derivan habitualmente de un hecho de aquellas otras que devienen por mero azar. Respecto a estas últimas *Carpzov* afirmaba explícitamente que «lo que se produce por azar no tiene nada que ver con la voluntad, ni de modo directo ni indirecto» y entendía que el dolo del sujeto no las abarcaba[91]. Prosigue este autor:

> es evidente que quien se inmiscuye en algo ilícito debe ser vinculado a todo aquello que se sigue de su intención y de su voluntad, cuando se trata claramente de la causa habitual y tiende a inmediatos delitos subsiguientes, de tal manera que *el autor consideró probable o pudo considerar o por lo menos debió de haber pensado en lo que sencillamente iba a suceder* (...) con respecto a quien se propone prender fuego a una casa y lo hace, si a consecuencia del fuego se queman otras casas, se le deben imputar todas, pues, como es evidente, el fuego tiende a extenderse a las casas colindantes[92].

[89] Cfr., al respecto, LESCH, *JA*, 1997, p. 803, quien ve en esta teoría un intento evidente de normativizar el concepto de voluntad.

[90] CARPZOV, *Practica nova imperialis Saxonica rerum criminalium*, 1635, quaestio I, n.º marg. 30, trad. al alemán del fragmento original en latín por PUPPE, *ZStW*, 103 (1991), p. 26. Según MÄRKER, *Vorsatz und Fahrlässigkeit*, p. 81, la diferencia entre *Covarrubias* y *Carpzov* radica en que el primero entendía que la causación de un resultado mediando *dolus indirectus* merecía una pena menor que la causación por dolo directo, mientras que el segundo proponía la total equiparación de ambos conceptos a efectos de sanción. Cfr., igualmente, ENGELMANN, *Die Schuldlehre*, pp. 110-111.

[91] CARPZOV, *Practica nova*, quaestio I, n.º marg. 31, traducido y citado por PUPPE, *NK*, § 15, n.º marg. 18-19. *Carpzov* (citado por KLEE, *Der dolus indirectus*, p. 16) distinguía el caso en que un sujeto golpea a otro con el puño cerrado, de aquél en que el golpe se propina con la palma de la mano: «si, con todo, se produce la muerte como resultado de un golpe con la palma de la mano tal muerte no puede ser imputada al dolo, *cum rarissime vix occidere quet, ut ex alapo quis moriatur*». KLEE, *ibidem*, pp. 16-19, aporta más argumentos en este sentido. Sobre *Carpzov*, cfr. igualmente GEßLER, *Über den Begriff*, p. 26 ss y HEMMEN, *Über den Begriff, die Arten und den Beweis des Dolus*, Breslau, 1909, p. 34 ss.

[92] CARPZOV, *Practica nova*, quaestio I, n.º marg. 29 (cursiva añadida), trad. al alemán del fragmento original en latín por PUPPE, *ZStW*, 103 (1991), pp. 24-25. La idea de «que la tendencia manifiesta del delito-base hacia el resultado más grave basta para la imputa-

Afirma *Klee* que, cuando la doctrina del *dolus indirectus* empleaba el término «deber-conocer», no hacía referencia al «reproche del desconocimiento que da lugar a la imprudencia, sino al deber-conocer que se sigue de un principio general de experiencia y que no puede revocar la arbitrariedad de lo individual con base en un desconocer o no creer», pues «a partir de vagas esperanzas o deseos, creencias irreflexivas u opiniones, nadie puede atreverse *in casu* a anular una regla causal o de peligro que conoce y que también rige para él»[93]. En tal medida, la doctrina del *dolus indirectus* no puede ser equiparada a la del *versari in re illicita,* pues la primera sólo incluye en el dolo del sujeto los resultados que según la experiencia suelen seguirse de un acto inicial, no los que se producen por mero azar[94]. Puede apreciarse, sin embargo, que *Carpzov* no exigía que el sujeto se hubiera representado las consecuencias accesorias que se le imputan, sino que consideraba suficiente que se las hubiera podido o debido representar, teniendo en cuenta que, en la línea del *mos itallicus*, se entendía que sólo los locos podían dejar de representarse aquellas eventuales consecuencias accesorias que se pueden derivar de forma evidente de una determinada actuación. En este concreto punto se diferencia esencialmente el *dolus indirectus* de las actuales teorías sobre el dolo, ya que estas últimas exigen representación actual de las posibles consecuencias de la acción y es evidente que dicha representación no se da cuando el autor sólo *pudo* o *debió* prever[95]. Ya en los

ción» e incluso el ejemplo del incendio, ya es posible encontrarlos en textos de juristas del *mos itallicus* medieval, como *Bártolo* o *Baldo*. Cfr. al respecto KLEE, *Der dolus indirectus*, p. 11: «*Baldo* entiende que aquél que con la intención de lesionar se sirve de un arma apropiada según su naturaleza y modo de utilizarla *in concreto* para causar la muerte de alguien, debe haberse dado cuenta de la posibilidad de muerte».

[93] KLEE, *Der dolus indirectus*, p. 14. Considera este autor (*ibidem*, pp. 11-12), que «no se trata del desconocimiento de la imprudencia, del deber-conocer mediante la observación del cuidado debido, sino de un desconocimiento que entra en contradicción con el conocimiento general, de un deber-conocer del sentido común, pues la imprudencia no se basa en el error sobre el carácter generalmente reconocido como peligroso de una acción, sino sólo en el error sobre la existencia de las circunstancias de hecho que fundamentan el carácter de peligroso. "Putare debuit" significa que el autor en modo alguno pudo no haber contado con el resultado. No tiene importancia alguna que a consecuencia de conexiones de arbitrarios factores subjetivos no cayera en la cuenta, pues la valoración de las conductas humanas no se efectúa según una medida subjetiva, sino según una medida objetiva que rige de igual manera para todos los sometidos al Derecho y que viene dada por la experiencia de la vida cotidiana».

[94] RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal español. Parte general*, pp. 464-465, afirman que «la teoría del *dolus indirectus* constituyó un considerable progreso frente al *versari*, porque redujo la imputación a título de dolo a sólo aquellas consecuencias que se derivaban *per se et non per accidens* de la acción del sujeto». En idéntico sentido LANDECHO VELASCO/MOLINA BLÁZQUEZ, *Derecho penal español. Parte general*, 5.ª ed., Madrid, 1996, p. 264.

[95] No está demasiado claro si el *dolus indirectus* fue postulado en su momento como algo relativo al concepto de dolo o a su prueba; cfr. al respecto PUPPE, *ZStW*, 103 (1991),

trabajos de un autor del siglo XVIII, *Johann Samuel Friedrich von Böhmer,* comentarista de la obra de *Carpzov*, el dolo adopta un cariz mucho más psicológico[96]. Así, afirma este autor que

> quien quiere una causa típica no puede no querer el resultado *cuando es previsto o conocido,* lo que se designa habitualmente, aunque de modo abusivo, como necesario. Si no quería aquello, sino que quería lo contrario, es decir, algo que de modo usual no puede existir al mismo tiempo, es señal de que no se trataba de una mente sana, sino de un loco. Dado que todo se observa como llevado a cabo por una mente racional que actúa de modo consecuente, la voluntad concreta en relación con cualquier estado de cosas no puede regir sin la simultánea voluntad concreta que tiene en cuenta lo que según su naturaleza suele estar unido a aquel estado de cosas y podía ser previsible[97].

Entienden algunos autores que *von Böhmer,* en sentido distinto a *Carpzov,* no parece conformarse para afirmar el dolo con un conocer general de la peligrosidad de determinadas conductas que se presume también en el autor concreto, sino que en su planteamiento se exige que el sujeto haya previsto efectivamente el resultado y sólo en estos casos se afirma que dicho sujeto «no puede dejar de quererlo»[98]. En la obra de *von Böhmer*, además, se emplea ya la expresión *dolus eventualis* como equivalente a *dolus indirectus*[99].

La doctrina del *dolus indirectus* empieza a caer en desgracia a finales del siglo XVIII, principalmente por acción de *Feuerbach,* quien criticó severamente a los autores que la sostenían por atribuir a la voluntad del sujeto cosas que éste realmente nunca quiso. Desde su punto de vis-

p. 23 y LÖFFLER, *Die Schuldformen*, vol. I, p. 160, quien entiende que, dado que no cabía prueba en contra, el *dolus indirectus* era «un concepto puro de Derecho material».

[96] Un interesante estudio sobre la figura de *von Böhmer*, en SCHEFFLER, «J.F.S. von Böhmer (1704-1772) und der dolus eventualis – Kann der große Professor der alten Viadrina dem heutigen Strafrecht noch etwas geben?», *Jura*, 1995, pp. 349-356.

[97] VON BOEHMER, *Observationes selectae ad Benedictus, Carpzovi JC. Practicam novam rerum criminalium imperialem Saxonicum*, 1759, pars I, observatio II, quaestio 1, n.º 62, fragmento traducido del latín al alemán por PUPPE, *ZStW*, 103 (1991), p. 27 (cursiva añadida).

[98] Según SCHEFFLER, *Jura*, 1995, p. 356: «*Böhmer* fue quien, por vez primera, defendió una relación subjetiva y no objetiva del autor con el resultado causado: el conocimiento del peligro y, de ahí, el "deber habido querer"». Cfr. igualmente SCHAFFSTEIN, *Die allgemeinen Lehren*, p. 125: «mientras *Carpzov* sólo hacía depender la existencia de *dolus indirectus* de que el autor hubiera podido y *debido* prever el posible acaecimiento del resultado, este "*deber*-prever", según *Böhmer,* sólo tiene trascendencia probatoria en caso de verdadera previsión» (cursiva en el original).

[99] Cfr. LÖFFLER, *Die Schuldformen*, vol. I, p. 172 y VON BAR, *ZStW*, 18 (1898), p. 553, quien afirma que *von Böhmer* «fue tal vez el primero que habló de una eventualidad». Cfr. también SCHAFFSTEIN, *Die allgemeinen Lehren*, pp. 124-125.

ta, «una intención indirecta es algo impensable»[100]. Entiende, sin embargo, *Puppe* que fue ésta una crítica injusta, pues *Carpzov* se había preocupado por distinguir claramente lo querido de forma directa de lo sólo indirectamente perseguido y, en este sentido, *Feuerbach* ignoró por completo el fundamento normativo de la teoría del *dolus indirectus*, juzgándola sólo en clave psicológica[101].

Según *Puppe*, el hecho de que las anteriores críticas prosperasen implica «un *giro histórico para la teoría del dolo*»[102]. Así, tras la aportación de *Feuerbach* la discusión doctrinal plantea siempre la cuestión de la imputación dolosa como algo fundamentalmente referido a la representación y voluntad del sujeto, entendidas éstas como fenómenos de naturaleza psicológica[103]. Sin embargo, es posible que el espíritu del *dolus indirectus* perviva hoy en día en el juicio de previsibilidad que se realiza en la imputación objetiva, en el que no se indaga el contenido de representación del autor concreto, sino que se utilizan criterios sobre lo que

[100] Las críticas de FEUERBACH a la teoría del *dolus indirectus* se encuentran en «Betrachtungen über dolus und culpa überhaupt und den dolus indirectus insbesondere», *Bibliothek des peinlichen Rechts der peinlichen Gesetzgebung und Gesetzkunde*, vol. II, 1804 (reimp. 1985), p. 234 ss. Su antecedente más inmediato es CHRISTIANI, «Die Chimäre eines Todtschlages aus indirectem Vorsatz», *Niedersächsisches Archiv für Jurisprudenz, und juristische Litteratur*, vol. 1, 1788, p. 3 ss. Cfr. al respecto LESCH, *JA*, 1997, p. 804. Un buen número de autores vinculan el *dolus indirectus* al *versari in re illicita*, cuando en realidad, según afirma PUPPE, *ZStW*, 103 (1991), p. 26, *Carpzov* «recalcó una y otra vez que al autor sólo se le imputan como co-causados dolosamente los resultados directos y habituales que se producen junto con los efectos intencionados de una conducta» y «los diferenció de los resultados simplemente casuales». Sobre lo erróneo de tal vinculación, cfr. PUPPE, *NK*, § 15, n.º marg. 19 y JAKOBS, «El principio de culpabilidad», p. 380 (nota 27).

[101] Cfr. PUPPE, *NK*, § 15, n.º marg. 20-21 y LA MISMA, *ZStW*, 103 (1991), p. 28. Autores como VON BAR, *ZStW*, 18 (1898), p. 554, vinculan claramente los conceptos objetivos de dolo al proceso inquisitivo y rechazan su compatibilidad con los modernos procesos orales, donde rige la libre valoración de la prueba.

[102] PUPPE, *NK*, § 15, n.º marg. 22 (cursiva en el original). Esta autora manifiesta sus dudas sobre si «realmente fue éste un avance histórico tan grande como generalmente se ha afirmado», aunque admite que «otra cuestión es si el espíritu de aquellos tiempos habría permitido que el cambio de agujas se produjera en otra dirección». En las teorías que actualmente propugna *Puppe* se pueden apreciar no pocos paralelismos con la antigua teoría del *dolus indirectus* (cfr. *infra* IV.2.D). JAKOBS, «El principio de culpabilidad», p. 380 (nota 27), está de acuerdo con *Puppe* en que el abandono del *dolus indirectus* «fue una decisión a favor de un concepto de dolo naturalístico-psíquico y en contra de un concepto normativo», añadiendo que «el problema de la ignorancia por desinterés espera desde entonces (...) a que se le dé una solución».

[103] Así, por todos, VON LISZT, «Die Behandlung des dolus eventualis im Strafrecht und Strafprozess», en *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, vol. II, Berlín, 1905 (reimp. 1970), p. 253. Este autor recalca las diferencias entre el dolo eventual y el *dolus indirectus* —que vincula al *versari in re illicita*— afirmando que el primero exige previsión efectiva del resultado, sin que baste con que el autor hubiera podido o debido prever.

es previsible para un hombre medio[104]. Como se analizará más adelante, otro ámbito en el que es muy posible que sobrevivan ocultos los argumentos del *dolus indirectus* es el de las máximas de experiencia que suelen emplearse para la determinación procesal del dolo[105].

II.2. DE *FEUERBACH* a *HORST SCHRÖDER*

Como se ha anticipado ya, las principales corrientes teóricas que se abren paso a medida que el *dolus indirectus* va cayendo en desgracia plantean la solución al problema del dolo como algo a resolver siempre en referencia a la subjetividad del concreto autor enjuiciado. Así, *Feuerbach* equipara el dolo a la intención entendida en sentido psicológico y junto a él establece la figura de la *culpa dolo determinata*, un criterio de imputación a aplicar en los casos en que el sujeto, en la comisión de un delito-base doloso, hubiera causado además un ulterior resultado lesivo previsto como posible, pero no querido[106]. Sin embargo, esta propuesta no gozó de una acogida demasiado calurosa entre la doctrina y el término que se acabaría imponiendo para abarcar conceptualmente estas situaciones sería el de *dolo eventual*.

Las dos grandes teorías que predominan en el siglo XIX y en buena parte del XX se plantean como construcciones dogmáticas específicas para intentar resolver los intrincados límites entre el dolo y la imprudencia. Sin embargo, es difícil llegar a establecer en qué momento y con qué autor concreto el antiguo *dolus indirectus* objetivo da paso al moderno y subjetivo *dolus eventualis*, pues en la doctrina se entremezclan constantemente leves variaciones conceptuales y terminológicas y, además, las fuentes son contradictorias[107]. En cualquier caso, y una vez

[104] Cfr. SCHEFFLER, *Jura*, 1995, pp. 351-352. Este autor afirma que para las teorías del *dolus indirectus*, «hablando modernamente, era suficiente con la imputación objetiva».

[105] Cfr. *infra* IX.2.

[106] El planteamiento de FEUERBACH en su *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, 2.ª ed., Giessen, 1803, § 59. En la 13.ª edición del mismo *Lehrbuch* (§ 60, nota) MITTERMAIER califica la figura de la *culpa dolo determinata* de «errónea» y le acusa de «confundir casos diferentes». Sobre esta misma figura, cfr. HEMMEN, *Über den Begriff*, p. 43 ss.

[107] Según KLEE, *Der dolus indirectus*, p. 20, a partir de *von Almendigen*, a inicios del XIX, el antiguo *dolus indirectus* deriva hacia el actual *dolus eventualis*, para el que se exige siempre representación. Según este autor, la diferencia clave entre las antiguas doctrinas y la postura de *von Almendigen* radica en que éste niega el dolo cuando el sujeto se auto-persuade de que el resultado no va a producirse, independientemente de lo que pueda decir la experiencia general. Según GEßLER, *Über den Begriff*, p. 33, fue *von Böhmer* quien abrió el camino al dolo eventual. Matiza LÖFFLER, *Die Schuldformen*, vol. I, p. 172, que *von Böhmer* sólo se refería al dolo eventual como sinónimo del dolo indirecto. FRANK, *ZStW*, 10 (1890), p. 173, afirma que el primero en exigir una representación con

asentada la idea del dolo eventual psicológico, las dos principales corrientes doctrinales en que se puede agrupar los numerosos planteamientos que existen sobre la materia son *la teoría de la voluntad* y *la teoría de la representación*. Ambas plantean la cuestión del dolo como algo psicológico, es decir, un concepto a construir en referencia a una realidad que hay que ubicar en la subjetividad del autor y que dentro de la estructura del delito se sitúa en la culpabilidad.

A) La teoría del consentimiento

La *teoría de la voluntad* va tomando cuerpo entre finales del siglo XVIII y principios del XIX, cuando las ideas sobre el dolo como intención psicológica se consolidan[108]. Durante este último siglo sus planteamientos se extienden por Alemania, hasta devenir doctrina mayoritaria e inspirar la mayor parte de las sentencias del *Reichsgericht*[109]. El punto de partida de esta teoría es la idea de que, si el dolo equivale a conocer y querer la realización de una conducta típica, esta definición debe ser válida incluso en los supuestos límite[110]. El problema que se plantea a

contenido propio frente a la antigua voluntad del *dolus indirectus* fue *Nettelbladt*. PUPPE, *ZStW*, 103 (1991), pp. 28-29, considera que el actual dolo eventual tiene sus raíces en el *dolus alternativus* de *Mittermaier*, formulado a mediados del XIX en FEUERBACH, *Lehrbuch*, 13.ª ed., § 59 (nota). En HEMMEN, *Über den Begriff*, p. 39 ss, se puede apreciar la evolución histórica del concepto de *dolus indirectus* y ver cómo con este término se llegaron a designar estructuras que poco tenían ya que ver con las ideas de *Carpzov*. El mismo HEMMEN, *ibidem*, p. 54, atribuye la *paternidad* del término *dolus eventualis* a *von Groß* y *Henke*. Finalmente, MÄRKER, *Vorsatz und Fahrlässigkeit*, p. 86, atribuye a *Henke* la primera formulación precisa del concepto de dolo eventual.

[108] Según PUPPE, *ZStW*, 103 (1991), pp. 28-29, los planteamientos de la teoría volitiva del consentimiento deben vincularse a las ideas formuladas por *Mittermaier* a mediados del XIX y plasmadas en la figura del *dolus alternativus*, que debía regir en aquellos casos en que el autor se había representado posibles consecuencias accesorias a su actuación y había estado conforme con ellas, de tal manera que, para el caso concreto, las había querido. Dichos planteamientos fueron expuestos por MITTERMAIER en la 13.ª ed. de FEUERBACH, *Lehrbuch*, § 59 (nota).

[109] Para un ejemplo especialmente representativo de esta jurisprudencia, cfr. la sentencia del *Reichsgericht* de 7 de diciembre de 1899 (RGSt, vol. 33, p. 5 ss), donde se sostiene que «la conformidad con el resultado es un elemento independiente que, como la consciencia de la posibilidad del resultado, requiere también de una determinación específica». Puede encontrarse una relación de sentencias del *Reichsgericht* en que se siguieron estos planteamientos en VON HIPPEL, *Die Grenze von Vorsatz und Fahrlässigkeit*, Leipzig, 1903, pp. 6-7; MEZGER, *Tratado*, tomo II, pp. 165-166; ENGISCH, *Untersuchungen*, p. 93 y PUPPE, *NK*, § 15, n.º marg. 25. La expresión que suele caracterizar la postura del *Reichsgericht* es la de que el sujeto debe haber estado de acuerdo («einverstanden sein») con el acaecimiento del resultado para que exista dolo; cfr. al respecto FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, p. 255. Sobre la jurisprudencia del *Reichsgericht* acerca del dolo, cfr. asimismo GROSSMANN, *Die Grenze*, p. 90 ss y VON LISZT, *Aufsätze und Vorträge*, p. 262 ss.

[110] Cfr., por todos, VON HIPPEL, *Die Grenze*, p. 94: «hoy en día sólo existen dos formas de culpabilidad: dolo e imprudencia. El dolo eventual no es una tercera forma que se ubique entre las dos anteriores, sino solamente un caso especial de dolo».

este modo de ver las cosas es que, en determinados casos, no resulta en absoluto evidente que pueda afirmarse que el sujeto haya querido la realización de la conducta típica y, sin embargo, tales supuestos parecen hacerse acreedores del castigo asignado a los delitos dolosos y no del previsto para los imprudentes[111]. Para salvar este problema, a los partidarios de la teoría de la voluntad no les queda otro remedio que recurrir a ampliaciones del concepto «querer», admitiendo que también *quiere* el sujeto que, además de representarse como posible la realización del tipo, mantiene una «especial relación emocional» con el resultado o demás circunstancias del hecho que deban abarcarse dolosamente[112]. Más allá de la voluntad en sentido estricto, el querer es ampliado a otro género de «relaciones emocionales».

De acuerdo con esta idea, y en función de las diversas versiones de la teoría de la voluntad, para que exista dolo eventual se considera suficiente que el sujeto «haya estado de acuerdo con la realización del tipo (*einverstanden sein*), la haya ratificado (*genehmigen*), se haya resignado a ella (*in Kauf nehmen*)[113], haya estado de acuerdo con ella (*zustimmen*), la haya consentido (*einwilligen*), la haya aprobado (*billigen*), dado por buena (*gut heißen*), contado con ella (*rechnen mit*), incluido en sus objetivos (*in seinen Zweck einschliessen*) o ambicionado eventualmente (*eventuell erstreben*)»[114]. De todas estas expresiones, las que iban a go-

[111] Tal problema se plantea porque, utilizando términos de FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, p. 256, los partidarios de la teoría de la voluntad trabajan de modo básicamente deductivo: parten de un concepto predefinido de dolo («conocer y querer») y, *a posteriori*, analizan en qué casos concurren ambos elementos.

[112] Cfr. ENGISCH, *Untersuchungen*, p. 92. GIMBERNAT ORDEIG, «Acerca del dolo eventual», pp. 247-248, expone, en tono crítico, que el *mérito* de la teoría de la voluntad (en su variedad del consentimiento) está en que, ante la incómoda situación de no encontrar la voluntad del sujeto, pero tampoco querer castigar meramente por imprudencia, «disipa nuestros posibles escrúpulos: nos dice que el hecho, en realidad ha sido querido y que, por ello, no hay dificultad para imponer el castigo por delito doloso que parece exigir el "sentimiento de justicia"». DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, p. 140 (nota 1), afirma que la mutación de la voluntad en el dolo eventual en elementos como el «consentimiento» o la «aprobación» se debe a las dificultades de prueba que plantea la voluntad en sentido estricto; sin embargo, las dificultades de prueba son las mismas, pues tan difícil es probar una auténtica voluntad como una aprobación. Parece más acertado, por contra, atribuir este fenómeno a que la exigencia estricta de la voluntad deja fuera del dolo muchos supuestos que, sin embargo, parecen merecedores de la pena de los delitos dolosos.

[113] Sobre la difícil traducción de este término cfr. GIMBERNAT ORDEIG, «Acerca del dolo eventual», p. 247 (nota 16) y SILVA SÁNCHEZ, nota del traductor en SCHÜNEMANN, «Introducción al razonamiento sistemático en Derecho penal», en SCHÜNEMANN (comp.), *El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales*, Madrid, 1991, p. 69.

[114] La terminología proviene de ENGISCH, *Untersuchungen*, p. 92, quien aporta un listado de los autores que defendieron estas ideas. Puede encontrarse otra relación de las expresiones usadas para caracterizar el elemento emocional-volitivo del dolo eventual por las diversas variantes de la teoría de la voluntad en VON HIPPEL, *Die Grenze*, pp. 98-99 y

zar de mayor éxito serían «aprobar» y «consentir»; por este motivo estas perspectivas se agrupan a menudo bajo el apelativo genérico de *teoría de la aprobación* («Billigungstheorie») y, sobre todo, de *teoría del consentimiento* («Einwilligungstheorie»). Desde su óptica, en los casos en que un sujeto haya actuado en la esperanza o con el deseo de que el tipo no se realizara, falta la relación emocional exigida para afirmar el dolo eventual y sólo puede afirmarse una realización delictiva imprudente.

A los defensores de estas teorías se les plantea el problema de cómo apreciar en cada caso si concurren o no las peculiares relaciones emocionales exigidas. Paradójicamente, la más exitosa de todas las propuestas formuladas para la resolución de esta problemática iba a ser la planteada a finales del XIX por *Reinhard Frank*, un partidario de la teoría de la representación. El mismo autor se encarga de explicarla comparando dos supuestos: el caso de un bandido que para probar la potencia de su fusil dispara a unas personas situadas a una gran distancia y el del individuo que fuma en la cama pensando en la posibilidad de provocar un incendio. ¿Qué diferencia existe entre ambos casos?

> Yo creo —afirma *Frank*— que es evidente: el bandido habría disparado igualmente aunque hubiera sabido que se produciría la muerte. El fumador habría apagado el cigarrillo si hubiera sabido que iba a caer una chispa en la cama y que la casa iba a arder. La previsión del resultado como posible sólo sirve para el concepto de dolo cuando la previsión del mismo como seguro no habría detenido al autor, no habría tenido el significado de un contramotivo decisivo (...) Esto es lo que por aquí y por allá se denomina «consentimiento» [115].

Esta forma de razonamiento, denominada *primera fórmula de Frank*, resultó especialmente atractiva para numerosos partidarios de la teoría de la voluntad, entre ellos *Robert von Hippel*, quien contribuyó de modo decisivo a su divulgación. El traslado de la *fórmula* a la teoría del consentimiento se plasma en la siguiente definición: *debe afirmarse que concurre el consentimiento necesario para el dolo eventual cuando, habiendo previsto el autor como posible la realización del tipo, puede afirmarse que habría actuado igualmente de haberla previsto como segura* [116].

Las críticas recibidas por su *primera fórmula* llevaron a que *Frank* variara parcialmente su postura y en trabajos posteriores plantea la denominada *segunda fórmula de Frank* [117]: existe dolo cuando el sujeto, representándose como posible la realización del tipo, se dice a sí mismo: *«con independencia de lo que pueda pasar, en cualquier caso, yo actúo»* [118]. Esta *fórmula* sustituye o acompaña a la *primera* en las diversas ediciones de su obra, aunque, si se presta atención a su contenido, el elemento emocional del consentimiento ya no parece tener una sustancialidad propia, pues la nueva *fórmula* sólo se basa en la concurrencia de dos elementos: primero, que el autor se represente la posibilidad del resultado («con independencia de lo que pueda pasar...») y, segundo, que pese a ello lleve a cabo su conducta («... en cualquier caso, yo actúo»), esto es, acción acompañada de representación [119].

HEMMEN, *Über den Begriff*, p. 56. Según VON LISZT, *Aufsätze und Vorträge*, p. 255, entre todas estas expresiones no existe una diferencia sustancial.

[115] FRANK, *ZStW*, 10 (1890), pp. 210-211 y 217. La apelación de *Frank* al consentimiento debe interpretarse, en su postura personal, como un intento de demostrar que dicho elemento es superfluo. En un sentido similar emplea la *fórmula* VON LISZT, *Tratado de Derecho penal*, 20.ª ed., trad. L. Jiménez de Asúa y adiciones de Q. Saldaña, 3.ª ed., Madrid, s/f., tomo II, p. 413 (nota 5), también partidario de la teoría de la representación. Según ENGISCH, *Untersuchungen*, pp. 97-98, el razonamiento de *Frank* proviene de ideas ya expresadas en 1844 por *Breidebach*.

[116] VON HIPPEL, *Die Grenze*, p. 140, entiende que debe concurrir dolo eventual «cuando el autor prefirió la producción conjunta del resultado apetecido y del antijurídico antes que la renuncia a sus intereses», e imprudencia «cuando actuó en la esperanza de que el resultado no iba a acaecer». La *primera fórmula de Frank* debía emplearse para probar en qué casos se dio dicha preferencia por parte del sujeto y *von Hippel*, como afirma GROSSMANN, *Die Grenze*, p. 59, se convirtió en su auténtico «apologista». Sobre la adopción de la *primera fórmula* por la jurisprudencia del *Reichsgericht*, cfr. VON HIPPEL, *Die Grenze*, p. 96 ss. GROSSMANN, *Die Grenze*, p. 58, entiende que a partir de la *primera fórmula de Frank* conviven dos teorías del consentimiento distintas: una teoría del consentimiento *positiva* —que excluye el dolo cuando el autor espera o se ha persuadido de que el resultado no va a producirse— y otra *hipotética*, que se basa en los planteamientos de la *primera fórmula*. En GROSSMANN, *ibidem*, pp. 61-62, puede encontrarse una clasificación de partidarios de la *Einwilligungstheorie* en función de si se adhirieron a su formulación hipotética, se basaron en ideas como que las esperanzas excluyen el dolo, en la *segunda fórmula de Frank* o en otros planteamientos mixtos.

[117] Cfr. ENGISCH, *Untersuchungen*, p. 100. Según GROSSMANN, *Die Grenze*, p. 61, no está claro qué papel desempeñaban las dos *fórmulas de Frank*, es decir, si eran meros medios de prueba o auténticas definiciones, ni cómo se interrelacionaban, entre otras cosas porque el mismo *Frank* fue variando su propio punto de vista en diversos trabajos. Desde luego, en la traslación de la *primera fórmula* a la teoría del consentimiento llevada a cabo por VON HIPPEL, *Die Grenze*, pp. 99-101, dicha *fórmula* se postula como «prueba práctica» de la existencia del elemento emocional-volitivo del dolo eventual.

[118] Sobre las diversas redacciones que *Frank* dio a su *segunda fórmula*, cfr. GROSSMANN, *Die Grenze*, pp. 60-61. Según este autor, la *segunda fórmula* ya no puede entenderse desde la perspectiva hipotética, sino que constituye una modalidad positiva de la teoría del consentimiento, en la medida en que parte de una concreta y existente realidad psíquica. Así, añade este autor (*ibidem*, p. 74), que «la segunda fórmula no supone una mejora de la primera, sino un completo abandono de ésta».

[119] SANCINETTI, *Teoría del delito*, p. 167, entiende que si se desvincula la *segunda fórmula* de la *primera* se llega a la teoría de la representación. ROSS, *Über den Vorsatz*, Baden-Baden, 1979, pp. 88-89, afirma, por su parte, que «es una ilusión creer que con esta [segunda] fórmula se ha eliminado el elemento hipotético [de la primera]», pues en el caso de la *segunda fórmula* lo que debe haber tenido claro el autor es que no habría dejado de actuar aun habiendo conocido la segura producción del resultado. De hecho, en la

El éxito de la *segunda fórmula* ha sido, juzgado con la perspectiva de un siglo, mucho mayor que el de la *primera*[120]. El hecho de que ya no obligue al juez a enfrentarse con una hipótesis, sino con el auténtico contenido de representación con que ha actuado el sujeto, libera a esta nueva *fórmula* de la mayor parte de críticas dirigidas contra su predecesora[121]. No obstante, el elemento emocional-volitivo del dolo eventual aparece claramente desdibujado en la *segunda fórmula de Frank*.

La teoría del consentimiento en sus diversas versiones se ha hecho acreedora, a lo largo de la historia de la moderna dogmática jurídico-penal, de un incontable número de críticas. Ante todo, a la *primera fórmula de Frank* se le reprocha que no fundamente la existencia de dolo en un hecho real, sino en una mera hipótesis: cómo habría actuado el sujeto en caso de saber con certeza que se iba a producir el resultado[122]. Dado que la *fórmula* exige que el juez pruebe un hecho que nunca ha acaecido, y dada la poca credibilidad que merece la declaración del acusado, muchos autores opinan que el juicio se acaba llevando a cabo a partir de la personalidad del sujeto, esto es, los bandidos actúan dolosamente, los fumadores irresponsables lo hacen de modo imprudente[123]. En este sentido, resulta paradigmático el ejemplo expuesto en su *Tratado* por *Jiménez de Asúa*, uno de los principales partidarios de las *fórmulas* en la doctrina hispana:

> Una prostituta que padece cierta enfermedad venérea mantiene relaciones sexuales con un *cliente*. Según este autor, la prostituta, «deseosa de no perder el precio de su "trabajo", consiente en la eventual transmisión de la enfermedad» y actúa, por tanto, dolosamente. En una segunda variante del caso, quien padece la enfermedad es el *cliente*: afirma al respecto *Jiménez de Asúa* que «el frecuentador de prostitutas que se sabe aquejado de un mal venéreo prevé la posibilidad de transmitírselo a la mujer con quien yace; pero espera que no ocurrirá así y de haber estado seguro de que contaminaría su blenorragia o su sífilis se hubiera abstenido del coito»[124]. En consecuencia, el cliente sólo actúa de forma imprudente.

Más allá de las *fórmulas*, otro serio problema que plantea la teoría del consentimiento es atribuible a que, de entrada, resulta muy discutible que las expresiones empleadas para designar el elemento volitivo propio del dolo eventual puedan identificarse con la auténtica voluntad. Por ello, a los autores que se inscriben en esta línea doctrinal se les suele acusar de trabajar con meros «sucedáneos de voluntad» no conjugables con el «querer» que, sin embargo, a nivel de declaraciones teóricas iniciales exigen para toda forma de dolo[125]. Pese a todas estas críticas, la

segunda fórmula los elementos del dolo parecen más bien tomar como punto de referencia la conducta peligrosa y no el resultado. En este sentido, AMBROSIUS, *Untersuchungen zur Vorsatzabgrenzung*, Berlín, Neuwied, pp. 33-34, pone de manifiesto el equívoco uso que suele darse al elemento volitivo del dolo eventual en los términos de la teoría del consentimiento, dado que en unas ocasiones se refiere a la conducta y en otras al resultado.

[120] Bastantes autores entienden actualmente que la *segunda fórmula* es un recurso adecuado para acreditar la concurrencia del elemento volitivo del dolo eventual. Cfr., por ejemplo, TRIFFTERER, *Österreichisches Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Viena, Nueva York, 1985, p. 169.

[121] Cfr., no obstante, las críticas de PRITTWITZ, «Dolus eventualis und Affekt», *GA*, 1994, p. 454 ss, en el sentido de que la *fórmula*, o al menos el uso que de ella se hace, no parecen tener en cuenta que en las situaciones en que el sujeto actúa inmerso en un estado pasional aquél no lleva a cabo la reflexión sobre el potencial lesivo de su comportamiento exigida por dicha *fórmula*. En una línea similar, DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, p. 172, quien critica a la *segunda fórmula* que obligue a acreditar que el sujeto «se ha planteado conscientemente todas y cada una de las circunstancias que constituyen la base de su culpabilidad. Y esto, si somos realistas, no sucede normalmente».

[122] Así, JAKOBS, *Derecho penal*, p. 331: «dado que el autor se ha decidido en una situación de duda, este método conduce a enjuiciar otra situación psíquica distinta a la que concurre en el hecho». Cfr., igualmente, la crítica de SANCINETTI, *Teoría del delito*, p. 164. Según SCHROTH, *Vorsatz als Aneignung*, p. 98, otro problema de la teoría del consentimiento es que no aporta criterio alguno para fundamentar la responsabilidad cualificada de los delitos dolosos. Sin embargo, esta crítica no parece de recibo, porque en realidad las teorías del consentimiento no hacen otra cosa que buscar en el dolo eventual el elemento volitivo que, como premisa inicial básica, postulan como único criterio válido para justificar el salto cualitativo que se da entre delitos dolosos e imprudentes.

[123] Ya en este sentido, VON BAR, *ZStW*, 18 (1898), p. 550: «el fundamento de la decisión es únicamente que el fumador es buena persona y el bandido mala». LACMANN, «Über die Abgrenzung des Vorsatzbegriffes», *GA*, 1911, p. 118, afirma que la *fórmula* en cuestión conlleva «que la acción no se juzgue según su concreto fundamento psíquico, sino según el carácter del autor». ENGISCH, *Untersuchungen*, p. 193, afirma que la *primera fórmula de Frank* supone un peligro para el Derecho y la Justicia. ROSS, *Über den Vorsatz*, pp. 87-89, hace extensiva la crítica a la *segunda fórmula* de *Frank*. En la doctrina española, cfr. las críticas formuladas por GIMBERNAT ORDEIG, «Acerca del dolo eventual», pp. 252-254, un punto de vista plenamente compartido por OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO/HUERTA TOCILDO, *Derecho penal. Parte general. Teoría jurídica del delito*, 2.ª ed., Madrid, 1986, p. 131 y DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, p. 173 ss.

[124] JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, vol. V, p. 624. Cfr. las críticas de SANCINETTI, *Teoría del delito*, pp. 180-181, quien afirma que, según las conclusiones de *Jiménez de Asúa*, «los marginados actúan con dolo eventual, los trabajadores honestos, sin dolo».

[125] Ya VON LISZT, *Tratado*, tomo II, p. 410 (nota 2), afirmó que «designar como "querido" el resultado no deseado y hasta "desagradable" supone violentar el lenguaje corriente». En tiempos más recientes, cfr. JESCHECK, «Aufbau und Stellung des bedingten Vorsatzes im Verbrechensbegriff», *Existenz und Ordnung. Wolf-FS*, Francfort d.M., 1962, p. 480 y PUPPE, *NK*, § 15, n.º marg. 31. Según KINDHÄUSER, «Der Vorsatz als Zurechnungskriterium», *ZStW*, 96 (1984), p. 23, las expresiones utilizadas por las teorías de la voluntad en el ámbito del dolo eventual no son reconducibles a la voluntad que se predica para el dolo directo: «semejantes formulaciones tienen un significado distinto a "querido", "intencionado" o "ambicionado" con las que se expresa correctamente el querer. Tampoco pueden ser observadas como un *minus* frente a las locuciones citadas. Aprobar no es una actitud psíquica que lentamente pueda ser reforzada hasta un querer. Que A apruebe la muerte de B o que A quiera la muerte de B son dos cosas distintas (...) Se "aprueba", "consiente" o se "está de acuerdo" con la acción de otra persona. Nadie aprueba su propia acción en el significado normal de la palabra, ni nadie está de acuerdo con ella». Abundando en la crítica cuestiona Armin KAUFMANN, «Der dolus eventualis im Deliktsaufbau», en *Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert*, Colonia, Berlín, Bonn, Múnich, 1982, p.

teoría se extiende con sus múltiples variantes y en España, por ejemplo, goza de una gran acogida tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial, llegando con más o menos cambios, hasta la actualidad[126].

B) La teoría de la probabilidad

A diferencia de los partidarios de la teoría del consentimiento, los autores que se inscriben en la *teoría de la representación* no intentan mantener a toda costa la definición general del dolo como conocer y querer cuando se encuentran con *casos fronterizos*, sino que se plantean en abstracto en qué supuestos concurre un grado de culpabilidad lo bastante sustancial para considerar que el sujeto es merecedor de la pena de los delitos dolosos[127]. Así, estos autores advierten que tal merecimiento puede apreciarse en casos en que, sin querer propiamente la realización del tipo, un sujeto ha actuado siendo consciente o representándose que existía un cierto riesgo de dicha realización[128]. La cuestión que se plantea entonces es el nivel de representación con que debe actuar un sujeto para que pueda considerarse dolosa su conducta. Uno de los primeros en aportar una respuesta sería *Konrad Hagen* a finales del siglo pasado; según este autor, el consentimiento es un requisito superfluo, pues para el dolo es suficiente con que el sujeto haya actuado pese a «contar con el resultado», no bastando en este sentido con que se haya representado el

66, por qué la aprobación («Billigung»), que se considera decisiva en el dolo eventual, no desempeña papel alguno en el dolo directo.

[126] Así, esta teoría es adoptada por autores como JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, vol. V, p. 617; ANTÓN ONECA, *Derecho penal*, p. 227, o SÁINZ CANTERO, *Lecciones*, pp. 677-678. Referencias bibliográficas de otros partidarios españoles de esta teoría en GIMBERNAT ORDEIG, «Acerca del dolo eventual», p. 248. Sobre los argumentos básicos en que dichos autores basaban su adhesión a la teoría del consentimiento, cfr. DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, p. 176. Más recientemente se adhieren a la teoría del consentimiento, entendida ésta como la exigencia de «aprobación, aceptación o ratificación del resultado», GARCÍA GARCÍA-CERVIGÓN, «El dolo eventual en el Derecho español. Algunos aspectos doctrinales y jurisprudenciales», *RDPC*, 6 (1996), p. 261 y TORÍO LÓPEZ, «Acción peligrosa y dolo – Perspectivas jurisprudenciales y legislativas», en *Elementos subjetivos*, p. 175, quien configura el dolo exigiendo voluntad o conformidad del sujeto con el resultado, entendidos estos elementos como una «posición interna» de dicho sujeto. Por lo que a la jurisprudencia respecta, cfr. las referencias aportadas por CEREZO MIR, *Curso*, vol. II, p. 140 (nota 98).

[127] Cfr. PUPPE, *NK*, § 15, n.º marg. 66. La forma de razonamiento de estos autores es, por tanto, inductiva: a partir de los supuestos singulares que juzgan merecedores de la pena del dolo, construyen la definición de este elemento de la infracción penal.

[128] Los partidarios de la teoría de la representación entienden la voluntad como un elemento referido a la acción, sin que sea necesario que se extienda hasta el resultado. Cfr. la definición aportada por LUCAS, *Die subjektive Verschuldung im heutigen deutschen Strafrechte*, Berlín, 1883, p. 8: «el dolo se basa en la *voluntad dirigida a la ejecución de una acción* unida a la consciencia de la existencia de aquellas circunstancias fácticas que hacen que esté conminada penalmente por la ley» (cursiva añadida).

acaecimiento de tal resultado como simplemente posible, sino que es necesario que lo haya previsto como probable[129].

Para la *teoría de la probabilidad* —versión de la teoría de la representación más extendida— el salto entre dolo e imprudencia está en función únicamente del grado de probabilidad con que el autor se haya representado la realización de la conducta típica: si pese a haberse representado como probable la realización del tipo el sujeto ha decidido actuar, concurre dolo; si se ha representado tal realización simplemente como improbable, concurre imprudencia[130]. Lo superfluo de la voluntad se advierte en los casos de dolo directo de segundo grado, a los que nadie discute su condición de dolosos pese a no existir en ellos un elemento volitivo con contenido propio[131].

Si para la teoría del consentimiento el centro de gravedad en la cuestión del dolo lo ocupaba la relación emocional del sujeto con el resultado, en los planteamientos de la teoría de la probabilidad pasa a ocuparlo la conducta peligrosa, que el sujeto debe conocer como tal, sin que sea necesaria actitud emocional de ninguna clase[132]. En este sentido, afirma *Löffler* que «la culpabilidad del autor [doloso] se distingue en que éste contaba con la representación de un posible resultado anti-social como consecuencia de su actuación y, sin embargo, ha actuado. No ha tenido en dicha representación un contramotivo decisivo y por ello se le caracteriza como un hombre a quien no importan los bienes socia-

[129] Cfr. HAGEN, «Der Vorsatz und seine Feststellung», *ZStW*, 19 (1899), pp. 177-178. LACMANN, «Wille und Wollen in ihrer Bedeutung für das Vorsatzproblem», *ZStW*, 30 (1910), p. 794, retrotrae este pensamiento a una frase de *von Almendigen:* «si preveo una relación causal de una acción como posible o probable y, sin embargo, llevo a cabo dicha acción, entonces he querido el curso causal en cuestión».

[130] Los más renombrados partidarios de la teoría de la probabilidad fueron LUCAS, *Die subjektive Verschuldung, passim;* LÖFFLER, *ÖZSt*, 1911, p. 131 ss; LACMANN, *ZStW*, 30 (1910), p. 767 ss; GROSSMANN, *Die Grenze, passim*; SAUER, *Grundlagen des Strafrechts*, Berlín, Leipzig, 1921, p. 609 ss. Para una relación de autores más exhaustiva, cfr. ENGISCH, *Untersuchungen*, p. 107.

[131] Cfr. PUPPE, *NK*, § 15, n.º marg. 66. Con respecto a la teoría de la voluntad afirma SAUER, *Derecho penal (Parte general)*, 3.ª ed., 1955, trad. J. del Rosal y J. Cerezo, Barcelona, 1956, p. 253, que ésta «tiende a construcciones forzadas, sin fuerza vital, sólo para salvar la concepción de la culpabilidad, que ella misma ha determinado defectuosamente en el concepto general de culpabilidad y luego tiene que colocar de algún modo en el dolo; una falsa concepción de la culpabilidad se venga en el concepto de dolo».

[132] Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, «Acerca del dolo eventual», pp. 251-252. Algunos seguidores de la teoría de la probabilidad reclaman su descendencia del *dolus indirectus*, en la medida en que en esta figura la imputación a título de dolo de las consecuencias accesorias también dependía de un juicio de probabilidad; cfr., al respecto, GROSSMANN, *Die Grenze*, pp. 43-44. Sin embargo, es evidente que mientras para la teoría del *dolus indirectus* la probabilidad era algo que debía fijarse objetivamente, prescindiendo de cúal hubiera sido el auténtico contenido de representación del sujeto, los partidarios de la teoría de la probabilidad fundamentan el dolo en que el juicio de probabilidad haya sido efectivamente llevado a cabo por dicho sujeto.

les»[133]. Como se puede apreciar, la teoría de la probabilidad pone el acento en una cuestión motivacional —«la representación del resultado en cuestión no aporta un motivo contrario a la ejecución de la acción», en palabras de *Lacmann*— pero se diferencia de la teoría del consentimiento, en que esta última entra a valorar los deseos o intenciones del sujeto, mientras que los defensores de la teoría de la probabilidad se limitan a constatar un déficit de motivación sin que importen sus causas[134].

Al mismo tiempo, los partidarios de la teoría de la probabilidad intentan demostrar con ejemplos gráficos los resultados absurdos a los que puede llevar la aplicación de la *primera fórmula de Frank* en supuestos que, sin embargo, la teoría de la probabilidad parece solucionar adecuadamente. En este sentido, el ejemplo más famoso fue planteado por *Lacmann:*

> alguien promete veinte marcos a un muchacho si acierta a la bola de cristal que una señorita sostiene con las manos en una caseta de tiro al blanco sin lesionarla. Él sabe que no es un gran tirador y se dice: «es bastante probable que alcance la mano de la chica. Si esto sucede pondré rápidamente tierra por medio; sin embargo, si sale bien, veinte marcos serán para mi un buen negocio». El muchacho dispara y alcanza a la chica en la mano. Según *Frank* y *von Hippel* sólo se le debe castigar por imprudencia, pues resulta evidente que habría omitido el disparo si hubiera sabido que no acertaría en el objetivo, pues lo que determina su resolución es la esperanza de alcanzar la bola sin lesionar a la chica[135].

La mayoría de autores que se alinearon con los postulados de la teoría de la probabilidad sólo defendían una solución para aquellos casos en los que no hubiera intención de realizar el tipo por parte del sujeto y, en tal medida, sus conclusiones en el ámbito del dolo eventual no llevaron, por regla general, a una redefinición global del dolo[136]. En este sentido, el principal impedimento para tal tarea venía dado por aquellos supuestos en los que el sujeto, pese a ser consciente de la escasa probabilidad de que su conducta causara el resultado típico, actuaba, sin embargo, con la intención de provocarlo, como en el famoso *caso del tirador inexperto* que dispara a matar desde una gran distancia con una

[133] LÖFFLER, *ÖZSt*, 1911, pp. 149-150.

[134] LACMANN, *GA*, 1911, p. 113. Cfr., también, ENGISCH, *Untersuchungen*, p. 137 y PUPPE, *NK*, § 15, n.º marg. 67.

[135] LACMANN, «Die Abgrenzung der Schuldformen in der Rechtslehre und im Vorentwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch», *ZStW*, 31 (1911), pp. 157-159. Este autor critica a *Frank* y *von Hippel* por haber creado una distinción entre formas de culpabilidad basada en el carácter del sujeto y demuestra que la *primera fórmula de Frank* fracasa en los casos en que dicho sujeto actúa movido por un afán egoísta. El caso también se recoge y comenta en LACMANN, *GA*, 1911, p. 118.

[136] Cfr. ENGISCH, *Untersuchungen*, p. 106. Las contadas excepciones en *ibidem*, p. 166 ss.

escopeta que tiene un punto de mira mal calibrado y, sin embargo, alcanza su objetivo. En estos casos, al ser el sujeto consciente de la escasa probabilidad de dar en el blanco que entraña su conducta, sólo se le debería castigar por delito imprudente[137]. Para evitar esta solución, muchos partidarios de la teoría de la probabilidad consideran que, existiendo intención, basta para el dolo con que el sujeto se haya representado como posible la realización del tipo[138]. Sin embargo, esta corrección *ad hoc* impide construir un concepto general de dolo asentado exclusivamente en la idea de representación de la probabilidad[139].

Las críticas que se dirigen contra la teoría de la probabilidad son numerosas[140]. En primer lugar, se le reprocha que base la diferencia entre dolo e imprudencia en un criterio meramente cuantitativo —grado de probabilidad representado— que, según numerosos autores, no permite justificar adecuadamente el salto de pena que se da entre lo doloso y lo imprudente[141]. En segundo lugar, los defensores de la teoría del consentimiento advierten que con el criterio de la representación de la probabilidad habría que considerar constitutiva de homicidio doloso, por ejemplo, la conducta del médico que llevase a cabo una operación muy arriesgada siendo consciente de que existía un muy elevado riesgo de que el paciente muriese a consecuencia de la intervención[142]. Entienden estos autores que sólo la exigencia del elemento emocional permite dejar estos casos fuera del ámbito de lo doloso. Sin embargo, es evidente que hoy en día el carácter delictivo de supuestos como éste se excluye sin dificultades, ya sea en el ámbito de la imputación objetiva o de la justificación[143].

[137] Cfr. ENGISCH, *Untersuchungen*, p. 106. En sentido similar, SCHMIDHÄUSER, «Zum Begriff der bewußten Fahrlässigkeit», *GA*, 1957, p. 309; FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, p. 21 y PUPPE, *NK*, § 15, n.º marg. 68-69.

[138] Esta idea es defendida por autores como LACMANN, *GA*, 1911, p. 121. Por contra, SAUER, *Grundlagen*, pp. 609-611, se niega a aceptar que el dolo eventual sea un dolo debilitado y mantiene que éste requiere en todo caso el conocimiento de la probabilidad, quedando por tanto fuera del dolo los casos en que el sujeto sólo se representa una escasa probabilidad de acaecimiento del resultado, por mucho que actúe con intención de causarlo (cfr. *ibidem*, p. 617 ss). Esta solución, coherente desde el plano teórico, plantea el problema de que sólo castiga como homicida imprudente al *tirador inexperto* del ejemplo.

[139] Como bien aprecia KAUFMANN, *Strafrechtsdogmatik*, p. 66, si se admite que cuando el sujeto actúa con intención no hace falta que se represente el resultado como probable, no es posible una construcción teórica general en que se armonicen todas las modalidades de dolo.

[140] Ya en 1924, GROSSMANN, *Die Grenze*, pp. 48-53, enumeró las críticas que se habían dirigido contra esta teoría, de la que él mismo era partidario.

[141] Así, por ejemplo, SCHRÖDER, *Sauer-FS*, p. 228.

[142] Un ejemplo al que acude recientemente, contra la teoría de la probabilidad, TORÍO LÓPEZ, en *Elementos subjetivos*, pp. 173-175.

[143] En este sentido, ya en 1949, SCHRÖDER, *Sauer-FS*, pp. 242-243. En la misma línea SCHMIDHÄUSER, *JuS*, 1980, pp. 243-244.

Otra de las críticas habituales recurre al caso en que un sujeto juzga improbable (o incluso imposible) la producción de un determinado evento, «apoyándose de forma casi siempre irracional en la esperanza de que todo saldrá bien» [144]. En estos supuestos, en que el sujeto juzga irrelevante lo que a todas luces tiene serios visos de acaecer, parece indiscutible que la teoría de la probabilidad puede comportar un privilegio para los individuos más irreflexivos [145]. Un cuarto motivo de crítica frecuente viene dado por la dificultad que comporta desentrañar los límites entre lo probable y lo improbable, afirmando, por ejemplo, *Mir Puig* que la presente teoría no aporta criterios útiles para los casos en que «la probabilidad advertida no es ni muy elevada ni muy pequeña», añadiendo que «es imposible cuantificar los porcentajes de posibilidades y, aunque fuese posible, no existe ninguna razón para elegir una cifra —el 20%, o el 30%, pongo por caso— como frontera de dolo y culpa consciente» [146]. A esta objeción replican, sin embargo, algunos autores, constatando cómo en el lenguaje cotidiano se utilizan a menudo las expresiones «probable» e «improbable», sin que dicho uso en la mayoría de los casos obedezca a un cálculo numérico detallado de probabilidades. Así, considera *Puppe* que esta crítica no tiene razón de ser, pues en el lenguaje cotidiano se emplean palabras que designan una multiplicidad de objetos sin necesariamente tener que proceder a su cuantificación: «la palabra "montón" tiene un sentido y es posible utilizarla aunque nadie puede contestar a la pregunta de cuántos granos de trigo hacen un montón» [147].

Una última crítica, tal vez la más importante, es la que toma por base el siguiente ejemplo [148]:

> *Dos sujetos juegan a la ruleta rusa, apuntando a la sien de uno de ellos con un revólver que sólo tiene puesta una de las seis balas que caben en el tambor. La probabilidad de que salga la bala es de 1 contra 5, es decir, aproximadamente del 17%, con lo cual es más probable un desenlace sin muerte que a la inversa.*

Una aplicación estricta de la teoría de la probabilidad lleva a afirmar que, caso de salir la bala, sólo debe castigarse a quien dispara como autor de un homicidio imprudente, puesto que éste tenía claro que lo más probable es que la muerte no llegara a acaecer. Afirmar lo contrario sería decir que eran probables dos realidades que se auto-excluyen, lo cual es ilógico, porque si una es probable (en este caso que no muera nadie) necesariamente la otra tiene que ser improbable y así, por regla general, representárselo el sujeto [149]. La teoría de la probabilidad fracasa ante supuestos como éste [150].

Todos estos problemas han acabado por propiciar la práctica desaparición de la teoría de la probabilidad del ámbito de la discusión dogmática posterior a la Segunda Guerra Mundial [151]. En este sentido, tal vez lo que haya pesado más sea su error de base pues, como afirmó *Armin Kaufmann*, «la teoría de la probabilidad es ya de entrada sólo una teoría del dolo eventual» [152]. Ciertamente parece indiscutible que con sus planteamientos se hace imposible desarrollar una clasificación tripartita del dolo que armonice con una definición general de dolo como conocer y querer o un concepto global de dolo meramente cognitivo que no castigue sólo como imprudentes casos como el del *tirador inexperto*. Con todo, el espíritu de la teoría de la probabilidad pervive aún hoy en buena parte de los planteamientos de las teorías meramente cognitivas que actualmente se defienden [153].

C) Otras perspectivas

Las considerables dimensiones adquiridas por el enfrentamiento entre la teoría de la probabilidad y la del consentimiento apenas parecen haber dejado espacio para otros planteamientos doctrinales sobre el dolo en el intervalo histórico que va del siglo XIX a los años 50 del presente siglo. Sin embargo, los hubo y, básicamente, pueden agruparse en dos grandes direcciones: *las teorías objetivas y las teorías de la posibilidad.*

[144] Cfr. ROXIN, *JuS*, 1964, p. 60.

[145] Algo que se admite, por ejemplo, en los planteamientos de HAGEN, *ZStW*, 19 (1899), p. 178 (nota 56). No parece justo, sin embargo, que la presente crítica se dirija en exclusiva a la teoría de la probabilidad: también las teorías volitivas, en la medida en que exigen un cierto grado de representación, pueden encontrarse con problemas ante supuestos de este tipo.

[146] MIR PUIG, en *Elementos subjetivos*, p. 25. En sentido similar, SCHROTH, *Vorsatz als Aneignung*, p. 105. Se une a la crítica con ulterior fundamentación JAKOBS, *Derecho penal*, p. 327 (nota 47). LANDECHO VELASCO/MOLINA BLÁZQUEZ, *Derecho penal*, p. 267, afirman que la teoría de la probabilidad deja sin resolver los casos en que se da una probabilidad mediana, que son los que mayores dificultades producen en la práctica. Ver también la intervención de *Dreher* ante la Comisión codificadora alemana en *Niederschriften*, vol. XII, p. 104, en la que se afirma por parte de este autor que la teoría de la probabilidad «no aporta ningún límite claro con el que la praxis pueda empezar». En idéntico sentido, WEIGEND, *ZStW*, 93 (1981), p. 666.

[147] PUPPE, *NK*, § 15, n.º marg. 75.

[148] Aportado por HERZBERG, *JuS*, 1986, p. 251.

[149] Cfr. ulteriores comentarios a este problema en *infra* nota 188.

[150] Una última crítica en BURKHARDT, en *Jenseits des Rubikon*, p. 325 (nota), donde se cuestiona la validez de la teoría de la probabilidad desde un punto de vista psicológico.

[151] La teoría de la probabilidad se ha mantenido minoritariamente por autores como H. MAYER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil (Studienbuch)*, Stuttgart, Berlín, Colonia, Mainz, 1967, p. 121 y ROSS, *Über den Vorsatz*, Baden-Baden, 1979.

[152] KAUFMANN, *Strafrechtsdogmatik*, p. 66. Ver igualmente las observaciones de JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, vol. V, p. 618 y SANCINETTI, *Teoría del delito*, p. 161.

[153] Cfr. *infra* III.2.

Como de su nombre se deduce, en las *teorías objetivas* se encuadran aquellos puntos de vista que entienden el problema del dolo como una cuestión a tratar desde un punto de vista no psicológico, aunque, como afirma *Engisch*, sea difícil encontrar denominadores comunes en la diversidad de sus postulados [154]. Se inscriben en esta línea autores como *Hauser* y, en especial, *Klee*, cuyo pensamiento se vincula al antiguo *dolus indirectus* [155]. Así, según este último autor, existe dolo

> cuando el sujeto ha condicionado un riesgo de producción del resultado y ha sido consciente de aquellas circunstancias del hecho cuya concurrencia, según la opinión general, engendra un peligro de dicha producción, teniendo en cuenta que debe poder hablarse de un *putare debere* del autor en relación con este peligro (...). Para afirmar si existe o no un peligro que fundamente el dolo, lo determinante no es la opinión subjetiva del autor, sino el juicio general por medio de la ciencia y la experiencia [156].

Evidentemente, estas teorías no estaban en absoluto en sintonía con el paradigma psicologicista que para el dolo había propiciado *Feuerbach* y, por ello, su peso específico en la discusión del XIX es leve, desapareciendo de los escenarios del debate a medida que transcurren los años [157].

La segunda línea, *la teoría de la posibilidad*, no es más que una modalidad de la teoría de la representación que integran todos aquellos autores que para la afirmación del dolo consideran suficiente con que, al actuar, el sujeto se haya representado la posibilidad de realización típica [158]. Históricamente estos planteamientos son defendidos por autores como *Nettelbladt*, aún en el siglo XVIII, y *Bruck o Wolff* a finales del XIX y principios del XX [159]. Así, *Bruck* rechaza la existencia de la imprudencia inconsciente y afirma que «si quien actúa tiene en cuenta la posibilidad del resultado se encuentra ya *in dolo*, por lo menos en *dolo eventuali*, ya no cabe hablar de culpa» [160]. *Wolff*, por su parte, sostiene que, para afirmar el dolo, el resultado debe aventurarse como posible *in concreto* [161]. Evidentemente, estos planteamientos fueron criticados por los partidarios de las teorías dominantes, aunque el *Reichsgericht* llegó a acogerlos en un buen número de sus decisiones, a menudo escondidos bajo los ropajes formales de la teoría del consentimiento [162].

En 1949 *Horst Schröder* retomaría estos puntos de vista partiendo, en primer lugar, de que entre dolo e imprudencia no existe una diferencia cuantitativa que permita ir subiendo o bajando la frontera que separa ambas figuras, sino un reproche específico para cada una de ellas y, en segundo lugar, afirmando la necesidad de trazar unos límites contundentes «allá donde ambos conceptos encuentren su delimitación natural» [163]. *Schröder* afirma que la clave de la cuestión radica en decidir si entre el actuar con la consciencia de la posibilidad de realización del tipo y el actuar con la certeza de tal realización existe un salto cualitativo suficiente para fijar el límite entre dolo e imprudencia. Desde su perspectiva no es así, pues entre ambas formas de conocimiento sólo se da un salto cuantitativo que no puede explicar la diferencia de reproche entre lo doloso y lo imprudente [164]. Además, la norma penal de los llamados delitos de lesión no sólo comprende una prohibición de lesión, sino también una prohibición de puesta en peligro, lo que implica que, junto a la lesión, también debe estar prohibida penalmente la posibilidad de ésta [165]. En buena lógica, por tanto, el dolo tiene que empezar ahí donde el sujeto actúa siendo consciente de dicha posibilidad.

De acuerdo con las anteriores ideas, los razonamientos de *Schröder* conducen a dos conclusiones fundamentales. En primer lugar:

[154] Cfr. ENGISCH, *Untersuchungen*, p. 116, donde, además, se aportan referencias de los autores que se inscriben en esta corriente doctrinal.

[155] HAUSER, «Zur Lehre vom strafrechtlichen Vorsatz», *GS*, 54 (1897), p. 1 ss y KLEE, *Der dolus indirectus als Grundform der vorsätzlichen Schuld*, Berlín, 1906.

[156] KLEE, *Der dolus indirectus*, p. 23.

[157] En tono crítico con los planteamientos de esta teoría, LACMANN, *ZStW*, 31 (1911), p. 148, por entender que con ella se crea un concepto de dolo demasiado amplio, que no deja lugar a la imprudencia consciente. Críticas específicas a *Klee*, por basar el dolo en «una característica de la acción (...) que no tiene nada que ver con la interioridad», en LACMANN, *GA*, 1911, p. 110 (nota 4). Contundente, ENGISCH, *Untersuchungen*, p. 136: «la teoría objetiva no tiene cabida alguna entre teorías que operan con criterios puramente subjetivos».

[158] En general, para estos autores, cfr. ENGISCH, *Untersuchungen*, pp. 119-122.

[159] NETTELBLADT en NETTELBLADT/GLÄNTZER, *De homicidio ex intentione indirecta comisso*, 1756; BRUCK, *Zur Lehre von der Fahrlässigkeit*, 1885; sobre *Wolff*, cfr. ENGISCH, *Untersuchungen*, p. 120. Entre la teoría de la posibilidad y la de la probabilidad se sitúa otro autor del XIX, VON WICK, «Beiträge zur richtigen Auffassung des Wesens des Vorsatzes», *ACR*, 1857, p. 599, quien exigía para el dolo que el sujeto se hubiera representado como posibles los hechos de los que depende la punibilidad del delito, entendida esta expresión en el sentido de «no improbables», terminología que retoma en las últimas décadas *Jakobs* (cfr. *infra* IV.2.B).

[160] BRUCK, *Zur Lehre von der Fahrlässigkeit*, p. 17.

[161] Cfr., sobre este autor, ENGISCH, *Untersuchungen*, p. 120. No siempre resulta sencillo diferenciar esta línea doctrinal de la teoría de la probabilidad. Así, por ejemplo, un autor como SAUER, *Derecho penal*, pp. 268-271, tradicionalmente encuadrado en esta última teoría, emplea de forma indistinta las expresiones «probabilidad» y «posibilidad próxima».

[162] Cfr. ENGISCH, *Untersuchungen*, p. 93, donde se puede encontrar una relación de las sentencias en que se aplica esta teoría. Ver también al respecto, ROSS, *Über den Vorsatz*, pp. 95-97 y la relación de LACMANN, *ZStW*, 31 (1911), p. 148. También asevera este hecho GROSSMANN, *Die Grenze*, p. 92 ss. Crítico con estos planteamientos del *Reichsgericht*, VON BAR, *ZStW*, 18 (1898), pp. 548-549. El reproche comúnmente dirigido contra estas teorías fue el de ampliar desmesuradamente el alcance del dolo; en este sentido, LUCAS, *Die subjektive Verschuldung*, p. 16.

[163] Cfr. SCHRÖDER, *Sauer-FS*, pp. 207-208.

[164] Salto cuantitativo al que este autor no niega importancia dentro del ámbito del mismo dolo y recomienda *de lege ferenda* una atenuación facultativa para los casos en que concurre una mera consciencia de la posibilidad; cfr. SCHRÖDER, *Sauer*-FS, p. 247.

[165] Cfr. SCHRÖDER, *Sauer-FS*, p. 226.

dolo eventual significa actuar con la representación de posibles lesiones. La totalidad del ámbito de duda pertenece, por tanto, al dolo. Su límite se encuentra donde acaba la duda y la imprudencia empieza donde el acaecimiento del resultado desvalorado sea imposible o donde la posibilidad de un mal desenlace se estime tan pequeña que no haga falta tenerla en cuenta [166].

Y, en segundo lugar, la que tal vez sea su frase más famosa:

> no existe diferencia alguna entre imprudencia consciente e inconsciente (...) *toda imprudencia es imprudencia inconsciente*. Sólo así es posible una separación clara y objetivamente satisfactoria entre culpabilidad dolosa e imprudente [167].

Uno de los principales reproches que se ha dirigido contra este autor y, en general, contra la teoría de la posibilidad, es el que les acusa de crear un concepto de dolo amplísimo, en el que tendrían cabida todos aquellos casos que tradicionalmente se han incluido en el ámbito característico de la imprudencia consciente [168]. Sin embargo, resulta harto discutible que tal reproche sea acertado, pues *Schröder* no se conforma para afirmar el dolo con que la posibilidad de la realización típica simplemente *pase* en cualquier situación por la cabeza del autor, como ponen de manifiesto las siguientes afirmaciones:

> existen casos en los que la posibilidad de una transgresión del Derecho es tan mínima que puede ser tratada como *quantité négligeable*. Aquello con lo que nadie necesita contar porque externamente refleja toda la normalidad y experiencia humana no supone «posibilidad» en el sentido de la teoría del dolo eventual, ni peligro en el sentido de relevancia jurídico-penal. Quien dispara con un fusil no puede excluir de modo absoluto que se desvíe su trayectoria y lesione a los que se hallan alrededor. Si el autor piensa en esta posibilidad y sucede lo anteriormente dicho, no se le declara, sin embargo, culpable de lesiones dolosas, pues al no estar prohibidos por el ordenamiento jurídico tales riesgos mínimos, no hace falta que se tengan en cuenta, de tal manera que la cuestión del dolo aquí no tiene importancia alguna [169].

Los planteamientos de este autor, minoritarios en la época en que fueron expuestos, han ido adquiriendo, como se verá más adelante, una notable importancia en la segunda mitad del siglo XX [170].

II.3. EL «INSOSTENIBLE» CONSENTIMIENTO Y LA «INSOSTENIBLE» PROBABILIDAD

La teoría del consentimiento parece haber resultado vencedora en su batalla histórica con la teoría de la probabilidad —y desde luego con las restantes teorías— si tal triunfo puede medirse por el número de autores que se fueron adhiriendo a lo largo de los años a sus postulados, así como por el número de sentencias en que formalmente se aplicó.

Contra la teoría del consentimiento se han alzado críticas muy diversas. En primer lugar, se le acusa de entrar a valorar posturas meramente emocionales que, si realmente existen, difícilmente se pueden probar y, en segundo lugar, se le reprocha que no respete la definición general de dolo como conocer y querer, pues al llegar al dolo eventual recurre a *sucedáneos* de la voluntad como el «aprobar» o el «consentir»; finalmente, en los casos en que emplea la *primera fórmula de Frank*, se critica a esta teoría por conducir a un auténtico Derecho penal de autor [171]. Pese a lo acertado de estas acusaciones, es posible además descubrir otro defecto en la teoría del consentimiento que relega a un segundo plano todos los expuestos: dicha teoría *sitúa demasiado alto el límite en-*

[166] SCHRÖDER, *Sauer-FS*, p. 243 (cursiva añadida). Afirma este autor (*ibidem*, p. 241) que «quien por ejemplo —como en el caso de *Frank* tan a menudo utilizado— fuma en la cama y provoca un incendio, no tendrá en toda regla la consciencia de una verdadera posibilidad, sino que llegará a la siguiente conclusión: "como soy cuidadoso, está descartado cualquier incendio". O habrá visto en todo caso tan alejada dicha posibilidad que, con razón, la juzgará como *quantité négligeable*». Esta perspectiva será retomada pocos años después por *Schmidhäuser*, quien formulará su idea de la *eliminación mental* del riesgo (cfr. *infra* III.2). Ocasionalmente, planteamientos como los de *Schröder* han sido seguidos también por el TS español, que en su sentencia de 5 de abril de 1993 (A 3036, ponente Delgado García), sostiene que «si hay duda sobre un elemento esencial integrante de la infracción penal no hemos de hablar de error de tipo, sino de dolo eventual».

[167] SCHRÖDER, *Sauer-FS*, p. 245 (cursiva añadida). Estas afirmaciones recuerdan a las ya realizadas por VON WICK, *Ueber Vorsatz und Absicht*, Rostock, 1866, p. 88: «según nuestra definición, imprudencia es la indiferencia inconsciente frente al resultado, mientras que el dolo es la indiferencia consciente. Entre estos dos conceptos existe una diferencia específica, una oposición, la oposición entre el saber y el no saber».

[168] En este sentido, cfr., por todos, STRATENWERTH, *ZStW*, 71 (1959), pp. 51-53. También se puede hacer extensiva a estos planteamientos una crítica dirigida a la teoría de la probabilidad: el punto de vista de *Schröder* supone un privilegio para los individuos que tienen una fuerte tendencia a minusvalorar los riesgos.

[169] SCHRÖDER, *Sauer-FS*, p. 240.

[170] Cfr. *infra* III.2.

[171] Sobre la idea de que la teoría del consentimiento lleva a juzgar el ánimo y no la voluntad, cfr. LACMANN, *ZStW*, 31 (1911), p. 157 ss; cfr., también, BUSTOS RAMÍREZ, *RJCat*, 1984, pp. 312-315 y SANCINETTI, *Teoría del delito*, pp. 172-173. Especialmente ácido, HERZBERG, *JuS*, 1986, p. 251: «a la jurisprudencia le gusta trabajar con la interrogación hipotética de *Frank*, pero sólo en la medida en que le ayude a confirmar los resultados apetecidos». Sobre la imposible equiparación entre el querer y el elemento emocional de la teoría del consentimiento, JAKOBS, *Derecho penal*, p. 325, para quien las distinciones entre dolo eventual e imprudencia que se fundamentan en si el autor aprueba la producción del resultado, la ve con indiferencia, la rechaza o la lamenta, no tienen ningún sentido: «al igual que tales actitudes —en tanto que, más que meras floriturras retóricas, sean posibles en la práctica— carecen de fundamento en la actuación a sabiendas, tampoco la tienen en el dolo eventual».

tre el dolo y la imprudencia, desde luego mucho más alto de lo que, desde una perspectiva de merecimiento de pena, se puede aceptar[172].

Por ello, de un análisis pormenorizado de las sentencias en que formalmente se utilizó tal teoría se desprende la sospecha de que pocas veces fue aplicada con coherencia: en la práctica la solución estaba más cerca de la teoría de la representación que de la teoría del consentimiento, aunque los tribunales seguían afirmando utilizar esta última[173]. En este sentido, con la aplicación de la *primera fórmula de Frank* se conseguía, ante todo, un efecto ampliatorio de lo doloso, si bien dicha ampliación se llevaba a cabo a través de juicios con dudosa legitimidad y rigor científico sobre la personalidad del autor. De no recurrir a ellos habrían debido ser castigadas como meramente imprudentes conductas en las que el sujeto, pese a ser consciente de un elevado riesgo de realización típica, no hubiera deseado el resultado, o simplemente no se hubiera podido probar su aprobación o consentimiento. Los problemas de esta solución se observan en alguna resolución reciente en la que los tribunales han regresado a la teoría del consentimiento tratando de aplicarla de forma coherente.

> Un buen ejemplo al respecto lo constituye la sentencia del BGH de 15 de noviembre de 1987 en que, a juicio de *Schumann*, se asiste a una auténtica «resurrección» —afortunadamente pasajera— del elemento emocional del dolo eventual entendido en sus términos más tradicionales. En esta resolución se castigó *sólo* por homicidio imprudente al acusado —experto karateka— que provocó la muerte de un bebé de poco más de un año que no dejaba de llorar propinándole un violento golpe con el canto de la mano en la cabeza. El BGH entendió que el tribunal de instancia no había acreditado correctamente «la conformidad del acusado con la muerte del niño», añadiendo que «con el conocimiento de la peligrosidad de su conducta todavía no se ha dicho que el autor también acepte la producción del resultado, es decir, que se haya conformado internamente con ella». Sin embargo, en otros puntos de la sentencia parece que se reduce todo a una cuestión de prueba: «es incorrecto, cara a la resolución final, deducir siempre la conformidad de un autor sólo de su disponibilidad de conocimientos o de sus conocimientos efectivos». El BGH entiende que de la conducta anterior del procesado —aquella misma noche había duchado al niño, le había dado de cenar y le había acostado—, de la posterior —realizó «torpes maniobras de reanimación»— y de su personalidad, no se podía deducir que estuviese de acuerdo con la muerte del pequeño. Todo ello lleva a afirmar a *Herzberg* que, según el BGH, el dolo acaba por hacerse depender de si uno «es normalmente una persona decente»[174].

Por los motivos expuestos, la búsqueda de vías conceptuales alternativas que permitan ampliar el concepto de dolo se siente como una necesidad cada vez más imperiosa entre las diversas posturas doctrinales que no renuncian a mantener un elemento de corte volitivo en el dolo eventual. Esta necesidad se aprecia de modo evidente en la obra de *Karl Engisch*, quien pretende ampliar el dolo recurriendo al elemento de la *indiferencia*[175].

Tomando como punto de partida su rechazo a las teorías de la posibilidad y a las teorías objetivas, *Engisch* trata de encontrar una tercera vía entre las teorías volitivas y la de la probabilidad: está de acuerdo con las primeras en que la intención es dolo y, con la segunda, en que también debe existir dolo cuando se actúa en la representación de que existe una probabilidad muy elevada de realización de un tipo[176]. Yendo más allá, *Engisch* se pregunta qué clase de relación debe existir entre el sujeto y el resultado representado como posible para que pueda hablarse de dolo sin que necesariamente concurra intención. Su propuesta pasa por *afirmar el dolo cuando la realización del tipo resulte indiferente al sujeto*, un criterio que viene claramente a ampliar el restrictivo ámbito fijado por los elementos emocionales exigidos por las diversas variantes de la teoría del consentimiento[177]. En este sentido, afirma el propio autor

[172] De acuerdo, DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, p. 171, quien entiende que la teoría del consentimiento, en su versión de la *primera fórmula de Frank*, resulta «demasiado estrecha», pues «en la vida real encontramos situaciones de riesgo para un bien jurídico hacia las que el sujeto orienta su acción y en las que, a pesar de ello, dicho sujeto no está de acuerdo con la producción de un resultado lesivo. En estas situaciones, no obstante la ausencia de consentimiento, no podemos negar la mayor responsabilidad del sujeto en caso de que el resultado se produzca».

[173] Un ejemplo evidente de este uso manipulado son las sentencias del *Reichsgericht*, RGSt, vol. 61, p. 213 ss y RGSt, vol. 66, p. 255 ss, donde, como evidencia FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, pp. 309-310 y 314-316, el argumento que se utiliza es que, dado que el autor conoció el riesgo, aprobó el resultado.

[174] HERZBERG, *JZ*, 1988, p. 637. El texto de esta resolución en *JZ*, 1989, pp. 449-450. Un exhaustivo comentario en SCHUMANN, «Zur Wiederbelebung des "voluntativen" Vorsatzelements durch den BGH», *JZ*, 1989, p. 449. Crítica con el contenido de la sentencia, PUPPE, *NK*, § 15, n.º marg. 96.

[175] Los planteamientos de ENGISCH se exponen en su *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*, Berlín, 1930 (2.ª reimp. 1995). Respecto al interés de este autor por ampliar los límites del dolo, afirma MIR PUIG, en *Elementos subjetivos*, p. 22, que la razón de ser de la teoría de *Engisch* está en el intento de «superar la excesiva estrechez de la teoría del consentimiento». También ZIEGERT, *Vorsatz*, p. 103, juzga la postura de *Engisch* como una ampliación de dicha teoría.

[176] Cfr. ENGISCH, *Untersuchungen*, pp. 186-187. FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, p. 7, entiende que los intentos de ampliación de *Engisch* van en dos sentidos: rebajar del consentimiento a la indiferencia en los casos en que el sujeto considera posible la producción del resultado y reputar como casos de dolo eventual aquellos supuestos en que el sujeto actúa representándose una alta probabilidad.

[177] Sin embargo, ROXIN, *Strafrecht*, § 12, n.º marg. 37, pp. 363-364, entiende que la teoría de *Engisch* y la del consentimiento están vinculadas en la medida en que ambas dejan fuera del dolo los resultados no deseados y considera que, en el planteamiento de este autor, la indiferencia no es más que un indicio seguro de que el sujeto se conformó con el resultado. En la doctrina argentina parece encontrarse cerca de *Engisch* ZAFFARONI,

que «esta indiferencia es un estado anímico que tal vez pudiéramos describir mejor de manera negativa como la ausencia de una oposición frente a la lesión del bien jurídico representada que, no obstante, es concreta y real»[178].

Con este nuevo criterio ya no sólo tienen cabida en el ámbito de lo doloso aquellos casos en los que la relación emocional entre el sujeto y la realización del tipo es positiva (aprobación o consentimiento), sino que basta con que el sujeto no se oponga internamente al resultado[179]. Tal oposición concurrirá siempre que el autor actúe en la esperanza o en la confianza de que el tipo no va a realizarse[180].

La doctrina posterior ha sido especialmente dura con *Engisch*, criticándole, entre otras cosas, por haber creado un concepto de dolo eventual basado en un mero estado anímico del sujeto y por haber utilizado una expresión como «indiferencia», que parece igualmente válida para caracterizar a los autores imprudentes[181]. Sin embargo, el principal problema de la teoría de la indiferencia probablemente sea que ya no resulta conjugable con una definición global de dolo, pues si algo hay distinto a querer un resultado es mostrarse indiferente ante su acaecimiento[182].

Manual de Derecho penal. Parte general, 6.ª ed., Buenos Aires, 1997, p. 419, quien entiende que el dolo eventual «conceptuado en términos corrientes es la conducta del que se dice "que se aguante", "que se fastidie", "si pasa, mala suerte", "qué me importa"». Aunque este autor habla de «aceptación» como elemento definidor del dolo eventual, configura este requisito de tal modo que da cabida a casos de auténtica indiferencia.

[178] ENGISCH, *Untersuchungen*, pp. 207-208.

[179] ENGISCH, *Untersuchungen*, pp. 188-190. Este autor concluye (*ibidem*, pp. 219-220) afirmando que «existe dolo cuando la realización del tipo es intencionada, cuando ésta se sabe consecuencia cierta o altamente probable de la propia conducta o del resultado ambicionado y cuando dicha realización se advierte sólo como posible o simplemente probable consecuencia de la conducta o del resultado perseguido, pero el autor se muestra indiferente ante ella». En España QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS/PRATS CANUT, *Curso*, p. 292, defienden un planteamiento parecido al de *Engisch*, exigiendo para el dolo eventual que el sujeto se represente como posible o probable un resultado y, sin embargo, actúe consintiendo o siéndole indiferente su producción. En Italia acoge un planteamiento similar al de *Engisch*, PAGLIARO, *Principi di Diritto penale. Parte generale*, 4.ª ed., Milán, 1993, p. 273.

[180] Cfr. ENGISCH, *Untersuchungen*, pp. 191 y 207.

[181] Le critica en el sentido de crear una culpabilidad por el carácter BUSTOS RAMÍREZ, *RJCat*, 1984, p. 314, afirmando que «se deja el camino libre a la práctica judicial para partir de la premisa de que el indiferente es el *mal ciudadano* y no el *buen ciudadano*» (cursiva en el original). Sobre la idea de que también los autores imprudentes se comportan de modo indiferente respecto a los bienes jurídicos, cfr. FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, p. 8. Recopilación de críticas contra *Engisch* en DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, p. 179 ss, que se resumen en la afirmación según la cual «la teoría de *Engisch* sobre el dolo eventual sólo tendría cabida en el marco de una ética del sentimiento». Otras críticas en MIR PUIG, en *Elementos subjetivos*, pp. 22-23 y SCHROTH, *Vorsatz als Aneignung*, pp. 101-102.

[182] FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, p. 7, entiende que la teoría de *Engisch* lleva a que sea imposible sostener un concepto común de dolo; CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, pp. 272-273, afirma que «la indiferencia respecto a la producción o no del resultado no nos dice nada sobre el elemento volitivo del dolo». Frente a críticas semejantes, ENGISCH, *Untersuchungen*, pp. 220-222, se escuda en la afirmación de que el dolo no tiene que determinarse en función del uso del lenguaje, sino en tanto que forma más grave de culpabilidad y, en este sentido, considera un prejuicio afirmar que sólo la voluntad puede constituir dicha forma más grave. Añade además este autor (*ibidem*, p. 221) que en el lenguaje cotidiano la expresión «querer» se utiliza con un doble sentido que incluye los objetivos deseados y las consecuencias «co-queridas» aunque no deseadas.

Además, el planteamiento de *Engisch* lleva a castigar como meras imprudencias aquellos casos en que, en el momento de actuar, el sujeto se representa una nada despreciable probabilidad de realización del tipo (sin que pueda llegar a hablarse de «altamente probable») y decide sin embargo actuar pese a que tal realización le resulta indeseable (no agradable ni indiferente)[183]. Su teoría, por tanto, sigue dejando fuera de lo doloso supuestos en que el grado de conocimiento del sujeto hace muy difícil afirmar que concurre un mero descuido.

Con todo, no parece aventurado sostener que si *Engisch* hubiera optado por neutralizar el contenido emocional de la indiferencia —como admite en los casos de elevada probabilidad, para los que no exige actitud emocional alguna— la discusión dogmática sobre el dolo habría avanzado de golpe casi un cuarto de siglo[184]. De hecho, dicha neutralización es la vía que acabará por imponerse como remedio al desfase existente entre los postulados de la teoría del consentimiento y una praxis jurisprudencial que se veía obligada a distorsionar en la aplicación del Derecho los requisitos conceptuales de dicha teoría para evitar resoluciones excesivamente benignas.

Aunque, como se ha dicho, la teoría de la probabilidad perdió su batalla con la teoría del consentimiento, entienden algunos autores que en la práctica es la que se ha acabado por imponer[185]. Sin embargo, esta

[183] Cfr. ENGISCH, Comentario a la sentencia BGHSt, vol. 7, p. 363 ss, en *NJW*, 1955, p. 168.

[184] Así, PUPPE, *NK*, § 15, n.º marg. 62: «la expresión "indiferente" no sólo puede utilizarse en un sentido descriptivo, sino también normativo. En sentido psicológico-descriptivo significa que una persona afronta con indiferencia un estado de cosas, es decir, que a dicha persona le da igual si el hecho en cuestión es verdadero o falso. Esta afirmación no exige que el hecho se valore positiva o negativamente en cualquier sentido. En un *sentido normativo* y, ciertamente en el sentido de reproche, la expresión "indiferente" se utiliza cuando se dice de alguien que se ha *comportado con indiferencia* frente a un hecho. Ello exige que este hecho se valore de manera positiva o negativa y se establezca sobre la persona en cuestión un pretensión ética o jurídica (...) la indiferencia en sentido psicológico descriptivo y en sentido normativo *no deben hacerse coincidir*» (cursiva en el original). Según esta autora (*ibidem*, n.º marg. 65), *Engisch* entremezcla los dos conceptos: utiliza el psicológico para el dolo eventual y se conforma con el normativo cuando el sujeto actúa en el conocimiento de una notable probabilidad de realización del tipo.

[185] Cfr. PUPPE, *NK*, § 15, n.º marg. 81-83. Considera esta autora que los ámbitos en que la teoría de la probabilidad se ha impuesto especialmente son los delitos patrimoniales y los casos en que existe un riesgo muy escaso de realización del tipo, en los que nadie

última afirmación requiere ulteriores matices: desde luego, la teoría de la probabilidad no ha prosperado en lo terminológico, aunque en las cuestiones de fondo sí parece haberse impuesto un planteamiento en que el elemento volitivo prácticamente ya no desempeña papel alguno más allá de lo meramente declarativo[186]. Sin embargo, el grado de representación que se suele exigir al sujeto para afirmar el dolo, desde las perspectivas más modernas, es inferior al exigido por la teoría de la probabilidad[187]. Casos como el de *la ruleta rusa* o el *del tirador inexperto* sólo pueden castigarse como dolosos si se acepta que para el dolo es suficiente con representarse *algo menos* que el resultado como probable[188]. En tal medida, *la deficiencia clave de la teoría de la probabilidad no está en absoluto alejada de la que determinó la caída en desgracia de la teoría del consentimiento: haber colocado demasiado alto el listón que separa dolo e imprudencia*, haberlo colocado a una altura insostenible desde el punto de vista del merecimiento de pena, como se observa en aquellos casos en que, sin ser probable la realización del tipo, el sujeto actúa en conciencia de un riesgo no permitido de proporciones en absoluto desdeñables[189].

La imposibilidad de que perviviera mucho tiempo más una situación en que, por los problemas apuntados, se afirmaba una cosa en el plano teórico y se aplicaba otra en la práctica, va mostrándose cada vez de una forma más patente con el paso de las décadas. Será en los años cincuenta de este siglo cuando doctrina y jurisprudencia deban enfrentarse de lleno con el problema, obligados por la sentencia del llamado *Lederriemenfall* («Caso de la correa de cuero»), en la que el Tribunal Supremo Federal alemán (BGH) reformula el contenido del elemento volitivo del dolo eventual y fija también las pautas para la futura configuración del elemento cognitivo. A partir de este caso, los parámetros de la discusión cambian y, como se intentará demostrar, se produce un notable acercamiento de fondo entre las diversas teorías. En este sentido, si una expresión puede describir de manera especialmente gráfica el estado de la discusión del dolo desde los años cincuenta hasta el día de hoy es la de «consenso divergente»: *consenso* sobre las cuestiones de fondo pese a la *divergencia* en las palabras. En el siguiente Capítulo va a tratar de mostrarse esta realidad, tomando como punto de partida la famosa sentencia del BGH.

quiere castigar al sujeto como autor doloso. SCHROEDER, *LK*, § 16, n.º marg. 93, entiende por su parte que la jurisprudencia está en la práctica mucho más cerca de la teoría de la probabilidad de lo que reconoce, en la medida en que adopta la inminencia y la envergadura del peligro como principales indicios para la afirmación del dolo eventual.

[186] Este proceso se constata en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español, según opinión de GIMBERNAT ORDEIG, *ADPCP*, 1990, pp. 422 y 426 (nota). De acuerdo, MAQUEDA ABREU, «La relación "dolo de peligro" – "dolo (eventual) de lesión". A propósito de la STS de 23 de abril de 1992 "sobre el aceite de colza"», *ADPCP*, 1995, p. 428 (nota). El propio Tribunal, en su sentencia sobre el denominado «Caso de la colza» (STS de 23 de abril de 1992, A 6783, ponente Bacigalupo Zapater, FJ 3.º de la resolución del recurso de la defensa de J. M. Bengoechea), reconoce que «en la doctrina se ha demostrado convincentemente en los últimos tiempos que, a pesar de declaraciones programáticas que parecen acentuar las exigencias de la teoría del consentimiento, el Tribunal Supremo desde hace tiempo se acerca en sus planteamientos, de manera cada vez más notable, a las consecuencias de la teoría de la probabilidad. Ello no puede llamar la atención, pues esta evolución también se percibe en la teoría del dolo eventual».

[187] Así, por ejemplo, FRISCH, *K. Meyer-GS*, p. 53: la teoría de la probabilidad se vería obligada a castigar por lesiones imprudentes a quien, siendo consciente de padecer el SIDA, mantuviera sin advertir a su pareja relaciones sexuales sin protección, pues en un único contacto sexual la probabilidad de contagio es muy baja (cfr. *infra* IV.2.A). Esto lleva a que este autor afirme con contundencia que «la teoría de la probabilidad ha devenido obsoleta».

[188] El «Caso de la ruleta rusa» (cfr. *supra* II.2.B) muestra que la expresión «probable» puede contener diversos significados. Por un lado se afirma que es probable aquello a lo que, de acuerdo con el pronóstico del sujeto, se atribuye más de un 50% de opciones de suceder en el futuro. En este último sentido, la teoría de la probabilidad es rechazable, pues deja fuera del ámbito de lo doloso supuestos como el citado, en que existe aproximadamente un 17% de opciones de realización del tipo y un 83% de no realización. Sin embargo, «probable» también puede entenderse como lo contrario de «no improbable», en el sentido de que lo improbable es aquello cuya posibilidad de producción se considera muy remota. De acuerdo con esta acepción, un 17% de opciones de realización del tipo llevaría a afirmar que la realización no es improbable y a incluir su representación dentro del ámbito de lo doloso. En este sentido utilizan la expresión autores como JAKOBS, *Derecho penal*, p. 327. Los planteamientos cognitivos más modernos acogen esta última acepción, aunque recurren a una terminología menos equívoca, basada en expresiones como «representación del riesgo» o «conocimiento de la concreta posibilidad» (cfr. *infra* III.2). Cfr., en este punto, SANCINETTI, *Teoría del delito*, p. 161 y ESER/BURKHARDT, *Derecho penal. Cuestiones fundamentales de la Teoría del Delito sobre la base de casos de sentencias*, trad. S. Bacigalupo y M. Cancio Meliá, Madrid, 1995, pp. 165-166.

[189] En este sentido, SCHMIDHÄUSER, *GA*, 1957, pp. 309-310.

III. EL «CONSENSO DIVERGENTE»

III.1. EL «CASO DE LA CORREA DE CUERO» *(LEDERRIEMENFALL)*

No parece exagerado afirmar que la sentencia de 1955 en la que el Tribunal Supremo alemán (BGH) resuelve el denominado «Caso de la correa de cuero» (*Lederriemenfall*) marca un punto de inflexión clave en el devenir histórico de la centenaria discusión sobre el concepto de dolo[190]. Aunque su importancia pueda ser, observada con una cierta perspectiva, más simbólica que sustancial, es indiscutible que en el texto de esta resolución se emplean argumentos que abogan de modo patente por una plena neutralización del discutido elemento emocional-volitivo del dolo eventual, entrando en clara contradicción con la que hasta entonces había sido jurisprudencia del propio BGH y, anteriormente, del *Reichsgericht*[191]. En tal medida, los razonamientos de esta sentencia permiten dar

---

[190] El texto de esta resolución puede encontrarse en BGHSt, vol. 7, p. 363 ss. Aparte de las numerosas referencias que ha merecido esta sentencia, tanto en manuales como en obras monográficas sobre el dolo, se centran específicamente en su comentario los siguientes trabajos: en tono crítico, ENGISCH, Comentario a la sentencia BGHSt, vol. 7, p. 363 ss, en *NJW*, 1955, pp. 1688-1690; de acuerdo con los resultados de la resolución, SCHMIDHÄUSER, «Der Begriff des bedingten Vorsatzes in der neuesten Rechtsprechung des BGH und in § 16 Komm. Entw. StGB Allg. Teil 1958», *GA*, 1958, p. 161 ss y ROXIN, *JuS*, 1964, pp. 53-61. Cfr., igualmente, las páginas que se dedican a la sentencia en KÖHLER, *Die bewußte Fahrlässigkeit*, p. 45 ss; ESER/BURKHARDT, *Derecho penal*, p. 157 ss y en CUELLO CONTRERAS, *El Derecho penal español. Curso de iniciación. Parte general*, vol. 1, 2.ª ed., Madrid, 1996, p. 508 ss.

[191] Así, por ejemplo, en la sentencia del *Reichsgericht* (RGSt, vol. 72, pp. 43-44) de 20 de diciembre de 1937 se había afirmado tajantemente que «para la afirmación del dolo eventual no basta con que el acusado haya contado con la posibilidad del resultado jurídico-penal y se haya resignado a ella; hace falta, además, que haya *aprobado interiormente* el resultado en cuestión y que, para el caso de su acaecimiento, lo haya querido (...). Igualmente, donde de modo ocasional la jurisprudencia del RG haya utilizado para la determinación del dolo eventual la expresión "resignarse", ésta sólo cabe bajo la exigencia terminante de que el autor *haya estado de acuerdo* con la consecuencia de su acción reconocida como posible y de que la haya *aprobado internamente*» (cursiva añadida).

cumplida respuesta teórica a las necesidades ya expuestas de ampliar el concepto de dolo eventual. Sin embargo, y como se intentará demostrar en este Capítulo, la vía escogida por el BGH para conseguir tal ampliación lleva a eliminar en la práctica buena parte de las diferencias entre la teoría de la voluntad y la de la representación.

Los hechos sometidos a enjuiciamiento en esta famosa resolución fueron los siguientes:

> *El joven de casi 20 años de edad K. había conocido en 1953 al vendedor de seguros M., con quien había accedido a mantener ciertos contactos sexuales, probablemente a cambio de dinero. También por aquellas fechas, el citado K. entabló amistad con J. Para poder comprar ropa y pagar el alquiler de una habitación, a estos dos últimos sujetos se les ocurrió la idea de sustraer a M. cierta cantidad de dinero, pensando que éste no les denunciaría por temor a que trascendieran sus relaciones homosexuales, por aquel entonces delictivas. Con este fin planearon que, una vez dentro de su vivienda, dejarían a M. inconsciente dándole un golpe con un saco de arena en la cabeza, habiendo descartado antes la posibilidad de hacerlo cortándole la respiración con una correa de cuero por temor a causarle la muerte.*
>
> *El 25 de febrero de 1954 K. y J. convencieron a M. para que les permitiera pasar la noche en su casa, a lo que éste accedió. A las cuatro de la madrugada y de acuerdo con el plan, J. golpeó a M. mientras éste dormía con el saco de arena en la cabeza, acción que sólo sirvió para despertarle. En aquel preciso momento K. recurrió a la correa de cuero, que había llevado consigo, y, con la ayuda de J., consiguió colocarla alrededor del cuello de M., tirando con fuerza de ambos extremos hasta que éste dejó de moverse, procediendo entonces a maniatarlo. Seguidamente, se apoderaron de una serie de objetos y, tras intentar en vano algunas maniobras de reanimación, abandonaron la vivienda. A consecuencia del uso de la correa se produjo la muerte de M. El Tribunal del Jurado condenó a J. y K. como autores dolosos de dicha muerte.*

El BGH, tradicionalmente partidario de la teoría del consentimiento, se encontraba en este caso ante una compleja disyuntiva, pues parecía evidente que los acusados no tenían en modo alguno el propósito de causar la muerte de M., ni el acaecimiento de tal resultado les resultaba agradable. Prueba de ello es que inicialmente buscaran un medio lo menos lesivo posible para dejar inconsciente a la víctima y que, después, intentaran llevar a cabo maniobras de reanimación. Además, la base de la que partían los acusados para asegurar su impunidad —M. no les denunciaría por temor a que trascendieran sus relaciones homosexuales, delictivas por aquel entonces en Alemania— desaparecía con la muerte de la víctima. Por todo ello, no parece aventurado afirmar que el resultado de muerte no sólo no era contemplado por los acusados con mera indiferencia, sino que era algo que no deseaban en absoluto, pues sólo podía

ocasionarles muy graves contratiempos, como a la postre acabaría sucediendo. Una aplicación consecuente de la teoría del consentimiento, entendida ésta en los términos en que lo había hecho hasta entonces la jurisprudencia, llevaba claramente a tener que condenar por un mero homicidio imprudente, al faltar en los sujetos la aprobación interna con que se solía caracterizar el dolo eventual[192].

Para no tener que llegar a semejante solución, el BGH recurre a unos argumentos que, en buena medida, ya habían sido planteados por la sentencia de instancia. En primer lugar, parece indiscutible que los acusados eran conscientes de que el uso de la correa de cuero ponía en peligro la vida de M., como bien demuestra la circunstancia de que inicialmente hubieran descartado dicho método para evitar tal resultado[193]. El elemento cognitivo del dolo queda, por tanto, acreditado. Prosigue el BGH:

> es cierto que el conocimiento de las posibles consecuencias de una determinada acción y el consentimiento sobre dichas consecuencias son dos requisitos independientes del dolo eventual, algo que no ha ignorado el Tribunal del Jurado. Al afirmarse esto no se parte de que el autor quiera en sentido jurídico un resultado cuando solamente lo haya advertido como posible (...). De las circunstancias reseñadas se puede deducir sin lugar a dudas que *los acusados no deseaban en modo alguno la muerte de M.* (...). El consentimiento del resultado, que según la jurisprudencia del *Reichsgericht* y del *Bundesgerichtshof* constituye el elemento decisivo para distinguir el dolo eventual de la culpa consciente, no significa que el resultado deba satisfacer los deseos del autor. *Puede darse dolo eventual incluso cuando el acaecimiento del resultado sea algo que resulte indeseable para dicho autor*[194]. Sin embargo, éste *aprueba el resultado en sentido*

[192] De acuerdo con esta idea, ROXIN, *JuS*, 1964, p. 54. El callejón sin salida al que llega la teoría del consentimiento en los supuestos que presentan la estructura del *Lederriemenfall* (el sujeto crea un notable riesgo pero el resultado le desagrada) es puesta gráficamente de manifiesto por GIMBERNAT ORDEIG, *ADPCP*, 1990, p. 424, a propósito de la STS de 28 de noviembre de 1986 (A 7841, ponente Soto Nieto), que resuelve el denominado «Caso Bultó».

[193] Para evitar caer en la determinación de un mero *dolus antecedens* hacía falta probar que los sujetos volvieron a representarse en el momento de apretar el cuello a la víctima la virtualidad letal del medio empleado, como acertadamente exige JAKOBS, *Derecho penal*, p. 328. El BGH argumenta del siguiente modo: a partir del hecho probado de que los sujetos unos días antes advirtieron que apretar el cuello de la víctima con el cinturón podía producir la muerte de ésta, se entiende que volvieron a contar con dicha representación en el momento en que realmente actuaron. Esta habitual forma de proceder en la argumentación jurisprudencial merecerá ulteriores consideraciones en otros apartados de este trabajo (*infra* XIV).

[194] El TS español sigue una argumentación casi idéntica a la del BGH en su sentencia de 27 de febrero de 1992 (A 1361, ponente Huerta y Álvarez de Lara) donde literalmente se afirma: «aunque el resultado mortal no fue directamente deseado, se aceptó y admitió dicha posibilidad letal al vender heroína de tan alto grado de pureza sin advertirlo a los

jurídico cuando, de acuerdo con el objetivo que ambiciona, necesariamente, esto es, por no poder alcanzar dicho objetivo de otra manera, se conforma con que su acción cause el resultado en sí mismo no deseado y, por todo ello, para el caso concreto, lo quiere [195].

Prosigue la sentencia:

> también en el dolo incondicionado [«unbedingter Vorsatz», esto es, dolo directo de segundo grado] el resultado puede resultar desagradable al autor, lo que ocurre, en todo caso, cuando alguien que quiere conseguir un determinado objetivo emplea de mala gana un método, porque sabe que sólo mediante ese método puede alcanzar el resultado que persigue. El dolo eventual se diferencia del no eventual en que el resultado indeseado no se prevé como necesario, sino tan sólo como posible. Se diferencia de la imprudencia consciente en que el autor que actúa con imprudencia consciente confía en que el resultado previsto como posible no va a acaecer y por ello acepta el peligro, mientras que el autor que actúa con dolo eventual acepta precisamente dicho peligro, porque en la medida en que no puede conseguir su objetivo de otra manera, también lo quiere conseguir mediante el método indeseado.

Con esta argumentación, el BGH ratifica la condena por asesinato impuesta por el tribunal inferior.

En gran medida, el consenso de fondo que reina en la actual doctrina jurídico-penal alemana es hijo de la sentencia del *Lederriemenfall*, porque en los argumentos que en ella se utilizan pueden identificarse, tanto las posturas que siguen exigiendo para el dolo un elemento volitivo, como aquéllas que consideran dicho elemento superfluo e innecesario. El mantenimiento a nivel terminológico del dolo como conocer y querer es un argumento para las primeras, aunque el «aprobar en sentido jurídico» que emplea el BGH para caracterizar el elemento volitivo del dolo eventual queda, sin duda alguna, muy lejos del verdadero querer. La neutralización de las connotaciones emocionales de este segundo elemento (el referido «aprobar en sentido jurídico») es, precisamente, un argumento a favor de las teorías cognitivas [196]. En cualquier caso, los planteamientos explicitados en la sentencia del *Lederriemenfall* dan suficiente margen para que posturas aparentemente diversas puedan sentirse cómodas [197].

Además, esta sentencia llega en un momento en que las doctrinas finalistas se encuentran en especial apogeo. Para algunos de los principales representantes del finalismo, la ubicación del dolo natural en el tipo y su exclusión de la culpabilidad comporta la necesidad de construir una noción de dolo lo más depurada posible de elementos emocionales como los que exigía la teoría del consentimiento en sus diversas versiones. «En el "traslado" del dolo de la tercera planta (la reprochabilidad) a la primera (la tipicidad) el mobiliario de la teoría del consentimiento debe quedarse en el piso más alto, pues no resulta aprovechable para la delimitación entre el tipo del delito doloso y el tipo imprudente», afirmaría expresivamente en 1958 *Armin Kaufmann* [198]. Junto a esto, la progresiva implantación de ideas como la adecuación social o el riesgo permitido como causas de exclusión de la tipicidad objetiva, permite prescindir del elemento emocional para solucionar casos como el del médico que acomete una operación quirúrgica muy arriesgada, motivo por el que buena parte de la doctrina seguía exigiendo la necesidad de un elemento de aprobación del resultado diferenciado de la mera representación de peligro [199].

---

compradores, así como el riesgo probable de que se diera aquel resultado». Como en la sentencia alemana, el elemento volitivo del dolo eventual se desvincula totalmente de los deseos del autor.

[195] En lengua alemana «Billigung» puede emplearse tanto en el sentido de «consentir» como en el de «aprobar», expresiones que en castellano distan mucho de tener un mismo significado. Tradicionalmente la doctrina española ha traducido la expresión «Billigungstheorie» (así como «Einwilligunstheorie») por «teoría del consentimiento», terminología que aquí se mantiene dado su arraigo. Sin embargo, en el *Lederriemenfall* se opta por traducir la expresión «Billigung in Rechtssinne» como «aprobar en sentido jurídico», pues buena parte de la doctrina germánica entiende que cuando en el ámbito de la dogmática del dolo eventual se emplean el verbo «billigen» y derivados se hace como sinónimo de «gutheißen», verbo que puede traducirse por «aprobar», pero no por «consentir». En este ámbito pueden resultar ilustrativas las consideraciones de FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, p. 269.

[196] Cfr., sin perjuicio del desarrollo posterior (*infra* III.3.B y V.1.B), FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, pp. 318-319. KÖHLER, *Die bewußte Fahrlässigkeit*, p. 52, habla de una auténtica «destrucción» o de un «vaciado de sentido» de la expresión «billigen» («aprobar»).

[197] SCHÜNEMANN, en MIR PUIG (ed.), *Problemas jurídico penales del SIDA*, pp. 48-49, entiende que estos puntos de vista, dominantes en la jurisprudencia alemana, son, en realidad, «una combinación de las teorías de la probabilidad y la indiferencia». Añade este autor, en referencia a posteriores resoluciones judiciales, que «la conclusión a que llega el BGH pone de manifiesto que las diferencias prácticas entre estas concepciones rivales no son tan grandes como puede parecer a la vista de la fuerte disputa acerca de si deben abandonarse o (como ahora vuelve a propugnar el BGH) mantenerse los elementos voluntativos del dolo».

[198] KAUFMANN, *Strafrechtsdogmatik*, p. 75. Cfr. igualmente, las observaciones de SANCINETTI, *Teoría del delito*, pp. 155-157. Este autor (*ibidem*, p. 157) manifiesta, sin embargo, que históricamente «no existe ninguna adscripción automática entre finalistas y representacionistas, por un lado, y causalistas y consensualistas o motivacionistas, por otro».

[199] FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, pp. 324-326, expone cómo el consentimiento desempeñaba el papel de filtro que permitía excluir de lo doloso los casos de conductas valoradas positivamente pero creadoras de peligro que hoy se reconducen a la cuestión del riesgo permitido o de la adecuación social. En este sentido, ya SCHRÖDER, *Sauer-FS*, pp. 242-243, afirmaba que estos casos no resultaban problemáticos desde el punto de vista de la imputación subjetiva, sino que eran cuestiones a solucionar en la antijuricidad. SCHMIDHÄUSER, *GA*, 1957, p. 307, entiende que, en ejemplos como el del médico, la conducta no es contraria a Derecho, por mucho que sea causal.

Con independencia de que en algunas resoluciones posteriores el BGH haya regresado a postulados previos a los sostenidos en la sentencia del *Lederriemenfall,* no cabe duda de que esta resolución marca un antes y un después en los planteamientos sobre el dolo eventual de la doctrina germánica[200]. En este sentido, ya *Engisch* aventuró con acierto que el caso en cuestión iba a suponer «el punto de partida para un innovador debate sobre los límites del dolo»[201]. Como se intentará demostrar seguidamente, en la actual discusión existe un consenso práctico sobre la respuesta que merecen la mayoría de casos y el debate se centra, ante todo, en la terminología que debe emplearse para expresar las ideas de fondo en que dicho consenso se basa. Como afirma *Frisch*, la discusión actual sobre el dolo «consiste, esencialmente, en cuál es *la terminología adecuada* o conveniente»[202].

III.2. EL PLANTEAMIENTO DE LAS TEORÍAS COGNITIVAS

Los actuales partidarios de concepciones meramente cognitivas sobre el dolo, continuadores del espíritu de la teoría de la representación, han visto siempre en el *Lederriemenfall* una confirmación a sus planteamientos: el *«aprobar en sentido jurídico»,* con independencia de lo que diga el BGH, tiene una autonomía conceptual nula, de tal modo que *quien actúa voluntariamente siendo consciente de la posible realización del tipo, necesariamente la «aprueba en sentido jurídico».* Esta afirmación puede hacerse extensiva a otros requisitos pretendidamente volitivos con los que la jurisprudencia suele caracterizar el dolo eventual, como son el

[200] Las sentencias del BGH que han retrocedido a postulados jurisprudenciales anteriores han sido, en general, bastante mal acogidas por la doctrina más moderna. En este sentido es paradigmático el caso resuelto en la sentencia de 22 de noviembre de 1957 («el dolo eventual requiere una aprobación interna del resultado por parte del autor y un simple resignarse con el resultado no basta») criticada por SCHMIDHÄUSER, *GA*, 1958, pp. 163-168 (donde se aportan los hechos y la fundamentación jurídica de la sentencia en cuestión) y ROSS, *Über den Vorsatz*, pp. 104-105. Valoraciones similares merece, más recientemente, la sentencia de 15 de noviembre de 1987 (*JZ*, 1989, pp. 449-450), criticada por SCHUMANN, *JZ*, 1989, p. 449 (cfr. *supra* II.3). En ROXIN, *Strafrecht*, § 12, n.º marg. 74, se aporta una relación de resoluciones del BGH en las que se aprecia una cierta «reanimación» del elemento volitivo del dolo eventual, fenómeno que dicho autor valora en sentido crítico. Puede encontrarse otra lista de resoluciones en PUPPE, «Die Logik der Hemmschwellentheorie des BGH», *NStZ*, 1992, p. 577 (nota 3).

[201] ENGISCH, *NJW*, 1955, p. 1688. La importancia de esta resolución se aprecia en las alusiones que a ella se hacen en las sesiones de la Comisión que debatió el Proyecto de Código Penal alemán en 1959; cfr. *Niederschriften*, vol. XII, p. 104 (intervención de *Dreher*), p. 107 (intervención de *Welzel*), p. 112 (intervención de *Gallas*), p. 122 (intervención de *Jescheck*).

[202] FRISCH, *K. Meyer-GS*, p. 547 (cursiva en el original).

«aceptar», «resignarse» o «conformarse» con la realización típica[203]. La deducción automática de estos elementos a partir del hecho de que un sujeto haya actuado pese a contar con un determinado nivel de representación del riesgo, comporta que éstos dejen de tener un sentido autónomo y, en tal medida, se puede prescindir de ellos incluso en el terreno de lo terminológico sin que las soluciones cambien[204].

Los autores que defienden este último punto de vista son numerosos. En este sentido, tal vez las expresiones más contundentes provengan de *Jakobs*, quien se refiere a las versiones de la teoría del consentimiento que deducen una pretendida actitud a partir del elemento intelectual y de la actuación del sujeto, afirmando que «apuntan a una delimitación intelectual vergonzante» y son idénticas, salvo en lo referido a su proceso de fundamentación, a las teorías meramente cognitivas. Admite, sin embargo, este autor que tal modo de proceder resulta en cualquier caso «inocuo»[205]. Según otros autores, que el actuar conociendo el peligro (elemento de representación) sea siempre el indicio clave para averiguar la «aprobación» o «conformidad» de un sujeto, es algo que por fuerza tiene que repercutir en el concepto de dolo, no pudiendo quedar esta relación de necesidad entre representación y voluntad como una mera cuestión probatoria[206]. En otras palabras, un elemento volitivo así delineado no desempeña papel sustancial alguno, pues depende de modo absoluto del contenido de la representación. Como se cuestiona *Schmidhäuser*, «preguntémonos en tono crítico, ¿cuándo "se conforma alguien" con que su acción cause un resultado no ambicionado? Precisamente cuando, y

[203] Así, ROSS, *Über den Vorsatz*, p. 90, considera que «la fórmula del conformarse está vacía y sólo es el circunloquio de una acción pese a la previsión de un daño como posible». Tal vez las críticas más duras contra la argumentación del BGH hayan sido las dirigidas por HERZBERG, *JuS*, 1986, p. 251: «la forzada inversión del sentido del lenguaje da lugar a la introducción del concepto "aprobar en sentido jurídico", desde entonces ampliamente ridiculizado: aquello que los autores, según el sentido del lenguaje, habían *des*aprobado, lo habrían *aprobado* en sentido jurídico» (cursiva en el original). Sobre la vacuidad del «aprobar» cfr., también, OTTO, *Grundkurs*, p. 80.

[204] Así, WEIGEND, *ZStW*, 93 (1981), p. 670, para quien la teoría de la voluntad y la teoría de la posibilidad no se hallan alejadas, «puesto que el autor "quiere" todas las consecuencias accesorias que prevé como posibles y que está dispuesto a aceptar al querer otro objetivo».

[205] JAKOBS, *Derecho penal*, p. 331. El núcleo de la teoría del dolo eventual de este autor en *ibidem*, pp. 325-335 (cfr. igualmente *infra* IV.2.B).

[206] Cfr., en este sentido, HRUSCHKA, «Über Schwierigkeiten mit dem Beweis des Vorsatzes», *Kleinknecht-FS*, Múnich, 1985, pp. 191-194 y ROSS, *Über den Vorsatz*, p. 102, donde se analizan algunas sentencias del BGH, entre ellas la del *Lederriemenfall*, en que dicho proceso —deducción del elemento volitivo a partir de la representación— se aprecia claramente. CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, p. 272, afirma que en estos casos concurre un «querer presunto que debería ser ineficaz en el ámbito penal». Constata igualmente dicho proceder jurisprudencial, MORKEL, «Abgrenzung zwischen vorsätzlicher und fahrlässiger Straftat», *NStZ*, 1981, p. 177.

sólo cuando, considera posible que el resultado acaezca y, sin embargo, actúa»[207].

El caso de este último autor, *Eberhardt Schmidhäuser*, es seguramente el de mayor perseverancia en la defensa del carácter superfluo de cualquier elemento volitivo en el dolo, un punto de vista que viene manteniendo con firmeza desde el momento en que trascendió la sentencia del *Lederriemenfall* y que le vincula de modo directo a lo ya expresado unos años antes por *Horst Schröder*[208]. Según la concepción de *Schmidhäuser*, la forma en cómo tradicionalmente ha sido abordada la cuestión del dolo por la doctrina dominante adolece de un defecto inicial básico: intentar resolver los casos utilizando un concepto cotidiano de dolo equivalente a voluntad o intención[209]. Para tratar de evitar confusiones en este ámbito, este autor llega incluso a proponer que se destierre la expresión «dolo» (*Vorsatz*) del lenguaje jurídico y que se sustituya por la más técnica de «dolosidad» (*Vorsätzlichkeit*), desprendida del marcado tono volitivo o intencional que tiene la primera en el lenguaje cotidiano alemán[210]. Como punto de partida para tales afirmaciones, *Schmidhäuser* se vale de un argumento de Derecho positivo: la regulación que el § 16 StGB establece para el error de tipo sólo permite afirmar que la división «dolo-imprudencia» tiene como base la dicotomía «conocimiento-desconocimiento» de las circunstancias típicas[211].

En línea con lo anterior, *Schmidhäuser* considera que el conocimiento puede revestir diversas formas: en primer lugar, puede presentarse como consciencia actual de hechos presentes o futuros; por ejemplo, el conocimiento de que en un lugar se encuentra una persona, supone consciencia de un hecho presente, mientras que la representación de que, si se dispara contra ella, se provocará su muerte, es consciencia (entendida como previsión) de un hecho futuro[212]. Sin embargo, la consciencia no siempre se plantea en términos de certeza, pues en la práctica también concurren supuestos de lo que *Schmidhäuser* denomina «consciencia insegura». Éste es el caso, por ejemplo, en que un sujeto no sabe a ciencia cierta si la sombra que entrevé en la penumbra pertenece a una persona

[207] SCHMIDHÄUSER, *JuS*, 1980, p. 246.

[208] Cfr. *supra* II.2.C. Las ideas de SCHMIDHÄUSER fueron inicialmente expuestas en *GA*, 1957, p. 305 ss, donde la argumentación ya se fundamentaba en pasajes del *Lederriemenfall* (*ibidem*, p. 308). Uno de los pocos autores que explícitamente se ha adherido a sus planteamientos es MORKEL, *NStZ*, 1981, p. 179.

[209] De acuerdo con *Schmidhäuser*, en este preciso punto, AMBROSIUS, *Untersuchungen*, pp. 46-47.

[210] Cfr. SCHMIDHÄUSER, *GA*, 1958, p. 180; EL MISMO, *Vorsatzbegriff und Begriffsjurisprudenz im Strafrecht*, Tübingen, 1968, p. 22; EL MISMO, *JuS*, 1980, p. 247 y, por último, EL MISMO, *Strafrecht. Allgemeiner Teil (Studienbuch)*, 2.ª ed., Tübingen, 1984, p. 200 ss.

[211] Sobre este parágrafo del StGB, cfr. *supra* I.1.

[212] Cfr. SCHMIDHÄUSER, *JuS*, 1980, p. 241.

(consciencia insegura de un hecho presente), o si disparando contra dicha sombra provocará la muerte de un ser humano (consciencia insegura de un hecho futuro)[213].

Establecidos los supuestos a tener en cuenta, la atribución de cada uno de ellos al ámbito del dolo o al de la imprudencia corresponde a un decisión que va ligada a cuestiones de merecimiento de pena. Según *Schmidhäuser*, el merecimiento de la pena agravada que tienen prevista los delitos dolosos con respecto a los imprudentes «debe afirmarse en aquellos casos en que el autor no está seguro de la lesión del bien jurídico, pero advierte la concreta posibilidad de que ésta se produzca y, sin embargo, actúa, pues también en estos casos se decide *de modo consciente* por dicha lesión»[214]. Así, desde su punto de vista, el conocimiento de las circunstancias típicas que exige la dolosidad incluye tanto los supuestos de conocimiento seguro como los de consciencia insegura con representación de la concreta posibilidad de realización del tipo.

A primera vista puede parecer que la teoría de *Schmidhäuser* comporta una notable ampliación conceptual del ámbito de lo doloso, como tradicionalmente se le ha reprochado[215]. Ciertamente, en los planteamientos de este autor el dolo abarca todos aquellos casos en que el sujeto actúa representándose la posibilidad de acaecimiento del resultado, lo que supone colocar el listón que separa dolo e imprudencia a un nivel desde luego más bajo que la tradicional teoría de la probabilidad que, en lo que atañe a sus declaraciones teóricas, habría reservado tales casos para el ámbito de la imprudencia consciente[216]. Sin embargo, para evitar una aproximación deformada a la teoría de *Schmidhäuser* conviene profundizar en el núcleo central de su concepción y, en concreto, en la idea de que para el dolo es necesario que el autor se represente la *concreta posi-*

[213] Cfr. SCHMIDHÄUSER, *JuS*, 1980, p. 241 y EL MISMO, *Strafrecht*, p. 210.

[214] SCHMIDHÄUSER, *JuS*, 1980, p. 242 (cursiva en el original).

[215] Así, KÖHLER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Berlín, Heidelberg, Nueva York, 1997, p. 165, afirma que con los planteamientos de *Schmidhäuser* el dolo se amplía tendencialmente al ámbito de la imprudencia consciente y ésta deja de reconocerse como tal. Valoran esta ampliación en sentido crítico, entre otros, WESSELS, *Strafrecht*, § 7, n.º marg. 295; AMBROSIUS, *Untersuchungen*, p. 46; GEPPERT, *Jura*, 1986, p. 611 y DE FRANCESCO, «Dolo eventuale e colpa cosciente», *RIDPP*, 1988, p. 122. En idéntico sentido, DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, p. 108: «al ser el momento cognitivo el que señala cuándo termina el dolo y cuándo comienza la imprudencia, estamos llevando a cabo una ampliación excesiva del ámbito de los delitos dolosos». Para CORCOY BIDASOLO, «En el límite entre el dolo y la imprudencia (comentario a la STS de 28 de octubre de 1983)», *ADPCP*, 1985, p. 972, planteamientos como los de *Schmidhäuser* conllevan «una ampliación del ámbito del dolo contraria a la función y límites del Derecho penal». Tal crítica se amplía a todas las teorías que niegan la necesidad de un elemento volitivo en el dolo en CRAMER, *S/S*, § 15, n.º marg. 14.

[216] Por ello, es más que discutible que se puedan dirigir contra esta teoría las mismas críticas que a la teoría de la probabilidad, como, sin embargo, se sostiene en MAURACH/ZIPF, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, vol. 1, 8.ª ed., Heidelberg, 1992, p. 312.

bilidad de realización del tipo. En este requisito está la clave de su planteamiento y lo que le permite afirmar repetidamente que, en contra de las apariencias, con su teoría no se acaba castigando un mayor número de supuestos como dolosos, sino sólo llamando a las cosas por su verdadero nombre[217].

Un buen ejemplo para analizar estas afirmaciones es el caso de la «conducción vertiginosa» (*rasanter Autofahrer*) que el mismo *Schmidhäuser* plantea[218]. El supuesto lo protagoniza un conductor que, llegando tarde a una fiesta, conduce a altas velocidades por una estrecha carretera de curvas invadiendo en determinados momentos el carril contrario sin disponer de visibilidad alguna e impactando finalmente con otro vehículo, cuyo conductor fallece. Según *Schmidhäuser* en este caso no puede afirmarse el dolo: lo que quiere el protagonista del ejemplo es llegar a la fiesta, «no quedarse en el camino a causa de un accidente; prefiere, por tanto, llegar un poco tarde a no llegar en absoluto, por lo que no conduciría tan aprisa si no partiera de que el infortunio, ahora, aquí y de la manera en que conduce, no va a acaecer»[219]. Dado que el conductor no pensó en la concreta posibilidad («ahora, aquí y de esta manera») de causar una muerte, sólo puede ser condenado por un homicidio imprudente.

Según entiende *Schmidhäuser*, en casos como el expuesto concurre una *eliminación mental de la representación de la posibilidad de realización del tipo* por parte del sujeto[220]. En ellos falta el conocimiento de la concreta posibilidad de acaecimiento del resultado: pese a haber advertido tal posibilidad en abstracto, el sujeto se ha persuadido, aunque fuera de modo irracional, de que en su concreta situación el resultado no

[217] Cfr. SCHMIDHÄUSER, *JuS*, 1980, p. 249. Según SANCINETTI, *Teoría del delito*, p. 160, la exigencia de que la posibilidad se represente en concreto supone una aproximación a la teoría de la probabilidad.

[218] Cfr. SCHMIDHÄUSER, *JuS*, 1980, p. 244 ss.

[219] SCHMIDHÄUSER, *JuS*, 1980, p. 244.

[220] Cfr. SCHMIDHÄUSER, *JuS*, 1980, p. 249: «es evidente que *el sentimiento, el deseo y la voluntad* en exceso a menudo eliminan mentalmente determinados pensamientos y acentúan otros» (cursiva en el original). La idea de la «eliminación mental» puede vincularse a una frase de GROSSMANN, *Die Grenze*, p. 64,: «al hombre le gusta creer en aquello que desea». De acuerdo con la idea de que la confianza sólo es relevante en la medida en que conlleva una eliminación mental del riesgo, HAFT, «Die Lehre vom bedingten Vorsatz unter besonderer Berücksichtigung des wirtschaftlichen Betrugs», *ZStW*, 88 (1976), pp. 379-380. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro*, p. 59, interpreta que el recurso a la eliminación mental del riesgo implica el uso de una ficción «para evitar las graves consecuencias de la teoría de la posibilidad. Ante la imposibilidad de delimitación desde el momento intelectivo, éste es "manipulado" para negar sencillamente las representaciones del autor no deseadas. Tras ello se oculta una velada vuelta al elemento volitivo». También entiende que la eliminación mental es una ficción, WESSELS, *Strafrecht*, § 7, n.º marg. 217.

iba a acaecer[221]. De esta manera se aporta también un criterio para medir la relevancia que debe darse a fenómenos como la confianza o las esperanzas del sujeto en la no realización del tipo: éstos sólo pueden excluir el dolo cuando repercutan de tal modo en la representación del sujeto que éste deja de considerar que, en su situación, concurre una concreta posibilidad de tal realización; de lo contrario, son irrelevantes[222]. Con el recurso a las *eliminaciones mentales* se consigue dejar en el terreno de la imprudencia un buen número de casos, de ahí que la ampliación de lo doloso que se imputa a *Schmidhäuser* quede, cuando menos, matizada[223].

No demasiado lejos de los planteamientos de este último autor se encuentra la perspectiva defendida posteriormente por *Wolfgang Frisch* en su obra *Vorsatz und Risiko*[224]. *Frisch* parte de dos ideas básicas: dolo es conocer y el objeto de dicho conocer no son las circunstancias del tipo objetivo, como entiende la doctrina dominante, sino ciertas características de la conducta típica[225]. Para que exista imputación dolosa, esta

[221] Son éstos los casos en que, según la terminología de SCHMIDHÄUSER, *JuS*, 1980, p. 250, debe hablarse de «imprudencia aparentemente consciente», que concurre cuando se conoce un riesgo en abstracto pero no se traslada tal conocimiento a la situación concreta. Cfr., igualmente, EL MISMO, *GA*, 1957, pp. 311-314 y EL MISMO, *GA*, 1958, p. 167. En este sentido, resulta cuestionable la afirmación de OTTO, *Grundkurs*, p. 80, según la cual la teoría de la posibilidad acaba con la imprudencia consciente. Cierto es que *Schmidhäuser* prescinde terminológicamente de la expresión «imprudencia consciente», pero deja para el ámbito del delito imprudente los casos de conocimiento en abstracto del peligro, postura que, a fin de cuentas, coincide con los planteamientos expuestos por el propio OTTO, *ibidem*, pp. 79-80.

[222] ROXIN, *Strafrecht*, § 12, n.º marg. 39, reprocha a *Schmidhäuser* la reducción del dolo a un mero fenómeno intelectual que no permite valorar debidamente el elemento de la confianza. SCHMIDHÄUSER, *JuS*, 1980, p. 249, replica a críticas como ésta que lo relevante es si la confianza se da en grado tal que propicia el juicio de que el resultado no va acaecer y que, de no ser así, concurren meras esperanzas incapaces de excluir el dolo.

[223] Una recopilación de la críticas recibidas, así como la respuesta que les da el autor, puede encontrarse en SCHMIDHÄUSER, *JuS*, 1980, pp. 249-250. Una de estas críticas se basa en la idea de que esta teoría carga más duramente contra las personas juiciosas, es decir, aquéllas que advierten todas las posibilidades de peligro y, por contra, beneficia a los desconsiderados, esto es, a los que gozan de una facilidad innata para eliminar mentalmente los riesgos que se representan. Así, afirma SCHROEDER, *LK*, § 16, n.º marg. 89, que con el recurso a la eliminación mental «se honra injustificadamente a la capacidad psicológica más fuerte de eliminación». La réplica de SCHMIDHÄUSER, *JuS*, 1980, p. 250, pasa por afirmar que con su teoría las personas juiciosas tienen la oportunidad de evitar riesgos no actuando y, por tanto, la opción de no ser castigados, algo de lo que carecen los irreflexivos, pues éstos no reconocen los peligros que están creando con sus comportamientos. BUSTOS RAMÍREZ, *RJCat*, 1984, p. 317, vincula la contestación de *Schmidhäuser* al establecimiento de una culpabilidad por el carácter.

[224] FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, Colonia, Berlín, Bonn, Múnich, 1983.

[225] FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, p. 95 ss (esp. p. 101 ss), llega a esta última conclusión al constatar que muchas descripciones típicas contienen resultados ya efectivamente producidos que, sin embargo, no pueden haber sido conocidos por el sujeto en el momento de actuar, al ser, precisamente, las consecuencias de tal actuación. Su rechazo a los elementos volitivos se justifica en *ibidem*, p. 268 ss.

conducta debe ser conocida por parte del sujeto «en su dimensión de desvalor relevante para el tipo», dimensión que viene dada por la peligrosidad que engendra tal conducta para un concreto bien jurídico[226]. La actuación del sujeto siendo consciente del riesgo que su conducta entraña para el bien jurídico supone una auténtica decisión contra dicho bien, criterio con el que se explica la acentuada punibilidad de los hechos dolosos respecto a los imprudentes, pues, según *Frisch,* el contenido del dolo no es algo que se pueda obtener a partir de su significado cotidiano ni de apriorismos ontológicos, sino de la función que el concepto desempeña en el ámbito del merecimiento de pena[227]. La decisión contra el bien jurídico concurre, por tanto, cuando el sujeto juzga *ex ante* «que la conducta es apta para crear un riesgo concreto típicamente relevante de acaecimiento del resultado o bien una elevación de dicho riesgo» y, sin embargo, actúa[228].

Una de las similitudes entre *Frisch* y *Schmidhäuser* radica en que para el primero tampoco es suficiente con que el sujeto conozca la peligrosidad abstracta de su conducta, sino que debe conocerla con sus circunstancias concretas para afirmar el dolo[229]. La relevancia de la confianza del sujeto también debe reconducirse, según *Frisch,* al ámbito de la representación: quien actúa conociendo la peligrosidad en abstracto de su comportamiento, pero confía en que el resultado no va a acaecer, o no toma el riesgo en serio, no actúa dolosamente, en la medida en que deja de representarse correctamente la dimensión de riesgo de su conducta[230].

[226] Cfr. FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, p. 101 ss; un resumen de sus planteamientos en *ibidem*, pp. 115-117 y 407.

[227] Cfr. FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, pp. 98-102. Sobre la función del concepto de dolo, cfr. *ibidem*, pp. 259-260.

[228] FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, p. 128. Añade este autor (*ibidem*, p. 243), que «"conocer" en el sentido del concepto de dolo, exige —en el ámbito de los delitos de resultado y en relación con el elemento del resultado— que el autor haya captado en el más auténtico de los sentidos el riesgo apropiado de su acción, que haya partido para sí de la posibilidad (también en gran medida suficiente) de un menoscabo de integridad». Muy próximo a estas ideas, ZIELINSKI, *AK-StGB*, §§ 15-16, n.º marg. 18: «actúa dolosamente quien actúa en conocimiento del riesgo típico».

[229] Cfr. FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, p. 160 y 210. Así, para este autor no es suficiente con que el sujeto piense vagamente en la posibilidad de realización del tipo, sino que hace falta que en su actuación «parta para sí mismo» («für-sich-ausgeht») de dicha posibilidad, algo que no está demasiado lejos de las teorías que postulan la necesidad de que el sujeto «tome el riesgo en serio» (cfr. *infra* III.3.A). Cfr., igualmente, EL MISMO, *K. Meyer-GS*, pp. 546-547. ESER/BURKHARDT, *Derecho penal*, p. 168, consideran que *Frisch* exige un «conocimiento cualificado» que viene a ser un «equivalente funcional» del elemento volitivo exigido por otras teorías.

[230] Cfr. FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, p. 218 ss. Cercana a la de *Frisch* se halla la postura de OTTO, *Grundkurs*, p. 78, para quien «lo determinante es que *el autor conozca la concreta peligrosidad de lesión del bien jurídico y, pese a la consciencia de dicho peligro, no se aparte de su propósito.* Existe un peligro concreto cuando según la experiencia general de la vida la lesión de un determinado bien jurídico está tan próxima que la no producción del resultado depende sólo del azar» (cursiva en el original). Según este autor (*ibidem*, pp. 78-79), la diferencia entre dolo eventual e imprudencia consciente se debe establecer en función de si el sujeto conoció el peligro concreto o sólo el peligro abstracto que entrañaba su conducta. Aunque este autor denomine a la teoría de *Frisch* «teoría subjetiva del riesgo» y a la suya «teoría de la puesta en peligro», en realidad no se aprecian diferencias sustanciales entre ambas, por cuanto, como afirma el propio OTTO, «Der Vorsatz», *Jura*, 1996, pp. 472-473, todo depende de «que el autor haya reconocido el peligro concreto para el bien jurídico y pese a la consciencia de tal peligro no haya abandonado su propósito».

Una de las principales críticas que se dirige a *Frisch* sostiene que su concepción del dolo priva de razón de ser a la imprudencia consciente, en la medida en que coloca tan bajo el listón de lo doloso, que todos los casos que con teorías tradicionales tenían cabida en el ámbito de la imprudencia pasan al del dolo eventual[231]. Otro reproche entiende que los planteamientos de este autor llevan a la total confusión entre dolo de peligro concreto y dolo de lesión[232]. Estas críticas, en cualquier caso, no están en absoluto alejadas de las ya emitidas contra *Schmidhäuser,* lo que resulta comprensible si se advierte que los planteamientos de *Frisch* pocas novedades aportan en relación con lo ya expresado en su momento por aquel autor o por *Horst Schröder*, más allá de una cierta adecuación terminológica del tipo subjetivo del delito a las nuevas teorías de la imputación objetiva —riesgo como objeto de representación— y de la ubicación del dolo en el injusto y no en la culpabilidad[233]. Por este motivo, algunos autores entienden que con sus aportaciones en realidad no se introduce nada que no estuviera ya dicho[234].

[231] La más completa crítica a la teoría de *Frisch* en KÜPER, *GA*, 1987, p. 500 ss. DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, p. 137, considera que la teoría de *Frisch* supone una ampliación de la punición. Cfr., igualmente, MAQUEDA ABREU, *ADPCP*, 1995, pp. 432-433. Réplica a las críticas recibidas por parte del propio FRISCH en *K. Meyer-GS*, p. 546.

[232] Cfr. DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, p. 136. El tratamiento de la cuestión por el propio autor en FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, p. 290 ss. Ulteriores críticas al modelo teórico de *Frisch* en SCHROTH, *Vorsatz als Aneignung*, p. 56 ss.

[233] Aunque SCHRÖDER, *Sauer-FS*, pp. 240-241, caracteriza el dolo como «el actuar con la representación de la posible lesión del bien jurídico», deja explícitamente fuera del ámbito de lo doloso aquellos casos en los que el autor actúa conociendo un riesgo permitido o escaso. También *Schmidhäuser*, aunque hable habitualmente de conocimiento de la posibilidad y ubique el dolo en la culpabilidad, a menudo utiliza como sinónima la expresión «actuar con conocimiento del riesgo»; cfr. en este sentido y a modo de ejemplo, SCHMIDHÄUSER, *GA*, 1958, p. 179, donde se afirma que para el dolo es necesario «ser consciente del *concreto* peligro» (cursiva en el original). Con todo, FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, pp. 302-303, intenta marcar las distancias entre su teoría y el mero «tener por posible».

[234] Así, HERZBERG, *JuS*, 1986, p. 259, entiende que sólo se conoce un riesgo cuando se tiene por posible que el resultado acaezca. Cfr. también ROXIN, *Strafrecht*, § 12, n.º marg. 54-55 y RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro*, pp. 88-90, quien reprocha a *Frisch* que el elemento de la confianza siga siendo tenido en cuenta aunque camuflado bajo la posición personal del autor ante el riesgo.

No obstante, el trabajo de *Frisch* parece haber tenido cierta repercusión entre la doctrina y la jurisprudencia españolas, tradicionalmente poco receptivas ante los planteamientos meramente cognitivos del dolo[235]. En este sentido, tiene un carácter paradigmático la STS de 23 de abril de 1992 —la denominada sentencia del «Caso de la colza»— en la que de forma inequívoca se define el dolo en términos meramente de representación:

> la jurisprudencia no ha dudado en admitir el dolo (por lo menos en su forma eventual) cuando el autor ha obrado conociendo el peligro concreto que se deriva de su acción y dicho peligro supera claramente el peligro permitido. En tales supuestos la jurisprudencia ha puesto de relieve que el posible deseo del autor de que el resultado no se produzca no ha sido considerado como elemento que excluya el dolo (eventual)[236].

Sin embargo, y pese a declaraciones puntuales como la anterior, un análisis global de la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo no permite advertir una línea uniforme con respecto al problema del dolo, pues en ella conviven puntos de vista cognitivos como el anteriormente citado, junto con perspectivas que siguen exigiendo la concurrencia de elementos de corte volitivo, sobreviviendo incluso en algunas resoluciones la terminología de teorías tan desprestigiadas como la del consentimiento en su modalidad de la *primera fórmula de Frank* o la de la indiferencia[237]. Con todo, parece incuestionable que, en las resoluciones más

[235] Las más notables excepciones son los trabajos sobre el dolo de GIMBERNAT ORDEIG, «Acerca del dolo eventual», p. 259 y EL MISMO, *ADPCP*, 1990, p. 428, quien, en el ámbito del dolo eventual, se declara explícitamente partidario de la teoría de la probabilidad. También defiende una visión del dolo meramente cognitiva SILVA SÁNCHEZ, *ADPCP*, 1987, p. 651 y EL MISMO, *Aproximación*, p. 401 ss, quien afirma que «lo específico del dolo frente a la imprudencia es que el sujeto que actúa dolosamente *conoce* el significado típico de la conducta que realiza voluntariamente y el sujeto imprudente desconoce en toda su dimensión ese significado» (cursiva en el original). BACIGALUPO ZAPATER, *Lineamientos de la teoría del delito*, 3.ª ed., Buenos Aires, 1994, p. 82, exige para el dolo «el conocimiento de la posibilidad concreta de la realización del tipo» (cfr. igualmente EL MISMO, *Principios*, p. 225 ss). Ver también, OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO/HUERTA TOCILDO, *Derecho penal*, p. 129 ss. En Argentina un partidario del concepto de dolo definido en términos meramente cognitivos es SANCINETTI, *Teoría del delito*, p. 197 ss, esp. pp. 201-202.

[236] STS 23 de abril de 1992 (A 6783, ponente Bacigalupo Zapater, FJ 3.º de la resolución del recurso planteado por la defensa de J.M. Bengoechea). Se muestra crítica con esta argumentación RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, en PAREDES CASTAÑÓN/RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *El caso de la colza: responsabilidad penal por productos adulterados o defectuosos*, Valencia, 1995, pp. 204-205. Para otras sentencias del Tribunal Supremo en que se siguen planteamientos cognitivos, cfr. TORÍO LÓPEZ, en *Elementos subjetivos*, p. 169 ss.

[237] Así, la STS de 16 de noviembre de 1987 (A 8511, ponente Barbero Santos) aplica la teoría del consentimiento recurriendo a la *primera fórmula de Frank*: «la cuestión a resolver para afirmar el dolo eventual es otra ¿habría actuado el procesado de la misma forma si se hubiera representado el resultado como seguro?». En la STS de 16 de enero de

recientes, el peso específico de la argumentación jurisprudencial recae sobre el elemento cognitivo del dolo, aunque la terminología de las teorías cognitivas aún sea vista con cierta reticencia, probablemente por el arraigo de la definición del dolo como conocer y querer[238]. Por este motivo, se siguen exigiendo habitualmente elementos pretendidamente volitivos como el «conformarse» o el «aceptar»[239]. Tal vez sea ésta también la causa de que buena parte de la doctrina se niegue a abandonar explícitamente un elemento de corte volitivo en el dolo, como puede apreciarse en la exposición de aquellos planteamientos que se analizan en el siguiente apartado.

III.3. LA CONFIANZA EN LA NO REALIZACIÓN DEL TIPO

Una de las ideas más importantes que se plantea en la sentencia del *Lederriemenfall* es la afirmación de que el dolo eventual «se diferencia de la imprudencia consciente en que *el autor que actúa con imprudencia consciente confía en que el resultado previsto como posible no va a acaecer*» o, lo que es lo mismo, la idea de que la confianza en la no realización del tipo excluye el dolo del sujeto con respecto a tal realización[240]. Este planteamiento no resulta, ni mucho menos, novedoso: buena parte de los seguidores de la teoría del consentimiento entendían que la confianza o las esperanzas del sujeto en que el resultado no iba a producirse implicaban la exclusión del elemento emocional-volitivo en que

1995 (A 7, ponente De Vega Ruiz) se sostiene que la teoría del consentimiento es «la más racional y la más unívoca». La teoría de la indiferencia se aplica en la STS de 26 de diciembre de 1987 (A 9879, ponente Bacigalupo Zapater). Se recurre a teorías volitivas similares a la empleada por el BGH en el *Lederriemenfall* en la STS de 3 de octubre de 1987 (A 6951, ponente Montero Fernández-Cid). Sobre esta materia, cfr. MAQUEDA ABREU, *ADPCP*, 1995, p. 427 ss y GIMBERNAT ORDEIG, *ADPCP*, 1990, pp. 421-422.

[238] Parafraseando fragmentos de la «sentencia de la colza» (cfr. *supra* nota 47) en la STS de 20 de enero de 1997 (A 190, ponente Martínez-Pereda Rodríguez) se afirma que «el Tribunal Supremo se acerca desde hace tiempo en sus pronunciamientos, de manera cada vez más notable, a las consecuencias de la teoría de la probabilidad y ello no puede llamar la atención, pues esta evolución se apercibe en la propia teoría del dolo eventual». Una interesante perspectiva del progresivo abandono (más o menos explícito) de la voluntad en el dolo por parte de la jurisprudencia del TS en BACIGALUPO ZAPATER, *Principios*, pp. 225-226.

[239] Así, mientras en la STS de 18 de marzo de 1997 (A 2523, ponente Bacigalupo Zapater) se afirma con respecto a la teoría del consentimiento que «esta teoría del dolo eventual ya no es seguida por esta Sala», en la STS de 11 de marzo de 1997 (A 1944, ponente Montero Fernández-Cid) se exige que «sobre ese resultado, que aparece como probable en la mente del sujeto, intervenga de algún modo la voluntad, aceptándolo, aprobándolo o conformándose con él», aunque se admite a la vez que éstos elementos *pseudo-volitivos* se dan por presuntos «desde el momento en que el autor actúa conociendo los peligros de su acción».

[240] BGHSt, vol. 7, p. 370 (cursiva añadida).

fundamentaban el dolo eventual, esto es, servían para negar la existencia del consentimiento o aprobación de dicho sujeto. Sin embargo, la neutralización del elemento volitivo del dolo eventual ha llevado a que, en tiempos más recientes, la cuestión se analice desde puntos de vista algo distintos. Para exponer adecuadamente la actual situación doctrinal es conveniente partir del siguiente supuesto de hecho:

> *A altas horas de la madrugada, un conductor que tiene prisa por volver a casa decide saltarse la señal de stop que regula el tráfico en un cruce de calles de su ciudad, pensando que a esas horas no iba a venir nadie en dirección contraria. El vehículo, sin embargo, colisiona con una motocicleta que circula por la vía perpendicular, produciéndose a consecuencia del impacto la muerte del motorista.*

Es ante supuestos como éste cuando la doctrina se plantea el problema de la confianza y sus repercusiones en la imputación subjetiva. Así, parece evidente que el protagonista del ejemplo no dejó de representarse que estaba realizando una acción peligrosa, pese a lo cual, una condena por homicidio doloso parecería excesiva. Con práctica seguridad, la circunstancia de que el sujeto se saltara la señal de tráfico pensando (confiando) en que no iba a producirse accidente alguno es el factor que lleva a entender que, como mucho, este caso puede castigarse como homicidio imprudente. Sin embargo, las vías conceptuales empleadas para llegar a tal solución no son siempre las mismas. Ya se expuso en el anterior apartado de este trabajo que desde planteamientos meramente cognitivos —como los de *Schmidhäuser*— al fenómeno de la confianza sólo se le atribuía relevancia si provocaba una «eliminación mental» de la representación del riesgo[241]. El hecho de que esta solución no convenza a la mayoría de autores —al fin y al cabo, el conductor no dejó de saber que lo que hacía era peligroso— lleva a buscar un tratamiento distinto para la confianza.

Dos son las grandes propuestas teóricas para resolver esta cuestión[242]. Por un lado, algunos autores consideran que la confianza sólo es relevante en la medida en que pueda llevar a que el sujeto deje de representarse correctamente el riesgo que está creando con su conducta. Sin embargo, se considera que en este ámbito no basta con un mero conocimiento de posibilidad, sino que son necesarias otras formas aparentemente más cualificadas de conocimiento. En esta línea deben encuadrarse las propuestas teóricas de *Welzel* y *Stratenwerth*, basadas, respectivamente, en las ideas de «contar con la posibilidad» y de «tomar en serio el peligro».

[241] Cfr. *supra* III.2.

[242] Cfr. GROSSMANN, *Die Grenze*, pp. 57-58. En la exposición de las diversas posturas doctrinales que este autor lleva a cabo se puede apreciar ya la contraposición de dos grandes perspectivas: por una parte, la que sostiene que sólo confía quien deja apreciar la posibilidad del resultado, esto es, la idea de que la confianza sólo es relevante en la medida en que repercute sobre la representación del sujeto; por otra parte, la que entiende que la confianza o las esperanzas excluyen el consentimiento o la aprobación de dicho sujeto con respecto a la realización del tipo, aunque se mantenga el nivel de representación del riesgo.

En segundo lugar, otros autores entienden que la confianza debe tener relevancia incluso en aquellos casos en que el sujeto no ha dejado de representarse un grado de riesgo que, de no mediar tal confianza, sería por sí solo suficiente para fundamentar una imputación dolosa. El problema que se plantea a quienes defienden esta idea —actualmente mayoritaria— surge de la dificultad que comporta deslindar la auténtica «confianza» (relevante) de las «meras esperanzas» (irrelevantes) cuando estos fenómenos dejan de encontrar su frontera conceptual en la repercusión que hayan tenido sobre el aspecto cognitivo del dolo y se vinculan a fenómenos *pseudovolitivos* como el «aceptar» o el «conformarse», paráfrasis del ya expuesto «aprobar en sentido jurídico». En esta línea, algunas de las propuestas teóricas defienden que, para deslindar confianzas de esperanzas, se debe recurrir a criterios de «racionalidad media», un punto de vista no exento de problemas. Todos estos planteamientos se exponen de forma más detallada en los siguientes subapartados.

A) El «contar con» y el «tomar en serio»

Como se ha anticipado, un primer grupo de autores considera que la confianza del sujeto en que el tipo no va a realizarse sólo debe excluir la imputación dolosa en aquellos casos en que lleva a que el sujeto deje de representarse «correctamente» el riesgo de realización del tipo. En esta línea se encuentra la propuesta teórica de *Welzel*[243]. Este autor parte de dos ideas básicas: cuando un sujeto *cuenta con* ciertas consecuencias concomitantes en el instante de actuar, abarca dolosamente su causación, pues «tiene que haberlas querido realizar eventualmente si emprende la acción»; por contra, «su voluntad de realización no se extiende a aquellos resultados posibles con relación a los cuales el autor confía justamente en que no se produzcan. Pues quien al actuar confía en que no se produzcan tales resultados no los quiere realizar»[244].

Añade *Welzel*: «los conceptos de "contar con la producción" del resultado concomitante y de "confiar en que no se realice" son comple-

[243] Sobre los planteamientos de este autor acerca del dolo, cfr., básicamente, WELZEL, *Derecho penal*, p. 77 ss.

[244] WELZEL, *Derecho penal*, pp. 81-82. La idea del «contar con» ya había sido planteada por HAGEN, *ZStW*, 19 (1899), pp. 177-178. Un intento de interpretar los planteamientos de este último autor en clave volitiva en VON HIPPEL, *Die Grenze*, pp. 50-51.

mentarios y, por lo tanto excluyentes»[245]. Para el «contar con» es necesaria la representación de un apreciable grado de peligro, no bastando representaciones de una mera posibilidad[246]. La confianza de las meras esperanzas, como el querer del mero desear, se diferencia en función de si el sujeto se atribuye o no a sí mismo la posibilidad de tener alguna influencia sobre el curso de los acontecimientos venideros, es decir, se distinguen por la forma en cómo repercuten sobre el elemento del «contar con»[247].

Utilizando planteamientos no alejados de los anteriores, en la década de los cincuenta *Günter Stratenwerth* formula su teoría del «tomar en serio» como fundamento del dolo[248]. Según este autor, lo propio de la imprudencia consciente no es que el sujeto «elimine mentalmente» la representación del riesgo, sino que dicho sujeto «tome a la ligera» un peligro previamente reconocido. *A sensu contrario*, lo necesario para el dolo eventual deberá ser que el sujeto «tome en serio» el riesgo que se representa[249]. Evidentemente dicho «tomar en serio» supone algo más que un mero conocer: implica que el sujeto atribuya una cierta entidad al riesgo que previamente ha conocido, lo que no excluye la posibilidad teórica de que dicho sujeto, por motivos irracionales, juzgue poco relevantes —«tome a la ligera»— riesgos que cualquier observador medio habría calificado de graves[250]. En la teoría de *Stratenwerth,* la confianza del sujeto en el no acaecimiento del resultado se entiende como el polo opuesto a la situación en que el sujeto ha tomado el riesgo en serio, por lo que sólo concurrirán meras esperanzas irrelevantes cuando, pese a tomar el riesgo en serio, el autor no desee que se realice el tipo[251].

Las anteriores ideas, como las de *Welzel*, no están en el fondo demasiado alejadas de planteamientos declaradamente cognitivos. En este sentido, parece evidente que la confianza planteada en los términos de

[245] WELZEL, *Derecho penal,* p. 82. Cabe añadir que según este autor (*ibidem*) el «contar con» debe entenderse en los términos de la teoría de la probabilidad. Cfr., asimismo, la intervención de *Welzel* ante la *Großer Strafrechtskommission,* (*Niederschriften*, vol. XII, pp. 106-109), en que rechaza expresamente la validez de elementos como el «estar de acuerdo», «aprobar» o «conformarse» y, a la vez, fija el límite de la confianza excluyente del dolo en el hecho de que el sujeto «cuente con» la realización del riesgo. La dualidad «contar con» (dolo) *versus* «confiar en» (imprudencia) es defendida en España por CEREZO MIR, *Curso*, pp. 143-144, aunque este autor caracteriza estos requisitos como elementos volitivos basados en la actitud emocional del sujeto, de ahí que considere que en los planteamientos de *Welzel* se aprecia «una influencia excesiva de la teoría de la probabilidad». En una línea similar, GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría*, pp. 211-212, quien se refiere al pretendido elemento volitivo del dolo eventual, entre otras, con la expresión «contar con». Cfr., igualmente, LANDECHO VELASCO/MOLINA BLÁZQUEZ, *Derecho penal*, p. 268 y GRACIA MARTÍN, en DÍEZ RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN/LAURENZO COPELLO, *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, vol. I, Valencia, 1997, art. 138, n.º marg. 49. El principal problema de estos puntos de vista radica en la afirmación de que es posible que un sujeto pueda dejar de «contar con» un resultado representado, sin embargo, como probable y, también, en la caracterización como emocional-volitivos de fenómenos eminentemente cognitivos.

[246] Afirma *Welzel:* «según mi concepción el "contar con" se inicia sólo con una posibilidad más alta, mientras que según su concepción [en referencia a lo defendido por *Dreher*] para el "contar con" es suficiente con cualquier posibilidad». *Gallas* replica que, en cualquier caso, la terminología de *Welzel* no resulta muy afortunada, pues, o bien lleva a pensar que con una representación de posibilidad es suficiente, o cae en las mismas trampas que la teoría de la probabilidad. Cfr. *Niederschriften*, vol. XII, p. 109 (intervención del *Welzel*) y p. 111 (intervención de *Gallas*). Cfr. igualmente WELZEL, *Derecho penal*, p. 83: las meras dudas no bastan para el «contar con».

[247] Cfr. WELZEL, *Derecho penal*, p. 84. De acuerdo, ROSS, *Über den Vorsatz*, p. 94: «quien cuenta con la producción de un daño puede actuar en la esperanza de que no se llegará a producir, pero no en la confianza». El papel que desempeñan el "contar con" y el "confiar" en los planteamientos de *Welzel* no está exento de contradicciones y oscuridades; cfr., en este sentido, los argumentos de SANCINETTI, *Teoría del delito*, pp. 182-184. Sobre posibles ambigüedades en el significado del «contar con», cfr. GIMBERNAT ORDEIG, «Acerca del dolo eventual», p. 251 (nota 45).

[248] Cfr. STRATENWERTH, *ZStW*, 71 (1959), p. 51 ss. Se adhiere a estos planteamientos AMBROSIUS, *Untersuchungen*, p. 70. El empleo de las expresiones «contar con» y «tomar en serio» como sinónimas puede observarse en RUDOLPHI, *SK*, § 15, n.º marg. 43.

[249] Cfr. STRATENWERTH, *ZStW*, 71 (1959), pp. 55-56. En este sentido, y con ánimo de replicar a *Schröder* o *Schmidhäuser*, añade este autor que no tomar en serio un peligro no necesariamente implica que se deje de ser consciente de él: quien lanza una colilla en el bosque puede ser perfectamente consciente de que existe un peligro y no eliminar mentalmente dicha representación. Sin embargo, actuará imprudentemente cuando tome a la ligera el peligro que se deriva de su comportamiento. Acepta la teoría del «tomar en serio», aunque con variaciones con respecto a *Stratenwerth*, WOLFF, «Die Grenzen des dolus eventualis und der willentlichen Verletzung», *Gallas-FS*, Berlín, Nueva York, 1973, pp. 225-226.

[250] Cfr. STRATENWERTH, *ZStW*, 71 (1959), p. 57. No resulta sencillo comprender por qué se ha interpretado por algunos autores que la expresión «tomar en serio» contiene el elemento emocional-volitivo del dolo, como es el caso de MAURACH/ZIPF, *Strafrecht*, p. 312 o RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro*, pp. 60-61. Evidentemente el «tomar en serio» es algo distinto a un mero conocimiento aséptico del peligro, pues supone una cierta valoración de éste; sin embargo, de ahí a caracterizarlo como un elemento emocional-volitivo del dolo eventual dista un enorme trecho. Al fin y al cabo, en la mayoría de supuestos todo depende del grado de riesgo que advierta el sujeto, porque, como afirma JAKOBS, *Derecho penal*, pp. 329-330, «el autor que decide seriamente no puede disponer con independencia de ello sobre un resignarse, un no tomar en serio, o algo similar». Quien ha podido reconocer un peligro elevado no puede a su libre antojo decidir si va a tomarlo o no en serio. Sobre las diferencias entre la teoría del «tomar en serio» y la teoría de la probabilidad, cfr. AMBROSIUS, *Untersuchungen*, p. 62 ss. Según este autor la diferencia fundamental radica en que el «tomar en serio» es un criterio cualitativo para deslindar dolo de imprudencia que no consigue aportar la teoría de la probabilidad. CUELLO, «Acción, capacidad de acción y dolo eventual», *ADPCP*, 1983, p. 95, califica a la idea de «tomar en serio» como «síntesis refundidora de las tesis intelectuales y volitivas tradicionales». Por contra, una interpretación del «tomar en serio» en clave cognitivista en NOWAKOWSKI, *WK*, § 5, n.º marg. 13.

[251] Cfr. STRATENWERTH, *ZStW*, 71 (1959), p. 64, quien trata de distinguir su «tomar en serio» del «contar con la posibilidad» de *Welzel*, afirmando que quien no toma el riesgo en serio no deja por ello de contar con la posibilidad. Considera acertada la dualidad «tomar en serio» - «confiar en el no acaecimiento del resultado», MIR PUIG, en *Elementos subjetivos*, pp. 26-27. También KÖHLER, *Strafrecht*, p. 161, acoge estos planteamientos.

los autores expuestos desempeña un papel nada alejado de la «eliminación mental» defendida por *Schmidhäuser*: ambos elementos sólo deben tomarse en cuenta para excluir el dolo si influyen de tal modo en la representación del sujeto que ésta ya no se presenta en la forma requerida para la imputación dolosa[252]. Así, aunque *Stratenwerth* trata de marcar distancias con *Schmidhäuser,* la dualidad «tomar en serio» - «tomar a la ligera» del primero presenta una notabilísima similitud, más allá de lo meramente terminológico, con el binomio conceptual «representación de la posibilidad concreta» - «representación de la posibilidad abstracta eliminada mentalmente» que defiende el segundo. En este sentido, no debe olvidarse que para *Schmidhäuser* no bastaba con que la posibilidad de realización del tipo *pasara simplemente por la cabeza* del sujeto, sino que hacía falta que éste juzgara que en su conducta concreta concurría un grado de riesgo apreciable[253].

En trabajos posteriores el «tomar en serio» de *Stratenwerth* es acogido por *Roxin* y por buena parte de los autores que se inscriben dentro de la perspectiva teórica que defiende un concepto de dolo basado en la idea de «decisión contra el bien jurídico», un punto de vista al que el propio *Stratenwerth* se sumará más adelante[254]. Esta adhesión comportará una evolución de su concepto de dolo en que, aparentemente, cada vez tienen más importancia elementos de corte emocional-volitivo[255]. En esta última línea, bastantes autores consideran que pueden darse casos en que el sujeto «toma en serio» un riesgo sin que exista aún dolo, al haber confiado dicho sujeto en que el resultado no iba a acaecer. La confianza,

[252] En *Schmidhäuser* la «eliminación mental» (que puede ser causada por la confianza o los deseos) hace que el sujeto deje de *representarse la posibilidad in concreto* de acaecimiento del resultado; en *Welzel*, la confianza del sujeto lleva a que éste deje de *contar con* tal acaecimiento y, por último, en *Stratenwerth*, a que deje de *tomar el riesgo en serio*.

[253] Cfr. *supra* III.2.

[254] Sobre la teoría de la «decisión contra el bien jurídico», cfr. *infra* III.5. Sobre la influencia mutua entre los planteamientos de *Roxin* y *Stratenwerth*, cfr. ZIEGERT, *Vorsatz*, p. 84.

[255] Cfr. STRATENWERTH, *Strafrecht*, pp. 95-96. En este trabajo el autor defiende que «al dolo no sólo pertenecen determinadas condiciones del conocimiento, sino también una concreta disposición interna del autor». Esta disposición es caracterizada de un modo evidente como un «conformarse», que faltará cuando el sujeto confíe en no realizar el tipo con su actuación. Otra concepción del dolo basada en el «tomar en serio», al que se añaden elementos volitivos, puede encontrarse en RUDOLPHI, *SK*, § 15, n.º marg. 43: «debe afirmarse dolo eventual cuando el autor toma en serio la posibilidad (esto es, el riesgo típico) de lesión del bien jurídico, es decir, cuenta con ella y con ella se conforma». Afirma PUPPE, *NK*, § 15, n.º marg. 36, que de la oposición entre *querer* y *no querer* que la teoría de la voluntad toma como punto de partida ya no queda nada cuando se habla de «tomar en serio» y de «confiar seriamente» en el no acaecimiento del resultado. Sobre los distintos usos de la expresión «tomar en serio» entre los diversos autores que la han acogido como requisito conceptual del dolo, cfr. SCHMOLLER, *ÖJZ*, 37 (1982), pp. 282-283.

por tanto, se separa del plano cognitivo del dolo como situación opuesta al «tomar en serio» y se concibe como un elemento que excluye el requisito emocional-volitivo que se exige para considerar dolosa una realización delictiva.

B) El «conformarse» y el «aceptar»

A partir de los años cincuenta gozan progresivamente de mayor vigor aquellas teorías que consideran que el dolo eventual exige que, además de conocer un riesgo de realización típica, el sujeto se «conforme» o «se resigne» con dicha realización, o bien «acepte» el riesgo creado con su conducta. Estas caracterizaciones del elemento volitivo del dolo eventual presentan evidentes similitudes con el «aprobar en sentido jurídico» del *Lederriemenfall*: en ambos casos se exige un componente volitivo para el dolo, pero éste ya no se presenta en el tono emocional empleado por la teoría del consentimiento clásica. Quienes defienden estos puntos de vista consideran que la posible confianza del sujeto no repercute sobre el elemento cognitivo del dolo, sino que elimina en todo caso el aspecto volitivo, descrito éste con las expresiones citadas[256].

El éxito de estos planteamientos es tal, que actualmente constituyen la postura dominante entre la doctrina y la jurisprudencia alemanas y su peso específico es más que notable en la Ciencia penal española[257]. Posi-

[256] Cfr. JESCHECK, *Wolf-FS*, p. 486: «"conformarse" y "actuar en la confianza" son conceptos complementarios del aspecto anímico: quien no actúa en la confianza de la ausencia del resultado se conforma con él; quien se conforma con la producción del resultado, no actúa confiando en su ausencia». Ésta es también la postura que se acoge por BAUMANN/WEBER/MITSCH, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Lehrbuch*, 10.ª ed., Bielefeld, 1995, p. 435; BOCKELMANN/VOLK, *Strafrecht. Allgemeiner Teil,* 4.ª ed., Múnich, 1987, pp. 83-85 y WESSELS, *Strafrecht*, § 7, n.º marg. 214 y 216, quien afirma que «existe dolo eventual cuando el autor tiene seriamente por posible y se conforma con que su conducta lleve a la realización del tipo legal (...) actúa con imprudencia consciente cuando confía en la inexistencia de la circunstancia de que se trate o en la no producción del resultado». En la doctrina italiana, MANTOVANI, *Diritto penale*, p. 320, entiende que el dolo eventual, además del conocimiento, requiere que el sujeto «acepte» el resultado. FIANDACA/MUSCO, *Diritto penale*, p. 323, exigen una «aceptación del riesgo» por parte del sujeto, aceptación que no concurre cuando se confía en la no realización del resultado. Por su parte, ANTOLISEI, *Manuale di Diritto penale. Parte generale*, 14.ª ed., Milán, 1997, pp. 346-347, entiende que existe dolo cuando el sujeto actúa aceptando el riesgo de producción del resultado y añade que el dolo sólo se excluye cuando dicho sujeto ha actuado en la segura convicción de que el resultado en cuestión no se produciría. Cfr., igualmente, ROMANO, *Commentario sistematico del Codice Penale*, Milán, 1987, vol. I, art. 43, n.º marg. 21.

[257] Esta teoría encuentra incluso su plasmación legal en el § 5 del Código austríaco y fue también la empleada en el proyecto de StGB alemán de 1962 para definir el dolo eventual: «§ 16: actúa dolosamente quien lo que quiere es realizar el tipo legal, quien sabe o prevé como seguro que va a realizarlo, o quien tiene por posible tal realización y *se conforma con ella*» (cursiva añadida). Lamenta que no prosperase tal definición ROXIN, *Einführung*, pp. 11-12. El BGH acoge este criterio, entre otras, en la sentencia de 4 de

blemente, el principal motivo de tan notable éxito deba atribuirse a que estas perspectivas consiguen, aparentemente, mantenerse fieles a la definición general de dolo como conocer y querer. Sin embargo, y como se muestra a continuación, en estos puntos de vista se pueden apreciar importantes inconvenientes teóricos.

En primer lugar, es muy discutible el grado de sustantividad que puede atribuirse a elementos como el «conformarse», el «aceptar» o el «resignarse» pues, como afirma *Welzel,* «aquél que no confía en la ausencia del resultado, sino que cuenta con su producción, tiene que estar (forzosamente) "conforme" con él»[258]. En otras palabras, el «conformarse» se afirma siempre que el sujeto actúa en conocimiento de un riesgo sin confiar en la no realización del tipo y, por tanto, goza de tan nula autonomía conceptual como el «aprobar en sentido jurídico» postulado en la sentencia del *Lederriemenfall*[259].

En segundo lugar, resulta indiscutible que, aun dotándolo de una sustancialidad de la que carece, el «conformarse» tiene ya bien poco o nada que ver con el auténtico «querer» o «intención» que se suelen exigir en la definición general del dolo. Como afirma *Kindhäuser,* «uno se conforma con que su hija no se case con alguien de su *status* social, o con que el adversario político gane las elecciones, pero nadie se confor-

noviembre de 1988 (BGHSt, vol. 36, p. 11). En España, ZUGALDÍA ESPINAR, *ADPCP*, 1986, p. 399, entiende que concurre dolo eventual cuando «el autor decide aceptar la probable realización del tipo y cargar con el estado de incertidumbre existente en el momento de la acción», esto es, «conformarse». Configuran el dolo eventual a partir de elementos como la aceptación, entre otros, MIR PUIG, *Derecho penal*, pp. 248-249; LUZÓN PEÑA, *Curso*, p. 426; LANDECHO VELASCO/MOLINA BLÁZQUEZ, *Derecho penal*, p. 268; PUIG PEÑA, *Derecho penal. Parte general*, tomo I, 7.ª ed., Madrid, 1988, pp. 208-209. Estas ideas han sido también acogidas por el Tribunal Supremo en diversas resoluciones, como la STS de 25 de octubre de 1991 (A 7375, ponente Montero Fernández-Cid): «en el dolo eventual se consiente o acepta la posible producción del resultado; en tanto que en la culpa consciente se confía por el agente en que el mismo no se producirá». Estos puntos de vista también pueden considerarse dominantes en la jurisprudencia italiana, como se pone de manifiesto en el trabajo de TASSI, *Il dolo,* Padua, 1992, *passim.* Dicha jurisprudencia suele exigir para el dolo eventual la «aceptación» del resultado por parte del sujeto.

[258] WELZEL, *Derecho penal*, p. 85. Cfr., asimismo, FRISCH, *K. Meyer-GS*, p. 539: «el resignarse a la posible producción del resultado no es más que un engaño verbal que debería ser abandonado de una vez por todas: supone un peligro para la aplicación del Derecho y aparentemente mantiene viva una teoría que hace ya tiempo fue enterrada por sus mismos protagonistas», en referencia a las antiguas teorías del consentimiento.

[259] Sobre la vinculación entre el «aprobar en sentido jurídico» y el «conformarse», cfr. AMBROSIUS, *Untersuchungen*, p. 58. Según FRISCH, «Offene Fragen des dolus eventualis», *NStZ*, 1991, p. 23 (nota 1), el «conformarse» no es más que la expresión en que se ha acabado transformando el antiguo «aprobar» de la teoría del consentimiento, una muestra más, por tanto, del proceso de neutralización que en las últimas décadas ha experimentado el elemento volitivo del dolo eventual. También critica las expresiones que se utilizan habitualmente para caracterizar el elemento volitivo del dolo eventual, ROSS, *Über den Vorsatz*, p. 82, a las que califica de «clichés vacíos».

ma con algo que causa con su propia acción»[260]. Seguir afirmando en tales circunstancias que sólo la voluntad es un criterio adecuado para diferenciar lo doloso de lo imprudente resulta, cuando menos, sorprendente.

C) La racionalidad de la confianza

Cuando la relevancia de la confianza deja de medirse en función de cómo este fenómeno afecta al elemento intelectual del dolo, surge un problema adicional. Éste se plantea en aquellos casos en que, pese a contar el sujeto con una inequívoca representación de un nada despreciable nivel de riesgo, sigue confiando en que la realización del tipo no va a producirse. Una aplicación consecuente de la idea según la cual la confianza excluye el elemento volitivo del dolo lleva a apreciar en estos casos únicamente imprudencia, lo que a menudo puede hacer surgir la sensación de que, incomprensiblemente, el Derecho penal privilegia las formas más desaforadas de optimismo ante el peligro. La dimensión de este problema se aprecia con claridad acudiendo al siguiente ejemplo:

> *Un individuo convence a un amigo suyo para que le preste una elevada cantidad de dinero, afirmando que va a invertirla en un negocio muy rentable de fabricación de maquinaria que, en realidad, no existe. Su verdadera idea es destinar el dinero a la compra de décimos de lotería y, con las ganancias que* confía *obtener, no sólo piensa resarcir a su amigo, sino lucrarse también él mismo. Si, como parece lo más probable, se pierde todo el dinero ¿se está ante la comisión dolosa de una estafa?*

Si en casos como éste se deja de reconducir la confianza del sujeto al grado de representación de riesgo de realización del tipo, la única respuesta pasa por la imprudencia y, en el caso de la estafa, por la impunidad. Algunos autores consideran que ésta es la opción correcta y entienden que, por muy irracional que sea la confianza del sujeto, su existencia debe impedir la apreciación del dolo, pues en tales casos no concurre el elemento volitivo («conformidad», «aceptación») que caracteriza al dolo eventual[261]. Este punto de vista es plenamente consecuente

[260] KINDHÄUSER, *ZStW*, 96 (1984), pp. 23-24. MIR PUIG, en *Elementos subjetivos*, p. 28, afirma que «el "conformarse" con la peligrosidad de la conducta es una consecuencia necesaria de querer dicha conducta tomando en serio su peligrosidad. Por tanto, no es necesario exigirlo como elemento adicional».

[261] En este sentido, MIR PUIG, *Derecho penal*, p. 248, afirma que la convicción o confianza del sujeto en que en su caso el resultado no acaecerá «podrá basarse en elementos objetivos de la situación que la hagan razonable y faciliten su prueba (p. ej., en la posibilidad de control del peligro que tiene el sujeto u otra persona), pero también en motivos irracionales como la superstición, aunque el juez no podrá partir de esto último salvo que existan pruebas que lo confirmen». Ideas similares en EL MISMO, en *Elementos subjetivos*, p. 32, donde se admite que la confianza irracional puede ser de difícil prueba, pero que

con la idea de que la concurrencia de los elementos que integran el dolo debe buscarse en la subjetividad del individuo y, en tal medida, los autores que acogen esta idea consideran que lo decisivo para excluir la imputación dolosa es acreditar que el sujeto *confió*, independientemente de las causas de dicha confianza o de la valoración que ésta pueda merecer desde el punto de vista de la racionalidad media. Sin embargo, y pese a su indiscutible coherencia, esta perspectiva lleva a resultados difíciles de aceptar, como, en el caso del anterior ejemplo, a la impunidad del sujeto activo.

Por este último motivo, algunos autores deciden introducir límites objetivos a la confianza, exigiendo que ésta pueda considerarse racional para que lleve a la exclusión del dolo y entendiendo que, en caso contrario, concurren meras esperanzas intrascendentes. Desde este punto de vista, no interesa la influencia que estos fenómenos puedan ejercer sobre el contenido de la representación del sujeto, sino la posibilidad de afirmar que, desde el punto de vista de la racionalidad media, las esperanzas del autor tienen fundamento[262]. En esta línea plantea *Luzón Peña* su *teoría restringida del consentimiento o de la aceptación*, según la cual «la aceptación (o consentimiento o similares) no se excluye por una confianza irracional e infundada en la no producción del hecho (...) sino que *la aceptación o consentimiento sólo se excluye por una confianza mínimamente fundada objetivamente*, aunque errónea, en que no se produzca el hecho»[263].

La clave de este último planteamiento está en hacer depender la presencia del dolo de un juicio objetivo: el recurso a una «valoración objetivo-normativa» lleva a sostener que hay confianzas relevantes para el Derecho penal (las racionales, en la medida en que excluyen el dolo eventual), mientras que otras, por contra, son irrelevantes (las irracionales o meras esperanzas, pues no tienen virtualidad suficiente para excluir

no por ello debe considerarse irrelevante. De acuerdo con la idea de que las confianzas irracionales también excluyen el dolo, aunque en este caso desde un prisma cognitivista, FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, p. 215 ss. En Austria, cfr. TRIFFTERER, *Österreichisches Strafrecht*, p. 169.

[262] Para los autores partidarios de un concepto cognitivo de dolo la confianza irracional no resulta en principio especialmente problemática, pues lo que importa es que el sujeto siga representándose el riesgo. Cfr., en este sentido, SILVA SÁNCHEZ, *ADPCP*, 1987, p. 652 (nota 22), quien entiende que los casos de confianza irracional son supuestos de dolo en la medida en que en ellos el sujeto tiene un conocimiento correcto de la realidad.

[263] LUZÓN PEÑA, *Curso*, p. 426. De acuerdo con este autor RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro*, p. 63 y LA MISMA, *El caso de la colza*, p. 214 ss. En la misma línea, MAQUEDA ABREU, *ADPCP*, 1995, p. 436: el ámbito de la culpa queda reservado para «aquellos casos de representación errónea de una posibilidad de evitación del resultado que sean "creíbles" o, si se prefiere, capaces de generar en el autor una confianza racional y realista en su no producción, gracias al control que cree tener de la situación».

el dolo del sujeto)[264]. Sin embargo, introducir criterios de racionalidad media para determinar en qué casos debe tenerse en cuenta la confianza comporta admitir que, en ciertos supuestos, se va a prescindir de la auténtica subjetividad del autor para decidir la concurrencia de dolo, pues éste será afirmado o negado a través de un baremo objetivo.

Semejante planteamiento no parece conciliable con teorías que, a la vez, plantean la cuestión del dolo como algo que depende de la vertiente interna del sujeto[265]; al contrario, este modo de ver las cosas implica un notable grado de objetivación que, coherentemente, debería poder extenderse también al conocimiento, afirmando, por ejemplo, que existen desconocimientos irrelevantes para el Derecho penal: ¿qué sucede con el autor que simplemente no confía en nada, porque ya desde un principio ni siquiera apreció riesgo allí donde cualquier persona mínimamente juiciosa lo habría visto y en considerables proporciones?

> *Por ejemplo,*
> *Un miembro de una violenta organización integrista decide ocultar una bomba con un dispositivo de explosión retardada en una estación de metro. Media hora antes de que el artefacto explote, el sujeto se arrepiente de su acción, pero decide no dar aviso a la policía por temor a ser descubierto y opta por recurrir a otra solución: es tal su fe en Dios, que le implora mediante rezos que detenga la explosión de la bomba y, realmente, llega un momento en que deja de ver peligro alguno, pues está totalmente convencido de que las fuerzas celestiales evitarán la explosión. El artefacto de todos modos estalla y mueren varias personas.*

En este supuesto no hace falta plantearse la cuestión de la confianza, simplemente porque de entrada no concurre en el sujeto la representación necesaria para el dolo. Pese a que valorativamente no da la sensación de que haya demasiadas diferencias entre este caso y aquél en que el sujeto conoce el riesgo pero confía irracionalmente en que éste no va a realizarse, no parece, sin embargo, que los autores que admiten la irrelevancia de ciertas confianzas también quieran considerar como irrelevantes ciertas ausencias de representación[266]. Y, en cualquier caso, tal forma

[264] Cfr. LUZÓN PEÑA, *Curso*, p. 426.

[265] Sobre la contradicción (y los peligros) que supone introducir restricciones objetivas en la cuestión de la confianza, cfr. FRISCH, *K. Meyer-GS*, p. 543 ss.

[266] Por ello no se comprende totalmente la crítica de RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro*, p. 103, a *Herzberg* (cfr. *infra* IV.2.C), reprochando a este autor el establecimiento de una «delimitación puramente objetiva» entre dolo e imprudencia que «vacía de contenido y desnaturaliza el tipo subjetivo», cuando a la vez esta autora considera «correcto y necesario establecer límites objetivos a las posibilidades de confianza del sujeto». Si en el caso de quien confía en que el resultado no acaecerá (aunque lo haga de modo absolutamente irracional para un hombre medio), no se atribuye relevancia a dicha confianza y se le condena, por tanto, como autor doloso ¿puede negarse que esta condena no se habrá asentado en un juicio meramente objetivo?

de proceder requiere de un proceso de legitimación que no se explicita por los que la defienden: no se explica por qué en determinados casos sí se atiende a la subjetividad del sujeto para afirmar el dolo, y por qué en otros el contenido de tal subjetividad se deja totalmente de lado y se acude a criterios objetivos[267].

D) Balance

Las divergencias expuestas en el curso de los subapartados anteriores no deben impedir que siga afirmándose la existencia de un auténtico consenso de fondo. En primer lugar, la similitud que presentan entre sí conceptos como «representación de la concreta posibilidad», «conocimiento del riesgo», «contar con» o «tomar en serio», permite sostener que, en el aspecto cognitivo del dolo, estos puntos de vista no se diferencian más que en lo terminológico. Lo mismo sucede, en segundo lugar, con el elemento de la confianza, sea caracterizado éste ya como «eliminación mental» del riesgo representado por el sujeto, ya como reverso del «tomar en serio» o del «contar con la posibilidad». Incluso la exigencia de un elemento volitivo concebido como «conformarse» o «aceptar», no es especialmente cuestionable si se considera que tales elementos no tienen ningún contenido propio[268].

Finalmente, los principales puntos problemáticos que se plantean a todas estas teorías son a grandes rasgos los mismos: en primer lugar, no resulta sencillo decidir qué tratamiento conviene dar a determinadas situaciones caracterizadas como irracionales, ya sea porque el sujeto confía de modo totalmente infundado en que un resultado no va a acaecer, o bien porque no aprecia riesgo alguno allí donde cualquier persona mínimamente juiciosa lo habría visto en proporciones no desdeñables; en segundo lugar, y en relación con lo anterior, resulta también problemático que, en el plano teórico, todos estos planteamientos lleven a privilegiar al sujeto desaforadamente optimista y a castigar al escrupuloso.

[267] No se quiere afirmar aquí que las confianzas irracionales deban excluir el dolo, sino sólo que tal afirmación requiere un proceso global de fundamentación y legitimación que no se observa en los defensores de esta idea. Tal proceso se desarrollará en Capítulos posteriores de este trabajo (cfr. *infra* XII.4 y XVII.3).

[268] Como afirma HERZBERG, *JZ*, 1988, p. 638, «muchas palabras, pero después de ponderarlas uno se pregunta si la voluntad se deduce de alguna circunstancia distinta al hecho de que el autor haya llevado a cabo una actuación peligrosa para la vida con conocimiento del peligro».

III.4. LA VOLUNTAD DE EVITACIÓN

La idea de que no concurre dolo cuando un sujeto actúa con la voluntad de evitar la realización de un tipo penal es formulada, retomando planteamientos ya esbozados por autores del siglo XIX, en el *Tratado* de *Edmund Mezger*. En esta obra tal afirmación se circunscribe a aquellos casos en los que el sujeto activo entiende que la producción de un posible resultado depende de su voluntad[269]. Acogiendo el consentimiento como elemento conceptual característico para determinados casos de dolo eventual, *Mezger* considera que «tal consentimiento aparece *excluido* cuando el sujeto interviene precisamente para *evitar* el posible resultado»[270]. La finalidad última de esta afirmación es no tener que condenar por delito doloso en los casos en que un sujeto ha querido evitar un resultado, pese a que su intervención haya sido objetivamente causal y haya actuado con la consciencia de que estaba creando un riesgo de realización del tipo. Así, afirma *Mezger* que «iría en contra de todo sano sentimiento de justicia» castigar al «médico que, considerando probable la muerte del enfermo, opera a pesar de ello para intentar la última posibilidad de salvación»[271].

[269] Cfr. MEZGER, *Tratado*, tomo II, p. 161. ENGISCH, *Untersuchungen*, p. 95, cita a autores como *Hälschner, Weißenborn, Fingers* o *Engelmanns*, como defensores de la idea de que no se deben imputar como dolosos los resultados que el sujeto se esforzó por evitar, planteamiento acogido por VON LISZT, *Aufsätze und Vorträge*, pp. 266-267. Cfr. también, al respecto, LACMANN, *ZStW*, 31 (1911), p. 153 y HILLENKAMP, «Dolus eventualis und Vermeidewille», *Kaufmann-GS*, Colonia, Berlín, Bonn, Múnich, 1989, pp. 355-358.

[270] MEZGER, *Tratado*, tomo II, p. 161 (cursiva en el original). En realidad, este autor defiende una solución mixta para el problema del dolo eventual: en los casos en que el sujeto piensa que el posible resultado depende de su voluntad, es necesario su consentimiento y éste se excluye en los supuestos en que el resultado se quiere evitar. Por contra (*ibidem*, p. 163), en los casos en que el sujeto considera que el resultado no depende de su propia voluntad, basta con que considere probable su acaecimiento para que deba afirmarse el dolo. De criterios similares parte en España CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, p. 283 ss. Según esta autora lo propio de la imprudencia es el error del sujeto sobre su capacidad para evitar el resultado; por tanto, en los casos en que el sujeto no tiene ninguna clase de control sobre las consecuencias de su comportamiento basta con que conozca «el concreto riesgo que entraña la conducta»; cuando el sujeto yerra sobre la efectiva peligrosidad de su conducta o sobre su capacidad de evitación se está en el ámbito de lo imprudente. Próximo a esta idea se encuentra KINDHÄUSER, *ZStW*, 96 (1984), pp. 34-35. Este autor considera que existe dolo «cuando el autor parte de que mediante su actuación puede realizar un tipo legal»; lo propio de la imprudencia consciente, por contra, es que el autor «valore erróneamente su capacidad de poder evitar un acontecimiento». Una crítica a tales planteamientos en SCHROTH, *Vorsatz als Aneignung*, pp. 89-90.

[271] MEZGER, *Tratado*, tomo II, p. 161. Muchos de estos casos no pasarían hoy en día ni siquiera el filtro de la imputación objetiva, reconduciéndose al ámbito de la disminución de riesgos, de la adecuación social o del riesgo permitido. Cfr., en relación con estas cuestiones, FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, pp. 257-258.

Sin embargo, el criterio propuesto por *Mezger* no consigue aportar soluciones convincentes en casos como el de la «chica de la caseta de feria» de *Lacmann,* pues también en ellos el sujeto quiere evitar la producción del resultado, pese a no moverle objetivos tan loables como al médico[272]. El criterio de distinción que aporta *Mezger* para resolver este supuesto no convence. Así, la distinción entre si el tirador esperaba evitar las consecuencias por el *género de su intervención* (imprudencia) o si lo abandonó todo al acaso (dolo) lleva a negar la imputación dolosa: el protagonista del ejemplo no lo dejó todo al azar, sino que confiaba en evitar el resultado lesivo apuntando correctamente[273]. Sin embargo, el castigo por mera imprudencia parece demasiado benévolo en supuestos en que, pese a querer evitar el resultado, el sujeto ha sido perfectamente consciente de estar creando un muy elevado riesgo para la víctima.

Partiendo de otros postulados, las ideas básicas de *Mezger* son retomadas y desarrolladas por *Armin Kaufmann* en la década de los cincuenta, dentro del interés de este autor por armonizar las tesis de la teoría final de la acción con la moderna teoría de la culpabilidad[274]. Desde la perspectiva finalista en que se inscribe *Kaufmann*, el dolo implica voluntad final de realización de las circunstancias de un tipo legal, entendiéndose que dicha voluntad no sólo debe referirse a aquellas circunstancias que abarca la intención del autor, sino también a aquellas otras que se hallan vinculadas como consecuencia accesoria a sus propósitos. Dado que esta última situación también puede darse en los supuestos de imprudencia consciente, *Kaufmann* trata de encontrar un criterio adicional que defina lo doloso, y lo encuentra en la ausencia de voluntad de evitación: *si el dolo implica voluntad de realización, éste no concurrirá cuando el sujeto actúe con el propósito de evitar dicha realización*[275].

Sin embargo, este autor no se contenta con configurar la voluntad de evitación en un sentido meramente anímico, sino que, a efectos de exclusión del dolo, considera necesario que ésta se refleje en un plano objetivo y, así, exige que tal voluntad se manifieste en el acontecer externo del hecho[276]. Además, establece como ulterior requisito que el sujeto atribuya una auténtica posibilidad de éxito a su acción de evitación[277]. Para los casos en que tal voluntad de evitación no concurra, basta para el dolo con que el autor haya efectuado el juicio de que era posible la realización de la circunstancia típica[278].

Con todo, la voluntad de evitación, en los términos en que es configurada por *Kaufmann*, no parece un criterio adecuado para trazar de forma convincente la frontera entre dolo e imprudencia. En primer lugar, plantea serios inconvenientes la exigencia de que, para excluir el dolo, tenga que manifestarse objetivamente una voluntad de evitación. En este sentido, existen muchos supuestos en los que no trasciende al exterior tal voluntad y que, sin embargo, parecería exagerado castigar como dolosos. Basta con imaginar el caso del conductor que, teniendo prisa por llegar a algún sitio, decide saltarse un semáforo en rojo. Si a consecuencia de la colisión muere alguien, parece claro que sólo cabe castigar por homicidio imprudente, aunque no se aprecie objetivamente en el hecho maniobra alguna de evitación, pues es posible que el sujeto ni tan siquiera tuviera tiempo material para reaccionar. Por contra, existen casos en que, pese a concurrir una clara voluntad de evitación, (por ejemplo, el caso de *Lacmann*), ésta no parece suficiente para excluir el dolo, dado el elevado nivel de riesgo que conlleva la actuación del sujeto[279].

Partiendo de críticas como las anteriores, algunos autores han acabado reduciendo la voluntad de evitación a la categoría de mero indicio, entre muchos otros, para excluir la existencia de dolo[280]. Sin embargo,

---

[272] Para el caso en cuestión, cfr. *supra* II.2.B. FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, p. 279, pone de manifiesto los problemas que plantea este criterio en aquellos casos en los que el sujeto quiere evitar el resultado, pero no precisamente porque le mueva una preocupación por la integridad del bien, sino por fines egoístas.

[273] Cfr. MEZGER, *Tratado*, tomo II, p. 164.

[274] KAUFMANN, «Der dolus eventualis im Deliktsaufbau», en *Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert*, Colonia, Berlín, Bonn, Múnich, 1982, p. 59 (trabajo inicialmente publicado en *ZStW*, 70 (1958), p. 64 ss). Pese a partir de postulados distintos, *Kaufmann* (*ibidem*, pp. 72-73) acepta buena parte de los planteamientos ya defendidos por *Mezger*.

[275] Cfr. KAUFMANN, *Strafrechtsdogmatik*, pp. 68-69.

[276] Cfr. KAUFMANN, *Strafrechtsdogmatik*, p. 69: «la voluntad de realización que se dirige a la evitación de la consecuencia accesoria y que excluye la producción de dicha consecuencia como posible contenido de la voluntad de realización, debe ser *voluntad rectora que se manifieste en el acontecer externo*» (cursiva añadida).

[277] Cfr. KAUFMANN, *Strafrechtsdogmatik*, p. 70.

[278] Cfr. KAUFMANN, *Strafrechtsdogmatik*, p. 73, quien cita como válido en este ámbito el «contar con» de *Welzel*, concretado, siguiendo a *Engisch*, en «un juicio objetivo de adecuación realizado psicológicamente». Ello lleva a AMBROSIUS, *Untersuchungen*, p. 39, a considerar que existe una notable proximidad entre estos planteamientos y la teoría de la probabilidad.

[279] En este sentido, afirma HILLENKAMP, *Kaufmann*-GS, p. 360, que «existen constelaciones de casos en que la permanencia de un alto resto de riesgo es tal, pese a los activos esfuerzos del autor por evitar, que debe hablarse de hecho doloso. Por contra, existen evidentes constelaciones de casos que no deben ya ubicarse en el dolo por el solo hecho de que los esfuerzos por evitar no se llevaran a cabo, pues éstos podían parecer imposibles o innecesarios». En términos similares se expresa LICCI, «Dolo eventuale», *RIDPP*, 1990, p. 1503. Cfr., igualmente, HASSEMER, *ADPCP*, 1990, p. 912, quien afirma que «la acción de evitación no tiene por qué ser expresión de una actitud interna ajustada a Derecho, sino que puede ser el resultado de un cálculo estratégico criminal». Otros argumentos críticos en ZIEGERT, *Vorsatz*, pp. 99-100.

[280] Sobre el tratamiento jurisprudencial que en Alemania se dispensa a los casos en que existe por parte del autor una actividad dirigida a evitar el resultado, cfr. SCHROTH, «Die Rechtsprechung des BGH zum Tötungsvorsatz in der Form des "dolus eventualis"», *NStZ*, 1990, pp. 325-326.

ya prácticamente nadie le atribuye un carácter básico[281]. En cualquier caso, los planteamientos de *Kaufmann* no dejan de poder enmarcarse en esquemas ya conocidos, en la medida en que su solución al problema del dolo acaba dependiendo de la representación del sujeto y, eventualmente, de su confianza. Así, para afirmar que el sujeto ha actuado dolosamente, éste debe contar con la posibilidad de producción del resultado y no atribuir a su acción de evitación la capacidad de impedirlo o, lo que es lo mismo, no confiar en ella[282]. La atribución por parte del sujeto de la capacidad de impedir el resultado a su conducta plantea los mismos problemas que la confianza en que el resultado no acaezca: se pueden presentar supuestos en los que el autor crea irracionalmente que está en condiciones de evitar el resultado cuando incluso el espectador más optimista habría afirmado que un hipotético no acaecimiento sólo sería atribuible al azar. El único aspecto de la teoría de *Kaufmann* que escapa de las líneas del *consenso* es la exigencia de que la voluntad de evitación se manifieste externamente en el comportamiento del sujeto. Tal vez sea éste el punto más débil de su teoría, pues, como ha mostrado el ejemplo del conductor, es un criterio demasiado poco sutil para resolver de forma convincente la determinación práctica del dolo[283].

III.5. LA DECISIÓN CONTRA EL BIEN JURÍDICO

La afirmación de que actúa con dolo eventual quien con su comportamiento *se decide por la posible lesión de un bien jurídico* fue realizada con estos precisos términos por *Claus Roxin* hace ya más de tres décadas y la idea ha gozado de una gran acogida entre buena parte de la doctrina posterior[284]. Así, su éxito ha ido más allá incluso de lo pretendido por

[281] Cfr. FRISCH, *K. Meyer-GS*, p. 538. Un cierto interés por reivindicar la importancia de la aportación teórica de *Kaufmann* en HILLENKAMP, *Kaufmann-GS*, pp. 353-354, quien se refiere a una serie de autores (*Welzel, Jescheck, Lampe* y *Schroeder*, entre otros) en cuyos trabajos ha tenido influencia el pensamiento de aquél, pese a no haber acogido la totalidad de sus planteamientos. En España CUELLO, *ADPCP*, 1983, pp. 96-97, parece mostrar un cierto interés por el planteamiento de *Kaufmann*.

[282] Cfr., en este sentido, las observaciones de MAQUEDA ABREU, *ADPCP*, 1995, p. 436.

[283] HASSEMER, *ADPCP*, 1990, pp. 913-914, califica la propuesta de *Kaufmann* de «solución elegante y simple», pero a la vez de «peligrosa» y «esquemáticamente objetivada».

[284] Cfr. ROXIN, *JuS*, 1964, p. 61. Según HASSEMER, *ADPCP*, 1990, pp. 915-916, la idea de «decisión» puede remontarse a los planteamientos de ENGISCH (*Untersuchungen*, p. 177), quien «ya en 1930, subrayara "la actitud (del agente) hacia el mundo de los bienes jurídicos" como criterio de distinto nivel de reprochabilidad de la lesión dolosa o culposa».

su propio creador[285]. En este sentido, otros autores han encontrado en la expresión «decisión contra el bien jurídico», no sólo un criterio para resolver el problema del dolo eventual, sino un instrumento fundamental para construir la definición general de dolo y para justificar el castigo de los delitos dolosos[286].

Intentar explicar la diferencia de castigo entre las realizaciones dolosas e imprudentes tomando como base la idea de «decisión» plantea problemas que ya han sido expuestos anteriormente[287]. Estos problemas no se desvanecen, sino al contrario, cuando con la idea de «decisión» se intenta construir además el concepto genérico de dolo. Ésta es una realidad ya observable en la obra de *Roxin*, el precursor de la teoría, aunque este autor entienda que lo característico de las realizaciones delictivas dolosas es la idea de «realización de un plan» y no tanto la de «decisión», que él circunscribe, como se ha dicho, al ámbito del dolo eventual[288]. El aspecto más problemático de los planteamientos de este autor aparece cuando se intenta concretar de modo más preciso el sentido último del término «decisión».

Considera *Roxin* que debe afirmarse dolo eventual (es decir, la «decisión por la posible lesión del bien jurídico») cuando concurren en un supuesto los fenómenos ya conocidos de «tomar en serio» el riesgo y de «conformarse o resignarse» con él. Se está, por contra, ante una realización imprudente cuando el sujeto actúa en la confianza de que el tipo no va a realizarse, sin que basten en este sentido las meras esperanzas[289]. Sin embargo —y ahí radica la clave de su planteamiento— desde el punto de vista de *Roxin*, conceptos como «tomar en serio» o «conformarse con» no pueden considerarse elementos del concepto de dolo, sino sólo *indicios* especialmente evidentes de la concurrencia de éste, es decir, cir-

[285] El mismo ROXIN, *Strafrecht*, § 12, n.º marg. 6 (nota 4), puntualiza el empleo que otros autores han hecho del término «decisión», afirmando que éste «sólo comprende un aspecto del dolo». Las dudas de este autor sobre el hecho de que la idea de «decisión» valga para modalidades de dolo distintas al eventual en *ibidem*, § 12, n.º marg. 23 (nota 25).

[286] Entre otros, acogen este criterio STRATENWERTH, *Strafrecht*, p. 95; RUDOLPHI, *SK*, § 15, n.º marg. 1 y 43; FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, p. 301 y JANZARIK, «Vorrechtliche Aspekte des Vorsatzes», *ZStW*, 104 (1992), p. 67. En la doctrina española se muestran partidarios de esta idea, DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, p. 302 y MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal*, p. 290. Incluso el Tribunal Supremo ha acogido este criterio en alguna de sus sentencias, como la STS de 3 de octubre de 1987 (A 6951, ponente Montero Fernández-Cid), en la que se afirma que «lo que caracteriza el dolo eventual es la eventual y puntual decisión de lesionar bienes jurídicos». En Italia acoge favorablemente la idea de «decisión» DE FRANCESCO, *RIDPP*, 1988, pp. 122-123.

[287] Cfr. *supra* I.2.

[288] ROXIN, *Strafrecht*, § 12, n.º marg. 23, afirma que «quien cuenta con la realización de un tipo reconocida como posible sin que ello le lleve a abandonar su plan, se decide de forma consciente (...) en contra del bien jurídico que el tipo en cuestión protege».

[289] Cfr. ROXIN, *Strafrecht*, § 12, n.º marg. 27.

cunstancias de las que se puede deducir una decisión por la posible lesión de un bien jurídico en la actuación del sujeto[290]. En esta línea, entiende este autor que muchas otras teorías sobre el dolo no son en absoluto desaprovechables, pues también ellas suministran *indicios* que permiten constatar en determinados supuestos la concurrencia de una «decisión». De acuerdo con esta idea, se acaba aceptando que el dolo eventual puede fundamentarse, según los casos, en la indiferencia del sujeto, en el actuar pese a conocer la posibilidad de realización del tipo y/o en la ausencia de voluntad de evitación, afirmándose, asimismo, que las teorías meramente intelectuales no están, en el fondo, lejos de la teoría que él defiende[291].

La crítica fundamental a un planteamiento como éste resulta evidente: basta con preguntarse si concurre una «decisión» cuando, por ejemplo, un sujeto es consciente de estar creando con su conducta un notable riesgo cuya realización en el resultado trata, sin embargo, de evitar, aunque no confíe demasiado en el éxito de sus maniobras de evitación, ni desee en absoluto que el resultado se produzca. Es decir, en caso de contradicción entre los diversos *indicios*, ¿qué criterio hay que acoger para afirmar o negar la existencia de una auténtica «decisión» contra el bien jurídico por parte del sujeto? Otras teorías tratan de reconducir toda esta amalgama de fenómenos a los elementos del concepto de dolo que defienden, separando los que no aportan nada de aquéllos que colman el contenido de su definición. Sin embargo, *Roxin* no puede hacerlo, pues según su punto de vista todos ellos son posibles indicadores igualmente válidos de la «decisión contra el bien jurídico» o de la «realización de un plan»[292]. Cuántos indicios tienen que concurrir para que se pueda

[290] Cfr. ROXIN, *Strafrecht*, § 12, n.º marg. 32 (cursiva añadida). Esta idea se vincula a la afirmación de este autor (*ibidem*, § 12, n.º marg. 27) de que «las plasmaciones verbales en este ámbito no pueden ser más que aproximaciones».

[291] Cfr. ROXIN, *Strafrecht*, § 12, n.º marg. 32. A efectos de determinación del dolo se concede valor indicativo a la indiferencia (*ibidem*, § 12, n.º marg. 37), a la teoría de la voluntad de evitación (*ibidem*, § 12, n.º marg. 47) y al criterio de la cobertura del peligro defendido por *Herzberg* (*ibidem*, § 12, n.º marg. 62; cfr. *infra* IV.2.C). Respecto a la teoría de la posibilidad (*ibidem*, § 12, n.º marg. 40) se admite que lleva prácticamente a idénticos resultados y sólo aporta «otra interpretación y otra terminología». En términos similares se hace referencia a la teoría de la probabilidad (*ibidem*, § 12, n.º marg. 43) y al punto de vista de *Frisch* (*ibidem*, § 12, n.º marg. 54).

[292] De hecho, resultan muy discutibles los argumentos de que se sirve ROXIN, *Strafrecht*, § 12, n.º marg. 22, para afirmar la existencia de dolo en el «Caso de la correa de cuero» (cfr. *supra* III.1). Cuando este autor sostiene, para afirmar el dolo, que la muerte entraba dentro del plan de los acusados, parece pasar por alto que la producción de dicha muerte implicaba, precisamente, el total fracaso de dicho plan, pues con ella sus causantes ya no tenían garantizada la impunidad. En este sentido, los criterios que emplea *Roxin* para llegar a su conclusión son prácticamente idénticos a los utilizados por las teorías meramente intelectuales, pues en este caso entiende que el dolo se deduce del hecho de que los autores «se arriesgaron de forma consciente» a que la muerte se produjera. Si algunos

afirmar el dolo o qué sucede cuando éstos se contradicen, son cuestiones para las que no parece existir una respuesta clara.

Que la fórmula «decisión contra el bien jurídico» resulta demasiado vaga para que se pueda encontrar en ella una definición operativa del dolo es algo que puede observarse fácilmente si se atiende a las diversas concreciones que han hecho de tal fórmula los autores que la han acogido en sus planteamientos[293]. En este sentido, no todos los autores que aceptan la idea de «decisión contra el bien jurídico» están necesariamente de acuerdo con los concretos desarrollos argumentales de *Roxin*[294]. Para los partidarios de la teoría de la posibilidad, concurre una «decisión contra el bien jurídico» cuando el sujeto actúa siendo consciente de la posibilidad de realización del tipo; para los de la teoría de la probabilidad cuando lo hace representándose como probable dicha realización; para otros autores cuando el sujeto se conforme con ella; etc[295].

Pese a esta vaguedad, algunos autores han intentado de modo entusiasta construir un concepto de dolo a partir de esta idea. Así, según *Winfried Hassemer,* los planteamientos de *Roxin* presentan claras ventajas: no quedan anclados en apriorismos ontológicos, «renuncian a la disyuntiva entre características cognitivas y volitivas a la hora de determinar el dolo», «reunifican voluntad y representación bajo un nuevo marco conceptual ("decisión", "negación explícita", "asunción")» y «localizan el dolo en el aspecto más íntimo del individuo agente»[296]. *Hassemer* parte

indicios tienen especial peso en la resolución de este supuesto son, desde luego, los basados en los conocimientos de sus protagonistas.

[293] ZIEGERT, *Vorsatz*, p. 84, afirma que la aceptación de la idea de «decisión» no implica necesariamente que quienes la acogen la desarrollen en un idéntico sentido. Cfr., igualmente, *ibidem*, p. 28, donde se afirma que, según los diversos autores, la idea de «decisión» parece una «denominación intercambiable» para designar el dolo en su conjunto o sólo su elemento volitivo.

[294] Así, por ejemplo, según PHILIPS, «Dolus eventualis als Problem der Entscheidung unter Risiko», *ZStW*, 85 (1973), p. 27 ss, la delimitación entre dolo e imprudencia es una cuestión relativa a la decisión del sujeto en una situación de riesgo: «debe afirmarse dolo cuando quien actúa se decide conscientemente por una conducta que es incompatible con el ordenamiento jurídico. La peculiaridad del dolo eventual resulta de la peculiaridad de la decisión bajo riesgo: debe afirmarse, por tanto, dolo eventual, cuando quien actúa se decide conscientemente por una conducta que es incompatible con las máximas de riesgo que rigen en un ordenamiento jurídico» (*ibidem*, p. 38). Pese a emplear la idea de «decisión», la teoría de este autor puede interpretarse en clave meramente cognitiva, añadiendo restricciones objetivas al dolo en función de la relación entre el riesgo creado y su valoración jurídica.

[295] Cfr. FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, p. 263 ss, esp. pp. 266-267. KARGL, *Der strafrechtliche Vorsatz auf der Basis der kognitiven Handlungstheorie*, Francfort d.M., Berlín, Berna, Nueva York, París, Viena, 1993, p. 38, por ejemplo, acepta la idea de «decisión contra el bien jurídico» para explicar la penalidad acentuada de los delitos dolosos, sin por ello estar de acuerdo con las ideas de los autores englobados en este apartado (cfr. *infra* IV.1).

[296] HASSEMER, *ADPCP*, 1990, pp. 915-916.

de la idea de que el dolo es un concepto que refleja una disposición o tendencia anímica *(Dispositionsbegriff)* no observable de forma inmediata y que, por tanto, sólo puede ser utilizado de modo operativo recurriendo a una serie de indicadores que tienen que cumplir tres condiciones básicas: observabilidad, plenitud y relevancia dispositiva[297]. Estos indicadores no pueden separarse del concepto de dolo, porque sólo ellos lo hace aplicable y, en este sentido, se ordenan en tres momentos: uno externo (grado de peligro existente) y dos internos (la representación y la «decisión», a deducir ambas a través de indicios). A partir de la ponderación de estos tres factores debe valorarse si, efectivamente, concurre una «decisión contra el bien jurídico» en el caso concreto, pero no puede aportarse un concepto más detallado de dolo[298].

Sin embargo, dos de los tres factores exigidos por *Hassemer* plantean evidentes problemas: en primer lugar, si el nivel objetivo de peligro es lo que tiene que ser aprehendido por el sujeto, no se ve cómo a la vez puede ser elemento conceptual del dolo; en segundo lugar, no puede perderse de vista que, desde una perspectiva como la de este autor, se atribuye un doble papel a la idea de «decisión», pues ésta caracteriza globalmente al dolo y, a la vez, es un elemento de la definición de éste, sin que se aporten en este segundo caso requisitos más concretos sobre su contenido específico. Así las cosas, en el planteamiento de *Hassemer* sólo parece tener una autonomía propia el segundo indicador, esto es, la representación.

Más recientemente, *Ulrich Schroth* en Alemania y *Mª del Mar Díaz Pita* en España han acogido en sus exhaustivos trabajos sobre el dolo planteamientos similares a los de *Hassemer*[299]. Según *Schroth*, las afir-

[297] Cfr. HASSEMER, *ADPCP*, 1990, p. 925. Esta misma idea se desarrolla en SCHROTH, *Vorsatz als Aneignung*, pp. 2-3. Sobre la noción de *«Dispositionsbegriff»*, cfr. HASSEMER, *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, 2.ª ed., Múnich, 1990, pp. 183-185.

[298] Cfr. HASSEMER, *ADPCP*, 1990, pp. 927-928: «la ordenación sistemática de los indicadores resulta de su misión y de la estructura de su objeto, es decir, ellos han de posibilitar una conclusión fiable respecto de la existencia de dolo, sirviendo para constatar la existencia de una decisión a favor del injusto típico». PUPPE, *NK*, § 15, n.º marg. 60, replica que si los indicadores ya son el concepto mismo, «¿qué tienen que indicar los indicadores?». En cualquier caso, no deben confundirse «indicadores» con «indicios»; estos últimos servirían, según parece desprenderse de las afirmaciones de HASSEMER, *ADPCP*, 1990, p. 926, para acreditar que el sujeto, por ejemplo, contó en el caso concreto con los conocimientos que requiere el indicador de la representación.

[299] SCHROTH, *Vorsatz als Aneignung*, esp. p. 115 ss y DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, esp. p. 318 ss. También MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal*, pp. 289-191, acogen la teoría de la «decisión contra el bien jurídico». Estos autores se decantan inicialmente por la teoría de la voluntad, aunque expresan las dificultades de prueba que plantea este elemento y, en este sentido, afirman que, «como se trata de un elemento subjetivo, lo mejor para su prueba es comprobar la existencia de determinados *indicadores* objetivos de los que deducir si realmente hubo o no una *decisión contra el bien jurídico*». Desde su punto de vista, dichos indicadores son el riesgo para el bien jurídico implícito a la acción,

maciones sobre el dolo ajeno son juicios prácticos, figuras de imputación a través de las cuales se atribuye responsabilidad, de tal modo que la responsabilidad agravada propia de los delitos dolosos sólo concurre en aquellos casos en los que el sujeto *asume o hace suyos los elementos constitutivos del injusto*[300]. Para concretar esta idea regresa *Schroth* a la clasificación tripartita de siempre, afirmando que concurre una «asunción» de los elementos constitutivos del injusto cuando el sujeto actúa con intención, en la certeza de que va a realizar el tipo o reconoce el peligro como próximo, pero decide seguir actuando[301]. Ello no sucederá, por contra, cuando el sujeto elimine mentalmente el riesgo representado, lo tome a la ligera, realice intentos serios para evitar el resultado lesivo, confíe seriamente en la evitación de dicho resultado por parte de un tercero o de la víctima o, por fin, actúe arriesgadamente a favor del titular del bien jurídico[302]. En definitiva, una mezcla de los planteamientos de autores como *Schmidhäuser*, *Kaufmann* o *Stratenwerth*, y de cuestiones relativas al tipo objetivo o a la justificación, desempeñan el papel de meros indicadores de un concepto de dolo definido con la imprecisa fórmula del «hacer suyos los elementos del injusto».

la capacidad de evitación del resultado con que cuenta el sujeto y su desconsideración, falta de respeto o indiferencia hacia el bien jurídico. En definitiva, para estos autores actúa dolosamente quien «quiere una acción muy peligrosa, o acepta el resultado o tiene frente a él una indiferencia valorativa rayana en el dolo directo». De acuerdo con estas ideas puede afirmarse que esta versión de la teoría de la «decisión» engloba bajo este nombre las más diversas teorías sobre el dolo eventual, que pasan a desempeñar el papel de meros indicadores. Sin embargo, resulta cuestionable la afirmación de que se pueda utilizar la indiferencia del sujeto (indicador del dolo) para deducir la decisión del sujeto (concepto del dolo). Si además se añade a ello que la indiferencia es un «criterio complementario del elemento volitivo», aun resulta menos evidente dónde empieza el concepto y dónde acaba el indicador. Finalmente, resulta también harto dudoso que se gane algo afirmando que el indicador de la voluntad (elemento subjetivo) puede ser la indiferencia (elemento subjetivo), pues ésta necesariamente ha de plantear idénticas dificultades probatorias.

[300] Cfr. SCHROTH, *Vorsatz als Aneignung*, pp. 115-118 y EL MISMO, *JuS*, 1992, p. 7. Aunque *Schroth* se desmarca de *Hassemer* y habla de «asunción» en lugar de «decisión», DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, p. 207, afirma que el significado de la primera expresión «viene, no obstante, a coincidir con la decisión tal como la entiende *Hassemer*, es decir, como una determinación arraigada en el sujeto, como un "acto de autoafirmación frente al mundo"». FRISCH, *NStZ*, 1991, p. 24, critica la terminología empleada por *Schroth* y la califica de «vaga».

[301] Cfr. SCHROTH, *JuS*, 1992, pp. 7-8. PUPPE, *ZStW*, 103 (1991), p. 10 (nota 33), critica a este autor que, pese a haber afirmado que en el dolo se trata de interpretar la conducta de los semejantes, *Schroth* no ve en el dolo eventual otra cosa que hechos psíquicos.

[302] Cfr. SCHROTH, *JuS*, 1992, pp. 7-8 y EL MISMO, *Vorsatz als Aneignung*, p. 119 ss. FRISCH, *NStZ*, 1991, pp. 23-24, manifiesta sus dudas acerca de que la «asunción» que defiende *Schroth* aporte algo distinto al «conformarse» que habitualmente exige la jurisprudencia.

Por su parte, *Díaz Pita* entiende que la imputación dolosa se fundamenta en la «decisión del sujeto contra el bien jurídico» y que ésta requiere la concurrencia de tres factores: existencia de una situación de peligro inminente y concreto de lesión del bien jurídico, aprehensión correcta de esta situación en toda su extensión y significado y, en tercer lugar, adopción de una decisión contraria al bien jurídico[303]. Dadas las similitudes entre sus definiciones, los problemas que se plantean a esta autora parecen idénticos a los que se observan en la teoría de *Hassemer*: el primer elemento —la situación objetiva de peligro— difícilmente puede formar parte del concepto de dolo, si es a la vez objeto de éste; el tercero —la «decisión contra el bien jurídico»— también desempeña en este caso un doble papel: sirve para caracterizar globalmente al dolo y, al mismo tiempo, es su elemento volitivo. Además, un análisis detallado de los planteamientos de *Díaz Pita* permite sostener que podría prescindirse del tercer elemento: la «decisión» se da siempre que el sujeto aprehende correctamente la situación de riesgo y, sin embargo, actúa[304]. Por ello, aunque esta autora reivindique la necesidad de un elemento volitivo en el dolo, en el fondo parece defender una teoría cognitiva que, ya a nivel enunciativo, en poco de diferencia de los planteamientos de autores como *Frisch* o *Schmidhäuser*[305].

[303] DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, p. 321. El tercer momento, la «decisión», puede darse en dos situaciones diversas: cuando el objetivo del sujeto sea la destrucción del bien jurídico o cuando «el menoscabo del mismo aparezca como consecuencia irrenunciable en la consecución del fin último al que el sujeto aspira».

[304] El elemento de «decisión» no parece tener un contenido propio, sino que responde al esquema clásico de las teorías cognitivas: dolo es acción pese a la representación. Cfr., en este sentido, DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, p. 309: «cuando el sujeto ha aprehendido toda la situación y es consciente de que su acción puede conducir a la lesión de un bien jurídico protegido, así como es consciente de las demás alternativas de comportamiento, llegamos a la toma de decisión. El sujeto debe optar entre la posible lesión o la omisión de todo comportamiento que tal riesgo implique (...) si el sujeto prefiere la posibilidad de lesión de un bien jurídico, anteponiendo así sus particulares intereses, estaremos ante un actuar doloso».

[305] Que la teoría de esta autora es en realidad cognitiva puede comprobarse en los argumentos empleados en su trabajo para resolver diversos casos. Así, en el supuesto de quien acelera un coche a gran velocidad por un circuito de *karts* provocando la muerte de su acompañante (DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, pp. 332-334), se afirma que se cometió un homicidio doloso, porque el sujeto conocía las características del vehículo, las de la vía utilizada, la gran velocidad a que conducía y, además, sabía que él no era un experto conductor. La «decisión» se extrae del hecho de que, pese a tal conocimiento, continuara conduciendo a gran velocidad. En otros casos, como de los siguientes fragmentos se deduce, no parece exigirse siquiera una «correcta aprehensión», pues basta con que la representación se atribuya al autor si la hubiera tenido una persona razonable en su lugar: «Andrés podía tener en cuenta la posibilidad de que una persona del grupo fuera ocultada por los mencionados arbustos (...) previsión que *cualquier persona razonable podía haber tenido*» (*ibidem*, p. 340, cursiva añadida). De este modo es comprensible que esta autora reconozca que «casos que, con la ayuda de teorías tradicionales, aparecen calificados

Pese a no haber desarrollado a fondo sus planteamientos, merece la pena, aunque sólo sea por la representatividad del autor, comentar la propuesta sobre el dolo de *Bernd Schünemann*[306]. Este autor parte de la idea de que la pena más grave de los delitos dolosos se justifica, por un lado, en un mayor grado de conocimiento por parte del sujeto que se traduce en una evitabilidad cualificada y, por otro lado, en la constatación de un déficit personal en dicho sujeto, que se muestra como alguien especialmente peligroso para un determinado bien jurídico[307]. Estas dos ideas llevan a que *Schünemann* distinga otros tantos niveles dentro del dolo: uno cognitivo relacionado con el injusto y otro emocional, a ubicar en la culpabilidad. En el ámbito del injusto entiende este autor que concurren tres grados posibles de representación del riesgo de realización típica («considerar posible», «considerar probable» y «certeza») y tres más en el de la culpabilidad («deseo», «indiferencia» y «rechazo»), que dependen de la actitud emocional del sujeto con respecto a la eventual realización del tipo[308]. Existirá dolo cuando, por lo menos, uno de los dos niveles se dé en su grado intermedio, lo que con respecto a las situaciones límite lleva a afirmar que únicamente se excluye la imputación dolosa cuando el sujeto tiene por posible un resultado, pero no desea su producción[309].

Dejando a un lado la cuestionable partición del dolo y su ubicación en dos escalones distintos de la estructura del delito, la propuesta de *Schünemann* parece resucitar antiguos fantasmas de la teoría del consentimiento, pues *reanima* las actitudes emocionales del sujeto que la doctrina había ido neutralizando con el paso de los años y pasa a ubicarlas en la culpabilidad[310]. Además, el hecho de que el dolo se excluya cuando el sujeto se representa como posible la realización del tipo pese a considerarla indeseable, lleva a castigar como meras realizaciones imprudentes casos como el de la «correa de cuero»[311]. Como *Herzberg* pone en evi-

como imprudentes, resultan dolosos en base a la clasificación que aquí se propone», aunque sorprende la afirmación correlativa de que «la ampliación práctica del dolo no debe, sin embargo, ser interpretada como una ampliación teórica del mismo (consecuencia a la que se llega defendiendo teorías de corte cognitivo ...)» (*ibidem*, pp. 350-351).

[306] Los planteamientos de este autor pueden encontrarse en SCHÜNEMANN, *GA*, 1985, p. 360 ss. Para su propuesta *de lege ferenda* sobre el dolo, cfr. *ibidem*, p. 363 (cfr. *supra* I.3); para su propuesta *de lege lata*, *ibidem* p. 364. También se aborda la cuestión del dolo en EL MISMO, *Chengchi Law Review*, 50 (1994), p. 250 ss.

[307] Cfr. SCHÜNEMANN, *GA*, 1985, p. 362. Cfr. también EL MISMO, *Chengchi Law Review*, 50 (1994), p. 269 ss.

[308] Cfr. SCHÜNEMANN, *GA*, 1985, p. 364.

[309] Cfr. SCHÜNEMANN, *GA*, 1985, p. 364 y EL MISMO, *Chengchi Law Review*, 50 (1994), p. 272.

[310] El planteamiento de *Schünemann* entronca con los autores que defienden una doble posición del dolo en el injusto y en la culpabilidad (cfr. *supra* I.2, nota 37).

[311] En su segundo trabajo sobre la cuestión, SCHÜNEMANN, *Chengchi Law Review*, 50

dencia, con el planteamiento de *Schünemann* el sujeto que apuesta una fuerte suma de dinero jugando a la ruleta rusa contra la cabeza de otro individuo y tiene la mala suerte de que sale la bala debe ser condenado únicamente por imprudencia, pues sólo se ha representado el resultado como posible (una única bala en un tambor donde caben seis) y la producción del resultado le desagrada, pues con ella pierde la apuesta[312].

A la vista de los planteamientos expuestos, puede afirmarse que las teorías de la «decisión contra el bien jurídico» son tal vez la muestra más patente de que, desde el *Lederriemenfall,* la dogmática del dolo se encuentra inmersa en una batalla esencialmente terminológica[313]. La dificultad que comporta encontrar las palabras adecuadas para plasmar un concepto de dolo parece ser lo que impulsa a *Roxin* o *Hassemer* a propugnar un modelo de dolo *abierto*, sólo esbozado con la idea de «decisión». Sin embargo, esta opción plantea dos evidentes problemas: por un lado, parece abrir las puertas a una cierta inseguridad jurídica pues, si la propia doctrina se ve incapaz de concretar el concepto de dolo, ¿cómo podrá hacerlo el juez en los casos que se le presenten? En relación con esta cuestión surge el temor de que la idea de «decisión», por demasiado imprecisa, pueda acabar justificando, valga el juego de palabras, *un mero decisionismo ad hoc* y una renuncia a la tradicional tarea de la dogmática de crear conceptos claros y generalizables. En segundo lugar, los indicadores que estos autores propugnan recuerdan demasiado a los empleados por otras teorías, por lo que se tiene la sensación de que, pese a crearse un concepto *abierto*, éste se *cierra* con los criterios más habituales (conocer y querer) cuando se detallan tales indicadores[314].

Buena prueba de lo anterior es que, cuando algunos autores que asumen la idea de «decisión contra el bien jurídico» tratan de concretar el concepto de dolo, vuelven éstos a los elementos tradicionales y dan cobijo, bajo esta fórmula o la de «asunción de las circunstancias constitutivas del injusto», a las más dispares teorías que se han mantenido en las últimas décadas. Su intuición inicial es buena: como afirma *Roxin*, en el fondo casi todas las teorías aciertan en su resolución de la mayor parte de los casos y todas ellas arrojan luz sobre algunas cuestiones específicas. Su solución, sin embargo, resulta engañosamente sencilla: en lugar de buscar el denominador común a todas estas teorías e intentar poner un poco de orden en lo terminológico, se opta por agruparlas como suministradoras de indicadores de la vacua expresión «decisión contra el bien jurídico»[315]. Por esta vía se construye un concepto de dolo para cuya definición hacen falta varias líneas y se mezclan indicadores y conceptos de tal manera que a menudo resulta difícil saber con exactitud cuándo se está hablando de qué es el dolo y cuándo de cómo se puede determinar[316]. Tal vez el problema venga de los fundamentos de esta teoría, pues, de entrada, resulta difícil apreciar avance alguno en la afirmación de que dolo es «decisión contra el bien jurídico», porque las preguntas inmediatas son qué quiere decirse con tal «decisión» y cuándo concurre ésta[317]. Todo indica que la solución tiene que ir necesariamente en la dirección opuesta: simplificación terminológica y búsqueda de criterios que resulten comprensibles y manejables para los aplicadores jurídicos.

(1994), pp. 272-274, apuesta por una cierta objetivación de los elementos del dolo, especialmente del elemento volitivo, lo que debe aligerar los problemas de prueba. Cfr. también EL MISMO, *en Problemas jurídico penales del SIDA*, p. 49, donde se dedican calificativos harto elogiosos a planteamientos cognitivos como los defendidos por *Jakobs* o *Frisch*.

[312] Cfr. HERZBERG, *JZ*, 1988, p. 636.

[313] De ahí la afirmación de HASSEMER, *ADPCP*, 1990, p. 927 (nota 79), de que «en la doctrina existe unanimidad sobre lo que es en esencia el dolo, pero ésta se ve ocultada por las tradicionales paráfrasis».

[314] Tal vez por este motivo manifieste KARGL, *Der strafrechtliche Vorsatz*, p. 39, sus sospechas de que con la idea de «decisión» «no se expresa nada que no estuviera ya dicho con el antiguo "consentimiento"».

III.6. LAS CLAVES DEL CONSENSO

Los planteamientos expuestos en el curso de este Capítulo conforman lo que aquí se ha optado por denominar *situación de consenso divergente*. Entre todas estas teorías existe un acuerdo práctico sobre el fondo de la cuestión del dolo y sus discrepancias sólo afectan a la termi-

[315] Sin acoger expresamente este planteamiento, algo parecido intenta SCHROEDER, *LK*, § 16, n.º marg. 93, quien defiende una perspectiva en la que el dolo se basa en elementos tomados de diversas teorías: «existe dolo eventual cuando el autor tiene por posible y aprueba la realización del tipo, la tiene por probable o la afronta con absoluta indiferencia».

[316] Un grave problema que plantean estas teorías se debe al hecho de que, a menudo, establezcan indicadores subjetivos para la determinación de conceptos también subjetivos, con lo que no se gana nada a efectos prácticos, pues los primeros presentan los mismos problemas procesales que los segundos. Así, por ejemplo, DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, p. 321, afirma que la representación y la decisión como indicadores del dolo «deberán, por su parte, ser atribuidas al sujeto en base a indicadores externos, entre los que se encuentran la capacidad de evitar el resultado por parte del sujeto o su valoración correcta de dicha capacidad». Esta última afirmación muestra lo intrincado de la teoría: el dolo se define como «decisión contra el bien jurídico», concepto dispositivo que debe concretarse a través de tres indicadores: el grado de peligro, la representación del sujeto y su «decisión»; estos dos últimos elementos tampoco son directamente constatables, por lo que se debe acudir a ulteriores indicadores externos como la capacidad de evitar el resultado por parte del sujeto o su valoración correcta (¿indicador externo?) de dicha capacidad.

[317] En esta línea, afirma KARGL, *Der strafrechtliche Vorsatz*, p. 48, que «la unión de voluntad y representación bajo el techo común de la "decisión" no comporta avance alguno mientras se aferre a la posibilidad de diferenciar entre conocer y querer».

nología que debe emplearse para describir los términos de tal acuerdo o, residualmente, al tratamiento que debe dispensarse a supuestos de importancia marginal. Conviene definir ahora, de modo sucinto, cuáles son las claves que permiten sostener la existencia de tal consenso doctrinal más allá de las evidentes discrepancias terminológicas.

En primer lugar, es indiscutible que existe unanimidad entre todas las posturas expuestas en afirmar que el dolo es algo que se fundamenta en determinados fenómenos (conocimiento, voluntad, ...) ubicados en la vertiente interna de los individuos, un tema que, con muy contadas excepciones, está fuera de discusión desde el definitivo abandono del *dolus indirectus* a finales del siglo XVIII[318]. En segundo lugar, existe también acuerdo en exigir para el dolo que el sujeto prevea que, en caso de actuar, puede realizar un tipo penal con su conducta. En este ámbito se discrepa acerca de cuál es la expresión más correcta para caracterizar dicha previsión: «contar con», «tomar en serio», «representación de la posibilidad» o «conocimiento del riesgo» son algunas de las propuestas apuntadas. El hecho de que ninguna de ellas cuantifique de forma minuciosa el grado de riesgo que el sujeto se debe representar no permite una diferenciación nítida entre estas posturas[319]. En este sentido, puede afirmarse que existe acuerdo en exigir que el sujeto se haya representado *un cierto grado de riesgo de realización del tipo*, sin que sea posible concretar mucho más esta idea, ni aportar cuotas exactas de peligro. De todos modos, en lo que existe también acuerdo es en afirmar que para el dolo no basta con la representación de que una conducta es peligrosa en abstracto, sino que el conocimiento de dicha peligrosidad debe referirse al concreto comportamiento que se lleva a cabo.

Algunos de los autores cuyos puntos de vista han sido expuestos en este Capítulo entienden que la concurrencia de la anterior representación es ya suficiente para afirmar el dolo[320]. Otros, por contra, exigen ulteriores elementos de corte pretendidamente emocional-volitivo[321]. Así, se afirma que para el dolo eventual hace falta, además de la representación de un riesgo de realización del tipo, que el individuo «acepte», «se resigne» o «se conforme» con dicha realización[322]. Sin embargo, como se ha puesto ya en evidencia, los autores que defienden la necesidad de estos últimos elementos los caracterizan de una forma tan vacía que su formulación contribuye sin duda a aumentar las divergencias terminológicas, pero no cuestiona el consenso de fondo. Si de la estructura «actuar pese a conocer el riesgo» se deduce siempre una aceptación, ésta no añade nada que no aporten por sí solos los anteriores elementos y, por tanto, su exigencia resulta superflua[323]. Esta realidad es especialmente evidente en aquellos planteamientos que no refieren la «aceptación» o el «consentimiento» a la realización del tipo como resultado de la acción, sino a la peligrosidad de la conducta misma: quien actúa pese a conocer los riesgos de su comportamiento, necesariamente tiene que aceptarlos[324]. Estas últimas perspectivas son la muestra más evidente de lo que *Bacigalupo* ha definido como «la culminación de un proceso de lento aflojamiento de las exigencias "volitivas" del concepto de dolo eventual», cuyo origen puede remontarse al «aprobar en sentido jurídico» de la sentencia del «Caso de la correa de cuero»[325].

Del auténtico «querer» que se reclama en la definición del dolo ya no queda nada cuando se habla de «conformarse» o «resignarse». Que, pese a ello, se continúe exigiendo estos elementos sólo resulta explicable por la negativa de algunos autores a prescindir por completo de un aspecto volitivo en el dolo. Sin embargo, cuando se reemplaza la voluntad

[318] Cfr. FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, p. 3. SCHÜNEMANN, *Chengchi Law Review*, 50 (1994), p. 264, afirma que «tanto en *Von Liszt* como en *Welzel* el dolo radica en una relación psíquica real entre el autor y su hecho que, como fenómeno de la consciencia, viene ontológicamente dado al Derecho penal». Cfr., igualmente, HASSEMER, *ADPCP*, 1990, p. 916: «la parte esencial [del dolo] reside en lo interno, en el momento de la decisión y de la asunción personal». En el mismo sentido, afirma HERZBERG, *JZ*, 1988, p. 636, que la cuestión del dolo es algo que, según las posiciones dominantes, se decide «en la cabeza del autor». En sentido similar, PUPPE, *Vorsatz und Zurechnung*, Heidelberg, 1992, p. 35.

[319] Cfr. ESER/BURKHARDT, *Derecho penal*, pp. 162-163.

[320] Cfr. *supra* III.2.

[321] Cfr. *supra* III.3.B.

[322] ZIEGERT, *Vorsatz*, p. 85, pone de manifiesto que entre todas estas expresiones no existe diferencia sustancial alguna.

[323] En este sentido, PUPPE, *ZStW*, 103 (1991), p. 6. Cfr. también MIR PUIG, *Derecho penal*, pp. 248-249: «la aceptación va implícita en el actuar voluntariamente *sin descartar* la probabilidad del delito» (cursiva en el original) y MAQUEDA ABREU, «La doctrina jurisprudencial sobre la imputación subjetiva en los delitos cualificados por el resultado», en *Elementos subjetivos*, p. 187. FIANDACA/MUSCO, *Diritto penale*, p. 323, pese a mostrarse partidarios de la teoría de la «aceptación del riesgo», admiten que la teoría de la posibilidad puede llevar a resultados muy parecidos cuando se exige que el juicio de posibilidad haya sido formulado con el debido rigor y lo mismo sucede con la teoría del consentimiento si se neutraliza el elemento volitivo y se entiende como «aceptación del riesgo» y no como «aceptación interior». Finalmente, el mismo MIR PUIG, adiciones a JESCHECK, *Tratado*, vol. I, p. 428, se apoya en el hecho de que según *Welzel* la confianza excluya el «contar con» para atribuir a este elemento el mismo papel que en otras teorías desempeña el consentimiento.

[324] En Italia, ROMANO, *Commentario sistematico*, vol. I, art. 43, n.º marg. 17, afirma la concurrencia de dolo eventual en los casos en que el sujeto «se representa la (concreta) posibilidad de la realización del tipo delictivo y acepta tal riesgo». En la doctrina española MIR PUIG, *Derecho penal*, p. 249, sostiene que la aceptación del sujeto no debe referirse al resultado delictivo, sino a la conducta capaz de producirlo. Muy crítico con estos puntos de vista SANCINETTI, *Teoría del delito*, p. 181 ss: o el requisito de la «aceptación» es superfluo o encubre un elemento de actitud interior.

[325] BACIGALUPO ZAPATER, *Lineamientos*, p. 81. En EL MISMO, *Principios*, p. 224, se recalca la idea de que a lo largo del tiempo la jurisprudencia ha ido «reduciendo cada vez más las exigencias de los elementos que debían demostrar la existencia de la voluntad».

por la resignación no cabe duda de que, en realidad, ya se está ante una renuncia implícita a la primera.

> Para reforzar estas ideas resulta especialmente gráfica una comparación propuesta por *Herzberg*. Este autor equipara a quienes afirman que dolo es «conocer y querer» con aquella persona que definiera la palabra «ave» como «animal volador, vertebrado, de sangre caliente y con plumas» y que, al darse cuenta de que los avestruces o los pingüinos no pueden volar, no suprimiera el adjetivo «volador» de la definición inicial, sino que intentase demostrar que «el correr aleteando de los avestruces o los pingüinos también es un volar "debilitado" o un volar "condicionado", un volar "en sentido amplio", es decir, que también en el caso de estos animales es posible encontrar, aunque sea deformada, una capacidad para volar» [326].

Finalmente, entre los autores expuestos se discute qué relevancia debe atribuirse a la confianza del sujeto en que su actuación no va a realizar un determinado tipo penal pese a existir en el plano objetivo un riesgo de tal realización. En este sentido, algunos autores consideran que tal confianza sólo debe excluir el dolo si el sujeto deja de contar con el grado de representación necesario y, así, se habla de «eliminación mental» del riesgo o de «tomarlo a la ligera» [327]. Por contra, otros autores entienden que quien confía no tiene por qué dejar de representarse un determinado riesgo, pero, en cualquier caso, éste ya no acepta o no se resigna a que dicho riesgo llegue a realizarse [328]. La confianza en este último supuesto elimina el aspecto volitivo requerido por la imputación dolosa [329]. En cualquier caso, las conclusiones son idénticas: la *auténtica* confianza excluye el dolo [330].

[326] HERZBERG, *JZ*, 1988, p. 575.

[327] Una relativización de las discrepancias teóricas entre las teorías que sólo exigen para el dolo un elemento cognitivo y las que añaden la voluntad en PUPPE, *ZStW*, 103 (1991), p. 1: «quienes consideran que el dolo es meramente conocimiento también distinguen entre conocimiento en el sentido de simple conocimiento de hechos (objeto de conocimiento) o la previsión de posibilidades y un segundo elemento del conocimiento que es una especie de toma de posición frente a estos hechos conocidos y que se describe como tomar en serio el peligro, juzgar que el resultado es posible, partir de ello, sostener la posibilidad del resultado y no eliminarla mentalmente».

[328] Cfr., entre otros, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro*, p. 102, quien caracteriza los elementos del «conformarse» y el «confiar» como relativos al aspecto volitivo del dolo. En Austria, TRIFFTERER, *Österreichisches Strafrecht*, p. 169, entiende que la confianza del sujeto excluye la «conformidad» de éste con el resultado. WELZEL, *Derecho penal*, p. 84, afirma, en referencia a la imprudencia consciente, que «la representación del peligro puede muy bien coexistir con la confianza en que todo saldrá bien, ya que ambas están ubicadas en diferentes planos anímicos: aquélla es un plano intelectual, ésta en un plano volitivo-activo». Por contra, WEIGEND, *ZStW*, 93 (1981), p. 669, discrepa de las teorías que plantean la confianza como algo separado del «tomar en serio», esto es, de las que admiten que pueden darse casos en que un sujeto «toma en serio» un riesgo, pero a la vez «confía en que no se realice». Afirma este autor que «el individuo irreflexivo no es un acróbata psicológico que tome en serio un peligro y, a la vez, confíe en su no realización; al contrario, si confía en un buen desenlace es porque ha dejado de tomar el peligro en serio a causa de una valoración errónea de la situación o de un optimismo completamente irracional».

Una cierta divergencia que va más allá de lo terminológico parece concurrir en el tratamiento que se propone para los supuestos en los que se da una confianza del sujeto en que el tipo no va a realizarse, pero sin que exista fundamento objetivo alguno para tal punto de vista, es decir, los casos de la denominada *confianza irracional*. En este sentido, mientras algunos autores optan por conceder relevancia a tales fenómenos y por negar el dolo en estos casos, otros entienden que, dada la irracionalidad de la confianza, ésta ya no debe ser tenida en cuenta [331]. Ambas propuestas plantean problemas: mientras la primera solución privilegia los optimismos más infundados, la segunda emplea dos raseros distintos para resolver la cuestión del dolo [332].

Como ya se ha apuntado, el problema de los fenómenos psíquicos irracionales no sólo afecta al caso de la confianza, sino que también puede hacerse extensivo al elemento intelectivo del dolo (*no representaciones irracionales de riesgo*). Éste es un inconveniente que se plantea a las teorías integradas en el *consenso divergente*, pues todas ellas exigen para el dolo un cierto grado de representación. El que la irracionalidad del sujeto lleve a que éste deje de ver riesgos evidentes, o a que confíe sin fundamento alguno, son dos manifestaciones posibles de un fenómeno idéntico al que debe dispensarse un tratamiento similar. En cualquier caso, y como se intentará mostrar en otro apartado de este trabajo, todas las posturas expuestas acaban encontrándose cuando se atiende a las condiciones de aplicabilidad del concepto de dolo [333]. Sólo atendiendo a estas condiciones puede darse una solución convincente a estos problemas.

[329] En este sentido, afirma HERZBERG, *JZ*, 1988, p. 636, que las teorías que parten de la idea de que la confianza excluye el dolo utilizan dos elementos: uno cognitivo-racional (conocer) y otro de pronóstico-irracional (confianza) y añade que «la doctrina dominante designa erróneamente al segundo elemento como "volitivo"». MIR PUIG, en *Elementos subjetivos*, p. 27 (nota 29), entiende que «ni el "tomar en serio" el peligro, ni el "no descartarlo" o "no confiar" en su realización son elementos *emocionales*, sino expresivos de una apreciación *intelectual* del peligro».

[330] Especialmente ilustrativo en este punto ROXIN, *Strafrecht*, § 12, n.º marg. 66.

[331] Cfr. *supra* III.3.C.

[332] Sobre las grandes soluciones apuntadas ante el problema de las confianzas irracionales, cfr. *supra* III.3.C.

[333] Cfr. *infra* XII.4 y XVII.3.

IV. LAS «VOCES DISCORDANTES»

La gran mayoría de soluciones teóricas propuestas para el problema del dolo en el período que va de la sentencia del *Lederriemenfall* hasta la actualidad puede encuadrarse dentro de la situación de *consenso divergente* descrita en el Capítulo anterior. Sin embargo, en las últimas décadas se han alzado algunas voces minoritarias que rechazan abiertamente las claves en que se fundamenta dicho *consenso*. Tal disconformidad se manifiesta de un modo especialmente evidente en las propuestas teóricas de autores como *Walter Kargl, Günther Jakobs, Rolf D. Herzberg* o *Ingeborg Puppe,* auténticas *voces discordantes* que quiebran, con sus novedosos enfoques de la cuestión, la uniformidad de planteamientos que se oculta tras la batalla terminológica en que están enzarzados los restantes autores.

La discrepancia de estas cuatro perspectivas se manifiesta en dos sentidos bien distintos. Por una parte, *Walter Kargl* rechaza en sus recientes trabajos los elementos conceptuales que desde el *consenso divergente* se emplean para caracterizar el dolo, entendiendo que éstos resultan insostenibles desde un punto de vista psicológico-empírico. Como se verá, este autor aboga por una *redefinición del concepto de dolo que tome en cuenta las aportaciones de determinadas disciplinas científicas acerca de fenómenos psicológicos como el conocimiento o la voluntad.* En sentido opuesto, autores como *Jakobs, Herzberg* o *Puppe* se atreven a cuestionar uno de los pilares básicos en que se sustenta el *consenso divergente* y, de acuerdo con esta idea, *ponen en tela de juicio que la cuestión del dolo sea algo que sólo deba dilucidarse atendiendo a la subjetividad del individuo*, introduciendo de este modo en la discusión criterios de corte netamente objetivo. Al análisis de todas estas posturas se dedica el presente Capítulo.

IV.1. LÓGICA EMOCIONAL Y DOLO

En su monografía de 1993, *Der strafrechtliche Vorsatz auf der Basis der kognitiven Handlungstheorie* («El dolo jurídico-penal sobre la base de la teoría cognitiva de la acción»), *Walter Kargl* lleva a cabo el más notable intento hasta la fecha de construir un concepto de dolo que tome como punto de referencia la realidad psicológica del individuo. Como no duda en afirmar este autor en el prólogo de su obra, «en ningún otro ámbito de la dogmática jurídico-penal, la voluntad de normativizar ha despreciado tan a conciencia la perspectiva del autor como en el ámbito del dolo»[334]. Desde su punto de vista, este desprecio es algo que el Derecho penal no se puede permitir si realmente pretende satisfacer necesidades preventivas, pues, prescindiendo del referente individual, la reacción penal se degrada hasta convertirse en un mero instrumento de retribución del hecho: «¿por qué debería alguien que en su entendimiento no quería matar y, por tanto, no ha actuado dolosamente, aprender a no matar dolosamente con la ayuda de la pena?»[335]. Un Derecho penal no puede llamarse preventivo si prescinde por completo de cuál haya sido en el momento de comisión de los hechos la auténtica realidad psíquica del sujeto a quien castiga.

Der strafrechtliche Vorsatz toma como punto de partida las investigaciones del psiquiatra forense *Reinhart Lempp*, quien en 1977 publicó un trabajo basado en el análisis del comportamiento de ochenta jóvenes condenados por homicidio[336]. Según este autor, en tan sólo dieciocho de los ochenta casos podía afirmarse a ciencia cierta que el sujeto hubiera *querido* realmente matar a la víctima; en los restantes, *Lempp* entiende que se produjo una «ocultación del crimen frente a sí mismo» por parte de los jóvenes[337]. Sin embargo, las fórmulas utilizadas por la doctrina dominante para definir el dolo ignoran totalmente esta realidad y tan sólo buscan en el hecho aquellos datos que permitan afirmar la concurrencia de categorías con tan dudosa validez empírica como el consentimiento del autor, o si éste tomó o no en serio el riesgo que se representó. Así, ya en los interrogatorios policiales o judiciales a sospechosos e inculpados, se advierte que por parte de las autoridades existe un interés desmedido por completar las tradicionales categorías conceptuales del dolo eventual y una absoluta renuncia a intentar reconstruir los fenóme-

[334] KARGL, *Der strafrechtliche Vorsatz*, p. 15.

[335] KARGL, *Der strafrechtliche Vorsatz*, p. 69, haciendo suya la pregunta que se formulara SESSAR, *Rechtliche und soziale Prozesse einer Definition der Tötungskriminalität*, Friburgo d. B., 1981, p. 216.

[336] LEMPP, *Jugendliche Mörder. Eine Darstellung an 80 vollendeten und versuchten Tötungsdelikten von Jugendlichen und Heranwachsenden*, Berna, Stuttgart, Viena, 1977.

[337] KARGL, *Der strafrechtliche Vorsatz*, p. 17 ss, remitiendo a LEMPP, *Jugendliche Mörder*, p. 168.

nos psíquicos que verdaderamente acontecieron en el momento del hecho. *Lempp* concluye su trabajo refiriéndose a los casos analizados con la siguiente afirmación:

> si el autor se hubiera representado las consecuencias del hecho, no lo habría llevado a cabo. ¿Qué es, sin embargo, lo que le impidió representarse en dicho momento tales consecuencias? Sin duda, el hecho mismo y su psicodinámica. En cada emoción y en cada agitación están notablemente restringidos el pensamiento y la capacidad de pensar, casi hasta su completa supresión. Cuando menos, el intelecto se encuentra tan determinado por el acontecer del momento, que ya no son posibles pronósticos de futuro o reflexiones sobre las posibles consecuencias[338].

Las ideas de *Lempp* permiten a *Kargl* formular una serie de conclusiones iniciales. La primera de ellas sostiene que las instancias de aplicación del Derecho penal actúan en la convicción de que tienen ante sí a un sujeto que en el momento del hecho ha procedido siempre de modo totalmente racional: dicho sujeto aprehende la existencia de un riesgo, calcula las posibilidades de que dicho riesgo acaezca y, en función de este cálculo y de sus propios intereses, decide o no actuar. Según *Kargl*, este prototipo no concurre en un buen número de casos, como se ha encargado de demostrar la investigación de *Lempp*[339]. La segunda de sus conclusiones iniciales surge al hilo de la tradicional bipartición entre elementos cognitivos y volitivos en las definiciones de dolo. Entiende *Kargl* que no es en absoluto evidente que pueda sostenerse dicha separación atendiendo a la realidad psíquica del sujeto, lo que le lleva a preguntarse: «¿existe una acción en conocimiento de la posibilidad de lesión que no sea una lesión voluntaria? O, más breve aun: ¿existe una acción no dolosa pese al conocimiento de la posibilidad de lesión?»[340]. Llegada a este punto, la argumentación de este autor deriva hacia un orden de cosas en que el dolo se asienta sobre el conocimiento del sujeto, pero ello no comporta, como podría parecer, la creación de un concepto amplísimo de dolo que se extienda hasta el ámbito tradicionalmente ocupado por la imprudencia consciente, sino todo lo contrario, pues, desde su perspectiva, en relativamente pocos casos puede afirmarse que un sujeto realmente *conozca*.

Desde el punto de vista defendido por *Kargl* existen dos posibles formas de conocimiento: una práctica y directa, que se basa en las experiencias vitales del sujeto, y otra reflexiva, abstracta e independiente de

[338] LEMPP, *Jugendliche Mörder*, p. 198. En argumentaciones similares se basa PRITTWITZ, *GA*, 1994, p. 465 ss, para negar la posibilidad de que exista dolo eventual en aquellos casos en que el sujeto ha actuado inmerso en un estado pasional.

[339] Cfr. KARGL, *Der strafrechtliche Vorsatz*, pp. 30-31. De acuerdo con esta idea, PRITTWITZ, *GA*, 1994, p. 462.

[340] KARGL, *Der strafrechtliche Vorsatz*, p. 32.

la situación. El problema de gran parte de las teorías del dolo es que construyen sus conceptos a partir de este segundo género de conocimiento, pese a que éste difícilmente habrá concurrido en el momento de los hechos. Por si esto fuera poco, en muchos supuestos se intenta tomar este conocimiento —de entrada a menudo inexistente— como indicio clave para derivar ulteriormente la voluntad del sujeto, una forma de proceder que, desde el punto de vista psicológico, resulta inadmisible[341]. La búsqueda de elementos volitivos en el dolo es fruto, según *Kargl*, de una concepción reduccionista-racionalista de la cognición, pues del mismo modo que no puede existir una voluntad vacía —no se puede querer lo que no se conoce—, tampoco puede existir un conocimiento vacío, es decir, exento de emotividad, valoración o decisión: *la voluntad y el intelecto no pueden enfrentarse como dos realidades aisladas o contrapuestas.*

La noción correcta de conocimiento propugnada por *Kargl* debe tomarse de la teoría de la *Lógica emocional* («Affektlogik»), formulada por el suizo *Luc Ciompi*[342]. De los planteamientos de esta teoría se deduce que las estructuras afectivas e intelectuales del hombre están configuradas de modo completamente común: *conocer es querer y querer es conocer*[343]. A efectos de la imputación dolosa lo importante es, por tanto, delimitar en qué casos se da el conocimiento adecuado para considerar que el sujeto también *ha querido* algo al actuar. Llegado a este punto, *Kargl* se inclina por una concepción cercana a los postulados de la teoría de la probabilidad:

> un concepto de conocimiento psicológicamente individualizado y, por tanto, eficiente, debe abarcar aquellos elementos de la representación del peligro en que el autor pueda reconocer su «querer» o bien su «decisión». Un conocimiento de posibilidad no es aquí suficiente. Dado que en un mundo contingente literalmente todo es posible, se debe ser muy exigente en la (virtual) admisión de aceptaciones responsables sobre la medida del

[341] Cfr. KARGL, *Der strafrechtliche Vorsatz*, p. 34.

[342] CIOMPI, «Zur Integration von Fühlen und Denken im Licht der "Affektlogik". Die Psyche als Teil eines autopoietischen Systems», en KISKER (ed.), *Neurosen, Psychosomatische Erkrankungen, Psychotherapie*, 3.ª ed., Berlín, 1986. Cfr., igualmente en este ámbito, JANZARIK, *ZStW*, 104 (1992), p. 73 ss. Para una somera exposición de los postulados de la Lógica emocional, cfr. KARGL, *Der strafrechtliche Vorsatz*, p. 61 ss, donde se resumen los planteamientos defendidos por *Ciompi*.

[343] Cfr. KARGL, *Handlung und Ordnung im Strafrecht*, Berlín, 1991, p. 537, donde se afirma que «no hay voluntad sin conocimiento ni conocimiento sin voluntad». Las críticas de este autor a las teorías tradicionales de la voluntad por intentar separar ambos elementos, en *ibidem*, pp. 535-537. Aunque, desde luego, con fundamentos muy distintos, no se halla lejos de *Kargl* H. MAYER, *Strafrecht*, p. 118, quien afirma que, según su concepción, la voluntad consciente es una unidad interior, «la voluntad no es más que una forma de acción de la conciencia en tanto que tal». En sentido contrario, SCHULTZ, *Spendel-FS*, p. 309: «se puede conocer algo sin quererlo, pero no querer algo sin conocerlo».

> peligro representado. Tales exigencias no pueden calcularse matemáticamente en el caso concreto, lo que tampoco es necesario (...) *el peligro debe ser tan elevado que la confianza en un buen desenlace no sería realista*[344].

Según *Kargl* lo trascendente para el dolo es que

> el autor se encuentre con que la mayoría de motivos hablan a favor de que se realice la circunstancia del hecho en cuestión. Lo probable se califica, por tanto, como en alta medida probable, si desde la perspectiva del autor, o bien, si sobre las bases de su conocimiento emocional, son completamente mayoritarios los fundamentos que hablan a favor del mal desenlace del peligro. Sólo en este dolo de probabilidad se auto-reconoce el autor y resulta por ello agradable desde el punto de vista de prevención especial. Y únicamente lo que es efectivo en términos preventivo-especiales tiene una dimensión preventivo-general[345].

Aunque sobre el papel la presente teoría parezca equiparar voluntad y conocimiento en un plano de absoluta disolución, lo cierto es que el segundo factor tiene un papel claramente preponderante sobre el primero en el concepto de dolo que se propugna[346]. Y ello por diversos motivos:

[344] KARGL, *Der strafrechtliche Vorsatz*, pp. 69-70 (cursiva añadida). En su obra anterior, *Handlung und Ordnung*, p. 544, este autor parecía conformarse con un menor grado de representación: «se da *dolosidad* cuando en el momento de su actuación el autor reconoce la realización del tipo (dolo directo) o por lo menos la tiene por concretamente posible (dolo eventual)».

[345] KARGL, *Der strafrechtliche Vorsatz*, pp. 69-70. Las situaciones en que el sujeto actúa por debajo de la representación de la alta probabilidad devienen casos de imprudencia, aunque este autor (*ibidem*, pp. 67-68) sostiene una visión ciertamente peculiar de esta figura en su modalidad consciente: «la imprudencia consciente no puede darse bajo condiciones psicológicas normales. Es un fenómeno patológico. Ello debería ser evidente para la teoría de la decisión, pues no parece tener sentido apreciar en un único comportamiento una determinación a favor y otra en contra de la realización del tipo, ya que, de este modo, se separa el conocer del sentir. Sobre la base de la Lógica emocional sólo es plausible una interpretación del acontecimiento: quien es consciente en el instante de decisión de la conducta de la concreta posibilidad de acaecimiento del resultado, se decide por la lesión del bien jurídico. A quien le falta este conocimiento no se decide contra el bien jurídico y actúa como mucho imprudentemente. Actuar pese a conocer es la decisión misma». Cfr., igualmente, EL MISMO, *Handlung und Ordnung*, p. 540 ss.

[346] En España, aunque desde puntos de partida distintos, parecen llegar a conclusiones próximas OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO/HUERTA TOCILDO, *Derecho penal*, pp. 132-133, pues estos autores sostienen que «quien conoce la *alta probabilidad* de producción de un resultado como consecuencia de su conducta y persiste en practicarla, no puede aducir que careciera de una cierta certidumbre respecto a la emergencia de ese resultado cuando la probabilidad se confirma, una certidumbre nada alejada de la necesariedad característica del dolo directo de segundo grado que fundamenta, justamente, el que, como queda señalado, no pueda decirse que el sujeto no ha querido el resultado» (cursiva añadida). Así, «pretender, como pretenden las tesis extremas de la teoría de la probabilidad, la exclusiva presencia del conocimiento, de un conocimiento aséptico, incontaminado de todo deseo, de cualquier forma volitiva dirigida al resultado, nos parece sumamente difícil».

el más evidente es, sin duda, que se considere decisivo un criterio como el de la (elevada) probabilidad, que claramente pone el acento en la cuestión cognitiva; en segundo lugar, porque, según *Kargl*, la voluntad es algo que no puede deducirse aisladamente en el proceso judicial, mientras que sí lo es el conocimiento, pues «si reconocemos que existe una lógica profunda y una lógica superficial del conocimiento que depende de la situación de interacción, entonces parece posible una comunicación parcial con el mundo de experiencias del acusado»[347]. En cualquier caso, esta forma de ver las cosas obedece a la propia lógica de este autor: *actuar pese a determinados conocimientos implica querer.*

La teoría de *Kargl* supone uno de los esfuerzos teóricos más serios por construir un concepto de dolo que tome en consideración la realidad psíquica del individuo. Sin embargo, en la exposición de este autor no queda del todo claro si, cuando se afirma que el conocimiento es algo deducible en el proceso penal, se está afirmando que lo que debe hacerse es investigar pericialmente la realidad psíquica del sujeto, o si la «comunicación parcial con el mundo de experiencias del acusado» permite que el conocimiento de dicho sujeto se determine haciendo uso de las tradicionales máximas de experiencia aplicadas sobre indicios objetivos. La primera posibilidad parece encajar mejor con los planteamientos globales de *Kargl*, claramente dirigidos a conjugar la realidad psíquica del individuo con la imputación subjetiva, pero plantea claros problemas de aplicabilidad[348]. La segunda opción, sin embargo, desdibuja su teoría, pues todo indica que el contenido de cualquier construcción conceptual en clave psicológico-empírica queda distorsionado cuando ésta se lleva a la práctica a través de reglas de experiencia no necesariamente basadas en investigaciones también psicológicas[349].

Otra objeción que se puede formular a los planteamientos de *Kargl* es atribuible a su punto básico de referencia: las investigaciones de *Lempp*. El análisis de este último autor se basa en el estudio de un delito tan concreto como el de homicidio, cuyas formas de ejecución difieren enormemente de las de muchas otras conductas delictivas, lo que es especialmente evidente cuando la dinámica comisiva de la acción homicida está impregnada de connotaciones de tipo pasional. Sin embargo, no es tan evidente que la racionalidad que *Lempp* niega a la mayor parte de homicidas también desaparezca, en mayor o menor medida, en otros ámbitos de delincuencia. El delincuente racional no tiene por qué ser una *rara avis* en ámbitos como el de la criminalidad económica[350].

Finalmente, y a modo de crítica global, debe afirmarse que una adhesión a los planteamientos de *Kargl* es impensable si no se parte de una aceptación previa de los postulados de la Lógica emocional y de la prevención especial como finalidad de la pena. En cuanto a lo primero debe afirmarse que, sin duda, otras concepciones de la psicología pueden llevar a resultados distintos y desde el ámbito de la aplicación del Derecho no se está en condiciones de aseverar qué punto de vista es el correcto[351]. En cuanto a la admisión de la prevención especial como finalidad de la pena, baste una remisión a las críticas que tradicionalmente se han dirigido a esta teoría y que han abierto enormes interrogantes sobre su viabilidad[352].

IV.2. INTENTOS DE OBJETIVACIÓN

A) Planteamiento: el «Caso del virus del SIDA»

En la última década, una parte de la doctrina ha mostrado especial interés por la problemática que plantea la imputación dolosa cuando en el plano objetivo concurren riesgos mínimos no permitidos, es decir, aquellos supuestos en los que un sujeto crea de modo consciente un riesgo que sólo supera muy levemente las barreras de lo reglamentaria o legalmente tolerado o de la adecuación social[353]. En este ámbito el debate

[347] KARGL, *Der strafrechtliche Vorsatz*, p. 72. En este punto el autor coincide con PUPPE, *ZStW*, 103 (1991), p. 37, quien también entiende que el conocimiento de un sujeto es más fácilmente reconstruible *a posteriori* que su voluntad.

[348] Cfr. *infra* VIII.1.

[349] En sentido similar, EULE-WECHSLER, *Vorsatz und Fahrlässigkeit bei minimal unerlaubten Risiken*, disertación inédita, Bonn, 1996, p. 56.

[350] El mismo KARGL, *Der strafrechtliche Vorsatz*, p. 26, reconoce que la importancia del trabajo de *Lempp* no debe sobredimensionarse, por ceñirse éste al delito de homicidio cometido por autores de determinadas edades.

[351] En esta línea, afirma PUPPE, *NK*, § 15, n.º marg. 117, que tampoco la forma en cómo la Lógica emocional concibe la realidad psíquica del sujeto puede considerarse incontrovertida y, de hecho, otras muchas teorías psicológicas utilizan planteamientos distintos. A modo de ejemplo, autores como KASIELKE/LANDER/SCHMIDT/STRAUß, «Psychologische Aspekte zum Problem der Fahrlässigkeit und des Vorsatzes», *Staat und Recht*, 1964, p. 676, también basan su idea de dolo en determinados planteamientos psicológicos y, sin embargo, llegan a conclusiones distintas a las de *Kargl*, pues entienden que «ambos conceptos [conocimiento y voluntad] se hallan en una relación interna. El hecho psicológico del "querer" implica necesariamente también la "consciencia", pero no al contrario». En este orden de cosas, ya LÖFFLER, *ÖZSt*, 1911, pp. 137-141, se esforzó por demostrar que el concepto de voluntad con que trabajan los juristas es distinto al de los psicólogos, pues un uso de este último en Derecho penal llevaría a resultados que se opondrían al sentimiento de justicia.

[352] Cfr., por todos, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 26 ss.

[353] Una definición de riesgo mínimo no permitido en EULE-WECHSLER, *Vorsatz und Fahrlässigkeit*, p. 1: «riesgos mínimos no permitidos son aquellos riesgos con los que sólo se sobrepasa en escasa medida el límite de la valoración de lo jurídicamente permitido. La probabilidad de realización del tipo sólo se incrementa mínimamente con respecto a lo permitido en el contexto de la acción».

afecta especialmente a aquellas teorías que propugnan el conocimiento del riesgo o de la posibilidad de realización de un tipo como único elemento del concepto de dolo, pues, de acuerdo con sus postulados generales, los autores que las defienden se ven obligados a sostener que un sujeto ha actuado dolosamente siempre que haya conocido un riesgo o lo haya tomado en serio, por insignificante que pueda ser éste. En supuestos en que el grado de peligro creado y representado por un sujeto sea cuantitativamente escaso (aunque no permitido), el castigo por delito doloso puede antojarse a menudo excesivo. Estos problemas se ponen de manifiesto recurriendo al siguiente ejemplo:

> *Un conductor reduce levemente, aunque por debajo de lo reglamentariamente permitido, la distancia de seguridad con el vehículo que le precede en la carretera. Dicha acción se realiza con plena consciencia: el sujeto se da perfecta cuenta de que está creando un riesgo no permitido para la vida de los ocupantes del otro vehículo. De repente el otro coche frena y se produce una colisión de la que resultan muertes. ¿Homicidio doloso?*

Ciertamente, debe reconocerse que, en este concreto punto, las teorías volitivas, o las que defienden la idea de que la confianza excluye el dolo, aportan una solución que puede parecer más adecuada: en el caso del conductor falta la voluntad de realizar el tipo o se está actuando en la confianza de que no va a suceder nada grave y, por tanto, concurre una mera imprudencia. Como se ha dicho, la problemática de estos casos afecta básicamente a las teorías cognitivas: por un exceso de escrupulosidad, el sujeto puede haber «tomado en serio» o «contado con», o incluso «valorado como probable», la realización en el resultado de un riesgo mínimo no permitido, pero la condena por el correspondiente delito doloso prácticamente nunca resulta satisfactoria en casos como éste[354].

En este orden de cosas, el factor al que en buena medida cabe atribuir la revitalización de la discusión del dolo en la segunda mitad de la década de los ochenta y principios de los noventa es la sentencia del BGH alemán sobre el llamado «Caso del virus del SIDA»[355]. La vinculación de este supuesto con el problema de los riesgos mínimos no permitidos es evidente: cuando un portador del virus del SIDA mantiene relaciones sexuales existe un cierto riesgo de contagio para la otra persona, pero éste es muy reducido en un único contacto sexual[356]. Teniendo en cuenta este dato, la doctrina discute sobre si puede considerarse admisible que se condene al portador del virus como autor de una tentativa de homicidio o lesiones cada vez que mantiene relaciones sexuales.

Los hechos sometidos a juicio en esta importante resolución fueron los siguientes:

> *En febrero de 1986 se comunicó al acusado, un ciudadano norteamericano residente en Alemania, que los resultados de las pruebas médicas que le habían sido practicadas ponían en evidencia que se encontraba infectado por el virus del SIDA. El doctor S. le advirtió que para el resto de su vida debía utilizar preservativo en relaciones sexuales de cualquier género, pues el mero contacto de fluidos corporales podía ser suficiente para transmitir la mortal enfermedad. A mediados de julio de 1986 se le reiteró al acusado la gravedad de su dolencia y las posibles consecuencias de mantener contactos sexuales sin preservativo.*
>
> *A pesar de ello, en agosto de 1986, y entre diciembre del 86 y enero del 87, el acusado mantuvo relaciones sexuales con otros dos sujetos sin informar a éstos de la enfermedad que padecía. Se afirma también en los hechos probados de la sentencia que el acusado fue en todo momento consciente del peligro que entrañaba su conducta. El temido contagio no se pudo probar en el caso de uno de los sujetos con que el acusado mantuvo relaciones sexuales y no se llegó a producir en el del otro.*

El *Landgericht* de Nuremberg condenó al acusado como autor de tres delitos de lesiones en grado de tentativa. En el correspondiente recurso su defensa alegó ante el BGH que los estudios científicos mostraban cómo el peligro de contagio era ínfimo, sobre todo en los contactos orales. Sin embargo, en su sentencia el BGH no acepta semejantes argumentaciones y sostiene que en tales contactos también concurre un riesgo

[354] Cfr. EULE-WECHSLER, *Vorsatz und Fahrlässigkeit*, pp. 24-25 y 31. JAKOBS, «El lado subjetivo del hecho de los delitos de resultado en supuestos de habituación al riesgo», trad. C.J. Suárez González, en *Estudios de Derecho penal*, p. 203, hace extensivo el problema a determinadas teorías volitivas: «quien sobrepasa de manera leve el riesgo permitido —por ejemplo, quien conduce a 70 km. por hora por una calle ancha y poco frecuentada de la ciudad— y se representa el riesgo de las posibles consecuencias, ¿comete tentativa de homicidio si —dependiendo de la teoría del dolo eventual que se siga— valora de manera seria, *acepta, aprueba*, toma seriamente en consideración o como las fórmulas delimitativas denominen dicho riesgo?» (cursiva añadida).

[355] El texto de la sentencia en BGHSt, vol. 36, p. 1 ss. El problema no resulta absolutamente novedoso para la jurisprudencia alemana: ya en 1987 se había juzgado en el *Amtsgericht* de Múnich el caso en que una prostituta con SIDA no advirtió a sus *clientes* de que era portadora del virus, siendo condenada por tentativa de lesiones. El texto de esta sentencia en *NJW*, 1987, p. 2314 ss y *NStZ*, 1987, pp. 407-408 (con comentario de ARLOTH). Otros comentarios doctrinales sobre esta última resolución en HERZBERG, «Bedingter Vorsatz und objektive Zurechnung beim Geschlechtsverkehr des Aids-Infizierten», *JuS*, 1987, p. 777 ss y PRITTWITZ, *JA*, 1988, p. 486 ss. Para otras resoluciones de la justicia alemana sobre supuestos similares, cfr. las referencias aportadas por HERZBERG, «Aids: Herausforderung und Prüfstein des Strafrechts», *JZ*, 1989, p. 470 (nota 1).

[356] No está demasiado claro cuál es el riesgo exacto de contagio del SIDA que concurre en un único contacto sexual con una persona infectada, aunque, en cualquier caso, el peligro no parece en absoluto elevado. Al respecto, BRUNS, «Nochmals: Aids und Strafrecht», *NJW*, 1987, p. 2282, afirma que es muy inferior al 5%, mientras que FRISCH, «Riskanter Geschlechtsverkehr eines HIV-Infizerten als Straftat – BGHSt 36, 1», *JuS*, 1990, p. 367, habla de una probabilidad de entre el 0,1 y el 1%.

relevante de infección, aunque éste no se pueda cuantificar porcentualmente[357]. Este tribunal afirma el dolo eventual de lesiones del acusado recurriendo a argumentos sobradamente conocidos: dicho sujeto se representó como posible el contagio y se resignó a que éste se produjera o se conformó con tal posibilidad[358]. Algunos autores reprochan a esta argumentación que no tome en cuenta que, al ser muy bajo el riesgo de contagio, no era tan fácilmente descartable que el acusado hubiera actuado en la confianza de que el virus no iba a transmitirse[359].

Tanto en la doctrina alemana como en la de otros países, la sentencia del BGH ha servido para revitalizar el debate sobre el dolo[360]. Aunque la mayor parte de autores ha abordado el problema en los términos

[357] Cfr. BGHSt, vol. 36, pp. 3-5 y pp. 7-8.

[358] Cfr. BGHSt, vol. 36, p. 9. El BGH (*ibidem*, pp. 10-11) añade que «también en este ámbito el comportamiento doloso requiere el conocimiento *y* voluntad de la realización típica y, en este sentido, la aprobación del resultado típico constituye el elemento esencial de diferenciación. Teniendo en cuenta el extendido conocimiento sobre el riesgo de infección que concurre en los contactos sexuales sin protección, en este caso es evidente que el autor conoce la posibilidad de infección de su pareja. Si pese a ello no desiste de su acción, se conforma con el peligro que ésta entraña o, por lo menos se resigna a su realización». FRISCH, *K. Meyer-GS*, p. 538 ss, ve en esta sentencia una muestra más de la vacuidad del pretendido «elemento volitivo» del dolo eventual. Cfr., en sentido similar, EL MISMO, *JuS*, 1990, p. 366.

[359] Así, BRUNS, «Ein Rückschlag für die AIDS-Prävention», *MDR*, 1989, p. 200. FRISCH, *JuS*, 1990, p. 367, entiende que, ante una probabilidad tan escasa, la posibilidad de que el autor confiara en que el contagio no iba a producirse goza de un fundamento especialmente sólido. Por contra, LUZÓN PEÑA, «Problemas de la transmisión y prevención del SIDA en el Derecho penal español», *PJ*, 23 (1991), p. 94, opina que no puede admitirse la confianza que excluye el dolo si el sujeto no ha tomado medidas para evitar el contagio.

[360] La problemática del dolo en los casos de contactos sexuales llevados a cabo por personas infectadas por el virus del SIDA ha sido tratada, entre otros, en los siguientes trabajos: HERZBERG, «Die Strafdrohung als Waffe im Kampf gegen Aids?», *NJW*, 1987, p. 1461 ss; EL MISMO, «Zur Strafbarkeit des Aids-Infizierten bei unabgeschirmtem Geschlechtsverkehr», *NJW*, 1987, p. 2283 ss; BRUNS, «AIDS, Prostitution und das Strafrecht», *NJW*, 1987, p. 693 ss; EL MISMO, *NJW*, 1987, p. 2281 s; HERZOG/NESTLER-TREMEL, «Aids und Strafrecht – Schreckensverbreitung oder Normstabilisierung», *StV*, 1987, p. 360 ss, esp. p. 363 ss; PRITTWITZ, *JA*, 1988, p. 486 ss; BOTTKE, «Strafrechtliche Probleme von AIDS und der AIDS-Bekämpfung», en SCHÜNEMANN/PFEIFFER (ed.), *Die Rechtsprobleme von AIDS*, Baden-Baden, 1988, p. 171 ss, esp. p. 188 ss; HERZBERG, *JZ*, 1989, p. 470 ss, esp. p. 475 ss; BRUNS, *MDR* 1989, p. 199; PRITTWITZ, «Das "AIDS-Urteil" des Bundesgerichtshofs», *StV*, 1989, p. 123 ss; HILLENKAMP, *Kaufmann-GS*, p. 351 ss; SCHLEHOFER, «Risikovorsatz und zeitliche Reichweite der Zurechnung beim ungeschützen Geschlechtsverkehr des HIV-Infizierten», *NJW*, 1989, p. 2017 ss; FRISCH, *JuS*, 1990, p. 362 ss, esp. p. 366 ss; EL MISMO, *K. Meyer-GS*, p. 534 ss. Comentarios sobre la sentencia del BGH en ROXIN, *Strafrecht*, § 12, n.º marg. 76 ss y PUPPE, *ZStW*, 103 (1991), pp. 8-9. En España, ROMEO CASABONA, «SIDA y Derecho penal», en *Problemas del tratamiento jurídico del SIDA*, Madrid, 1995, p. 67 ss. Finalmente, existen dos importantes obras sobre la problemática penal del SIDA que recogen contribuciones de diversos autores españoles y alemanes: MIR PUIG (ed.), *Problemas jurídico-penales del SIDA*, Barcelona, 1993 y SZWARC (ed.), *AIDS und Strafrecht*, Berlín, 1996.

tradicionales, esto es, basando su solución en los clásicos requisitos del conocimiento, la confianza o la resignación del sujeto, la sentencia ha servido también para poner a prueba ideas especialmente novedosas[361]. Tal es el caso de las propuestas teóricas de *Herzberg* y *Puppe*, quienes sostienen que ciertas características del riesgo generado por el sujeto deben determinar, ya en el plano objetivo, la decisión sobre el dolo o la imprudencia. Estos dos autores llegan a la conclusión fundamental de que *determinados riesgos no permitidos son en sí mismos inidóneos, independientemente de cuál haya sido la representación del sujeto, para fundamentar una imputación dolosa.* Uno de los principales motivos para adoptar tal punto de vista es el razonamiento según el cual dar un protagonismo absoluto a cuestiones como la confianza del sujeto, especialmente en el ámbito de los riesgos mínimos no permitidos, lleva a privilegiar a los autores optimistas y a castigar a los pesimistas o escrupulosos. Un problema ya advertido por *Jakobs*, años antes de la sentencia del BGH, con respecto a determinados riesgos que se crean habitualmente en el ámbito de la circulación rodada.

B) Imputación subjetiva y habituación al riesgo

A nivel global, *Jakobs* caracteriza el dolo en términos exclusivamente cognitivos, pues entiende que la fórmula tradicional de dolo como conocer y querer «se revela desde el principio inadecuada» para dar cabida a los supuestos de dolo directo de segundo grado y de dolo eventual[362]. Desde su perspectiva, «*dolo es conocimiento de la acción junto con sus consecuencias*» y, por lo que respecta a la frontera inferior de dicho conocimiento, es decir, al dolo eventual, éste concurre «*cuando en el momento de la acción el autor juzga que la realización del tipo no es improbable como consecuencia de esa acción*», un punto de vista nada alejado de los planteamientos de *Schmidhäuser, Frisch*, o de los partidarios del «tomar en serio»[363]. La vinculación entre estos autores es paten-

[361] Discuten sobre la cuestión de la confianza HERZOG/NESTLER-TREMEL, *StV*, 1987, pp. 365-366. Crítico con los planteamientos de estos autores, BOTTKE, en *Die Rechtsprobleme*, p. 190 ss. Sobre el pretendido elemento volitivo del dolo cfr. PRITTWITZ, *StV*, 1989, pp. 125-126. Este autor sostiene que la deducción del elemento volitivo del dolo a partir del grado de conocimiento sólo está justificada cuando el sujeto se representa una notable probabilidad de que se realice el tipo, lo que no sucede en este caso. Por su parte, SCHÜNEMANN, *Chengchi Law Review*, 50 (1994), p. 272, cuestiona que en estos supuestos deba condenarse por delito doloso, pues el grado de riesgo que concurre en ellos es mucho menos elevado que el que se da en la circulación rodada, un ámbito en que sólo se suele apreciar realizaciones imprudentes.

[362] JAKOBS, *Derecho penal*, p. 315.

[363] JAKOBS, *Derecho penal*, pp. 316 y 327, resp. (cursiva en el original). La exigencia de la representación de la realización típica como «no improbable» no debe llevar a inscribir a *Jakobs* en la teoría de la probabilidad pues, según este autor, «no improbable» no

te si se tiene en cuenta que *Jakobs* no se conforma con un «mero pensar en la posibilidad del resultado» para apreciar la concurrencia del elemento intelectual del dolo, sino que exige un juicio válido por parte del sujeto de que no es improbable la realización del tipo[364].

Sin embargo, *Jakobs* cree que en determinados ámbitos hace falta introducir matizaciones a esta última afirmación, especialmente en lo que atañe a los riesgos propios de la circulación rodada. Es éste un sector de actividad en el que los intervinientes crean de forma constante riesgos no permitidos de los cuales son, casi siempre, perfectamente conscientes: no respetar en carretera la distancia de seguridad reglamentaria con el automóvil que circula por delante, superar levemente los límites de velocidad autorizados, etc. Esta creación de riesgos —no permitidos, pero habituales— tiene en la práctica destinatarios recíprocos: a veces es un sujeto específico quien somete a otros conductores a dichos riesgos y a veces son otros conductores quienes le someten a él mismo. Dado que cualquier automovilista ha pasado miles de veces por tales situaciones y en la mayoría de los casos no se ha producido percance alguno, en un ámbito como éste existe lo que *Jakobs* denomina una «habituación al riesgo» por parte de los ciudadanos, y ello con independencia de que dichas conductas entrañen una indiscutible peligrosidad estadística[365]. Dicha habituación es imprescindible para poder participar en el tráfico: un conductor tiene que acostumbrarse a dejar de ver la muerte acechándole cada vez que el coche que le sigue reduce la distancia de seguridad pues, si no lo consigue, deberá dejar de conducir «por agotamiento psíquico»[366]. De manera inversa, cuando sea él mismo quien no respete tal distancia, y aunque lo haga con la consciencia de que estadísticamente dicha maniobra comporta cada año un elevado número de accidentes, esta forma de conocimiento no deberá bastar para el dolo[367].

En consecuencia, para afirmar el dolo hará falta, no sólo que el riesgo creado conscientemente por el sujeto no esté permitido, sino que, además, sobrepase la medida de aquellos riesgos sobre los que existe una habituación social. Así, afirma *Jakobs*:

> quien en la circulación rodada —en conocimiento actual del riesgo de resultado— sobrepasa moderadamente la velocidad máxima, o se acerca a menor distancia de la de seguridad, etc., a pesar de su conocimiento, sólo tiene dolo de un tipo de puesta en peligro abstracto; sin embargo, quien adelanta antes de un cambio de rasante en una carretera estrecha, o quien a ciegas se salta un semáforo en rojo tiene dolo de lesión[368].

Todos estos argumentos de *Jakobs* van dirigidos a corregir los resultados a que conduciría una aplicación estricta de los conceptos más usuales de dolo en situaciones que acontecen con una gran frecuencia. Así, dicha aplicación llevaría a afirmar que cualquier reducción consciente de la distancia de seguridad reglamentaria respecto de otro vehículo debería implicar, por lo menos, una condena por tentativa de daños, lesiones u homicidio, según los bienes jurídicos que el conductor se representara estar poniendo en peligro. Este problema se plantea también a autores como *Schmidhäuser*, quien recurre a la solución consistente en

se corresponde necesariamente con «probable» (en el sentido de superior al 50% de probabilidad). La idea se expresa con un ejemplo: el sujeto que juega a la ruleta rusa con una sola bala en un tambor donde caben seis no estima probable que se produzca la muerte (1 posibilidad contra 6), pero dada la probabilidad restante (aprox. un 17%) el acaecimiento de la muerte no es improbable, entendido «no improbable» en el sentido de que el riesgo tiene suficiente entidad para no ser considerado *quantité négligeable* (cfr. *supra* II.3, nota 188).

[364] JAKOBS, *Derecho penal*, p. 327: «el mero "pensar en" u "ocurrirse", sin cualidad de juicio, puede denominarse, si se quiere, imprudencia consciente; sin embargo, ha de tenerse en cuenta que la consciencia en este tipo de imprudencia ya en su contenido no se corresponde con el conocimiento de las consecuencias propio del dolo». Cfr., igualmente, EL MISMO, «El delito imprudente», trad. M. Cancio Meliá, en *Estudios de Derecho penal*, p. 170: «no basta pensar en lo que es probable, sino que ha de ser *valorado como tal*» (cursiva en el original). RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro*, p. 81, entiende que, en la teoría de *Jakobs*, «la línea divisoria entre el dolo y la imprudencia la marca la formulación o no de ese juicio, lo cual es equivalente al elemento volitivo tal como aquí se entiende» (cfr. *supra* III.3.C). Sin embargo, una cosa es que *Jakobs* admita que determinadas actitudes emocionales del sujeto puedan repercutir sobre su grado de representación del riesgo (algo que, por otra parte, también admite *Schmidhäuser* con su recurso a la eliminación mental) y otra cosa distinta es afirmar que el juicio en cuestión tenga un carácter emocional-volitivo.

[365] Cfr. JAKOBS, «El lado subjetivo», p. 202: «un conductor no puede pronosticar seriamente su propia muerte cada vez que el coche que le sigue en la autopista a cien kilómetros por hora reduce la distancia de seguridad a veinte metros. Pero si fuese él quien se comportase de manera incorrecta, ¿cómo podría entonces pronosticar, seriamente, la eventual muerte (tanto la suya como la) de los demás? Probablemente el conductor sepa muy bien que un comportamiento de estas características y con una frecuencia masiva tiene por lo general consecuencias intolerables. Sin embargo, en relación con cada caso en concreto de ahí sólo deriva el conocimiento de una infracción disciplinaria». En EL MISMO, «El delito imprudente», p. 182, se alude a este fenómeno con la expresión «pérdida del miedo». También admite el fenómeno de la habituación al riesgo SCHÜNEMANN, *Chengchi Law Review*, 50 (1994), p. 293. Un intento de trasladar la argumentación de *Jakobs* sobre la habituación al riesgo al terreno de las relaciones sexuales mantenidas por portadores del virus del SIDA en HERZOG/NESTLER-TREMEL, *StV*, 1987, pp. 363-364.

[366] JAKOBS, *Derecho penal*, p. 334 y EL MISMO, «El lado subjetivo» p. 198.

[367] Cfr. JAKOBS, «El lado subjetivo», p. 198: «esta aceptación [de los riesgos que se dan en el tráfico rodado] se produce por medio de la eliminación mental de la representación de las eventuales consecuencias que se suelen producir, lo que significa que el conocimiento teórico de la peligrosidad de la situación se ve eclipsado por el conocimiento, confirmado en la práctica, de la altamente probable ausencia de consecuencias del devenir, y ello en la medida en que la situación se experimenta una y otra vez en la práctica como carente de consecuencias y ni tan siquiera de forma especialmente crítica». Idénticas ideas en EL MISMO, «El delito imprudente», p. 183.

[368] JAKOBS, *Derecho penal*, p. 335. Cfr. también EL MISMO, «El lado subjetivo», p. 199.

afirmar que, en estos supuestos, el conductor elimina mentalmente la representación de peligro concreto o actúa confiando en que no va a pasar nada, lo que le hace perder la consciencia del peligro concreto[369]. Sin embargo, esta solución no puede aplicarse de modo automático a todos los casos y no sirve si se demuestra que el conductor no eliminó mentalmente o simplemente no confío en nada: lleva a castigar al conductor escrupuloso. Por ello *Jakobs* procura normativizar la solución, para hacerla extensiva a todos los casos de habituación al riesgo, prescindiendo de los concretos fenómenos psíquicos que hayan podido darse[370]. Su conclusión viene a decir que *el conocimiento del riesgo estadístico no es todavía relevante para el dolo y por mucho que conductores escrupulosos puedan llegar a determinadas representaciones sobre lo peligroso de su proceder en el caso concreto, dichas representaciones son irrelevantes para la imputación dolosa*[371].

La valoración que merece el planteamiento de *Jakobs* es difícil, en la medida en que también lo es llegar a comprender de un modo exacto la naturaleza del argumento que emplea este autor para dejar fuera del ámbito de lo doloso todas las creaciones conscientes de riesgos mínimos no permitidos aunque habituales. En primer lugar, es obvia la conveniencia de diferenciar las representaciones de peligro estadístico de las representaciones de peligro en la situación concreta. Parece evidente que nadie se plantearía condenar por tentativa de homicidio al conductor que, al no respetar la distancia de seguridad con el vehículo que le precede, pensase simplemente en que a causa de dicha infracción mueren cada año miles de personas. La totalidad de la doctrina exige que el sujeto atribuya peligrosidad concreta a su conducta, pero entiende *Jakobs* que incluso en los casos en que se dé tal atribución debe negarse la imputación dolosa en aquellas infracciones sobre las que existe habituación.

Una forma de interpretar los planteamientos de *Jakobs* es la de entender que lo que realmente postula este autor para los casos de habituación al riesgo es una presunción *iuris et de iure*: ahí donde existe tal habituación debe partirse de que todos los sujetos que crean riesgos no permitidos sólo se representarán, a lo sumo, riesgos estadísticos, pero nunca riesgos concretos. De esta presunción se deriva que nunca existe

[369] Cfr. SCHMIDHÄUSER, *JuS*, 1980, pp. 244-245 y *supra* III.2.

[370] Cfr. JAKOBS, «El lado subjetivo», p. 199: «en estos dos ámbitos, es decir, tanto en el concerniente a los riesgos permitidos como en el de los riesgos que superan el nivel del riesgo permitido, la eventual prognosis del resultado, debe dejar de ser tomada subjetivamente en serio en la práctica, si es que la participación en el tráfico rodado debe seguir siendo algo factible, y de hecho dejará de tomarse en serio si la participación en el tráfico se convierte en una actividad cotidiana rutinaria».

[371] JAKOBS, «El delito imprudente», p. 182, añade que «verse a sí como factor en esa frecuencia estadística y verse a sí mismo como alguien que actúa creando un peligro considerable son dos cosas distintas».

dolo en estos casos, aunque se pudiera llegar a demostrar que la representación del peligro concreto estuvo presente «en la cabeza» del autor. Esta interpretación lleva a afirmar que determinados riesgos se deben consideran *per se* inidóneos para fundamentar una condena por delito doloso, con independencia de cuál haya sido la subjetividad del concreto individuo enjuiciado. Así, la perspectiva de *Jakobs* no se aparta de las doctrinas dominantes más que en un punto concreto: él entiende que *no todo riesgo representado sirve para fundamentar la imputación dolosa.* Según este autor, no sirven para fundamentar tal imputación las representaciones de riesgos habituales no permitidos o, como también afirma, las representaciones de fenómenos sobrenaturales o de riesgos permitidos, por mucho que en su caso el sujeto las valore como notablemente peligrosas[372]. La aportación de *Jakobs* se concreta, por tanto, en una restricción normativa del ámbito de las representaciones de peligro que pueden dar lugar a dolo y, en tal medida, supone una evidente ruptura con el *consenso divergente*, especialmente, con la idea de que el dolo es algo que depende en exclusiva de la subjetividad del individuo y de que, existiendo consciencia (y eventualmente voluntad) de un riesgo no permitido, existe dolo[373].

El principal interés del planteamiento de *Jakobs* viene dado por la explicitación de cómo ante determinados comportamientos se hace muy difícil afirmar la existencia de una realización delictiva dolosa, por mucho que el sujeto realmente haya llevado a cabo un juicio serio sobre la peligrosidad de su conducta[374]. Por un lado, parece indiscutible que en

[372] Sobre la irrelevancia de la representación de acontecimientos no terrenales, cfr. JAKOBS, *Derecho penal*, p. 315: «el dolo faltará cuando el autor se basa en que el suceso está condicionado sobrenaturalmente».

[373] Hay que tener en cuenta que en el sistema de JAKOBS, *Derecho penal*, p. 313, la normativización puede emplearse para dar por irrelevantes determinadas representaciones, pero no así para atribuir a un sujeto representaciones que éste (psicológicamente) nunca ha tenido, pues el § 16 StGB exige conocimiento actual como requisito irrenunciable del dolo. Atribuir al sujeto representaciones con las que en realidad nunca ha contado, supondría una extensión analógica del requisito del conocimiento. Por contra, reducir el ámbito de las representaciones válidas, como hace *Jakobs*, no se opone a la regulación de la materia, en la medida en que tiene un efecto restrictivo del dolo beneficioso para el sujeto.

[374] Esta realidad no puede circunscribirse al ámbito del tráfico rodado, pues existen otras modalidades de conducta en que, sin existir propiamente una habituación social al riesgo, también se hace muy cuesta arriba afirmar el dolo pese a las representaciones del sujeto. En este sentido, HERZBERG, *JuS*, 1986, p. 258, expone el caso del padre que envía a su hijo menor de edad al tejado para que repare una antena. Aunque el padre tome en serio el peligro de esta acción o considere posible la muerte del hijo, parece excesivo entender que el padre ha cometido una tentativa de homicidio si el hijo vuelve sano y salvo. *Herzberg* considera que los casos de habituación al riesgo son supuestos que quedan dentro de los riesgos que él denomina *cubiertos* (cfr. *infra* IV.2.C) y que ya en el plano objetivo nunca pueden dar lugar a dolo. Así, para este último autor (*ibidem*, p. 258), la teoría de *Jakobs* es correcta pero incompleta: hay riesgos sobre los que no existe una

una sociedad habituada a ciertos riesgos lo normal es que en la práctica determinados juicios de concreta peligrosidad no se lleven a cabo o que, si se realizan, éstos no transciendan más allá de la psique del autor. Sin embargo, no es inimaginable que en algunos supuestos (p. ej. un sujeto confiesa que mediante una reducción de la distancia de seguridad intentó embestir al coche que le precedía) tal juicio pueda llegar a trascender más allá de lo psíquico y a impregnar la conducta de una dolosidad que no es posible pasar fácilmente por alto[375]. Sin embargo, si se transforma en *iuris tantum* la presunción *iuris et de iure* formulada por *Jakobs*, el planteamiento de este autor ya no se diferencia de las teorías dominantes, en la medida en que también éstas exigen para la afirmación del dolo cierta actividad probatoria para enervar otra presunción: la de inocencia.

C) El *peligro descubierto* como criterio de distinción

Entiende *Rolf D. Herzberg* que la discusión sobre la delimitación entre dolo e imprudencia se encuentra en un callejón sin salida, pues es posible detectar puntos débiles en todas las teorías que han sido defendidas hasta el día de hoy[376]. De entrada, todas ellas construyen su definición de dolo a partir de la representación del sujeto, pero en determinados casos, y aunque se dé dicha representación, no parecen muy dispuestas a apreciar una realización dolosa, por lo que recurren a factores de tan dudosa existencia como la eliminación mental del riesgo o el tomar dicho riesgo a la ligera[377]. *Herzberg* constata —no sin razón— que cuando las doctrinas dominantes se encuentran ante riesgos pequeños muestran una clara predisposición a negar el dolo, mientras que si el riesgo es elevado tienden de un modo casi inmediato a afirmarlo[378]. Ello

habituación social que tampoco pueden dar lugar, ya en el plano objetivo, a una imputación dolosa.

[375] El análisis de esta problemática se retoma *infra* XVII.4.A.1.

[376] Cfr. HERZBERG, *JuS*, 1986, p. 249.

[377] Críticas a los planteamientos más extendidos en HERZBERG, *JuS*, 1986, *passim*. Sobre *Schmidhäuser* se afirma, por ejemplo, que tal vez sea cierto que en la práctica del tráfico rodado muchas veces se dan eliminaciones mentales del riesgo por parte de los conductores, pero a partir de ello no puede derivarse una argumentación jurídica: ¿se estaría dispuesto a condenar también por dolo al conductor que provocó un accidente siempre que no hubiera eliminado mentalmente la representación de peligro? (*ibidem*, p. 250). Las teorías del «tomar en serio» tampoco dan una solución mejor: ¿debería condenarse por homicidio doloso al maestro que deja bañar a sus alumnos en un río peligroso en función de si «tomó el riesgo en serio» y sólo como autor de un homicidio imprudente si «tomó el riesgo a la ligera»? (*ibidem*, p. 250).

[378] En esta línea, HERZBERG, *JuS*, 1986, p. 252, critica a la teoría del «tomar en serio» que ésta acabe afirmando que el sujeto toma en serio el riesgo allí donde *debe* tomarse en serio: criterios objetivos para la imputación subjetiva. Cfr., también, EL MISMO, *JZ*, 1988, pp. 638-639.

lleva a este autor a plantearse que, tal vez, la solución a esta problemática no sólo deba depender de las representaciones del sujeto, sino también de la calidad objetiva del riesgo creado y advertido. En este sentido afirma *Herzberg* que «*el dolo no depende de si el autor ha tomado en serio un peligro reconocido, sino de que haya reconocido un peligro a tomar en serio*»[379].

Según este autor, dentro de los riesgos no permitidos es posible distinguir dos modalidades: los peligros *cubiertos (abgeschirmte)* y los peligros *descubiertos (unabgeschirmte)*. Concurre un peligro *cubierto* cuando en el momento del hecho existen circunstancias que permiten confiar objetivamente en que el tipo no va a realizarse. Dichas circunstancias son, ante todo, el cuidado de la propia víctima o del mismo autor: peligro *cubierto* es, por tanto, aquél que la víctima puede reconocer y, prestando atención, evitar, o el que el autor puede confiar, de un modo fundamentado, en mantener bajo control[380]. El peligro *descubierto*, por contra, concurre en aquellos supuestos en que no existen fundamentos objetivos para la confianza racional en la no realización del tipo penal: éste es el caso, por ejemplo, en que se duda sobre la edad de la víctima en los abusos sexuales, o en que se dispara contra alguien sin que éste tenga posibilidad alguna de evitar que la bala le alcance[381].

El conocimiento por parte del sujeto de un peligro cubierto *fundamenta la imprudencia, mientras que si lo que conoce dicho sujeto en el momento de actuar es un peligro* descubierto, *se está ante un caso de dolo*[382]. Sin embargo, los peligros *descubiertos pero lejanos*, tampoco

[379] HERZBERG, *JuS*, 1986, p. 262 y EL MISMO, *JZ*, 1988, p. 639 (cursiva añadida). A esta afirmación se debe que RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro*, p. 95, interprete la teoría de *Herzberg* como una objetivación de la teoría del «tomar en serio».

[380] Cfr. HERZBERG, *JuS*, 1986, p. 254. Los casos en que el sujeto confía racionalmente en poder controlar el riesgo vinculan parcialmente a este autor (*ibidem*, p. 258) con los planteamientos de *Armin Kaufmann* (cfr. *supra* III.4), aunque para el primero la teoría del segundo resulta demasiado limitada, pues no contempla los supuestos en que quien crea el riesgo confía en que será la propia víctima quien lo controlará. En HERZBERG, *JZ*, 1988, p. 635, se aportan ejemplos de peligros *cubiertos*: el maestro que deja bañar a sus alumnos en una poza, encender un cigarrillo en una habitación llena de material de embalaje donde está prohibido fumar. Para este concepto, cfr. igualmente, EL MISMO, *JZ*, 1989, p. 476.

[381] Cfr. HERZBERG, *JuS*, 1986, pp. 255-256. En EL MISMO, *JZ*, 1988, p. 639, se concreta la definición: concurre un peligro *descubierto* «cuando durante o después de la conducta del autor debe interponerse la suerte, el azar o una buena dosis de ambos para que el tipo no se realice, esto es, cuando el autor, con base en un juicio *racional*, no puede confiar en absoluto o no de manera eficaz en que, durante o después de su conducta peligrosa, la *actividad* propia o ajena de alguna manera *se haga con el control* del peligro» (cursiva en el original).

[382] Cfr. HERZBERG, *NJW*, 1987, p. 1464, quien afirma que la diferencia entre dolo (conocimiento de un peligro *descubierto*) e imprudencia consciente (conocimiento de un peligro *cubierto*) se establece en el plano de lo objetivo, mientras que la diferencia con la

darán lugar a dolo, en la medida en que la realización del tipo pueda considerarse un caso de auténtico infortunio[383].

Herzberg se conforma para afirmar el dolo con que el sujeto se represente un peligro *descubierto*, pero sin que haga falta que lleve a cabo valoración alguna sobre la calidad de dicho peligro: el juicio sobre si un riesgo sirve o no para fundamentar el dolo tiene una naturaleza meramente objetiva[384]. Como se puede apreciar, el criterio de la confianza queda totalmente objetivado en los planteamientos de este autor: la calidad objetiva del peligro traza la línea entre aquellos casos en que se puede confiar y aquéllos en los que no[385]. Aplicando estas ideas a los supuestos de contactos sexuales llevados a cabo por personas infectadas con el virus del SIDA, *Herzberg* entiende que en estos supuestos se crea conscientemente por parte del autor un peligro *descubierto*. Al mantener relaciones sexuales sin protección, quien es portador del virus lleva a cabo una acción peligrosa para la salud de su pareja frente a la cual no existen factores de contención del riesgo —ni por parte del autor, ni por parte de la víctima desinformada— que puedan fundamentar objetivamente una confianza en que el contagio no va a producirse[386].

imprudencia inconsciente y el error de tipo se lleva a cabo en un nivel subjetivo, en la medida en que éstos se caracterizan por el desconocimiento del peligro; cfr., igualmente, EL MISMO, *JZ*, 1988, p. 641.

[383] Cfr. HERZBERG, *JuS*, 1986, p. 256. El autor utiliza este criterio para dejar fuera del ámbito de lo doloso casos como el siguiente: «¿debería existir, por ejemplo, una tentativa de homicidio si alguien a las tres de la madrugada, con la absurda esperanza de un resultado mortal, arroja un ladrillo al jardín del vecino?». Pueden apreciarse algunas similitudes entre el punto de vista de este autor y las restricciones objetivas que SANCINETTI, *Teoría del delito*, p. 199 ss, plantea a su concepto cognitivo de dolo, especialmente en el caso de los peligros remotos.

[384] Cfr. HERZBERG, *JuS*, 1986, p. 261. Este autor entiende que «para el dolo lo decisivo es el *conocer*, no la *fe*» (cursiva en el original). En el fondo de sus planteamientos subyace la idea de que, de la misma manera que los meros deseos no pueden fundamentar el dolo, las meras esperanzas no pueden excluirlo (entendiendo que, tanto deseos como esperanzas, no son más que «creencias o fe»).

[385] La teoría de *Herzberg* puede parecer, a primera vista, próxima a aquéllas que entienden que sólo la confianza *racional* en el no acaecimiento del resultado excluye el dolo cuando se ha conocido el peligro (cfr. *supra* III.3.C). Sin embargo, existen algunas diferencias: *Herzberg* niega siempre el dolo cuando concurre un peligro *cubierto*, sin que importen las intenciones del sujeto; además, tampoco es evidente que la *cobertura* del peligro sea el criterio que postulan los partidarios de la irrelevancia de las confianzas irracionales para determinar dicha irracionalidad (cfr. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro*, pp. 100-102).

[386] Cfr., al respecto, HERZBERG, *NJW*, 1987, p. 1464 ss; EL MISMO, *JuS*, 1987, p. 782 y EL MISMO, *JZ*, 1989, p. 476: «el acusado tuvo dolo de dañar la salud en proporciones vitalmente peligrosas porque no sólo era consciente de que el riesgo de contagio no estaba permitido, sino porque también era un riesgo *descubierto*». En este caso, aplicando la teoría de *Herzberg*, es correcta la condena por tentativa de lesiones. El autor matiza que cuando se emplea un preservativo por parte del portador del virus existe una confianza objetivamente fundada en la contención del peligro, por lo que no concurre dolo, aunque

Los planteamientos de *Herzberg* deben hacerse acreedores de merecidos elogios, en la medida en que indiscutiblemente plasman una nada desencaminada crítica contra algunos de los habituales *tics* de las teorías cognitivas, sin por ello volver al elemento volitivo del dolo, que este autor rechaza, si cabe, con mayor contundencia que las primeras[387]. Ya se ha puesto de manifiesto al analizar los planteamientos de *Jakobs* que, en determinados casos, el significado objetivo de la conducta lleva a considerar desproporcionado su castigo como dolosa, prescindiendo incluso de cuál haya sido la representación del sujeto[388]. *Herzberg* va más allá que *Jakobs* y, si éste pretendía dejar fuera de lo doloso los riesgos sobre los que existe habituación social, el primero excluye también aquellos supuestos en que el sujeto conoce un riesgo que objetivamente se puede calificar de *cubierto*, mientras que se mantienen en el ámbito doloso los casos de conocimiento de riesgo *descubierto no remoto*. Y ello siempre con independencia de las valoraciones acerca del grado de peligro o de las intenciones que haya podido tener al respecto el sujeto[389]. Así, el criterio basado en la *cobertura* del peligro no comporta propiamente ni una ampliación ni una reducción del ámbito de lo doloso en comparación con las teorías más usuales, sino un tratamiento globalmente distinto: se dan casos en que un peligro *descubierto* habría dado lugar sólo a imprudencia desde planteamientos mayoritarios, a causa de la confianza o eliminación mental del riesgo por parte del sujeto; por contra, en casos de peligros *cubiertos Herzberg* excluye siempre el dolo, mientras que las teorías tradicionales lo afirmarían si el autor hubiera conocido el peligro, lo hubiera tomado en serio o hubiera querido su realización en el resultado[390].

Sin embargo, la postura de *Herzberg* también parece presentar algunos puntos problemáticos. En primer lugar, su distinción entre peligros *cubiertos* y *descubiertos* establece una división demasiado sesgada entre

puede tratarse de un riesgo permitido; cfr. EL MISMO, *JZ*, 1988, p. 642 (nota 42). Uno de los autores que acoge el criterio del peligro *descubierto* para resolver el caso del SIDA es SCHLEHOFER, *NJW*, 1989, pp. 2019-2020.

[387] Sobre el rechazo a la presencia de posibles elementos volitivos en el dolo, cfr. los sólidos argumentos expuestos, especialmente, en HERZBERG, *JZ*, 1988, pp. 573-575 y 635-638.

[388] Así, aunque JAKOBS, *Derecho penal*, p. 333, rechaza la teoría de *Herzberg*, se muestra de acuerdo con este autor en una idea: «no es posible fundamentar que el conocimiento al que se llega por exceso de escrupulosidad aumente la inculpación, ni que cada vez que el autor sobrepase mínimamente el riesgo no permitido haya de considerarse ello relevante para la decisión».

[389] Cfr. HERZBERG, *JZ*, 1988, pp. 635-636.

[390] El mismo autor describe el fenómeno: al importar única y exclusivamente el conocimiento de determinados peligros, las intenciones, deseos o valoraciones sobre el riesgo, que en otras doctrinas desempeñan un papel clave, en la de *Herzberg* no tienen trascendencia alguna; cfr. HERZBERG, *JZ*, 1988, p. 639.

los riesgos que objetivamente pueden fundamentar el dolo y los que no[391]. En este sentido, existen peligros *descubiertos* ante los que resulta difícil afirmar un comportamiento doloso; éste sería, por ejemplo, el supuesto en que un conductor corta una curva sin visibilidad, de tal modo que sea imposible, en caso de que se avecine otro coche en sentido contrario, que alguno de los dos conductores disponga de tiempo para reaccionar. Es evidente que en este caso el conductor ha creado conscientemente un peligro *descubierto*, pero también lo es que la condena por homicidio doloso resultaría excesiva[392]. Por contra, parece que no habría que renunciar a apreciar tentativa en aquellos casos en que objetivamente existe un *factor de cobertura* del peligro que *ex ante* fue desconocido por el sujeto[393]. En segundo lugar, otro problema evidente de la teoría de *Herzberg* viene dado por la dificultad que comporta establecer, incluso desde un prisma objetivo, cuándo concurre un peligro *descubierto*[394].

[391] Como es obvio, todos aquellos autores que parten de que el dolo tiene un fundamento exclusivamente psíquico critican a *Herzberg* la introducción de criterios objetivos. Según BRAMMSEN, *JZ*, 1989, pp. 79-80, «con su ubicación de la problemática del dolo en el tipo objetivo *Herzberg* se acerca peligrosamente al antiguo *dolus indirectus*». RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro*, pp. 100-101, afirma que objetivizar las situaciones de confianza y prescindir de la vertiente interna del sujeto «puede dar lugar a la sospecha de presunción de dolo» y que no «se entiende que la intención (dolo directo de primer grado) no fundamente "dolo" cuando el peligro está "cubierto"».

[392] En esta línea se dirige la crítica de PUPPE, *NK*, § 15, n.º marg. 86: «según *Herzberg* la imprudencia grave e incluso la mediana se consideran dolo». Muy problemáticos son también para la teoría de *Herzberg* los casos en que el conocimiento del sujeto debe referirse a una circunstancia preexistente como, por ejemplo, la edad de la víctima en unos abusos sexuales o la ajenidad de una cosa en un hurto. En estos supuestos, *Herzberg* se ve abocado a afirmar siempre la concurrencia de un peligro *descubierto*, porque evidentemente, ni la atención propia ni la ajena (que sí pueden evitar que el riesgo se realice en el resultado) pueden cambiar la edad de un menor o el propietario de una cosa. En todos estos supuestos el autor que actuase en la duda lo haría para *Herzberg* dolosamente, al no existir factores posibles de cobertura del riesgo. Ello parece excesivo en casos en que, por ejemplo, el autor pudo haberse planteado que la víctima era menor, pero, a partir de otros factores objetivos (apariencia física, madurez), haber creído —erróneamente— que era prácticamente imposible que no fuera mayor de doce años.

[393] Por ejemplo, un terrorista coloca una bomba dentro de una bolsa de deporte al lado de una comisaría, pero los policías ven el objeto sospechoso y la desactivan. JAKOBS, *Derecho penal*, p. 333, critica que «resulta arbitrario diferenciar entre una reducción de peligro que se efectúa antes de la creación de peligro (ejemplo: el autor apunta cuidadosamente antes de lanzar una piedra al lugar situado junto a la cabeza de una persona; no se despejaría el riesgo) y una reducción posterior (ejemplo: la víctima quizá pueda esquivar la piedra; sí se despejaría)». También en sentido crítico afirma PUPPE, *NK*, § 15, n.º marg. 86, que la distinción entre peligro *cubierto* y *descubierto* resulta manipulable, en la medida en que en los casos de peligro *cubierto Herzberg* parece sólo fijarse en las circunstancias que fundamentan la cobertura, sin tener en cuenta que éstas pueden estar acompañadas por un número mayor o menor de otras circunstancias que hablen a favor de la no cobertura del peligro y, por contra, cuando presta atención a éstas, *Herzberg* se inclina por afirmar la presencia de un peligro *descubierto*.

[394] Cfr., por ejemplo, el caso planteado por DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, p. 234. Idéntica crítica formula RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro*, p. 101. A ello puede replicarse que tampoco otras cuestiones *objetivas* que se tratan en la teoría del delito están exentas de supuestos-límite, como por ejemplo, la determinación de si un sujeto está o no en posición de garante, o si el riesgo que éste ha creado es o no objetivamente previsible para imputarle el resultado. Así se defiende de estas críticas el propio HERZBERG, *JuS*, 1986, p. 255 y EL MISMO, *JuS*, 1987, p. 781, donde añade que aun más difícil es diferenciar cuándo el autor ha tomado el riesgo en serio, cuándo se ha conformado con éste, etc. También se critica a *Herzberg* que su distinción basada en la calidad del peligro no es fácilmente trasladable a determinados delitos, como las injurias, las coacciones o la malversación; cfr., en este sentido, WESSELS, *Strafrecht*, § 7, n.º marg. 227. Esta crítica no es de recibo: igual dificultad plantean estos tipos a las teorías dominantes sobre el dolo: ¿cómo puede tomarse en serio el riesgo de una injuria? ¿cómo puede alguien conformarse con el riesgo de una malversación?

No es correcta, sin embargo, la crítica según la cual *Herzberg* crea un concepto de dolo enteramente objetivo, pues este autor sigue exigiendo el conocimiento del riesgo por parte del sujeto como requisito irrenunciable para la imputación dolosa[395].

D) Peligro de dolo – peligro de imprudencia

Un paso más en los intentos de aportar criterios para, ya en el plano de lo objetivo, distinguir qué riesgos son aptos para fundamentar una imputación dolosa, puede apreciarse en los planteamientos de *Ingeborg Puppe*. Esta autora parte de la idea de que, pese a que prácticamente todas las teorías hacen depender la existencia del dolo de cómo valora el sujeto una situación objetiva de riesgo, en realidad, debe ser «el Derecho y no el autor el competente para decidir sobre la relevancia jurídica del peligro de realización del tipo de que es consciente dicho autor»[396]. La opinión dominante entiende que objetivamente cualquier riesgo es apto para dar lugar a dolo o imprudencia y que la concurrencia de éstos sólo depende de la orientación psicológica con que el sujeto se haya enfrentado a dicho peligro[397]. *Puppe* se declara en manifiesto desacuerdo con este punto de vista: como *Herzberg*, entiende ella que ya en el plano ob-

[395] De ahí que deba juzgarse en principio improcedente la crítica de BRAMMSEN, *JZ*, 1989, p. 79, quien acusa a la teoría de *Herzberg* de acercarse peligrosamente a las presunciones de dolo.

[396] PUPPE, *NK*, § 15, n.º marg. 61. LA MISMA, *ZStW*, 103 (1991), p. 14: «las teorías de la voluntad y de la representación incurren en un mismo error inicial. Ambas se embarcan en la cuestión de cómo elabora psíquicamente el autor la decisión incorrecta ante un conflicto entre sus objetivos y la integridad ajena jurídicamente protegida. Pero éste es sólo su asunto interno que no concierne al ordenamiento jurídico». En LA MISMA, *Vorsatz und Zurechnung*, pp. 35-36, esta autora defiende argumentos parecidos a los de *Herzberg*: en la práctica se emplea un concepto de dolo distinto del que se enuncia, que no sólo depende de la subjetividad del autor penal, sino que toma en cuenta factores netamente objetivos.

[397] La exclusiva dependencia de lo psíquico, entiende esta autora, lleva a un Derecho penal del sentimiento o del carácter; cfr. PUPPE, *ZStW*, 103 (1991), p. 5.

jetivo algunos peligros no son aptos para fundamentar una imputación a título de dolo, pues este título de imputación no debe responder a la descripción de una realidad psíquica, sino a una valoración normativa según la cual se entiende que, dados determinados factores objetivos, alguien *quiso* algo[398].

De acuerdo con la perspectiva de esta autora, conviene distinguir entre *peligros (propios) de dolo* y *peligros (propios) de imprudencia*. Según *Puppe*, «un peligro es propio del dolo, cuando observado en sí mismo expresa un método idóneo para la causación del resultado» o «una estrategia generalmente apropiada» para dicha causación, afirmaciones que, sin duda, beben de las fuentes del olvidado *dolus indirectus*[399]. Aunque la decisión sobre cuándo concurre un método idóneo es algo que se determina objetivamente, no forma parte, sin embargo, de las intenciones de *Puppe* crear un concepto enteramente objetivo de dolo. En su planteamiento los conocimientos del autor siguen desempeñando un importante papel, ya que «sólo se puede hablar de un método para la causación de un resultado cuando, según los conocimientos de quien emplea tal método, la posibilidad de alcanzar el objetivo sea *relativamente elevada*»[400]. En este sentido, las diferencias del planteamiento de *Puppe* con los postulados dominantes son básicamente dos: primero, según esta autora, no todo comportamiento objetivamente arriesgado sirve para fundamentar una imputación dolosa, y, segundo, no hace falta que el autor valore el riesgo de realización típica, sino que basta con que conozca los factores que lo integran[401].

[398] Cfr. PUPPE, *ZStW*, 103 (1991), p. 14: «lo determinante no es si el autor aprobó o eliminó mentalmente la puesta en peligro o la lesión de la integridad ajena, sino si su conducta, interpretada como la de un ser racional, supone la expresión de tal "aprobación"». Crítico con estos planteamientos, KÖHLER, *Strafrecht*, p. 150 (nota 46), por entender que incurren en una «mera "atribución" objetiva».

[399] Cfr. PUPPE, *NK*, § 15, n.º marg. 90-91.

[400] PUPPE, *NK*, § 15, n.º marg. 92 (cursiva en el original). Esta autora añade que «no se puede decir nada más, en general, sobre la *cantidad de peligro de dolo* ni es posible, en concreto, aportar cuotas de probabilidad. Pero esto no implica deficiencia alguna, pues tampoco en la práctica nos regimos por cuotas de probabilidad, sino según un conjunto de experiencias aprendidas sobre qué métodos sirven para alcanzar determinados objetivos» (cursiva en el original). Respecto a los conocimientos, cfr., también, LA MISMA, *Vorsatz und Zurechnung*, p. 39: «nos deberemos contentar, en la determinación general del peligro propio del dolo, con un criterio normativo. Sólo concurre dicho peligro cuando los factores conocidos por el autor y por él mismo causados representan una estrategia razonable de causación del resultado».

[401] Cfr. PUPPE, *NK*, § 15, n.º marg. 99: «el autor debe conocer tantos factores como sean necesarios para calificar un peligro como propio del dolo, pero no hace falta que valore dicho peligro como un método apropiado para la realización del tipo, pues ésta es una cuestión jurídica y no fáctica. Así, el autor debe ser consciente de que existe un peligro de realización del tipo. Si le falta por cualquier motivo esta consciencia se le puede reprochar ceguera ante los hechos, pero no dolo de realización del tipo».

Una de las conclusiones más interesantes a las que llega *Puppe* es la negación del dolo en los casos en que la probabilidad objetiva de causación de un resultado es mínima, prescindiendo de la voluntad o de los conocimientos del sujeto:

> el infectado con virus VIH que, una única vez y sin protección, mantiene un contacto sexual consentido, actúa sin duda desconsideradamente con respecto a la vida de su pareja, pero no aplica un método de homicidio, pues existe una probabilidad de contagio inferior al 2%. Por este motivo, no actúa dolosamente aunque esté motivado a actuar por la representación de la posibilidad de infección de su pareja, aunque *quiera* en un sentido corriente que ésta comparta su mismo destino[402].

Cuando los contactos se repitan será posible, no obstante, hablar de una estrategia de causación[403]. El hecho de que la intención psicológica deje de tener sentido en el ámbito de la imputación subjetiva lleva a *Puppe* a abandonar explícitamente la tradicional clasificación tripartita del dolo[404].

Según sostiene esta autora, la principal ventaja de su teoría radica en que con ella se consigue una gran uniformidad en la resolución de los casos, dejando a un lado los inevitables supuestos-límite[405]. Sin embargo, es evidente que el principal punto débil de una perspectiva como ésta se encuentra en el establecimiento de unas reglas claras para determinar en qué casos un hecho puede valorarse como una «estrategia adecuada»[406]: «¿a partir de cuándo, por ejemplo, un acto de estrangulamiento es una estrategia idónea de homicidio?», se pregunta en tono crítico

[402] PUPPE, *Vorsatz und Zurechnung*, p. 45 (cursiva añadida). Esta autora (en *NK*, § 15, n.º marg. 91) entiende que la concurrencia de intención por parte del sujeto sólo tiene relevancia cuando se plasma en factores objetivos de peligro: «cuando un buen tirador a una distancia media con un arma bien dirigida dispara contra una persona con la intención de matar, crea un peligro propio de dolo, pero no por sus malas intenciones, sino porque apunta a una zona del cuerpo en la que éste es mortalmente vulnerable». Por contra, cuando la intención actúa sobre un peligro inadecuado para conseguir la causación del resultado, por mucha voluntad en sentido psicológico-naturalista que concurra en el fuero interno del autor, no puede afirmarse el dolo; cfr., LA MISMA, *NK*, § 15, n.º marg. 111.

[403] Crítico, SCHROTH, *Vorsatz als Aneignung*, p. 93: «¿tiene que proponerse el autor, cada vez que mantiene contactos sexuales, repetir estos contactos en el futuro?».

[404] PUPPE, *Vorsatz und Zurechnung*, p. 63 ss y LA MISMA, *NK* § 15, n.º marg. 144-149, afirma que la intención entendida psicológicamente sólo podría desempeñar un papel en la culpabilidad, pero no en el dolo, pues éste es intención objetivada en la que tienen también cabida los casos tradicionales de dolo eventual.

[405] Cfr. PUPPE, *NK*, § 15, n.º marg. 92-93.

[406] La autora aplica su criterio en la resolución de diversos casos; por ejemplo, lanzar un *cóctel Molotov* en un espacio cerrado es un método adecuado para incendiar una casa, pero sólo es un método de homicidio si se dirige contra personas, o si para éstas resulta difícil la salida del inmueble; cfr. PUPPE, *NK*, § 15, n.º marg. 94 ss. Sin embargo, es imposible aportar un catálogo general de reglas que permita valorar todas las conductas humanas como posibles métodos apropiados (o no) de causación de un resultado.

Schroth, quien entiende que la perspectiva de *Puppe* lleva a juzgar al individuo teniendo en cuenta la figura de un hombre medio racional considerado en abstracto y no la perspectiva del individuo concreto[407]. Otra crítica se puede formular atendiendo al tratamiento legal de la materia, pues en la regulación del error de tipo la ausencia de conocimientos es el único factor que excluye el dolo, sin que se tengan en cuenta criterios objetivos[408]. Finalmente, puede añadirse que el criterio de la estrategia idónea no parece especialmente adecuado para resolver el problema del dolo referido a circunstancias típicas distintas del resultado, como sucede, por ejemplo, en el caso en que el autor duda sobre la edad de su víctima en unos abusos sexuales[409].

Aparte de la posible indefinición que se plantea en el momento de decidir cuándo concurre una estrategia apropiada de causación del resultado, los planteamientos de *Puppe* presentan tal vez su punto más débil en el elemento del conocimiento. En la medida en que se requiere que el juicio de idoneidad del método de causación se lleve a cabo teniendo en cuenta los conocimientos con que cuenta el sujeto activo, no se extiende a este elemento la necesidad de prescindir de lo psicológico y de pasar a lo normativo que sí se postula, por contra, para el elemento de la intención[410]. En este sentido, de la misma manera que se sostiene que el

[407] SCHROTH, *Vorsatz als Aneignung*, pp. 93-94. La réplica de PUPPE en *NK*, § 15, n.º marg. 95, afirmando que esta crítica «apenas hay que tomarla en serio», porque su teoría resuelve de un modo inequívoco la mayoría de los casos y, si no puede pedirse más a una expresión del lenguaje de la calle, tampoco a un concepto jurídico. Una crítica similar formula LACKNER, *StGB*, § 15, n.º marg. 25, quien entiende que *Puppe* fundamenta el dolo en lo que un hombre racional en lugar del autor se habría representado y no en lo que realmente se representó, que es «lo único capaz de sostener la fundamentación del injusto personal doloso», añadiendo que el criterio sobre lo que es racional también es un criterio inseguro y expuesto a arbitrariedades. A estas críticas puede darse la misma respuesta que a las dirigidas contra *Herzberg* (cfr. *supra* IV.2.C).

[408] Así, RUDOLPHI, *SK*, § 15, n.º marg. 5b, afirma que «la distinción entre peligros de dolo y peligros de imprudencia contradice la ley, puesto que el § 16 parte claramente de que los peligros no permitidos exigidos por el delito doloso y por el delito imprudente son idénticos» y, por tanto, la diferencia entre el dolo y la imprudencia debe buscarse en la perspectiva subjetiva del autor. PRITTWITZ, *Strafrecht und Risiko*, Francfort d.M., 1993, p. 357, afirma que «la evidente atribución de responsabilidad subjetiva en función del grado "objetivo" de peligro resulta profundamente injusta y contradice el principio de reprochabilidad individual». Según RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, «Problemas de responsabilidad penal por comercialización de productos adulterados: algunas observaciones acerca del "caso de la colza"», en MIR PUIG/LUZÓN PEÑA (coord.), *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, Barcelona, 1996, p. 278, otro problema de la teoría de *Puppe* viene dado por el hecho de «prescindir de la contraposición entre una relación y su objeto de referencia», al trasladar el problema de la imputación subjetiva al ámbito de lo objetivo.

[409] Cfr. la respuesta de la autora a esta crítica en PUPPE, *NK*, § 15, n.º marg. 103, abandonando para estos casos el criterio de la idoneidad del método empleado y acogiendo la exigencia de una representación de probabilidad.

[410] Probablemente, el que esta autora no dé el último paso para la plena normativización se debe a que según ella el conocimiento ajeno es una realidad a la que «por principio se puede acceder en el ámbito del juicio oral», mientras que sobre los sentimientos del autor «sólo se puede especular»; cfr. PUPPE, *NK*, § 15, n.º marg. 120 y LA MISMA, *ZStW*, 103 (1991), p. 37. Una afirmación, por lo demás, harto discutible (cfr. *infra* VII).

dolo es intención objetivada, podría también afirmarse que es realización consciente objetivada de un tipo penal, de tal modo que la normativización sería completa. Al no dar este último paso, la teoría de *Puppe* no consigue liberarse por completo de la dependencia de datos psicológicos.

E) Balance

Tal vez el principal mérito que quepa atribuir a las *voces discordantes* que representan en la actualidad *Jakobs, Herzberg y Puppe* sea el de poner en evidencia algunos defectos bastante habituales de las teorías dominantes. Así, es indiscutible que ante determinados riesgos éstas muestran una sospechosa facilidad para negar que el sujeto haya contado con los conocimientos necesarios para la imputación dolosa, lo que permite cuestionar que realmente la afirmación del dolo esté exclusivamente en función de la subjetividad del autor penal. También es indudable que, en las teorías que conforman el *consenso divergente,* la imputación dolosa depende de ciertos fenómenos psicológicos («tomar en serio», «confiar», «aprobar», «eliminar mentalmente») cuya existencia práctica es dudosa y cuya determinación procesal se antoja muy a menudo irrealizable. Sin embargo, los planteamientos de *Jakobs, Herzberg* o *Puppe* no pueden calificarse en modo alguno como enteramente objetivos, pues todos ellos siguen exigiendo que el sujeto cuente con ciertos conocimientos sobre el riesgo creado. En este sentido, es posible afirmar incluso que sus teorías tienen un efecto fundamentalmente restrictivo del ámbito de lo doloso, en la medida en que consideran que determinados comportamientos resultan objetivamente inidóneos para fundamentar una imputación a título de dolo, sin que tenga importancia alguna la vertiente psicológica del individuo en el momento de llevarlos a cabo. Con ello se disipa el temor de que la objetivación suponga necesariamente en este ámbito una ampliación punitiva.

Sin embargo, los planteamientos de estas tres *voces discordantes* no parecen hallarse libres de problemas: en primer lugar, la distinción de *Herzberg* entre peligros *cubiertos* y *descubiertos* llega a resultados poco satisfactorios en supuestos como el del conductor que invade el carril contrario en una curva a tal velocidad que resulta imposible cualquier reacción (peligro *descubierto*) para el caso de que se aproxime otro coche en sentido opuesto[411]. En segundo lugar, *Jakobs* pasa por alto que, si

[411] Cfr. *supra* IV.2.C.

bien en las conductas en que existe una habituación al riesgo lo normal es que el sujeto juzgue improbable la realización del tipo o que, si la juzga probable, ello no trascienda, pueden darse sin embargo casos en que un individuo se valga de dichos riesgos para realizar de modo consciente un determinado tipo y, si tal consciencia es de algún modo constatable, no parece conveniente descartar la posibilidad de una imputación dolosa[412]. Finalmente, la principal debilidad de la teoría de *Puppe* es similar a la de *Jakobs*: algunos métodos en general inapropiados para producir un determinado resultado pueden llegar a verse como idóneos en función de ciertas representaciones del sujeto que los ha empleado, si éstas llegan a trascender de algún modo[413].

Todas estas críticas pueden resumirse en una sola: los anteriores autores pretenden convertir en regla general e inderogable lo que simplemente es habitual en la práctica, esto es, que determinadas conductas se realicen sin consciencia de su concreta peligrosidad o que, en el plano objetivo, no aparenten ser la realización voluntaria de un tipo penal. Sin embargo, este modo de ver las cosas pasa por alto que, ocasionalmente, ciertos datos que por regla general se mantienen ocultos en el fuero interno del sujeto pueden trascender y hacerlo de tal forma que la valoración del hecho cambie.

> *Por ejemplo,*
> *Una colisión entre vehículos de la que resultan muertes sólo llevará, por regla general, a apreciar un delito imprudente. Sin embargo, la valoración de este hecho cambia si, por ejemplo, el causante del accidente declara ante el tribunal que le juzga que embistió al otro coche de forma perfectamente consciente a consecuencia de un ataque de sadismo.*

Es indudable que el hecho de que determinadas realidades subjetivas lleguen a conocerse modifica la valoración que merece un comportamiento. Sin embargo, ésta es una realidad que pasan por alto los autores analizados en este apartado: en la medida en que declaran que algunos riesgos son objetivamente inidóneos para una imputación dolosa, éstos deberán seguir siéndolo incluso cuando, como en el ejemplo, el individuo revele determinados datos de su subjetividad. Cierto es que ello sucederá muy pocas veces en la práctica, pero la posibilidad teórica existe y ésta no puede pasarse por alto en el momento de las construcciones conceptuales.

Los anteriores problemas hacen imposible que se considere como totalmente correcto alguno de los tres planteamientos expuestos. Sin embargo, las críticas que estos autores dirigen a las teorías dominantes no deben caer en saco roto y serán tenidas muy en cuenta en momentos

[412] Cfr. *supra* IV.2.B.
[413] Cfr. *supra* IV.2.D.

posteriores de este trabajo. En este sentido, puede ya anticiparse que la orientación básica que se desprende de los planteamientos de las *voces discordantes* se considera correcta en lo fundamental: la cuestión del dolo sólo puede solucionarse renunciando al psicologicismo y acogiendo con firmeza una opción valorativa. A esta cuestión se dedicará la Segunda Parte de este trabajo, después de formular, en el siguiente Capítulo, algunas conclusiones acerca del concepto de dolo.

V. RECAPITULACIÓN

Esbozado a grandes rasgos el desarrollo histórico del concepto de dolo y expuesto de un modo más detenido el estado actual de la discusión, es posible ya formular una serie de conclusiones. Esta tarea debe llevarse a cabo en tres grandes pasos:

1.º) Dado que ninguna de las propuestas teóricas que las *voces discordantes* ofrecen para superar los enfoques tradicionales de la problemática del dolo parece por sí sola convincente, deberá regresarse al *consenso divergente* como punto de partida. Como se ha puesto de relieve, las *divergencias* en el ámbito de dicho *consenso* tienen una naturaleza más terminológica que sustancial: ello debe hacer posible encontrar denominadores comunes entre todas las teorías que lo integran y, con base en dichos denominadores, debe poder extraerse una definición inicial de dolo.

2.º) Una vez aislados los denominadores comunes del *consenso*, la definición de dolo que se asiente sobre ellos deberá ser sometida a diversas pruebas. En primer lugar, debe comprobarse que esta definición resulte conforme con el texto de la ley. Seguidamente, debe mostrarse que el concepto de dolo obtenido está en condiciones de referirse adecuadamente a todos los elementos que integran el tipo objetivo como punto de referencia del tipo subjetivo. Finalmente, debe acreditarse que con dicho concepto se consigue trazar una frontera entre los conceptos de dolo e imprudencia con la que puede explicarse, en términos preventivos, el diferente tratamiento penológico entre realizaciones delictivas dolosas e imprudentes.

3.º) En tercer lugar, conviene poner de manifiesto cuáles son los puntos problemáticos que plantea el concepto de dolo obtenido, para lo que deben tenerse especialmente en cuenta las críticas formuladas por las aquí denominadas *voces discordantes*.

V.1. BÚSQUEDA DE DENOMINADORES COMUNES

La búsqueda de comunes denominadores dentro del *consenso divergente* es un objetivo que puede alcanzarse analizando sucesivamente dos cuestiones: en primer lugar, debe establecerse sobre qué puntos del *consenso* existe unanimidad incluso en el aspecto terminológico. De este modo podrán fijarse una serie de *denominadores comunes iniciales*. En segundo lugar, procede analizar si los elementos de la definición de dolo sobre los que no existe acuerdo terminológico realmente aportan algo sustancial que vaya más allá de los denominadores comunes previamente aislados. Si la respuesta a esta cuestión tiene carácter negativo, será posible formular el concepto de dolo en que se asienta el *consenso divergente*. Éste deberá ser sometido a ulteriores análisis de acuerdo con el esquema planteado en el apartado anterior.

A) Puntos de unanimidad en el consenso divergente

Dentro del *consenso divergente* se observa indiscutible unanimidad en la apreciación de dos concretas cuestiones: en primer lugar, se sostiene por principio que la concurrencia de dolo depende de la subjetividad del autor penal en el momento de realizar el comportamiento típico. Por consiguiente, es éste un concepto que tiene como presupuesto aplicativo la concurrencia de determinados *fenómenos de naturaleza psicológica*[414]. Respecto al contenido específico de estos factores, existe también acuerdo en que para la concurrencia de dolo hace falta que, al actuar, el sujeto se represente *un determinado grado de riesgo de realización de un tipo penal* (elemento intelectivo o cognitivo), mientras que se dejan para el ámbito de la imprudencia los casos en que el sujeto no aprecia peligro alguno, sólo aprecia un nivel irrelevante de riesgo, o no proyecta a su comportamiento específico la representación de unos riesgos que sí conoce en abstracto. Éstos son, por tanto, los puntos sobre los que existe acuerdo doctrinal, es decir, los *denominadores comunes iniciales* del *consenso*.

Por contra, las primeras *divergencias terminológicas* se observan cuando se intenta aportar una expresión que defina adecuadamente las características que debe reunir la representación del sujeto activo para que éste actúe dolosamente. En este sentido, algunos autores recurren a fórmulas como «representarse la posibilidad de realización del tipo» o

[414] Así, por todos, HERZBERG, *JZ*, 1988, p. 636: «pese a toda la discusión existe, sin embargo, unanimidad sobre el hecho de que es *en la cabeza* del autor donde se decide si concurre dolo o imprudencia consciente» (cursiva en el original). En idéntico sentido, PUPPE, *NK*, § 15, n.º marg. 52 y FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, p. 3. Cfr., igualmente, *supra* III.3.D.

«conocer el riesgo relevante de lesión del bien jurídico», mientras que otros prefieren emplear expresiones como «tomar en serio el riesgo o la posibilidad», «contar con ellos», o «tener por no improbable la producción de consecuencias accesorias»[415]. La solución para este primer *litigio terminológico* debe plantearse una vez analizada la posible concurrencia, junto a este elemento intelectivo, de algún otro requisito conceptual, pues no puede descartarse que la eventual exigencia de un segundo elemento repercuta sobre la configuración del primero.

B) ¿Ulteriores elementos en la definición de dolo?

A la anterior exigencia de un factor intelectual-cognitivo algunos autores añaden la de un elemento emocional-volitivo que, en el ámbito del dolo eventual, se traduce en la exigencia de *conformidad*, *aceptación*, *resignación* o *aprobación en sentido jurídico* por parte del sujeto con respecto a la peligrosidad de su conducta o a la producción de un determinado resultado. Sin embargo, y como ya se ha expuesto, tales elementos no parecen tener una sustantividad propia como en la antigua teoría del consentimiento, sino que se muestran como requisitos hasta tal punto vacíos que la única explicación plausible que puede encontrarse a su mantenimiento es que algunos autores pretendan aferrarse a toda costa a la idea de que el dolo exige conocimiento y voluntad[416].

En este punto conviene reiterar dos ideas ya expuestas: en primer lugar, que la equiparación del «conformarse» y similares con el «querer» es más que discutible y que la exigencia de tal elemento volitivo ni siquiera se plantea cuando el sujeto actúa en la certeza de que va a causar un determinado resultado (dolo directo de segundo grado)[417]. En segundo

[415] Se considera superada, por los motivos ya expuestos *supra* II.3, la idea de que para la concurrencia de dolo hace falta que el sujeto se represente el resultado como probable, entendido este término en el sentido de «preponderantemente probable» o, más expresivamente, como representación de una probabilidad de realización del tipo superior al 50%.

[416] Así, afirma JAKOBS, *Derecho penal*, p. 331, que exigir junto al elemento intelectual del dolo un «conformarse» o una «aprobación en sentido jurídico» resulta «inocuo», aunque sea erróneo desde un punto de vista teórico. La vacuidad de estos elementos encuentra un buen ejemplo en la definición de dolo defendida por CRAMER, *S/S*, § 15, n.º marg. 84, quien entiende que lo propio del dolo eventual es la indiferencia del sujeto ante la realización del tipo, actitud emocional que este autor deduce del hecho de que dicho sujeto haya actuado pese a representarse la posibilidad de que el tipo pudiera realizarse. Como afirma PUPPE, *NK*, § 15, n.º marg. 35, «una fórmula que no tiene ningún sentido no puede aplicarse de otra manera que no sea formalmente».

[417] Sobre la imposibilidad de reconducir el «conformarse» al «querer», cfr. KINDHÄUSER, *ZStW*, 96 (1984), pp. 23-24 y FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, p. 24. Sobre la no exigencia de un elemento volitivo en el dolo directo de segundo grado, cfr. JAKOBS, *Derecho penal*, p. 325: «al igual que tales actitudes —en tanto que más que meras florituras retóri-

lugar, la autonomía conceptual de dicho «conformarse» se ve aun menos clara cuando en la práctica se sostiene que el sujeto que conoce un riesgo (elemento cognitivo del dolo) y sin embargo actúa (acción) por fuerza debe conformarse con la realización del tipo[418]. ¿Cómo no va a conformarse quien, pese a haberse representado de modo claro un riesgo, no ha encontrado en tal representación un motivo suficiente para dejar de realizar una acción peligrosa?[419]. Si se defiende un concepto de dolo en que prime la sencillez terminológica, por fuerza debe prescindirse de unos elementos que no añaden por sí mismos nada distinto a lo que ya aporta la concurrencia de una acción voluntaria en representación de un determinado nivel de riesgo[420].

cas, sean posibles en la práctica— carecen de función en la actuación a sabiendas, tampoco la tienen en el dolo eventual». En idéntico sentido, PUPPE, *NK*, § 15, n.º marg. 32.

[418] FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, p. 262, afirma que cuando un sujeto parte de que existe una posibilidad real de acaecimiento de un resultado y, sin embargo, actúa, no es imaginable otra cosa: «debe conformarse con la producción del resultado, debe haberse resignado a ella para la consecución de su objetivo, debe haber estado de acuerdo con ella». Contundente en este mismo sentido, HERZBERG, *JZ*, 1988, p. 638. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro*, pp. 165-166, admite este planteamiento para los delitos de peligro concreto: «tal decisión de actuar pese a la representación del concreto peligro es expresión por sí sola —aquí sí— de la "decisión contra el bien jurídico" característica del dolo. Ante una representación como ésta el sujeto no puede hacer otra cosa que consentir, aceptar o conformarse con la puesta en peligro concreto, pues no tiene posibilidad alguna de confiar fundadamente en la no producción del peligro mismo». Si los delitos de peligro concreto también son delitos de resultado, ¿por qué no deben igualmente servir estos atinados razonamientos para los tipos de lesión? Sin embargo, para estos últimos RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *ibidem*, p. 103, exige además un elemento de corte volitivo.

[419] Cfr. SCHMIDHÄUSER, *JuS*, 1980, pp. 246 y 249. Estas ideas se reflejan de modo especialmente evidente en la STS de 20 de diciembre de 1996 (A 9034, ponente Martínez-Pereda Rodríguez), en la que se afirma que el «consentimiento» se da «por presunto desde el momento en que el autor actúa conociendo los peligros de su acción». H. MAYER, *Strafrecht*, p. 123, interpreta el requisito del «conformarse» como una concesión a las teorías intelectuales: «psicológicamente es difícilmente imaginable que alguien que cuenta con una posibilidad y a la vista de ello actúa, sin embargo, no se "conforme" con tal posibilidad». Una muestra especialmente clara de la vacuidad del elemento volitivo del dolo eventual en la STS de 10 de febrero de 1986 (A 583, ponente García Miguel): «es incuestionable que quien golpea fuertemente en la cabeza a una persona con un martillo "grande de los empleados para reapretar los aros de los toneles", no puede desconocer que la muerte es la consecuencia normal de su acción cuya producción previsible acepta».

[420] Entiende KARGL, *Der strafrechtliche Vorsatz*, p. 23, que si la previsión es siempre el indicio que en la práctica permite afirmar la conformidad, llega un momento en que lo que es indicio y lo que es concepto se confunden. En sentido similar, HRUSCHKA, *Kleinknecht-FS*, p. 192. En España afirma BACIGALUPO ZAPATER, *Principios*, p. 228, que la exigencia de un elemento volitivo en el dolo eventual resulta superflua, «dado que es evidente que quien conoce el peligro concreto generado por su acción y actúa es porque, al menos, tiene una clara actitud de menosprecio por la seguridad del bien amenazado». Cfr., igualmente en este ámbito, las consideraciones de CUELLO CONTRERAS, *El Derecho penal español*, pp. 507-508: «el autor que ha querido realizar las circunstancias que constituyen un tipo objetivo de injusto, que se ha representado, ha actuado dolosamente, sin que importe que ese autor haya *querido* o no realizar el tipo de injusto o lesionar el bien jurídico protegido» (cursiva en el original).

Otro aspecto especialmente litigioso de la discusión viene dado por la relevancia que debe atribuirse a la *confianza del sujeto en que el tipo no va a realizarse*. En este sentido, existe un amplio acuerdo en que, por regla general, no es tan grave la conducta de quien realiza un determinado tipo habiendo confiado en que tal realización no llegara a producirse, como el comportamiento de aquél que, ya de entrada, ha actuado sin tan siquiera confiar en una no realización. Sin embargo, también es cierto que la mayor parte de los autores que defienden la idea de que la confianza excluye el dolo no están dispuestos a admitir tal efecto excluyente en todos los casos posibles y, en este sentido, en algunos supuestos se habla de *meras esperanzas* irrelevantes. En otros casos, esta distinción se expresa con la dicotomía *confiar seriamente* o *confiar vagamente*[421]. Lo que conviene delimitar cuidadosamente en este ámbito es dónde acaba la «auténtica» confianza y en qué punto empiezan las meras esperanzas o la confianza «vaga».

Los autores que plantean la citada distinción se sirven del elemento cognitivo del dolo como criterio para medir la relevancia de la confianza: existe confianza relevante cuando el riesgo advertido no tiene una especial entidad, mientras que sólo concurren meras esperanzas en aquellos supuestos en los que permanece la representación de un nivel considerable de riesgo[422]. Ello permite afirmar que la confianza en cuestión no tiene una autonomía conceptual propia, sino que su capacidad para excluir el dolo depende siempre del grado de representación que subsiste: si la confianza tuviera dicha autonomía, debería llevar a excluir el dolo incluso en los casos en que el sujeto se representara un riesgo de ingentes proporciones, incluso en el dolo directo de segundo grado, algo a lo que, desde luego, nadie está dispuesto.

La negación de autonomía conceptual a la confianza no tiene por qué implicar que este fenómeno deje de tener incidencia alguna sobre la cuestión del dolo; lo que sucede simplemente es que los efectos de dicha incidencia se hallan subordinados al *saldo final* de representación que el sujeto conserva: la confianza sólo será relevante en aquellos casos en que incida de tal modo en la representación del sujeto que ya no se col-

[421] Así el BGH en la sentencia sobre el «Caso del SIDA» (BGHSt, vol. 36, pp. 9-10). Cfr., igualmente, MEYER-GOßNER, «Typische materiell-rechtliche Fehler in Strafurteilen aus revisionsrechtlicher Sicht», *NStZ*, 1986, p. 50.

[422] En este sentido se pronuncia, por ejemplo, WELZEL, *Derecho penal*, p. 84, cuando afirma, en referencia a la confianza, que ésta «tiene su límite en el momento en que el actor cuenta con la producción del peligro. Entonces el actor sólo podrá "esperar" pero no "confiar en" que el resultado no se produzca». En idéntico sentido la intervención de este autor ante la *Große Strafrechtskommission* (*Niederschriften*, vol. XII, p. 108).

men las exigencias del elemento cognitivo del dolo[423]. Algo que, por otra parte, admiten de modo más o menos explícito las teorías denominadas «intelectuales» cuando atribuyen la capacidad de excluir el dolo a fenómenos como el *tomar el riesgo a la ligera* o a la *eliminación mental*[424]. Incluso entre los autores que entienden que la diferencia entre confianza y meras esperanzas debe medirse por la racionalidad objetiva de estos fenómenos, se aprecia una vinculación implícita al saldo final de representación: el criterio fundamental para decidir si una confianza puede o no considerarse racional es el grado de peligro que sigue representándose el sujeto[425]. Cierto es que subsiste el problema que plantean aquellos supuestos en que la confianza (irracional) conduce a que el sujeto deje de apreciar riesgo alguno, pero, en tal caso, se está ante una

[423] Esta idea se vincula en lo esencial a JAKOBS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2.ª ed., Berlín, Nueva York, 1993, p. 271 (se recurre aquí, excepcionalmente, al original alemán): no es que determinados fenómenos como la confianza no tengan trascendencia alguna para el dolo, sino que dicha trascendencia les viene dada por su incidencia sobre el grado de representación del sujeto, pues «la teoría intelectual no debe entenderse en el sentido de que el dolo sea una situación psíquicamente dependiente sólo del intelecto». Por este motivo en EL MISMO, *Derecho penal*, p. 329, se admite que, en el fondo, su propia teoría (cfr. *supra* IV.2.B) no se halla lejos de las que exigen para el dolo que el sujeto «se conforme» o «no confíe». Sin embargo, estas últimas concepciones «subestiman la repercusión de la ligereza, la represión de los escrúpulos, etc., sobre el aspecto intelectual, intentando por ello definir la seriedad del juicio de otro modo distinto, lo cual lleva en seguida a dificultades cuando se puede verificar un juicio serio pero ninguna "actitud" posterior». Cfr., igualmente, la vinculación entre confianza y representación establecida, aunque discrepe de ella, por DE FRANCESCO, *RIDPP*, 1988, pp. 124-125.

[424] Cfr. SCHMIDHÄUSER, *JuS*, 1980, pp. 249-250. Discrepa RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro*, p. 103, quien, haciendo referencia al elemento volitivo «conformarse» - «confiar en», sostiene que «las modernas teorías cognitivas que renuncian a ese elemento volitivo, pero exigen en el elemento cognitivo una especial toma de posición o actitud del autor, fundamentando en ella la diferenciación, no hacen sino reconducirlo al conocimiento, lo cual implica una rechazable deformación conceptual, pero, en el fondo no cambia nada». No se comprende la crítica de esta autora: en coherencia con su planteamiento, debería demostrarse que el «conformarse» o la confianza no son reconducibles al conocimiento, para así acreditar su autonomía conceptual y la necesidad de su formulación expresa y separada. Desde el momento en que se admite que tales elementos son reconducibles al conocimiento y «en el fondo no cambia nada», lo que debería justificarse es por qué añadir elementos adicionales a la representación si, en realidad, de ésta es de lo que en última instancia depende que se afirme o no el dolo del sujeto.

[425] Así, LUZÓN PEÑA, *PJ*, 23 (1991), p. 94. Aunque este autor defiende criterios de racionalidad media para determinar en qué casos la confianza excluye el dolo, en realidad todo indica que tal relevancia depende del grado de peligro que el sujeto se siga representando. A modo de ejemplo, este autor acepta que la confianza excluye el dolo en los casos de contactos sexuales llevados a cabo por seropositivos cuando éstos hayan empleado medios de contención del peligro (habitualmente preservativos). Sin embargo, quien emplea un preservativo por regla general entenderá que el peligro de contagio es menor que en caso de no emplearlo, con lo que, en realidad, se otorga relevancia a la confianza cuando ésta lleva a que alguien se represente un peligro de menor entidad.

dificultad que también afecta a los conceptos meramente intelectuales de dolo[426].

Consideraciones muy similares merece la capacidad que, para excluir el dolo, puede tener una eventual *voluntad de evitación* de la realización del tipo por parte del sujeto. Tampoco este elemento parece contar con una autonomía conceptual propia, pues a aquél que quiere evitar sólo se le acepta tal voluntad como fenómeno que excluye el dolo cuando atribuya a sus intentos de evitación la capacidad de impedir la realización del tipo. Dicha atribución no indica otra cosa que la confianza del sujeto en poder evitar que el tipo se realice, referida en este caso al éxito de su acción evitadora[427]. En este sentido, lo expuesto acerca de la confianza resulta perfectamente trasladable a los casos en que concurra una voluntad de evitación, lo que en última instancia demuestra que ésta sólo puede excluir el dolo si repercute de tal modo en el elemento de la representación que el sujeto ya no se presenta el riesgo de su conducta en el grado que el dolo exige[428]. El sujeto que quiere evitar sólo deja de actuar dolosamente cuando confía de tal modo en su acción de evitación que ya no se representa el grado de riesgo necesario para el dolo, pues de lo contrario su voluntad de evitación sólo se traduce en unas meras esperanzas irrelevantes[429].

Por todos estos motivos puede afirmarse que la exigencia de elementos adicionales a la representación del sujeto por buena parte de los autores que se inscriben en el *consenso divergente* no va más allá de lo meramente terminológico: *el saldo final de representación con que actúa*

[426] Cfr. *infra* V.3.A.

[427] Algo que se aprecia de modo evidente en los planteamientos de KAUFMANN, *Strafrechtsdogmatik*, p. 70, cuando este autor exige que el sujeto atribuya a su comportamiento una auténtica capacidad de evitar el resultado. Si tal atribución se lleva a cabo, ésta por fuerza tiene que repercutir sobre el *saldo final* de riesgo que se representa el sujeto. Cfr. también sobre este punto, JAKOBS, *Derecho penal*, pp. 328 y 332 y FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, pp. 13-15.

[428] En este ámbito debe hacerse referencia, como ejemplo paradigmático, al llamado «Caso Hipercor» (sentencia de la Sección Primera de la Audiencia Nacional 49/89 de 14 de octubre): unos terroristas colocan un coche-bomba en el aparcamiento de un hipermercado. Unos minutos después llaman por teléfono a la policía anunciando la presencia de la bomba, en lo que podría interpretarse como una maniobra tendente a la evitación del resultado. Sin embargo, el coche-bomba estalla y mueren varias personas. Parece evidente que en este caso los terroristas no dejaron de representarse que la policía podía no llegar a tiempo para desactivar el artefacto y, por tanto, que seguía existiendo un riesgo relevante de producir muertes, lo que resulta suficiente para que tales resultados sean imputados a título de dolo. Cfr., al respecto, GIMBERNAT ORDEIG, *ADPCP*, 1990, pp. 424-426. Sobre la vinculación entre voluntad de evitación y representación, cfr. FRISCH, *NStZ*, 1991, pp. 24-25.

[429] Como entiende PUPPE, *NK*, § 15, n.º marg. 47, dotar de sentido autónomo a la voluntad de evitación sólo se entiende en aquellas teorías que consideran que la manifestación de tal voluntad es prueba de que el sujeto no deseaba el resultado, es decir, en la teoría del consentimiento.

dicho sujeto es el criterio que en realidad permite afirmar si en un supuesto concurre o no dolo.

C) La representación necesaria para el dolo

Una vez aislados la representación o el conocimiento del sujeto como fenómenos sobre los cuales, más allá de las apariencias terminológicas, las teorías actualmente imperantes construyen su concepto de dolo, conviene determinar ahora qué grado de conocimiento debe concurrir en un comportamiento para que, según estos puntos de vista, deba ser considerado una realización delictiva dolosa.

Los tipos penales contienen, en su vertiente objetiva, dos clases de realidades: algunas circunstancias integrantes del tipo ya existen en el momento en que el sujeto lleva a cabo su acción. Esto es lo que sucede, por ejemplo, con la edad de la víctima en unos abusos sexuales o con la ajenidad de la cosa en un hurto. En estos casos el dolo depende, por principio, de que el sujeto conozca estas circunstancias preexistentes en el momento de actuar. Por contra, otros elementos del tipo objetivo se plantean como realidades futuras, en la medida en que todavía no tienen existencia propia cuando el sujeto lleva a cabo su acción. Básicamente es esto lo que sucede con el resultado en los delitos que lo contienen en su descripción típica, pues precisamente lo propio de todo resultado es surgir como efecto separado espacio-temporalmente de un determinado comportamiento[430]: quien todavía está matando no puede ya *conocer* el cadáver de su víctima. Lo que todavía no existe se puede prever, pero no conocer[431].

El conocimiento de las circunstancias típicas puede revestir fundamentalmente dos formas. En primer lugar, existen situaciones en que un sujeto considera *segura* la existencia de determinados hechos o circunstancias o prevé, también como seguro, que un resultado va a producirse

[430] Cfr., sobre esta cuestión, MIR PUIG, *Derecho penal*, p. 200.

[431] En este sentido, cfr. SCHMIDHÄUSER, *JuS*, 1980, p. 241; SCHMOLLER, *ÖJZ*, 37 (1982), p. 281 y CEREZO MIR, *Curso*, pp. 124-125, quien exige conocimiento de las circunstancias preexistentes y previsión del resultado. En contra DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, p. 294, quien afirma que el terrorista «que dispara a una persona previamente maniatada en la nuca, es obvio que sí conoce el resultado de su acción en el momento de dicha acción, pues entre una y otra transcurren milésimas de segundo. Hacer una distinción basada en milésimas de segundo resultaría absurdo». Sin embargo, la afirmación de que el resultado se deriva *después de* unas milésimas de segundo (o aunque fueran millonésimas), significa que, *antes de* que éstas transcurran, el resultado no existe y lo que no existe no se puede conocer, sino sólo prever. También defiende la necesidad de que el sujeto conozca el resultado LUZÓN PEÑA, *Curso*, p. 411.

(*conocimiento cierto*)[432]. Esta forma de conocimiento puede referirse tanto a realidades preexistentes como futuras, lo que sucede por ejemplo, cuando alguien se apodera de una cosa y sabe con seguridad que ésta pertenece a otra persona (*conocimiento cierto de hechos preexistentes*), o cuando alguien dispara contra otro en la certeza de que va a provocar su muerte (*previsión del seguro acaecimiento de hechos futuros*). Respecto a estos supuestos la doctrina está de acuerdo en que el dolo del autor abarca las circunstancias de este modo conocidas y, así, se suele hablar de *dolo directo de segundo grado*[433]. Al igual que estas últimas situaciones, los casos de *absoluto desconocimiento o imprevisión* tampoco plantean problema alguno, siendo evidente que las circunstancias del tipo que resulten totalmente desconocidas o que no hayan sido en absoluto previstas por un sujeto en el momento de actuar no pueden serle imputadas a título de dolo.

Una segunda situación posible se da en aquellos casos en que el sujeto activo *no está seguro* de la existencia o acaecimiento, respectivamente, de ciertas circunstancias presentes o futuras, pero tampoco puede afirmarse que las ignore en absoluto, esto es, los supuestos de *conocimiento incierto*. Éste es, por ejemplo, el caso en que el autor duda sobre la edad de la víctima de unos abusos (*conocimiento incierto de hechos presentes*), o en que alguien hiere a otra persona con un arma blanca sin estar seguro de que acabe causando una muerte (*previsión del incierto acaecimiento de hechos futuros*). Es en este ámbito donde debe trazarse la frontera entre el conocimiento que sólo puede fundamentar imprudencia y el que lleva a considerar que la circunstancia conocida de modo incierto ha sido abarcada dolosamente.

Para decidir qué casos de conocimiento incierto deben integrarse en el ámbito de lo doloso, los autores que se inscriben en el *consenso divergente* emplean distintas expresiones. En este sentido, y según el autor del que se trate, para que concurra dolo se formula la exigencia de que un sujeto haya «contado con» la realización de un tipo, de que se haya representado «la concreta posibilidad» o la «no improbabilidad» de dicha realización, o bien, que haya «tomado en serio» o «haya conocido» el riesgo de que el citado tipo se pudiera realizar[434]. Todos estos planteamientos presentan un *denominador común:* la exigencia de que *un sujeto atribuya a su concreto comportamiento la capacidad de realizar un de-*

[432] Sobre la distinción entre conocimiento cierto («tener por seguro») y conocimiento incierto («tener por posible»), cfr. SAMSON, «Absicht und direkter Vorsatz im Strafrecht», *JA*, 1989, p. 450; SCHEWE, *Bewußtsein und Vorsatz*, Neuwied, Berlín, 1967, p. 30; ESER/BURKHARDT, *Derecho penal*, p. 144 y SCHMIDHÄUSER, *JuS*, 1980, p. 241.

[433] Cfr. *supra* I.3.

[434] Cfr. *supra* III.2 y III.3.A.

terminado tipo penal[435]. Así, en los tipos resultativos no basta con que dicho sujeto sepa que en abstracto determinados comportamientos son peligrosos, sino que es necesario que tal conocimiento se proyecte sobre la específica conducta que se está realizando mediante lo que puede denominarse un *juicio de atribución de concreta capacidad lesiva*[436].

Por lo demás, las diferencias parecen meramente terminológicas: la expresión «representación del riesgo» se ajusta tal vez mejor a la idea de previsión del resultado, mientras que las expresiones «conocimiento de la posibilidad o de la no improbabilidad» abarcan más adecuadamente la forma de conocimiento que el dolo requiere con respecto a circunstancias preexistentes[437]. La única expresión que resulta un tanto desafortunada es la que exige que el sujeto «tome en serio» el riesgo o la posibilidad de realización del tipo, pues con ella parece dejarse a la libre voluntad del individuo la decisión entre atribuir importancia al riesgo que ha conocido o minusvalorarlo. Este punto de vista no parece admisible para fundamentar el dolo: quien ha atribuido una concreta aptitud lesiva a su conducta no puede sostener válidamente que, por haber tomado tal aptitud a la ligera, ésta dejó de formar parte de los posibles desenlaces previstos de su actuación[438].

[435] La idea de «atribución», en su caso referida a la peligrosidad de la conducta, coincide con planteamientos de FRISCH, *NStZ*, 1991, p. 26 o KAUFMANN, *Strafrechtsdogmatik*, p. 74. Interesante también en este punto BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa. Un estudio sobre las «situaciones de necesidad» de las que se derivan facultades y deberes de salvaguarda*, Barcelona, 1994, p. 112 ss, quien define el error como «la divergencia entre la representación subjetiva personal del agente, acerca de la situación y/o de la idoneidad lesiva de su conducta, y la representación que el espectador objetivo *ex ante facto* se forme, en el contexto concreto, conforme a leyes, acerca de la situación o acerca de la idoneidad lesiva de la conducta del agente». En sentido inverso, el dolo debe definirse como el correcto conocimiento de la situación en que una conducta se lleva a cabo _ de la idoneidad lesiva de ésta.

[436] Esta exigencia puede vincularse a algunas sentencias del Tribunal Supremo, como la de 24 de octubre de 1989 (A 7744, ponente García Ancos), que parte de la denominada «teoría de la peligrosidad», «que distingue entre peligro representado "en abstracto" y peligro representado "en concreto", pudiéndose hablar en el primer supuesto de simple acción culposa y en el segundo de delito con dolo indirecto [entiéndase "eventual"]». Ver también las SSTS de 27 de octubre de 1993 (A 7874, ponente De Vega Ruiz) —«la representación de un *peligro concreto* determina el dolo indirecto, en tanto que la representación del peligro abstracto desemboca en la simple acción culposa» (cursiva en el original)— y de 5 de diciembre de 1995 (A 8975, ponente De Vega Ruiz).

[437] La idea de la coincidencia terminológica también en HERZBERG, *JuS*, 1986, p. 259, quien considera que es indiferente hablar de conocimiento del riesgo o de la concreta posibilidad.

[438] Clarísimo JAKOBS, *Derecho penal*, pp. 329-330: «el autor que decide seriamente no puede disponer con independencia de ello sobre un resignarse, un no tomar en serio o algo similar». Contundente también FRISCH, *JuS*, 1990, p. 366. Igualmente PUPPE, *ZStW*, 103 (1991), pp. 12-13: en algunos casos el hecho de que un sujeto conozca un riesgo, pero no lo tome en serio, no es más que la muestra de la indiferencia de dicho sujeto hacia el bien amenazado; debe plantearse si semejante indiferencia justifica una pena inferior cuando el conocimiento subsiste.

En conclusión, puede afirmarse que el denominador común básico de las teorías que se inscriben en el consenso divergente se basa en la idea de que *concurre una realización dolosa cuando el sujeto actúa pese atribuir a su concreta conducta la capacidad de realizar un tipo penal.* Seguidamente debe analizarse si un concepto intelectual del dolo como éste satisface las exigencias básicas que todo concepto de dolo debe cumplir.

V.2. CONCEPTO INTELECTUAL DE DOLO: REQUISITOS BÁSICOS

La primera exigencia que debe cumplir todo concepto de dolo pasa, como es evidente, por su adecuación al texto de la ley. En otro Capítulo de este trabajo ya se ha puesto de manifiesto que el Código Penal español no contiene definición alguna del dolo, y que sólo es posible deducir una exigencia legal mínima para este concepto a partir del art. 14.1 CP, regulador del error de tipo: para el dolo es necesario un cierto grado de conocimiento correcto de la realidad[439]. Este requisito se cumple sobradamente por el concepto de dolo expuesto en el anterior apartado, pudiéndose sostener incluso que tal concepto parece encajar más adecuadamente con la fragmentaria regulación legal sobre la materia que la habitual afirmación de que el dolo es «conocer y querer». En este sentido, se cuestiona *Silva Sánchez* que, si el dolo debiera contener un querer adicional al conocimiento, «¿por qué habría de excluirlo sólo el error de tipo (causa de exclusión del conocimiento) y no además unas "causas de exclusión de la voluntad"?»[440].

La segunda exigencia que debe cumplir el concepto de dolo expuesto es la capacidad de extenderse a todos los elementos del tipo objetivo en tanto que punto de referencia del tipo subjetivo. La reducción del dolo al denominador común del conocimiento presenta la notable ventaja de que crea un concepto que puede hacerse extensivo a la totalidad de tipos penales y de las circunstancias que los integran, ya sea en forma de conocimiento *stricto sensu* o de previsión. Por contra, quienes defienden que la voluntad debe ser un elemento del dolo, olvidan a menudo que ésta no tiene un papel claro en relación con un elevado número de tipos penales: ¿qué papel desempeña, por ejemplo, la voluntad del sujeto en un hurto (el autor se apodera de una cosa que sabe que es ajena) o en unos abusos sexuales (el autor realiza tocamientos a una menor sa-

[439] Cfr. *supra* I.1.

[440] SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 401 (nota 390).

biendo que ésta tiene sólo diez años)? ¿qué es lo que en tales casos tiene que *querer* el sujeto?[441]. Algo parecido sucede en otros tipos con el elemento de la confianza: ¿qué papel desempeña ésta, por ejemplo, en el delito de injurias? Reducir el dolo a la representación de los elementos del tipo parece ser la única vía para conseguir un concepto de dolo que se pueda hacer extensivo a todos los tipos penales imaginables y a las diversas circunstancias que tales tipos contienen y que también deben ser abarcadas por el dolo del sujeto[442].

Finalmente, debe analizarse si el concepto de dolo obtenido está en condiciones de explicar adecuadamente desde un punto de vista preventivo por qué determinados hechos (los denominados «dolosos») merecen una mayor pena que otros (los denominados «imprudentes»). A este respecto se ha concluido en un Capítulo anterior que la única interpretación teórica satisfactoria de tal realidad viene dada por la distinción entre *defectos volitivos* y *defectos cognitivos*, y por la afirmación de que quien actúa manifestando un defecto volitivo expresa con su actuación un sentido social de negación de una norma penal, mientras que quien lo hace

[441] Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, pp. 401-402. En este sentido ya había afirmado VON LISZT, *Tratado*, tomo II, p. 410 (nota 2), que «es imposible decir que el ladrón "quiere" que la cosa robada sea ajena o que la mujer que aborta "quiere" su embarazo». Cfr., igualmente, SCHMOLLER, *ÖJZ*, 37 (1982), pp. 262-263 y FIANDACA/MUSCO, *Diritto penale*, p. 310, quienes reconocen algunos elementos típicos como susceptibles de ser representados, pero no queridos, como es el caso de las circunstancias típicas precedentes o concomitantes a la realización delictiva, por ejemplo, la subsistencia de un vínculo matrimonial anterior en el delito de bigamia o la relación de parentesco en el incesto. En contra de estas ideas, replica LUZÓN PEÑA, *Curso*, p. 413, que la exigencia de voluntad se traduce respecto a estos elementos en el «querer realizar la conducta típica sabiendo que concurren todos los demás elementos típicos objetivos, con lo cual ya se quiere o acepta la presencia o concurrencia de tales elementos».

[442] Sólo cuando el dolo se fundamenta exclusivamente en el conocimiento se consigue cumplir la exigencia formulada por autores como TRIFFTERER, *Österreichisches Strafrecht*, p. 159, de que el dolo sea el reflejo *(Spiegelbild)* del tipo objetivo, es decir, de que «*todos y cada uno de los elementos de la descripción típica sean abarcados por el dolo*» (cursiva en el original). Ya en el siglo pasado afirmaba VON WICK, *ACR*, 1857, p. 579, cómo «es evidente que sólo puede hablarse de intención con respecto al resultado del delito. Sólo se puede ambicionar algo que sea futuro». En idéntico sentido, ROSS, *Über den Vorsatz*, p. 83: «esta forma de dolo [la intención] sólo resulta imaginable, de acuerdo con la naturaleza de las cosas, en relación con el resultado. Se puede, por ejemplo, llevar a cabo el acceso carnal con una chica de dieciséis años en la creencia de que sólo tiene catorce, pero no con la intención de que sólo tenga catorce». En esta línea se pronuncia también SCHMIDHÄUSER, *Vorsatzbegriff*, p. 13 y, en España, GIMBERNAT ORDEIG, «Acerca del dolo eventual», p. 243 (nota 8). Por su parte, FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, p. 381 ss, pone en evidencia cómo, respecto de las circunstancias típicas preexistentes, la jurisprudencia suele conformarse con que el sujeto se represente la posibilidad de su existencia, sin que la voluntad desempeñe papel alguno. En un análisis sobre la jurisprudencia alemana en delitos como la bigamia o los abusos de menores, este autor demuestra que, ante circunstancias típicas como la pervivencia del vínculo matrimonial previo o la edad del menor, la exigencia de voluntad se limita a lo terminológico y, en ocasiones, ni a eso.

inmerso en un defecto cognitivo actúa negando únicamente las inmutables reglas de la naturaleza[443]. La anterior distinción se traduce en diferentes necesidades de réplica por parte del ordenamiento, que explican la diferencia de pena entre hechos dolosos (*defecto volitivo*) e imprudentes (*defecto cognitivo*).

Si se parte de esta perspectiva, la cuestión que debe resolverse para solucionar la problemática del dolo pasa por establecer a partir de qué nivel de representación ya no puede considerarse que un sujeto actúa inmerso en un defecto cognitivo o, en sentido inverso, a partir de qué grado de conocimiento se entiende que dicho sujeto actúa expresando con su hecho un defecto volitivo. Como se ha dicho, la manifestación de un defecto volitivo requiere que el sujeto exprese con su conducta el sentido social de negación de la vigencia de una norma penal: la norma afirma, por ejemplo, «no se puede matar» y el sujeto replica con su hecho que «sí se puede matar». Por contra, la estructura propia de las comisiones imprudentes resulta bien distinta: la norma afirma «no se puede matar» y el sujeto replica «yo no estoy matando», pese a lo cual se produce una muerte. En este último caso puede afirmarse que el sujeto ha fracasado en su planificación, al causar un resultado con el que no contaba en absoluto[444]. De acuerdo con estas ideas, quien atribuye a su concreta conducta la capacidad de producir una muerte no puede afirmar con certeza que «no está matando», porque el acaecimiento de dicha muerte es, por expresarlo gráficamente, uno de los posibles desenlaces advertidos de su plan. Si éste finalmente acaece, no se podrá encontrar en este hecho lo que caracteriza a los individuos imprudentes, esto es, el fracaso en su planificación individual que se da en toda causación de resultados imprevistos[445].

La atribución de aptitud lesiva es un juicio que el sujeto tiene que llevar a cabo en referencia a su concreto comportamiento. Por ello no basta con que dicho sujeto sepa que, con carácter general, determinadas conductas son aptas para producir ciertos resultados, sino que tiene que

[443] Cfr. *supra* I.2. Sobre esta cuestión se remite de nuevo a JAKOBS, «Sobre el tratamiento», p. 127 ss, esp. 132 ss; EL MISMO, «El principio de culpabilidad», p. 365 ss, esp. pp. 367-368 y 371 ss y EL MISMO, *ADPCP*, 1989, p. 640 ss.

[444] Cfr. JAKOBS, «Sobre el tratamiento», p. 140. SILVA SÁNCHEZ, «Recensión», *ADPCP*, 1987, p. 546: «lo característico de la culpa consciente es que, por determinadas razones, el sujeto no llega a conocer completamente el riesgo que encierra su conducta (por ejemplo, por introducir en sus análisis una valoración equivocada de sus capacidades, conocimientos, elementos concomitantes, etc.)».

[445] De acuerdo con la idea de JAKOBS, «El principio de culpabilidad», p. 381, según la cual «quien desconoce el mundo externo, fracasa en el intento de establecerse de manera ventajosa (...) quien conoce la realidad externa, pero no quiere reconocer sus reglas, fracasa conscientemente. Pero quien conoce el sistema de normas del Estado, pero no quiere reconocerlo, no necesariamente *fracasa con su planificación individual*» (cursiva añadida).

ser consciente de que tal aptitud concurre en su específica situación, pues sólo de este modo es posible afirmar que el sujeto no ha fracasado en su planificación. En este ámbito es donde el fenómeno de la confianza desempeña su papel básico: dicha confianza puede excluir el dolo cuando lleve a que el sujeto ya no atribuya a su concreto comportamiento la capacidad lesiva que el tipo requiere; por contra, la confianza no tiene ningún valor a efectos de exclusión del dolo cuando, pese a esperar o desear que el tipo no se realice, el sujeto siga juzgando que su conducta es concretamente apta para realizarlo[446]. Si esto último sucede, se podrá afirmar que las esperanzas del sujeto se han visto frustradas, pero no el absoluto fracaso en la planificación que requiere la imprudencia: la realización del tipo era una posibilidad prevista y, por tanto, un posible desenlace del plan.

Por todos los motivos expuestos en este subapartado, y sin perjuicio de ulteriores matizaciones, se considera que la definición obtenida es un punto de partida idóneo para concretar a partir de ella un concepto satisfactorio de dolo. Tal concreción pasa por el análisis de los puntos problemáticos que la citada definición plantea y por las posibles correcciones que se consideren necesarias para salvar tales problemas.

V.3. PUNTOS PROBLEMÁTICOS DE UNA CONCEPCIÓN INTELECTUAL DEL DOLO

La definición de dolo desarrollada hasta el momento prescinde con coherencia de elementos pretendidamente emocional-volitivos y es un criterio válido para delimitar el ámbito de lo doloso del ámbito de lo imprudente de acuerdo con una concepción preventiva del Derecho penal. Todas las demás teorías fracasan simplemente a nivel conceptual o añaden en el plano terminológico requisitos superfluos. Sin embargo, sería engañoso afirmar que a la anterior definición no se le presenta ningún tipo de problema teórico. Al contrario, en ella es posible detectar problemas de una entidad no desdeñable, como los que se recogen en los siguientes apartados.

A) Ausencias irracionales de representación del riesgo: ¿privilegio a la irracionalidad?

Un primer punto problemático para la definición de dolo anteriormente expuesta se presenta en aquellos casos en que el sujeto que realiza un comportamiento objetivamente típico no se representa la concreta aptitud lesiva de su conducta en una situación en que cualquier otra persona, por poco escrupulosa que ésta fuera, habría advertido dicha aptitud. En estos casos una aplicación consecuente del concepto expuesto debe llevar a negar el dolo, pues al sujeto le falta la representación que este título de imputación requiere. Sin embargo, ¿estaría dispuesto algún tribunal a no condenar por homicidio doloso a quien afirmara, por ejemplo, que no se representó en absoluto que pudiera morir alguien pese a haber ocultado una bomba en un concurrido lugar, porque así se lo había predicho una hechicera aquella misma mañana?[447].

El de estos casos no es un problema único y exclusivo de las teorías intelectuales o cognitivas del dolo, sino un problema común a cualquier otra teoría, en la medida en que todas ellas exigen, independientemente de eventuales y ulteriores requisitos, que el sujeto se haya representado la posibilidad de realización del tipo. Así, en casos de no representaciones irracionales, todas ellas deben castigar el hecho, si son coherentes, como una mera imprudencia. Sin embargo, en la realidad es más que dudoso que puedan ponerse en práctica dichos criterios: basta con imaginar la alarma social que podría llegar a producir la resolución judicial que sólo reputara «imprudente» una conducta por haber confiado hasta tal punto su autor en el poder de «ciertas fuerzas sobrenaturales» que hubiera dejado de apreciar un peligro en la colocación de una potente bomba[448].

Tal vez supuestos como éste se podrían resolver de un modo sencillo recurriendo a la idea de la irrelevancia de la confianza irracional o, más exactamente, de las ausencias de representación irracionales desde un punto de vista del hombre medio, pues esta corrección normativa permitiría afirmar que el sujeto sí contó con la representación requerida por el dolo, pese a que en realidad no fue así[449]. Sin embargo, con esta solución se contradiría el punto de partida básico de las teorías del *consenso*

[446] Cfr. sobre esta cuestión SILVA SÁNCHEZ, *ADPCP*, 1987, p. 652, quien atribuye relevancia a la posible confianza del sujeto cuando ésta lleva a incurrir en un error.

[447] Cfr. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro*, p. 63. En este ámbito es válida la discusión planteada sobre la racionalidad de la confianza en la no realización del tipo, aunque sólo en la medida en que dicha confianza repercuta en el grado de peligro que se representa el autor (cfr. *supra* III.3.C).

[448] En contra, JAKOBS, *Derecho penal*, p. 315, para quien «objeto del conocimiento es el acontecer terrenal, tal como se entiende en general. Quien cree que un curso causal dañoso suficiente a este respecto va a ser detenido por fuerzas sobrenaturales tiene no obstante dolo, en la medida en que a la vez sabe que el obstáculo no se puede entender en general como tal; y es que entonces tiene conocimiento del riesgo, no permitido, de realización del tipo». Sin embargo, este autor parece perder de vista que, en determinados casos, la total (aunque irracional) confianza del sujeto en lo sobrenatural puede llegar a hacerle perder la consciencia del riesgo de realización del tipo, en la medida en que, en la representación de dicho sujeto, lo terrenal y lo sobrenatural no son dos mundos aparte, sino que el segundo tiene capacidad de influir en el primero.

[449] Cfr. *supra* III.3.C.

divergente, esto es, la idea de que la concurrencia de dolo es algo que depende siempre de la subjetividad del autor penal. Con la corrección normativa que niega el dolo en supuestos de ausencias irracionales de representación de la aptitud lesiva se estaría proponiendo un doble baremo para la resolución de los casos: mientras algunos supuestos se resolverían atendiendo al estado de la subjetividad del autor penal, otros se solucionarían *imputando* a dicho sujeto determinadas representaciones en función de criterios objetivos.

Si por un lado es bien cierto que negar el dolo en los supuestos de ausencias irracionales de representación lleva a resultados que se antojan poco convenientes, por otro lado también lo es que la normativización marginal consistente en negar la relevancia de determinadas confianzas o ausencias de representación se antoja como una solución *ad hoc* que no está suficientemente fundamentada ni legitimada mientras no se consiga explicar por qué es posible, en función de la configuración de los casos, cambiar los parámetros de resolución. La obtención de criterios para tal fundamentación es una tarea que se abordará más adelante, bastando ahora con exponer el problema[450].

B) Riesgos mínimos no permitidos: ¿castigo al escrupuloso?

Un segundo punto problemático de la definición de dolo obtenida en el apartado anterior se plantea en aquellos casos en que un sujeto atribuye a su conducta la capacidad lesiva exigida por el dolo pese a que el riesgo creado, aunque no permitido, tiene escasa entidad, o respecto a él existe una cierta habituación social[451]. Una aplicación coherente de la citada definición lleva a afirmar que en tales casos concurre efectivamente dolo, pero, aunque sólo sea desde un plano teórico, ¿se está dispuesto a castigar por tentativa de homicidio a cualquier conductor que, al reducir la distancia de seguridad con el vehículo que le precede, piense que está realizando una conducta apta para matar en aquella situación concreta?; ¿se está dispuesto a hacerlo con cualquier fumador que se duerma con un cigarrillo en la mano, después de haber valorado como peligrosísimo lo que estaba haciendo, aunque dicho cigarrillo se consuma sin provocar incendio alguno?[452].

Que los conceptos de dolo defendidos por las teorías de corte intelectualista llevan a castigar al escrupuloso o al pesimista y, a la vez, a privilegiar al optimista o, más aun, al irracional, es una afirmación que,

[450] Cfr. *infra* XII.4 y XVII.3.B.

[451] Como afirma FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, p. 19, también los pequeños riesgos pueden ser tomados en serio.

[452] En este punto son especialmente contundentes las afirmaciones de PUPPE, *NK*, § 15, n.º marg. 57 y 82 y HERZBERG, *JuS*, 1986, p. 249 ss.

desde un plano teórico, parece indiscutible[453]. Esta realidad se suele camuflar por la doctrina y, así, en los ejemplos más tradicionales los optimistas y los irracionales suelen ser personas que causan muertes al volante de sus automóviles o en el transcurso de cacerías, mientras que las personas que toman los riesgos en serio, los escrupulosos, son aquellos que colocan bombas o disparan contra los demás. Para apreciar la debilidad teórica de esta forma de proceder basta con intercambiar los escenarios habituales por los que, en la mayoría de ejemplos doctrinales, suele moverse cada personaje. Cuando se sitúa al escrupuloso frente a un volante y al optimista poniendo bombas ya no parece tan fácil afirmar que el primero actuó dolosamente y el segundo lo hizo sólo de modo imprudente. Sin embargo, desde las teorías que integran el *consenso divergente* no se aportan soluciones para este evidente problema, sino que parece consagrarse una definición de dolo que aconseja a los sujetos que, cuanto menos interés tengan por conocer la realidad, tanto mejor para ellos.

C) ¿Simple no atribución de la capacidad lesiva?

El tercer punto crítico del concepto de dolo obtenido se aprecia cuando se atiende a las condiciones en que dicho concepto es llevado a la práctica. La atribución de capacidad lesiva a su concreta conducta por parte del sujeto que la realiza requiere que éste conozca los factores aislados en que tal capacidad lesiva se fundamenta y que dichos conocimientos se integren en un juicio de atribución. Si, pese a conocerse aisladamente todos los factores, éstos no se integran en el citado juicio, no podrá entenderse que concurre dolo. Sin embargo, la doctrina no aporta criterios que permitan determinar en qué casos se ha producido una integración de conocimientos aislados. La problemática se expone analizando dos ejemplos:

> *1.— Un cazador decide disparar contra unos matorrales que ve moverse, aunque sabe que sus compañeros de cacería hace poco que se dirigieron en aquella dirección. Un compañero de cacería resulta muerto a consecuencia del impacto de la bala.*

[453] Cfr., principalmente, JAKOBS, *Sociedad, norma y persona*, p. 56. Esta idea ya fue puesta de relieve en el ámbito de la discusión histórica por VON HIPPEL, *Die Grenze*, pp. 54-55, aunque empleándola únicamente como crítica contra la teoría de la representación. En referencia a las teorías tradicionales, cfr. PUPPE, *NK*, § 15, n.º marg. 56-57 y LA MISMA, *ZStW*, 103 (1991), pp. 12-13. Especialmente ilustrativo, LESCH, *JA*, 1997, pp. 802-803. Cfr., igualmente, las consideraciones de MORSELLI, *ADPCP*, 1991, p. 890. La solución propuesta por ROXIN, *Strafrecht*, § 12, n.º marg. 30, tratando de equiparar el «tomar en serio» con los casos de ausencia de toma de postura psíquica, no resulta convincente si no se acomete una revisión de las definiciones usuales de dolo que no parece permitir el texto positivo del Código Penal alemán. Cfr. igualmente la crítica de CEREZO MIR, *Curso*, p. 143, a la teoría del «tomar en serio».

En este caso la realización de un juicio que atribuya una concreta aptitud lesiva (mortal) a la conducta de disparar presupone el conocimiento de dos factores: la capacidad letal en abstracto de un disparo (*factor 1*) y el hecho de que no es improbable que los compañeros de cacería se encuentren en la zona hacia la que se dispara (*factor 2*). Imagínese que el cazador alega ante el tribunal que le juzga que, pese a haber conocido los factores de riesgo 1 y 2, no se representó que al disparar estuviera creando un riesgo de muerte para alguno de sus compañeros.

> *2.- Un terrorista oculta un aparato explosivo dentro de una papelera que se halla junto a una parada de autobús. La hora de explosión del artefacto son las 10 de la noche, una hora en que, como el mismo sujeto ha observado durante todos los días de la semana anterior, no suele pasar nadie al lado de dicha parada. La bomba explota a la hora prevista causando la muerte de un transeúnte.*

Como en el anterior supuesto, para que haya sido realizado el juicio de aptitud lesiva necesario para el dolo deben haber sido conocidos dos factores: que el estallido de la bomba tiene en general la capacidad de causar la muerte de alguien que se encuentre en sus cercanías (*factor 1*) y que existe la posibilidad de que a la hora programada para la explosión alguien pase junto a la parada de autobús (*factor 2*). Como el cazador del anterior ejemplo, el terrorista alega ante el tribunal que le juzga que, pese haber sido consciente de ambos factores, no se representó la posibilidad de que en su caso concreto pudiera acabar muriendo alguien.

La estructura de ambos casos es idéntica: un individuo conoce el potencial lesivo del instrumento que está empleando y sabe de la posible presencia de hipotéticas víctimas en el ámbito de incidencia del riesgo creado con el empleo de dicho instrumento, pero llega a la conclusión de que en su caso no va a producirse víctima alguna. No obstante, y pese a la identidad de estructuras, en la práctica el dolo se negaría en el primer caso y se afirmaría en el segundo, esto es, en el ejemplo del cazador se considera plausible que no se haya realizado el juicio de atribución de capacidad lesiva, una posibilidad que no se admite en el caso del terrorista. Sin embargo, no existen fundamentos teóricos explícitos para tal forma de proceder. Podría afirmarse que el cazador eliminó mentalmente la representación de la posibilidad de muerte, algo que el terrorista no hizo. Pero si la eliminación mental es un fenómeno psíquico que puede darse en cualquier ser humano, ¿por qué tiene que concurrir en los cazadores y no en los terroristas?[454]. El uso que en estos supuestos se suele

[454] Cfr. en este punto SCHMIDHÄUSER, *JuS*, 1980, pp. 244-246, quien admite una eliminación mental en el supuesto de la «conducción vertiginosa» (cfr. *supra* III.2) y no en el «Caso de la correa de cuero» (cfr. *supra* III.1). Sobre esta cuestión afirma PUPPE, *ZStW*, 103 (1991), p. 11, que, en cualquier caso, todas estas diferenciaciones en el plano psicológico conducen a serios problemas de prueba. En la misma línea HERZBERG, *JZ*, 1988, p. 637.

hacer de fenómenos como la confianza o la eliminación mental para evitar ciertas condenas por delito doloso se antoja, simple y llanamente, arbitrario o, cuando menos, está muy poco fundamentado[455].

D) Concepto intelectual de dolo y delitos de peligro concreto

Un cuarto punto crítico del concepto de dolo expuesto se aprecia en el momento de desarrollar las diferencias entre el juicio que requiere el dolo en los tipos de peligro concreto, por un lado, y en los tipos de lesión, por otro, si no se quiere caer en la trampa de convertir todos los tipos de peligro en tentativas de lesión[456]. Un desarrollo coherente de dicho concepto lleva a sostener que existe dolo de peligro concreto cuando un sujeto actúa pese a ser consciente de que su conducta es apta, en la situación específica, para producir un determinado resultado de puesta en peligro concreto, pero niega a la vez a dicha conducta la aptitud para producir un resultado de lesión[457]. Cuando, por contra, el sujeto sí atribuya aptitud lesiva a su conducta concurrirá una tentativa de lesión si el resultado finalmente no acaece. Lo problemático que resulta este punto de vista se analiza a partir del siguiente caso:

> *Un conductor decide saltarse un semáforo en rojo ante un paso de peatones. Si juzga que su conducta es apta para poner en peligro concreto la vida de los peatones, pero inadecuada para causar muertes, porque se representa que dichos peatones se apartarán a tiempo al verle venir, concurre un mero dolo de peligro concreto. Si, por contra, el conductor*

[455] Tal arbitrariedad es puesta de manifiesto por HERZBERG, *JZ*, 1988, pp. 637-638, en diversos ejemplos tomados de la jurisprudencia alemana.

[456] En este punto específico se atiende básicamente a lo expuesto en la excelente monografía de RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro*, p. 41 ss. Cfr., igualmente, MAQUEDA ABREU, en *Elementos subjetivos*, p. 190 ss. Sobre la dificultad de diferenciar dolo de peligro concreto y dolo de lesión cuando se rechaza todo componente volitivo para el dolo, cfr. FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, pp. 290-291.

[457] Cfr. FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, pp. 295-296: «el sujeto debe *"partir para sí"* de que su conducta contiene *el riesgo específico* de los delitos de peligro concreto, es decir, el riesgo objetivamente ya no tolerado que conduce a una situación que significa "peligro concreto"» (cursiva en el original). Añade FRISCH, *ibidem*, pp. 297-298, que «en los delitos de resultado de lesión, el autor doloso "parte para sí" de que su conducta contiene un determinado riesgo *de lesión* "objetivamente ya no tolerado". Por contra, quien actúa dolosamente en el sentido de los delitos de peligro (concreto) sólo "parte para sí", tal como se ha expuesto, de un riesgo "objetivamente tampoco tolerado" de creación de una situación que significa "peligro" (...) el autor considera que su conducta posee una dimensión de riesgo en el sentido de la posible causación de una "situación de peligro", pero no juzga que sea una conducta lesiva, es decir, una conducta que, según su punto de vista, contenga un riesgo de lesión» (cursiva en el original).

considera posible que alguien pueda no verle y, por tanto, es consciente de estar creando un riesgo apto para causar una muerte, concurrirá una tentativa de homicidio si finalmente tiene suerte y no arrolla a nadie.

Decantar la balanza hacia un lado u otro se presenta como una tarea casi imposible acudiendo al mero criterio de que el dolo se determina en función de lo que pasó por la cabeza del sujeto activo: hacerlo supondría exigir que dicho sujeto hubiera llevado a cabo minuciosos cálculos sobre el potencial lesivo de su conducta. Y dicha dificultad está motivada, ante todo, por el hecho de que, en casos como éste, es harto dudoso que se haya tenido tiempo para reflexionar de un modo tan pormenorizado sobre la aptitud lesiva de la conducta. En este ámbito exigir el elemento de la confianza por separado tampoco soluciona el problema: de hecho, decir que el sujeto se representó que los peatones se apartarían es lo mismo que decir que confió en no causar ninguna muerte, pues como ya se ha expuesto, la confianza relevante siempre lo es en la medida en que puede reconducirse a la representación[458]. Otra opción podría pasar por entender que quien atribuye a su conducta la aptitud de crear un peligro concreto, por fuerza atribuye también a dicha conducta la capacidad de producir el resultado lesivo[459]. Sin embargo, esta última hipótesis deja sin un sentido propio a la totalidad de delitos de peligro concreto recogidos en el Código y los convierte en tentativas de lesión, creando además complejos problemas concursales[460].

También en este punto el concepto de dolo expuesto parece llegar a una auténtica situación de colapso. ¿Cómo se puede establecer en la práctica la diferencia entre los casos en que un sujeto se ha representado estar realizando una conducta sólo apta para poner en peligro, de los ca-

[458] RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro*, p. 103, entiende que el elemento de la confianza permite trazar una distinción clara entre dolo de peligro concreto y dolo de lesión; así, existe dolo de peligro cuando el sujeto conoce la peligrosidad concreta que conlleva su conducta pero confía en que el resultado no va a producirse. Si concurre un caso en que no se da dicha confianza, se entra en el terreno propio del dolo de lesión. El principal problema es que esta autora no puede llevar hasta las últimas consecuencias su concepto de dolo y renuncia a la confianza de no poner en peligro como elemento excluyente del dolo de peligro, conformándose en estos casos con el conocimiento del riesgo (cfr. *ibidem*, pp. 165-166 y 183). Sin embargo, ¿por qué tiene que ser estructuralmente distinto el dolo en los delitos de peligro concreto y en los de lesión si, al fin y al cabo, ambos son tipos de resultado? (como se sostiene en *ibidem*, p. 183).

[459] Ésta es la opción, entre otros, de SCHRÖDER, *Sauer-FS*, p. 227 o ZIELINSKI, *AK-StGB*, §§ 15-16, n.º marg. 81. Crítico WEIGEND, *ZStW*, 93 (1981), p. 671, quien recuerda que si el legislador ha previsto delitos de peligro junto a los de lesión, variando también el grado de reproche asociado a cada uno de ellos, debe ser porque los valora de manera distinta y no sólo por el desvalor de resultado, sino también por el grado de peligro inherente a la acción.

[460] Cfr., en este punto, SANCINETTI, *Teoría del delito*, pp. 215-216. La solución propuesta por este autor *ibidem*, p. 221 ss.

sos en que ha creído estar efectuando un comportamiento idóneo para provocar una determinada lesión?[461]

V.4. CONCLUSIÓN PROVISIONAL

De acuerdo con los argumentos expuestos en los apartados anteriores, se ha llegado a la conclusión de que *concurre una realización dolosa cuando un sujeto actúa pese atribuir a su conducta la concreta capacidad de realizar un tipo penal*. No obstante, y si bien esta definición resulta respetuosa con el texto de la ley, explica de forma convincente la diferencia de pena que se da entre dolo e imprudencia y puede referirse de una manera adecuada a todas las circunstancias objetivas que integran los tipos penales, no se pueden pasar por alto los puntos problemáticos advertidos: dos de ellos surgen en un plano básicamente teórico (el privilegio a la irracionalidad y el castigo a la escrupulosidad) y los otros dos abren serios interrogantes sobre la posibilidad de una aplicación diáfana de tal concepto (determinación de la realización del juicio de aptitud lesiva y diferencia entre dolo de puesta en peligro y dolo de lesión).

Las anteriores debilidades pueden llevar a pensar en la conveniencia de un abandono de la definición planteada y en un regreso, por ejemplo, a los postulados de teorías volitivas como las del consentimiento. Sin embargo, los problemas que plantean estas últimas teorías se antojan aun más graves, tanto desde el plano teórico como práctico, que los del concepto que aquí se ha obtenido. Por ello se intuye que la solución correcta debe encontrarse aportando un nuevo punto de vista de dicho concepto, que consiga dar una solución convincente a los puntos problemáticos puestos de relieve.

La doctrina ha discutido largo tiempo sobre la importancia que presentan para el dolo fenómenos como la representación o la confianza y tal discusión ha resultado en muchos aspectos estéril. Un único punto de la definición parece no haber sido hasta ahora seriamente cuestionado: la idea básica según la cual el dolo depende en exclusiva de la subjetividad del sujeto activo o, más en concreto, de determinados fenómenos psicológicos que concurrieron «en la cabeza» de dicho sujeto en el momento de llevar a cabo el comportamiento objetivamente típico. En este sentido, se tiene la intuición de que esta idea básica posiblemente ignore los mecanismos sociales en función de los cuales se admite o se rechaza la existencia de determinados conocimientos o desconocimientos y a tal ignorancia puedan tal vez atribuirse los problemas que se plantean al concepto de dolo expuesto. En consecuencia, hasta que no se confirme o re-

[461] Se intenta aportar respuesta a estas cuestiones en *infra* XVII.5.

chace tal intuición y mientras permanezcan por resolver los puntos problemáticos puestos de relieve, la definición de dolo obtenida en este Capítulo debe considerarse *incompleta y, por tanto, provisional.*

A la superación de tal provisionalidad se dedican los siguientes Capítulos de este trabajo, tras analizar, a modo de excurso, algunas repercusiones del concepto de dolo expuesto en la tradicional «clasificación tripartita» de las formas de dolo.

EXCURSO
Sobre la tripartición del dolo

Las conclusiones obtenidas en los Capítulos anteriores deben conducir, por fuerza, a un replanteamiento global de algunos aspectos del concepto de dolo que hasta el momento presente gozan de amplia aceptación entre las doctrinas mayoritarias. En este sentido, muy pocos son los autores que parecen haber llevado hasta sus últimas consecuencias las conclusiones alcanzadas en el terreno del dolo eventual y, mientras la batalla doctrinal ha sido y es aún especialmente cruenta en este último ámbito, prácticamente nadie entra a cuestionar la razón de ser de las otras dos formas de dolo, esto es, del dolo directo de primer grado y de segundo grado[462].

Seguramente el anterior fenómeno pueda atribuirse al hecho de que, de modo casi unánime, nadie duda de que los casos de intención o certeza deban hacerse acreedores de la pena de los delitos dolosos. Sin embargo, que no se cuestione que los supuestos que tienen cabida en las anteriores formas de dolo merezcan la pena del dolo, no impide que pueda ponerse en tela de juicio la necesidad de mantener tales distinciones. La duda que propicia esta reflexión surge del hecho de que el Código no distingue entre formas de dolo y de que tampoco parece asignar consecuencias jurídicas distintas en función de que concurra una u otra modalidad dolosa: ¿qué sentido tiene, pues, seguir diferenciando tales categorías? Además, si es cierto, como afirma *Bacigalupo*, que «las especies de

[462] En este sentido, una de las aportaciones más interesantes es la de FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, p. 496 ss, quien afirma que los resultados a los que se llegue en el ámbito del dolo eventual «obligan a un replanteamiento de la teoría global del dolo, en especial de las llamadas modalidades del dolo». En este punto está de acuerdo con KAUFMANN, *Strafrechtsdogmatik*, p. 66, quien sostiene que «los criterios a partir de los cuales debe trazarse la frontera entre dolo e imprudencia no deben caracterizar únicamente el dolo eventual, sino que deben armonizar también con el dolo directo». En España da por bueno este razonamiento CUELLO CONTRERAS, *El Derecho penal español*, p. 520. Sobre la clasificación tripartita del dolo cfr. *supra* I.3.

dolo se han explicado por lo general desde la perspectiva de la llamada teoría de la voluntad», ¿qué debe quedar de estas modalidades cuando se renuncia al elemento volitivo del dolo en el ámbito del dolo eventual?[463].

Pese a que el Código no la mencione expresamente, la mayor parte de la doctrina mantiene y justifica la figura del *dolo directo de primer grado* por tres motivos básicos: en primer lugar, porque determinados tipos de la Parte especial del Código exigen en su literalidad que el autor actúe *intencionadamente*, lo que lleva a que bastantes autores entiendan que, cuando tales tipos se realicen sin intención (dolo directo de segundo grado o eventual), la conducta no pueda considerarse subjetivamente típica[464]. En segundo lugar, otro motivo alegado para mantener esta figura surge de la idea según la cual, en los casos en que el Código no parece exigir una forma específica de dolo, la realización intencionada de un tipo delictivo deberá ser tenida en cuenta por el juez, en sentido agravatorio, en la fase final de determinación de la pena, pues el hecho realizado intencionadamente debe valorarse como más grave que el cometido con una simple representación[465]. Finalmente, se considera que la existencia de intención por parte del sujeto activo permite calificar de dolosos supuestos en que las posibilidades de realización típica representadas son tan escasas que, de no ser por tal intención, el hecho sólo podría ser considerado imprudente[466].

Por lo que al primer argumento atañe, es efectivamente cierto que el Código Penal de 1995 contempla en su Parte especial algunos artículos en cuyo tenor literal se exige que el sujeto realice el tipo «intencionadamente»[467]. Lo que conviene analizar es si, con la inclusión de la citada

[463] BACIGALUPO ZAPATER, *Lineamientos*, p. 85.

[464] Por todos, SCHROTH, *Vorsatz als Aneignung*, p. 80. En España, cfr. OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO/HUERTA TOCILDO, *Derecho penal*, p. 134 y GIMBERNAT ORDEIG, *ADPCP*, 1990, p. 429. ZIEGERT, *Vorsatz*, p. 69, llega a afirmar que el dolo directo de primer grado no desempeña prácticamente ningún papel en la discusión sobre la Parte general y sólo es una cuestión que afecta a la interpretación de los tipos de la Parte especial.

[465] Así, por ejemplo, JESCHECK, *Wolf-FS*, p. 482, sostiene que «el contenido de injusto del dolo eventual es menor al de las otras modalidades de dolo, porque en él la lesión del bien jurídico ni se ambiciona ni se prevé como segura». Cfr., también, LUZÓN PEÑA, *Curso*, p. 427.

[466] Cfr. MIR PUIG, en *Elementos subjetivos*, p. 19 y ROXIN, *Strafrecht*, § 12, n.° marg. 8. El caso que se suele mencionar en este ámbito de discusión es el del «tirador inexperto» (cfr. *supra* II.2.B).

[467] Dicha exigencia se aprecia en los artículos 270 (delitos contra la propiedad intelectual), 275 (utilización ilegítima de denominaciones de origen), 277 (divulgación ilegítima de patentes secretas), 408 (dejación, por parte de un funcionario, de la persecución de determinados delitos) y 625 (falta de daños). En el Código Penal de 1973 tal exigencia se contenía, entre otros, en artículos como el 534 («el que infringiere *intencionadamente* los derechos de propiedad industrial ...»), o el 418 («el que *de propósito* mutilare o inutilizare

expresión, el legislador ha querido realmente dejar fuera del tipo toda realización objetiva con dolo de consecuencias necesarias o eventual. En este sentido puede afirmarse que una interpretación restrictiva del término «intencionadamente» lleva en no pocos casos a soluciones indeseables, como se observa, por ejemplo, con respecto a la falta de daños del artículo 625 CP. Una interpretación estricta del tenor literal de este precepto, según la cual el tipo sólo podría realizarse con dolo directo de primer grado, obliga a dejar impunes, por ejemplo, los daños causados en un sofá por quien lo agujerea a balazos cuando su intención es matar a quien estaba sentado en él. Y ello, simplemente, porque dichos agujeros fueron sólo una posible consecuencia de los disparos no abarcada por las intenciones del autor, y no fueron realizados, por tanto, «intencionadamente».

Con independencia de lo anterior, la principal duda sobre esta cuestión surge del hecho de que el legislador no parece haber seguido criterios coherentes para la inclusión de la pretendida exigencia de intencionalidad en ciertos preceptos. Así, por ejemplo, no se encuentra justificación alguna para el hecho de que las defraudaciones de las denominaciones de origen o de la propiedad intelectual sólo sean punibles cuando se realicen «intencionadamente» (arts. 275 y 270 CP, resp.) y, por contra, las defraudaciones de marcas o patentes, se castiguen cuando concurra cualquier otra modalidad de dolo. Lo mismo sucede con la falta de daños, cuya comisión debe ser intencionada, mientras que la falta consistente en deslucir bienes inmuebles (art. 626 CP), puede realizarse con dolo directo de segundo grado o eventual.

Todo ello debe llevar a sostener que el mantenimiento del adverbio «intencionadamente» en ciertos preceptos del Código no es más que un vestigio del antiguo modelo de imputación subjetiva. De acuerdo con éste, resultaba en principio típica tanto la realización dolosa como la imprudente de cualquier infracción, de tal modo que, cuando se quería dejar fuera del ámbito de lo punible una realización imprudente, esta voluntad tenía que hacerse patente recurriendo a expresiones como «intencionadamente» o «de propósito». Estas matizaciones carecen de sentido en un sistema de *numerus clausus* para la incriminación de la imprudencia. Por tanto, la única solución plausible pasa por interpretar que, cuando aparece en el Código la expresión «intencionadamente», con ella no se quiere decir nada distinto a «dolosamente», con lo que su presencia es, en definitiva, superflua[468]. Por estos motivos, la línea argumenta-

a otro un órgano o miembro principal ...») que, según algunos autores, tipificaban conductas sólo punibles si se realizaban con dolo directo de primer grado.

[468] Según la doctrina tradicional española, cuando antiguas versiones del Código no mencionaban la palabra «dolo» y los autores afirmaban que las formas de culpabilidad eran la intención maliciosa y la culpa, se entendía que dentro de la primera expresión ca-

tiva que se basa en pretendidas exigencias de la Parte especial para mantener la necesidad de la figura del dolo directo de primer grado no parece tener unas bases demasiado sólidas.

Un segundo argumento que se propugna a favor de la necesidad de dotar de autonomía conceptual a la figura del dolo directo de primer grado se basa en la idea de que la intención es un factor a tener en cuenta por el juez, en sentido agravatorio, en el momento de concreción final de la pena[469]. Sin embargo, no se comprende por qué una actuación intencionada debe merecer *siempre* más pena que otras que no lo son[470]. Al fin y al cabo, la realización intencionada de un delito es únicamente un medio del sujeto para conseguir otros fines ulteriores y, en este sentido, pueden darse perfectamente casos en que la finalidad intermedia del sujeto comporte un efecto agravatorio (por ejemplo, realización intencionada de un hurto) pero finalidades ulteriores descarguen de contenido disvalioso a dicha actuación (así, realizar intencionadamente un hurto para comprar comida a personas necesitadas con el dinero obtenido). Por contra, en casos de mero dolo eventual, la motivación ulterior del sujeto puede ser de lo más abyecta[471]. El argumento de la determinación de la

bía también el dolo directo de segundo grado. Cfr., por ejemplo, RODRÍGUEZ MUÑOZ, anotación a MEZGER, *Tratado*, tomo II, p. 160 (nota). Cabe añadir que también en Alemania algunos autores consideran que no necesariamente siempre que el Código en su Parte especial exige «intención», sólo deba tener cabida en el tipo el dolo directo de primer grado. Incluso en algunos supuestos se postula que pueda tener entrada el dolo eventual. Cfr. ZIELINSKI, *AK-StGB*, §§ 15-16, n.º marg. 68 y RUDOLPHI, *SK*, § 15, n.º marg. 36. Según entiende ROXIN, *Strafrecht*, § 12, n.º marg. 5, como mucho puede llegar a caber el dolo directo de segundo grado, no el eventual.

[469] Así LUZÓN PEÑA, *Curso*, pp. 427-428, quien afirma que el dolo eventual comporta un menor desvalor del hecho y que éste debe ser tenido en cuenta en el momento de concretar la pena. SANCINETTI, *Teoría del delito*, p. 154, admite esta idea, pero vinculando la intención del sujeto a una mayor reprochabilidad, no a un mayor contenido de injusto. FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, pp. 498-501, argumenta que las dos modalidades de dolo directo no son formas del dolo de «mejor condición», sino supuestos en que la decisión contra el bien jurídico es «*especialmente evidente*». De ello extrae este autor repercusiones para la prevención, pues el dolo directo de primer grado comporta un mayor estremecimiento de la confianza general en la validez del ordenamiento e indica una mayor peligrosidad del sujeto.

[470] MIR PUIG, *El Derecho penal en el Estado social*, p. 185, afirma que «la finalidad de la conducta afecta al sentido social de ésta y, con ello, a su gravedad. Una finalidad *positiva* tiende a disminuir la reprobación social de una conducta voluntaria en sí misma nociva, en tanto que una finalidad *negativa* tiende a agravarla». Sin embargo, tales valoraciones sociales no siempre se vinculan a la finalidad inmediata, sino que pueden tener en cuenta finalidades ulteriores del sujeto.

[471] No dejan lugar a dudas las afirmaciones de MEYER-GOßNER, *NStZ*, 1986, p. 49. Cfr., igualmente, JAKOBS, *Derecho penal*, p. 316: «dentro del dolo no existe ninguna graduación, en el sentido de que al ocasionar una consecuencia principal corresponda una culpabilidad más grave *ceteris paribus* que al ocasionar una consecuencia secundaria, pues el autor puede tener un motivo jurídicamente menos negativo para realizar una consecuencia principal que para llevar a cabo una acción a pesar de su consecuencia secundaria».

pena, por tanto, parece tener suficientes motivos en contra como para ver seriamente debilitada su validez[472]. En cualquier caso, el Tribunal Supremo español parece haberlo rechazado expresamente, al afirmar, en referencia al dolo directo y eventual, que «ambas modalidades carecen de trascendencia diferencial a la hora de calibrar distintas responsabilidades criminales»[473].

Finalmente, la existencia de intención por parte del sujeto activo se suele emplear como un argumento para afirmar la existencia de dolo en casos en que la probabilidad objetiva de realización típica es especialmente baja[474]. Esta idea, históricamente diseñada para combatir a la teoría cognitiva de la probabilidad, se suele expresar en el famoso «Caso del tirador inexperto»: un sujeto dispara con intención de matar sabiendo que es prácticamente imposible que dé en el blanco y, sin embargo, acierta[475]. La exigencia de representación de la probabilidad en este supuesto lleva a condenar únicamente por homicidio imprudente, lo que se antoja inadmisible. Por ello, algunos partidarios de la teoría de la probabilidad se mostraron sensibles a tal crítica y aceptaron que en caso de

[472] Tal vez este argumento pueda tener un mayor peso en Alemania, pues el § 46.II StGB obliga a que, en el momento de determinar la pena, el juez tenga en cuenta, entre otros factores, los móviles y objetivos del autor, así como la actitud y voluntad que se expresen en el hecho, aunque tampoco existen criterios uniformes para casos en que, por ejemplo, se da una clara voluntad de realización delictiva, pero, a la vez, la ulterior motivación del autor puede considerarse elogiable. Cfr. SCHMIDHÄUSER, *Oehler-FS*, 1985, p. 152. El BGH (*JZ*, 1981, p. 595 ss) ha manifestado al respecto que «la intención de causar el resultado no supone por sí sola una especial fuerza de la voluntad delictiva» a efectos del § 46.II StGB. Esta cláusula se suele reservar para supuestos de «intensa planificación, obstinación en la persecución del objetivo delictivo o superación de numerosos obstáculos», pero no de simple intención; cfr. JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, p. 889.

[473] STS de 20 de septiembre de 1993 (A 6798, ponente De Vega Ruiz). En idéntico sentido las SSTS de 27 de octubre de 1993 (A 7874, ponente De Vega Ruiz) y de 24 de abril de 1995 (A 3534, ponente De Vega Ruiz). En la misma línea, MAURACH/ZIPF, *Strafrecht*, p. 315: «el dolo directo no es la forma más grave de dolo para la determinación de la pena, sino la más precisa. Ello no quiere decir que la diferencia pueda ser significativa para la determinación de la pena». En la doctrina española MUÑOZ CONDE/DÍAZ PITA, voz «Dolo», *Enciclopedia Jurídica Básica*, Madrid, 1995, vol. II, p. 2583, afirman que «las diferencias psicológicas no significan necesariamente diferencias valorativas penales: tan grave puede ser querer matar a alguien sin más, como admitir su muerte como una consecuencia necesariamente unida a la principal que se pretendía».

[474] Entre otros, LUZÓN PEÑA, *Curso*, p. 413. Este autor afirma que «la doctrina dominante considera con razón que si el propósito que persigue el autor es realizar un determinado tipo, no obsta a la apreciación del dolo directo de primer grado el que no sea seguro, sino solamente posible y por tanto incierto, que se vaya a producir el resultado o el hecho típico». OEHLER, «Neue strafrechtliche Probleme des Absichtsbegriffes», *NJW*, 1966, p. 1635, considera que, dada la intención, es indiferente el nivel de representación que pueda tener el autor. Cfr., igualmente, MIR PUIG, *El Derecho penal en el Estado social*, p. 199.

[475] Cfr. *supra* II.2.B.

intención bastaba con la representación de la posibilidad[476]. Sin embargo, cuando se opta por bajar el listón del grado necesario de probabilidad representada para que concurra dolo, la crítica ya no surte efecto: el tirador inexperto no deja de atribuir a su conducta la capacidad de causar una muerte, por lo que su actuación es dolosa, sin que importe a efectos de dolo que, además, haya actuado con intención[477].

También es discutible la usual afirmación de que la intención del autor implica *per se* un mayor riesgo para la víctima: tal intención, en tanto que realidad de naturaleza meramente psíquica, no puede aportar por sí sola un mayor nivel objetivo de peligro[478]. A lo más que puede llevar la intención es a que el sujeto que actúa queriendo realizar un determinado tipo añada objetivamente factores que hagan aumentar el grado de riesgo creado. Quien ambiciona matar suele ser más peligroso que quien sólo quiere jugar con una pistola cerca de otras personas, porque el primero apunta hacia la víctima y ello comporta, en el plano de lo objetivo, el establecimiento de un nivel superior de riesgo. Sin embargo, constatado este mayor riesgo objetivo, para el dolo es suficiente con que el sujeto lo conozca. Si el sujeto A crea un riesgo de nivel 10 de modo consciente y el sujeto B crea otro riesgo de nivel 10 también de modo consciente, ¿qué importa a efectos de existencia y entidad del riesgo que uno de estos peligros haya sido creado de forma intencionada? Lo decisivo para el dolo es, exclusivamente, que existen riesgos objetivamente relevantes y que los sujetos han sido conscientes de ellos[479]. La explicación sobre la causa y el objetivo de la creación de dichos riesgos carece de trascendencia: en ambos casos concurre dolo.

Debilidades teóricas parecidas se aprecian también en los fundamentos más usuales de la segunda modalidad de dolo, el llamado *dolo directo de segundo grado o de consecuencias necesarias*. Desde un punto de vista *ex ante,* un juicio mínimamente racional nunca permite afirmar con

[476] Cfr. PUPPE, *NK*, § 15, n.º marg. 69-73, donde se aportan las referencias pertinentes.

[477] Cfr. JAKOBS, *Derecho penal*, p. 323: «quien no atribuye a un disparo desde gran distancia ninguna posibilidad de resultado relevante para la decisión, no se puede motivar a disparar a causa del resultado».

[478] Baste aquí con traer a colación el famoso caso del sobrino que, esperando heredar, sufraga a su anciano tío constantes viajes en avión con la esperanza de que, en uno de ellos, se produzca un accidente. Los deseos del sobrino no hacen aumentar el riesgo propio de la navegación aérea.

[479] Cfr. SILVA SÁNCHEZ, «Recensión», *ADPCP*, 1987, p. 545: «la persecución del resultado (*Absicht*, intención), que también suele caracterizarse como "voluntad", es un elemento subjetivo del injusto característico de una clase de dolo, pero, por un lado, no sustituye a la necesidad de conocimiento y, por el otro, su verdadera relevancia sólo vendrá dada por un incremento del riesgo objetivo para el bien jurídico: no por un "especial desvalor subjetivo"». Muy interesante sobre esta cuestión SANCINETTI, *Teoría del delito*, pp. 151-153.

certeza que a consecuencia de una actuación va a producirse un determinado resultado, pues siempre cabe un espacio para el azar. Como sostiene *Zielinski,* «sólo ceguera ante la realidad o una desmedida sobrevaloración posibilitan semejante "prever como seguro"», pues «lo habitual es actuar en la inseguridad a consecuencia de una información incompleta y de un dominio inseguro de la causalidad»[480]. Por ello, algunos autores amplían esta modalidad de dolo a aquellos supuestos en que el sujeto actúa previendo una gran probabilidad de acaecimiento del resultado[481]. Sin embargo, en la medida en que se da entrada en la categoría del dolo directo de segundo grado a supuestos en los que el sujeto no se representa algo con certeza, sino que deja un margen de probabilidad para un eventual no acaecimiento, los límites con el dolo eventual se difuminan, decae la dualidad «certeza» *vs.* «probabilidad o posibilidad» que justifica la existencia de dos figuras separadas y la distinción entre dolo directo de segundo grado y dolo eventual pierde buena parte de su razón de ser. Unas fronteras tan desdibujadas no permiten apreciar de modo diáfano el salto cualitativo que, desde el punto de vista estructural, debería existir entre el dolo eventual y el dolo directo de segundo grado desde el momento en que se postulan como dos figuras distintas[482].

[480] ZIELINSKI, *AK-StGB*, §§ 15-16, n.º marg. 70. En idéntico sentido SCHLEHOFER, *NJW*, 1989, p. 2020. Añade PUPPE, *NK*, § 15, n.º marg. 150, que «el autor nunca tiene la certeza teórica sobre las consecuencias de su acción y rara vez la práctica. Tampoco en el caso estándar de dolo directo de segundo grado («Caso Thomas») (...) existe semejante conocimiento. El autor sólo sabía que existía una alta probabilidad de que los miembros de la tripulación se ahogaran». De hecho, ya ANTÓN ONECA, *Derecho penal*, pp. 225-226, menciona el «Caso Thomas» (un sujeto colocó una bomba en un barco lleno de tripulantes para que explotase en alta mar y así pudiera cobrar el seguro) como ejemplo de dolo eventual.

[481] Ya en su momento afirmó VON BAR, *ZStW*, 18 (1898), p. 538, que «en la vida cotidiana se identifica una probabilidad muy alta con la necesidad o, para intentar expresarlo de modo más exacto, con la certeza»; WELZEL, *Derecho penal*, p. 99, entiende que para esta modalidad de dolo basta con la representación de que la realización del tipo es prácticamente segura. Cfr. también JAKOBS, *Derecho penal*, p. 324; JESCHECK, *Wolf-FS*, p. 481; ROXIN, *Strafrecht*, § 12, n.º marg. 20 y KÖHLER, *Strafrecht*, p. 163. SCHROTH, *Vorsatz als Aneignung*, pp. 85-87, entiende que no existen diferencias valorativas entre la certeza absoluta y la previsión de una alta probabilidad. SCHROEDER, *LK*, § 16, n.º marg. 83, sostiene el curioso argumento de que los casos de conocimiento de la alta probabilidad se ven como de certeza en la valoración judicial de la prueba. En contra de estas ideas, VON HIPPEL, *Die Grenze*, p. 90, para quien las consecuencias representadas como «altamente probables» no pueden considerarse «co-queridas», como sí sucede, por contra, en los casos de certeza.

[482] La argumentación por la que se llega a esta idea concuerda con lo expuesto por GIMBERNAT ORDEIG, «Acerca del dolo eventual», pp. 256-257. No muy lejos parece estar ROSS, *Über den Vorsatz*, p. 111. Muy interesantes también los argumentos de SANCINETTI, *Teoría del delito*, pp. 147-148. A la delimitación entre dolo directo de segundo grado y dolo eventual no se le ha prestado demasiada atención en la discusión doctrinal, porque afecta a supuestos en que la representación lo es de un riesgo tan elevado que nadie cuestiona que deban ubicarse en el dolo, aunque no se acabe de precisar si en tanto que dolo

El Código Penal parece exigir en diversos artículos de la Parte especial que el sujeto tenga un conocimiento cierto sobre algunos elementos objetivos del tipo[483]. Así, por ejemplo, el art. 217 CP castiga al «que contrajere segundo o ulterior matrimonio *a sabiendas* de que subsiste legalmente el anterior», o los arts. 273, 274 y 275 CP exigen para determinados delitos contra la propiedad industrial que el sujeto actúe, en referencia a los derechos que vulnera a través de su actuación, «*con conocimiento* de su registro» o «de su protección». Puede plantearse si el tenor literal de estos tipos impide castigar aquellos casos en que el sujeto no haya tenido un conocimiento a ciencia cierta de la existencia del elemento típico del que se trate[484]. En determinados supuestos se ve que ello es insostenible: llevaría a absolver a quien no conoce lo que indica el registro sobre una determinada marca porque nunca fue a consultarlo, aunque estimó probable que estuviera registrada. Respecto a la bigamia procedería igualmente castigar a quien no supiera a ciencia cierta, pero se representara como perfectamente posible, la vigencia de su anterior vínculo matrimonial. Así pues, ni siquiera pretendidos requisitos de tipicidad permiten mantener a la figura con vida propia[485].

Lo que en última instancia se pretende con todas estas argumentaciones es poner en tela de juicio la necesidad de la clasificación tripartita del dolo. Dicha clasificación puede conservar parte de su razón de ser en las teorías de la voluntad, donde el dolo directo de primer grado se define como la modalidad más perfecta de dolo y se debe justificar por qué, en supuestos en que la presencia del elemento volitivo es harto dudosa,

directo o como dolo eventual. Sin embargo, las enormes dificultades para fijar la frontera entre ambas figuras se advierten en la discusión que se sostuvo entre los reformadores penales alemanes de finales de los cincuenta cuando se planteó la posibilidad de atenuar la pena de los delitos cometidos con dolo eventual; cfr. *Niederschriften*, vol. XII, p. 115 ss.

[483] Cfr. entre otros, los arts. 182, 205, 208, 217, 219, 273-275, 280, 298, 311.2.º, 320, 322, 329, 362, 371, 446, 451 y 456 CP.

[484] Cfr. sobre esta cuestión SANCINETTI, *Teoría del delito*, pp. 311-313. En Alemania, VON LISZT, *Aufsätze und Vorträge*, p. 280, entendía que cuando el Código exige que la conducta haya sido realizada «conscientemente» (*wissentlich*) emplea este término como sinónimo de «dolosamente», lo que da cabida en estos tipos al dolo eventual. Actualmente, JAKOBS, *Derecho penal*, pp. 336-337, parece inclinarse por la exigencia de conocimiento cierto en algunos preceptos. De un modo más rotundo a favor de dicha exigencia, SAMSON, *JA*, 1989, p. 452. En tono crítico PUPPE, *NK*, § 15, n.º marg. 152-153.

[485] Basta con imaginar el caso en que un acusado de bigamia afirmara haberse representado como «bastante probable» que aún subsistiera el vínculo anterior: ¿se le debería absolver acaso? Respecto a los delitos de receptación y blanqueo de dinero, cfr. PÉREZ MANZANO, «El tipo subjetivo en los delitos de receptación y blanqueo de dinero», en MARTÍNEZ ARRIETA (dir.), *El encubrimiento, la receptación y el blanqueo de dinero. Normativa Comunitaria*, Madrid, 1994, p. 236. Esta autora entiende que la expresión *a sabiendas* no es argumento suficiente para exigir una determinada modalidad de dolo. Sobre la trascendencia de la expresión «a sabiendas» en general, cfr. OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO/HUERTA TOCILDO, *Derecho penal*, p. 134.

también se puede seguir hablando de realización dolosa[486]. Sin embargo, cuando en relación con el dolo eventual se concluye que el elemento volitivo no tiene que desempeñar papel alguno y, a la vez, que para dicha modalidad de dolo basta con que el sujeto atribuya a su conducta la capacidad de realizar un tipo penal, la clasificación tripartita pierde todo su sentido[487].

Así, el dolo directo de primer grado es dolo porque también en él es necesario que el sujeto se represente la capacidad lesiva de su conducta. La intención no aporta absolutamente nada: si desaparece la intención pero la representación subsiste, el dolo se mantiene; por contra, si falta la representación, el dolo decae, por mucha intención que haya puesto el sujeto de su parte[488]. En este último caso se suele hablar de meros deseos irrelevantes para fundamentar el dolo[489]. Algo parecido sucede con los supuestos de dolo directo de segundo grado, que también lo son de dolo porque contienen —aunque amplificado hasta la certeza— el núcleo esencial de lo doloso, esto es, el conocimiento de la aptitud de una conducta para realizar un determinado tipo penal. Pasar de este conocimiento a la certeza, en la mayoría de las ocasiones, sólo se deberá a ciertas posturas emocionales de quien realiza el juicio.

En última instancia, debe negarse el sentido de la clasificación tripartita porque del hecho de que concurra una u otra modalidad de dolo

[486] Cfr. las afirmaciones de SANCINETTI, *Teoría del delito*, p. 150. También muchos partidarios de la teoría de la probabilidad se ven obligados a mantener la clasificación tripartita, pues entienden que en casos de intención no hace falta que el sujeto se represente el resultado querido como probable, sino simplemente como posible. De lo contrario no pueden salvar críticas como la que se les dirige con el «Caso del tirador inexperto» (cfr. *supra* II.2.B).

[487] Cfr. HERZBERG, *JZ*, 1988, p. 575. FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, pp. 496-497, afirma que el dolo eventual representa la forma básica de dolo, pues con sus elementos está comprendido «lo que *constituye por antonomasia actuar dolosamente*» (cursiva en el original). De acuerdo con esta última idea entiende KINDHÄUSER, *ZStW*, 96 (1984), p. 30, que «la tripartición en intención, dolo directo y dolo eventual no desempeña papel alguno en el concepto de dolo y que una sistematización como ésta tampoco es obligatoria. La definición mayoritaria del dolo presenta el defecto de que parte de la intención como el dolo por excelencia y por ello no consigue abarcar de modo adecuado las formas del dolo no voluntativas. Por ello es metodológicamente acertado contemplar el dolo eventual como la modalidad básica de dolo». Estas ideas pueden retrotraerse a SAUER, *Derecho penal*, p. 268, un partidario de la teoría de la probabilidad que afirmaba que «*el dolo de probabilidad es el tipo fundamental de dolo*» (cursiva en el original).

[488] Así, HERZBERG, *JZ*, 1988, p. 575, afirma, en referencia al autor doloso, que «el que haya llegado a querer la realización del tipo, no aporta nada más a su condición de autor doloso», de la misma manera que el poder volar no aporta nada a la gaviota con respecto a su condición de ave, porque el pingüino es tan ave como ella y no puede volar (cfr. *supra* III.6).

[489] SCHROTH, *Vorsatz als Aneignung*, p. 83, entiende que el conocimiento del sujeto es lo que permite hablar de voluntad y no de meros deseos, lo cual no deja de poner de manifiesto que precisamente lo que acaba definiendo el dolo es el conocer y no el querer.

no se deriva efecto alguno, ni desde el prisma de la tipicidad ni de la pena. Así, tal opción clasificatoria acaba por convertirse en un bello ejercicio de elaboración de conceptos a partir de la observación de determinadas realidades pretendidamente psíquicas, pero nada más. Si lo que hace que un hecho sea doloso es el actuar pese a conocer el riesgo, ni la intención ni la certeza aportan nada al dolo en tanto que dolo y su adición sólo consigue complicar innecesariamente una cuestión conceptual ya de por sí intrincada[490]. Pocos autores parecen haber caído en la cuenta de que, cuando se postula una determinada concepción del dolo eventual, ésta repercute por fuerza en la idea global del dolo[491]. Así, cuando se afirma que el dolo *no* es «conocer y querer», debe añadirse, siguiendo a *Puppe*, que «*la tripartición conceptual del dolo debería ser abandonada*»[492].

[490] Partiendo de esta visión, consigue soslayarse la crítica de WEIGEND, *ZStW*, 93 (1981), p. 672, según la cual tanto las teorías cognitivas como las diversas variantes de las volitivas adolecen de un idéntico defecto común: «todas defienden conceptos de dolo que bajo una cobertura conceptual común albergan relaciones psíquicas completamente distintas entre el autor y las consecuencias de su acción». Si se renuncia a la clasificación tripartita se consigue un concepto único y unitario de dolo.

[491] A la idea a la que sí han llegado una serie de autores es la de que el dolo eventual es la modalidad básica de dolo y los dos supuestos de dolo directo son casos de dolo cualificado. Cfr. FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, pp. 496-497 y CORCOY BIDASOLO, *ADPCP*, 1985, p. 965. En este atinado razonamiento falta dar el último paso, esto es, advertir que de dicha cualificación no se deriva consecuencia jurídica alguna y, por lo tanto, resulta superflua.

[492] PUPPE, *NK*, § 15, n.º marg. 154 (cursiva en el original) y LA MISMA, *Vorsatz und Zurechnung*, p. 74. En España BACIGALUPO ZAPATER, *Principios*, p. 231, afirma que «la teoría de las formas de dolo puede considerarse, en realidad, superada una vez que se ha eliminado el llamado "elemento volitivo" del dolo. En efecto las distintas formas del dolo se basaban en dicho elemento volitivo. En la medida en la que todas las "formas de dolo" tienen ya el denominador común del conocimiento del peligro concreto ya no tiene razón de ser más que una única forma de dolo».

SEGUNDA PARTE

SOBRE LA «DETERMINACIÓN DEL DOLO»

VI. INTRODUCCIÓN

VI.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA Y PRINCIPALES PROPUESTAS PARA SU RESOLUCIÓN

En la Primera Parte de este trabajo se ha llegado a la conclusión de que el dolo exige que un sujeto cuente con ciertos conocimientos en el momento en que realiza una conducta objetivamente típica: la consciencia de que tal conducta concreta resulta apta para realizar un determinado tipo penal. Sin embargo, para una correcta y completa resolución de un hipotético caso no basta con una definición de dolo como la anterior, sino que debe determinarse en el supuesto concreto si su protagonista ha actuado contando de manera efectiva con los conocimientos requeridos por el concepto de dolo[493]. Para poder llevar a cabo tal determinación es imprescindible, obviamente, responder a la pregunta de cómo puede establecerse qué es exactamente lo que un sujeto ha conocido o se ha representado en el momento de realización de un hecho objetivamente típico[494].

Es indiscutible que toda condena por delito doloso exige acreditar que el acusado ha realizado el hecho delictivo con determinados conocimientos. Estas afirmaciones sobre el conocimiento de los acusados se realizan en la práctica con una extraordinaria frecuencia, aunque los jueces o tribunales no suelen explicitar cuál es su auténtica naturaleza. La respuesta, en cualquier caso, no resulta unívoca: las dos grandes solucio-

---

[493] Esta tarea puede designarse con el apelativo de «determinación de la concurrencia en un caso concreto de los conocimientos requeridos por el dolo». Dada la longitud de esta expresión, en diversos pasajes de este trabajo, y en el propio título de su Segunda Parte, es sustituida por la de «determinación del dolo» o «determinación procesal del dolo».

[494] BURKHARDT, «Der Wille als konstruktives Prinzip der Strafrechtsdogmatik», en HECKHAUSEN/GOLLWITZER/WEINERT (ed.), *Jenseits des Rubikon. Der Wille in den Humanwissenschaften*, Berlín, Heidelberg, 1987, p. 325 (nota 7), afirma que con los argumentos que se suelen ofrecer sobre el dolo no se consigue dar respuesta al problema práctico de cómo se debe averiguar lo que «ha pasado por la cabeza» de un sujeto.

nes posibles son apuntadas por *Díez Ripollés* en referencia a todos lo elementos del delito que presentan una naturaleza subjetiva y consisten, básicamente, en «si nos atenemos, o hay que atenerse, a una configuración realista, naturalista, de tales elementos, o bien hay que darles, o se les da, un contenido fundamentalmente normativo»[495]. Como indica este mismo autor, las dos perspectivas citadas no sólo se refieren al momento de formulación teórica de los elementos subjetivos, sino también al instante de su aplicación práctica[496].

La primera gran respuesta a la cuestión de cómo debe acreditarse en un caso concreto el conocimiento en que se fundamenta el dolo pasa por afirmar la necesidad de que se averigüen determinados datos de naturaleza psicológica: *el conocimiento se configura como un fenómeno psicológico cuya concurrencia en el momento de la realización delictiva debe ser efectivamente constatada en el proceso penal*[497]. Se debe averiguar una realidad que, como afirma expresivamente *Herzberg*, «se encuentra en la cabeza del autor» o, como puntualiza *Schewe*, se basa en «vivencias subjetivas del autor en el momento del hecho», unos fenómenos a los que puede y debe accederse en el momento posterior del proceso[498]. En lo sucesivo va a encuadrarse a todos los autores que defienden posturas de este tipo bajo la denominación global de *concepción psicológica*[499].

[495] DÍEZ RIPOLLÉS, *Los elementos subjetivos del delito. Bases metodológicas*, Valencia, 1990, p. 21. Aunque este autor entiende que los diversos planteamientos desarrollados hasta el momento por la doctrina sobre esta cuestión pueden agruparse en cuatro grandes líneas teóricas (perspectivas psicológico-individual, normativa, psicológico-colectiva e interaccionista), afirma también (*ibidem*, p. 301) que la problemática «puede reconducirse a una dicotomía fundamental, aquella que transita entre el enfoque atento a la descripción y averiguación de la realidad psíquica subyacente a los elementos subjetivos y el que pretende convertir la formulación y constatación de tales elementos en un proceder fundamentalmente normativo. En el primer polo de la alternativa se encontraría la perspectiva psicológico-individual, aunque con ocasionales aportaciones de ciertos enfoques interaccionistas, y en el segundo, todas las demás corrientes metodológicas estudiadas». Hace también suya esta distinción DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, Valencia, 1994, p. 37, quien habla de una concepción naturalista y una concepción normativa sobre los elementos subjetivos del delito.

[496] Cfr. DÍEZ RIPOLLÉS, *Los elementos subjetivos*, pp. 25-26.

[497] Cfr., en esta línea, por ejemplo, AMBROSIUS, *Untersuchungen zur Vorsatzabgrenzung*, Neuwied, Berlín, 1966, p. 19: «dolo es ante todo la denominación de un hecho totalmente específico, de un "hecho puramente psíquico"».

[498] Cfr., resp., HERZBERG, «Die Abgrenzung von Vorsatz und bewußter Fahrlässigkeit – ein Problem des objektiven Tatbestandes», *JuS*, 1986, p. 258 y SCHEWE, *Reflexbewegung, Handlung, Vorsatz*, Lübeck, 1972, p. 103. Por su parte, MYLONOPOULOS, «Das Verhältnis von Vorsatz und Fahrlässigkeit und der Grundsatz in dubio pro reo», *ZStW*, 99 (1987), p. 687, afirma que la doctrina dominante concibe el dolo como un «conglomerado de hechos internos».

[499] A ella se dedican los Capítulos VII y VIII de este trabajo.

Lo que deben demostrar los autores que se inscriben en esta perspectiva es a través de qué concretos medios resulta posible acceder a la realidad del conocimiento ajeno en el momento del proceso penal. Como suele afirmar el Tribunal Supremo, aquello que se conoce o se quiere es siempre algo perteneciente «a lo más íntimo de la psique del individuo», por lo que son obvias las dificultades que plantea el penetrar en «ese arcano profundo y escondido del alma humana, en donde la persona guarda y custodia sus más recónditos pensamientos, quereres e impulsos motivadores»[500]. Los problemas que conlleva esta postura son, ante todo, problemas de aplicabilidad: se debe mostrar de modo convincente cuáles son los medios que hacen posible la averiguación de la realidad psíquica pretérita y ajena que, desde estos puntos de vista, sirve de sustrato material para la apreciación del dolo en un caso concreto[501].

Las dificultades prácticas que plantea la postura anterior llevan a que una serie de autores niegue la posibilidad de entender que la afirmación del dolo dependa de la averiguación de una determinada realidad psicológica. Desde su punto de vista, cuando los tribunales o jueces afirman que «alguien ha conocido algo» no hacen otra cosa que atribuir dicho conocimiento al sujeto en virtud de determinados criterios que no pueden, o ni tan siquiera pretenden, constatar cuál fue el estado real de su subjetividad en el momento de realización del hecho típico. Para estos autores, las afirmaciones sobre el conocimiento ajeno se realizan, en realidad, a partir de vías distintas a la constatación de unos fenómenos psicológicos que, por lo demás, resultan inaccesibles. Éstos son los planteamientos que en este trabajo se agruparán bajo la denominación genérica de *concepción normativa*, pues quienes la integran no caracterizan los juicios que aquí interesan como juicios descriptivos, sino como juicios de atribución de un determinado contenido de subjetividad al acusado que prescinden de una plena constatación empírica[502]. Los puntos difíciles de una perspectiva como ésta radican, en primer lugar, en dotar de legitimación a unos criterios de imputación subjetiva que, de modo paradójico, renuncian explícitamente a la *auténtica* subjetividad del autor y, en segundo lugar, en aportar una caracterización plausible de los criterios que deben emplearse para llevar a cabo el juicio de atribución del conocimiento en que se asienta el dolo.

[500] Las citas provienen, resp., de la STS de 20 de septiembre de 1989 (A 6672, ponente Moner Muñoz) y de la STS de 29 de enero de 1992 (A 581, ponente De Vega Ruiz).

[501] Como afirma FREUND, Comentario a la sentencia del BGH de 20 de noviembre de 1986 (*JR*, 1988, pp. 115-116), en *JR*, 1988, p. 117, una vez determinado en qué sustrato *psíquico* se basa el dolo surgen dos problemas: por un lado, qué procedimiento es normativa y empíricamente adecuado para su prueba y, por otro, a qué conclusiones tiene que llegarse tras la práctica de la prueba para poder condenar.

[502] A estas teorías se dedica el Capítulo IX del trabajo.

La confrontación entre la concepción psicológica y la normativa es evidente reflejo de las tensiones existentes entre dos principios rectores básicos que vinculan de forma ineludible a la labor de la dogmática jurídico-penal: *las exigencias de legitimidad y aplicabilidad que debe cumplir todo propuesta teórica sobre el Derecho penal* y, por extensión, todo concepto o definición que se derive de cualquiera de estas propuestas. Antes de entrar en un análisis más detallado de las dos grandes perspectivas enunciadas conviene exponer, aunque sea sucintamente, el porqué de tales exigencias y cómo se concretan éstas en el ámbito del concepto jurídico-penal de dolo y de su determinación práctica.

VI.2. LEGITIMIDAD Y APLICABILIDAD DE LOS CONCEPTOS JURÍDICO-PENALES

Como se ha avanzado en el subapartado anterior, *toda propuesta, concepto o definición teórica elaborados por la dogmática penal debe ser legítima y aplicable*. La exigencia de legitimidad se basa en la idea de que el Derecho penal no puede perseguir determinados objetivos a toda costa, sino que, en el ejercicio de su función, debe respetar una serie de principios limitadores. En este sentido, una concepción del Derecho penal o un concreto desarrollo de ésta que transgreda tales principios debe ser considerada ilegítima y, por tanto, rechazada. Las exigencias de legitimidad vienen establecidas, básicamente, por lo que de forma tradicional se denomina *límites del ius puniendi*, de tal modo que el respeto a estos límites debe exigirse a todos los conceptos que en su tarea interpretativa elabore la dogmática. Los conceptos delineados de tal manera que con ellos se transgreda alguno de tales límites deben ser considerados ilegítimos.

Centrando la cuestión en el debate sobre el dolo y recurriendo a un ejemplo concreto, puede afirmarse que a la teoría del consentimiento en la versión que emplea *la primera fórmula de Frank* se le dirigen, ante todo, críticas relativas a su legitimidad[503]. Si, como suele afirmarse, dicha teoría lleva a dilucidar la cuestión del dolo en función de la personalidad del autor, con su empleo se estaría transgrediendo el principio jurídico-penal de responsabilidad por el hecho, «que se opone a la posibilidad de castigar el carácter o el modo de ser»[504]. Así, un concepto de

[503] Cfr. las críticas planteadas a esta *fórmula de Frank* en *supra* II.2.A y II.3.

[504] MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, 4.ª ed., Barcelona, 1996, p. 97. Cfr. también FERRAJOLI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. P. Andrés Ibáñez y otros, 2.ª ed., Madrid, 1997, p. 223: «un ciudadano puede ser juzgado, antes de ser castigado, sólo por *aquello que ha hecho*, y no, como en el juicio moral, también por *aquello que es*» (cursiva en el original).

dolo como éste debe ser rechazado por cuestiones de legitimidad[505]. Otro ejemplo de críticas referidas a la legitimidad de determinados conceptos de dolo puede observarse en algunas de las objeciones que se han dirigido contra las «teorías objetivizantes» de la imputación subjetiva, como las defendidas por *Herzberg* o *Puppe*[506]. Cuando *Prittwitz*, por ejemplo, afirma en referencia a la teoría de esta última autora, que «la abierta atribución de responsabilidad subjetiva en función del grado *objetivo* de peligro resulta profundamente injusta y contradice el principio de reprochabilidad individual», está, de modo evidente, poniendo en tela de juicio la legitimidad de tal construcción teórica[507].

La segunda de las exigencias que debe cumplir todo concepto jurídico-penal, *la aplicabilidad*, se basa en la siguiente idea: si con el Derecho penal se pretende generar algún tipo de efecto en la sociedad, los elementos que configuran las normas penales, así como los conceptos que la dogmática crea en su labor de interpretación, deben poder ser aplicados en el ámbito del proceso penal[508]. En este sentido, de nada sirve delinear conceptos que nunca pueden llegar a ser aplicados, por mucho que éstos resulten totalmente idóneos desde el punto de vista de su elaboración teórica y de su respeto a los principios limitadores de la intervención punitiva del Estado[509]. Como afirma *Puppe*, «un concepto jurídico

[505] Lo mismo afirma FRISCH, «Gegenwartsprobleme des Vorsatzbegriffs und der Vorsatzfeststellung – am Beispiel der AIDS-Diskussion», *K. Meyer-GS*, Berlín, Nueva York, 1990, p. 552 (nota 86), sobre todas las teorías que hacen depender el dolo de una cuestión emocional. Críticas parecidas a la teoría de la indiferencia sostenida por *Engisch* (cfr. *supra* II.2.C) en MIR PUIG, «Conocimiento y voluntad en el dolo», en JIMÉNEZ VILLAREJO (dir.), *Elementos subjetivos de los tipos penales*, Madrid, 1995, p. 22.

[506] Cfr. *supra* IV.2.C y D.

[507] PRITTWITZ, *Strafrecht und Risiko*, Francfort d.M., 1993, p. 357 (cursiva en el original). Otras críticas a la legitimidad del concepto de *Puppe*, en SCHROTH, *Vorsatz als Aneignung der unrechtskonstituierenden Merkmale*, Francfort d.M., 1994, pp. 93-94. Críticas a *Herzberg* en BRAMMSEN, «Inhalt und Elemente des Eventualvorsatzes – Neue Wege in der Vorsatzdogmatik?», *JZ*, 1989, pp. 79-80 y RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, Madrid, 1994, pp. 100-101.

[508] Cfr. las afirmaciones de MIR PUIG, «Por una dogmática penal creadora», en *La sentencia penal*, Madrid, 1992, p. 24: «una Dogmática que pretenda ser realista ha de empezar por admitir que únicamente será válida si sirve adecuadamente a la finalidad de aplicación de la Ley. El Derecho implica la pretensión de realización práctica, por lo que la ciencia del Derecho no puede concebirse como una ciencia puramente teorética, sino que la naturaleza de su objeto le impone un carácter fundamentalmente práctico». En la doctrina alemana tienen un especial interés las consideraciones de PETERS, «Strafprozeßlehre im System der Strafprozeßrechts», en *Strafrechtspflege und Menschlichkeit. Ausgewählte Schriften*, Heidelberg, 1988, p. 114.

[509] Sobre la necesidad de que la ciencia del Derecho penal no pierda de vista la práctica, cfr. NAUCKE, «Über das Verhältnis von Strafrechtswissenschaft und Strafrechtspraxis», *ZStW*, 85 (1973), pp. 399-400. Cfr., igualmente, SCHLEHOFER, «Risikovorsatz und zeitliche Reichweite der Zurechnung beim ungeschützen Geschlechtsverkehr des HIV-Infizierten», *NJW*, 1989, p. 2019: «el Derecho penal no está pensado para las elaboraciones

no tiene una clara razón de ser si no se explicita método alguno para probar su concurrencia ante un tribunal», pues, como añade *Frisch*, «la tarea de una ciencia práctica como la Ciencia del Derecho es crear conceptos adecuados *para la aplicación del Derecho*»[510]. En la doctrina española afirma rotundamente *Baldó Lavilla* que «no se puede sostener en la *praxis* un constructo teórico cuya implementación en el *proceso penal* sea imposible»[511].

artísticas de la criminalidad de manual, en las que se puede atribuir discrecionalmente al autor cualquier actitud volitiva, sino que su eficacia debe *acreditarse en la realidad*, algo que no puede conseguir un elemento cuya concurrencia sea inaccesible a la prueba» (cursiva en el original). También interesantes las consideraciones de ENDRUWEIT/KERNER, en HASSEMER/LÜDERSSEN (ed.), *Sozialwissenschaften im Studium des Rechts*, vol. III, Múnich, 1978, p. 95 ss, quienes entienden que la *calidad* de una teoría jurídico-penal se analiza en dos momentos: un primero en que se utilizan criterios inmanentes al Derecho penal y un segundo en que «deben probarse sus consecuencias a nivel procesal». Muy interesantes también las consideraciones de FREUND, «Zur Legitimationsfunktion des Zweckgedankens im gesamten Strafrechtssystem», en WOLTER/FREUND (ed.), *Straftat, Strafzumessung und Strafprozeß im gesamten Strafrechtssystem*, Heidelberg, 1996, pp. 44-46 (esp. nota 5) y FRISCH, «Straftat und Straftatsystem», en *ibidem*, p. 207. La importancia de la aplicabilidad afecta también a la fase de creación legislativa: según FLORIÁN, *De las pruebas penales*, 3.ª ed. italiana, trad. J. Guerrero, Santa Fe de Bogotá, 1995, tomo I, p. 64, «hondas preocupaciones acerca de la prueba atormentan a menudo al legislador cuando dicta las normas sobre el contenido de los delitos».

[510] PUPPE, *NK*, § 15, n.º marg. 60 y FRISCH, *K. Meyer-GS*, p. 547 (cursiva en el original). La primera autora añade que tampoco sería correcta la opción opuesta, esto es, dar sentido a un concepto que no lo tuviera aportando reglas de prueba. HERZBERG, «Das Wollen beim Vorsatzdelikt und dessen Unterscheidung vom bewußt fahrlässigen Verhalten», *JZ*, 1988, p. 637, afirma por su parte que «sólo en la praxis se demuestra si un concepto teórico resulta apropiado y si garantiza soluciones convincentes y predecibles». FERRAJOLI, *Derecho y razón*, p. 37, considera que el presupuesto de la pena debe ser un hecho que, entre otras características, «resulte susceptible de prueba». Añade este autor (*ibidem*, p. 223) que para que «el juicio tenga carácter cognitivo y jurisdiccional no basta con que los delitos estén previstos por las leyes con arreglo al mero principio de legalidad, sino que también es preciso, como ya se ha mostrado, que consistan en hechos empíricos taxativamente señalados según el principio de estricta legalidad, de manera que resulten verificables (y refutables) las tesis judiciales que afirman o niegan su existencia».

[511] BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa. Un estudio sobre las «situaciones de necesidad» de las que se derivan facultades y deberes de salvaguarda*, Barcelona, 1994, p. 112 (cursiva en el original). Añade este autor (*ibidem*, p. 113, nota 239), que las «pretensiones más espiritualizadoras de la imputación subjetiva chocan siempre, por lo menos, contra las características del proceso penal». La mutua interacción entre conceptos jurídico-penales y necesidades de prueba es puesta de manifiesto por MAIER, «Política criminal, Derecho penal y Derecho procesal penal», *DP*, 1978, pp. 304-305. Con respecto a la específica cuestión del dolo, TAMARIT SUMALLA, «La tentativa con dolo eventual», *ADPCP*, 1992, p. 540, se hace eco de cómo «las alambicadas construcciones teóricas realizadas por diversos sectores doctrinales» acerca del dolo eventual son «a menudo acusadas de favorecer un drástico distanciamiento entre teoría y praxis». Pese a ello, PETERS, «Gespräch und Briefwechsel. Zur Methode der Tatsachenerkenntnis in der Strafprozeßlehre», *Klug-FS*, Colonia, 1983, vol. II, p. 548, sostiene que la figura del dolo eventual sirve para superar en buen número de casos los problemas de prueba del dolo.

Las críticas sobre la aplicabilidad de un determinado concepto o definición teórica pueden clasificarse en tres grandes grupos. En primer lugar, se cuestiona la aplicabilidad de un concepto cuando se afirma que, de acuerdo con los términos en que dicho concepto está definido, es imposible saber qué sustrato fáctico debe determinarse en el proceso para decidir si procede o no su aplicación. Esta crítica se dirige, por ejemplo, a la teoría de la probabilidad. En la medida en que ésta no aporta un límite claro sobre qué porcentaje de posibilidades tiene que haberse representado un sujeto para afirmar que éste ha actuado dolosamente, nunca es posible saber con exactitud si concurren las condiciones de aplicabilidad del concepto de dolo que dicha teoría defiende[512]. Como es evidente, en casos como éste los problemas de aplicabilidad son provocados por la indefinición teórica inicial del concepto que se pretende utilizar.

Una segunda dirección en que pueden dirigirse las críticas basadas en la aplicabilidad se aprecia en aquellos casos en que se considera que el sustrato fáctico del que depende la aplicación de un determinado concepto nunca o raramente puede llegar a ser determinado en la práctica, pues en el ámbito del proceso no se cuenta con medios que hagan posible tal determinación[513]. Esta línea siguen, por ejemplo, las críticas que dirigen ciertos autores contra aquellas teorías del dolo que vinculan la aplicación de esta figura al hecho de que un sujeto haya «tomado en serio» un riesgo representado, se haya conformado con él, o no haya «eliminado mentalmente» tal representación[514]. Otras objeciones similares

[512] Afirma MIR PUIG, en *Elementos subjetivos*, p. 25, que «es imposible cuantificar los porcentajes de posibilidades y, aunque fuese posible, no existe ninguna razón para elegir una cifra —el 20% o el 30%, pongo por caso— como frontera de dolo y culpa consciente».

[513] Como es evidente, cuando se trata la cuestión relativa a las condiciones de aplicabilidad de los conceptos penales en el proceso, dichas condiciones deben contextualizarse adecuadamente en un momento histórico. Ello no sólo requiere enunciar los mecanismos que en el ámbito del proceso penal deben facilitar la aplicabilidad de un concepto (esto es, básicamente los medios de prueba), sino la capacidad que en dicho momento se atribuye por la sociedad a cada mecanismo para aportar un determinado grado de certeza sobre la real existencia de un hecho. Expresado con un ejemplo tal vez burdo, pero sin duda ilustrativo: la acreditación sobre si un sujeto participó en un determinado hecho delictivo no se llevaría a cabo hoy en día de idéntica manera a como se hace, si los jueces pudieran contar con una «máquina del tiempo» que les permitiera retroceder hasta el instante y lugar de la comisión de los hechos y ver con sus propios ojos qué conducta llevaba a cabo el sujeto en cuestión.

[514] Cfr. las críticas de OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO/HUERTA TOCILDO, *Derecho penal. Parte general. Teoría jurídica del delito*, 2.ª ed., Madrid, 1986, p. 131, a la teoría del consentimiento por «pretender inferir la existencia del dolo eventual de una determinada actitud psicológica del autor de la conducta sometida a examen, y sólo de esa actitud sin elementos objetivos u objetivables en que poder apoyar una conclusión sobre el particular». Desde el punto de vista de LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho penal. Parte general I*, Madrid, 1996, p. 424, los anteriores problemas probatorios también afectan al elemento de la representación.

son las dirigidas a la teoría del consentimiento en la versión que se basa en la *primera fórmula de Frank*: no existe forma posible de llegar a averiguar qué es lo que habría hecho el autor en caso de representarse el resultado como seguro[515]. Semejantes críticas no cuestionan por sí solas la legitimidad de estas teorías, sino que ponen en tela de juicio que éstas puedan ser llevadas a la práctica[516].

Por último, la tercera y, a la vez, la más rotunda de las críticas basadas en la aplicabilidad de un concepto se da en los casos en que, desde el plano teórico, se considera que la aplicación de dicho concepto se hace depender de la concurrencia de un sustrato fáctico cuya existencia real se juzga imposible[517].

La entidad de los problemas de aplicabilidad que plantean determinados conceptos penales no debe ser pasada por alto. Sin embargo, no siempre resulta fácil detectar la efectiva concurrencia de tales dificultades, pues su existencia suele salvarse en la práctica aplicando un concepto distinto del previamente enunciado. Esta forma de proceder obedece, en la mayoría de casos, a la necesidad de evitar supuestos de impunidad que se antojan inadmisibles. Sin embargo, lo que deviene entonces cuestionable es la legitimidad del razonamiento de unas instancias de aplicación del Derecho que manipulan en la práctica los conceptos que *a priori* afirman necesarios para sostener una condena[518]. Esta situación se da, por ejemplo, cuando se defiende para el dolo eventual la necesidad de que el sujeto se haya «conformado» con la realización del tipo. Dado que la determinación procesal de tal concepto plantea evidentes problemas, la jurisprudencia acaba afirmando su concurrencia cuando el sujeto

[515] Cfr., al respecto, PUPPE, *NK*, § 15, n.º marg. 42. Cfr. también las críticas formuladas a la teoría del consentimiento por LIEPMANN, *Die Reform des deutschen Strafrechts. Kritische Bemerkungen zu dem «Strafgesetzentwurf»*, Hamburgo, 1921, p. 76 ss: «¿cómo debe un tercero o el juez obtener una conclusión segura sobre un estado psíquico que en absoluto ha existido en el autor?».

[516] Cfr., al respecto, PUPPE, «Der Vorstellungsinhalt des dolus eventualis», *ZStW*, 103 (1991), p. 11. Cfr., igualmente, las consideraciones de BRICOLA, *Dolus in re ipsa. Osservazioni in tema di oggeto e di accertamento del dolo*, Milán, 1960, p. 23.

[517] Así, JAKOBS, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2.ª ed. alemana, trad. J. Cuello Contreras y J.L. Serrano González de Murillo, Madrid, 1995, p. 325, cuestiona que «florituras retóricas» como el «aprobar» o el «asumir con indiferencia» «sean posibles en la práctica». Cfr. también KARGL, *Der strafrechtliche Vorsatz auf der Basis der kognitiven Handlungstheorie*, Francfort d.M., Berlín, Berna, Nueva York, París, Viena, 1993, p. 49.

[518] Algo que VOLK, «Kausalität im Strafrecht», *NStZ*, 1996, pp. 108-109, ha puesto de manifiesto con especial capacidad de convicción en todo lo que respecta a la denominada «prueba de la causalidad». Especialmente interesante en este ámbito, FERRAJOLI, *Derecho y razón*, p. 109: los problemas prácticos de prueba suelen repercutir en la interpretación que de la ley hace el juez, mientras que las dificultades interpretativas a menudo se resuelven orientando en determinados sentidos la valoración del material probatorio.

en cuestión ha actuado pese a conocer el riesgo de dicha realización[519]. Esta forma de proceder lleva a que, después de todo, se acabe por aplicar un concepto distinto al enunciado[520].

Las más diversas formulaciones teóricas sobre los distintos elementos de la infracción penal reciben constantemente críticas por uno u otro motivo: aplicabilidad o legitimidad. Ello se debe a que estos últimos no son conceptos cerrados y a que, desde luego, cada autor sostiene una visión distinta sobre lo que es legítimo o lo que resulta aplicable. La problemática, por supuesto, va más allá del ámbito específico del dolo, bastando en este sentido con recordar las críticas recibidas por el concepto de culpabilidad basado en la idea del «poder actuar de otra manera», habitualmente rechazada con el argumento de que la concurrencia de tal posibilidad es indemostrable, tanto en general, como para casos concretos[521]. Parece pues indudable que la creación de conceptos por la dogmática jurídico-penal no debe transgredir los límites del *ius puniendi*, lo que otorga legitimidad a tales conceptos, y, a la vez, éstos deben poder ser aplicados en el ámbito del proceso, para impedir que el Derecho penal se convierta en un instrumento totalmente inapropiado para generar determinados efectos en la sociedad[522].

[519] Cfr. PUPPE, *NK*, § 15, n.º marg. 138, quien afirma que «aquellas fórmulas cuyo sentido no está claro, es decir, que no aportan criterios claros para diferenciar entre dolo e imprudencia *sólo pueden ser aplicadas de forma manipulada*» (cursiva en el original).

[520] Cfr., al respecto, PUPPE, *ZStW*, 103 (1991), pp. 6-9 y 11, quien afirma que conceptos como el «tomar en serio», «conformarse», etc. muestran una clara propensión a ser manipulados en el momento de su efectiva aplicación. En LA MISMA, *NK*, § 15, n.º marg. 32, se sostiene que, aunque tales conceptos se enuncian como dependientes de una realidad psíquica del autor, en la práctica se normativizan. Cfr. asimismo KARGL, *Der strafrechtliche Vorsatz*, p. 23. En este sentido, sostiene HERZBERG, *JZ*, 1988, p. 639, que aunque los tribunales exigen para el dolo que el sujeto haya *tomado en serio* el riesgo representado, en realidad resuelven los casos juzgando si dicho sujeto ha conocido un riesgo que *debía ser tomado en serio*.

[521] Cfr. en este sentido ROXIN, *Política criminal y sistema del Derecho penal*, trad. F. Muñoz Conde, Barcelona, 1972, p. 41, donde se rechaza una idea de culpabilidad basada en la posibilidad del sujeto de actuar de otro modo, por ser ésta «algo empíricamente difícil de constatar». Una visión panorámica sobre esta discusión en JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5.ª ed., Berlín, 1996, p. 409. Cfr., igualmente, U. STEIN, «"Gewißheit" und "Wahrscheinlichkeit" im Strafverfahren», en WOLTER (ed.), *Zur Theorie und Systematik des Strafprozeßrechts*, Neuwied, Kriftel, Berlín, 1995, p. 249, quien afirma que si la culpabilidad se fundamenta en el «poder actuar de otra manera» una condena nunca sería legítima, pues éste no se puede probar ni en general ni en el caso concreto. Cfr., asimismo, MIR PUIG, *El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho*, Barcelona, 1994, p. 81 ss.

[522] En este sentido, son especialmente interesantes las preguntas formuladas por LIEPMANN, *Die Reform*, p. 68, para considerar correcta la elaboración legal de un concepto de dolo: «1.º ¿Son iguales los tipos psicológicos del dolo directo común y del eventual?; 2.º ¿Son valorativamente iguales los casos de dolo directo y dolo eventual en su cualificación de culpabilidad, de modo que, con otras palabras, el contenido de culpabilidad del dolo eventual sea esencialmente más intenso que el de la culpa consciente?; 3.º *¿Es posible lle-*

La exigencia irrenunciable de aplicabilidad debe servir para rechazar aquellas declaraciones según las cuales «la creación de conceptos no tiene nada que ver con las dificultades de prueba», como sostuvo en su día *Schmidhäuser*[523]. O la afirmación de *Morselli* de que la aplicación de un concepto «es un problema sólo práctico, que nada quita ni agrega a la validez teórica»[524]. El Derecho penal sólo puede ser un instrumento efectivo si cuando se define su contenido se piensa en cómo éste va a poder ser llevado a la práctica del proceso penal: de lo contrario todo queda en una elaboración de conceptos tal vez bella, pero estéril, y no se puede seguir afirmando que la dogmática sea una ciencia práctica[525]. Además, puesto que siempre subsisten determinadas necesidades preventivas, si no se establecen *controles teóricos* para el momento de aplicación de los

var a cabo con seguridad en la praxis la delimitación de los casos de dolo eventual?» (cursiva añadida). En la tercera interrogación se observa de modo evidente la exigencia de un control de aplicabilidad. También HEINE, *Tötung aus «niedrigen Beweggründen»*, Berlín, 1988, p. 3, se plantea como objetivo de su trabajo sobre los «motivos abyectos» en el asesinato encontrar una interpretación que presente «consistencia dogmática» y que sea «trasladable a la práctica». Cfr., igualmente, los requisitos que plantea WALTER, «Die Subjektive Struktur der Handlung und Strafrecht», *KrimJ*, 1981, p. 207, para los elementos subjetivos en el Derecho penal.

[523] SCHMIDHÄUSER, «Die Grenze zwischen vorsätzlicher und fahrlässiger Straftat ("dolus eventualis" und bewußte Fahrlässigkeit)», *JuS*, 1980, p. 243. Este autor justifica tal afirmación argumentando que los problemas procesales exigen saber previamente en qué consiste el concepto que se quiere aplicar y, refiriéndose al tipo subjetivo, entiende que en todo caso existen posibilidades de acceder a los pensamientos de un acusado a través de confesiones, testigos o indicios. Sin embargo, ello no debe excluir la exigencia de que al crearse el concepto se tenga presente a través de qué mecanismos (si es que existen) va a ser posible aplicarlo. En una línea parecida a la de *Schmidhäuser* se encuentran las afirmaciones de KÖHLER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Berlín, Heidelberg, Nueva York, 1997, p. 150, cuando este autor afirma que «el concepto de dolo debe diferenciarse de las dificultades y los criterios de su determinación en el caso concreto». Una crítica a *Schmidhäuser*, en PRITTWITZ, «Die Ansteckungsgefahr bei AIDS» (2.ª parte), *JA*, 1988, p. 496, quien sostiene que «una ciencia del Derecho penal que formula requisitos de imputación subjetiva cada vez más sutiles sin reflexionar sobre su traslación al ámbito de la prueba, pierde legitimación o, por lo menos, poder de convicción».

[524] MORSELLI, «El elemento subjetivo del delito en la perspectiva criminológica», *ADPCP*, 1991, p. 900. La afirmación de este autor reproducida *supra* se formula como respuesta a las críticas recibidas por su concepción del dolo, basada en la actitud interna del sujeto. En España GRACIA MARTÍN, en DÍEZ RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN/LAURENZO COPELLO, *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, vol. I, Valencia, 1997, art. 138, n.º marg. 58, afirma que «los problemas de prueba no pueden ni deben afectar en lo más mínimo a los contenidos de Derecho material». En la doctrina italiana PAGLIARO, *Principi di Diritto penale. Parte generale*, 4.ª ed., Milán, 1993, p. 274 (nota 18), se muestra disconforme con las críticas que se basan en la puesta en práctica de determinados conceptos dogmáticos, afirmando que «la ciencia del Derecho penal se ocupa de determinar el contenido de los ilícitos penales y de las respectivas sanciones, pero no de la técnica a través de la cual se averigua el sustrato fáctico del primero».

[525] En contra de esta idea MORSELLI, *ADPCP*, 1991, p. 900: «ciencia y praxis se mueven sobre planos distintos, que no siempre coinciden; en efecto, la praxis debe recurrir a compromisos y a aproximaciones que para la ciencia son, y deben ser, justamente ajenos».

conceptos, se abre la puerta a la arbitrariedad en la aplicación del Derecho[526].

En cualquier caso, la legitimidad y la aplicabilidad deben ser vistas como presupuestos mínimos de toda elaboración dogmática y no como principios rectores de dicha elaboración. Esta idea queda clara cuando, con respecto a la legitimidad, se habla de «límites» del *ius puniendi*, pero debe recalcarse especialmente en relación a la exigencia de que los conceptos jurídico-penales resulten aplicables. Así, un concepto jurídico-penal no debe considerarse *mejor* que otro por ser *más fácilmente aplicable*. Es evidente que en la elección de conceptos deben primar otros criterios, como una mayor sintonía con las finalidades del legislador, con el sentido de la ley positiva, o una mayor contribución al logro de los objetivos del Derecho penal. La exigencia de aplicabilidad sólo traza el límite mínimo de dicha elección: un concepto que no resulte aplicable no es válido dentro de una disciplina eminentemente práctica como la dogmática penal y por ello debe rechazarse[527]. Estas consideraciones no deben perderse de vista en el desarrollo de los siguientes Capítulos.

VI.3. TRASCENDENCIA DEL PROBLEMA

El tema que va a tratarse en la Segunda Parte de este trabajo tal vez sea uno de los que mayor importancia presenta en la práctica cotidiana, aunque, paradójicamente, es también uno de los que menor atención ha merecido por parte de la doctrina[528]. La cuestión ha sido a menudo bau-

[526] Como sucede, según LIEPMANN, *Die Reform*, pp. 78-79, con un concepto de dolo basado en la *primera fórmula de Frank*: el hecho de que los presupuestos aplicativos de este concepto no puedan ser determinados en la práctica no lleva a su inaplicación, sino a determinar sus exigencias a partir de la personalidad del autor, de tal modo que, subrepticiamente, se emplea un concepto ilegítimo.

[527] GIMBERNAT ORDEIG, «Acerca del dolo eventual», en *Estudios de Derecho penal*, 3.ª ed., Madrid, 1990, p. 252, afirma que «en principio los problemas de prueba no pueden ser decisivos para refutar una teoría de Derecho material». La vigencia de esta regla general debería, no obstante, decaer en aquellas situaciones en que no sólo se dieran «problemas» de prueba, sino que la entidad de tales problemas conllevara la auténtica inaplicabilidad del concepto.

[528] En este sentido, basta con observar los manuales de Derecho penal, tanto españoles como alemanes, para comprobar el escaso espacio (por no decir nulo) que dedican al problema de la «determinación del dolo». El panorama tampoco es mucho más halagüeño en lo que respecta a trabajos monográficos acerca de la cuestión. En España, el estudio más completo es, sin duda, *Los elementos subjetivos del delito* de DÍEZ RIPOLLÉS, aunque la cuestión del dolo sólo es una más de entre las diversas que se abordan en esta obra. Tampoco en la dogmática alemana el número de trabajos es mucho más elevado y, lo que sorprende en mayor medida, es la escasa atención que el problema ha merecido, con honrosas excepciones (como *Frisch* o *Hruschka*), a los «pesos pesados» de la Ciencia penal de todos los tiempos. Por todo ello, no parece exagerado afirmar que éste sigue siendo un terreno, si no inexplorado, sí en el que queda aún mucho por discutir.

tizada con el poco sugerente apelativo del «problema de la prueba del dolo» y, como consecuencia casi inmediata de tal denominación, se ha remitido —tácitamente en la gran mayoría de las ocasiones— al ámbito teórico del Derecho procesal[529]. Sin embargo, lo más preocupante de la cuestión es que tampoco desde ese «mundo aparte» que casi siempre parece ser el Derecho procesal se han aportado respuestas, y el problema simplemente se ha ignorado[530]. Como afirma *Loos*, «la determinación de los elementos subjetivos del delito debe contemplarse como la gran cruz del proceso penal, un problema que tiene un carácter apremiante para la labor diaria de los prácticos, pero que apenas ha sido puesto al día desde un punto de vista teórico»[531].

[529] FRISCH, *K. Meyer-GS*, pp. 550-551, aporta una explicación de este fenómeno: «se suele discutir mucho menos intensamente sobre la problemática de la determinación del dolo que sobre la cuestión jurídico-material de cuál es el concepto adecuado, a causa, posiblemente, de la creencia errónea de que se trata sólo de cuestiones fácticas o del caso concreto sobre las que poca cosa se puede decir de modo general». Las afirmaciones de VEST, «Zur Beweisfunktion des materiellen Strafrechts im Bereich des objektiven und subjektiven Tatbestandes», *ZStW*, 103 (1991), p. 584, confirman tal perspectiva: «para una dogmática concebida de un modo tradicional, los problemas de prueba son tarea del juez encargado de dilucidar los hechos y, por tal motivo, una labor, en todo caso, de la teoría del proceso o de la criminalística». Cfr., igualmente, GERCHOW en el prólogo de SCHEWE, *Bewußtsein und Vorsatz*, Neuwied, Berlín, 1967, p. 7, quien ya constataba esta situación en los años sesenta y hacía extensiva la actitud de desinterés a la psicología y a la psiquiatría.

[530] Cfr. FRISCH, *K. Meyer-GS*, p. 565, quien califica de «desolada» la situación de la teoría procesal de la prueba en general. Sobre los motivos y los problemas que plantea la separación entre Derecho penal y Derecho procesal penal en el ámbito académico y científico, cfr. MAIER, *DP*, 1978, p. 301 ss. VEST, *Vorsatznachweis und materielles Strafrecht*, Berna, Francfort d.M., Nueva York, París, 1986, p. 3, afirma, por su parte, que la total separación entre Derecho material y Derecho de la prueba pasa por alto la realidad misma.

[531] LOOS, «Grenzen der Umsetzung der Strafrechtsdogmatik in der Praxis», en IMMENGA (ed.), *Rechtswissenschaft und Rechtsentwicklung*, Göttingen, 1980, p. 262; cfr., igualmente, EL MISMO, Comentario a la sentencia del BGH de 16 de julio de 1993 (*JR*, 1994, p. 510 ss), en *JR*, 1994, p. 513. En una línea similar, KRAUß, «Der psychologische Gehalt subjektiver Elemente im Strafrecht», *Bruns-FS*, Colonia, Berlín, Bonn, Múnich, 1978, p. 11, quien añade que «hasta el momento la discusión ha versado, de modo casi exclusivo, sobre el significado dogmático y funcional de los elementos subjetivos en el sistema del delito, pero en la mayoría de los casos no se ha discutido qué es lo que se sigue de la posición sistemática y de la "importancia" dogmática para la subjetividad de un elemento. Es evidente que no está claro a qué psique del autor se refiere el Derecho penal, aunque prácticamente no se discuta al respecto». Pese a todo ello, ZAFFARONI, *Manual de Derecho penal. Parte general*, 6.ª ed., Buenos Aires, 1997, p. 420, afirma incluso que «el límite entre el dolo eventual y la culpa con representación es un terreno resbaladizo, aunque más en el campo procesal que en el penal» y HILLENKAMP, «Dolus eventualis und Vermeidewille», *Armin Kaufmann-GS*, Colonia, Berlín, Bonn, Múnich, 1989, pp. 360-361, añade que las dificultades con que se encuentra la doctrina en el ámbito del dolo eventual obedecen, con toda probabilidad, a la concurrencia tanto de problemas conceptuales como también de prueba. PERRON, «Vorüberlegungen zu einer rechtsvergleichenden Untersuchung der Abgrenzung von Vorsatz und Fahrlässigkeit», *Nishihara-FS*, Baden-Baden,

Semejante olvido debe por fuerza reputarse «lamentable», afirma *Frisch*, pues con él se pasan por alto las repercusiones que las cuestiones procesales ejercen sobre el Derecho material y porque «de poco sirve todo el trabajo de filigrana en el ámbito de la caracterización jurídico-material del dolo si, en el ámbito procesal, éste carece de una réplica que haga posible el traslado de los discernimientos previos, es decir, si se mantiene en la oscuridad la cuestión sobre (el método para) la determinación de los requisitos exigidos»[532]. No entrar en un análisis del problema, prosigue este autor, lleva a que «la determinación de los requisitos correspondientes surja de una vivencia sentimental en un inmenso espacio sin reglas, en que, ante hechos y planteamientos absolutamente idénticos, un aplicador jurídico puede llegar a un resultado y otro aplicador, a otro bien distinto»[533]. Las funestas consecuencias de esta situación son evidentes: pese a que se afirma que la elaboración dogmática permite dar un tratamiento uniforme a todos los supuestos que se puedan presentar en un determinado ámbito de la práctica, no se aportan sin embargo criterios que hagan posible una resolución *completa y racional* de todos los supuestos[534]. Cuando se indaga sobre las vías de aplicación de los conceptos previamente definidos, en la gran mayoría de ocasiones sólo se encuentra por respuesta un enorme vacío teórico y muchos de los razonamientos con los que en la práctica se resuelven los casos permanecen ocultos[535].

Como ya se ha apuntado anteriormente, son notables los problemas que se derivan de una creación de conceptos materiales de dudosa apli-

1998, p. 155, constata cómo bastantes autores ven en la cuestión del dolo más problemas procesales que de Derecho material.

[532] FRISCH, *K. Meyer-GS*, p. 552, en una afirmación que recuerda a la pregunta que se formulara ROXIN en su *Política criminal*, pp. 18-19, cuestionando «si no estará caracterizado el trabajo sistemático de filigrana de nuestra dogmática, que opera con las más sutiles finezas conceptuales, por una desproporción entre la fuerza desarrollada y su rendimiento práctico».

[533] FRISCH, *K. Meyer-GS*, pp. 552-553. Por su parte, PERRON, *Nishihara-FS*, p. 154, denuncia que el enorme espacio libre de reglas en que se mueven los aplicadores jurídicos al determinar el *factum* en que se asienta la imputación subjetiva lleva a «desigualdades» y a «distorsiones sistemáticas». HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *La responsabilidad por el producto en Derecho penal*, Valencia, 1995, p. 111, afirman que en el ámbito del dolo eventual «los Tribunales de Justicia hacen y deshacen a su antojo, al amparo de la libre apreciación de la prueba».

[534] Una defensa de la dogmática jurídico-penal como ciencia aplicada cuyo centro de interés básico es la resolución de casos prácticos en MIR PUIG, *El Derecho penal en el Estado social*, p. 26.

[535] Cfr. NAUCKE, *ZStW*, 85 (1973), pp. 430-431 (nota 66). Este autor expresa con claridad que, en la práctica, la decisión sobre si en un concreto caso concurre o no dolo «no es posible con la ayuda que ofrece la Ciencia [penal]» y los casos se acaban resolviendo con el recurso al sentido común, deviniendo éste «la argumentación en sentido propio», cuyos resultados sólo se controlan *a posteriori* por medio de la pregunta sobre si jurídicamente dichos resultados pueden ser abarcados por el estado de la teoría del dolo eventual.

cabilidad. Dado que las necesidades de condena en no pocos casos persisten, no es improbable que en tales supuestos el concepto (inaplicable) acabe por ser igualmente empleado, pero sin que se respeten de modo coherente las exigencias que de su enunciación teórica parecen derivarse[536]. Ello implica que en algún momento concreto de entre los que van de la definición del concepto a su concreta aplicación, dicho concepto sufre algún tipo de *manipulación* que permite hacerlo aplicable. Tal fenómeno no habla precisamente a favor, ya no sólo de la seguridad jurídica, sino de la racionalidad misma del momento de aplicación del Derecho.

En esta misma línea, parece indiscutible que es imposible juzgar el verdadero alcance de los conceptos de Derecho material si no se presta también atención a la forma en que éstos son llevados a la práctica[537]. De nada sirve, por ejemplo, propugnar un concepto restrictivo de dolo si, cuando éste se traslada al proceso, el juez se muestra especialmente predispuesto a afirmar la mayoría de las veces que en el caso concreto el sujeto ha conocido (y, eventualmente, querido) los elementos que conforman el tipo objetivo, actuando por tanto dolosamente[538]. Conceptos de dolo muy restrictivos en la teoría pueden ampliarse en la práctica hasta el infinito con una aplicación tendente a favorecer la afirmación procesal de que los elementos que configuran dicho concepto han concurrido en el caso concreto.

Este último fenómeno se aprecia con especial intensidad en la aplicación que a lo largo de las últimas décadas se ha hecho de una teoría del dolo tan restrictiva en su formulación teórica como la del consentimiento[539]. Según esta perspectiva, para afirmar el dolo eventual es necesario que el sujeto conozca la posibilidad de realización de la conducta típica y, además, apruebe interiormente dicha realización. Pues bien, este concepto tan restrictivo de dolo —sobre todo en comparación con otros que han ido ganando importancia en tiempos más recientes— ha sido ampliado hasta su más absoluta deformación por la práctica judicial, llegando a caricaturizar completamente el pretendido elemento volitivo y a presumirlo a partir del cognitivo: la prueba más evidente de ello es que se llegara a crear ese engendro conceptual bautizado como «aprobar en sentido jurídico»[540]. Que dicha deformación pueda obedecer a cuestiones de justicia material —pues, como ya se ha visto en su momento, una aplicación estricta de la teoría del consentimiento lleva a conclusiones a menudo inaceptables— no puede justificar desde la perspectiva teórica semejantes manipulaciones. Ya no la seguridad jurídica, sino la más mínima exigencia de racionalidad en el discurso jurídico, exigen que en el proceso de aplicación del Derecho las cosas se llamen por su nombre y que se explicite el auténtico fundamento de las decisiones que se puedan adoptar.

Por contra, un concepto de dolo teóricamente amplio como el que propugnan, por ejemplo, las teorías cognitivas, no tiene por qué llevar en la práctica a un incremento exorbitado de condenas por delito doloso. Esto sucederá si, en el momento en que se aplica sobre el *factum* el concepto previamente elaborado, el juez se muestra más bien remiso a constatar que el sujeto realmente ha conocido la peligrosidad que su conducta entrañaba para el bien jurídico o la posibilidad de acaecimiento del resultado lesivo. Esta realidad puede apreciarse en la teoría del dolo propugnada por *Schmidhäuser,* muy amplia en sus contornos conceptuales, pero, a la vez, bien predispuesta a afirmar en no pocos casos la concurrencia de una «eliminación mental» de la representación del peligro por parte del sujeto activo[541]. En cualquier caso, la práctica inexistencia de criterios a partir de los que juzgar las condiciones de aplicabilidad de los conceptos debe llevar, cuando menos, a relativizar las críticas que unas teorías dirigen a otras acusándose mutuamente de ampliar o restringir de forma desmesurada el ámbito de lo doloso. Hasta que las teorías del dolo muestren los criterios que las deben hacer aplicables, la procedencia de tales críticas debe dejarse en suspenso.

[536] BRICOLA, *Dolus in re ipsa*, p. 23, afirma que la construcción de conceptos de dolo basados en realidades psicológicas cuya averiguación es especialmente compleja acaba llevando al uso de presunciones.

[537] En Italia BRICOLA, *Dolus in re ipsa*, p. 2, pone de manifiesto «la estrecha vinculación entre problemas de Derecho material y problemas procesales en materia de dolo, la íntima conexión entre el objeto del dolo y su determinación». La misma idea es recalcada por EUSEBI, «In tema di accertamento del dolo: confusioni fra dolo e colpa» (comentario a la sentencia de la *Corte d'Apello* de Milán de 22 de abril de 1986), *RIDPP*, 1987, p. 1067.

[538] Un fenómeno de esta naturaleza es constatado por PÉREZ MANZANO, «El tipo subjetivo en los delitos de receptación y blanqueo de dinero», en MARTÍNEZ ARRIETA (dir.), *El encubrimiento, la receptación y el blanqueo de dinero. Normativa comunitaria*, Madrid, 1994, pp. 233-234, en lo que respecta al dolo de los tipos de receptación y blanqueo de dinero. En este trabajo se pone de relieve cómo, pese a exigir la jurisprudencia que el sujeto activo de estos delitos tenga un *conocimiento cierto* de que los bienes que adquiere proceden de la previa comisión de un hecho delictivo, «luego rebaja las exigencias en materia de prueba» de dicho conocimiento, añadiéndose que «resulta contraproducente exigir certidumbre absoluta para luego rebajar las exigencias de prueba del mismo y acabar admitiendo que se deduce a partir de datos como el precio bajo del objeto».

[539] Sobre esta teoría, cfr. *supra* II.2.A.

[540] Cfr., al respecto, PUPPE, *NK*, § 15, n.º marg. 33-35 y *supra* III.1.

[541] Cfr. SCHMIDHÄUSER, *JuS*, 1980, pp. 244-245, en referencia al caso de la «conducción vertiginosa». Sobre la teoría del dolo defendida por este autor, cfr. *supra* III.2.

VII. LA CONCEPCIÓN PSICOLÓGICA: «determinación del dolo» como averiguación de un fenómeno psicológico

VII.1. Planteamiento

De acuerdo con lo apuntado en el Capítulo anterior, la *concepción psicológica del dolo* entiende que la afirmación según la cual una persona ha actuado dolosamente depende de que pueda acreditarse de modo fehaciente que ésta ha realizado una conducta objetivamente típica contando con determinados conocimientos (y, según los autores, intenciones). Esta perspectiva parte de dos grandes ideas: en primer lugar, concibe tales conocimientos como un concreto proceso efectivamente acontecido en la mente de un sujeto, es decir, como un *fenómeno de naturaleza psicológica*[542]. En segundo lugar, entiende que la existencia de tal fenómeno es algo que puede averiguarse *a posteriori*, esto es, en el momento del proceso penal. De los resultados de tal averiguación se hace depender el que alguien pueda ser legítimamente condenado por una realización delictiva dolosa[543]. En consecuencia, cuando no consiga constatarse la concurrencia de los procesos psíquicos en que se basa el

[542] Como afirma LICCI, «Dolo eventuale», *RIDPP*, 1990, pp. 1512-1513 (nota 61), «el esquema normativo ha sido construido por el legislador tomando como base referentes de naturaleza psicológica y, por tanto, la interpretación del dato legislativo no puede no tomar en cuenta la realidad de referencia». En términos similares se expresa también EUSEBI, *RIDPP*, 1987: «con el dolo el ordenamiento penal hace referencia a un efectivo estado psicológico constituido por la representación y la volición del hecho por parte del sujeto (...) el dolo se configura como dato empírico (o de orden psíquico) y *no* como juicio normativo» (cursiva en el original). Añade NOWAKOWSKI, *WK*, 20.ª entrega (1984), § 5, n.º marg. 14, que la conformidad del acusado con la producción del resultado —(pretendido) elemento del dolo eventual— debe ser probada «como un dato histórico del aspecto interno del hecho».

[543] DÍEZ RIPOLLÉS, *Los elementos subjetivos*, p. 32, afirma que, según esta perspectiva, los elementos subjetivos del delito «se han de concebir como realidades psíquicas previamente dadas y susceptibles de desvelamiento a partir de un proceso de averiguación».

dolo, sólo podrá castigarse al sujeto, si la ley lo permite, por delito imprudente.

De acuerdo con estas ideas, el conocimiento en que se fundamenta el dolo se concibe como una *realidad pretérita*: lo que interesa son determinados fenómenos psicológicos existentes en el momento en que el hecho se llevó a cabo, un instante que se ubica siempre en un pasado más o menos lejano en relación con el proceso penal. En este sentido, la tarea del juez exige la plena reconstrucción de tales fenómenos. En palabras de *Engisch*:

> el jurista procede ni más ni menos que como el historiador cuando aporta y aprecia pruebas para averiguar de qué manera ha sucedido algo. La llamada *libre valoración de la prueba* no supone, como alguna vez se ha dicho, el ejercicio de un criterio judicial —lo que querría decir que tras la práctica de la prueba serían defendibles diversas opiniones sobre el resultado— sino la no vinculación a reglas legales de prueba para aproximarse a la inequívoca verdad misma[544].

En la medida en que estos puntos de vista caracterizan el conocimiento en que se fundamenta el dolo como un dato a extraer de la realidad, es decir, como un hecho efectivamente acaecido, las afirmaciones sobre tal conocimiento deben necesariamente ubicarse dentro del relato de hechos probados de la sentencia, del mismo modo que consta entre tales hechos, por ejemplo, que el acusado fue quien disparó un arma, o que la causa de la muerte de una persona fue un accidente de automóvil: todas estas afirmaciones comparten la calidad de descripciones de hechos pasados y la única diferencia que les separa es que, en el caso del conocimiento, la naturaleza del hecho es psíquica y, por tanto, interna, mientras que en los demás es externa[545]. Como suele afirmar el Tribunal Supremo, reúnen esta última condición los hechos que otro sujeto puede

[544] ENGISCH, *Wahrheit und Richtigkeit im juristischen Denken*, Múnich, 1963, p. 6 (cursiva en el original). De acuerdo con estas ideas, HANACK, «Maßstäbe und Grenzen richterlicher Überzeugungsbildung im Strafprozeß», *JuS*, 1977, p. 728. Cfr., asimismo, MÜLLER-DIETZ, «Der Wahrheitsbegriff im Strafverfahren», *Zeitschrift für evangelische Ethik*, 15 (1971), p. 260 y DELLEPIANE, *Nueva teoría de la prueba*, 9.ª ed. (2.ª reimp.), Santa Fe de Bogotá, 1994, p. 14 ss. Muy interesantes las consideraciones de ANDRÉS IBÁÑEZ, «Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal», en *La sentencia penal*, Madrid, 1992, pp. 132-134, quien establece algunas diferencias entre la figura del juez y la del historiador: «la cuestión sobre la que el juez está obligado a pronunciarse, incluso en su dimensión fáctica, suele estar profundamente teñida de aspectos de valor y la indagación judicial siempre se da en función de una hipótesis necesariamente normativa».

[545] Como afirma GRASNICK, *Über Schuld, Strafe und Sprache*, Tübingen, 1987, p. 74, según las teorías mayoritarias lo que interesa en este ámbito es averiguar hechos históricos ubicados en la interioridad de una tercera persona.

percibir a través de sus sentidos, mientras que deben reputarse hechos internos los que no son accesibles a tal tipo de percepción[546].

La enunciación de los grandes postulados en que se basa esta perspectiva no parece una tarea demasiado compleja. Conviene comprobar ahora si la idea de que el concepto de dolo sólo puede aplicarse cuando se consigan averiguar determinados fenómenos psicológicos cumple con los dos requisitos exigidos para toda construcción teórica acerca del Derecho penal: la legitimidad y la aplicabilidad.

VII.2. LEGITIMIDAD DE LA CONCEPCIÓN PSICOLÓGICA

La concepción psicológica de la «determinación del dolo» no presenta, aparentemente, ningún problema de legitimidad. Es más, puede incluso afirmarse que, en el ámbito de la discusión doctrinal, a menudo se le presume una plena legitimidad teórica y son los autores que la defienden quienes constantemente ponen de manifiesto déficits de legitimidad en las perspectivas opuestas, desde las cuales se replica, como se verá más adelante, con otro tipo de argumentos[547].

Un primer motivo básico para defender tal legitimidad surge del siguiente argumento: dado que la aplicación de una norma penal depende de la efectiva realización de unos hechos que se adapten a la descripción típica que incorpora dicha norma, sostener que es posible llevar a cabo un juicio afirmativo de tipicidad sin que conste plenamente dicha realización es algo totalmente inaceptable. De la misma manera que no puede hablarse de que se ha cometido un delito consumado de homicidio sin que se dé por probada la muerte de una persona, tampoco puede hablarse de que «alguien conoció algo» sin acreditar la existencia efectiva y real de dicho conocimiento[548]. Afirmar que es posible la concurrencia de una acción dolosa sin haberse demostrado que el acusado ha contado con el grado de conocimiento que es presupuesto aplicativo del dolo supone

[546] Así, entre otras muchas, la STS de 28 de abril de 1989 (A 3558, ponente Puerta Luis), donde se afirma que «la intención o propósito que anima a las personas, por residir en su esfera íntima, no es directamente perceptible». Sobre la habitual distinción entre hechos internos y externos, cfr. GRASNICK, *Über Schuld*, p. 78.

[547] Cfr. *infra* IX.

[548] En este sentido, afirma MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, 3.ª ed., Padua, 1992, p. 328 ss, que «la inadmisibilidad de presunciones en materia de dolo no es únicamente una consecuencia del principio de responsabilidad personal, sino algo implícito a la esencia misma del dolo, que es consciencia y voluntad *reales* del hecho». Ver también IGARTUA SALAVERRIA, *Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal*, Valencia, 1995, p. 26: «las normas legales tienen una estructura condicional, de modo que si se verifica el hecho previsto por la ley debe seguir una cierta consecuencia jurídica. Entonces, cae de su peso que una norma jurídica no se aplica correctamente mientras no se acredite que verdaderamente un determinado hecho ha tenido lugar».

una grave contradicción que, por si fuera poco, deja la puerta abierta a peligrosas arbitrariedades[549].

Sin embargo, tal argumentación no justifica por sí sola la legitimidad de la perspectiva. Su enfoque resulta sin duda coherente, porque parte de que la ley establece un concepto de dolo basado en determinados hechos y, efectivamente, aplicar dicho concepto sin que éstos se den por probados supondría una contradicción en el seno de la sentencia. El problema que no resuelve este argumento es la vía que debe seguirse para determinar qué es lo que ha conocido un sujeto y si ésta puede considerarse legítima y aplicable.

La plena legitimidad de la concepción psicológica suele vincularse a ideas como el mandato de justicia constitucional, que se plasma, a su vez, en el deber de búsqueda de la verdad que tiene el juez en la práctica procesal de la prueba y en el momento de aplicación del Derecho. Así, se sostiene por algunos autores que dicha aplicación sólo puede ser considerada correcta cuando los hechos probados en que se fundamente una condena se correspondan con la verdad material[550]. En este sentido, afirma, por ejemplo, *Albrecht* que sólo un «permanente *esfuerzo de aproximación* a la verdad material puede satisfacer el mandato de justicia garantizado constitucionalmente»[551]. O, en palabras de la antigua jurisprudencia del *Reichsgericht* alemán, «el proceso penal sirve para la realización de la justicia y ésta sólo puede alcanzarse si dicho proceso se basa en la verdad»[552]. No lejos de estas afirmaciones se encuentran

[549] Así lo entiende MUÑOZ CONDE, prólogo a DÍEZ RIPOLLÉS, *Los elementos subjetivos*, p. 13, quien afirma que «cualquier construcción jurídica al margen de o fingiendo la realidad es grave fuente de arbitrariedades y deja la puerta abierta a la mayor inseguridad científica y jurídica».

[550] En este sentido, cfr. FINCKE, «Die Gewißheit als hochgradige Wahrscheinlichkeit», *GA*, 1973, quien, en el ámbito de aplicación del Derecho, entiende por verdad, «la relación de identidad entre inculpación y realidad». DÍEZ RIPOLLÉS, *Los elementos subjetivos*, p. 31, considera que los partidarios de la concepción psicológica del dolo «parten, sin duda, de un concepto de verdad material o verdad empírica entendida, a la luz de la teoría de la correspondencia, como la concordancia entre realidad y representación de ella». En la doctrina procesal se suele defender que en el proceso penal el juez o tribunal tiene el deber de averiguar la verdad material o histórica; cfr. GIMENO SENDRA, en GIMENO SENDRA/MORENO CATENA/CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Derecho procesal penal*, 2.ª ed., Madrid, 1997, p. 372. En idéntico sentido, TOMÉ GARCÍA, en DE LA OLIVA/ARAGONESES/HINOJOSA/MUERZA/TOMÉ, *Derecho procesal penal*, 2.ª ed., Madrid, 1995, p. 454.

[551] ALBRECHT, «Überzeugungsbildung und Sachverständigenbeweis in der neueren strafrechtlichen Judikatur zur freien Beweiswürdigung (§ 261 StPO)», *NStZ*, 1983, p. 487 (cursiva en el original). En una línea parecida, y en referencia a la determinación del sustrato fáctico en que se basa el dolo, cfr. MORSELLI, *ADPCP*, 1991, p. 899: «cierto grado de introspección psíquica es indispensable en el proceso penal si no se desea que el proceso caiga en la más deteriorada superficialidad, y si se quiere de tal manera, alejarlo lo más posible de los errores judiciales».

[552] RGSt, vol. 72, p. 156. Dicha línea jurisprudencial ha sido continuada por el BGH, quien afirma que «el principal objetivo del proceso penal» es «la averiguación de la verdad» (*NJW*, 1956, p. 1647). Añade HASSEMER, *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, 2.ª ed., Múnich, 1990, p. 147, que en el actual esquema de racionalidad se parte de la idea según la cual «de un supuesto de hecho "erróneamente" determinado sólo se puede seguir una decisión "injusta", pues con ella se resuelve un (inexistente) caso distinto a aquél que se toma por base». Sobre los habituales argumentos de vinculación entre «verdad» y «justicia», cfr. NEUMANN, «Funktionale Wahrheit im Strafverfahren», en SCHOLLER/PHILIPPS (ed.), *Jenseits des Funktionalismus. Arthur Kaufmann zum 65. Geburstag*, Heidelberg, 1989, pp. 73-74. Ver también IGARTUA SALAVERRIA, *Valoración de la prueba*, pp. 26-27.

aquellos argumentos basados en la idea de que los pilares del actual Estado giran «en torno a la persona en su individualidad y con su responsabilidad» y, por tanto, sostiene *Díez Ripollés,* «resultaría una violación del respeto debido a la dignidad de la persona el que el Derecho penal utilizara las referencias a la psique individual como mera pantalla en la que proyectar otros contenidos»[553].

Estas últimas afirmaciones se asientan en la idea de que la exigencia de que los presupuestos de la intervención punitiva del Estado se atengan a la verdad material supone una garantía para los individuos frente a aquélla. Esto parece especialmente evidente cuando se postula una visión preventivo-general de dicha intervención[554]. En el ámbito del dolo, la renuncia a la verdad material lleva a que la imposición de la pena pueda implicar una clara instrumentalización del individuo en aquellos casos en que, pese a haber actuado éste sin el conocimiento necesario para el dolo, se le imputara dicho conocimiento por otras vías con el objetivo de generar determinados efectos de intimidación, motivación o confirmación de expectativas en la colectividad[555]. En este último caso,

[553] DÍEZ RIPOLLÉS, *Los elementos subjetivos*, p. 305. Como argumentos ulteriores este autor añade que «difícilmente puede encontrarse un punto de referencia más sólido y acreditado respecto al contenido de los elementos subjetivos que el que los vincula a su realidad psicológico-individual». El mismo autor (*ibidem*, p. 36) afirma, en relación con la legitimación de las concepciones psicológico-individuales sobre los elementos subjetivos del delito, que «cabe aludir asimismo a referencias de corte garantista, que se ocupan de recordar el freno que a intervenciones abusivas del Estado, no respetuosas con la dignidad de la persona, ni con los principios de legalidad y seguridad jurídicas, y fomentadoras de un amplio arbitrio judicial, opone la opción por la verdad material y la consecuente vinculación a los datos de la realidad científica psicológico-individual».

[554] En este sentido, especialmente lúcidas las consideraciones de STEIN, en *Zur Theorie und Systematik*, p. 248: «la protección de bienes jurídicos que debe alcanzarse mediante la imposición de la pena sólo es lícita cuando se ejecuta a costa de alguien que ha incurrido *de modo efectivo* en la culpabilidad por el hecho», una afirmación que este autor vincula a la garantía constitucional de respeto a la dignidad del ser humano.

[555] ALBRECHT, «Unsicherheitszonen des Schuldstrafrechts», *GA*, 1983, p. 197, utiliza el argumento de la instrumentalización como crítica a las teorías que entienden que lo que se persigue en el proceso es la búsqueda de una verdad funcional y no la verdad material (cfr. *infra* IX.3.B.1). Cfr., igualmente, FIANDACA/MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, 3.ª ed., Bolonia, 1995, p. 309, quienes entienden que la principal tarea de una concepción empírico-psicológica del dolo es «servir de baluarte de la libertad del individuo respecto a un exceso de pretensión punitiva por parte del Estado». La jurisprudencia italiana rechaza

el sujeto estaría pagando con sus derechos más elementales el coste de unos efectos pretendidamente beneficiosos para la sociedad sin haber cumplido de manera efectiva con los requisitos exigidos para que ello tuviera que ser así. La necesidad de que se acredite la realidad psicológica como presupuesto aplicativo del dolo garantiza a todo sujeto la posibilidad de advertir en cualquier situación qué conductas de las que pueda realizar van a merecer la réplica de la sanción penal por delito doloso y, por tanto, se le otorga la opción de evitarlas[556].

Una renuncia a la realidad psicológica como presupuesto aplicativo del dolo niega a los sujetos la posibilidad de tal advertencia, por lo que éstos pierden capacidad orientativa y quedan reducidos al papel de meros objetos de los que el Estado puede disponer cuando le convenga para conseguir a su costa ciertos objetivos, sin que ellos puedan evitarlo[557]. Los problemas son evidentes: como ya afirmó en su momento *Framarino dei Malatesta*, «si bien es cierto que la sociedad ofendida tiene derecho al castigo del criminal, esto no puede llevarse al extremo de afirmar que tiene también derecho a que se inmole una víctima en su altar, sea dicha víctima culpable o inocente. No; el derecho de la sociedad no tiene realidad racional sino como derecho al castigo del *verdadero* reo, y el espíritu humano no tiene como *verdadero* sino lo que es *cierto*»[558].

La plena legitimidad de la opción psicológica parece también evidente desde postulados preventivo-especiales. En este sentido, basta con remitir a la pregunta que se formula *Klaus Sessar* sobre «¿por qué debería alguien que en su entendimiento no quería matar y, por tanto, no ha actuado dolosamente, aprender a no matar dolosamente con la ayuda de la pena?»[559]. De acuerdo con esta idea, los argumentos para sostener la

el empleo de presunciones en la «determinación del dolo» basándose en la idea de que éstas se oponen a la esencia misma de dicho concepto y contravienen el principio constitucional de responsabilidad personal; cfr., al respecto, TASSI, *Il dolo*, Padua, 1992, p. 146.

[556] Ya en el siglo XIX HAUSER, «Zur Lehre vom strafrechtlichen Vorsatz», *GS*, 54 (1897), p. 2, afirmaba que «la pena sólo puede actuar preventivamente cuando la causación de sucesos depende de la persona, cuando ésta puede ejercer algún tipo de influencia sobre el acontecimiento externo. Esto es sólo posible por medio de los actos psíquicos que estén en relación con dicho acontecimiento».

[557] Cfr. las observaciones de PAGLIARO, «Discrasie tra dottrina e giurisprudenza? (in tema di dolo eventuale, *dolus in re ipsa* ed errore su legge extrapenale)», en STILE (ed.), *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza in Diritto penale*, Nápoles, 1991, p. 122. Por su parte, LICCI, *RIDPP*, 1990, p. 1514, propone una reconstrucción del dolo basada en aportaciones psicológicas y rechaza, por tanto, adscripciones de tipo presuntivo, afirmando que la primera forma de proceder resulta más respetuosa con el valor intrínseco de la persona. Cfr., asimismo, TOZZINI, *Dolo, error y eximentes putativas (desde el punto de vista de la Psicología de la forma)*, Buenos Aires, 1964, p. 33.

[558] FRAMARINO DEI MALATESTA, *Lógica de las pruebas en material criminal*, 3.ª ed. italiana (Turín 1912), trad. S. Carrejo y J. Guerrero, 4.ª ed., Santa Fe de Bogotá, 1995, p. 5.

[559] SESSAR, *Rechtliche und soziale Prozesse einer Definition der Tötungskriminalität*,

corrección de la concepción psicológica desde un punto de vista preventivo-especial pueden basarse, ante todo, en cuestiones relativas a la efectividad de la pena. Por expresarlo gráficamente, defender una postura preventivo-especial que renunciase a la constatación de la auténtica subjetividad del acusado sería tan poco recomendable como la actitud de aquel médico que decidiera someter a sus pacientes a severos tratamientos sin haberse molestado antes en llevar a cabo una verificación a fondo sobre la existencia de una enfermedad en ellos. Además, proceder de este modo supondría una transgresión intolerable de los derechos más elementales de cualquier individuo, que podría verse sometido de modo arbitrario a una intervención *terapéutica* por parte del Estado. En este último argumento radica, básicamente, la legitimidad de la concepción psicológica, pues ésta garantiza que tal intervención sólo se llevará a cabo en aquellos casos en que resulte realmente necesaria.

Yendo incluso más allá de todos estos argumentos, tal vez el principal motivo de aceptación de la concepción psicológica venga dado por lo que puede ser denominado su *efecto tranquilizador*. En efecto, la perspectiva en cuestión garantiza que no va a castigarse como delincuente doloso a nadie que en el momento de los hechos no haya realmente actuado con la consciencia (eventualmente también la voluntad) de estar realizando el tipo penal. Renunciar a esta garantía implica asumir una inquietante realidad en la que puede darse perfectamente el caso en que alguien que realmente no haya conocido, sí cumpla, por contra, con los criterios pensados para atribuirle dicho conocimiento, de tal modo que sea condenado con la pena prevista para quien efectivamente conoció. Basta con traer a la imaginación la escena en que un tribunal impasible se dirige al acusado con un severo «usted lo sabía y por ello le castigamos», mientras dicho acusado, que realmente nunca supo nada, escucha el veredicto resignado ante su propia impotencia para conseguir que le crean. La concepción psicológica de la «determinación del dolo», por lo menos en sus planteamientos teóricos, impide situaciones como ésta: no se puede ni debe condenar a nadie por delito doloso de quien no haya sido fehacientemente constatada la consciencia de realización del tipo penal. Cuando existan dudas sobre la efectiva realidad de tal consciencia se deberá absolver en virtud del principio *in dubio pro reo* o, si la ley lo permite, se castigará sólo por delito imprudente.

Los argumentos expuestos permiten concluir que la concepción psicológica del proceso de «determinación del dolo» no parece plantear pro-

Friburgo d.B., 1981, p. 216. Cfr. igualmente los planteamientos de GSCHWIND, «Zur Kriminologie des Vorsatzes», *Rechtsfindung. Beiträge zur juristischen Methodenlehre. Germann-FS*, Berna, 1969, p. 69, quien considera que sólo es posible evitar efectos perturbadores de la pena, sobre todo en relación con cuestiones de reincidencia, si el dolo se determina teniendo en cuenta los criterios de la psicología criminal.

blema alguno de legitimidad: en la medida en que se asienta sobre la individualidad del sujeto es totalmente respetuosa con la dignidad de éste y, desde tal punto de vista, si lo que se pretende con la imposición de la pena es generar determinados efectos sobre la colectividad, ello no se llevará nunca a cabo a costa de emplear a dicho sujeto como instrumento, sino sólo en aquellos casos en que se haya acreditado de forma fehaciente que aquél realmente se representó las características y posibles consecuencias de su conducta[560]. Desde planteamientos preventivo-especiales la corrección de esta perspectiva parece también incontestable[561].

VII.3. LOS MÉTODOS DE AVERIGUACIÓN DEL CONOCIMIENTO COMO FENÓMENO PSICOLÓGICO

Si la cuestión de la legitimidad representa la cara de la perspectiva psicológica —y de todas aquellas teorías que defienden la verdad material como objeto del proceso penal—, posiblemente su cruz aparece en el momento en que los autores que sostienen tal postura se ven obligados a explicar cómo es posible acceder en el ámbito del proceso penal al que fue auténtico contenido de la consciencia de un sujeto en el momento en que éste realizó un hecho objetivamente típico. Para afirmar la validez de esta perspectiva, a su plena legitimidad debe añadirse la posibilidad de averiguar aquellos datos psicológicos a los que se vincula una correcta «determinación del dolo»[562]. De no ser posible tal averiguación, la perspectiva se encuentra ante una difícil encrucijada que lleva a dudar seriamente de su validez conceptual en el seno de una disciplina eminentemente práctica como es la Ciencia del Derecho penal. En cualquier caso, para acreditar la viabilidad aplicativa de la concepción psicológica no bastan afirmaciones genéricas como la de *Engisch,* en el sentido de que «prácticamente ningún jurista pone en duda que existen hechos y realidades psicológicas que es posible verificar o falsear», sino que debe mostrarse a través de qué concretas vías es posible llevar a cabo tal verificación[563].

[560] Entendida la idea de instrumento no en el sentido absoluto kantiano, de acuerdo con el cual concurre una instrumentalización en la base de toda perspectiva preventivo-general, sino desde una perspectiva relativa, que entiende que sólo se instrumentaliza a un sujeto cuando se le impone una pena sin que éste haya estado en condiciones de evitar tal imposición.

[561] Otros argumentos en DÍEZ RIPOLLÉS, *Los elementos subjetivos*, pp. 34-37.

[562] Como afirma SILVA SÁNCHEZ, «Política criminal en la dogmática: algunas cuestiones sobre su contenido y límites», en EL MISMO (ed.), *Política criminal y nuevo Derecho penal. Libro homenaje a Claus Roxin*, Barcelona, 1997, p. 27, «para que la estructura del *ser* pueda desempeñar su función limitadora, es preciso acceder a ella».

[563] ENGISCH, *Wahrheit und Richtigkeit*, p. 7.

En consecuencia, el objetivo primordial de este apartado es plantear un análisis sobre la idoneidad de las diversas vías que suelen proponerse para acreditar, en el ámbito del proceso, cuál fue el contenido de la subjetividad del acusado en el momento en que éste llevó a cabo un hecho típico. Las conclusiones que aquí se obtengan deben permitir afirmar o negar la aplicabilidad de la concepción psicológica de la «determinación del dolo» y, por tanto, mantener o descartar su validez como construcción teórica.

De acuerdo con el principio de libre valoración de la prueba, para dar un hecho por probado la ley procesal permite al juez hacer uso, en el ámbito del dolo como en cualquier otro, de todos los medios de prueba que estime pertinentes, excepto aquéllos expresamente prohibidos[564]. A continuación conviene centrarse en tres medios probatorios que parecen desempeñar un papel de especial importancia en la determinación del conocimiento en que se asienta el dolo: *el recurso a las ciencias empíricas a través de la prueba pericial, la confesión del acusado y, sobre todo, la prueba de indicios*[565]. El análisis de tales medios probatorios, de acuerdo con lo anteriormente expuesto, debe llevarse a cabo con el objetivo de comprobar si a través de su empleo es posible alcanzar la plena averiguación de fenómenos psicológicos pretéritos que la concepción psicológica requiere para que resulte legítima una condena por delito doloso.

A) El recurso a las ciencias empíricas

A.1. Planteamiento

Sobre el papel, el recurso del juez a las ciencias empíricas parece ser el medio por excelencia para determinar si, en el momento de realizar una conducta objetivamente típica, un sujeto ha contado con el grado de conocimiento requerido por el dolo. Dado que, según las concepciones psicológicas, la afirmación del dolo depende de la real existencia del citado conocimiento en la psique del autor, la verificación de dicha exis-

[564] Cfr., entre muchos otros, RAMOS MÉNDEZ, *El proceso penal. Lectura constitucional*, 3.ª ed., Barcelona, 1993, pp. 341-343 y LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, «La motivación de las sentencias», en *La sentencia penal*, pp. 104-105.

[565] La preponderancia de la prueba de indicios como mecanismo probatorio más habitual para la determinación procesal de los elementos subjetivos del delito se aprecia en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, como demuestra la STS de 29 de enero de 1992 (A 581, ponente De Vega Ruiz), en la que se afirma que «*sólo la prueba indiciaria* (deducida lógica, racional y causalmente entre el hecho acreditado y la circunstancia acreditable) *puede conformar la íntima convicción de los jueces a través del texto recogido por el art. 741 procesal cuando de conocer el ánimo intencional con el que el acusado procedió se trata*» (cursiva en el original).

tencia debe pasar por el dictamen de aquellas disciplinas científicas que tienen como objeto de análisis empírico la vertiente interna o psicológica de la persona[566]. Esta perspectiva parece resultar, en principio, perfectamente lógica y coherente en una sociedad como la actual, en la que se atribuye a determinadas disciplinas científicas la capacidad de aportar conclusiones ciertas acerca de la realidad[567]. Una idea que encaja, además, con la habitual afirmación de que las valoraciones judiciales no pueden apartarse de aquellos conocimientos que se consideran seguros desde un punto de vista científico[568].

Las disciplinas científicas consideradas habitualmente *competentes* para el análisis de la psique humana son, básicamente, la psicología y la psiquiatría[569]. Dado que el conocimiento ajeno y pretérito resulta inacce-

[566] En este sentido, HETZER, *Wahrheitsfindung im Strafprozeß unter Mitwirkung psychiatrisch/psychologischer Sachverständiger*, Berlín, 1982, p. 79.

[567] En este sentido, DÍEZ RIPOLLÉS, *Los elementos subjetivos*, pp. 306-307, afirma que «el modo de aproximación a los hechos es en nuestra actual sociedad el acorde con las ciencias empíricas».

[568] Así, MAIWALD, *AK-StPO*, § 261, n.º marg. 9 y 17. Cfr., igualmente, VOLK, *NStZ*, 1996, p. 105, quien afirma que «el juez está vinculado por los conocimientos asegurados científicamente. En el ámbito de las leyes sobre las que las ciencias naturales que proceden empíricamente están convencidas, al juez no le está permitido dudar, sino que está positivamente vinculado». En la misma línea, ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, 24.ª ed., Múnich, 1995, § 15, n.º marg. 22, quien remite a la resolución del BGH (BGHSt, vol. 10, p. 211 ss), en la que se afirma que la convicción judicial no desempeña papel alguno allí donde es seguro que se da un hecho a partir de conocimientos científicos. Interesantes también las consideraciones de WOHLERS, «Generelle Kausalität als Problem richterlicher Überzeugungsbildung», *JuS*, 1995, p. 1023. En España el Tribunal Supremo expresa claramente esta idea en su sentencia de 13 de octubre de 1993 (A 7380, ponente Moner Muñoz) haciendo referencia a las leyes causales. Así, afirma este tribunal que, «si las leyes causales naturales están aseguradas científicamente, constituyen principios de experiencia obligatoria, esto es, si hay certeza objetiva de la prueba científica, sólo cuando aquélla no puede afirmarse, sino que es discutible, habrá que acudir a la certeza subjetiva de la causación que proporcione la prueba practicada».

[569] Cfr. FLORIÁN, *De las pruebas penales*, tomo I, p. 102: «en cuanto a la posibilidad de la observación de hechos síquicos ajenos, la investigación es clara y encuentra su órgano más natural y eficaz en el perito siquiatra». La necesidad de que el Derecho penal se vincule en todas sus categorías al progreso de las ciencias, especialmente de la psiquiatría, es defendida por TORÍO LÓPEZ, «Acción peligrosa y dolo – Perspectivas jurisprudenciales y legislativas», en *Elementos subjetivos*, p. 180. Añade además este autor (*ibidem*, p. 175) que la determinación del (pretendido) elemento volitivo del dolo es una cuestión meramente psicológica, «para cuya concreción no debería excluirse la psicología científica». Ya a principios de siglo afirmaba HEMMEN, *Über den Begriff, die Arten und den Beweis des Dolus*, Breslau, 1909, p. 2, que el del dolo no es un problema «puramente jurídico, sino que en él también desempeña un papel importante la psicología», añadiendo que «sólo el jurista en unión con los médicos y los psicólogos pueden superar de manera satisfactoria las enormes dificultades» que plantea el hecho de que «nadie esté en condiciones de observar sin trabas el alma del delincuente». Más modernamente afirma DÍEZ RIPOLLÉS, *Los elementos subjetivos*, p. 31, que, para las concepciones basadas en la idea de verdad material, «se trata de conectar con una realidad que derive, sin mediaciones, de las

sible a los sentidos del juez en el momento del proceso, éste debería acudir, desde un punto de vista teórico, a representantes de las citadas disciplinas para que, a través de sus informes periciales, revelasen cuál fue el estado de la psique del acusado en el momento en que éste realizó el hecho delictivo de acuerdo con los conocimientos consolidados en sus respectivas ciencias[570]. Desde esta perspectiva, el psicólogo o el psiquiatra desempeñarían en el ámbito del dolo un papel similar al que, respecto a la prueba de otros elementos del delito, pueden ejercer, por citar dos ejemplos, el perito calígrafo o el experto en balística[571].

Sin embargo, la anterior situación —*idílica* desde un punto de vista teórico— no se ve reflejada, ni mucho menos, en la práctica actual de los tribunales de justicia, hasta el punto de que el Tribunal Supremo español en una de sus sentencias declara:

> la prueba de los elementos subjetivos del delito, como se ha expresado en numerosos precedentes jurisprudenciales, no requiere necesariamente basarse en declaraciones testificales o en *pruebas periciales*. En realidad, *en la medida en que el dolo o los restantes elementos del tipo penal no pueden ser percibidos directamente por los sentidos, ni requieren para su comprobación conocimientos científicos o técnicos especiales, se trata de elementos que se sustraen a las pruebas testificales y periciales en sentido estricto*[572].

leyes físicas de la naturaleza o de los datos de la psicología o sociología». Sobre las diversas ramas de la psicología y el interés de éstas en relación con las diversas manifestaciones del Derecho y la Administración de Justicia, cfr. GARZÓN, *Psicología y justicia*, Valencia, 1989, p. 15.

[570] Así reza el art. 456 LECr: «el Juez acordará el informe pericial cuando, para conocer o apreciar algún hecho o circunstancia importante en el sumario, fuesen necesarios o convenientes conocimientos científicos o artísticos». Sobre la naturaleza de la pericia, que define como «inferencia mediata de carácter experimental» basada en reglas de experiencia, cfr. MUÑOZ SABATÉ, *Técnica probatoria. Estudios sobre las dificultades de la prueba en el proceso*, 4.ª ed., Barcelona, 1993, p. 232.

[571] Sobre la vinculación del juez a las afirmaciones de los peritos, cfr. VÁZQUEZ SOTELO, *Presunción de inocencia del imputado e íntima convicción del tribunal*, Barcelona, 1984, p. 470. Este autor viene a defender que, en aquellos ámbitos en que existen evidencias científicas, el margen de libertad del juez es escaso, por no decir nulo: «si hoy, en una sentencia, un Juez niega la ley de la gravedad, o el principio de Arquímedes, o lo que la experiencia enseña sobre la navegación aérea, esa sentencia sería un monumento de escándalo (...). Y este "escándalo" que salta a la vista cuando se trata de afirmaciones o negaciones de leyes físicas o de otra naturaleza bien conocidas, es el mismo escándalo sólo que con menor proyección pública o popular cuando se trata de afirmaciones que aunque perteneciendo a elevados conocimientos científicos o especializados están también reñidos con las conclusiones a que sobre este punto ha llegado la correspondiente ciencia (siempre que se trata de un "concepto establecido" y no de una simple "opinión")». Argumentos similares en HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *La responsabilidad por el producto*, pp. 82-83.

[572] STS de 20 de julio de 1990 (A 6795, ponente Bacigalupo Zapater, cursiva añadida). Prosigue esta sentencia: «el Tribunal de los hechos debe establecerlos a partir de la

El verdadero alcance de afirmaciones como ésta se aprecia en toda su dimensión si se tiene en cuenta que, para la prueba de algunos elementos de la infracción penal —fundamentalmente las cuestiones relativas a la imputabilidad—, los Tribunales suelen depositar un elevado grado de confianza en las contribuciones de las disciplinas científicas citadas[573]. Sin embargo, en ámbitos como el de la «determinación del dolo» parece gozar actualmente de una gran vigencia la afirmación que ya en 1964 realizara *Platzgummer*, en el sentido de que la psicología era aún una ciencia joven[574]. Tal vigencia se traduce, por lo que respecta a la constatación del conocimiento, en dos hechos concretos: en primer lugar, no se confía en que la psicología u otras disciplinas científicas puedan aportar un mayor grado de certeza que otros métodos *acientíficos* como la prueba de indicios; en segundo lugar, existe un cierto temor con

forma exterior del comportamiento y sus circunstancias, mediante un procedimiento inductivo, que, por lo tanto, se basa en los principios de la experiencia general». En relación con este tipo de ideas, SCHEWE, *Reflexbewegung, Handlung, Vorsatz*, Lübeck, 1972, p. 12, constata cómo a menudo se piensa que la capacidad de culpabilidad es una cuestión de «diagnosis», mientras que otros problemas como el del dolo o la acción son meras cuestiones jurídicas. Cfr. también JÄGER, «Subjektive Verbrechensmerkmale als Gegenstand psychologischer Wahrheitsfindung», *MSchrKrim*, 61 (1978), p. 298, quien atribuye el hecho de que en la praxis judicial se ignore a las ciencias empíricas en el ámbito de la determinación de los elementos subjetivos a la creencia de que «la colaboración psicológica no hace falta» y de que resulta suficiente «la psicología profana de los jueces». En línea similar, respecto a la poca predisposición de los jueces a «complicar las cosas» con exámenes periciales en los casos aparentemente banales, GSCHWIND, *Germann-FS*, p. 65. TORÍO LÓPEZ, en *Elementos subjetivos*, p. 179, afirma que, para la determinación del (pretendido) elemento volitivo del dolo eventual, «la psicología popular resulta insuficiente», aunque constata que «la psicología científica, sin embargo, a diferencia de la psiquiatría, raramente encuentra abierta la puerta de las Salas de Justicia».

[573] Respecto a la prueba de la imputabilidad a menudo se denuncia que los juristas en general se abandonan en exceso a la opinión de los peritos; cfr. DÍEZ RIPOLLÉS, *Los elementos subjetivos*, p. 90. De ello se extrae la idea de que la desconfianza de la Administración de Justicia en estas ciencias empíricas no tiene un carácter generalizado, sino que se cree que el recurso a ellas está en condiciones de arrojar luz sobre determinadas cuestiones (p. ej., si el acusado padece una determinada enfermedad psíquica), pero no sobre otras (p. ej., si dicho acusado actuó de modo consciente). Además, el fenómeno de que se ignore la aportación de los peritos en determinados ámbitos no sólo parece atribuible a los jueces, sino también, en muchos casos, a los letrados de acusación y defensa; cfr., al respecto, MÜLLER-LUCKMANN, «Psychologie und Strafrecht», en GRIMM (ed.), *Rechtswissenschaft und Nachbarnwissenschaften*, vol. 1, 2.ª ed., Múnich, 1976, p. 224. Sobre los mutuos recelos entre juristas y representantes de otras ciencias, cfr. PRITTWITZ, «Dolus eventualis und Affekt. Ein Beitrag zur Kriminologie des Allgemeinen Teil des StGB», *GA*, 1994, pp. 456-459 y MUNNÉ, «Reduccionismos y decisiones implícitas en las decisiones judiciales», en SOBRAL/ARCE/PRIETO (ed.), *Manual de Psicología jurídica*, Barcelona, 1994, p. 56.

[574] PLATZGUMMER, *Die Bewußtseinsform des Vorsatzes*, Viena, 1964, p. 23. Más recientemente afirma MUÑOZ SABATÉ, *Técnica probatoria*, p. 249, que la psicología es aún una disciplina bastante incipiente.

respecto a los resultados que podrían derivarse de una coherente aplicación de determinados postulados científicos[575].

Diversas son las cuestiones que deben analizarse a continuación para poder juzgar si estos recelos y esta desconfianza pueden considerarse justificados. En primer lugar, conviene valorar si las ciencias empíricas están actualmente en condiciones de aportar reglas indiscutibles para la determinación del conocimiento ajeno y pretérito que, según la concepción psicológica, debe averiguarse con el fin de poder dictar legítimamente una condena por delito doloso. En segundo lugar, debe ponderarse si con tales aportaciones se consiguen colmar las exigencias de un concepto de dolo con el que se pretenden generar determinados efectos en la sociedad. Si se responde en sentido afirmativo a ambas cuestiones, el rechazo mostrado por la praxis procesal hacia las ciencias empíricas citadas deberá declararse totalmente injustificado y se contará con una sólida base para afirmar la corrección de la concepción psicológica.

A.2. Ciencias empíricas y concepto jurídico-penal de dolo

Como pone en evidencia *Díez Ripollés*, la relación entre ciencias empíricas y Derecho penal, especialmente en lo que respecta a los elementos subjetivos del delito, se establece en dos planos distintos: uno relativo a la *formulación* teórica de dichos elementos y otro relativo a la *constatación* de sus presupuestos aplicativos en el momento del proceso penal[576]. En relación con el dolo, en el primer ámbito se analiza si los conceptos que propone la doctrina pueden considerarse adecuados desde el punto de vista de ciencias como la psicología o la psiquiatría; en el segundo ámbito, por contra, se discute si tales ciencias están en condiciones de contribuir a la averiguación de los presupuestos fácticos aplicativos del dolo (esto es, el conocimiento como fenómeno psíquico) en el momento del proceso penal. En este punto, conviene hacer una breve referencia al primero de estos dos niveles de análisis, es decir, al momento de *formulación del concepto de dolo.*

[575] En este sentido, DÍEZ RIPOLLÉS, *Los elementos subjetivos*, pp. 320-321, manifiesta su sorpresa por el hecho de que una mayoría de los partidarios de perspectivas psicológico-individuales «siguen pensando excesivamente perturbadora la actividad pericial y proponen que sean los propios tribunales, sin ayuda de expertos, los que comprueben la concurrencia de los elementos subjetivos». En este sentido, CODÓN FERNÁNDEZ/ESBEC RODRÍGUEZ, «Psiquiatría legal y forense: introducción, histórica y epistemológica», en DELGADO RUBIO (dir.), *Psiquiatría legal y forense*, Madrid, 1994, vol. I, p. 66, cuestionan que el Derecho pueda funcionar sin sus ciencias auxiliares y que la psicología y la psiquiatría puedan ser suplidas por la «simple, y a veces simplista, apreciación del Juez, su "sentido común" y su "sana crítica"».

[576] Cfr. DÍEZ RIPOLLÉS, *Los elementos subjetivos*, p. 306. También PERRON, *Nishihara-FS*, pp. 154-155, distingue estos dos momentos.

Desde ciertas concepciones psicológicas se sostiene a menudo que el principal problema de comunicación entre ciencias empíricas y dogmática penal viene dado por el hecho de que esta última disciplina trabaja con un concepto de dolo basado en una noción de conocimiento (y, mayoritariamente, de voluntad) que no se corresponde con la auténtica realidad psicológica de los individuos[577]. De ser cierta esta afirmación, las dificultades prácticas resultan inevitables, pues sería un contrasentido solicitar a un perito que verificase la concurrencia de unos fenómenos psíquicos cuya existencia se tiene por imposible desde la óptica de su disciplina científica[578].

Para evitar tal absurdo, algunos autores especialmente sensibles a las aportaciones de la psicología o la psiquiatría proponen una reformulación del concepto de dolo que lo adecue a la realidad psicológica y, adicionalmente, que lo haga apto para la consecución de determinadas finalidades a través del Derecho penal[579]. En este sentido, uno de los desarrollos

[577] Así, por ejemplo, MORSELLI, *ADPCP*, 1991, p. 900, quien acusa a la dogmática de «usar esquemas empíricos aproximativos, inspirados en el sentido común, esquemas absolutamente carentes de base científica». KARGL, *Der strafrechtliche Vorsatz, passim*, critica, desde la perspectiva de la Lógica emocional (cfr. *supra* IV.1), el conocimiento en que se basan las definiciones tradicionales de dolo y la pretensión mayoritaria de separar voluntad y conocimiento. SCHEWE, *Reflexbewegung, Handlung, Vorsatz*, p. 78, afirma que «la Ciencia del Derecho entiende por dolo algo completamente distinto a lo que entienden las otras ciencias». Cfr., igualmente, BRESSER, «Die Ermittlung des subjektiven Tatbestands. Grundsätzliches über "Psychologie und Recht"», *Lange-FS*, Berlín, Nueva York, 1976, p. 681. Finalmente, ZIEGERT, *Vorsatz, Schuld und Vorverschulden*, Berlín, 1987, pp. 54-55, sostiene que «la competencia del Derecho penal para crear sus definiciones está fuera de discusión», aunque entiende que en ellas no se puede «reducir la realidad hasta el punto de que ya no quede nada que dilucidar» y que «incluso en las perspectivas más restrictivas, la apreciación jurídica abarca parte de la realidad que, en el caso de los elementos subjetivos del delito, es una realidad psíquica». Añade este autor que «la formulación de las categorías jurídicas exige un análisis de los procesos psíquicos a los que éstas se refieren, así como la integración de los conocimientos de las ciencias del comportamiento que analizan este ámbito».

[578] GERCHOW, prólogo a SCHEWE, *Bewußtsein und Vorsatz*, pp. 7-9, afirma que «en ocasiones los científicos opinan que el jurista intenta inferir la realidad con ayuda de un logicismo que es ajeno a ella, mientras que el jurista intenta desentenderse de tales críticas y entiende que los profanos no pueden de ninguna manera aportar comprensión a los intrincados problemas de construcción dogmática». La consecuencia que se deriva de lo anterior es que «muchos conocimientos que tendrían una gran significación para solucionar cuestiones centrales del Derecho penal todavía no se han introducido en la discusión jurídico-dogmática». PERRON, *Nishihara-FS*, p. 154, reconoce que los procesos psíquicos que define la psicología pocas veces coinciden con los conceptos jurídicos. Sobre las diversas concepciones de la voluntad que manejan juristas y psiquiatras, cfr. BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho penal. Parte general*, 4.ª ed. a cargo de H. Hormazábal Malarée, Barcelona, 1994, p. 284.

[579] Así, por ejemplo, MORSELLI, *ADPCP*, 1991, pp. 893-896, quien rechaza desde una perspectiva psicoanalítica las concepciones tradicionales de dolo y entiende que la «consciente adhesión a los propios dinamismos interpsíquicos antisociales representan el factor ulterior, el *quid pluris* que caracteriza el dolo y lo distingue de la culpa». En el trabajo

teóricos más completos en tiempos recientes es el de *Walter Kargl*, ya expuesto y comentado en otro apartado de este trabajo[580]. Este autor entiende que los conceptos de dolo que actualmente se manejan son psicológicamente erróneos y, en tal medida, resultan totalmente inadecuados para conseguir con la imposición de la pena efectos de corte preventivo[581].

Conviene plantearse a continuación en qué medida críticas de este tipo pueden afectar al concepto de dolo que se ha propuesto en la Primera Parte de este trabajo[582]. Tal concepto tiene como presupuesto aplicativo el hecho de que un sujeto haya atribuido a su concreto comportamiento la aptitud de realizar un determinado tipo penal, una exigencia que en los tipos de resultado debe plasmarse en la realización de un juicio de concreta aptitud lesiva. Frente a posibles críticas, puede anticiparse que no parece que un concepto como éste tome por base una realidad inexistente, pues es indudable que en la vida cotidiana los individuos realizan continuamente comportamientos a los que atribuyen determinadas capacidades. A modo de ejemplo, quien ingiere un medicamento atribuye por regla general a tal acción la capacidad de mejorar su salud, o quien adquiere un décimo de lotería entiende que es posible llegar a ser millonario. De la misma manera, quien vierte cianuro en la copa de la

de TOZZINI, *Dolo, error y eximentes putativas*, p. 42, se defiende la idea de que un concepto de dolo sólo resulta adecuado psicológicamente si en su estudio se tienen en cuenta los motivos que han impulsado a un sujeto a realizar su acción delictiva. Una perspectiva crítica de las teorías usuales del dolo desde el punto de vista de la Psicología de la *Gestalt* en SCHEWE, *Bewußtsein und Vorsatz, passim*. Comentarios sobre este trabajo y las críticas recibidas, en DÍEZ RIPOLLÉS, *Los elementos subjetivos*, p. 37 ss. Con todo, no debe olvidarse la advertencia de JAKOBS, *Derecho penal*, p. 376, en el sentido de que si las propuestas psicológicas pasan por abandonar el requisito del conocimiento contradicen el texto de la ley, pues seleccionan «otra realidad psicológica que la ley penal».

[580] Cfr. *supra* IV.1.

[581] Las ideas de *Kargl* tienen como punto de partida la investigación sobre homicidas juveniles llevada a cabo por LEMPP, *Jugendliche Mörder. Eine Darstellung an 80 vollendeten und versuchten Tötungsdelikten von Jugendlichen und Heranwachsenden*, Berna, Stuttgart, Viena, 1977, p. 175. *Lempp* afirma que el Derecho penal y sus instancias de aplicación parten de un modelo de autor parecido al de los fríos y calculadores asesinos de las novelas policíacas, algo que, desde el punto de vista psicológico, apenas suele darse en la práctica, sobre todo en aquellos casos en que la dinámica comisiva tiene un marcado carácter pasional. Con todo, el trabajo de *Lempp* no parece ir dirigido a cuestionar directamente los conceptos habituales de dolo, sino sólo a poner de manifiesto cómo la concurrencia práctica de los presupuestos fácticos de tales conceptos es poco frecuente, pese a lo cual los tribunales siguen afirmando la concurrencia de dolo. Otra visión crítica de las definiciones usuales de dolo desde una perspectiva psicológica puede encontrarse en LANDER, «Zur Psychologie der vorsätzlichen Handlung», en SCHMIDT/KASIELKE (ed.), *Psychologie und Rechtspraxis*, Berlín, 1966, pp. 134-137 y una revisión de dichos conceptos a la luz del psicoanálisis en STRENG, «Psychoanalyse und Strafrecht», *MSchrKrim*, 59 (1976), p. 91.

[582] Cfr. *supra* V.2 y V.4.

que va a beber su enemigo atribuye a dicha acción la capacidad de producir la muerte de éste. El hecho de que tales juicios de atribución se lleven constantemente a cabo en muy diversas acciones humanas es algo que parece estar completamente fuera de discusión. Por este motivo, un concepto de dolo que se asiente en tales factores puede cuestionarse si se entiende, por ejemplo, que no está en condiciones de satisfacer determinadas necesidades preventivas, o pueden ser incluso estas mismas necesidades las que se pongan en tela de juicio. Sin embargo, lo que no puede afirmarse es que este concepto se base en la concurrencia de hechos cuya existencia práctica se tenga por imposible[583].

Por los anteriores motivos, lo que interesa esencialmente en este trabajo es analizar si las ciencias empíricas están en condiciones de aportar criterios ciertos en el ámbito del proceso para averiguar si, en un caso concreto, el acusado realmente ha realizado el juicio de atribución de capacidad lesiva que requiere toda condena por delito doloso. Lo que importa, por tanto, es el papel que pueden desempeñar dichas ciencias en el momento de *constatación procesal* de determinadas realidades subjetivas. Las posibles críticas de algunas disciplinas científicas al concepto de dolo aquí defendido sólo tendrían sentido si éste se basara en una realidad de imposible existencia práctica, esto es, si se pudiera cuestionar la aplicabilidad genérica de dicho concepto[584]. Pero no parece que sea éste el caso.

A.3. Ciencias empíricas y constatación del conocimiento

Una aplicación de la concepción psicológica del dolo que cumpla con las condiciones de legitimidad que esta misma perspectiva exige debe respetar una premisa fundamental: *las reglas en que se base la*

[583] Cfr. HETZER, *Wahrheitsfindung im Strafprozeß*, p. 85: «el contenido del concepto de dolo se forma a partir de las categorías valorativas de la observación social y no puede definirse mediante análisis científico-naturales de la estructura motivacional». En este mismo orden de cosas afirma JAKOBS, *Derecho penal*, pp. 375-377, que «el Derecho penal tiene una "psicología esotérica" lo que no quiere decir que el Derecho penal pueda tomar como hecho psíquico lo que, según conocimientos psicológicos reconocidos, no constituye un hecho, pero sí que el Derecho penal escoge los hechos psíquicos a partir de sus principios y los valora según ellos, lo cual puede ser a veces poco compartible desde el punto de vista de la psicología individual (...) en el dolo los hechos psíquicos es posible recortarlos hasta reducirlos a la consciencia de actuar con posibles consecuencias». A la luz de estas afirmaciones resulta errónea la interpretación de aquellos autores (como EUSEBI, *RIDPP*, 1987, p. 1063) que entienden que *Jakobs* define el contenido del dolo en términos meramente adscriptivos.

[584] Sobre la aplicabilidad como límite de la creación de conceptos, cfr. *supra* VI.2. No debe perderse de vista que la labor de creación de conceptos debe ser llevada a cabo por la dogmática penal y, en este sentido, las ciencias empíricas sólo servirán para cuestionar la aplicabilidad de dichos conceptos o, en el proceso, para contribuir a la constatación de sus presupuestos fácticos.

constatación del conocimiento deben aportar certeza, pues sólo de este modo es posible asegurar una plena correspondencia entre hechos probados y realidad psicológica y sólo así, igualmente, puede garantizarse que con la imposición de la pena no se esté corriendo el riesgo de instrumentalizar al reo y de atentar contra su dignidad. De acuerdo con esta idea fundamental, lo que seguidamente conviene determinar es si por parte de las ciencias empíricas se suministran reglas que aporten certeza sobre el conocimiento ajeno y pretérito en que se basa la determinación procesal del dolo.

Un primer problema que se constata en este ámbito viene dado por las dificultades que comporta dilucidar de qué disciplina científica deben ser tomadas tales reglas. Así, ya en este primer punto no resulta sencillo adoptar una decisión a la vista de las tradicionales polémicas entre psicología y psiquiatría[585]. La cuestión se complica aun más cuando se cae en la cuenta de que dentro de cada una de estas concretas disciplinas existen múltiples corrientes de opinión que no siempre sostienen puntos de vista idénticos. ¿Cómo puede decidir un lego como el juez qué concreta teoría es la que describe correctamente la realidad?[586].

[585] En este sentido, la cuestión parece encuadrarse antes en el ámbito de la psicología, definida como «ciencia de la vida mental», que en el de la psiquiatría, definida sólo como «ciencia que trata de las enfermedades mentales» (definiciones tomadas del *Diccionario de la lengua española*, Real Academia Española, 21.ª ed., 1992). Sin embargo, la cuestión no resulta ni mucho menos pacífica: cfr. al respecto los argumentos de DÍEZ RIPOLLÉS, *Los elementos subjetivos*, pp. 321-322, sobre cuál es la disciplina a la que debe recurrir el juez. Cfr., igualmente, BRESSER, *Lange-FS*, pp. 681-682. Diversas definiciones de la psicología, que parecen atribuirle competencia sobre la cuestión, en KAISER, «Strafrecht und Psychologie», en *Rechtswissenschaft und Nachbarnwissenschaften*, vol. 1, p. 197, donde se puede apreciar que no existe precisamente unanimidad sobre este punto. Ver también URRA PORTILLO, «Confluencia entre Psicología y Derecho», en URRA PORTILLO/VÁZQUEZ MEZQUITA (comp.), *Manual de Psicología forense*, Madrid, 1993, p. 1, quien considera que la psicología es aquella «Ciencia que estudia el comportamiento humano en el más vasto sentido, abarca todas las actividades, sentimientos y razones de las personas», una definición que parece atribuirle competencia en el ámbito que aquí interesa.

[586] Cfr. PUPPE, *NK*, § 15, n.º marg. 117, quien afirma que «la reivindicación de la corrección de las teorías psicológicas es relativa y se halla en una situación de competencia con la misma reivindicación por parte de otras teorías». Cfr., también, DÍEZ RIPOLLÉS, *Los elementos subjetivos*, p. 258: «la pluralidad de corrientes en la Psicología y la Psiquiatría no ayuda a contrarrestar la tendencia de los juristas a prescindir de esas ciencias, ya que la primera exigencia para su utilización es la existencia de una cierta, aunque sea relativa, uniformidad de criterios». Sin embargo, este autor (*ibidem*, p. 320) no considera que éste sea un motivo para descartar la utilización de expertos en el proceso, afirmando que «discrepancias periciales se producen de forma continuada respecto a diversos componentes objetivos del Derecho penal material, lo que suele llevar a una profundización en el análisis del hecho correspondiente, en lugar de a un cuestionamiento de la técnica o ciencia implicadas». A este respecto pueden resultar también interesantes las consideraciones de HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *La responsabilidad por el producto*, pp. 86-87, en referencia a la prueba de la imputabilidad.

En segundo lugar, existen serias dudas sobre el hecho de que, a la luz del actual grado de desarrollo de tales disciplinas científicas, éstas puedan aportar algo más que meros cálculos de probabilidad sobre la existencia de un determinado hecho psíquico[587]. La cuestión se complica más aun si se tiene en cuenta que los métodos de investigación de estas ciencias suelen exigir un notable grado de colaboración de la persona cuya realidad psíquica se ve sometida a análisis, algo que en el ámbito del proceso penal no parece posible exigir al acusado. Así, resultaría un contrasentido reclamar, por un lado, una plena correspondencia entre hecho probado y realidad como forma de garantizar un pleno respeto a la dignidad del acusado y admitir, a la vez, que dicha dignidad pudiera verse atacada en la fase de investigación procesal[588]. Por si fuera poco, a menudo se plantea que tales investigaciones pueden suministrar datos acerca de determinados aspectos de la personalidad de un individuo, pero difícilmente aportar conclusiones ciertas sobre el contenido de su representación o voluntad en el momento concreto de llevar a cabo un hecho delictivo, pese a que, como afirma expresivamente *Schumacher*, «lo que el juez quiere saber es qué pasaba por la cabeza del autor en el momento de cometer el hecho y no qué paso por dicha cabeza durante las diversas fases de su desarrollo infantil»[589].

[587] Cfr. RASCH, «Der Stellenwert des Tatverhaltens bei der psychologisch-psychiatrischen Begutachtung», en GERCHOW (ed.), *Zur Handlungsanalyse einer Tat*, Berlín, Heidelberg, Nueva York, Tokio, 1983, p. 50: «el dilema de los peritos psicólogos o psiquiatras se deriva del hecho de que en muchos ámbitos no pueden demostrar sus resultados con la misma precisión y seguridad que tienen, por ejemplo, los expertos en armas de fuego o en grupos sanguíneos». ALBRECHT, *NStZ*, 1983, p. 490, entiende que «por regla general, las exploraciones científico-naturales y también las psiquiátrico-psicológicas sólo tienen el grado de validez de las declaraciones de probabilidad». En su sentencia de 14 de diciembre de 1972 (citada por KÖHLER, *Die bewußte Fahrlässigkeit*, Heidelberg, 1982, pp. 67-68) el BGH afirma tajantemente que «no es posible adquirir un conocimiento seguro desde el punto de vista de las ciencias naturales sobre el contenido de la consciencia de otra persona en un momento concreto». BRESSER, *Lange-FS*, p. 667, va incluso más allá y entiende que en el desarrollo de la psicología, más que avances, lo que se producen son cambios de perspectiva.

[588] Cfr. BRESSER, *Lange-FS*, p. 685. Como ejemplo de lo molesta que para el propio acusado puede llegar a ser en determinados casos una reconstrucción psicológica a fondo, cfr. el supuesto de hecho planteado por GSCHWIND, *Germann-FS*, pp. 64-65. En este caso, para resolver la cuestión de si una joven muchacha había cometido dolosamente un hurto de ciertas cantidades de café y mantequilla, se procede por parte del autor a una minuciosa descripción, no sólo de la trayectoria vital de la acusada, sino también de las relaciones que ésta mantenía con sus familiares más cercanos, así como de sus propias deficiencias motivacionales. En determinados supuestos, especialmente de delincuencia menor, no debe descartarse que para el acusado acabe resultando menos gravosa la condena que el descubrimiento de datos pertenecientes a lo más recóndito de su intimidad y de su propia personalidad. Sobre la necesidad de proteger al acusado de investigaciones de la personalidad que puedan entrometerse en los aspectos más privados de su vida, cfr. HASSEMER, *Einführung*, pp. 105-106 y 151, así como WALTER, *KrimJ*, 1981, pp. 211-212.

[589] SCHUMACHER, «Tathandlung und ihre Bewertung in psychoanalytischer Sicht», en

Las anteriores consideraciones parecen ser una base suficientemente sólida para excusar la tradicional actitud de desconfianza de los jueces con respecto a la aportación de los peritos en el ámbito de la prueba del dolo, una desconfianza que, como se ha dicho, no se aprecia cuando se trata de constatar determinadas causalidades especialmente complejas o ciertas perturbaciones de orden psíquico sobre las que se fundamentan las causas de inimputabilidad. En estos dos últimos ámbitos las conclusiones a que llegan los peritos suelen decantar en la práctica el sentido de la convicción judicial[590]. Sin embargo, en todo lo que respecta a la imputación subjetiva parece tener especial vigor la idea de que las ciencias empíricas no se hallan en condiciones de reconstruir fidedignamente procesos psíquicos singulares e irrepetibles como el conocimiento ajeno y pretérito[591]. *Loos* parece estar básicamente de acuerdo con esta afirmación cuando sostiene que

> en todas las ponderaciones sobre la competencia de psiquiatras y psicólogos no se puede pasar por alto que también para ellos la consciencia ajena permanece como una *black box* y que sólo cuentan con posibilidades indirectas de aproximación. Por este motivo, como mucho pueden contribuir con declaraciones negativas, pues en las declaraciones positivas sobre el contenido de la consciencia ajena, al igual que la «psicología cotidiana», se basan en el «colocarse en el lugar de otro» regido por la propia experiencia[592].

La postura extrema en este ámbito sostiene que, en muchos casos, el recurso a las ciencias empíricas está simplemente fuera de lugar: como afirma *Krauß*, «allí donde nos encontremos ante la psique de un autor "normal", cuyo hecho antijurídico no muestre problema alguno de impu-

Zur Handlungsanalyse einer Tat, p. 61; dicha afirmación es sostenida por este autor en referencia a las posibilidades de tener en cuenta en el ámbito del proceso penal las aportaciones de determinados estudios psicoanalíticos.

[590] Cfr. GSCHWIND, *Germann-FS*, p. 61.

[591] Cfr., en este sentido, las afirmaciones de BRESSER, *Lange-FS*, pp. 682-683 y LOOS, en *Rechtswissenschaft und Rechtsentwicklung*, p. 272. Problemas similares se detectan en todo lo que atañe a la determinación de los motivos con que un sujeto ha llevado a cabo un hecho delictivo; cfr., al respecto, HEINE, *Tötung aus «niedrigen Beweggründen»*, p. 92 ss.

[592] LOOS, en *Rechtswissenschaft und Rechtsentwicklung*, pp. 272-273 y EL MISMO, *JR*, 1994, p. 513. Cfr., igualmente, KLEB-BRAUN, «Codekartenmißbrauch und Sparbuchfälle aus "volljuristischer" Sicht», *JA*, 1986, pp. 316-317. El Tribunal Supremo, en su sentencia de 21 de febrero de 1995 (A 1202, ponente Martín Pallín), entiende que la práctica de la prueba pericial psiquiátrica no tiene sentido para determinar cuál es el estado emocional de la víctima de una violación en el momento en que se cometió el delito, afirmando que tal prueba «lo más que puede determinar, es sobre la situación emocional o psíquica que muestra la paciente en el momento de ser examinada».

tabilidad, el perito psicólogo no desempeña ningún papel digno de mención en la condena o en la absolución»[593].

Intentando aportar argumentos para revalorizar el papel de las ciencias empíricas en el proceso, *Díez Ripollés* afirma que «uno de los argumentos fundamentales a favor de la opción psicológico-individual es su legitimación a través de las convicciones generales de la sociedad», añadiendo que «el modo de aproximación a los hechos es en nuestra actual sociedad el acorde con las ciencias y metodología empíricas, algo que no ha sido siempre así históricamente, y menos en el ámbito del Derecho». De acuerdo con estas ideas, entiende este autor que lo anterior «implica dar carta de naturaleza al planteamiento psicológico-individual en la formulación y constatación de los elementos subjetivos»[594].

Con afirmaciones como las anteriores parece sostenerse que, cuando los jueces descartan acudir a las ciencias empíricas en el ámbito de la «determinación del dolo», están, en cierto modo, oponiéndose a las convicciones mismas de la sociedad[595]. Sin embargo, si bien es cierto que la sociedad actual *confía* en las ciencias empíricas como método de aproximación a la realidad, también lo es que *no confía en igual grado en todas las disciplinas científicas* y tampoco de igual manera con respecto a qué cuestiones puede dilucidar tal recurso. En este punto el argumento puede incluso devenir circular: buena prueba de que respecto a algunas ciencias y para determinadas cuestiones no existe tal confianza es precisamente el hecho de que los jueces no acudan a la prueba pericial psicológica en el ámbito de la constatación del dolo sin que, además, ello parezca producir una especial sensación de inquietud en la ciudadanía[596].

Una vez expuestas las dudas genéricas que plantea en este ámbito el recurso a las ciencias empíricas, lo que debe analizarse seguidamente son las concretas aportaciones que desde tales ciencias se ofrecen para resolver la presente problemática, tarea a la que se dedica el siguiente subapartado.

[593] KRAUß, *Bruns-FS*, p. 14. Una opinión similar es expresada por BRESSER, *Lange-FS*, pp. 681-682.

[594] DÍEZ RIPOLLÉS, *Los elementos subjetivos*, pp. 306-307. Próxima a tales planteamientos parece estar también la postura de PRITTWITZ, *GA*, 1994, p. 459.

[595] Argumentos similares emplea HASSEMER, *Einführung*, pp. 144-145, para justificar la necesidad del recurso a la prueba pericial en determinados ámbitos del proceso.

[596] Especialmente interesante a este respecto la STS de 14 de julio de 1989 (A 6243, ponente García Miguel), donde se afirma que la averiguación exacta de la consciencia o intención de una persona «es imposible en el actual momento histórico y grado de desarrollo de las ciencias del conocimiento».

A.4. Aportaciones concretas

La obtención de una correcta perspectiva sobre las capacidades reales de las ciencias empíricas en el ámbito de la determinación procesal de los hechos psíquicos en que se asienta la imputación dolosa aconseja, junto con el desarrollo teórico general plasmado en el apartado anterior, el estudio de las propuestas teóricas específicas que dichas ciencias formulan. A partir de este análisis —basado en los trabajos de los juristas más sensibles a las aportaciones de determinadas disciplinas científicas y en diversos estudios de psicología forense— debe poderse determinar en qué concretos ámbitos las ciencias empíricas están en condiciones de aportar conclusiones indiscutibles que puedan garantizar la plena reconstrucción de fenómenos psíquicos requerida por la concepción psicológica. Sin embargo, ya puede anticiparse que los resultados de esta panorámica serán especialmente decepcionantes[597].

Uno de los más entusiastas partidarios de la cooperación entre ciencias empíricas y jurídicas, *Günter Schewe,* expone una serie de ámbitos en que la investigación forense acerca de la capacidad de culpabilidad puede arrojar también luz en lo que atañe a la constatación de los presupuestos fácticos del tipo subjetivo[598]. Este autor llama la atención sobre el hecho de que basar la «determinación del dolo» en la mera apariencia externa de una conducta puede conducir, en determinados casos, a resultados absolutamente incorrectos desde el punto de vista empírico: el sen-

[597] Algo que reconoce explícitamente PRITTWITZ, *GA*, 1994, p. 455. En contra de esta idea MORSELLI, *ADPCP*, 1991, p. 895, quien afirma que «hoy las ciencias psicológicas y sociales que se orientan hacia el fenómeno de lo criminal —en una palabra, la moderna criminología— han alcanzado un grado tal de desarrollo que logran proporcionar, aunque sea parcialmente, aquellas respuestas unívocas que, en cambio, antes negaban a las numerosas cuestiones propuestas por la dogmática». Ideas similares expresa MUÑOZ CONDE, prólogo a DÍEZ RIPOLLÉS, *Los elementos subjetivos*, p. 11, cuando afirma que «parece, sin embargo, mentira que en el moderno Derecho penal, a la hora de hacer estas valoraciones, en lo que se refiere a la constatación de los elementos subjetivos, apenas se tengan en cuenta los datos y conocimientos que nos brinda el estado actual de la Psicología y la Sociología, y se siga aferrando a las viejas concepciones de una Psicología asociacionista o puramente mecanicista».

[598] Así, afirma SCHEWE, «"Subjektiver Tatbestand" und Beurteilung der Zurechnungsfähigkeit», *Lange-FS*, Berlín, Nueva York, 1976, p. 695, que «según la configuración del caso, la contribución médica a la determinación del "tipo subjetivo" puede consistir en verificaciones somáticas o psiquiátrico-psicológicas». Este autor entiende que el juez no puede pasar por alto, en el momento de probar el conocimiento, determinados datos aportados por los peritos sobre otras cuestiones, como, por ejemplo, cuando «al investigar la capacidad de culpabilidad, el perito constata que concurren en el autor determinadas anomalías psíquicas o defectos corporales como, dado el caso, una miopía extrema». También SCHÜLER-SPRINGORUM, «Der "natürliche" Vorsatz. Zu seiner Beurteilung durch Richter und Sachverständigen», *MSchrKrim*, 56 (1973), p. 363 ss, considera que determinados datos referentes a la capacidad de culpabilidad pueden y deben tenerse en cuenta a la hora de determinar el dolo, especialmente en situaciones de intoxicación etílica.

tido externo de conducción que puede presentar un comportamiento no necesariamente debe corresponderse con la vivencia subjetiva del autor, aquello en lo que, a fin de cuentas, debe basarse la imputación dolosa[599]. En el caso de homicidios que tienen a niños como víctimas, las «investigaciones han suministrado conocimientos que aportan explicaciones sobre la tipología de la situación fáctica, pero también sobre la psicología del autor y no sólo en referencia a la cuestión de la capacidad de imputabilidad»[600]. Otras investigaciones pueden resultar interesantes en el ámbito de los delitos de lesiones con resultado de muerte, ya que respecto a esta cuestión «no sólo son determinantes la forma y entidad de la lesión, sino también las capacidades personales y los conocimientos del autor. Aquí una visión global de la víctima, por un lado, y de la personalidad del autor, por otro, prometen explicaciones sobre si el desenlace mortal era previsible para este último»[601].

Sin embargo, incluso en los planteamientos de un autor tan predispuesto a tener en cuenta las investigaciones empíricas como *Schewe*, se constata un evidente reconocimiento de que dichas investigaciones no pueden aportar certeza en la mayor parte de los casos que se les plantean. En este sentido, afirma:

> los peritos psicólogos o psiquiatras no tienen nada que dictaminar cuando, por ejemplo, alguien ha disparado contra otra persona y declara haber imaginado hacerlo contra un venado, o sólo haber querido lesionar al agresor en una situación de legítima defensa. Aquí es indiscutible que a dichos peritos no les es posible anticiparse a la valoración judicial de la prueba y que los análisis psiquiátrico-psicológicos no la pueden reemplazar[602].

La citada valoración judicial sigue desempeñando un papel demasiado importante para que pueda sostenerse que el dictamen de los peritos garantiza una plena correspondencia con la realidad empírica y el recurso que propone *Schewe* a las aportaciones científicas tiene, por tanto, un alcance limitado. Pese a ello matiza este autor:

[599] SCHEWE, «Wille und Freiheit – juristische und medizinisch-psychologische Aspekte», en *Zur Handlungsanalyse einer Tat*, pp. 9-10. Este autor afirma que, en aquellos casos en que el sujeto actúa en situaciones con un fuerte componente emocional, la dirección externa de la conducta, que parece indicar de modo inequívoco que la voluntad del sujeto se dirige a la causación del resultado, puede no corresponderse con las auténticas intenciones de quien la realiza. Cfr., igualmente, EL MISMO, *Reflexbewegung, Handlung, Vorsatz*, p. 103 y pp. 111-112: la conducta externa vendría a ser, entiende este autor, un mero indicio sobre los procesos internos.

[600] SCHEWE, *Lange-FS*, p. 695.

[601] SCHEWE, *Lange-FS*, p. 696.

[602] SCHEWE, *Lange-FS*, pp. 694-695.

> las declaraciones de los peritos resultan superfluas en la medida en que el juez puede decidir por sí mismo, pero a éste no le está prohibido recurrir a la ayuda de los peritos siempre que tales conocimientos técnicos le puedan ayudar a decidir. En el «tipo subjetivo» no puede regir nada distinto, siempre que el perito esté en condiciones de realizar de modo efectivo tales contribuciones[603].

Basándose en otros análisis científicos, desde su punto de vista consolidados, *Cornelius Prittwitz* llega a la conclusión de que, cuando un comportamiento típico ha sido llevado a cabo en una situación pasional, está empíricamente descartada la existencia de los fenómenos psíquicos en que se basa el dolo eventual[604]. Evidentemente, la enunciación de tal regla se fundamenta en determinadas afirmaciones de las ciencias empíricas y, como parece lógico, también a éstas les corresponderá en el proceso determinar si, en función de la dinámica del hecho, puede entenderse que éste ha sido llevado a cabo bajo un estado pasional[605]. Afirma en este sentido *Prittwitz* que existe unanimidad sobre los procesos psíquicos que concurren en una situación pasional y que sólo se discute «sobre los detalles, los conceptos y la cuestión relativa a con base en qué indicios y con qué certeza puede hablarse de hecho pasional»[606]. Pero el mismo autor reconoce que sus conclusiones no van más allá de mostrar, «por lo menos con un ejemplo, los posibles avances en racionalidad y justicia que supone una criminología de la Parte general»[607]. Su trabajo es mues-

[603] SCHEWE, *Lange-FS*, p. 694. Ideas parecidas parecen defenderse por SCHUMACHER, en *Zur Handlungsanalyse einer Tat*, p. 61, cuando afirma que determinadas investigaciones psicoanalíticas sobre la personalidad del sujeto «*pueden* ser de utilidad» al juez (cursiva añadida).

[604] Cfr., en general, PRITTWITZ, *GA*, 1994, p. 454 ss. Al igual que en la obra de *Kargl*, los trabajos del forense *Lempp* (cfr. *supra* IV.1) sobre el homicidio cometido por jóvenes tienen una gran importancia en las afirmaciones de PRITTWITZ. Por su parte, TOZZINI, *Dolo, error y eximentes putativas*, p. 60, entiende que determinados factores emocionales son *posible* fuente de representaciones erróneas. Cfr., igualmente en este punto la exposición de ZIEGERT, *Vorsatz*, p. 21 ss. Plantean sus dudas sobre la cuestión BRESSER, *Lange-FS*, p. 683 y SCHEWE, *Reflexbewegung, Handlung, Vorsatz*, pp. 104-105.

[605] Sobre los resultados de los análisis criminológicos acerca de los estados pasionales, cfr. PRITTWITZ, *GA*, 1994, pp. 462-465. En el curso de otro trabajo (EL MISMO, *JA*, 1988, p. 497), este autor atribuye a la labor de los peritos el mérito de «contribuir al esclarecimiento de los fenómenos subjetivos». Sin embargo, ya en este punto puede observarse la discusión existente acerca de las teorías científicas a las que debe acudirse para determinar la existencia de un estado pasional; cfr., al respecto, ZIEGERT, *Vorsatz*, p. 17 ss.

[606] PRITTWITZ, *GA*, 1994, p. 456. Este autor constata que uno de los principales motivos de la renuncia al elemento volitivo del dolo y de la progresiva normativización de este concepto son las dificultades probatorias que plantea y propone a la investigación criminológica unas bases para avanzar en este ámbito (*ibidem*, p. 467 ss), lo que en cualquier caso demuestra que, al menos hoy por hoy, las certezas en este terreno prácticamente no existen.

[607] PRITTWITZ, *GA*, 1994, p. 471.

tra evidente del inmenso vacío que se da en este ámbito y sus planteamientos sólo una pequeña aportación para tratar de llenarlo.

Georg Freund, por su parte, afirma que «sólo un perito competente puede informar de modo concluyente sobre qué peculiaridades situacionales o personales entran en concreta consideración para una valoración personal divergente (o inexistente) de lo objetivo y cómo tienen que descartarse dado el caso». Así, añade este autor que «la tendencia de los tribunales a emplear peritos en los delitos de homicidio no sólo resulta loable en lo que respecta a la cuestión de la capacidad de culpabilidad, sino también para alcanzar la *completud del juicio de base nomológico* en relación con la "determinación del dolo"», es decir, para aportar reglas de experiencia que hablen a favor o en contra de la existencia de un determinado grado de conocimientos en un sujeto[608].

No puede afirmarse con rotundidad que las expuestas sean todas las opiniones que existen sobre esta materia, pero tampoco parece que haya muchas más[609]. Por un lado, las afirmaciones de *Schewe* y *Freund* no pasan de ser una exhortación para que el juez tenga en cuenta, al formar su convicción, la opinión de determinadas disciplinas científicas, pero en ningún momento se afirma que éstas puedan aportar certeza en todos los casos. El único que se atreve a sostener una regla como cierta es *Prittwitz*, pero ésta sólo permite solucionar la muy específica situación de los homicidios cometidos en estados pasionales. Como asevera *Ecker*, en este ámbito «faltan resultados de la investigación de amplio alcance que puedan tenerse por seguros»[610].

[608] FREUND, *Normative Probleme der «Tatsachenfeststellung»*, Heidelberg, 1987, p. 35 (cursiva en el original). Este autor no descarta el uso de las ciencias empíricas en determinados procedimientos, aunque condicionado por las limitaciones del proceso y la importancia del caso que se juzgue. Por regla general, *Freund* se conforma con una aproximación a la verdad descartando hipótesis alternativas de explicación y, en cualquier caso, admite que existen pocas reglas científicas que aporten certeza sobre el conocimiento ajeno; cfr. *ibidem*, pp. 14-15 e *infra* IX.4.A.2.a.

[609] Un dato significativo al respecto es la bibliografía citada en el artículo de PRITTWITZ, *GA*, 1994, p. 454 ss, en que, aparte de las clásicas investigaciones de RASCH (*Tötung des Intimpartners*, Stuttgart, 1964) o LEMPP (*Jugendliche Mörder*), y de los diversos trabajos de *Schewe*, apenas se citan más estudios que aporten criterios para una constatación empírica de los hechos psíquicos en que, pretendidamente, se fundamenta el dolo.

[610] ECKER, *Die Verwendung und Feststellung subjektiver Verbrechensmerkmale*, disertación inédita, Göttingen, 1981, pp. 130-131. En España la cuestión del dolo se ignora en trabajos sobre psicología jurídica como SOBRAL/ARCE/PRIETO (ed.), *Manual de Psicología jurídica*, Barcelona, 1994 o LABRADOR (dir.), *Aportaciones de la Psicología al ámbito jurídico*, Madrid, 1994. De estas obras se deduce que la psicología forense parece hoy en día más preocupada por cuestiones como la credibilidad de los testimonios, la psicología del jurado o las psicopatologías. Una mención testimonial a la cuestión de la imputación subjetiva en ÁVILA ESPADA, «El peritaje psicológico en los procesos judiciales», en JIMÉNEZ BURILLO/CLEMENTE (comp.), *Psicología social y sistema penal*, Madrid, 1986, p. 197 e IBÁÑEZ/ÁVILA, «Psicología forense y responsabilidad legal», en GARZÓN, *Psicología y justicia*, pp. 300-301.

Otras opiniones se muestran especialmente pesimistas: *Märker* afirma, en primer lugar, que «los psicólogos no han aportado ningún nuevo conocimiento en el análisis de aquello que los juristas denominan dolo, sino sólo algunos aspectos novedosos de la indagación del individuo, interpretaciones que, sin embargo, no hacen posible ideas profundas»[611]. Añade este autor:

> de acuerdo con el actual estado de la investigación no existen puntos de apoyo científicamente acreditados sobre cómo se restablece la totalidad de la imagen visual en la experiencia consciente. Sabemos que el cerebro es una máquina de una complejidad y sutileza prácticamente ilimitadas, superior a cualquier gran computadora. Pero desconocemos cómo interaccionan entre sí el espíritu y el cuerpo[612].

Fritz Loos, apoyándose en las aseveraciones del psicólogo y psiquiatra *Paul Bresser*, afirma que a las ciencias empíricas les falta el instrumental adecuado para poder determinar «procesos psíquicos singulares e irrepetibles»[613]. Otro autor como *Kaiser*, ni siquiera incluye la cuestión del dolo dentro de aquellas materias en las que considera que existen «posibilidades concretas de cooperación entre juristas penales y psicólogos», pues, desde su perspectiva, éstas se reducen a «la cuestión de la credibilidad, la madurez para la responsabilidad y la imputabilidad (en cooperación con los psiquiatras)»[614].

[611] MÄRKER, *Vorsatz und Fahrlässigkeit bei jugendlichen Straftätern*, Francfort d.M., Berlín, Berna, 1995, pp. 194-195. Añade este autor (*ibidem*, pp. 196-198), que el alcance del problema puede ser incluso mayor: un lenguaje jurídicamente comprensible resulta demasiado basto para poder captar la sutileza de los fenómenos psíquicos.

[612] MÄRKER, *Vorsatz und Fahrlässigkeit*, p. 190 ss.

[613] LOOS, en *Rechtswissenschaft und Rechtsentwicklung*, p. 272. Añade este autor que, en lo que respecta a la determinación de tales procesos, el recurso a las ciencias empíricas no resulta mejor que la «psicología cotidiana», aunque, pese a un cierto escepticismo, entiende (*ibidem*, p. 278) que el consejo de tales ciencias no debe por principio ignorarse. De acuerdo con sus consideraciones, las aportaciones periciales quedan reducidas a un mero valor indiciario. En España afirma CUELLO CONTRERAS, *El Derecho penal español. Curso de iniciación. Parte general*, vol. 1, 2.ª ed., Madrid, 1996, p. 557, que «en la medida en que el dolo es la representación subjetiva de hechos del mundo exterior (...), deben darse determinados procesos psíquicos de aprehensión respecto a los cuales, sin embargo, la psicología hasta ahora no ha sabido formular leyes».

[614] KAISER, en *Rechtswissenschaft und Nachbarnwissenschaften*, pp. 206-207. Tampoco PETERS, «Die prozeßrechtliche Stellung des psychologischen Sachverständigen», en *Strafrechtspflege und Menschlichkeit*, p. 279, incluye la cuestión de la determinación procesal del dolo entre aquellas materias en que, a su juicio, los peritos psicólogos pueden desempeñar un papel relevante. Este autor circunscribe tal papel al estudio de la credibilidad de las declaraciones de acusado y testigos, al estudio de la personalidad del autor y a la elección de medidas de seguridad. En España, URRA PORTILLO, en *Manual de Psicología forense*, p. 6, afirma que las funciones en que actualmente se desarrolla la actividad del psicólogo forense en el ámbito del Derecho son el «informe sobre la capacidad cognitiva y volitiva del acusado», el «nivel de implicación en proceso delincuencial» y un ambiguo

Finalmente, en algún que otro trabajo sobre psiquiatría forense se recogen máximas que no parecen ir mucho más allá de los habituales razonamientos judiciales sobre la subjetividad ajena. Así, por ejemplo, el forense *García Andrade* propone como criterio para valorar la intencionalidad de una agresión en riña un análisis de la dinámica del traumatismo que tenga en cuenta la «dirección, altura, planos afectados, secuencia, intensidad y número de agresores», añadiendo que «todos aquellos golpes dirigidos a la cabeza, al cuello y al corazón tienen intencionalidad homicida»[615]. La contundencia de esta última afirmación demuestra que, en ocasiones, el recurso a los representantes de ciertas disciplinas científicas puede llevar a soluciones más mecánicas incluso que la denostada psicología profana de los jueces.

A.5. Balance

De la panorámica ofrecida en el anterior subapartado debe extraerse una valoración de signo inequívoco: *las aportaciones de las ciencias empíricas en el ámbito de la constatación del conocimiento en que se basa el dolo no pasan, hoy en día, de lo simbólico*. Desde este punto de vista parece comprensible que los jueces se muestren remisos a acudir a ellas. Igualmente es posible constatar que prácticamente ningún autor se atreve a postular con rotundidad alguna regla cierta en este ámbito. El único tal vez sea *Prittwitz,* cuando afirma que en las situaciones pasionales no es posible la concurrencia de dolo eventual, aunque, en cualquier caso, esta afirmación rige para su concepto particular de dolo, distinto del que se ha propuesto en la Primera Parte de este trabajo[616].

Las escasas aportaciones de las ciencias empíricas se centran en un tipo de delincuencia muy específico (básicamente violenta) y se limitan a decir en qué concretos casos es muy probable que *no* concurra dolo. Sin embargo, el silencio es absoluto en el momento de dar pautas para establecer *cuándo concurre efectivamente* el conocimiento en que se basa la imputación dolosa y cómo puede determinarse éste en modalidades delictivas tan diversas como, por ejemplo, el delito fiscal, la estafa o la receptación[617]. Ni siquiera los más entusiastas defensores del papel de las

«etcétera». En cualquier caso, este autor (*ibidem*, p. 39 ss) no incluye el tema del dolo entre aquellas materias en que, según su opinión, la psicología forense podrá colaborar en un «futuro posible» con la Administración de Justicia.

[615] GARCÍA ANDRADE, *Psiquiatría criminal y forense*, Madrid, 1993, p. 40.

[616] Sobre el concepto de dolo defendido por este autor, cercano al de las teorías de la «decisión contra el bien jurídico», cfr. PRITTWITZ, *JA*, 1988, p. 486 ss.

[617] SCHILD, «Der strafrechtliche Vorsatz zwischen psychischem Sachverhalt und normativem Konstrukt», en JAKOB/USTERI/WEIMAR (ed.), *Psyche-Recht-Gesellschaft. Widmungsschrift für Manfred Rehbinder*, Berna, 1995, p. 120, afirma que «la ciencia del Derecho penal no puede funcionar con contenidos determinados negativamente —como

ciencias empíricas en este terreno, se atreven a afirmar que el juez sólo deba guiarse por éstas para resolver todos los casos que se le pueden plantear. E incluso es dudoso que tales ciencias se consideren competentes para reconstruir los conocimientos pretéritos de un sujeto en cualquier caso imaginable[618].

Sostener que el juez sólo se puede guiar en este ámbito por las reglas que le suministren ciertas disciplinas científicas supone la total inaplicabilidad del concepto de dolo, pues *no hay disciplina científica alguna que parezca estar en condiciones de afirmar con plena seguridad cuándo alguien ha conocido o se ha representado algo. Una condena por delito doloso nunca sería posible si se quisieran respetar las condiciones de legitimidad en que se asienta la concepción psicológica de la «determinación del dolo»*[619].

En sintonía con lo anterior, el papel de las ciencias empíricas queda circunscrito, incluso por sus principales defensores, a un plano mucho más secundario: se afirma que el juez debe tener en cuenta las opiniones de los peritos, *con un mero valor indiciario*, en el momento de valorar la prueba y formar su convicción[620]. Pero esta suma de indicios más convicción judicial no permite garantizar que los resultados que se obtengan vayan a coincidir plenamente con la realidad psicológica. En este sentido, con tal punto de vista se admite que toda condena por delito doloso incorpora un riesgo indeterminado de instrumentalización y afectación a la dignidad del reo. De este modo no se cumplen las condiciones con las que una condena se considera legítima desde los postulados de la concepción psicológica del dolo. Más adelante deberá analizarse si, en combinación con otros medios de prueba, los indicios suministrados por

precisamente lo in-consciente o el no-yo—, como tampoco con un no pensado y no querido. A la ciencia del Derecho penal le interesan el querer y el conocer positivos, esto es la psique positiva».

[618] Incluso un clásico partidario del papel de la psicología en el proceso penal como GORPHE, *Apreciación judicial de las pruebas*, 1947, versión castellana a cargo de J. Guerrero, Bogotá, 1985, p. 60, sostiene que «escrutar las intenciones» escapa «a la esfera de la ciencia sicológica pura» y, por tanto, «las luces de los teóricos no podrían aportar gran socorro a los tribunales». WALTER, *KrimJ*, 1981, p. 212, propone que conceptos subjetivos que se utilizan de forma permanente como «dolo» o «intención» se construyan de tal modo que en principio puedan emplearse sin la intervención de peritos.

[619] En esta línea, LOOS, en *Rechtswissenschaft und Rechtsentwicklung*, pp. 272-273, esgrime el significativo argumento de que las posibilidades de absolución se multiplican, de acuerdo con el *in dubio pro reo*, cuantos más expertos intervengan en el proceso.

[620] Ésta parece ser la opción de DÍEZ RIPOLLÉS, *Los elementos subjetivos*, p. 51, cuando afirma que «el perito, en la fase procesal de constatación de los elementos subjetivos, se ha de limitar a buscar criterios científicos que enriquezcan y permitan concretar en el supuesto de hecho sometido a consideración el concepto subjetivo en cuestión, siempre que, como hemos dicho, eso sea posible». Cfr., igualmente, *ibidem*, pp. 52-53.

las ciencias empíricas están en condiciones de aportar el grado de certeza que exige tal concepción[621].

B) La confesión del acusado

A menudo se sostiene por doctrina y jurisprudencia que la confesión del acusado es el único medio con el que se puede conseguir una plena certeza sobre los conocimientos con que contó dicho sujeto en el momento de llevar a cabo una conducta objetivamente típica[622]. La confesión es, como suele afirmarse, el único *medio directo de prueba* de los elementos subjetivos del delito, mientras que todos los demás medios utilizados en este ámbito (básicamente, la prueba de indicios) tienen un carácter sólo indirecto[623]. Esta idea es defendida de modo inequívoco por el Tribunal Supremo, que en una de sus sentencias y en relación con el pretendido elemento volitivo del dolo, afirma:

> ese deseo anímico, como tantas veces se ha dicho, está escondido *en lo más profundo del pensamiento*. Y como todo cuanto se guarda en la más grande de las intimidades (el arcano de la conciencia, se ha expuesto muchas veces), si no se manifiesta voluntariamente, *sólo por medio de una prueba indirecta o indiciaria puede averiguarse, obtener y concretarse, extrayéndose, succionándose si se quiere, sobre la base de cuantos datos hayan rodeado (antes, durante y después) la acción*[624].

[621] Cfr. *infra* VIII.1.

[622] Así, KUSCH, *Der Indizienbeweis des Vorsatzes im gemein deutschen Strafverfahrensrecht*, Hamburgo, 1963, p. 2, sostiene que para la constatación de fenómenos subjetivos «sólo existe una única fuente natural de conocimiento: la confesión del inculpado». Cfr., también, AMBROSIUS, *Untersuchungen*, p. 65, quien entiende que siempre debe recurrirse a la prueba de indicios excepto en aquellos casos en que el autor haya confesado, o en que «testigos puedan corroborar las declaraciones del autor». Sobre la confesión en general, cfr. DENCKER, «Zum Geständnis im Straf- und Strafprozeßrecht», *ZStW*, 102 (1990), p. 51 ss.

[623] En este sentido, entre muchas otras, la STS de 3 de diciembre de 1993 (A 9235, ponente De Vega Ruiz): «si no surge por propia manifestación, el elemento subjetivo del injusto, como en tantas infracciones acontece, ha de deducirse por medios indirectos». En estos términos se expresa igualmente FRAMARINO DEI MALATESTA, *Lógica*, p. 209 y la jurisprudencia italiana (cfr. TASSI, *Il dolo*, p. 146).

[624] STS de 3 de abril de 1992 (A 2747, ponente De Vega Ruiz, cursiva en el original). Cfr., igualmente, la STS de 7 de mayo de 1993 (A 3864, ponente De Vega Ruiz), en la que se sostiene que «*salvo espontáneo reconocimiento*, el dolo ha de inducirse lícita y racionalmente de cuantas circunstancias giran alrededor de la conducta enjuiciada» (cursiva en el original). En línea similar, en el ATS de 22 de noviembre de 1995 (A 8206, ponente Martínez-Pereda Rodríguez) se afirma que «salvo supuestos excepcionales *en que el propio acusado reconoce haber actuado con deseo de matar*, en la mayoría de los casos, en que la intención está escondida en lo más íntimo y en lo mas profundo del ser humano (...) sólo puede obtenerse [los deseos y tendencias del individuo] por inferencia de los datos y circunstancias que constan en el relato histórico, reveladores del ánimo homicida» (cursiva añadida). Así lo entiende también VEST, *Vorsatznachweis*, p. 59, quien

Debe precisarse, sin embargo, que afirmaciones como las anteriores no acogen una acepción neutra del término «confesión» o «manifestación voluntaria» —que lo haría equiparable a «mera declaración»—, pues el carácter decisivo a efectos probatorios sólo se atribuye a aquellas confesiones que tienen un sentido autoinculpatorio[625]. Una idea que puede reconducirse a la regla del art. 1232 del Código Civil, de acuerdo con cuyo tenor literal, «la confesión hace prueba contra su autor»[626]. Las dos ideas básicas de las que se parte en este ámbito son las siguientes: cuando el sujeto activo declara *no* haber contado con los conocimientos que exige el dolo, tal declaración no tiene ningún valor decisivo; cuando, por contra, dicho sujeto reconoce haber contado con tales conocimientos, su declaración permite afirmar con certeza que *efectivamente* contó con ellos. En estos casos, según parece desprenderse de abundantes afirmaciones doctrinales y jurisprudenciales, una condena por delito doloso cumple con las estrictas condiciones que, según la concepción psicológica, garantizan la legitimidad de toda condena: en caso de confesión autoinculpatoria, no parece existir margen posible de error entre el conocimiento que se confiesa y se da por probado y el que realmente tuvo el sujeto. Sólo así puede afirmarse que dicha confesión tiene un valor probatorio directo.

El valor de prueba directa se atribuye a la confesión autoinculpatoria desde tiempos inmemoriales[627]. En antiguos sistemas procesales se consideraba que era la única prueba válida de la culpabilidad del acusado, aplicándose a su consecución la fase de instrucción del proceso penal, en la que solía recurrirse al tormento como medio especialmente

afirma que «si no existe confesión judicial o extrajudicial del acusado, el dolo deberá extraerse a partir de circunstancias objetivas». Lo mismo afirma dicho autor (*ibidem*, p. 141) en referencia al dolo del tipo de la receptación: «si no existe confesión alguna por parte del acusado, el juez tendrá que llevar a cabo una prueba de indicios». Cfr. también HENKEL, «Die "praesumtio doli" im Strafrecht», *E. Schmidt-FS*, Göttingen, 1961, p. 578.

[625] A tal efecto, el término «confesión» no se utiliza en su sentido neutro («declaración que alguien hace de lo que sabe, espontáneamente o preguntado por otro»), sino en un sentido autoinculpatorio que posee ciertas connotaciones religiosas («declaración al confesor de los pecados que se han cometido»). Cfr. *Diccionario de la Lengua Española*.

[626] Cfr. VÁZQUEZ SOTELO, *Presunción de inocencia*, pp. 118-119: «por "confesión" se entiende el reconocimiento o admisión de los hechos hecha por el imputado en contra de sí mismo, admitiendo así su intervención o participación en ellos. La gran significación de este reconocimiento se funda en la máxima de la experiencia que nos enseña que nadie suele reconocer hechos en propio perjuicio, siendo lo frecuente reconocer y explicar los hechos que nos favorecen y ocultar los que nos perjudican».

[627] Una perspectiva histórica en MITTERMAIER, *Tratado de la prueba en material criminal*, 10.ª ed. adicionada y puesta al día por P. Aragoneses Alonso, Madrid, 1979, p. 222 ss. Otra perspectiva del papel de la confesión en el sistema procesal español en VÁZQUEZ SOTELO, *Presunción de inocencia*, p. 11 ss. Interesante también HIRSCHBERG, *La sentencia errónea en el proceso penal*, Stuttgart, 1960, trad. T.A. Banzhaf, Buenos Aires, 1969, p. 17 ss.

apto para lograr tales declaraciones. Desde la consolidación en los sistemas penales del principio de libre valoración de la prueba, se admiten mecanismos probatorios distintos a la confesión para fundamentar un veredicto de culpabilidad, pero ha permanecido la idea de que una confesión del sujeto activo es el *único medio de prueba directo* para acreditar cuál fue el contenido de su subjetividad en el momento de llevar a cabo el comportamiento objetivamente típico[628]. Este modo de ver las cosas parte de un razonamiento evidente: dado que tanto conocimiento como voluntad son hechos psíquicos y, por tanto, no observables por los sentidos de otra persona, sólo puede describirlos adecuadamente quien, por afirmarlo de forma algo rudimentaria pero plástica, los ha *tenido en su propia cabeza*.

Sin embargo, más allá de cuestiones históricas, lo que conviene analizar en este punto es la idea según la cual aquello que el sujeto activo afirma haberse representado en el momento de realizar la conducta objetivamente típica siempre coincide exactamente con lo que efectivamente se representó en tal momento. La validez general de esta regla se halla evidentemente condicionada por el hecho de que no sean pensables supuestos en que pueda no darse tal coincidencia, es decir, casos en que el autor se atribuya —con sentido inculpatorio— unos conocimientos con los que realmente no contó en el momento de llevar a cabo el hecho típico. Como se muestra a continuación, y con independencia de su mayor o menor frecuencia, tales supuestos son perfectamente imaginables y, según algunos autores, incluso más habituales de lo que se suele pensar[629].

En primer lugar, pueden darse casos en los que un individuo no recuerde exactamente qué es lo que se representó en el momento de llevar a cabo su comportamiento y que su confesión autoinculpatoria obedezca a reconstrucciones *ex post*, tal vez motivadas por un cierto sentimiento de culpa[630]. También son imaginables supuestos en que el sujeto no encuentre las palabras adecuadas para describir aquello que realmente pasó por su cabeza y caiga en una autoinculpación provocada por el hecho de

[628] Así, HAGEN, «Der Vorsatz und seine Feststellung», *ZStW*, 19 (1899), p. 197.

[629] Una exhaustiva relación de motivos que pueden llevar a falsas confesiones autoinculpatorias en GORPHE, *Apreciación judicial*, p. 185 y HIRSCHBERG, *La sentencia errónea*, p. 25. En referencia a los fenómenos psicológicos cfr. PERRON, *Nishihara-FS*, pp. 154-155.

[630] LOOS, en *Rechtswissenschaft und Rechtsentwicklung*, p. 270, afirma «que la determinación [del dolo] puede ser relativamente fácil si la confesión del acusado también incluye el "dolo", pero no tiene por qué serlo: basta con remitir a la posibilidad de construcciones *ex post* a partir, por ejemplo, de sentimientos de culpa». Cfr. igualmente EL MISMO, *JR*, 1994, p. 513. Ya a principios de siglo, LÖFFLER, «Die Abgrenzung von Vorsatz und Fahrlässigkeit», *ÖZSt*, 1911, p. 145, constataba cómo muchas veces ni el mismo sujeto podía dar razón de sus *facta interna* (como sus motivos, sus esperanzas), algo que, en palabras de este autor, «sólo conoce Dios».

no haberse sabido expresar afortunadamente[631]. Como manifiesta *Kargl*, el modo en cómo suelen llevarse a cabo los interrogatorios, tanto policiales como judiciales, puede tener una buena parte de responsabilidad en un número no despreciable de supuestos en los que se da la anterior situación[632].

En segundo lugar, son también imaginables supuestos en que un individuo que recuerde perfectamente lo que conoció en el momento de realizar el hecho y que sepa, igualmente, que tales conocimientos no coinciden con los requeridos por la imputación dolosa, afirme, sin embargo, haber contado con ellos porque, por los motivos que sean, le interese ser condenado como autor doloso. Así, *Freund* hace referencia a los casos en que el sujeto siente una necesidad patológica de que le sea impuesta una pena, necesidad que puede llegar hasta el punto de declarar haber sido consciente de algo de lo que realmente no fue, para, de este modo, conseguir el castigo ansiado[633]. Otros supuestos imaginables se dan cuando un sujeto asume su culpabilidad dolosa para evitar la condena de un tercero, o para no tener que reconocer ciertos desconocimientos, cuya trascendencia pública, desde su particular punto de vista, sería incluso más perjudicial que la propia condena[634].

Todos estos ejemplos demuestran que no son impensables casos en los que exista una confesión autoinculpatoria por parte de un acusado sin que el contenido de ésta concuerde con la realidad de sus conocimientos en el momento del hecho. Cuando se cae en la cuenta de esta posibilidad, debe admitirse por fuerza que incluso en las condenas basadas en la

[631] Una postura especialmente radical en este punto es la defendida por MÄRKER, *Vorsatz und Fahrlässigkeit*, p. 192, cuando afirma que «la pregunta planteada con frecuencia por el juez al acusado sobre qué pensó realmente, no tiene francamente sentido. Exige al acusado que describa un proceso que debe haber acontecido en su "escena interior", un proceso que no ha existido en absoluto porque el supuesto *episodio* en realidad no ha sido tal, sino algo distinto».

[632] Cfr. KARGL, *Der strafrechtliche Vorsatz*, pp. 24-25 (nota 24). Una amplia relación de trabajos que se ocupan del valor probatorio de la confesión en *ibidem*, p. 18 (nota 9).

[633] Cfr. FREUND, *Normative Probleme*, p. 122 ss.

[634] Imagínese el caso en que el autor prefiere ser condenado a tener que alegar en el proceso una serie de circunstancias que, aunque con toda seguridad comportarían su absolución, comprometerían su honor o su prestigio profesional (cfr. el ejemplo del marchante de arte reproducido *infra* X.2.A). O la situación en que el acusado se viera impotente para desvirtuar la prueba de cargo que tuviera en su contra y, aunque realmente le hubieran faltado los conocimientos necesarios para el dolo, decidiera confesar en la esperanza de obtener un trato más benigno por parte del tribunal sentenciador. Una muestra de buenos motivos que pueden llevar a que un acusado se autoinculpe (falsamente) en ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, § 15, n.º marg. 19: «la confesión puede ser falsa por muy diversos motivos: por ejemplo, porque el acusado no es normal o porque es apático, porque quiere estar en la cárcel o porque quiere procurarse una coartada para un hecho más grave o porque quiere que se le castigue a él en lugar del verdadero autor». Cfr., igualmente, SPENDEL, «Wahrheitsfindung im Strafprozeß», *JuS*, 1964, p. 467.

confesión del acusado permanece un cierto riesgo de no coincidencia entre los hechos que se le imputan y los efectivamente acaecidos. Por este motivo, tampoco los casos en que se afirme el dolo a partir de una declaración en que el sujeto se haya inculpado cumplen con las condiciones que legitiman una condena por delito doloso desde el punto de vista de la concepción psicológica del dolo.

Una parte de la doctrina y, en ocasiones, la propia jurisprudencia reconocen que el contenido de una confesión autoinculpatoria no tiene necesariamente que coincidir, siempre y en todo caso, con la realidad de los hechos acaecidos[635]. Por este motivo se acepta que a través de otros medios de prueba pueda llegar a desvirtuarse el valor probatorio de ciertas confesiones[636]. Estas ideas suponen una quiebra evidente de la regla según la cual la confesión es medio directo de prueba de los hechos psíquicos: en algunos casos, pese a existir una confesión autoinculpatoria, el contenido de tal confesión no deberá ser atribuido al autor. Sin embargo, si con tal declaración se acreditara de forma incontrovertida y definitiva la realidad de determinados hechos psíquicos, su valor probatorio no podría ser contradicho por ningún otro indicio, pues la *verdad* habría sido ya *descubierta*[637].

De acuerdo con lo anterior, a la confesión del sujeto activo sólo se le debe atribuir un valor indiciario que compartirá con otros medios de

[635] HRUSCHKA, «Über Schwierigkeiten mit dem Beweis des Vorsatzes», *Kleinknecht-FS*, Múnich, 1985, p. 199, constata cómo «llama la atención la idea, hasta hoy ampliamente difundida entre los juristas, de que los juicios *ex re* son "simples pruebas de indicios", mientras que la "prueba plena", que se contrapone a tal "prueba de indicios", sólo puede obtenerse mediante una confesión. Esto es simple y llanamente erróneo, puesto que las "confesiones" falsas no sólo son imaginables, sino que también se producen y, en consecuencia, una confesión no es por tanto nada más que un "mero indicio"». También VOLK, *Wahrheit und materielles Recht im Strafprozess*, Constanza, 1984, p. 14, atribuye a la confesión un valor limitado. Por su parte, PÉREZ DEL VALLE, «La prueba del error en el proceso penal», *RDP*, 1994, p. 413, afirma que la confesión del acusado debe ser confirmada por la prueba de indicios. MUÑOZ SABATÉ, *Técnica probatoria*, p. 206 ss, cuestiona la corrección de hablar de una «prueba directa» desprendida de toda deducción o inferencia y limitada a la mera percepción.

[636] Así, CAFFERATA NORES, *La prueba en el proceso penal*, 2.ª ed., Buenos Aires, 1994, p. 149. SPENDEL, *JuS*, 1964, p. 467, afirma que la idea de que el contenido de toda confesión debe atribuirse por principio a quien la realiza cuando dicho contenido le perjudica, sólo rige en procesos como el civil en que no se persigue averiguar la verdad material. Cfr., igualmente, MITTERMAIER, *Tratado*, p. 226 ss, quien establece los requisitos que debe reunir una confesión para que pueda basarse en ella la convicción judicial.

[637] Las dudas de la doctrina sobre la veracidad de determinadas declaraciones de un sujeto se extienden incluso a los supuestos en que éstas hayan sido obtenidas a través de métodos como el narcoanálisis («drogas de la verdad») o técnicas psicométricas (entre ellas el famoso «detector de mentiras»). Cfr. al respecto la interesante exposición de estas técnicas y la recopilación de críticas realizada por VÁZQUEZ SOTELO, *Presunción de inocencia*, p. 153 ss. El propio Tribunal Supremo, en su sentencia de 22 de mayo de 1982 (A 2702, ponente Latour Brotons), negó todo valor probatorio a posibles declaraciones realizadas bajo los efectos de narcóticos.

prueba[638]. Como afirma el Tribunal Supremo, «el juzgador debe situar la confesión en un determinado contexto, enlazarla con el resto de la actividad probatoria, comprobar la racionalidad de la declaración y, por último, decidir»[639]. Ello no se opone a que, desde luego, las eventuales confesiones tengan un importante peso específico en los pocos supuestos en que suelen darse; sin embargo, tampoco en estos casos puede afirmarse rotundamente que su concurrencia deba tener un carácter definitivo e incontestable[640]. Al ser un indicio entre otros, también la confesión deberá ser valorada por el juez con miras a la formación de su convicción y, como es evidente, en este último momento ya no podrá asegurarse que lo confesado vaya a coincidir por fuerza con lo efectivamente sucedido[641].

C) La prueba de indicios

El medio probatorio por excelencia al que se recurre en la práctica para determinar la concurrencia de los procesos psíquicos sobre los que se asienta el dolo no son ni las ciencias empíricas, ni tampoco la confe-

[638] El art. 406 LECr obliga al juez de instrucción, aunque exista confesión del procesado, a seguir practicando todas las diligencias necesarias para convencerse de la veracidad de tal confesión y de la existencia del delito. DENCKER, *ZStW*, 102 (1990), p. 74, afirma que «la confesión (también en sentido autoinculpatorio) no es un medio de prueba o indicio principal o mejor que otras declaraciones, aunque la (no) respuesta del inculpado tiene ciertamente una cualidad especial con una influencia determinante sobre el proceso de prueba».

[639] STS de 13 de enero de 1993 (A 157, ponente Ruiz Vadillo).

[640] Cfr., al respecto, OPP, «Zur Anwendbarkeit der Soziologie im Strafprozeß», en JÄGER (ed.), *Kriminologie im Strafprozeß*, Baden-Baden, 1980, p. 32, quien afirma que, en realidad, los jueces no hacen otra cosa que aplicar una máxima general de acuerdo con la cual «si el acusado confiesa el hecho es porque lo ha cometido». Sin embargo, la coincidencia de los resultados a que lleva esta máxima con los fenómenos psíquicos realmente acontecidos no puede garantizarse. ECKER, *Verwendung und Feststellung*, p. 41, sostiene que la confesión sigue siendo la *regina probationum*; sin embargo, aunque es cierto que ésta puede tener, en determinados casos, un valor indiciario enorme, ello no implica que con cualquier confesión quede ya automáticamente acreditada la verdad de los hechos. HERDEGEN, *KK*, § 244, n.º marg. 1, entiende que, dado que las confesiones también pueden ser falsas, su significado probatorio debe ser objeto de valoración. En España añade RUIZ VADILLO, *Estudios de Derecho procesal penal*, Granada, 1995, p. 201, que ni siquiera la exteriorización de los contenidos del pensamiento por el sujeto pensante garantiza su veracidad.

[641] SERRA DOMÍNGUEZ, *Estudios de Derecho procesal*, Esplugues de Llobregat, 1969, p. 710, cuestiona, en general, la diferencia de valor que suele atribuirse a la prueba directa y a la indirecta cuando, sin embargo, ambas modalidades pueden tener fuerza suficiente para que el juez forme su convicción. Niega la distinción GOLLWITZER, *LR*, 24.ª ed., § 261, n.º marg. 60. Cfr., igualmente, las afirmaciones de MIRANDA ESTRAMPES, *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*, Barcelona, 1997, p. 217 ss. Sobre el escaso fundamento de la tradicional distinción entre prueba directa e indirecta, cfr. también BELLOCH JULBE, «La prueba indiciaria», en *La sentencia penal*, pp. 42-44.

sión autoinculpatoria del sujeto activo. Las enormes dudas que suscita la primera vía y la escasa incidencia práctica de la segunda, llevan a que la mayoría de supuestos se acaben resolviendo a través de un tercer medio de prueba: la llamada *prueba indiciaria o circunstancial,* plasmada en los denominados *juicios de inferencia*[642]. Al uso de tal medio probatorio le es atribuida por la jurisprudencia la capacidad de realizar auténticos prodigios en el ámbito de la «prueba del dolo»[643]. En este sentido, suele afirmar el Tribunal Supremo que, «salvo espontánea manifestación del autor, sólo un acertado juicio de inferencia por parte de los jueces puede escudriñar este íntimo pensamiento [el *animus necandi*] en lo más profundo del ser humano, "en el arcano escondido de su conciencia"»[644]. El Tribunal Constitucional afirma en su jurisprudencia que un correcto uso de la prueba de indicios es, en general, un medio apto para desvirtuar la presunción de inocencia[645].

La cuestión que debe dilucidarse en este apartado consiste, básicamente, en decidir si con la prueba de indicios es posible averiguar el es-

[642] Afirma PÉREZ DEL VALLE, *RDP*, 1994, p. 413, que «la prueba de la concurrencia en un delito de los elementos subjetivos necesarios para imponer una sanción penal se desenvuelve en la jurisprudencia en un ámbito necesariamente vinculado a la prueba indiciaria, ya que el objeto de la convicción del tribunal es un elemento que, en principio, permanece reservado al individuo en el que se produce, de modo que para su averiguación o para su confirmación —en el caso de que el acusado lo confesara explícitamente— se requiere una inferencia a partir de datos exteriores». Cfr., igualmente, KUSCH, *Der Indizienbeweis des Vorsatzes*, p. 3; KLEB-BRAUN, *JA*, 1986, p. 312 y HERDEGEN, *KK*, § 244.1, n.º marg. 3: «los hechos psíquicos ajenos se infieren indiciariamente de hechos externos». Sobre la prueba de indicios en general, cfr. HÜRXTAL, *KK*, § 261, n.º marg. 64-66. Una panorámica de este medio probatorio a lo largo de la historia en PÉREZ BARBERÁ, «La prueba por indicios según los distintos sistemas de enjuiciamiento penal. Su repercusión en la casación por agravio formal», *CDJP*, 4-5 (1997), p. 393 ss.

[643] Así, la STS de 31 de octubre de 1994 (A 9076, ponente Martínez-Pereda Rodríguez), en la que se sostiene que «la afirmación realizada por el "factum" de que el acusado conocía que transportaba dinero oculto es una inferencia, pues se trata en puridad de un elemento interno, personal y subjetivo y, salvo los casos, por otra parte no muy frecuentes, en que el propio acusado paladinamente lo confiese, tiene que inferirlos el Tribunal de instancia». Ver también la STS de 7 de marzo de 1991 (A 1927, ponente De Vega Ruiz), en la que se afirma que «sabido es que la existencia del dolo, integrado por elementos psicológicos que yacen en la mente del sujeto activo, es difícil de acreditar. Y que como todo cuanto se guarda en lo más profundo del ser anímico, sólo puede probarse por una serie de datos (anteriores, coetáneos y posteriores) que manifiesten, *desempolvando íntimos secretos*, la voluntad querida» (cursiva en el original). Cfr., también, RUIZ VADILLO, *Estudios*, pp. 201-202.

[644] STS de 5 de diciembre de 1995 (A 8975, ponente De Vega Ruiz). Abundantes referencias a la jurisprudencia italiana, que emplea argumentos muy similares a la española en este ámbito, en TASSI, *Il dolo*, pp. 146-147.

[645] Así, la STC 174/1985 de 17 de diciembre (ponente Segura Latorre): «el derecho constitucional a la presunción de inocencia no se opone a que la convicción judicial en un proceso penal se pueda formar sobre la base de una prueba indiciaria». Para una panorámica de la jurisprudencia constitucional en este ámbito, cfr. BELLOCH JULBE, en *La sentencia penal*, p. 47 ss.

tado real de representación de un sujeto en el pretérito instante de realización del hecho objetivamente típico. Es decir, si dicho medio de prueba está en condiciones de hacer aplicable el concepto de dolo respetando los requisitos de legitimidad exigidos por la concepción psicológica. Algunos autores no parecen ver demasiados problemas para contestar afirmativamente a tal cuestión, pues, como indica *Díez Ripollés*, «la opción por la realidad empírica no supone necesariamente una introducción masiva de dictámenes periciales»[646]. A la vista de lo poco frecuentes que son las confesiones autoinculpatorias, gran parte de la doctrina y toda la jurisprudencia consideran que la prueba de indicios es un mecanismo válido para averiguar los fenómenos psicológicos en que se asienta la imputación dolosa.

C.1. Cuestiones generales

La jurisprudencia del Tribunal Supremo suele buscar apoyo legal para la prueba de indicios en los arts. 1249 a 1253 del Código Civil. Estos preceptos, agrupados bajo la rúbrica *De las presunciones*, se encuentran en el Capítulo que el citado cuerpo legal destina a la regulación de la prueba de las obligaciones[647]. De tales artículos el que reviste un mayor interés a efectos penales es el 1253 CC, de acuerdo con cuyo contenido, «para que las presunciones no establecidas por la ley sean apreciables como medio de prueba, es indispensable que entre el hecho demostrado y aquél que se trate de deducir haya un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano»[648]. Qué debe entenderse por *reglas del criterio humano* y cómo actúan éstas es algo sobre lo que no reina unanimidad. Tampoco existe acuerdo sobre la terminología a emplear y, en este sentido, se habla indistintamente de «prueba de indicios,

[646] DÍEZ RIPOLLÉS, *Los elementos subjetivos*, p. 49. Afirma este autor (*ibidem*, p. 323) que «las reglas comunes de experiencia no sustituyen análisis empíricos por imputaciones valorativas, sino que pretenden descubrir la realidad psíquica a través de un procedimiento experimental menos fiable que el científico, a cuya zaga va». Cfr., al respecto, *infra* VII.3.C.4.

[647] Tal remisión puede apreciarse, a modo de ejemplo, en la STS de 18 de abril de 1989 (A 3410, ponente Puerta Luis). Crítico con la ubicación de estas reglas de naturaleza procesal, DELGADO GARCÍA, «Prueba de indicios», en EL MISMO (dir.), *La prueba en el proceso penal II*, Madrid, 1996, p. 378. Sobre la aplicación de estos preceptos del Código Civil en el proceso penal, cfr. MARTÍNEZ ARRIETA, «La prueba indiciaria», en *La prueba en el proceso penal*, Madrid, 1993, p. 55.

[648] En cuanto al uso del art. 1253 CC como base jurídica positiva para la prueba de indicios, cfr., entre otras, la STS de 6 de octubre de 1995 (A 7400, ponente De Vega Ruiz) y la STS de 10 de octubre de 1988 (A 8315, ponente Puerta Luis), donde se afirma que la prueba indiciaria puede destruir la presunción de inocencia «siempre que los indicios estén plenamente probados y de ellos se llegue a la convicción de culpabilidad mediante un proceso mental razonado y acorde con las reglas del criterio humano».

indirecta, mediata, circunstancial, de inferencias, de presunciones o de conjeturas»[649].

Un primer punto de vista entiende que «se puede definir la prueba de indicios como el paso de unos hechos conocidos (hechos básicos o indicios) hasta otro desconocido (hecho consecuencia) *por el camino de la lógica*»[650]. De acuerdo con esta idea, *de un hecho previamente probado se deduce un segundo hecho* que tiene naturaleza psíquica en el caso de los elementos subjetivos del delito[651]. Éste es el punto de vista del Tribunal Constitucional cuando entiende que la prueba de indicios puede desvirtuar la presunción de inocencia si se sustenta en «un razonamiento basado en el nexo causal y lógico, existente entre los hechos probados y los que se trata de probar»[652]. Sin embargo, esta forma de ver las cosas resulta bastante problemática, ante todo por lo equívoco de la terminología empleada, como se muestra seguidamente partiendo de un ejemplo:

> *Se considera probado que el acusado ejercía la profesión de empresario aceitero* (hecho básico) *en el momento en que sucedieron los hechos. Interesa determinar, con miras a afirmar un hipotético dolo, si dicho acusado conocía que la anilina es un producto venenoso* (hecho consecuencia)[653].

[649] DELGADO GARCÍA, en *La prueba en el proceso penal II*, p. 377. Este autor (*ibidem*, p. 378) constata que el término «presunciones» es más usual en el proceso civil, mientras que en el proceso penal lo más habitual es hablar de «prueba de indicios», aunque «el concepto es único». Acerca de la cuestión terminológica, cfr. también BELLOCH JULBE, en *La sentencia penal*, p. 30 y GORPHE, *Apreciación judicial*, pp. 202-203.

[650] DELGADO GARCÍA, en *La prueba en el proceso penal II*, p. 376 (cursiva añadida), citando la sentencia de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo de 29 de enero de 1965 (A 262, ponente Aguado González). Añade este autor (*ibidem*, pp. 376-377) que «partiendo de unos datos o circunstancias probados en la causa, colaterales al hecho necesitado de prueba, se puede llegar al conocimiento de la realidad de este último porque existe tal conexión lógica entre aquellos y éste que, admitidos los primeros como probados, nadie pone en duda la certeza del último».

[651] DELGADO GARCÍA, en *La prueba en el proceso penal II*, p. 389, afirma que «esta clase de prueba no responde a los mecanismos del silogismo o del método de deducción, que es el único capaz de proporcionar una seguridad en el conocimiento así adquirido, sino al de inducción, en el cual las premisas nos llevan a una conclusión más o menos probable pero nunca segura. En la prueba de indicios nos encontramos ante una modalidad de la inducción que se corresponde con lo que algunos denominan educción, que permite pasar de lo particular a lo particular».

[652] STC 174/1985 de 17 de diciembre (ponente Segura Latorre). Sobre la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en relación con la prueba de indicios y a su capacidad para desvirtuar la presunción de inocencia, cfr. VEGAS TORRES, *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*, Madrid, 1993, p. 137 ss. Sobre la doctrina general del Tribunal Supremo, abundantes referencias en *ibidem*, p. 150 ss.

[653] Los ejemplos utilizados en este apartado se basan en una simplificación de los hechos probados de la STS de 23 de abril de 1992 (A 6783, ponente Bacigalupo Zapater), la conocida «Sentencia de la colza».

Esta última determinación sólo resulta posible si existe una regla según la cual se sostiene que «*quien es empresario aceitero, conoce el carácter venenoso de la anilina*». Sin embargo, este enunciado no puede considerarse una regla de la lógica en el sentido estricto de la expresión, pues en ella se incorpora una determinada descripción de la realidad que es ajena a los enunciados propios de una disciplina que, como ciencia formal, sólo está integrada por reglas cuya validez no depende de su correspondencia con la realidad. Tal enunciado sólo puede formar parte de la «lógica» si este término se utiliza en un sentido laxo, equivalente a «lógica cotidiana» o «sentido común». Para evitar confusiones, resulta mucho más adecuado designar esta clase de enunciados con la expresión *reglas de experiencia*, pues éstas se formulan a partir de una determinada observación o conocimiento («experiencia») sobre la realidad y se mantiene su validez siempre y cuando se siga afirmando su correspondencia con aquélla[654].

En algunas ocasiones, la jurisprudencia española utiliza el término «juicios de valor» para hacer referencia a las citadas *reglas del criterio humano* en el ámbito de la determinación de los elementos subjetivos[655]. Sin embargo, como entiende *Benéytez Merino* en referencia a la prueba de indicios, «ni la conclusión establecida ni el proceso por el que se llega a ella constituyen un juicio de valor. La naturaleza silogística de la operación exige una denominación más acorde con la realidad, por lo que una denominación más adecuada podría ser la de juicio de inferencia»[656]. Según este autor, «la proposición afirmativa del *animus*, de la

[654] Así, DELGADO GARCÍA, en *La prueba en el proceso penal II*, p. 378: «el nombre de prueba de inferencias, presunciones o conjeturas tiene en cuenta el referido elemento de conexión lógica que ha de existir entre los hechos básicos y el hecho consecuencia. A través de ellos, inferimos, presumimos o conjeturamos que éste se ha producido *según la forma en que ordinariamente se desarrollan los acontecimientos conforme nos muestra la experiencia*» (cursiva añadida). Opta por hablar de reglas de experiencia REYES ALVARADO, *La prueba indiciaria*, 2.ª ed., Bogotá, 1989, p. 91, quien las define como «conocimientos adquiridos por la sociedad en la que los hechos se desarrollan a través de la repetida observación de casos particulares (método de inducción)». Las reglas de la experiencia se forman a partir de la observación de determinados datos, algo que no puede afirmarse de las reglas de la lógica; cfr., al respecto, KÄßER, *Wahrheitserforschung im Strafprozeß*, Berlín, 1974, p. 94. Cfr., igualmente, MIRANDA ESTRAMPES, *Mínima actividad probatoria*, p. 231.

[655] Así, por ejemplo, la STS de 2 de febrero de 1988 (A 842, ponente Moner Muñoz): «las aseveraciones que pueda efectuar la Audiencia Provincial, sobre la existencia o inexistencia del "animus necandi" no son más que *juicios de valor*; a los que llega el Tribunal, en el cumplimiento de su función jurisdiccional, partiendo de datos objetivos, que aparecen en el proceso de los que aquél extrae su conclusión sobre el elemento subjetivo del tipo delictivo» (cursiva añadida).

[656] Afirma BENÉYTEZ MERINO, «Juicio de valor y jurisprudencia», *PJ*, 19 (1990), p. 14, que «los elementos subjetivos son realidades que pertenecen al ámbito interno de la persona; son ontológicamente procesos del mundo espiritual consciente: pensamientos, de-

intención, del conocimiento de determinada circunstancia no es una proposición valorativa, sino simplemente asertiva, porque consigna un simple hecho, un hecho psíquico, interno, evidenciado por otros hechos de carácter externo»[657]. Por estos motivos, el término «juicio de valor» tampoco resulta una expresión afortunada[658].

Rechazadas las expresiones «juicios de valor» y «reglas de la lógica (cotidiana)», la opción que parece más adecuada es la que entiende que en la prueba de indicios intervienen dos tipos de enunciados distintos que se emplean en un *juicio de inferencia*: las llamadas *reglas de la lógica (formal)* y *las reglas de la experiencia*. Cuando el juez recurre a este medio de prueba debe utilizar estos enunciados de la siguiente manera: en primer lugar, procede analizar si existen reglas de experiencia que determinen los conocimientos con que cuenta una persona que se halle en las mismas circunstancias que concurren en los hechos ya probados[659]; en segundo lugar, el juez debe llevar a cabo un silogismo en el que la regla de experiencia actúe de *premisa mayor* y los hechos previamente probados («completamente acreditados», según el art. 1249 CC) de *premisa menor*[660]. El resultado de este silogismo son las conclusiones

seos, sentimientos, emociones, impulsos, etc.; son funciones y actividades del recóndito de la conciencia humana, naturalmente inaccesible para los demás. Por ello, los elementos subjetivos referidos por la descripción típica requieren para su fijación en el proceso una operación más compleja, que podría denominarse "juicio de inferencia", en lugar de "juicio de valor", que es la denominación jurisprudencial». Este autor (*ibidem*, p. 10) entiende que el uso de este último término resulta desafortunado si se hace de acuerdo con el significado que en el lenguaje cotidiano tiene dicha expresión como «apreciación puramente subjetiva *fundada en ideas, sentimientos o emociones estrictamente personales*, respecto de cualquier acontecimiento o hecho real» (cursiva en el original). Un juicio de valor entendido así, «al carecer de toda objetividad, debe desaparecer de cualquier discurso lógico». Cfr. también LUZÓN CUESTA, *El recurso de casación penal*, Madrid, 1993, p. 50 y 55.

[657] BENÉYTEZ MERINO, *PJ*, 19 (1990), p. 19.

[658] DELGADO GARCÍA, en *La prueba en el proceso penal II*, p. 387, matiza las críticas formuladas contra esta expresión, considerando que con ella «simplemente se quiere proclamar la aptitud para discutir en casación el raciocinio a través del cual se llega a alcanzar ese particular ánimo o conocimiento del responsable criminal del cual la ley hace depender la existencia o no del delito de que se trate». Sobre las implicaciones que cierta jurisprudencia extrae del término «juicio de valor» en el ámbito del recurso de casación, cfr. *infra* XI.2.B.

[659] Para la discusión sobre si las reglas de experiencia preexisten al caso o se crean *ad hoc*, cfr. *infra* XI.1. Según FLORIÁN, *De las pruebas penales*, tomo I, p. 11, los principios de experiencia «suministran un criterio general que subsiste y es verdadero por sí mismo, y que puede aplicarse en el caso concreto, pero es independiente de él».

[660] LARENZ, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, 4.ª ed., trad. M. Rodríguez, Barcelona, 1994, pp. 301-303, afirma que «en un tal silogismo actúa como premisa mayor, por regla general, una determinada "máxima de experiencia", una ley natural o una regla de probabilidad; como premisa menor el hecho inducible, que, por su parte, o bien es confesado en el proceso, o está asegurado por inspección ocular o por testimonio fidedigno». Cfr., igualmente, MANTOVANI, *Diritto penale*, pp. 328-329 y ARAGONESES ALONSO,

sobre los conocimientos del sujeto enjuiciado[661]. El cometido de las reglas de la lógica (en sentido estricto) no es otro que garantizar la corrección interna del silogismo en cuestión.

Por ejemplo,

Se dan por probados los siguientes hechos (objetivos):

El empresario aceitero J.M.B. refinó en las instalaciones de su empresa una serie de partidas de aceite industrial que contenía anilina, un compuesto químico venenoso que se intentó eliminar del aceite mediante un proceso de refinado para su introducción posterior en el mercado como producto apto para el consumo humano. Varias personas consumieron el aceite, muriendo a consecuencia del efecto tóxico de la anilina. La acusación atribuye a J.M.B. la condición de autor de diversos homicidios dolosos. La defensa niega que el acusado conociera el carácter venenoso de la anilina y, además, sostiene que dicho acusado no se representó que, tras el proceso de refinado, pudieran permanecer restos de tal producto en el aceite.

Para llegar a la condena del acusado como autor de un homicidio doloso, como pretende la acusación, el razonamiento judicial debe basarse en la aplicación de una serie silogismos encadenados[662].

1º/

— Premisa Mayor (*regla de experiencia*): todos los empresarios aceiteros conocen el carácter venenoso (mortal) de la anilina.

adiciones a MITTERMAIER, *Tratado*, p. 407. El Tribunal Supremo expone en su sentencia de 20 de septiembre de 1990 (A 7196, ponente Ruiz Vadillo) cómo debe practicarse el denominado «juicio de inferencia»: «el Tribunal tiene que llevar a cabo una operación de inducción (ascensión lógica del entendimiento desde el conocimiento de fenómenos, hechos o casos, a la Ley o principio que virtualmente los contiene o que se efectúa en ellos uniformemente) y/o de deducción (sacando consecuencias de un principio, proposición o supuesto), para obtener las conclusiones correspondientes partiendo siempre de todos los datos probados». Sobre la estructura lógica del silogismo, cfr. FRAMARINO DEI MALATESTA, *Lógica*, p. 222 ss; MARTÍNEZ ARRIETA, en *La prueba en el proceso penal*, pp. 59-60 y MUÑOZ SABATÉ, *Técnica probatoria*, p. 220 ss.

[661] Afirma CAFFERATA NORES, *La prueba*, p. 181, que «la naturaleza probatoria del indicio no está *in re ipsa*, sino que surge como fruto lógico de su relación con determinada norma de experiencia, en virtud de un mecanismo silogístico, en el cual el hecho indiciario es tomado como premisa menor, y una enunciación basada en la experiencia común funciona como premisa mayor». De acuerdo con la necesaria concurrencia de dos elementos —una base ontológica y una regla de experiencia— FREUND, *Normative Probleme*, p. 13: «de un hecho conocido y de una ley conocida se infiere un hecho desconocido». Cfr., igualmente, REYES ALVARADO, *La prueba indiciaria*, p. 91 ss.

[662] OPP, en *Kriminologie im Strafprozeß*, p. 27, caracteriza las reglas de experiencia judiciales como proposiciones del tipo «cuando A entonces B», donde A son los hechos dados previamente por probados y B la conclusión. A favor de la legitimidad de la concatenación de presunciones indiciarias y en contra de algunas muy discutibles apreciaciones jurisprudenciales al respecto, cfr. MIRANDA ESTRAMPES, *Mínima actividad probatoria*, p. 242.

— premisa menor (*hecho probado*): el acusado ejercía la profesión de empresario aceitero en el momento de los hechos.

— Conclusión: el acusado conocía el carácter venenoso (mortal) de la anilina en el momento de los hechos.

2º/

— PM (*regla de experiencia*): quien intenta refinar una partida de aceite, extrayendo de éste su contenido de anilina, es consciente de que pueden permanecer restos de tal producto tóxico tras el proceso de refinado si no se adoptan posteriores medidas de control.

— pm (*hecho probado*): el acusado refinó una partida de aceite intentando extraer de ésta su contenido de anilina sin adoptar posteriores medidas de control.

— Conclusión: el acusado fue consciente de que podían permanecer restos de anilina en el aceite tras el proceso de refinado.

Las dos conclusiones obtenidas en los anteriores silogismos pasan ahora a desempeñar el papel de hechos probados («plenamente acreditados») dentro de los razonamientos posteriores que debe llevar a cabo el tribunal sentenciador:

3º/

— PM (*regla de experiencia*): quien sabe que la anilina es venenosa (mortal) y trata de refinar aceite que contiene anilina, siendo consciente de que pueden permanecer restos de ésta, es a la vez consciente de que existe riesgo de que el aceite siga conteniendo anilina y, por tanto, sea venenoso (mortal) tras el proceso de refinado.

— pm (*hechos probados*): el acusado sabía que la anilina era venenosa y fue consciente de que en el proceso de refinado del aceite existía el riesgo de que permanecieran restos de este producto.

— Conclusión: el acusado fue consciente de que tras el proceso de refinado existía el riesgo de que el aceite continuara conteniendo anilina y, por tanto, de que fuera venenoso (mortal).

4º/

— PM (*regla de experiencia*): quien introduce en el mercado de comestibles un producto, siendo consciente del riesgo de que dicho producto sea venenoso (mortal), es también consciente de que está creando un riesgo de muerte para potenciales consumidores.

— pm (*hecho probado*): el acusado introdujo aceite en el mercado de comestibles siendo consciente del riesgo de que tal aceite fuera venenoso (mortal).

— Conclusión: el acusado era consciente de que estaba creando un riesgo de muerte para potenciales consumidores al introducir el aceite en el mercado.

Si se adopta una definición de dolo como conocimiento del riesgo de realización de un resultado implícito a un comportamiento, la conclusión obtenida permite afirmar que el protagonista del ejemplo actuó de forma dolosa. En esta forma de razonamiento, las reglas de la lógica

(concretamente, la regla del *modus ponendo ponens*) sirven para comprobar la corrección interna del silogismo, pero no para verificar que las premisas empleadas concuerden con la realidad, pues el «contenido de verdad» de las reglas de la lógica es meramente formal[663].

Por ejemplo,

Los enunciados de la lógica servirían para rechazar el siguiente silogismo: PM) «Los aceiteros siempre conocen el carácter venenoso de la anilina»; pm) «El acusado X es aceitero»; C) «El acusado no conoce el carácter venenoso de la anilina».

En un juicio como éste, las reglas de la lógica permiten constatar que la conclusión obtenida es incorrecta de acuerdo con las premisas dadas[664]. Sin embargo, dichas reglas no permiten entrar a valorar si la conclusión final del silogismo se corresponde con lo efectivamente sucedido aunque aquél haya sido realizado correctamente. Que se dé tal correspondencia en la conclusión depende esencialmente de que las premisas mayor y menor describan correctamente la realidad. Las reglas de la lógica entran en un segundo momento: la conclusión del silogismo sólo se corresponderá con dicha realidad si (presuponiendo la adecuación de premisa mayor y menor a ella) en la realización del silogismo se han respetado tales reglas[665]. De acuerdo con estas ideas, la capacidad de la prueba de indicios para formular conclusiones que se correspondan plenamente con lo efectivamente acaecido es algo que depende, casi por completo, de las premisas que se introduzcan en el silogismo. Como ya afirmó en su momento *Engisch*, refiriéndose a la aplicación del Derecho, «la deducción en sí apenas requiere esfuerzo; lo más difícil es encontrar las premisas»[666].

---

[663] Sobre la distinción entre verdad lógica y verdad empírica, cfr. ADOMEIT, «Rechtswissenschaft und Wahrheitsbegriff», *JuS*, 1972, pp. 629-630. La equiparación terminológica entre «reglas de la lógica» y «leyes del pensamiento» en HÜRXTAL, *KK*, § 261, n.º marg. 47. Cfr., también, ENGISCH, *Wahrheit und Richtigkeit*, p. 12, quien afirma que «la corrección lógico-formal es una condición necesaria pero no suficiente para la correción de una deducción. A ella debe añadirse la corrección material de las premisas».

[664] Se entra en contradicción con la regla lógica del *modus ponendo ponens* cuando se realiza el siguiente silogismo: 1) $A \rightarrow B$; 2) A ; 3) $\neg B$. La correcta realización del silogismo lleva a un resultado distinto: 1) $A \rightarrow B$ (regla de experiencia) ; 2) A (hecho probado) ; 3) B (conclusión).

[665] La idea fundamental en este ámbito es que la lógica sólo permite saber lo que no puede ser, pero no lo que efectivamente es; cfr., al respecto, ADOMEIT, *JuS*, 1972, p. 630 y KINDHÄUSER, «Das Beweismaß des Strafverfahrens», *Jura*, 1988, p. 292. Cfr., asimismo, CAFFERATA NORES, *La prueba*, p. 181: «la eficacia probatoria de la prueba indiciaria dependerá, en primer lugar, de que el hecho constitutivo del indicio esté fehacientemente acreditado; en segundo término, del grado de veracidad, objetivamente comprobable, de la enunciación general con la cual se lo relaciona con aquél; y, por último, de la corrección lógica del enlace entre ambos términos».

[666] ENGISCH, *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, 2.ª ed., Heidelberg, 1960, p.

Para poder afirmar que la conclusión obtenida a través de la prueba de indicios coincide con la realidad son necesarios dos presupuestos básicos e irrenunciables: en primer lugar, *las reglas de experiencia que se apliquen a modo de premisa mayor deben ser enunciados que aporten declaraciones seguras e irrefutables sobre el contenido de dicha realidad.* En este sentido, no basta, como suele exigirse, con que tales reglas no contradigan las afirmaciones de la lógica o los conocimientos científicos[667]. La no contradicción con estos últimos tiene la finalidad de excluir que, mediante el empleo de reglas de experiencia, pueda llegarse a conclusiones absurdas u opuestas a lo que científicamente se da por seguro. En tal caso, evidentemente, se haría imposible sostener que a través de dichas reglas se está describiendo correctamente un fenómeno, por lo menos desde un paradigma de conocimiento como el actual, en que se considera que el método científico es el medio por excelencia para obtener un correcto conocimiento de la realidad[668]. Sin embargo, son imaginables reglas de experiencia que, sin contradecir las afirmaciones de la ciencia o la lógica, no aporten una descripción exacta de la realidad. Cuando sea éste el caso, el empleo de tales reglas incorpora un margen de error que no permite garantizar que el resultado obtenido con el silogismo indiciario vaya a corresponderse con los fenómenos psíquicos cuya averiguación exige la concepción psicológica para dictar legítimamente una condena por delito doloso[669].

En segundo lugar, *también los hechos probados que se emplean a modo de premisa menor en el silogismo indiciario deben corresponderse plenamente con la realidad acaecida.* Por expresarlo gráficamente, tales hechos deben ser *fragmentos* previamente constatados de dicha realidad. Cualquier otro planteamiento sobre la premisa menor incorpora igualmente un margen de error que hace imposible sostener rotundamente que la conclusión del silogismo vaya necesariamente a corresponderse con un

13. También interesantes en este punto las consideraciones de GORPHE, *Apreciación judicial*, pp. 35-36 y MUÑOZ SABATÉ, *Técnica probatoria*, p. 208.

[667] ALBRECHT, *NStZ*, 1983, p. 489, afirma que, según la jurisprudencia del BGH, la fijación de reglas de experiencia por parte del tribunal sentenciador está limitada por los conocimientos científicos seguros y por las reglas de la lógica. MAIWALD, *AK-StPO*, § 261, n.º marg. 13 ss, entiende que los principios de la lógica, las reglas de la experiencia y los conocimientos científicos actúan como límites a la libertad de que goza el juez en el momento de valorar la prueba.

[668] En palabras de DÍEZ RIPOLLÉS, *Los elementos subjetivos*, p. 307, «el modo de aproximación a los hechos es en nuestra actual sociedad el acorde con las ciencias y metodología empíricas».

[669] Tampoco basta en este ámbito con exigir que la conclusión de la prueba de indicios resulte conforme a las reglas de la «sana crítica», sea «intersubjetivamente compartible», o no parezca «arbitraria». Estas exigencias excluyen de las conclusiones lo que se considera que no puede ser, pero no garantizan que éstas vayan a coincidir con la realidad.

hecho realmente acaecido, pues, como afirma *Freund,* «la combinación de probabilidades no puede aportar nada más que, de nuevo, otra probabilidad»[670].

C.2. Las reglas de experiencia (premisa mayor)

Dentro de las reglas de experiencia que tienen vigencia en la actual sociedad pueden distinguirse dos grandes grupos[671]: por un lado, las denominadas *leyes científicas*; por otro lado, las que suelen designarse con el apelativo de *reglas de experiencia cotidiana*[672]. Las primeras se formulan a partir de los resultados obtenidos por las investigaciones de las ciencias a las que se atribuye el carácter de empíricas, mientras que, como su nombre indica, las segundas se asientan en la denominada «experiencia cotidiana», que surge a través de la observación (no estrictamente científica) de determinados fenómenos o regularidades por parte de los individuos y respecto a las cuales existe un cierto grado de consenso[673]. De entre estos enunciados interesan aquí los que sirven para determinar bajo qué condiciones puede afirmarse la existencia de una realidad muy concreta: el conocimiento ajeno. Antes que nada, sin embargo, conviene distribuir estos enunciados en cuatro grandes grupos,

[670] FREUND, *Normative Probleme*, pp. 18-19. Cfr., asimismo, FINCKE, *GA*, 1973, pp. 267-268.

[671] El BGH alemán define las máximas de experiencia como «aquellos juicios obtenidos empíricamente a partir de la observación y generalización de casos concretos que, en relación con su ámbito de aplicación, contienen deducciones concluyentes». Cfr. al respecto la sentencia del BGH de 7 de junio de 1982, citada por ALBRECHT, *NStZ*, 1983, p. 489. Una definición ya clásica de las reglas de experiencia en F. STEIN, *El conocimiento privado del juez*, Leipzig, 1893, trad. A. de la Oliva Santos, Madrid, 1990, p. 22. Cfr., también, LEONE, *Tratado de Derecho procesal penal*, Nápoles, 1961, trad. S. Sentís Melendo, Buenos Aires, 1989, p. 169.

[672] Cfr., en este punto, FREUND, *Normative Probleme*, p. 14 ss. En esta misma línea, la STS de 8 de febrero de 1994 (A 678, ponente Soto Nieto) afirma que los «principios de experiencia», «valen tanto como normas de naturaleza o del pensamiento». La contraposición entre conocimientos científicamente asegurados y reglas de experiencia cotidiana también puede encontrarse en STEIN, en *Zur Theorie und Systematik*, p. 241 y en DÍEZ RIPOLLÉS, *Los elementos subjetivos*, pp. 320-323, quien distingue entre «aportaciones psiquiátricas y psicológicas» y «reglas comunes de la experiencia». KÄßER, *Wahrheitserforschung*, p. 97 ss, distingue entre ambos modelos de reglas y plantea los problemas que acarrea tal distinción. Cfr., igualmente, FLORIÁN, *De las pruebas penales*, tomo I, p. 113, quien aporta una enumeración de las diversas modalidades de reglas de experiencia.

[673] Tal distinción puede considerarse, desde ciertos puntos de vista, como poco sutil o incluso arbitraria; sin embargo, parece indudable que responde a determinadas convicciones sociales que, básicamente, distinguen entre conocimientos sobre la realidad provenientes o no del recurso al denominado método científico. Cfr., al respecto, HASSEMER, *Einführung*, p. 149 y KÄßER, *Wahrheitserforschung*, p. 96 ss, quien pone de manifiesto cómo ciertas reglas de experiencia científica expresan tales evidencias que también pueden ser consideradas reglas de experiencia (en sentido cotidiano).

para seguidamente establecer cuáles sirven para satisfacer las condiciones de legitimidad que una concepción psicológica de la «determinación del dolo» exige a la práctica de la prueba de indicios.

En primer lugar, existen ciertas *reglas que afirman bajo qué condiciones es segura la existencia de una determinada realidad*[674]. Así, cuando se sostiene, por ejemplo, que a cero grados centígrados de temperatura el agua pasa de estado líquido a sólido, se está expresando una regla científica que aporta resultados que se consideran seguros. Por contra, cuando se juzga imposible que una persona se encuentre a la vez en dos lugares distintos, se está expresando una regla de experiencia cotidiana a la que también se atribuye la capacidad de aportar conocimientos seguros[675]. Ambas modalidades de reglas tienen en común que describen las condiciones bajo las cuales se tiene por cierta la existencia o inexistencia de una determinada realidad[676]. Su diferencia radica en la forma de obtención de unas y otras.

En segundo lugar, existen ciertas *reglas a las que se atribuye la capacidad de determinar bajo qué condiciones es (más o menos) probable (pero no seguro) que exista una concreta realidad*[677]. Así, el enunciado que afirma que, cuando una persona ha sufrido una exposición prolongada a radiaciones nucleares, puede acabar padeciendo determinadas enfermedades es una regla científica de este tipo. Por contra, un enunciado de este género basado en la experiencia cotidiana puede encontrarse, por ejemplo, en la afirmación de que cuando un niño de pocos meses llora es porque posiblemente tiene hambre. En ambos casos la existencia de una determinada realidad (enfermedad/hambre) se tiene sólo por probable dadas determinadas condiciones previas (exposición radiactiva/lloros)[678].

Desde el punto de vista de la concepción psicológica del dolo sólo interesan dos modalidades de las cuatro enunciadas, a saber, *aquellas reglas que describen bajo qué condiciones es seguro que existe una determinada realidad*[679]. En el ámbito de la prueba del conocimiento ello implica que sólo pueden aceptarse como premisa mayor las reglas que determinan bajo qué condiciones objetivas es seguro que alguien ha conocido algo. Las reglas que sólo afirman bajo qué condiciones es probable un determinado conocimiento no cumplen con las condiciones de legitimidad exigidas por la concepción psicológica del dolo, pues no permiten descartar que el caso que se enjuicia pueda ser uno de los supuestos en que no existe de modo efectivo la realidad cuya existencia sólo se considera probable. Si se admite este tipo de reglas en el silogismo de la prueba de indicios, se está aceptando la posibilidad de que la conclusión de dicho silogismo pueda no coincidir con la realidad, lo que, trasladado a la cuestión de la prueba del conocimiento, supone asumir el riesgo de instrumentalizar al sujeto con la condena y de atentar con ella contra su dignidad. Algo que, como ya se ha puesto de relieve, resulta inaceptable desde el punto de vista de la concepción psicológica del dolo[680].

En consecuencia, las reglas de experiencia que interesan en este ámbito son aquéllas que afirman bajo qué condiciones es seguro que alguien conoce algo. Sin embargo, estas reglas deben cumplir un ulterior requisito: *su validez misma debe estar fuera de dudas*. Así, cuando se acoge una regla de experiencia que determina bajo qué condiciones es seguro que exista una determinada realidad, pero se duda sobre la validez misma de tal regla, se está admitiendo la posibilidad de que ésta lleve a resultados erróneos[681]. Debe afirmarse, por lo tanto, que la exigencia de certeza afecta a las reglas de experiencia en dos sentidos distintos: *seguridad en su validez*, por un lado, y, por otro, *seguridad en los resultados a los que conduce su aplicación*.

Cuando se ha analizado la capacidad del recurso a las ciencias empíricas como medio para averiguar el conocimiento de otra persona, se ha puesto en evidencia cómo, hoy por hoy, no parece que disciplina científica alguna se atreva a aportar reglas de validez irrefutable que des-

[674] La real existencia de reglas que puedan aportar certeza es impugnada, sin embargo, por FERRAJOLI, *Derecho y razón*, p. 133.

[675] Ejemplo aportado por FREUND, *Normative Probleme*, p. 14. Sobre las pruebas a las que se atribuye certeza, como la coartada o la prueba dactiloscópica, cfr. BATTAGLIO, «"Indizio" e "prova indiziaria" nel processo penale», *RIDPP*, 1995, pp. 400-401.

[676] Sin embargo, FINCKE, *GA*, 1973, p. 267, manifiesta su más absoluto escepticismo sobre la existencia de reglas que puedan aportar algo más que probabilidad.

[677] Cfr. FREUND, *Normative Probleme*, p. 17 y MAIWALD, *AK-StPO*, § 261, n.º marg. 15.

[678] Sobre la distinción entre reglas que afirman bajo la concurrencia de qué indicios es segura (regla de certeza) o sólo probable (regla de posibilidad) la existencia de otro hecho, cfr. HOYER, «Der Konflikt zwischen richterlicher Beweiswürdigungsfreiheit und dem Prinzip "in dubio pro reo"», *ZStW*, 105 (1993), p. 528. Sobre la diferencia entre reglas que aportan certeza y reglas que aportan probabilidad, cfr., igualmente, FRAMARINO DEI MALATESTA, *Lógica*, p. 227.

[679] Cfr. DELLEPIANE, *Nueva teoría de la prueba*, p. 60: «sólo cuando la premisa mayor es una ley que no admite excepción, la inferencia revestirá el carácter de deducción rigurosa».

[680] Cfr. *supra* VII.2.

[681] Éste sería el caso, por ejemplo, en que se sostuviera la regla según la cual, «la exposición prolongada al sol lleva al *seguro* padecimiento de enfermedades cutáneas». Aunque en su formulación este enunciado conduce a resultados seguros («*seguro* padecimiento de enfermedades cutáneas»), las dudas sobre su validez intrínseca no permiten garantizar que en ella se contenga la correcta descripción de un fenómeno realmente existente. En este ámbito resultan fundamentales las consideraciones de HOYER, *ZStW*, 105 (1993), p. 528, quien entiende que, en función de cómo se juzgue su validez, las reglas de experiencia pueden ser consideradas verdaderas, falsas o dudosas.

criban bajo qué condiciones es seguro que una persona conoce algo[682]. Todo lo más, se formula alguna regla aislada (cuya validez tampoco está libre de controversias) que explicita bajo qué condiciones alguien *no* conoce algo. Cuando se descarta la posibilidad de contar con reglas científicas de segura validez que lleven a resultados ciertos sobre el conocimiento ajeno, la obtención de conclusiones indiscutibles mediante la prueba de indicios debe quedar restringida a los supuestos en que se pueda contar, a modo de premisa mayor, con una regla de experiencia cotidiana de validez segura que indique bajo qué condiciones está fuera de toda duda que alguien conoce algo.

La doctrina discrepa sobre si hoy en día tiene auténtica vigencia alguna regla de experiencia cotidiana que reúna tales características. Así, por ejemplo, *Märker* afirma que las «verdades» obtenidas en el ámbito del tipo subjetivo a través de la observación y la auto-observación son «verdades» que «pertenecen a la esfera individual de cada comentarista y son, en el mejor de los casos, conocimiento filosófico, pero no empírico. En tanto que experimentos hipotéticos del pensamiento nunca pueden atribuirse seguridad sino, como mucho, probabilidad»[683]. *Ulrich Stein,* por su parte, sostiene que las reglas de experiencia cotidiana sólo pueden llevar a «apreciaciones aproximativas» del tipo «no está excluido que», «es bien posible que» o «es altamente probable que»[684]. *Freund*, finalmente, plantea la postura más radical: la duda filosófica misma y el que no sea posible descartar que lo que hoy se considera conocimiento seguro se desacredite dentro de unos años, impiden aceptar la existencia de reglas de segura validez que conduzcan a resultados ciertos[685].

[682] Cfr. *supra* VII.3.A.5. Muy interesante la STS de 3 de mayo de 1989 (A 4046, ponente Bacigalupo Zapater): «en lo referente a los elementos del tipo subjetivo del delito, los Tribunales se deben apoyar, por lo general, exclusivamente en los principios de la experiencia obtenidos de la observación de situaciones particulares y de las correspondientes generalizaciones llevadas a cabo a partir de ellas».

[683] MÄRKER, *Vorsatz und Fahrlässigkeit*, pp. 182-183. LARENZ, *Metodología*, p. 302, afirma, en general, que «las más de las veces, la premisa mayor es una regla de probabilidad que, con frecuencia, ni siquiera es suficientemente segura».

[684] STEIN, en *Zur Theorie und Systematik*, pp. 241-242. Cfr., igualmente, la STS de 3 de mayo de 1989 (A 4046, ponente Bacigalupo Zapater): «todos los principios generales de la experiencia pueden no operar en un caso concreto, dado que una seguridad absoluta *a priori* no se puede alcanzar nunca por medio de la inducción, en la medida en que ésta presupone que no han sido observados todos los casos posibles. Ello reside en la naturaleza misma de la generalización obtenida por la inducción». Argumentos similares en MONER MUÑOZ, «El dolo y su control en el recurso de casación», en *Elementos subjetivos*, p. 150.

[685] Cfr. FREUND, *Normative Probleme*, p. 13. KÄßER, *Wahrheitserforschung*, p. 95, coincide con este planteamiento al afirmar que «la investigación forense de los hechos no puede tener como meta una verdad absoluta o eterna» si se parte de la idea según la cual, la validez de toda teoría puede verse desacreditada en el futuro.

Estas ideas pueden reforzarse con otro argumento: si se entiende que la actual sociedad sólo atribuye capacidad de aportar conocimientos ciertos sobre la realidad a las reglas obtenidas mediante el método científico, la renuncia a tal método como forma de conocimiento implica *per se* la asunción del riesgo de que los resultados que se obtengan al aplicar una regla no científica puedan no corresponderse plenamente con dicha realidad. Desde este punto de vista, mediante una apelación a la coherencia de la sociedad se negaría con carácter general la posibilidad de que existan reglas de experiencia cotidiana que aporten conocimientos seguros y cuya validez esté fuera de discusión.

Por otra parte, algunos autores ponen de manifiesto que las reglas de experiencia cotidiana sobre el conocimiento ajeno se formulan siempre a partir de la observación del propio conocimiento: con su uso se *averigua* qué es lo que conocía otra persona a partir de aquello que uno mismo cree que habría conocido de haberse encontrado en idéntica situación. Sin embargo, esta forma de proceder plantea problemas de considerable envergadura[686]. Fundamentalmente, no parece que puedan considerarse siempre seguros los resultado obtenidos a través de una extrapolación de las condiciones del conocimiento propio al ajeno[687]. *Freund* lo expresa con una claridad meridiana en las siguientes frases:

> un proceso de deducción que va de los indicios objetivos a la existencia de elementos subjetivos depende de que la persona que lo realiza se coloque en la situación del autor y lleve a cabo una inferencia analógica sobre lo que él mismo se habría representado en una situación idéntica. Los problemas de esta deducción basada en una transposición de la perso-

[686] LOOS, en *Rechtswissenschaft und Rechtsentwicklung*, p. 271, afirma que «ningún proceso de inferencia a partir de indicios objetivos que lleve a la *afirmación* del dolo puede renunciar por entero al "colocarse en la situación del autor" y tampoco al juicio de analogía sobre "lo representado por uno mismo": la problemática del juicio de analogía que sirve de base al "ponerse en el lugar de otro" es, sin embargo, evidente» (cursiva en el original). Según este autor, el «modelo» que se sitúa en el lugar del verdadero autor es el del hombre que actúa de modo racional para la consecución de sus objetivos.

[687] FREUND, *Normative Probleme*, p. 27, entiende que, «si no se quiere que éste "colocarse en lugar de" sea desde un principio incapaz de conocer los "verdaderos" hechos psíquicos ajenos, hacen falta *dos presupuestos*: debe suministrar realmente hechos psíquicos y éstos deben ser idénticos en sus aspectos esenciales, bajo determinadas condiciones, en personas distintas». Según este autor (*ibidem*, pp. 28-29), en este segundo punto se plantea el problema de que, según muestra la psicología, «la corrección de este juicio de analogía no se puede comprobar (...) quien se coloca en la situación del autor es siempre *otro*» (cursiva en el original). Por tanto, aunque se conozcan las peculiaridades de la personalidad del autor, lo más que puede conseguirse es una aproximación mayor o menor a los hechos psíquicos de éste, ya que, según indica la propia psicología, «lo que una persona percibe no sólo depende de la naturaleza objetiva de las cosas, sino que está impregnado de peculiaridades personales». Y ello por no hacer referencia, como añade KLEBBRAUN, *JA*, 1986, p. 313, a aquellos fenómenos de la conciencia que pueden no trascender a lo externo, es decir, que no se traducen en indicios objetivos.

nalidad del autor son obvios: quien se «coloca» en la situación y en la personalidad del autor es siempre *otra* persona, por mucho que ésta tenga en cuenta las peculiaridades de la personalidad de dicho autor que le sean conocidas. Por consiguiente, dado que una reconstrucción idéntica de lo que el autor realmente supo, pensó o quiso es imposible en la persona del que se coloca en su lugar, prácticamente nunca puede excluirse con seguridad que, debido a peculiaridades desconocidas del autor, se atribuyan a éste realidades psíquicas erróneas [688].

Todas estas críticas llevan a pensar que, en la mayoría de casos, si quien emplea determinadas reglas de experiencia cotidiana sobre el conocimiento ajeno reflexiona seriamente sobre el contenido de éstas, difícilmente puede sostener que dicho empleo esté en condiciones de proporcionar conclusiones seguras, sino, como mucho, probables [689]. Como afirma *Martínez Arrieta*, la prueba indiciaria es «una prueba de probabilidades» [690].

Sin embargo, no parece posible descartar categóricamente que en determinados casos la sociedad entienda que sí existen reglas de experiencia cotidiana cuya validez y capacidad de aportar conocimientos ciertos esté fuera de discusión. Éste es el caso, por ejemplo, de la regla según la cual quien acaba de decir cómo se llama no ha olvidado su nombre al cabo de cinco minutos o aquella otra de acuerdo con la cual, cuando una persona mueve la cabeza para saludar a un amigo con el que se cruza por la calle es porque le ha reconocido. Respecto a reglas tan evidentes como éstas, tal vez pueda reconocerse su segura vigencia y capacidad de describir con certeza algunos conocimientos ajenos. El problema de reglas de este género es que sólo parecen regir en situaciones de inmediatez entre quien realiza el juicio y el destinatario de éste, unas circunstancias que no son precisamente las que suelen darse en el ámbito del proceso penal [691]. Pocas veces los tribunales dictan condenas en que se afirma el conocimiento necesario para el dolo con base en reglas tan evidentes como las citadas.

De acuerdo con lo anterior, no parece aventurado afirmar que, ya en el ámbito de la premisa mayor del silogismo indiciario, en pocas ocasiones será posible observar la exigencia de que la regla de experiencia tenga una vigencia segura y aporte conocimientos ciertos: las leyes científicas sobre el conocimiento ajeno, si existen, son escasas, y también los son aquellas otras reglas que se basan en la denominada experiencia cotidiana. A través de estas últimas no parece que pueda conseguirse algo más que el conocimiento de cuándo es probable la existencia de un determinado fenómeno psíquico. El número de reglas a las que se atribuye certeza parece, desde luego, muchísimo más limitado del que habitualmente se maneja en la práctica por los aplicadores jurídicos. Esta última circunstancia sitúa a la perspectiva psicológica del dolo en una difícil coyuntura: si se quiere ser coherente, la exigencia de una plena constatación de la realidad psicológica pasa necesariamente por una reducción tajante del número de supuestos en que es posible dictar una condena por delito doloso, una reducción a cifras muy inferiores a las que se manejan en la práctica actual. Estas cifras deberían quedar reducidas al número de reglas de experiencia cotidiana a las que se atribuye segura validez y capacidad de aportar certeza sobre la realidad del conocimiento ajeno.

C.3. Los hechos previamente probados (premisa menor)

Como se ha afirmado anteriormente, para que la conclusión del silogismo que se lleva a cabo en el ámbito de la prueba de indicios se corresponda plenamente con la realidad que se intenta probar, no basta con que las reglas de experiencia utilizadas a modo de premisa mayor expliciten bajo qué condiciones es segura la existencia de dicha realidad. Además, hace falta que los hechos probados que se utilicen como premisa menor de dicho silogismo se correspondan con una realidad efectiva-

[688] FREUND, *Normative Probleme*, p. 5. Forzosamente de acuerdo con esta idea deberían estar todos aquellos autores que entienden que el conocimiento (y, eventualmente, la voluntad), son experiencias estrictamente personales; así, por ejemplo, MUÑOZ CONDE, prólogo a DÍEZ RIPOLLÉS, *Los elementos subjetivos*, pp. 9-10, quien afirma que «la peculiaridad de los elementos subjetivos está precisamente en que nadie, salvo la propia persona de cuya subjetividad se trata, puede saber con certeza cuál es su exacto contenido». Cfr., igualmente, KÖBERER, «Strafbedürfnis, Generalprävention und subjektive Verbrechensmerkmale», *KrimJ*, 1983, pp. 189-190: «las teorías judiciales de la vida cotidiana sobre los elementos subjetivos del delito no son una teoría de la vida cotidiana sobre el autor, sino sobre el juez mismo». Una crítica psicológica al «colocarse en lugar de» en MÄRKER, *Vorsatz und Fahrlässigkeit*, p. 186 ss.

[689] Algo ya admitido por FRAMARINO DEI MALATESTA, *Lógica*, p. 232, al afirmar que «en lo atinente a los *hechos internos* del espíritu humano, no es necesario hacer distinciones, pues ellos no pueden referirse a leyes infalibles, ya que los diversos accidentes del espíritu, y aun más, el influjo del libre arbitrio, hacen que intervengan factores anómalos en contra de esas leyes; de consiguiente, en cuanto a los hechos internos de la consciencia, pueden existir leyes para *la mayoría de los casos*, no para todos, esto es, leyes morales de probabilidad, no de certeza» (cursiva en el original).

[690] MARTÍNEZ ARRIETA, en *La prueba en el proceso penal*, p. 56. Añade este autor que, en este ámbito, «la suma de probabilidades determinará la certeza». Obsérvese, sin embargo, que esta certeza se debe entender en parámetros de convencimiento subjetivo, pues matemáticamente la acumulación de probabilidades sólo da lugar a más probabilidades. Cfr., también, FERRAJOLI, *Derecho y razón*, p. 132.

[691] Curiosa la opinión de PUPPE, *ZStW*, 103 (1991), pp. 36-37, quien se plantea por qué no normativizar el conocimiento después de haber afrontado en su teoría (cfr. *supra* IV.2.C) una plena normativización de la voluntad. Esta autora responde a la cuestión con la idea de que «en los contactos sociales es posible penetrar, por lo que respecta al conocimiento, en la psique de los demás». Respecto a esta afirmación puede sostenerse que la situación que se da en el proceso penal difícilmente resulta equiparable a aquellos contactos sociales en que tal «penetración» parece posible, dada, precisamente, la falta de inmediatez con el instante en que el sujeto exterioriza un determinado conocimiento.

mente acaecida, sin que tampoco aquí sea admisible margen de error alguno[692]. De otro modo, no puede garantizarse que la conclusión final del silogismo vaya forzosamente a coincidir con los hechos efectivamente acaecidos[693]. *Así parece entenderlo también el Tribunal Constitucional*, cuando afirma que «una prueba indiciaria ha de partir de unos hechos (indicios) plenamente probados, pues no cabe evidentemente construir certezas sobre la base de simples probabilidades»[694].

Sin embargo, y como se intentará mostrar seguidamente, en la inmensa mayoría de casos no parece posible garantizar de un modo absoluto que la premisa menor concuerde con una realidad efectivamente acaecida. Para el análisis detallado de esta cuestión, debe distinguirse dos grupos de supuestos:

a) Un primer grupo lo integran aquellos casos en que *los hechos probados que se emplean a modo de premisa menor presentan una naturaleza objetiva.*

> *Por ejemplo,*
> *Un padre que ha abusado sexualmente de su hija en los términos de los arts. 181 y 182 CP declara ante el tribunal que le juzga no haber sabido, cuando llevó a cabo la conducta típica, que su hija era menor de doce años. El tribunal considera aplicable al caso la* regla de experiencia *según la cual «un padre que convive con su hija conoce siempre la edad de ésta»* (premisa mayor), *a la que vincula —a modo de* premisa menor— *el* hecho objetivo *de que el acusado era el padre de la niña y, además, de que convivía con ella. La concurrencia de estas dos premisas lleva a la* conclusión *de que el acusado sabía que la víctima tenía menos de doce años en el momento en que abusó de ella.*

La cuestión que conviene analizar es en qué casos los datos objetivos que forman parte del relato de hechos probados pueden considerarse una reconstrucción perfecta de la realidad efectivamente acaecida. La respuesta a tal cuestión debe ser, por fuerza, que muy pocas veces. Cierto es, en primer lugar, que en algunos supuestos y respecto a determinados hechos objetivos, parece posible llegar a un nivel de certeza que vendría a corresponderse con lo que puede considerarse una reconstrucción fidedigna de la realidad. Tal es el caso, por ejemplo, en que se demuestra

[692] Así, GOLLWITZER, *L/R*, § 261, n.º marg. 61, afirma que la existencia de los hechos de los que se parte en la prueba de indicios debe estar «libre de dudas».

[693] Sobre la fijación de los hechos objetivos en el ámbito del proceso penal, cfr. FREUND, *Normative Probleme*, p. 131 ss. Este autor entiende que en la determinación de dichos hechos es posible alcanzar un mayor grado de certeza que en la de los hechos subjetivos, por existir un menor número de barreras fácticas y normativas.

[694] STC 174/1985 de 17 de diciembre (ponente Segura Latorre); cfr., al respecto, las consideraciones de ZUGALDÍA ESPINAR, «La demarcación entre el dolo y la culpa: el problema del dolo eventual», *ADPCP*, 1986, p. 406 ss.

pericialmente que unas determinadas huellas dactilares pertenecen a cierta persona y, a partir de ello, se deduce que ésta estuvo en un determinado lugar. Lo mismo parece suceder cuando se establece que la voz recogida en una cinta magnetofónica pertenece a un determinado sujeto, o cuando el juez advierte por sus propios sentidos que a la víctima le ha sido amputada una pierna. No obstante, incluso en estos supuestos son imaginables situaciones rocambolescas en que lo que parece evidente al juez no coincide, sin embargo, con la realidad: las huellas pueden haber sido reproducidas por otra persona mediante sofisticados artificios técnicos, la voz imitada con modernos aparatos sintetizadores y la víctima puede comparecer ante el tribunal perfectamente disfrazada. Estos ejemplos sirven para demostrar cuán ínfimo es el número de casos en los que es posible sostener, sin que quepa el más mínimo resquicio para la duda, que la existencia de una determinada realidad puede considerarse como completamente segura[695].

Esta afirmación puede hacerse extensiva a los medios de prueba más habituales: el juez nunca puede descartar que un testigo o un perito haya mentido o que la confesión del acusado, incluso cuando revista un sentido autoinculpatorio, no coincida con la realidad[696]. Lo mismo puede sostenerse para el caso en que los hechos objetivos hayan sido establecidos a través de la prueba de indicios, pues en estos supuestos se añaden los problemas ya advertidos al exponer los requisitos que deben cumplir las reglas de experiencia[697]. Incluso en el caso de la inspección ocular de determinadas pruebas por parte del juez puede suceder, simplemente, que éstas sean falsas y que, por tanto, el órgano judicial llegue a conclusiones erróneas. Por todos estos motivos, en el ámbito del proceso penal se considera suficiente que el juez llegue a convencerse de una determinada realidad para darla por probada[698]: el acto subjetivo de convencimiento permite salvar las prácticamente inevitables dudas que suscita todo medio de prueba, de tal modo que si tal incertidumbre (por mínima que ésta fuera) tuviera que ser tomadas seriamente en cuenta, nunca sería posible llegar a dar un hecho por probado y tampoco, por tanto, una condena.

[695] Y todo ello pese a que el Tribunal Constitucional, en su sentencia 174/1985 de 17 de diciembre (ponente Segura Latorre), afirme que «sin duda, la prueba directa es más segura y deja menos márgenes a la duda que la indiciaria».

[696] Sobre las causas que pueden llevar a «falsas» confesiones, cfr. *supra* VII.3.B.

[697] Cfr. DELGADO GARCÍA, en *La prueba en el proceso penal II*, p. 380: «la doctrina suele entender que cualquier medio de prueba puede valer para acreditar estos hechos básicos, incluso la propia prueba de indicios». BELLOCH JULBE, en *La sentencia penal*, p. 45, se muestra crítico con la exigencia ocasional, por parte del Tribunal Supremo, de que en la prueba de indicios no se empleen hechos-base obtenidos a través de juicios de inferencia practicados previamente.

[698] Como afirma HENKEL, *E. Schmidt-FS*, pp. 579-580, en las conclusiones de la prueba de indicios sólo es posible alcanzar la certeza subjetiva y relativa sobre la que se basa la convicción judicial.

Como afirma *Ulrich Stein*, «el riesgo de condenar erróneamente puede reducirse más o menos, pero nunca puede eliminarse» [699].

b) Un segundo grupo de casos a analizar son aquellos supuestos en que *los hechos probados que se introducen en el silogismo indiciario a modo de premisa menor son hechos de naturaleza subjetiva.*

> *Por ejemplo,*
> *El tribunal considera probados dos hechos: primero, que el acusado sabía que en el interior de la casa en la que instaló un artefacto explosivo se encontraban personas y, segundo, que dicho acusado sabía también que una bomba como la colocada es capaz, en general, de producir la muerte. El tribunal aplica la regla de experiencia según la cual, «quien conoce, en general, que una bomba es apta para matar y la coloca en un local en el que hay personas, es también consciente de estar realizando una conducta concretamente apta para causar la muerte de éstas». Si a tal regla de experiencia se vinculan a modo de premisa menor los* hechos subjetivos *dados previamente por probados (conocimiento de la aptitud lesiva en general, más conocimiento de la presencia de personas), la conclusión es evidente: el acusado actuó con el conocimiento de que su conducta era concretamente apta para matar y, por tanto, dolosamente.*

En la práctica lo más probable es que los hechos subjetivos que actúan como premisa menor hayan sido previamente obtenidos mediante pruebas de indicios. Por este motivo, tales hechos cargan casi siempre con el margen de error implícito a todos los juicios de inferencia realizados con anterioridad. En tal medida, tampoco puede garantizarse que los hechos subjetivos que se obtienen como conclusión de un silogismo en el que se han introducido como premisa menor otros hechos subjetivos vayan a corresponderse necesariamente con la realidad efectivamente acaecida.

De acuerdo con todo lo expuesto, puede concluirse que en el ámbito de la premisa menor es prácticamente imposible asegurar que los hechos probados utilizados en tal premisa coincidan indubitadamente con la realidad, con independencia de la naturaleza (objetiva o subjetiva) de éstos [700]. Esta conclusión obliga a una segunda reducción de los casos en que resulta legítima, de acuerdo con la concepción psicológica de la «determinación del dolo», una condena por delito doloso.

[699] STEIN, en *Zur Theorie und Systematik*, p. 248.

[700] La jurisprudencia y buena parte de la doctrina parecen dar a entender que determinados problemas de prueba sólo afectan al tipo subjetivo, por ser sus presupuestos aplicativos inaccesibles a los sentidos. Sin embargo, no debe olvidarse que tampoco respecto al tipo objetivo se da en la mayoría de los casos una percepción directa del hecho por parte del tribunal y que también en su constatación suelen presentarse dificultades cuya envergadura no tiene nada que envidiar a la de la prueba de los hechos en que se fundamenta el tipo subjetivo.

C.4. ¿Realidad psicológica a través de indicios?

Como se ha afirmado en repetidas ocasiones a lo largo de los subapartados anteriores, sólo puede garantizarse que la conclusión obtenida mediante la práctica de la prueba de indicios vaya a coincidir con la realidad efectivamente acaecida si se respetan dos condiciones irrenunciables: en primer lugar, debe contarse con una regla de experiencia de *vigencia incontrovertida* que explicite bajo qué condiciones es *segura* la existencia de un determinado grado de conocimiento en una persona; en segundo lugar, los hechos previamente probados que, a modo de premisa menor, se vinculen a dicha regla de experiencia, no pueden suscitar ningún género de dudas en cuanto a su *plena coincidencia* con la realidad. En los dos últimos subapartados se ha puesto en evidencia que tales condiciones sólo pueden cumplirse en un muy escaso número de supuestos [701].

Los autores que se inscriben en la concepción psicológica de la «determinación del dolo» no parecen inquietarse demasiado por las enormes sombras que conclusiones como las anteriores proyectan sobre la aplicabilidad de un concepto de dolo que deba cumplir con los estrictos requisitos de legitimidad en que se basa tal concepción. Puede incluso afirmarse que, en la práctica, se rehúye afrontar directamente la cuestión clave en este ámbito, esto es, si puede afirmarse que mediante la prueba de indicios es posible averiguar de modo fidedigno una determinada realidad psicológica pretérita y ajena, o, matizando un poco más, en qué número de casos puede garantizarse una averiguación indiscutible de tal realidad [702].

Uno de los autores que afronta este problema es *Díez Ripollés*, quien afirma que «las reglas comunes de experiencia no sustituyen análisis empíricos por imputaciones valorativas, sino que pretenden descubrir la realidad psíquica a través de un procedimiento experimental menos fiable que el científico, a cuya zaga va. En contrapartida posee una mayor flexibilidad y versatilidad que le permite ampliar el número de fenó-

[701] A ello, tal vez, puede atribuirse, como constata DELGADO GARCÍA, en *La prueba en el proceso penal II*, p. 388 ss, que «tradicionalmente se ha[ya] venido manifestando cierta desconfianza respecto al valor de esta clase de prueba». Admite el doble riesgo de error en la prueba indiciaria MIRANDA ESTRAMPES, *Mínima actividad probatoria*, p. 224, aunque matiza que tal riesgo es algo también inherente a las denominadas «pruebas directas».

[702] De hecho, los tribunales no afirman en ningún caso que una prueba de indicios sólo sea correcta si coincide con la realidad, sino que, como se afirma en la STS de 27 de febrero de 1992 (A 1358, ponente Puerta Luis), una inferencia se da por correcta mientras no sea «ilógica ni contraria a las enseñanzas de la experiencia diaria ni, por tanto, arbitraria». Sin embargo, con este punto de vista no se cumplen las condiciones de legitimidad que la concepción psicológica del dolo exige para una condena por realización típica dolosa: lo no arbitrario no implica una necesaria correspondencia con la realidad.

menos susceptibles de análisis»[703]. Sin embargo, cuando se atribuye a las reglas de experiencia el carácter de «procedimiento experimental menos fiable» en comparación con el método científico, se admite implícitamente que los resultados que se obtienen con la aplicación de tales reglas incorporan un margen de error (de ahí que se hable de «menos fiables») que podría no asumirse recurriendo a otros métodos de averiguación. Es precisamente la admisión de este margen de error lo que, de acuerdo con la concepción psicológica de la «determinación del dolo», debería llevar a renunciar a la prueba de indicios en la determinación de fenómenos psicológicos.

En línea con la anterior idea, supondría un grave contrasentido afirmar que una condena por delito doloso sólo es legítima cuando se haya averiguado la efectiva existencia de determinados conocimientos y admitir, al mismo tiempo, que dichas condenas son posibles aunque subsistan dudas sobre si tal existencia ha sido efectivamente acreditada. Esta última posibilidad contradice frontalmente las condiciones con que la concepción psicológica del dolo entiende que es legítima una condena por delito doloso: *mientras subsisten dudas no puede descartarse que hechos probados y realidad efectivamente acaecida no coincidan. Si se dicta una condena pese a la subsistencia de tales dudas, se asume el riesgo de que con ella se instrumentalice al reo, pues no puede descartarse que éste no hubiera contado con los conocimientos que se dan por probados. De este modo, se admite que toda condena es un posible atentado contra la dignidad del condenado*[704].

Un desarrollo coherente de las anteriores ideas implica que prácticamente nunca pueden aceptarse como hechos probados las conclusiones que la prueba de indicios suministra sobre los conocimientos de un sujeto. Esto es así, desde luego, si se quiere mantener la idea de que toda condena por delito doloso exige la plena averiguación de ciertos fenómenos psicológicos. En consecuencia, el dolo debe negarse en la inmensa mayoría de los casos. El evidente problema que se plantea con esta afirmación, y al que no dan respuesta los partidarios de la concepción psicológica, es si la sociedad puede sostenerse con una aplicación del Derecho penal reducida a la mínima expresión como la que surge de un desarrollo coherente de los planteamientos de tal concepción. Esta cuestión deberá ser analizada en el siguiente Capítulo de este trabajo.

[703] DÍEZ RIPOLLÉS, *Los elementos subjetivos*, pp. 322-323.
[704] Fundamental al respecto, STEIN, en *Zur Theorie und Systematik*, p. 248.

VIII. LA CONCEPCIÓN PSICOLÓGICA: visión crítica

VIII.1. APLICABILIDAD DE LA CONCEPCIÓN PSICOLÓGICA

El juez que quiera ser fiel a las exigencias de la concepción psicológica de la «determinación del dolo» y, por tanto, sólo condenar por delito doloso cuando consiga acreditar fehacientemente determinados fenómenos psicológicos ajenos y pretéritos, cuenta con un instrumental bastante precario para cumplir con su propósito. Dicho instrumental se reduce, siendo optimistas, a unas pocas reglas de la psicología que le dicen cuándo *no* existe el conocimiento necesario para el dolo y a unos cuantos enunciados basados en la experiencia cotidiana que difícilmente va a poder aplicar para resolver un solo caso, por presuponer éstos una inmediatez al momento del delito que no suele darse en el juicio oral[705]. Todos los demás medios probatorios incorporan un cierto grado de riesgo de que los hechos que se den por probados no coincidan con los fenómenos psicológicos realmente acaecidos en el fuero interno del sujeto. La trascendencia de este riesgo no puede pasarse fácilmente por alto pues, como afirma *Ulrich Stein*, «si quiere respetarse la garantía de la dignidad de la persona en toda su extensión, el juez no puede aceptar ni el más mínimo riesgo de error en la condena»[706].

De acuerdo con lo anterior, el juez que no quiera asumir en sus sentencias el más mínimo peligro de instrumentalizar al condenado o de atentar contra su dignidad al imponer la sanción penal, tiene necesariamente que absolver o, en lo que respecta al tipo subjetivo, condenar como mucho por delito imprudente, siempre y cuando el texto de la ley

[705] Cfr., al respecto, *supra* VII.3.A.5 y VII.3.C.4.
[706] STEIN, en *Zur Theorie und Systematik*, p. 248. También son cruciales en este punto las afirmaciones de FREUND, *Normative Probleme*, p. 1 ss.

lo permita[707]. Como afirma *Muñoz Conde*, cuando la perspectiva psicológico-individual no ofrece los datos que de ella cabe esperar, nos encontramos «ante nuestra propia ignorancia que debe conducir a la absolución o al *in dubio pro reo*», pues «cualquier construcción jurídica al margen de o fingiendo la realidad es grave fuente de arbitrariedades y deja la puerta abierta a la mayor inseguridad, científica y jurídica»[708].

La solución que pasa por admitir que prácticamente nunca puede condenarse por delito doloso proyecta negras sombras sobre la posibilidad de seguir afirmando que el Derecho penal es un medio eficaz para generar algún tipo de efecto en la sociedad. Así, con una aplicación coherente de la concepción psicológica, los tipos delictivos en que sólo se castiga la realización dolosa devienen prácticamente inaplicables y quedan *de facto* derogados; por otro lado, las conductas que se castigan en su modalidad dolosa e imprudente siguen siendo punibles, pero sólo de acuerdo con esta segunda forma de imputación subjetiva, pues lo más que puede llegar a determinarse en un caso concreto es el *deber conocer* propio de la imprudencia, no el *efectivo conocimiento* en que se asienta el dolo[709]. Los resultados finales, sin embargo, no resultan muy convincentes: el terrorista que coloca artefactos explosivos en lugares habitados y el automovilista descuidado reciben un trato idéntico, esto es, el de homicidas imprudentes, pues en ninguno de los dos casos va a poder acreditarse de modo fehaciente que estos sujetos actuaran con efectiva consciencia del riesgo que su acción entrañaba para la vida de otras personas.

La situación que acaba de ser descrita sitúa al Derecho penal ante una difícil encrucijada. Por un lado se afirma que con su aplicación deben conseguirse determinados efectos sobre la colectividad (motivación, intimidación, aseguramiento de expectativas), pero, por otro, las condiciones de tal

[707] De acuerdo con la concepción psicológica, para poder condenar por delito doloso el juez necesita reglas de vigencia indiscutida que le digan cuándo es seguro que alguien conoce algo (cfr. *supra* VII.3.C.1). Como la existencia de tales reglas es harto dudosa, por aplicación del principio *in dubio pro reo* el juez nunca puede considerar probado dicho conocimiento ni, por tanto, afirmar una realización delictiva consciente. Especialmente interesantes para esta cuestión las consideraciones de HOYER, *ZStW*, 105 (1993), p. 529.

[708] MUÑOZ CONDE, prólogo a DÍEZ RIPOLLÉS, *Los elementos subjetivos*, p. 13. Cfr., igualmente, las consideraciones de GIMBERNAT ORDEIG, «Algunos aspectos de la reciente doctrina jurisprudencial sobre los delitos contra la vida (dolo eventual, relación parricidio-asesinato)», *ADPCP*, 1990, p. 428, acerca de las dificultades que plantea un uso consecuente del *in dubio pro reo* en la prueba del *animus necandi*, (pretendido) requisito subjetivo del delito de homicidio consistente en la intención del sujeto activo de causar la muerte de la víctima.

[709] Cfr. la argumentación de PUPPE, *ZStW*, 103 (1991), p. 11, con respecto a los problemas de prueba que plantean las teorías del dolo basadas en la exigencia de que el sujeto valore de algún modo el riesgo conocido: «el juez debería aceptar estas dificultades de prueba y, consecuentemente, aplicar el "in dubio pro reo" a favor del acusado, de tal modo que en la práctica sólo podría condenarse por imprudencia, salvo en los casos en que se diera una confesión».

aplicación se estructuran de una manera tal, que el único efecto que parece conseguirse es sembrar el desconcierto entre los receptores del mensaje que se pretende dirigir a la sociedad. Esta falta de sintonía se aprecia de un modo evidente en lo que respecta al tipo subjetivo: aunque la colectividad valora como más graves determinadas realizaciones delictivas, por considerar que en ellas se da una mayor implicación a nivel interno por parte de su autor, el recurso a la concepción psicológica, por sus propias limitaciones, lleva a responder, en contra de las valoraciones sociales, que todos los hechos deben considerarse subjetivamente idénticos, esto es, realizados de modo imprudente. El número y la entidad de los interrogantes que se plantean acerca de la utilidad de un Derecho penal así delineado no pueden pasarse fácilmente por alto[710].

Sin embargo, la nada tranquilizadora situación que acaba de describirse no coincide, ni mucho menos, con la realidad de la actual práctica judicial, en cuyo seno cada día se pronuncian cientos de condenas por delito doloso aunque la averiguación plena de lo que realmente conoció el sujeto activo no se haya alcanzado en la inmensa mayoría de supuestos. Ello implica, por fuerza, que en dicha práctica los criterios últimos de los que se hace depender la aplicación del concepto de dolo no son, ni mucho menos, los requeridos por la concepción psicológica. Al análisis de tales criterios se dedica el siguiente apartado.

VIII.2. LA «DETERMINACIÓN DEL DOLO»: INTERPRETACIONES MAYORITARIAS

De un análisis de la legislación procesal en vigor no parece extraerse explícitamente la idea de que el objetivo último del proceso penal sea la plena constatación de determinados hechos: según la normativa vigente y su interpretación mayoritaria, para dar un hecho por probado *es suficiente con que el juez*, a la vista de la prueba practicada, *se convenza de su existencia*[711]. De acuerdo con este criterio, para la afirmación de que una con-

[710] En este sentido, no deja de ser sintomático que un partidario de perspectivas psicológicas como DÍEZ RIPOLLÉS, *Los elementos subjetivos*, p. 37, admita que los postulados de dicho enfoque «no se pueden realizar plenamente, sino hasta cierto límite». Por su parte, SCHROTH, *Vorsatz als Aneignung*, p. 16, afirma que «con base en fundamentos procesales tiene muy poco sentido definir el dolo como un *factum* psíquico».

[711] Cfr. GOLLWITZER, *LR*, § 261, n.º marg. 1. ALBRECHT, *NStZ*, 1983, p. 487, afirma que «para condenar *no* es necesaria ni suficiente la *constatación* de la verdad, sino la *convicción* sobre ésta, el *tener* por verdadero» (cursiva en el original). Según VOLK, *Wahrheit und materielles Recht*, p. 8, la diferencia entre uno y otro juicio radica en que en el segundo se añade un «elemento adicional de carácter personal». Cfr., igualmente, KINDHÄUSER, *Jura*, 1988, p. 291. CAFFERATA NORES, *La prueba*, p. 6, afirma que «la verdad es algo que está fuera del intelecto del juez, quien sólo la puede percibir subjeti-

ducta ha sido llevada a cabo con ciertos conocimientos por parte de su autor, lo decisivo no es llegar a un enunciado como «el sujeto conoció» —donde dicha afirmación se considera expresión de una realidad plenamente constatada— sino, más bien, a enunciados como «estoy convencido de que el sujeto conoció», cuyo contenido es, desde luego, bien distinto al del primero[712]. En este sentido, la ley no parece establecer que una convicción sólo haya de tenerse por correcta cuando se llegue a una demostración *objetiva* e *indiscutible* sobre la existencia del hecho que se da por probado[713]. Como afirma *Georg Freund,* para la condena basta con que el juez esté convencido de una determinada verdad, aunque no haya dado con ella; una idea que está en plena sintonía con la afirmación de *Karl Larenz,* en el sentido de que «probar» no es en realidad otra cosa que «crear en el Tribunal la convicción de un hecho»[714].

La Ley de Enjuiciamiento Criminal española no exige expresamente que, para considerar probado un hecho, deba acreditarse de forma irrefutable su existencia efectiva. El art. 741 de dicho texto legal simplemente declara que el tribunal dictará sentencia «apreciando, según su conciencia las pruebas practicadas en el juicio, las razones expuestas por la acusación y defensa y lo manifestado por los mismos procesados»[715]. La StPO

vamente como creencia de haberla alcanzado». Pese a ello, el Tribunal Supremo español sostiene en su sentencia de 11 de julio de 1991 (A 5808, ponente De Vega Ruiz) que «la prueba es la manifestación de la verdad (*"probatio est demostratio veritatis"*)», afirmación que, sin embargo, se hace compatible con la idea —expresada en múltiples resoluciones— de que lo que debe obtenerse con la práctica de la prueba (en este caso de los elementos subjetivos a través de un juicio de inferencia) es «la convicción de la existencia de elemento culpabilístico» (STS de 15 de enero de 1992, A 165, ponente Ruiz Vadillo).

[712] Cfr. HAGEN, *ZStW*, 19 (1899), p. 192: «la determinación del dolo es la expresión externa en la sentencia judicial de la convicción del juez sobre la existencia de dolo». En este sentido, cfr. también FRAMARINO DEI MALATESTA, *Lógica*, p. 15: «en general, la verdad es la conformidad de la noción ideológica con la realidad, y la creencia en la percepción de esa conformidad es la certeza. Por lo tanto, la certeza es un estado subjetivo del espíritu, que puede no corresponder a la verdad objetiva». Cfr., igualmente, FINCKE, *GA*, 1973, p. 266, quien pone de manifiesto que la verdad (entendida como relación de identidad entre lo que se imputa y la realidad) «es el objetivo de la investigación, pero no es un presupuesto jurídico-procesal ni jurídico-material del veredicto de culpabilidad. Lo que la condena exige es, antes bien, convicción».

[713] Cfr. VOLK, *NStZ*, 1996, p. 105: «el juez también puede formar su convicción en aquellos ámbitos en que las ciencias naturales no están convencidas de determinadas leyes». Crítico respecto de afirmaciones como ésta CUELLO CONTRERAS, *El Derecho penal español*, p. 459 ss. Una interesante perspectiva histórica de la convicción en HIRSCHBERG, *La sentencia errónea*, p. 93 ss.

[714] FREUND, *Normative Probleme*, p. 50 y LARENZ, *Metodología*, p. 302, resp. En línea similar la definición de ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, § 24, n.º marg. 1: «*probar* significa proporcionar al juez la convicción sobre la existencia de un hecho» (cursiva en el original). En España, cfr. GIMENO SENDRA, en *Derecho procesal penal*, p. 372: «la finalidad de la prueba consiste en formar la "íntima convicción" del tribunal acerca de la existencia o no del hecho punible».

[715] Sin embargo, el Tribunal Supremo se basa en este precepto para afirmar que los

alemana parece por su parte algo más explícita: mientras en su § 244.2 dicho texto legal establece que «para la averiguación de la verdad, el Tribunal deberá extender de oficio la práctica de la prueba a todos aquellos hechos y medios probatorios que resulten relevantes para la decisión», añade en su § 261 que «el Tribunal decidirá sobre el resultado de la práctica de la prueba según su libre convicción, obtenida a partir del contenido de juicio oral»[716].

En ambos ordenamientos el objetivo a alcanzar parece ser la convicción del juez asentada en la prueba practicada; sin embargo, de los preceptos legales reproducidos no parece posible deducir mucho más, y queda en el aire cuál es el camino que debe seguir un juez para pasar de la mera observación de la prueba a su convicción definitiva. El § 244 StPO parece exigir unos «ciertos esfuerzos» por parte del órgano judicial para averiguar la verdad, pero, dado que el § 261 se conforma con su convicción, es evidente que no hace falta que dichos esfuerzos consigan alcanzar su objetivo último para que una condena por delito doloso resulte conforme a ley[717]. Se suele afirmar que confiar la resolución de los casos a la convicción del juez es, a primera vista, la forma más adecuada de respetar el principio de libre valoración de la prueba, vigente en la inmensa mayoría de los ordenamientos actuales[718]. Sin embargo, no debe pasarse por alto que la exigencia de convencimiento —que no de plena acreditación— supone una flexibilización evidente de las condiciones bajo las cuales se hace posible dictar una condena: es obvio que, por regla general, resulta mucho más sencillo convencerse de la existencia de una determinada realidad que de-

procesos penales «tienen como fin *descubrir la verdad real*, dentro del más absoluto respeto a las exigencias constitucionales y de legalidad ordinaria» (STS de 13 de enero de 1993, A 157, ponente Ruiz Vadillo) (cursiva añadida).

[716] Según MAIWALD, *AK-StPO*, § 261, n.º marg. 1, este último precepto pone en evidencia dos ideas: por un lado, la decisión del juez sólo puede tener como fundamento el material probatorio introducido en el juicio oral y, por otro, en la formación de dicha convicción, el juez goza de libertad, es decir, no existen reglas legales de valoración de la prueba que le vinculen.

[717] FREUND, *Normative Probleme*, pp. 53-54, lamenta que el § 261 StPO no diga nada acerca de cuál debe ser el punto de referencia de la libre convicción, ni sobre aquello de lo que tiene que estar convencido el juez. Sin embargo, la doctrina procesalista mayoritaria sigue afirmando que, a diferencia de la verdad formal propia del proceso civil, el proceso penal se aplica a la búsqueda de la verdad material; cfr., a este respecto, ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, § 15, n.º marg. 3.

[718] Cfr. GOLLWITZER, *LR*, § 261, n.º marg. 1 y HASSEMER, *Einführung*, pp. 112-115. Resultan en cualquier caso curiosas afirmaciones como las de LEONE, *Tratado*, vol. II, p. 155, en el sentido de que «en el proceso penal rige el principio de la comprobación de la verdad material, caracterizado también como principio de la libre convicción del juez». La equiparación entre «comprobación de la verdad» y «libre convicción» supone igualar cosas bien distintas; cfr., al respecto, las consideraciones de DELLEPIANE, *Nueva teoría de la prueba*, pp. 29-30.

mostrar de forma incontrovertida su existencia[719]. Al fin y al cabo, como afirma *Mittermaier*, «si la legislación rehusara sistemáticamente admitir la certeza siempre que pudiera imaginarse una hipótesis *contraria*, se verían quedar impunes los mayores culpables»[720].

Pese a que toda convicción es difícilmente objetivable hasta su último extremo, modernamente suelen exigirse por doctrina y jurisprudencia ciertos fundamentos objetivos sobre los que asentar una convicción válida[721]. El Tribunal Constitucional español, por ejemplo, no considera suficiente la práctica de la prueba y la convicción judicial, sino que exige una prueba de tal entidad que *racionalmente* pueda considerarse de cargo[722]. La doctrina del Tribunal Supremo, por su parte, requiere que el

[719] Esta cuestión se pone especialmente de manifiesto en la discusión sobre la prueba de la causalidad. Así, aunque respecto de la existencia de algunas relaciones causales no existe acuerdo en la comunidad científica, al juez le es posible formar su convicción basándose en los razonamientos de cualquiera de las perspectivas en liza. Si se partiera de que sólo pueden considerarse probados aquellos hechos cuya existencia se halla fuera de discusión, la más mínima controversia científica en un determinado ámbito impediría considerar probados los hechos que estuvieran en relación con ésta (partiendo, claro está, de la idea de que las ciencias empíricas están en condiciones de aportar certeza sobre la realidad de determinados cursos causales). En este sentido, resultan especialmente interesantes las consideraciones formuladas por ÍÑIGO CORROZA, «El caso del "producto protector de la madera" (Holzschutzmittel). Síntesis y breve comentario de la sentencia del Tribunal Supremo alemán», *AP*, 20 (1997), esp., p. 448 ss, donde se reproducen los criterios que maneja la jurisprudencia alemana para hacer frente a esta específica problemática. Ver también la exposición de PAREDES CASTAÑÓN, en PAREDES CASTAÑÓN/RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *El caso de la colza: responsabilidad penal por productos adulterados o defectuosos*, Valencia, 1995, p. 61 ss. Cfr., igualmente, HOYER, *ZStW*, 105 (1993), pp. 524-525; WOHLERS, *JuS*, 1995, p. 1019 ss; HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *La responsabilidad por el producto*, p. 87 ss y 124 ss; CUELLO CONTRERAS, *El Derecho penal español*, p. 456 ss; VOLK, *NStZ*, 1996, p. 106 ss y, en general, MUMMENHOFF, *Erfahrungssätze im Beweis der Kausalität*, Colonia, Berlín, Bonn, Múnich, 1997.

[720] MITTERMAIER, *Tratado*, p. 77 (cursiva en el original). La doctrina mayoritaria admite que, en la formación de la convicción judicial, no deben tomarse en consideración las dudas meramente teóricas, y que no es necesaria una certeza matemática para dar unos hechos por probados; cfr. KLEINKNECHT/MEYER-GOßNER, *StPO*, 43.ª ed., Múnich, 1997, § 261, n.º marg. 2.

[721] Cfr., en general, ALBRECHT, *NStZ*, 1983, pp. 488-490; HASSEMER, *Einführung*, p. 114; PETERS, «"Übergänge" im Strafprozeß – dargestellt am Grundsatz der freien Beweiswürdigung», en *Strafrechtspflege und Menschlichkeit*, pp. 380 y 388 ss, y A. SCHMIDT, *Grundsätze der freien richterlichen Beweiswürdigung im Strafprozeßrecht*, Francfort d.M., 1994, p. 100 ss. VOLK, *Wahrheit und materielles Recht*, p. 12, afirma que, en los sistemas antiguos, la objetivación venía dada por las reglas de prueba establecidas legalmente. Desde una perspectiva histórica puede afirmarse que a la convicción judicial se le han introducido progresivamente cada vez más límites de carácter objetivo, que la alejan actualmente del subjetivismo extremo de la «íntima convicción», predominante en el siglo XIX y en buena parte del XX; cfr. al respecto HOYER, *ZStW*, 105 (1993), p. 527 ss. En la doctrina española, cfr. BACIGALUPO ZAPATER, «Presunción de inocencia, "in dubio pro reo" y recurso de casación», *ADPCP*, 1988, p. 372 ss y MIRANDA ESTRAMPES, *Mínima actividad probatoria*, p. 150 ss.

[722] Cfr., por todas, la STC 86/1995 de 6 de junio (ponente Gimeno Sendra). Tras la

juez realice «una fina y exhaustiva investigación para llegar a la convicción», a lo que se añade la exigencia de ciertos límites objetivos[723]: esta misma doctrina suele añadir que los resultados de tal convicción deben estar libres de cualquier «duda razonable» y no pueden contradecir las reglas de la «sana crítica» o de la «experiencia»[724]. Con estas exigencias se intenta, básicamente, evitar que el juez pueda llegar a soluciones que, a los ojos de otras personas, parezcan irracionales o arbitrarias[725].

STC 31/1981 de 28 de julio (ponente Begué Cantón) se exige que la convicción de un órgano judicial se fundamente en argumentos racionales y así, la STS de 29 de enero de 1988 (A 506, ponente Soto Nieto) afirma que «la estimación en "conciencia" a que se refiere el precepto legal [art. 741 LECr] no ha de entenderse o hacerse equivalente al cerrado e inabordable criterio personal e íntimo del juzgador, sino a una apreciación lógica de la prueba, no exenta de pautas o directrices de rango objetivo». Para una perspectiva histórica acerca de la progresiva introducción de criterios objetivos en la valoración de la prueba por parte de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, cfr. CARMONA RUANO, «La revisión de la prueba por los tribunales de apelación y de casación. La revisión de la apreciación de la prueba llevada a cabo por el jurado», en DEL MORAL GARCÍA (dir.), *Recursos en el orden jurisdiccional penal*, Madrid, 1995, p. 123 ss.

[723] STS de 3 de mayo de 1982 (A 2625, ponente Castro Pérez). Cfr. también la STS de 10 de octubre de 1988 (A 8315, ponente Puerta Luis): «a la convicción de culpabilidad» debe llegarse «mediante un proceso mental razonado y acorde con las reglas del criterio humano». Para los puntos de vista doctrinales en general, cfr. MIRANDA ESTRAMPES, *Mínima actividad probatoria*, p. 154 ss, con abundantes referencias bibliográficas. Parte de la doctrina española vincula la idea de racionalidad en la valoración de la prueba al art. 717 LECr, aunque de modo explícito éste sólo se refiera a la valoración de las declaraciones de las autoridades y funcionarios de la policía judicial. Cfr., en este sentido, JAÉN VALLEJO, «El criterio racional en la apreciación de la prueba penal», *RDP*, 1989, pp. 72-73 y GRACIA MARTÍN, «Consideraciones en torno a la validez de la prueba del testigo perjudicado por el delito», *RDPC* (2.ª época), 1 (1998), p. 233.

[724] STS de 8 de febrero de 1994 (A 678, ponente Soto Nieto). GIMENO SENDRA, en *Derecho procesal penal*, p. 381, entiende que la prueba debe valorarse de acuerdo con las reglas de la lógica, las máximas de experiencia y la sana crítica. En la doctrina alemana MAIWALD, *AK-StPO*, § 261, n.º marg. 13 ss, configura como límites de la convicción judicial los principios de la lógica, las reglas de la experiencia y los conocimientos científicos asegurados. Respecto a la jurisprudencia, cfr. la sentencia del BGH de 8 de enero de 1988 (*NStZ*, 1988, p. 236 ss). Para la absolución exige el BGH que el juez albergue una duda *concreta* sobre la existencia del hecho que se debe dar por probado. Las dudas abstractas, teóricas o lejanas, no impiden la condena. Ya el RG (RGSt, vol. 61, p. 202 y vol. 66, p. 164) afirmó que «la simple posibilidad teórica o abstracta de que el acusado no fuera el autor no puede evitar su condena pues, dado que tal posibilidad nunca puede excluirse en la insuficiencia del conocimiento humano, sería imposible toda averiguación de la verdad». Para una panorámica de la jurisprudencia alemana, ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, § 15, n.º marg. 13 y GOLLWITZER, *L/R*, § 261, n.º marg. 13. FREUND, *Normative Probleme*, pp. 48-49, entiende que la diferencia entre duda concreta y abstracta resulta insostenible a causa de su indeterminación, que la expone a manipulaciones en el momento de ser aplicada.

[725] Cfr., al respecto, A. SCHMIDT, *Grundsätze*, p. 65 ss, esp. su exhaustivo resumen de la jurisprudencia del BGH (*ibidem*, p. 90 ss). Una panorámica sobre la evolución de la doctrina del Tribunal Supremo en este ámbito en MIRANDA ESTRAMPES, *Mínima actividad probatoria*, p. 161 ss. A partir de la STS de 15 de diciembre de 1981 (A 5009, ponente Moyna Ménguez) el mencionado tribunal admite que en la formación de su convicción el

Sin embargo, cuando se trata de acreditar la efectiva existencia de determinados fenómenos psicológicos, las anteriores exigencias jurisprudenciales no garantizan que la convicción final del juez necesariamente vaya a corresponderse con la auténtica realidad psicológica del acusado, sino única y exclusivamente, que la fundamentación que se emplee para llegar a tal convicción y ésta misma no dejen de respetar ciertos parámetros de racionalidad. Tampoco está en condiciones de garantizar la plena coincidencia entre realidad y convicción el hecho de que la ley procesal exija al juez que «se esfuerce» por averiguar tal realidad, en la medida en que el salto que va de los «meros esfuerzos» al convencimiento personal pueda completarse mediante un acto estrictamente subjetivo como es el consistente en convencerse de algo[726]. La importancia de este momento subjetivo es especialmente evidente cuando se sostiene que, para dar por probado un hecho, no basta con que el juez considere probable su existencia, sino que es necesaria su certeza personal sobre ella[727]. Sin embargo, no es fácilmente explicable cómo el acto de convencimiento del juez puede garantizar una plena coincidencia entre el contenido de la convicción y la realidad, allí donde los conocimientos científicos o la experiencia sólo alcanzan a considerar probable la existencia de un hecho[728]. Exigencias usuales, como la

juez debe atenerse a «las reglas del criterio racional», lo que en numerosas sentencias se vincula a la interdicción constitucional de la arbitrariedad (art. 9.3 CE).

[726] FREUND, *Normative Probleme*, p. 48 ss, critica que no se obligue al juez a excluir todas las alternativas pensables para la absolución y que ésta o la condena acaben dependiendo de una cuestión sentimental. Cfr., igualmente, MUÑOZ SABATÉ, *Técnica probatoria*, p. 210, donde se pone de relieve el importante papel de un «factor intuitivo» en la determinación de los hechos por parte del órgano judicial. También habla de «elemento intuitivo», MAIWALD, *AK-StPO*, § 261, n.º marg. 12.

[727] Así, en la STS de 8 de febrero de 1994 (A 678, ponente Soto Nieto) se afirma que «ha de entenderse salvaguardado el principio de presunción de inocencia cuando el Tribunal, en las apreciaciones llevadas a cabo en su resolución, ha dispuesto de una actividad probatoria mínima y suficiente, razonablemente de cargo, y revestida de todas las garantías constitucionales y procesales que la legitimen; formando su íntima convicción —estimación "en conciencia" según el artículo 741 de la LECrim— y obteniendo un grado de certidumbre que, al menos, supere la simple probabilidad o el mero juicio de verosimilitud». Respecto a la discusión doctrinal alemana en torno a si para la convicción judicial basta con un «considerar altamente probable» o, por contra, es necesaria la certeza personal del juez, cfr. ALBRECHT, *NStZ*, 1983, pp. 487-488 y NELL, *Wahrscheinlichkeitsurteile in juristischen Entscheidungen*, Berlín, 1983, p. 94 ss. El *Reichsgericht* se inclinaba por el primer criterio, mientras que el BGH exige el segundo. Sobre los términos «probabilidad objetiva» y «probabilidad subjetiva» en el ámbito de la convicción judicial, cfr. KINDHÄUSER, *Jura*, 1988, p. 291 ss y HOYER, *ZStW*, 105 (1993), p. 530.

[728] En este orden de cosas, no se trata de la afirmación de que la verdad absoluta es por principio inaccesible a los hombres (cfr., al respecto, HANACK, *JuS*, 1977, pp. 728-729), sino de la idea de que la convicción judicial se atribuye la capacidad de predicar certeza respecto de aquello sobre lo que dudan las ciencias empíricas, consideradas hoy en día como el más idóneo de los instrumentos para adquirir un correcto conocimiento sobre la realidad. Cfr., igualmente, FREUND, *Normative Probleme*, p. 54, quien afirma, en

imposibilidad de que el juez sustente su convicción sobre meras sospechas, pueden suponer, posiblemente, una mayor aproximación a la verdad material, pero no garantizan una plena coincidencia final entre el contenido de la convicción y la realidad efectivamente acaecida[729]. «Aproximarse» a una verdad no significa que se haya dado todavía con ella.

Las anteriores consideraciones pueden hacerse extensivas al hecho de que la convicción de un juez o tribunal esté sujeta al control de una instancia judicial superior. La revisión de la fundamentación de que se ha valido un órgano inferior para llegar a su convencimiento no implica una mayor aproximación a la realidad de los hechos efectivamente acaecidos. Esto es así en la medida en que la instancia que se encarga de revisar la corrección de tales fundamentos no procede a cotejar los resultados de la valoración de la prueba con dicha realidad, sino que, por regla general, se conforma con que la argumentación y los resultados de la sentencia revisada parezcan plausibles[730]. De este modo se intenta erradicar la arbitrariedad o la irracionalidad del razonamiento judicial, pero no se garantiza una plena correspondencia entre sus conclusiones y la realidad[731]. Lo (único) que se pretende en este ámbito es, en palabras de *Albrecht*, «poner de manifiesto los componentes intersubjetivamente comprensibles del proceso de convicción judicial y establecer una mayor vinculación en este sentido al juez»[732].

Como constata *Freund*, la jurisprudencia no parece mostrar una especial consciencia de toda esta problemática en el ámbito de los elemen-

referencia al factor sentimental o irracional que se da en toda convicción, que éste «no contribuye en lo más mínimo a aproximarse a la verdad ambicionada».

[729] Sobre tal exigencia por parte del BGH, cfr. ALBRECHT, *NStZ*, 1983, p. 489 y KLEINKNECHT/MEYER-GOßNER, *StPO*, § 261, n.º marg. 2.

[730] Ésta es, en realidad, la idea que se desprende de la exigencia del Tribunal Supremo de que la convicción a la que haya llegado el juez esté más allá de cualquier «duda razonable»; esta razonabilidad está en función de su validez intersubjetiva y no puede equipararse a la eliminación de cualquier duda empírica. Lo mismo sucede con las exigencias del Tribunal Supremo en el sentido de que los juicios de inferencia no resulten arbitrarios, ilógicos o irracionales (cfr. STS de 18 de enero de 1994, A 30, ponente Martínez-Pereda Rodríguez).

[731] Esto puede afirmarse respecto a todas aquellas perspectivas que exigen que la solución a la que llegue el juez resulte «compartible»; sobre los autores que la defienden, cfr. A. SCHMIDT, *Grundsätze*, p. 143 ss. El mismo problema se plantea al concepto «evidencia» en los términos en que esta autora lo define (*ibidem*, p. 152 ss).

[732] ALBRECHT, *NStZ*, 1983, p. 493. Este autor entiende que para la consecución de dichas metas es de mayor utilidad establecer como objetivo un concepto de verdad material que intentar legitimar el subjetivismo de la convicción judicial a través de nociones como la de verdad funcional. Sobre la exigencia jurisprudencial alemana de que los criterios de valoración de la prueba observen una racionalidad intersubjetiva, cfr. ECKER, *Verwendung und Feststellung*, pp. 69 y 81. Sobre las exigencias de que la valoración de la prueba sea racional, cfr. MARTÍNEZ ARRIETA, «Algunos aspectos del recurso de casación: la doble instancia y el control casacional», en *Recursos en el orden jurisdiccional penal*, pp. 48-49.

tos subjetivos del delito, pues para ella no existe dificultad alguna en probar hechos internos a partir de sucesos externos y, además, el objetivo del proceso no es el descubrimiento de fenómenos psíquicos, sino la formación de la convicción judicial sobre la existencia de tales fenómenos, aunque no se legitime el riesgo de divergencia que existe entre el resultado de la convicción y la realidad psicológica[733]. Tampoco desde posturas doctrinales que defienden a ultranza la averiguación de la verdad material como objetivo del proceso, y como base de cualquier condena legítima, parece apreciarse un grave problema en que la ley no exija que un hecho sólo pueda darse por probado cuando coincida con lo efectivamente acaecido[734]. Esta situación no deja de sorprender, pues las manifestaciones de que sólo la acreditación de la verdad garantiza un trato respetuoso con la dignidad de los sujetos y una no instrumentalización de éstos, no suelen traducirse en una crítica a la legislación procesal vigente por no exigir tal acreditación[735]. La sorpresa se acrecienta cuando se observa que los motivos para la crítica no son precisamente de escasa entidad, como se pone de manifiesto en el siguiente apartado.

VIII.3. LA CONVICCIÓN JUDICIAL COMO RESPUESTA A LOS PROBLEMAS DE APLICABILIDAD DEL CONCEPTO DE DOLO: CRÍTICA

El recurso a la convicción del juez es la solución que parece aportar la normativa procesal vigente para salir de la compleja disyuntiva creada por la incompatibilidad existente entre una aplicación estricta de la concep-

[733] Cfr. FREUND, *Normative Probleme*, pp. 6-7. La jurisprudencia alemana parte de la idea de que el objetivo de la práctica de la prueba es la certeza o convicción personal del juez sobre la existencia del tipo subjetivo. La valoración de la prueba es un ámbito exclusivo del juez en el que no se le pueden dar instrucciones. Basta con que sus conclusiones sean posibles y los tribunales de revisión no entran a revisar tal valoración a no ser que exista un «error de Derecho». Dicho error se da cuando en la valoración de la prueba se constatan contradicciones, omisiones o falta de claridad, se infringen las leyes del pensamiento, las reglas de experiencia o los conocimientos asegurados científicamente, o cuando las pruebas no hayan sido valoradas en profundidad; cfr. *ibidem*, pp. 46-47. Pero, en cualquier caso, ni se exige ni se garantiza, como fundamento de la condena, una plena correspondencia entre las afirmaciones del juez sobre determinados hechos psíquicos del acusado y la realidad de éstos.

[734] La falta de consciencia del problema, que FREUND, *Normative Probleme*, pp. 8-10, constata en la jurisprudencia, se hace extensiva a la mayor parte de la doctrina.

[735] ALBRECHT, *NStZ*, 1983, p. 488, considera que la exigencia de que el juez se atenga a las leyes del pensamiento y de la experiencia ya supone la introducción de un componente objetivo en la formación de la convicción. Esto es seguramente cierto, pero de ahí a haber constatado realmente la existencia de determinados hechos dista un largo trecho.

ción psicológica de la «determinación del dolo» y la pretensión de que el Derecho penal no deje de ser un instrumento efectivo[736]. De acuerdo con dicho recurso, la imposibilidad de conseguir en la inmensa mayoría de los casos la plena constatación de un hecho se salva considerando suficiente que el juez se convenza de su existencia. Ciertamente, al contenido de tal convicción se le introducen algunos límites, pero ninguno de ellos pasa por exigir al juez que sólo se convenza de una determinada realidad cuando ésta resulte plenamente acreditada[737]. Ello quiere decir que *de lege lata se admite la posibilidad de que se den por probados determinados hechos y que a partir de ellos se fundamente una condena sin que se haya eliminado completamente el riesgo de divergencia entre el contenido de la convicción judicial y la realidad efectivamente acaecida*[738].

La justificación de este fenómeno parece sencilla: el Derecho penal tiene que seguir siendo útil para generar determinados efectos en la sociedad, aunque sea a costa de equivocarse en algunos casos. Un ejemplo especialmente evidente de esta forma de ver las cosas se aprecia en la sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de diciembre de 1985, en la que se plantea la relación entre la prueba de indicios y el derecho fundamental a la presunción de inocencia[739]. En los fundamentos jurídicos de esta resolución se admite abiertamente que los resultados que se obtienen a través del citado medio de prueba siempre dejan un margen a la duda, pero «prescindir de la prueba indiciaria conduciría, en ocasiones, a la impunidad de ciertos delitos y, especialmente de los perpetrados con particular astucia, lo que provocaría una grave indefensión social»[740]. La opción de este Tribunal parece evidente: las posibles divergencias entre

[736] Recurso que, además, apoya buena parte de la doctrina procesal; cfr., en este sentido, MIRANDA ESTRAMPES, *Mínima actividad probatoria*, p. 42 ss, con abundantes referencias bibliográficas.

[737] Un ejemplo especialmente paradigmático en este sentido son los argumentos empleados en el FJ 2.º de la STS de 23 de abril de 1992 (A 6783, ponente Bacigalupo Zapater) en referencia a la prueba de la causalidad, que también se reproducen en BACIGALUPO ZAPATER, *Principios de Derecho penal. Parte general*, 4.ª ed., Madrid, 1997, p. 177 ss.

[738] Esta idea se pone de manifiesto en la STS de 13 de octubre de 1993 (A 7380, ponente Moner Muñoz). En esta resolución se parte de la idea de que sólo las leyes causales científicamente aseguradas aportan «certeza objetiva» en la constatación de la causalidad. Sin embargo, desde el punto de vista del Tribunal, el hecho de que en un caso no se cuente con una ley causal segura desde la perspectiva de la ciencia no debe impedir determinadas condenas, pudiéndose recurrir en tales supuestos «a la certeza subjetiva de la causación que proporcione la prueba practicada».

[739] STC 174/1985 de 17 de diciembre (ponente Segura Latorre).

[740] Estos argumentos se reproducen, entre otras, en las SSTS de 8 de febrero de 1994, (A 678, ponente Soto Nieto), de 22 de abril y 14 de octubre de 1987 (A 2599, ponente Ruiz Vadillo y A 7361, ponente Morenilla Rodríguez, resp.) y de 3 de marzo y 6 de abril de 1988 (A 1526, ponente Soto Nieto y A 2730, ponente Moner Muñoz, resp.).

realidad efectivamente acaecida y hechos probados se justifican con argumentos de defensa social[741].

Sin embargo, esta solución tampoco se presenta libre de aspectos controvertidos. Cuando se confía la decisión final sobre la prueba de los hechos a la convicción del juez, se hace depender la solución de los casos, en última instancia, de un factor netamente subjetivo o, como afirman algunos autores, de un acto irracional[742]. La capacidad de convicción puede variar de una persona a otra y, si se la convierte en criterio decisivo, se admite ya en el plano teórico que *un mismo caso puede tener, en función de quien lo resuelva, dos soluciones distintas y, también, que ambas soluciones pueden y deben ser consideradas correctas* siempre que alguna de ellas no sea absolutamente irracional[743]. Los problemas son evidentes: en primer lugar, difícilmente puede seguir hablándose de seguridad jurídica o de igualdad cuando se admite que dos supuestos idénticos pueden tener dos soluciones correctas distintas en función de la personalidad de quien los enjuicia. En segundo lugar, el papel de la elaboración dogmática como forma de garantizar la racionalidad de las decisiones queda reducido en gran medida a papel mojado[744]. Bajo estas

[741] Se muestra muy crítico con esta perspectiva, BELLOCH JULBE, en *La sentencia penal*, pp. 55-56.

[742] Así, MIRANDA ESTRAMPES, *Mínima actividad probatoria*, p. 158, admite que «el sistema de valoración de las pruebas según las reglas de la sana crítica no supone la anulación o eliminación de la libertad del juzgador. Esta libertad se manifestará en el momento de la decisión final, es decir, en la obtención o no de la convicción». STEIN, en *Zur Theorie und Systematik*, p. 256, afirma que «el salto que va de la representación racionalmente fundamentada de que es probable que el acusado sea culpable del hecho, a la certeza personal sobre dicha culpabilidad es un acto irracional en el que se elimina psíquicamente la consciencia de que existe un riesgo de error en la condena». Idéntico adjetivo emplea FREUND, *Normative Probleme*, prólogo (s/n.º). HANACK, *JuS*, 1977, p. 728, entiende, por su parte, que la convicción «abarca factores muy personales» y la define como una «sensación subjetiva de certeza». NELL, *Wahrscheinlichkeitsurteile*, pp. 105 y 107, describe la formación de la convicción como el resultado de un «acto emocional o voluntativo de superación de la duda». Cfr., igualmente al respecto, IGARTUA SALAVERRIA, *Valoración de la prueba*, p. 89.

[743] Cfr. las consideraciones de MITTERMAIER, *Tratado*, pp. 65-66: «cada prueba, cada hecho del que se deduce la prueba, produce, pues, como hemos dicho, un movimiento en la conciencia humana: movimiento que varía de intensidad según los individuos. Compárese un Juez de imaginación viva con otro habituado a pensar fría y maduramente todas las cosas, y el resultado sería muy distinto». Cfr., igualmente, las consideraciones de ENGISCH reproducidas *supra* VII.1.

[744] Así FREUND, *Normative Probleme*, p. 50: «el juez debe estar convencido de la verdad, pero no puede afirmar haberla encontrado. Pero si el juez no puede afirmar haber encontrado la verdad material, entonces tampoco puede estar convencido de ella. Su convicción, por tanto, sólo puede referirse a un dato no relacionado con dicha verdad». ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica*, trad. M. Atienza e I. Espejo, Madrid, 1989, p. 34, considera que la aceptación de que en las decisiones jurídicas lo definitivo son ciertas valoraciones de un sujeto no comprobables intersubjetivamente resulta «no deseable en cuanto a la legitimación de la creación judicial del Derecho, y en cuanto al carácter científico de la ciencia jurídica».

condiciones parecen simple palabrería las afirmaciones de *Jescheck* tantas veces citadas en el sentido de que «la dogmática jurídico-penal sirve de puente entre ley y praxis», o de que dicha dogmática «no tiene sólo un significado teórico sino también práctico» y su labor contribuye «en alta medida a la seguridad jurídica y a la justicia»[745].

El recurso a la convicción judicial plantea un segundo tipo de problemas de entidad no inferior a los anteriores: los referidos a su legitimidad. En este sentido, para legitimar la posibilidad de una condena pese al evidente riesgo de divergencia entre convicción judicial y hechos efectivamente acaecidos no es suficiente con apelar a necesidades de defensa social o preventivo-generales. Esta insuficiencia viene dada por el hecho de que difícilmente puede considerarse compatible con la dignidad de la persona aplicar a alguien una sanción para generar determinados efectos (pretendidamente) beneficiosos para la colectividad, sin que exista la plena seguridad de que haya estado realmente en condiciones de haber evitado la aplicación de dicha sanción. Cuando se confía la última palabra sobre la prueba de los hechos a la convicción judicial se admite, de modo más o menos explícito, que toda condena es la posible instrumentalización de un individuo. Los déficits de legitimidad que presenta una opción de este tipo están a la vista, pero ni la doctrina ni la jurisprudencia suelen pronunciarse al respecto[746]. Algo que, en tono fuertemente crítico, ya puso de manifiesto *Framarino dei Malatesta*, denunciando que la afirmación de certeza allí donde sólo existe probabilidad —y, por tanto, un margen de error— sirve «de cómodo sillón a la pereza, que incita a descansar en él con el pretexto hipócrita de una buena conciencia»[747].

VIII.4. BALANCE

Los argumentos recogidos en los anteriores apartados deben haber servido para dejar sentadas dos ideas fundamentales que hacen referen-

[745] JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, p. 42.

[746] FREUND, *Normative Probleme*, p. 1, afirma que «la consciente resignación a la condena de inocentes requiere ante todo *legitimación*» (cursiva en el original). VOLK, *Wahrheit und materielles Recht*, p. 8, afirma que en el proceso de formación de la convicción judicial «es evidente que existe una labor moral que no puede abarcarse con los criterios empíricos de búsqueda de la verdad y que no es controlable. La distancia existente entre la probabilidad a averiguar empíricamente y la certeza experimentada subjetivamente se puede explicar empíricamente, pero no controlar empíricamente. De ello se sigue que el elemento adicional de corte personal debe abandonarse, o bien, legitimarse normativamente». Cfr., también, STEIN, en *Zur Theorie und Systematik*, p. 248. Sobre los problemas de legitimidad del criterio del convencimiento íntimamente subjetivo del juzgador en la fijación de los hechos probados, cfr. FERRAJOLI, *Derecho y razón*, p. 43.

[747] FRAMARINO DEI MALATESTA, *Lógica*, p. 43.

cia, por un lado, a los problemas de aplicabilidad de la concepción psicológica del dolo y, por otro, a la respuesta que para tales problemas parece aportarse desde la interpretación usual del texto de la normativa procesal vigente.

En primer lugar, se ha demostrado que *una aplicación coherente de la concepción psicológica no es imaginable si no se acompaña de la práctica renuncia a la posibilidad de una condena por delito doloso*. Esta opción plantea el evidente problema de que con ella el Derecho penal pierde la mayor parte de su razón de ser, pues deviene un instrumento prácticamente inútil para generar algún tipo de efecto en la sociedad[748]. Si en Capítulos anteriores se afirmaba que un concepto jurídico-penal sólo puede considerarse válido cuando reúna las características de legítimo y aplicable, ahora puede concluirse, con respecto a la concepción psicológica del dolo, que ésta propugna una visión de la «determinación del dolo» perfectamente legítima, pero cuyo traslado al proceso resulta prácticamente imposible si se quiere que el Derecho penal continúe teniendo algún sentido. Por este motivo debe ser rechazada.

En segundo lugar, se ha puesto en evidencia que la respuesta que el texto de la ley parece ofrecer para hacer frente al anterior problema tampoco resulta convincente. Dicha respuesta, basada en confiar la determinación del conocimiento necesario para el dolo a la convicción judicial, permite hacer aplicable el concepto de dolo, pero lo hace *a costa de renunciar a la seguridad jurídica y de asumir en toda condena el riesgo de que se pueda estar instrumentalizando al sujeto condenado*. Las lagunas de legitimidad, así como la arbitrariedad, de este punto de vista son evidentes y, por este motivo, no puede ser aceptado mientras no se aporten, en primer lugar, argumentos que permitan colmar dichas lagunas y, en segundo lugar, criterios que permitan determinar, ante cada caso, cuál es la correcta convicción[749].

La búsqueda de una concepción del dolo y de su determinación procesal que logre salvar los problemas de las perspectivas expuestas es la tarea que debe acometerse en los próximos Capítulos. Tal empresa requiere, en primer lugar, que se preste atención a los trabajos en que se intenta aportar soluciones para la presente problemática y que aquí serán agrupados bajo la rúbrica de «concepciones normativas». Sin embargo, antes de poner fin a la exposición y crítica de la concepción psicológica

[748] El peligro de que una interpretación estricta del principio *in dubio pro reo* lleve «a convertir el Derecho penal en un instrumento inefectivo para el control social» es puesto de manifiesto por FREUND, *Normative Probleme*, p. 6.

[749] Muy interesante en este ámbito FERRAJOLI, *Derecho y razón*, pp. 44-45 y pp. 62-63, quien pone en evidencia cómo las doctrinas que afirman que la aplicación del Derecho penal debe descansar sobre la verdad sustancial o material acaban degenerando en juicios de valor, al perseguirse tal verdad fuera de reglas y controles.

del dolo debe realizarse una última puntualización referida al papel de las ciencias empíricas.

En el curso del anterior Capítulo se ha afirmado que disciplinas como la psicología o la psiquiatría no parecen estar hoy por hoy en condiciones de aportar respuestas ciertas sobre la realidad del conocimiento ajeno. Sin embargo, la actual inidoneidad de tales ciencias, en tanto que recursos aptos en el ámbito de la determinación procesal del dolo, no debe considerarse una característica inmutable. Ver las cosas de este modo resultaría tan desacertado como ignorar que la visión de la sociedad sobre las capacidades de ciertas disciplinas científicas es algo que puede ir evolucionando —y que, de hecho, va evolucionando— a lo largo del tiempo[750]. En consecuencia, no debe descartarse que futuros avances de dichas disciplinas lleven a que un día se acepte que recurriendo a ellas sea posible averiguar, sin resquicio alguno para la duda, qué es exactamente lo que se representó un sujeto en el momento de realizar una determinada conducta. De los efectivos avances de tales ciencias y de su capacidad para convencer de ellos a la sociedad depende, en definitiva, su futuro papel en el ámbito de la determinación procesal del dolo[751]. Sin embargo, no puede olvidarse que, como afirmó *Friedrich Stein* hace más de un siglo, «tampoco el proceso puede en ningún momento ir por delante de la sabiduría de su tiempo y de su pueblo»[752]. Todo dependerá, por tanto, del «poder de explicación» que la sociedad sepa ver dentro de un tiempo en las afirmaciones de estas ciencias[753].

[750] En este sentido, el actual proceso penal se encontraría aún en la tercera de las cuatro fases históricas descritas por FREDAS, introducción a FLORIÁN, *De las pruebas penales*, tomo I, pp. 24-25: intervención divina en la prueba, prueba tasada legalmente, prueba basada en la libre convicción y prueba basada en principios científico-técnicos.

[751] En una misma línea las consideraciones de VÁZQUEZ SOTELO, *Presunción de inocencia*, pp. 176-178, cuando este autor no descarta que en el futuro métodos técnicos que hoy se rechazan para averiguar la veracidad de determinadas declaraciones de acusados o testigos «lleguen a ser convincentes» y se les atribuya «probada eficacia». Cfr. también las consideraciones de MORENO G., «Técnicas modernas en la investigación de los delitos (visión panorámica)», en *La ciencia penal y la política criminal en el umbral del siglo XXI (coloquio internacional)*, México, 1998, p. 361.

[752] F. STEIN, *El conocimiento privado*, p. 30.

[753] Cfr., en este ámbito, FERRAJOLI, *Derecho y razón*, p. 50. Pueden resultar igualmente interesantes las observaciones sobre la causalidad de WOHLERS, *JuS*, 1995, p. 1022. A partir de los razonamientos de este autor es posible apreciar cómo, aunque las ciencias empíricas cuestionan desde hace tiempo el concepto de causalidad que suele emplearse en Derecho penal, este concepto sigue desempeñando un papel muy importante entre los criterios de imputación de responsabilidad que rigen en la actual sociedad. Próximo a esta idea PAREDES CASTAÑÓN, *El caso de la colza*, p. 66: «en las sociedades contemporáneas se sigue manteniendo como fundamento esencial para la atribución de responsabilidad (...) el concepto de causalidad».

IX. LAS CONCEPCIONES NORMATIVAS

IX.1. PLANTEAMIENTO

Con la denominación genérica de «concepciones normativas» se hace referencia en este trabajo a todos aquellos planteamientos sobre la «determinación del dolo» que, por diversos motivos, *rechazan* el pilar teórico fundamental en que se sustenta la concepción psicológica, esto es, *la idea de que la afirmación del dolo en un caso concreto depende de la averiguación de ciertos fenómenos psicológicos*. Este rechazo puede ser atribuido a dos grandes causas: en primer lugar, algunos autores entienden que la concepción psicológica padece el terrible defecto de no poder ser llevada a la práctica, por lo que proponen criterios distintos para hacer aplicable el concepto de dolo. En segundo lugar, otros autores consideran que, por principio, al Derecho penal no le interesa la realidad psicológica, sino otras *realidades* que le permiten cumplir de un modo más efectivo su función en la sociedad. Que tales planteamientos sean calificados de «normativos» se explica porque en ellos se admite abiertamente que en la «determinación del dolo» se *atribuye* o *imputa* un determinado conocimiento (o voluntad) a un sujeto, empleándose para tal atribución criterios distintos a la verificación empírica de fenómenos de naturaleza psicológica. En resumidas cuentas, se sostiene que *las afirmaciones sobre el conocimiento ajeno en el ámbito del proceso penal no tienen un carácter descriptivo, sino siempre adscriptivo*[754].

[754] Cfr., al respecto, DÍEZ RIPOLLÉS, *Los elementos subjetivos*, pp. 73-74, quien define la base teórica de la perspectiva normativa con las siguientes ideas: «los segmentos de realidad que se manejan ya no pueden calificarse como realidad empírica sino como realidad valorada, dado el papel determinante de las perspectivas axiológicas en su configuración y comprobación y la rareza de las verificaciones experimentales. No se duda en calificar, por tanto, de construcción ideológica a tales actividades conceptuales y prácticas, en cuanto su misión fundamental reside en plasmar adecuadamente y sin contradicciones los puntos de vista valorativos en los que se inspira el Derecho penal, *aun a costa con frecuencia de una correcta correspondencia entre lo definido o lo constatado y las realidades subyacentes*» (cursiva añadida).

En un Capítulo anterior se ha apuntado que el principal problema de las perspectivas normativas radica en su aceptación explícita de que en toda condena concurre un riesgo de no coincidencia entre los hechos probados y la realidad psicológica efectivamente acaecida[755]. Desde esta óptica, y mientras no se enfoque de otro modo la cuestión, toda condena resulta ser la posible instrumentalización de un individuo, lo que pone en duda la legitimidad de esta perspectiva. A este problema se añade una exigencia que no siempre se satisface: las concepciones normativas deben mostrar de forma convincente cuáles han de ser los criterios para, ante un supuesto concreto, decidir si procede o no atribuir determinados conocimientos a un sujeto y deben justificar, igualmente, por qué estos criterios y no otros[756]. De no cumplirse esta última exigencia, los logros del punto de vista normativo no consiguen ir más allá de una crítica más o menos atinada a la concepción psicológica. Si una vez desacreditada ésta no se aportan criterios firmes con los que operar, bien poco se habrá avanzado. La importancia de estas dos cuestiones —déficits de legitimidad y criterios de atribución— comporta que la perspectiva normativa requiera de un estudio detallado que se acometerá a lo largo de este Capítulo.

En realidad, la naturaleza adscriptiva puede ya predicarse de la interpretación dominante de la ley procesal vigente, esto es, de la idea de que la prueba de un hecho depende de la convicción del juez sobre su existencia. Cuando el juez se convence y da por probado que un sujeto ha llevado a cabo un comportamiento típico contando con los conocimientos exigidos por el dolo, está *imputando* tales conocimientos en la medida en que su efectiva concurrencia no haya sido constatada empíricamente[757]. Como ya se ha puesto en evidencia, el principal problema de una perspectiva normativa como ésta viene dado por lo arbitrario e incontrolable que parece ser el criterio de imputación a emplear, así como por la ausencia de argumentos que justifiquen su legitimidad[758].

En el ámbito de este trabajo se analizará el contenido de aquellas perspectivas normativas que, de modo más o menos explícito, se definen a sí mismas como tales y que fundamentan su punto de vista en argu-

[755] Cfr. *supra* VI.1.

[756] Así, afirma KLEB-BRAUN, *JA*, 1986, p. 311, que en toda determinación de los elementos subjetivos existe un momento valorativo que es necesario descubrir y justificar argumentativamente.

[757] KRAUß, «Das Prinzip der materiellen Wahrheit im Strafprozeß», *Schaffstein-FS*, Göttingen, 1985, p. 416: «una de las indiscutidas premisas del proceso es que la aplicación del Derecho culmine con la formación de la convicción judicial y de este modo se sustraiga en gran parte a las reglas objetivas de la fiabilidad científica». Añade este autor (*ibidem*, p. 425) que «el veredicto de culpabilidad no se basa en la verdad "empírica" u "objetiva", sino en la exclusión de la duda en el tribunal».

[758] Cfr. *supra* VIII.3.

mentos estrictamente jurídicos. Por este motivo, se dejará de lado el análisis de ciertas concepciones sobre la cuestión del dolo, y del delito en general, que atienden a posibles mecanismos psicológicos subyacentes a la actividad jurídica, usualmente apuntados desde investigaciones psicoanalíticas. En esta línea, algunos autores manifiestan que la atribución de dolo no es nada más que un eslabón en el proceso de satisfacción de necesidades psico-sociales de castigo que se materializa en la persona del reo, quien desempeña el papel de mero *chivo expiatorio*. Sea o no cierto tal punto de vista, es indudable que quienes lo defienden se mueven en un nivel discursivo que nada tiene que ver con el razonamiento jurídico. Dado que en el curso del presente trabajo no se pretende abandonar este último nivel de razonamiento, las perspectivas que se sustraigan a él serán dejadas conscientemente de lado[759].

Un correcto análisis de las concepciones normativas en el ámbito de la «determinación del dolo» requiere, en primer lugar, un breve repaso a los argumentos utilizados a lo largo de la discusión histórica y, en segundo lugar, la exposición de los puntos de vista más relevantes que se sostienen en la actualidad. Tras el estudio de estas dos cuestiones, deberán ser puestos en evidencia los aspectos más problemáticos que se observan en las perspectivas analizadas. Estas tres tareas se abordan en los siguientes apartados.

IX.2. Perspectiva histórica

Una exposición histórica de la determinación procesal del concepto de dolo muestra cómo a lo largo de los siglos las perspectivas normativas han desempeñado un papel preponderante en las diversas culturas jurídicas, si bien es cierto que a partir del siglo XIX su puesto parece haber sido ocupado, cuando menos a nivel de declaraciones teóricas, por concepciones de corte psicológico. Referirse a según qué argumentos históricos con el calificativo de «normativos» puede parecer excesivo, sobre todo cuando se advierte que los autores que los emplearon probablemente ni llegaran a plantearse la naturaleza última de los criterios con los que operaban. Sin embargo, cuando se trata de encuadrar tales criterios en una u otra perspectiva, es evidente que éstos muestran un carácter inequívocamente normativo: hasta un cierto momento de la discusión histórica, los argumentos utilizados para determinar cuándo un sujeto ha actuado dolosamente no se vinculan en absoluto a la averiguación de un

[759] Con todo, puede encontrarse un excelente resumen de tales planteamientos y de otros afines a éstos —bajo la denominación común de perspectiva «psicológico-colectiva»— en DÍEZ RIPOLLÉS, *Los elementos subjetivos*, pp. 155-189, con abundantes referencias bibliográficas. Crítico con estos puntos de vista KÖBERER, *KrimJ*, 1983, p. 184 ss.

dato psíquico, sino a cuestiones netamente objetivas. De este modo, a lo largo del tiempo han abundado reglas más o menos refinadas para imputar a alguien una determinada consciencia o voluntad con respecto a una conducta o resultado concretos.

Desde que el concepto de dolo surgiera en el *Derecho romano* entendido como *dolus malus*, esto es, como voluntad dirigida a la comisión delictiva, la naturaleza subjetiva de la voluntad ha planteado siempre problemas de prueba que, a lo largo de la historia, han intentado salvarse de muy diversas maneras[760]. Ya en el mismo Derecho romano se plantea el dolo del sujeto como algo a acreditar *ex re*, es decir, a partir de la naturaleza exterior de la conducta realizada por dicho sujeto. Así, se afirma en el *Digesto* que «an dolo quid factum sit, ex facto intelligitur» («se entiende cuándo se ha obrado con dolo por las circunstancias de cada caso»)[761]. Dicho objetivismo resulta aun más acusado en el antiguo *Derecho germánico*, donde el problema del dolo no se plantea como una cuestión de prueba, sino que existen reglas *ad hoc* que establecen expresamente qué hechos deben considerarse intencionados y cuáles no, en un sistema en que la regla general es la responsabilidad por el resultado: «die Tat tötet den Mann»[762]. En cualquier caso, la solución pasa, tanto en el Derecho romano como en el germánico, por la atribución del dolo al sujeto a partir de la valoración de datos de naturaleza objetiva.

Durante el largo período histórico de vigencia del *Derecho común* en Europa predomina la idea de que la única prueba válida, ya no sólo para determinar el dolo, sino toda comisión de un hecho delictivo, es la

[760] Cfr. VEST, *Vorsatznachweis*, p. 19. Sobre la imposibilidad de probar el dolo es ilustrativa la afirmación clásica «dolus vere probari non potest, cum in animo consistat»; cfr., al respecto, HRUSCHKA, *Strukturen der Zurechnung*, Berlín, Nueva York, 1976, pp. 25-26. Sobre los diversas concepciones del concepto «*dolus*» en Derecho romano, cfr. SCHAFFSTEIN, *Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen in ihrer Entwicklung durch die Wissenschaft des gemeinen Strafrechts. Beiträge zur Strafrechtsentwicklung von der Carolina bis Carpzov*, Berlín, 1930-32 (reimp. 1986), p. 107. En general, para la evolución histórica de dicho concepto, cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho penal*, 4.ª ed., Buenos Aires, 1992, vol. V, p. 313 ss.

[761] La cita proviene del *Digesto*, lib. XLIV, tít. IV, frag. 1, pf. 2.º (trad. A. d'Ors y otros, tomo III, Pamplona, 1975). Cfr., igualmente, HRUSCHKA, *Kleinknecht-FS*, pp. 195-196, donde se aportan interesantes ejemplos sobre la deducción del dolo en Derecho romano. Sobre la prueba del dolo en el *Corpus* justinianeo, cfr., igualmente, KUSCH, *Der Indizienbeweis des Vorsatzes*, pp. 23-24 y 85 ss. Puede citarse también en este ámbito, como muestra de la continuidad de estas ideas, a un autor del siglo XIV, *Petrus de Bellapertica* (citado por ENGELMANN, *Die Schuldlehre der Postglossatoren und ihre Fortentwicklung*, 1.ª ed., Leipzig, 1895, reimp. 1965, p. 128, nota 1): «el dolo siempre se presume, pues se averigua a partir de circunstancias externas».

[762] Sobre el antiguo Derecho germánico, cfr. ECKER, *Verwendung und Feststellung*, pp. 6-11 y MÄRKER, *Vorsatz und Fahrlässigkeit*, pp. 74-75. Cfr., también, SCHÜNEMANN, «Die Objektivierung von Vorsatz und Schuld im Strafrecht», *Chengchi Law Review*, 50 (1994), p. 261 ss. En la literatura española, cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, vol. V, p. 317 ss.

confesión del acusado, para cuya consecución no se duda en recurrir al tormento, estando la hoy habitual prueba de indicios terminantemente prohibida[763]. Sin que, por supuesto, tal proceder pueda ser calificado estrictamente de normativo, lo cierto es que tampoco parecía estar en condiciones de garantizar una plena constatación de la realidad psicológica. A los problemas ya expuestos sobre la capacidad de la confesión del acusado para expresar fidedignamente qué es lo que realmente se representó o quiso, se une la poca credibilidad que puede merecer una declaración obtenida bajo el peso de los suplicios[764]. Más que normativa o psicológica, y desde luego aberrante desde la perspectiva actual, esta forma de proceder sólo podía llevar a resultados de fiabilidad harto dudosa[765].

Respecto a la cuestión concreta de la imputación de resultados, uno de los criterios con los que se opera durante bastantes siglos es la fórmula canónica del *versari in re illicita*, que imputa al sujeto como queridos todos aquellos resultados que deriven de una actuación inicial ilícita[766]. La naturaleza normativa de este juicio es evidente, pues en él no importa lo más mínimo qué es lo que dicho sujeto realmente se haya representado o haya querido[767]. Sin embargo, es también obvio que un criterio de imputación como éste resulta, desde la óptica actual, bastante primitivo y conduce, desde tal perspectiva, a resultados arbitrarios[768]. En esta línea cabe situar las correcciones formuladas al *versari in re illicita*

[763] Sobre el empleo del tormento en Alemania, desde Carlos V hasta principios del siglo XIX, KUSCH, *Der Indizienbeweis des Vorsatzes*, p. 10. Sobre la prohibición de la prueba de indicios, VOLK, «Dolus ex re», *Strafgerechtigkeit. Arthur Kaufmann-FS*, Heidelberg, 1993, pp. 614-615 y PÉREZ BARBERÁ, *CDJP*, 4-5 (1997), pp. 395-396.

[764] Sobre las posibles divergencias entre confesión y realidad efectivamente acaecida, cfr. *supra* VII.3.B.

[765] Buena prueba de ello es que con la abolición del tormento la confesión acaba perdiendo su valor de «reina de las pruebas» y se evoluciona hacia el sistema de la libre valoración judicial. Cfr. el interesante resumen sobre la transición de los antiguos sistemas de prueba a los actuales en HILLENKAMP, «Beweisnot und materielles Recht», *Wassermann-FS*, Neuwied, 1985, pp. 861-863.

[766] Cfr. al respecto JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, p. 320 y PERIS RIERA, *La preterintencionalidad. Planteamiento, desarrollo y estado actual*, Valencia, 1994, p. 88 ss. Una breve perspectiva histórica sobre esta regla de imputación en LANDECHO VELASCO/MOLINA BLÁZQUEZ, *Derecho penal español. Parte general*, 5.ª ed., Madrid, 1996, pp. 263-264. Como afirma VEST, *Vorsatznachweis*, p. 20, «con esta teoría el Derecho canónico contaba con una regla de imputación aplicable». Sobre dicha teoría y su traslado al ámbito de los delitos cualificados por el resultado, cfr. HASSEMER, *Einführung*, p. 190.

[767] MÄRKER, *Vorsatz und Fahrlässigkeit*, pp. 78-79, interpreta la doctrina del *versari in re illicita* como una ampliación del concepto romano de dolo sólo explicable a partir de la concepción canónica del pecado y la culpa.

[768] Sobre los problemas de encaje en la actual sociedad de criterios de imputación subjetiva basados en la responsabilidad por el resultado cfr. JAKOBS, «Sobre la función de la parte subjetiva del delito en Derecho penal», trad. J. Cuello Contreras, *ADPCP*, 1989, pp. 635-636.

por la teoría del *dolus indirectus*: de acuerdo con esta última, al sujeto sólo se le deben atribuir como queridos aquellos resultados que de un modo *habitual* se derivan de su actuación, con independencia de que *psicológicamente hablando* haya querido o no causarlos[769]. No resulta demasiado sencillo negar que una regla como ésta mantenga cierto vigor en la actual sociedad: de hecho, como acertadamente advierte *Puppe*, su espíritu puede encontrarse en todos aquellos manuales que, afirmando que dolo es «conocer y querer», atribuyen al sujeto resultados no queridos en sentido psicológico cuando exponen la figura del dolo directo de segundo grado[770].

En realidad, el *dolus indirectus* no es otra cosa que una modalidad específica de los denominados *dolus ex re* o *dolus in re ipsa,* unas figuras cuyos orígenes se remontan al Derecho romano y que logran sobrevivir pese a las prohibiciones de la prueba de indicios[771]. Como afirma *von Weber*, el *dolus ex re* resuelve aquellos casos en que, «sin que el delincuente lo reconozca y sin que haga falta su confesión, se puede conocer con seguridad [su dolo] a partir de la forma y modalidad de comisión del delito y a partir de las circunstancias externas de la acción concreta»[772]. Este mismo autor entiende, sin embargo, que «el *dolus ex re* no tiene, como su propio concepto indica, un carácter interno propio, sino sólo un significado con relación a la práctica de la prueba»[773]. En este último sentido concibe también esta figura *Framarino dei Malatesta*, cuando la caracteriza con la idea de que «el hombre, que es un ser racional, no obra sin que sus acciones tiendan hacia un fin, y cuando un

[769] Para una exposición más detallada de la teoría del *dolus indirectus*, cfr. *supra* II.1. Cfr., igualmente, ECKER, *Verwendung und Feststellung*, p. 82 ss y PAEFFGEN, *AK-StGB*, previo al § 18, n.º marg. 1-7. Véanse también las consideraciones de KÖHLER, *Die bewußte Fahrlässigkeit*, p. 26 ss, quien afirma que la teoría del *dolus indirectus* actuaba con un «concepto de voluntad ficticio», que mediante presunciones de dolo servía para superar las dificultades que planteaba la prueba de la intención del sujeto.

[770] Cfr. PUPPE, *ZStW*, 103 (1991), p. 27.

[771] Sobre el papel histórico del *dolus ex re* como subterfugio para salvar la prohibición de la prueba de indicios establecida por la *Constitutio Criminalis Carolina*, cfr. VOLK, *Arthur Kaufmann-FS*, pp. 614-615. Sobre la idea de que el *dolus indirectus* era una modalidad de *dolus ex re* referida a los delitos de resultado, ver KUSCH, *Der Indizienbeweis des Vorsatzes*, p. 58. Sobre la figura próxima del *dolus praesumptus*, cfr. ENGELMANN, *Die Schuldlehre*, p. 127 ss.

[772] VON WEBER, «Ueber die verschiedenen Arten des Dolus», *NACR*, 7 (1825), p. 564. Según entiende VOLK, *Arthur Kaufmann-FS*, p. 611, el estado de la cuestión resulta especialmente interesante a principios del siglo XIX, cuando ya se cuenta con un concepto de dolo muy parecido al actual, pero el *dolus ex re* sigue siendo empleado.

[773] VON WEBER, *NACR*, 7 (1825), pp. 564-565. Respecto al concepto de *dolus ex re*, afirma BAUER, *Abhandlungen aus dem Strafrechte und dem Strafprocesse*, Göttingen, 1840, pp. 275-276, que éste no es una modalidad específica de dolo, sino un medio de prueba a emplear en aquellos casos en que, a partir de las circunstancias del hecho, puede afirmarse con certeza que éste fue cometido dolosamente, sin que haga falta una confesión ni otros indicios.

medio no corresponde sino a determinado fin criminoso, el agente no puede haberlo empleado sino para lograr ese fin»[774]. Sin embargo, no es tan evidente que de una figura respecto a la cual no cabe prueba en contra pueda afirmarse que tiene un mero carácter procesal[775].

Según *Volk*, uno de los baluartes de la determinación *ex re* del dolo eran aquellos casos en que se incriminaba una conducta en sí misma, como sucede en el delito de injurias[776]. Decir que «probada una expresión ofensiva, probado el dolo», parece a primera vista difícilmente conciliable con el moderno principio de imputación subjetiva, pero más difícil aun resulta imaginar casos en que alguien profiera una expresión abiertamente injuriosa sin ser consciente de ello[777]. Según este autor, los argumentos *ex re* para la determinación de conocimiento y voluntad han desaparecido del concepto de dolo, pero sólo para pasar a la prueba de indicios, donde siguen empleándose de un modo más o menos encubierto[778].

La caída en desgracia de todos estos mecanismos de imputación cabe atribuirla a diversos factores[779]. En primer lugar, a ciertos cambios experimentados tanto por el Derecho penal material como por el procesal[780]. Desde el momento en que con el espíritu ilustrado del siglo XVIII

[774] FRAMARINO DEI MALATESTA, *Lógica*, p. 213.

[775] Así lo entiende LÖFFLER, *Die Schuldformen des Strafrechts*, vol. I, «Die Entwicklung des geltenden Rechts», Leipzig, 1895, p. 160, quien, en referencia al *dolus indirectus*, afirma que, al no caber prueba en su contra, era «un concepto puro de Derecho material». En idénticos términos LESCH, «Dolus directus, indirectus und eventualis», *JA*, 1997, p. 803 (nota 11).

[776] VOLK, *Arthur Kaufmann-FS*, p. 620. En *ibidem*, pp. 619-620, este autor analiza someramente la pervivencia del *dolus ex re*, hasta tiempos recientes, en determinados ámbitos de la doctrina y jurisprudencia italianas sobre el fraude fiscal, las falsedades, la quiebra o el contrabando, aparte de las injurias. Cfr., igualmente, sobre esta última cuestión, BRICOLA, *Dolus in re ipsa*, p. 141 ss y PAGLIARO, en *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza*, p. 120.

[777] Cfr. BRICOLA, *Dolus in re ipsa*, pp. 17-18 y 151 ss, quien entiende que se trata simplemente de casos en los que resulta especialmente sencillo probar el dolo.

[778] Cfr. VOLK, *Arthur Kaufmann-FS*, p. 619. De la exposición de ROMANO, *Commentario sistematico del Codice Penale*, Milán, 1987, vol. I, art. 43, n.º marg. 31, se infiere que, en realidad, las diferencias entre el *dolus in re ipsa* y las máximas de experiencia de la prueba de indicios no son muy sustanciales.

[779] En su sentencia de 6 de abril de 1968 (A 1828, ponente Escudero del Corral) el Tribunal Supremo rechaza de forma expresa el *dolus in re ipsa* o culpabilidad objetiva, entendiendo que para la realización dolosa de ciertos delitos contra la propiedad industrial no basta con que determinados derechos se encuentren inscritos en el registro pertinente, sino que el sujeto debe ser efectivamente conocedor de tal dato.

[780] Cfr., al respecto, KUSCH, *Der Indizienbeweis des Vorsatzes*, p. 171 ss. En Italia, sin embargo, figuras como el *dolus in re ipsa* han gozado de vigencia jurisprudencial hasta tiempos recientes; cfr., al respecto, BRICOLA, *Dolus in re ipsa, passim*. Una enumeración de sentencias de la Corte de Casación italiana en que, hasta hace poco, se ha empleado el *dolus in re ipsa* en los delitos contra el honor puede encontrarse en TASSI, *Il dolo*, pp. 147-148.

entra en escena la libre valoración de la prueba, desaparece la necesidad de los anteriores criterios, pues el juez ya no se encuentra atado por reglas fijas para valorar la concurrencia de un determinado elemento del delito, sino que para conseguir su convicción puede acudir a todos los medios de prueba no expresamente prohibidos y, en el ámbito concreto del dolo, a los más diversos indicios[681]. Otro fenómeno al que cabe atribuir la total separación entre las cuestiones que pretendidamente sólo afectan a la prueba del dolo y las que sólo conciernen a su concepto es, según entiende *Volk*, el desarrollo del Derecho procesal como disciplina independiente desde principios del siglo XIX[782]. Tampoco puede descartarse que desempeñara algún papel el desarrollo de la psicología como disciplina científica[783].

La opción por la libre valoración judicial de la prueba y, concretamente, la *liberalización* de la prueba de indicios, parece dar carta de naturaleza a las teorías psicológicas: el juez ya no está obligado a seguir férreas reglas probatorias, sino que puede acceder al conocimiento de la realidad por las vías que considere oportunas, incluidas las ciencias empíricas. Sin embargo, no debe descartarse que algunas de las antiguas reglas sigan vigentes, ocultas tras los argumentos que se emplean usualmente para controlar la racionalidad de determinadas convicciones judiciales[784]. Si el dolo sigue siendo, como repiten una y otra vez los tribunales, una realidad inaccesible a los sentidos, éste siempre deberá deducirse *ex re*, pues, como se cuestiona *Volk*, «¿de dónde si no?»[785].

A finales del siglo XVIII y principios del XIX, probablemente como forma de contrarrestar la progresiva liberalización de las reglas de prueba, empiezan a proliferar en los textos legales europeos las denominadas *presunciones de dolo*[786]. Estas figuras gozaron de un notable éxito y estuvieron presentes en no pocos Códigos —entre ellos el español— hasta tiempos más o menos recientes[787]. La presunción de dolo atribuía por principio a todos los hechos la condición de dolosos y la convicción judicial sólo debía entrar a valorar si, en el caso concreto, existía suficien-

[781] Sobre la extensión del principio de libre valoración de la prueba desde sus orígenes en el pensamiento revolucionario francés, cfr. ECKER, *Verwendung und Feststellung*, p. 28 ss. Cfr. igualmente HOYER, *ZStW*, 105 (1993), p. 525 ss. Sobre su influencia en la cuestión del dolo, cfr. VOLK, *Arthur Kaufmann-FS*, p. 614: «cuando ya sólo se trata de una de tantas modalidades de la prueba de indicios, no conviene dar la impresión, mediante una expresión específica («*dolus ex re*»), que dicha prueba de indicios tiene una estructura concreta».

[782] Cfr. VOLK, *Arthur Kaufmann-FS*, p. 614. Cfr., igualmente, BRAMMSEN, *JZ*, 1989, p. 79 (nota 109), quien entiende que la antigua vinculación de cuestiones de Derecho procesal y de Derecho material dificultaba el desarrollo del Derecho penal material. Sin rechazar esta opinión, debe sin embargo afirmarse que la separación de ambas disciplinas puede haber redundado en una pérdida de vinculación a la práctica por parte del Derecho penal material.

[783] De hecho, ya se encuentran afirmaciones sobre la necesidad de emplear los conocimientos psicológicos «para juzgar delitos» en una obra de ECKARTSHAUSEN, *Über die Notwendigkeit psychologischer Kenntnisse bei der Beurteilung der Verbrechen*, 1791, citado por KAISER, en *Rechtswissenschaft und Nachbarnwissenschaften*, pp. 195-196. Este último autor entiende, sin embargo, que una plena irrupción de la psicología en el ámbito del proceso penal no puede constatarse hasta después de la Segunda Guerra Mundial.

[784] De ahí que a menudo se afirme que, en realidad, tras la idea del *dolus ex re* no se ocultaba nada distinto a «la estructura general de la prueba de indicios y, por tanto, no merece la pena aportar un concepto propio»; expone la idea aunque no esté muy conforme con ella VOLK, *Arthur Kaufmann-FS*, p. 614. Lo que parece sostener este autor (*ibidem*, pp. 614-615) es que tal afirmación puede ser correcta hoy en día, pero no en aquellas épocas en que la prueba de indicios como tal estaba prohibida y el *dolus ex re* era un subterfugio para poder condenar al sujeto sin la necesidad de obtener su confesión.

[785] VOLK, *Arthur Kaufmann-FS*, p. 614. Sobre la pervivencia de las teorías del *dolus indirectus* en el ámbito procesal, cfr. SCHEFFLER, «J.S.F. von Böhmer und der dolus eventualis – Kann der große Professor der alten Viadrina dem heutigen Strafrecht noch etwas geben?», *Jura*, 1995, p. 355. En España RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal español. Parte especial*, 17.ª ed., Madrid, 1994, p. 39, critican a la jurisprudencia del Tribunal Supremo su «tendencia a objetivar un elemento tan eminentemente subjetivo como el dolo, pues su existencia se hace depender no de la intención real de matar, sino de los medios empleados o del lugar del cuerpo en el que ha incidido el ataque». Sin embargo, lo que deberían demostrar estos autores es cómo puede acreditarse la «intención real» de una persona prescindiendo de datos objetivos.

[786] Uno de los principales impulsores de estas reglas fue FEUERBACH, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, 2.ª ed., Giessen, 1803, pp. 54-55. Por influencia de este autor, en el art. 43 del Código Penal bávaro de 1813 se dispuso que «en un hecho antijurídico probado contra una persona se presume legalmente que ésta ha actuado con dolo antijurídico siempre que a partir de las circunstancias específicas no se obtenga la certeza o probabilidad de lo contrario». Sobre *Feuerbach* y las presunciones de dolo, cfr. HEMMEN, *Über den Begriff*, p. 74 ss; HRUSCHKA, *Kleinknecht-FS*, p. 198; ECKER, *Verwendung und Feststellung*, pp. 30-35 y KÖHLER, *Die bewußte Fahrlässigkeit*, pp. 27-28. Sobre la defensa y el posterior abandono por parte de *Feuerbach* de la *praesumptio doli*, cfr. HENKEL, *E. Schmidt-FS*, pp. 582-583. HILLENKAMP, *Wassermann-FS*, p. 867, opina que la caída en desgracia de la confesión como «reina de las pruebas» y de la pena de sospecha llevó a las presunciones de dolo y al desarrollo de las teorías del dolo eventual. LÜDERSSEN, «Die strafrechtsgestaltende Kraft des Beweisrechts», *ZStW*, 85 (1973), p. 301, entiende que la irrupción de las presunciones de dolo debe atribuirse a la prohibición del tormento. Una amplia perspectiva histórica de estas presunciones en JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, vol. V, p. 641 ss. Cfr., asimismo, BRICOLA, *Dolus in re ipsa*, p. 11 ss.

[787] Hasta la Ley Orgánica 8/1983 de 25 de junio el art. 1.2.º del Código Penal español establecía que «las acciones y omisiones penadas por la Ley se reputan siempre voluntarias, a no ser que conste lo contrario». Para la discusión sobre si el antiguo art. 1 CP73 contenía una presunción de voluntariedad referida sólo a la acción, o bien una presunción de dolo *stricto sensu*, cfr. CÓRDOBA RODA/RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios al Código Penal*, Barcelona, 1972, vol. I, p. 28 ss. Al carácter *iuris tantum* de las presunciones de dolo se contrapone el carácter *iuris et de iure* de figuras como el *dolus indirectus* o el *dolus ex re;* cfr., al respecto, MÄRKER, *Vorsatz und Fahrlässigkeit*, p. 83. Sobre las diversas presunciones de dolo introducidas en los Códigos de Prusia y Baviera a lo largo de los siglos XVIII y XIX, cfr. WAIDER, «Die Bedeutung der praesumtio doli für die Strafrechtsentwicklung in Deutschland», *JuS*, 1972, pp. 305-307. En Italia aporta argumentos a favor de las presunciones de dolo FRAMARINO DEI MALATESTA, *Lógica*, pp. 168-169.

te prueba contra dicha presunción para considerarla desvirtuada: de este modo, las presunciones dejan de ser reglas de prueba y se convierten en reglas sobre la carga de la prueba[788]. Tras estas figuras se oculta la idea del *in dubio contra reum* y la justificación de que, por regla general, las conductas humanas se dirigen siempre a un fin y que la actuación arbitraria es sólo una excepción[789]. En algunos ordenamientos, las presunciones generales de dolo coexistieron con tipos de la Parte especial en los que se recogían presunciones referidas a conductas delictivas concretas[790].

Las evidentes diferencias entre las antiguas formas de imputación y las presunciones de dolo son puestas de manifiesto por *Hruschka:*

> una presunción, en el sentido de la palabra que aquí interesa, es un precepto legal o una práctica judicial en virtud de la cual, siempre que se prueba un hecho T-1, debe considerarse también probado un hecho T-2. Según esta idea, una presunción de dolo es un precepto o praxis judicial con base en la cual, cuando se prueba la realización del tipo objetivo de un delito también se da por probado el correspondiente dolo del hecho. Las presunciones se fundamentan, por regla general, cuando no siempre, en lo que se percibe como «normal» o «probable»[791].

Las presunciones de dolo, como han sido concebidas en los últimos siglos, parten de la base de que lo estadísticamente habitual son los hechos dolosos y lo excepcional los imprudentes[792]. A partir de esta idea se crea una regla general de imputación. Por contra, prosigue *Hruschka,*

> la prueba del dolo *ex re* parte de un hecho concreto, se apoya en las circunstancias específicas y en la específica naturaleza de dicho hecho y, sin embargo, no justifica la afirmación general de que los hechos son la mayoría de las veces o siempre hechos dolosos[793].

[788] Según el Tribunal Supremo (sentencia de 1 de febrero de 1974, A 363, ponente Castro Pérez) la presunción del antiguo art. 1 CP73 conllevaba «la inversión de la carga de la prueba que se traslada al imputado, a quien incumbe desde entonces la demostración de la involuntariedad o error de su conducta». Cfr., al respecto, la recopilación de fragmentos de sentencias realizada por MARTÍN GARCÍA, «Problemas procesales del dolo: su prueba», en *Elementos subjetivos*, p. 221 ss.

[789] Sobre las características de tal presunción, cfr. HENKEL, *E. Schmidt-FS*, p. 581.

[790] Por lo que respecta al Derecho penal alemán, cfr. HENKEL, *E. Schmidt-FS*, p. 585 ss y WAIDER, *JuS*, 1972, pp. 305-306. LÜDERSSEN, *ZStW*, 85 (1973), pp. 301-302, considera que el aligeramiento de las dificultades de prueba en diversos tipos de la Parte especial obedece a que su tratamiento procesal chocaba siempre con el *in dubio pro reo.*

[791] HRUSCHKA, *Kleinknecht-FS*, pp. 197-198.

[792] Este argumento se ha dirigido con cierta frecuencia a lo largo de la historia contra las teorías del *dolus ex re*, lo que HRUSCHKA, *Strukturen der Zurechnung*, p. 26 (nota 20), considera totalmente desacertado.

[793] HRUSCHKA, *Kleinknecht-FS*, pp. 197-198. Una distinción similar es trazada por PÉREZ DEL VALLE, *RDP*, 1994, p. 417 (y nota 12), con respecto a las máximas de experiencia empleadas en la prueba de indicios, afirmando que «las máximas de experiencia no son una presunción —incondicionada o no— de que en determinado tipo de comportamientos concurre siempre dolo, sino que requieren un desarrollo razonado en la resolución judicial en relación con el caso concreto, de modo que al dato genérico o probable añade el específico o cierto». Cfr. igualmente las diferencias entre la presunción general de dolo y la prueba de indicios constatadas por WENING, «Ueber die Vermuthung des bösen Vorsatzes nach dem römischen Rechte», *NACR*, 2 (1818), pp. 199-202. Cfr. también las críticas de MITTERMAIER, *Tratado*, pp. 136-137, a las presunciones de dolo, afirmando que «no porque se pueda presumir que todo hombre es inteligente y que obra con propósito deliberado, se ha de seguir forzosamente que el sujeto acusado haya tenido por móvil una voluntad culpable».

En cualquier caso, resulta indiscutible que tanto las presunciones de dolo como el *dolus ex re* presentan una naturaleza presuntiva, si bien esta segunda figura permite tener en cuenta muchas más particularidades del hecho que las primeras y, por ello, es una vía de imputación bastante más ajustada a las circunstancias del caso.

Las presunciones de dolo, al igual que el *dolus ex re*, no parecían interesarse especialmente por vincular la aplicación del concepto de dolo a la averiguación de un dato psicológico. Dichas presunciones partían de la idea según la cual, por principio, todas las conductas tienen carácter consciente y voluntario, y la vigencia de tal regla sólo se desvirtuaba en aquellos supuestos en que existían pruebas de lo contrario. Es obvio que con un sistema como éste se acaban reputando dolosas todas aquellas conductas sobre las que no existen pruebas a favor ni en contra de la existencia de dolo y también aquéllas en que, pese a existir prueba en contra de la presunción, se considera que no tiene fuerza suficiente para enervarla[794]. Desde el momento en que el dolo se imputa por principio, es evidente que la solución que ofrecen las presunciones de dolo no pasa por la averiguación de dato psicológico alguno, siendo patente su carácter normativo.

Ninguno de los criterios normativos que históricamente han regido para la «determinación del dolo» parece tener vigencia en la actualidad o, desde luego, no la tiene explícitamente. Es más, la desaparición de figuras como el *dolus ex re* o las presunciones de dolo —por no hablar del *versari in re illicita*— ha sido considerada a menudo como un gran avance del Derecho, pues se ha visto en ella la consecución de un pleno respeto a principios como el de culpabilidad o al derecho a la presunción de inocencia. Sin embargo, tras evidenciar la desaparición formal de tales criterios, se debería hacer examen de conciencia acerca de si realmente todos ellos han dejado de regir en la práctica. En este sentido, las sospechas sobre la pervivencia oculta de criterios como las presunciones de dolo, el *dolus ex re* o el *dolus indirectus* no deben dirigirse al contenido reglado del «Derecho escrito», sino a ese mundo aparentemente

[794] Cfr. las críticas a las presunciones de dolo formuladas por BORST, «Ueber der Beweis des bösen Vorsatzes», *NACR*, 2 (1818), pp. 434-436 y 449-451.

exento de ataduras que es la valoración judicial de la prueba. Y en este ámbito lo que debe también preguntarse es si la aplicación del Derecho penal *puede* prescindir, incluso hoy en día, de semejantes criterios[795]. ¿Existe, por ejemplo, alguna diferencia sustancial entre la actual prueba de indicios y el satanizado *dolus ex re*?

Tampoco debe pasarse por alto que criterios como el *dolus indirectus* o el *dolus ex re* explicitaban cuál era su contenido y, en tal medida, presentaban la ventaja de que éste podía ser sometido a debate. Prácticamente nadie somete a debate los criterios que rigen en la actual prueba de indicios, pues éstos permanecen siempre ocultos bajo la cegadora luz de la libertad del juez y de la verdad material. Probablemente también sea cierto que muchos de los antiguos criterios de atribución del dolo resultaban demasiado rígidos y, por ello, conducían a soluciones difícilmente aceptables en un buen número de casos[796]. Pero la cuestión clave en este punto no es tanto si la introducción de la libre valoración judicial de la prueba ha acabado con presunciones y argumentos *ex re*, como si, en todo caso, lo único que ha hecho es contribuir a refinar su tosquedad, modulando los criterios de atribución del dolo de acuerdo con una visión menos simplista de la realidad. Como afirma *Volk*, puede cuestionarse que «el *dolus ex re* condujera a soluciones que puedan ser consideradas justas, pero en él tenía cabida la idea de que la justicia sólo puede surgir en un proceso y de que ésta no sólo depende del concepto jurídico-material, sino también de la manera en cómo éste es llevado a la práctica. Ahí es donde radica su contribución a la cultura jurídica»[797].

Como consecuencia obvia de la progresiva separación entre argumentos de Derecho penal material y de Derecho procesal, la discusión sobre la posible existencia de criterios normativos para la «determinación del dolo» se presenta hoy en día separada del debate sobre el concepto de dolo y, la mayoría de las veces, se vincula a la discusión general sobre la teoría de la prueba y del proceso penal. Al análisis de estos puntos de vista se dedica el siguiente apartado de este trabajo.

[795] Al respecto pueden resultar interesantes las consideraciones de MANTOVANI, *Diritto penale*, pp. 328-330, quien, pese a rechazar el *dolus ex re* y las presunciones de dolo, entiende que en determinados comportamientos la deducción del dolo resulta «rápida e inmediata».

[796] Una rigidez que STEIN, en *Zur Theorie und Systematik*, p. 250, hace extensiva a los antiguos sistemas procesales de prueba tasada, que llevaban a «dejar de lado las múltiples particularidades pensables de los casos concretos y a introducir en el Derecho de la prueba enormes riesgos de dictar una condena errónea». Sobre la rigidez de fórmulas como el *dolus in re ipsa*, cfr. BRICOLA, *Dolus in re ipsa*, p. 18.

[797] VOLK, *Arthur Kaufmann-FS*, p. 624.

IX.3. LAS CONCEPCIONES NORMATIVAS DEL DOLO EN LA ACTUALIDAD

A) Aspectos de la discusión: concepto de dolo y «determinación del dolo»

Como ya se ha expuesto anteriormente, el análisis de la relación entre el concepto de dolo y los planteamientos de determinadas ciencias empíricas puede abordarse desde dos ópticas distintas[798]. Por un lado, es posible plantearse la conveniencia o no de construir el concepto de dolo a partir de determinados fenómenos psíquicos en los estrictos términos en que éstos son definidos por la psicología o la psiquiatría. Por otro lado, puede también defenderse o rechazarse la idea de que la determinación procesal del dolo depende de la efectiva constatación empírica de los hechos previamente exigidos en la definición del concepto[799]. En relación con una u otra cuestión, es necesario distinguir entre una *concepción normativa sobre el concepto de dolo*, en los casos en que se niega la conveniencia de construir un concepto de dolo «psicológicamente adecuado», y *una concepción normativa sobre la «determinación del dolo»*, para los casos en que se rechaza que la correcta aplicación de esta figura dependa de la averiguación de fenómenos psíquicos. La conveniencia de tal distinción debe atribuirse al hecho de que no todos los autores que acogen la primera opción son, a la vez, partidarios de la segunda[800].

En el ámbito de este trabajo interesa analizar básicamente aquellos argumentos en que se defiende una concepción normativa de la «determinación del dolo». Sin embargo, no debe pasarse por alto que los planteamientos empleados por los autores que postulan una visión normativa del concepto de dolo pueden tener también cierto interés para la cuestión de la determinación procesal. Por este motivo conviene atender, aunque sólo sea de un modo sucinto, a las principales opiniones que se defienden en el primero de estos ámbitos.

Las críticas que a lo largo de las últimas décadas han dirigido algunos autores contra los conceptos usuales de dolo, por considerarlos psicológicamente inadecuados, han encontrado respuestas bastante uniformes por parte de la mayoría de la doctrina[801]. Ya *Löffler* aseveró a principios

[798] Cfr. *supra* VII.3.A.2.

[799] Haciendo referencia general a todos los elementos subjetivos del delito, también pone en evidencia este doble nivel de análisis DÍEZ RIPOLLÉS, *Los elementos subjetivos*, pp. 30-31 y 73.

[800] Cfr., al respecto, DÍEZ RIPOLLÉS, *Los elementos subjetivos*, p. 73 (nota 1), quien advierte de la dificultad de desligar ambos planos en no pocos trabajos sobre la materia.

[801] Sobre tales críticas cfr. *supra* VII.3.A.2. DÍEZ RIPOLLÉS, *Los elementos subjetivos*, pp. 38-39, considera que incluso «los partidarios de los enfoques empíricos de psicología social (...) son conscientes de que, con independencia del indiscutible y explícito compo-

de siglo que los psicólogos no podían arrojar luz sobre un concepto como el dolo eventual, pues éste había sido creado con finalidades estrictamente jurídicas[802]. El propio *Hans Kelsen* se mostraría de acuerdo con esta idea al afirmar que la «voluntad de la ética y la Ciencia del Derecho es algo completamente distinto a aquello a lo que la psicología se refiere actualmente con semejante término»[803]. Años después se sumaría a estas ideas *Engisch*, afirmando que «los conceptos de dolo e imprudencia son sólo títulos para los presupuestos en que se basa el reproche y las definiciones de estos conceptos tienen que aportar una regulación de acuerdo con la intención del legislador y no formular tesis éticas o psicológicas»[804].

Sin duda, los argumentos que sobre esta cuestión han gozado de un mayor eco en tiempos más recientes han sido los expuestos por *Paul Bockelmann* en 1968. Afirma este autor que

> los conceptos del Derecho penal, incluso en los casos en que su caracterización se asemeja a los nombres de fenómenos equivalentes en los ámbitos de la moral y de la psicología (piénsese en «culpabilidad» y «dolo»), no tienen la misión de establecer «proposiciones éticas o psicológicas», sino que son «títulos» para determinados presupuestos de la valoración jurídica de las acciones humanas,

añadiendo que

> por supuesto, el Derecho no se guía por la arbitrariedad cuando establece estos presupuestos, pero al hacerlo no está sujeto a los contenidos que la psicología y la moral, por su parte, dan a unos conceptos que también ellas emplean. Así, lo que deba entenderse por «dolo» en el sentido del Código Penal no depende de cómo la psicología define el elemento constitutivo del dolo del «conocer»[805].

nente normativo que corresponde a toda decisión del legislador penalizadora o despenalizadora, la formulación de los elementos subjetivos dentro de las figuras delictivas y su aplicación en el proceso penal están sometidas a ciertas limitaciones valorativas, normativas, más o menos explícitas».

[802] Cfr. LÖFFLER, *ÖZSt*, 1911, pp. 137-138. En 1911 KELSEN, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, Tübingen, p. 133, constataría que «aun de forma más evidente que en el Derecho privado se muestra en el ámbito del Derecho penal la diferencia que existe entre el concepto psicológico de voluntad y aquel hecho que el lenguaje de la Ciencia jurídica caracteriza como voluntad».

[803] KELSEN, *Hauptprobleme*, p. 146. Añade este autor que «la voluntad de la psicología es un hecho empírico que se determina a través de la auto-observación y que pertenece al mundo del ser, mientras que la voluntad de la ética y de la ciencia del Derecho es una construcción en que se plasma el deber desde el punto de vista de la norma y que no se corresponde con ningún proceso concreto de la auténtica vertiente psíquica de la persona».

[804] ENGISCH, *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*, Berlín, 1930 (2.ª reimp. Berlín, 1995), pp. 27-28. De acuerdo con la idea de *Engisch*, PAGLIARO, en *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza*, pp. 117-118. KARGL, *Der strafrechtliche Vorsatz*, p. 19, afirma que la causa de que el Derecho penal emplee un concepto de dolo psicológicamente inadecuado es «el principio de legalidad, algo querido desde un punto de vista político-criminal y difícilmente evitable».

[805] BOCKELMANN, «Bemerkungen über das Verhältnis des Strafrechts zur Moral und zur Psychologie», *Radbruch-GS*, Göttingen, 1968, pp. 253-254. El mero hecho de que la ley sólo distinga entre dolo e imprudencia comporta ya una importante decisión normativa que deja a un lado el interés que para la valoración del hecho podrían tener otros fenómenos psíquicos; cfr., al respecto, VEST, *Vorsatznachweis*, p. 94. En posiciones cercanas, KRAUß, *Schaffstein-FS*, p. 416: «conceptos como dolo o intención no se proponen descubrir la realidad, sino "comprender" dogmáticamente un acontecimiento, es decir, hacerlo de una determinada manera que viene predeterminada jurídicamente». No lejos de estas ideas parece estar también SCHMIDHÄUSER, *Vorsatzbegriff und Begriffsjurisprudenz im Strafrecht*, Tübingen, 1968, pp. 9-10. En España afirman QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS/PRATS CANUT, *Curso de Derecho penal. Parte general*, Barcelona, 1996, p. 287, que los elementos de conocimiento y voluntad en que los penalistas basan el dolo sólo pueden ser entendidos en términos técnico-jurídicos que, posiblemente, no tengan nada que ver con nociones psiquiátricas o psicológicas.

[806] BOCKELMANN, *Radbruch-GS*, p. 253. La expresión «psicología esotérica» proviene de BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, 2.ª ed., tomo II, 2.ª parte, Leipzig, 1914 (reimp. 1965), p. 3 ss. BOCKELMANN, *Radbruch-GS*, p. 254, añade que «el Derecho penal construye sus conceptos a la medida de la finalidad para cuya consecución deben servir. Este fin es el establecimiento de una ordenación racional de la vida en sociedad, pues sólo donde tal ordenación se aplica surge la posibilidad de, por lo menos, aproximar las decisiones jurídicas al ideal de la Justicia. Por tal razón, el Derecho penal debe apelar a la racionalidad de los ciudadanos y no puede trabajar con la técnica velada del *hidden persuaders*». A la vista de planteamientos como éstos, SESSAR, *Rechtliche und soziale Prozesse*, p. 19, afirma que con los conceptos del Derecho penal más que reconstruir una realidad lo que se pretende es construirla. En tono crítico PRITTWITZ, *GA*, 1994, p. 459: «con una psicología esotérica del Derecho penal no se gana nada y un Derecho penal al que le sea posible construir sus conceptos a la medida de sus finalidades se antoja, desde un buen principio, ilegítimo».

[807] La influencia de este autor ha sido notable. DÍEZ RIPOLLÉS, *Los elementos subjetivos*, p. 74, considera que su trabajo ha dado lugar «a la moderna discusión sobre el tema». Argumentos muy similares a los de *Bockelmann* en JAKOBS, *Derecho penal*, p. 376: «el Derecho penal no atiende a toda la realidad psicológica, sino que de esta realidad total extrae, con arreglo a sus principios, elementos singulares que a la Psicología pueden parecerle meros fragmentos». Por su parte, SCHROTH, «Die Rechtsprechung des BGH zum Tötungsvorsatz in der Form des "dolus eventualis"», *NStZ*, 1990, p. 324, considera que con la cuestión del dolo eventual no se trata de responder a «la pregunta de cómo debe describirse adecuadamente la realidad, sino a la cuestión de cómo tenemos que interpretar apropiadamente la conducta de nuestros semejantes. El "dolo eventual" no responde a una realidad específica, sino que es una figura de imputación con cuya ayuda se atribuye "responsabilidad"». Cfr., igualmente, VEST, *ZStW*, 103 (1991), p. 608.

Bockelmann resume las anteriores afirmaciones aseverando que el Derecho penal trabaja con su propia «psicología esotérica»[806]. Sin embargo, en los planteamientos de este autor la idea de *esoterismo* parece circunscribirse al momento de formulación de determinados conceptos (dolo, culpabilidad), pero no se amplía de un modo explícito al instante de su aplicación judicial[807]. En este sentido, *Bockelmann* sigue exigiendo para el dolo por lo menos una leve forma de consciencia y no aporta

criterios definitivos acerca de cómo ésta debe determinarse en el proceso[808]. Por este motivo, algunos autores acogen planteamientos similares a los de *Bockelmann* para resolver la cuestión relativa a la formulación del concepto de dolo y, sin embargo, defienden perspectivas psicológicas para su determinación procesal[809]. No obstante, en los argumentos de este autor puede verse el embrión de ciertas perspectivas normativas sobre la determinación procesal del dolo que actualmente se defienden[810].

B) Concepciones normativas de la determinación procesal del dolo

Dentro del presente apartado deben exponerse los puntos de vista de aquellos autores que en la actualidad defienden que la afirmación de que alguien ha actuado dolosamente tiene que basarse en el empleo de métodos distintos a la averiguación de ciertos datos psíquicos, una idea parecida a la de que el Derecho penal trabaja con una «psicología esotérica», pero trasladada al ámbito del proceso. Dos son en la práctica las vías más frecuentes para llegar a sostener semejante opinión: por una parte, algunos autores llegan a ella tras advertir la inviabilidad de los planteamientos psicológicos; otros, por contra, ya desde un principio entienden que al Derecho no le interesa la realidad psicológica, sino otras *realidades* que contribuyen de un modo más efectivo a conseguir los objetivos que se pretenden con el proceso y la sanción penal. La conclusión final

[808] Así, afirma BOCKELMANN, *Radbruch-GS*, p. 255, que para el dolo no hace falta un «pensar en» o un «reflexionar», sino que basta con una ligera forma de consciencia. A ello se debe que, según este autor, los hechos pasionales también sean hechos dolosos, pese a que ello contradiga, sin duda, lo que la psicología podría afirmar al respecto. Cfr., igualmente, KLEB-BRAUN, *JA*, 1986, p. 317. No lejos de la perspectiva de *Bockelmann* parece estar JAKOBS, *Derecho penal*, p. 375, quien se muestra de acuerdo con la idea de la «psicología esotérica», aunque añade que ello no implica «que el Derecho penal pueda tomar como hecho psíquico lo que, según conocimientos psicológicos reconocidos, no constituye un hecho». Planteamientos cercanos a estos últimos en WALTER, *KrimJ*, 1981, p. 208.

[809] La perspectiva de *Bockelmann* deja la puerta abierta a una entrada de las ciencias empíricas en la fase de constatación procesal de los fenómenos psicológicos en que se asienta el dolo. Así lo interpreta JÄGER, «Strafrecht und psychoanalytische Theorie», en EL MISMO (ed.), *Kriminologie im Strafprozeß*, Baden-Baden, 1980, p. 58, quien entiende que aunque se afirme que los conceptos de la dogmática son sólo títulos para determinados presupuestos de la valoración jurídica no debe dejar de tenerse en cuenta «que tales "títulos" se refieren a determinadas realidades psíquicas que requieren un esclarecimiento psicológico o psicoanalítico, pues de lo contrario el Derecho penal incurre en la sospecha de querer satisfacer simplemente necesidades de pena con la ayuda de pseudo-argumentaciones acientíficas». Ésta es la opinión que parece defender igualmente PRITTWITZ, *GA*, 1994, p. 457 (nota 24), quien considera que abogar por un concepto de dolo delineado normativamente no debe equivaler a conformarse con una ficción de dolo.

[810] En cuanto a la postura que se defiende en este trabajo sobre los términos en que debe construirse el concepto de dolo, se dan por buenos los planteamientos de *Bockelmann* y se remite a los argumentos ya explicitados *supra* VII.3.A.2.

es común a ambas perspectivas: *si con el Derecho penal debe conseguirse algún tipo de efecto su empleo no puede estar condicionado por la averiguación de pretéritas realidades psicológicas que no pueden ser reconstruidas de un modo fidedigno.*

La presente problemática trasciende al tipo subjetivo del delito y se extiende, en general, a las características de la *verdad* que debe averiguarse en el ámbito del proceso para poder fundamentar una condena. Ello es atribuible a que si bien la constatación práctica de fenómenos psíquicos parece especialmente difícil, concurren asimismo dificultades no desdeñables en todo lo que afecta a la constatación de los hechos usualmente denominados *objetivos*. Por este motivo, a continuación deberán tomarse también en cuenta análisis no estrictamente referidos a la problemática de la determinación procesal del dolo, aunque las considerables proporciones de la discusión doctrinal sobre esta cuestión, que tiene sus raíces en el debate sobre las bases teóricas del proceso penal, sólo permiten una visión panorámica de las opiniones más significativas.

B.1. Cuestiones generales: el objetivo de la prueba en el proceso penal

La idea de que una reconstrucción perfecta de la realidad efectivamente acaecida es irrealizable en el ámbito del proceso penal es una idea que cuenta con numerosos partidarios[811]. Ya el *Reichsgericht* afirmó en 1927 que «un conocimiento absolutamente cierto queda fuera del alcance del imperfecto discernimiento humano» y que «si se exigiera una seguridad en tan alto grado, la aplicación del Derecho sería imposible»[812]. Ideas como éstas no sólo cuentan con un cierto arraigo en el ámbito de la determinación procesal de los imperceptibles elementos subjetivos, sino que algunos autores no dudan en extenderlas a la globalidad de hechos que deben determinarse en el proceso penal para fundamentar una

[811] Cfr., en general, sobre esta cuestión, MIRANDA ESTRAMPES, *Mínima actividad probatoria*, p. 36 ss. Por su parte, IGARTUA SALAVERRIA, *Valoración de la prueba*, p. 19 ss, aporta una panorámica de las perspectivas que renuncian a la verdad material como objetivo del proceso. En un primer grupo se engloban las opiniones que se muestran indiferentes ante la verdad (variantes retórica y narrativista) y en un segundo grupo las que se declaran contrarias a tal idea (basadas, a su vez, en la imposibilidad teórica o bien en la imposibilidad práctica de descubrimiento de la verdad). Una relación de los argumentos más habituales contra el descubrimiento de la «verdad material» como objetivo del proceso en NEUMANN, en *Jenseits des Funktionalismus*, p. 74.

[812] RGSt, vol. 61, p. 206. Cfr., al respecto, HOYER, *ZStW*, 105 (1993), p. 534. En otra sentencia de 1932 (RGSt, vol. 66, pp. 163-165) declara el mismo tribunal que «la verdad objetiva sólo es concebible mentalmente. Su determinación a través de la investigación y el discernimiento humano es conceptualmente imposible». Sobre la jurisprudencia del *Reichsgericht*, cfr. A. SCHMIDT, *Grundsätze*, p. 79 ss. Crítico con los argumentos de este tribunal, GOLLWITZER, *LR*, § 261, n.º marg. 9.

condena[813]. En este sentido sostiene *Freund* que, «ciertamente, el conocimiento de la verdad material es el objetivo declarado —aunque a la vez inalcanzable— de las "averiguaciones" en el proceso penal»[814]. *Winfried Hassemer*, por su parte, declara abiertamente que en dicho proceso no se busca la verdad material y aporta como principal fundamento para tal afirmación el hecho de que el sistema procesal cuente con innumerables prohibiciones de prueba que hacen a menudo imposible la consecución de tal objetivo con la finalidad de preservar determinados derechos del acusado. A lo anterior se une lo limitado de los medios humanos, económicos y temporales con los que se suele contar en el ámbito del proceso[815]. Por estos motivos afirma *Hassemer* que, en realidad, el objetivo del proceso no es otro que la «búsqueda de una verdad formalizada» o de una «verdad forense», lo que se basa en la idea de que «el proceso penal es una expresión de nuestra cultura y racionalidad (empíricas)»[816].

La idea de que al Derecho penal le basta con dar por acreditada una determinada *verdad,* entendida ésta en sentido social, es expuesta de modo convincente por *Klaus Volk*, quien sostiene que «en el proceso penal se activa una "intervención en crisis": debe reaccionarse de la manera más rápida posible a una perturbación de la paz jurídica y el juez se encuentra en la obligación de formular una inequívoca decisión de sí o no»[817]. Según este autor, un fin tan concreto como el anterior lleva a relativizar las exigencias que comportaría la reconstrucción de la verdad: «la poco sutil trama del Derecho material, que no declara relevante para el fallo la totalidad de los acontecimientos, sino sólo unos pocos puntos

[813] Sobre el tipo subjetivo, cfr. DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, p. 71, quien afirma que no se puede «pasar por alto lo dificultoso de una constatación empírica del mismo [del conocimiento del sujeto], por no decir su imposibilidad, desde la perspectiva del jurista». KLEB-BRAUN, *JA*, 1986, p. 311, considera que los elementos subjetivos del delito simplemente son inaccesibles a una prueba de la verdad. Cfr., igualmente, FREUND, *Normative Probleme*, p. 3.

[814] FREUND, *Normative Probleme*, p. 1.

[815] Cfr. HASSEMER, *Einführung*, pp. 150-152 y EL MISMO, *Crítica al Derecho penal de hoy*, trad. P.S. Ziffer, Buenos Aires, 1995, pp. 87-88. Interesante la comparación que lleva a cabo este autor (*Einführung*, pp. 149-150) entre el tipo de *verdad* que buscan las ciencias empíricas y la que se persigue en el proceso. Una fundamentación detallada del rechazo a la idea de verdad material en HASSEMER, *Crítica*, p. 84 ss. Ideas de este tipo se cuestionan en NEUMANN, en *Jenseits des Funktionalismus*, pp. 74-77: que existan prohibiciones de prueba, o que los medios de averiguación de la verdad sean limitados no tiene por qué implicar un cambio en los objetivos a conseguir con la práctica de la prueba.

[816] HASSEMER, *Einführung*, pp. 153-154. Ver también HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *La responsabilidad por el producto*, p. 84 ss. Cfr. igualmente sobre este punto, KÄßER, *Wahrheitserforschung*, p. 116 y el interesante trabajo de DE LUCA, «Il sistema delle prove penali e il principio del libero convincimento nel nuovo rito», *RIDPP*, 1992, p. 1255 ss, en el que se postula una vuelta al método retórico y a la racionalidad comunicativa como claves del proceso penal.

[817] VOLK, *Wahrheit und materielles Recht*, p. 9.

de contacto tipificados, responde a una definición social de verdad que tiene que contentarse con lo que se pueda alcanzar con medios relativamente escasos en un tiempo relativamente breve»[818]. En relación con lo anterior, *Volk* considera que «los conceptos teóricos sólo se rellenan parcialmente con contenido empírico», pues la dogmática emplea unas reglas de coordinación *(Zuordnungsregeln)* con la realidad cuya naturaleza es distinta a la de las ciencias empíricas[819]. El contenido empírico utilizado para *rellenar* el concepto jurídico-penal de dolo sería siempre de naturaleza objetiva, pues son los indicios objetivos los que hacen aplicable tal concepto[820]. En cualquier caso, en el proceso no puede alcanzarse nada más allá de la probabilidad, y el espacio que existe entre ésta y la verdad puede ser explicado pero no superado empíricamente. La explicación es, por tanto, normativa: el Derecho exige del juez una labor moral y, al convencerse éste de un hecho, asume la responsabilidad de la decisión[821].

También *Georg Freund* se ocupa de esta cuestión, considerando que no tiene por qué resultar erróneo seguir hablando de «verdad», aunque no debe olvidarse que la *verdad* que se consigue con la determinación procesal de los hechos, en la inmensa mayoría de los casos, no es una verdad histórico-empírica, sino una *verdad construida* con base en principios estrictamente normativos[822]. Entiende este autor que «el juez no está en condiciones de encontrar la verdad material, ni le sería lícito hacerlo aunque pudiera, pues no es un historiador que deba preocuparse solamente de acontecimientos pasados, sino que es alguien que hoy y aquí tiene que decidir sobre la culpabilidad o la inocencia de un acusado concreto. El *hecho pasado*, sólo posiblemente cometido (en sentido aristotélico), constituye en esta decisión simplemente el *punto de referencia,*

[818] VOLK, *Wahrheit und materielles Recht*, p. 9.

[819] VOLK, «Strafrechtsdogmatik, Theorie und Wirklichkeit», *Bockelmann-FS*, Múnich, 1979, pp. 81-82.

[820] Afirma VOLK, *Arthur Kaufmann-FS*, pp. 617-618, que «el concepto de dolo está vinculado, por un lado, con otros conceptos del sistema penal y, por otro, con la realidad observable. Esta relación se da en dos niveles. En primer lugar, existen proposiciones teóricas que vinculan conceptos teóricos entre sí sin tomar contacto con la "realidad". Dos ejemplos: "el dolo pertenece al tipo subjetivo" o "el dolo subsiste aunque falte la consciencia del injusto". Éstas no son proposiciones respecto a las cuales se pregunte cómo se pueden probar en el proceso. Junto a ellas existen reglas de coordinación que vinculan conceptos teóricos con conceptos de la observación, preocupándose de este modo por la relación con la "realidad", con hechos y con datos (por ejemplo: "quien apunta con precisión y dispara, actúa dolosamente"). Con su ayuda puede responderse a la cuestión de la prueba».

[821] VOLK, *NStZ*, 1996, p. 106. Ello permite, por ejemplo, que el juez pueda resolver determinados casos con reglas sobre las que las ciencias empíricas no se han pronunciado.

[822] FREUND, *Normative Probleme*, pp. 151-152. También concibe las afirmaciones sobre el tipo subjetivo en clave de *construcción* de realidades y no de descripción MÄRKER, *Vorsatz und Fahrlässigkeit*, pp. 195-196.

que sólo debe investigarse hasta un cierto grado»[823]. Añade este autor, que «la determinación de los hechos vista de esta manera no es en realidad otra cosa que *pura aplicación del Derecho*»[824].

En la doctrina italiana *Luigi Ferrajoli* se muestra partidario de la idea de verdad formal o procesal como objeto del proceso, una *verdad* «solamente probable y opinable», pero obtenida a través de reglas precisas y, por tanto, controlable frente a la arbitrariedad en que acaban desembocando los planteamientos que declaran perseguir una pretendida verdad sustancial[825]. Entiende este autor que defender la idea de que puede alcanzarse una verdad objetiva o absolutamente cierta es «una ingenuidad epistemológica», porque tampoco las teorías científicas «son calificables nunca como "verdaderas" en el sentido de que se pueda excluir con certidumbre que contengan o impliquen proposiciones falsas»[826]. La verdad que se busca en el proceso es, en tal medida, sólo una verdad aproximativa, a causa del carácter histórico, subjetivo y jurídicamente limitado de la investigación judicial. Sin embargo, este cambio de objetivo presenta dos notables ventajas. En primer lugar, actúa como barrera de las libertades del ciudadano frente a extralimitaciones en la pretensión punitiva del Estado[827]. En segundo lugar, permite emplear medios más racionales de comprobación y control en la búsqueda de la hipótesis con mayor capacidad explicativa[828].

[823] FREUND, *Normative Probleme*, p. 152 (cursiva en el original).

[824] FREUND, *Normative Probleme*, p. 152 (cursiva en el original). Desde la óptica de este autor (*ibidem*, p. 153), «*el objetivo* del proceso penal en lo que atañe a la determinación de los hechos no es *nunca* la inalcanzable *verdad material*, sino la consecución de unos resultados objetivos de la prueba relacionados con el hecho a probar que, junto con las condiciones del riesgo tolerado de una condena errónea, justifican una condena. Sólo enunciando claramente *este objetivo* se garantiza una correcta traslación del *programa de Derecho material* al proceso penal, se evitan fricciones y despropósitos y se dirige la vista hacia aquello en torno a lo cual realmente gira la cuestión: la *responsabilidad* del acusado *por* un *hecho en realidad* (en sentido aristotélico) *sólo posiblemente cometido*, a la *"culpabilidad"* que de esta manera se determina en el acusado» (cursiva en el original).

[825] FERRAJOLI, *Derecho y razón*, p. 45. En la doctrina española ASENCIO MELLADO, *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, Madrid, 1989, pp. 15-16, configura en términos de probabilidad la base de la convicción judicial, añadiendo que dicha probabilidad «ha de ser medida en términos de verosimilitud».

[826] FERRAJOLI, *Derecho y razón*, p. 50. En *ibidem*, p. 135, este autor afirma que «ninguna prueba, indicio o conjunto de pruebas y de indicios garantiza inopugnablemente la verdad de la conclusión fáctica. *No existen, en rigor, pruebas suficientes*» (cursiva en el original).

[827] FERRAJOLI, *Derecho y razón*, p. 51 ss. Sobre la verdad procesal como límite garantista, *ibidem*, p. 541 ss, esp. p. 546.

[828] FERRAJOLI, *Derecho y razón*, p. 63 y 143 ss. En *ibidem*, p. 604, este autor vincula su modelo de *verdad* a la versión acusatoria del proceso penal, que «concibe la verdad como el resultado de una controversia entre partes contrapuestas en cuanto respectivamente portadoras del interés en el castigo del culpable y del de la tutela del acusado presunto inocente hasta prueba en contrario». Este modelo se contrapone a la búsqueda de la verdad *única* que, según este autor, preside el proceso inquisitivo. Sobre la mayor posibilidad de control de este modelo de conocimiento procesal, cfr. *ibidem*, p. 623.

A muchos de los planteamientos expuestos subyace una visión interaccionista del ideal de justicia, basada en el argumento de la verdad consensual[829]. Como indica *Díez Ripollés*, a estas perspectivas «les es común la idea de que la constatación de los elementos del delito en el proceso, y con mayor razón aún si se trata de elementos subjetivos, implica fenómenos de atribución o de imputación con frecuencia estrechamente condicionados por el contexto procesal en que se desenvuelven y en los que la idea de consenso entre partícipes desempeña casi siempre un papel mayor o menor»[830]. Al mismo tiempo, planteamientos de este tipo sitúan el objetivo del proceso a un nivel más asequible que el de la verdad material, de tal modo que ya en el plano teórico se atiende a la necesidad de que la aplicación de la sanción penal y los efectos que ésta comporta puedan realizarse de forma efectiva.

Puntos de vista como los anteriores tienen lógicamente sus repercusiones cuando se trata de acometer el estudio de los criterios que deben posibilitar la determinación procesal del dolo. Como se analiza en el siguiente subapartado, los autores que abandonan la idea de que tal determinación dependa de la averiguación de un dato de naturaleza psíquica, tratan de aportar nuevas pautas para establecer en qué casos alguien ha actuado dolosamente.

B.2. Concepciones normativas sobre la «determinación del dolo»

a) Panorámica doctrinal

Un primer desarrollo normativo mínimamente completo de la determinación procesal del dolo puede encontrarse en el pensamiento de *Hans Kelsen*, quien ya a principios de este siglo estableció que «la determina-

[829] Cfr. DÍEZ RIPOLLÉS, *Los elementos subjetivos*, p. 193, haciendo expresivas ideas de *Habermas*. Cfr. también *ibidem*, p. 196, donde se caracterizan las concepciones interaccionistas con la idea de que «no podemos partir de un concepto de "realidad" independiente del término "expresión verdadera" con el que lo expresamos». Una perspectiva global de los planteamientos interaccionistas en relación con los elementos subjetivos del delito, en *ibidem*, pp. 192-235. Interesante también en este ámbito SILVA SÁNCHEZ, en *Política criminal y nuevo Derecho penal*, p. 25 ss. Para una perspectiva global de las posturas interaccionistas resulta especialmente interesante la exposición de ALEXY, *Teoría de la argumentación*, pp. 110 ss y 156 ss, acerca de los planteamientos de autores como *Habermas* o *Perelman*. Una defensa del consenso como objetivo del proceso en GRASNICK, «Wahres über die Wahrheit – auch im Strafprozeß», en WOLTER (ed.), *140 Jahre Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, Heidelberg, 1993, p. 55 ss.

[830] DÍEZ RIPOLLÉS, *Los elementos subjetivos*, p. 192. Sobre las influencias interaccionistas en las perspectivas normativas, *ibidem*, p. 276 ss. Un claro ejemplo de estos planteamientos en KLEB-BRAUN, *JA*, 1986, p. 313, quien afirma que el objetivo del proceso penal es «una representación de la verdad común a todos los que en él participan».

ción de los procesos psíquicos no es misión de la Ciencia del Derecho, ni tampoco le resulta posible a ésta»[831]. Las enormes dudas de este autor sobre la capacidad de la psicología para reconstruir fidedignamente los procesos psíquicos humanos, le llevaron afirmar abiertamente que

> cuando en el tipo de injusto parecen incorporarse requisitos como «voluntad», «intención» u otros fenómenos psíquicos, éstos deben simplemente interpretarse como factores externos que resulten recognoscibles de forma objetiva al juez y que admitan como posible la hipótesis de los fenómenos psíquicos en cuestión. Lo que el juez debe determinar en ciertos casos no es la verdadera voluntad o la verdadera intención que pertenecen al tipo de injusto —que en absoluto puede constatar—, sino que lo que debe determinar son circunstancias externas con base en las cuales el juez presume de forma jurídica determinados fenómenos psíquicos[832].

Desarrollos teóricos similares a los de *Kelsen* no se encuentran hasta tiempos mucho más recientes en trabajos de autores como *Krauß, Schild* o *Hruschka*, quienes abordan el estudio de la determinación procesal del dolo desde una perspectiva abiertamente normativa. Así, el primero de ellos, *Detlef Krauß,* lleva hasta sus últimas consecuencias lo sostenido en su momento por *Bockelmann,* y no sólo defiende que «la dogmática reduce la problemática psicológica del dolo y tipifica este concepto en la superficie de las categorías socialmente comprensibles del conocer y el querer», sino también, que «el problema de delimitación de dolo e imprudencia *es* un problema de valoración *social* de un determinado hecho psicológico expresado *objetivamente* en una acción»[833]. Según este autor, en una teoría de la culpabilidad retributiva (la que desde su punto de vista rige en los actuales sistemas penales) «no sirve como pauta el modelo *de* hombre (empíricamente verificable), sino el modelo de hombre prescrito en los juicios de valor de la comunidad»[834]. Las teorías retributivas se basan en una visión del individuo como persona social, como miembro de la comunidad y, en tal medida, sólo visiones preventivo-especiales requerirían de la plena investigación de la personalidad del sujeto[835]. Todo parece indicar, pues, que son las finalidades de la pena las que establecen con qué modelo de verdad debe trabajarse en el ámbito

[831] KELSEN, *Hauptprobleme*, p. 156.

[832] KELSEN, *Hauptprobleme*, p. 157. Las dudas de este autor sobre la capacidad de la psicología en *ibidem*, pp. 156-157.

[833] KRAUß, *Bruns-FS*, pp. 26-27. Este autor repite con insistencia la idea de que al Derecho penal —especialmente en el ámbito del proceso— sólo le interesa una reconstrucción esquemática del hecho que permita solucionar una situación conflictiva y no un análisis profundo de todos los elementos que en él concurren, como podría ser el objetivo de ciencias como la criminología; cfr. también EL MISMO, «Kriminologie und Strafrecht», en *Rechtswissenschaft und Nachbarnwissenschaften*, p. 255 y 257-258.

[834] KRAUß, *Bruns-FS*, p. 23 (cursiva en el original).

[835] KRAUß, *Bruns-FS*, p. 25.

del proceso y, en este sentido, la finalidad que auténticamente rige en la actualidad no requiere que la realidad psíquica del acusado se indague hasta el último detalle[836].

Según *Krauß*, cuando desde el Derecho penal se analiza el tipo subjetivo de un hecho perturbador, se juzga al sujeto de acuerdo con el patrón de lo que se considera un «hombre normal», planteándose la pregunta de qué habría conocido éste en la misma situación y circunstancias objetivas que el autor concreto. En tal sentido la real subjetividad del individuo no interesa, es decir, no importa si éste *realmente* conoció, sino si desde un punto de vista valorativo dicho conocimiento se habría dado en una persona normal[837]. Si la respuesta es afirmativa basta con ello para entender que existe un hecho objetiva y subjetivamente perturbador que se hace merecedor de la pena de los delitos dolosos. A grandes rasgos, pues, las ideas de este autor pueden resumirse con la frase de que al Derecho penal le basta con valorar un hecho como socialmente doloso para imponer la pena del dolo[838].

Según *Wolfgang Schild*, la definición tradicional de dolo como «conocer y querer» se ha ido desvirtuando de tal modo con el transcurrir de

[836] Afirma KRAUß, *Schaffstein-FS*, pp. 417-418, que «el hecho, como fundamento de la sentencia, ya desde un principio no se toma en consideración como un acontecimiento personal y social en toda su complejidad, sino que, por contra, la dogmática del Derecho material y la regulación del proceso se dedican deliberada y conscientemente a la "reducción de la complejidad"», una expresión tomada de *Luhmann*, de acuerdo con la cual la función de la dogmática es «la disminución "sistemática" de problemas». Según *Krauß*, el Derecho penal siempre se ve obligado a actuar en poco tiempo, pero suministrando a la vez puntos de orientación a los ciudadanos. Dichos puntos de orientación no se basan en la compleja y variada realidad, sino en la uniformidad de modelos ideales de acontecimientos sociales. «La justificación dogmática para este "déficit de realidad", la proporcionan las cláusulas generales de la igualdad en el Estado de Derecho y la calculabilidad *(Berechenbarkeit)*».

[837] Según KRAUß, *Bruns-FS*, p. 22, en un concepto de injusto que siga el modelo del finalismo se tiene que producir una objetivación del dolo, pues «su contenido viene establecido por las categorías valorativas de la observación social (...) el dolo se define, por así decirlo, hacia atrás: el suceso externo de una perturbación social marca su contenido, busca su correspondencia en el cuadro de representación del autor y pregunta si la dirección de la acción con el resultado de una perturbación social es el resultado de un proceso voluntario. La pregunta dirigida al contenido de la acción "¿lo hizo con voluntad?" propone justo lo contrario a un esclarecimiento psicológico de la estructura de la motivación, pues sólo exige como respuesta la explicación sobre si el autor (en sentido social) ha actuado de modo voluntario o lo ha hecho por descuido».

[838] KRAUß, *Schaffstein-FS*, pp. 418-419: «el hecho no se investiga sólo en sus condiciones y conexiones científicas comprensibles socialmente, sino en sus repercusiones entendidas como una perturbación experimentable por la generalidad del orden social». No parece alejado de estas últimas ideas SCHROTH, *Vorsatz als Aneignung*, p. 15, cuando sostiene que «la afirmación de que una acción ha sido dolosa significa, ante todo, que se interpreta como dolosa la orientación de la acción de un individuo». Por contra, se muestra crítico ZIEGERT, *Vorsatz*, p. 53, quien acusa a *Krauß* de «hacer de la necesidad virtud», al defender que a la dogmática le importa bien poco la realidad psicológica.

los años, que ya difícilmente puede seguir afirmándose que dichos datos se buscan como realidades psíquicas en la cabeza del sujeto, sino que han devenido un constructo normativo que se decide «en la cabeza de los juristas»[839]. Según este autor, la posibilidad de mantenimiento de la fórmula clásica pasa por abandonar la idea de que con ella se debe «encontrar» o «deducir indirectamente» un determinado dato psíquico; en realidad, de lo que se trata es de trabajar las diversas formas y estrategias de atribución de responsabilidad[840]. Sin embargo, *Schild* no aporta criterios concretos para determinar la concurrencia de dolo más allá de la exigencia de que en el acusado se constate «un determinado conocimiento de las circunstancias del suceso, un cierto pronóstico sobre el propio poder de actuación, una determinada decisión de actuación, una identificación específica con lo que va a suceder (aunque el autor haya deseado, anhelado o rezado para conseguir otro resultado), esto es, un "conocimiento" práctico que devenga "voluntad"»[841].

Mucho más explícito resulta, desde luego, el punto de vista de *Joachim Hruschka*, uno de los autores que acoge de modo más entusiasta la idea de que, cuando se afirma por parte de los tribunales que un determinado hecho se ha cometido dolosamente, no se constata realidad psíquica alguna[842]. La vía que sigue este autor para llegar a tal conclusión pasa por analizar en detalle la verdadera naturaleza de la prueba de indicios, para así demostrar cómo el planteamiento psicológico no rige en la práctica. *Hruschka* plantea el siguiente ejemplo:

> el acusado, vendedor en una tienda de armas, adulto, sin ningún problema psíquico y con una agudeza visual normal (no corto de vista), fue observado por testigos dignos de crédito sosteniendo una escopeta de caza en dirección a la posterior víctima. Ésta se encontraba dentro del campo de visión del acusado, sin que objeto alguno obstaculizara su capacidad visual. Dicho acusado cargó el fusil y accionó el gatillo, saliendo una bala que alcanzó a la víctima en el corazón, muriendo ésta en el acto. En el proceso el acusado se niega a declarar (...) su defensa alega que actuó sin dolo porque *no sabía* que con la bala fuera a matar o lesionar a alguien[843].

[839] SCHILD, en *Psyche-Recht-Gesellschaft*, pp. 132-133. Según este autor el proceso de desnaturalización de la definición del dolo es atribuible a construcciones doctrinales como la valoración paralela en la esfera del profano o la co-consciencia, en la vertiente cognitiva, y las diversas teorías del dolo eventual, en el aspecto volitivo.

[840] SCHILD, en *Psyche-Recht-Gesellschaft*, pp. 135-136. Tales ideas ya se expresan en EL MISMO, *AK-StGB*, previo al § 13, n.º marg. 168, donde se afirma que la voluntad en sentido jurídico-penal no es un hecho psíquico, sino «un concepto de reflexión relativo a la responsabilidad».

[841] SCHILD, en *Psyche-Recht-Gesellschaft*, p. 136.

[842] El trabajo donde este autor desarrolla de forma más detallada su punto de vista es HRUSCHKA, «Über Schwierigkeiten mit dem Beweis des Vorsatzes», *Kleinknecht-FS*, Múnich, 1985, p. 191 ss. En España CUELLO CONTRERAS, *El Derecho penal español*, p. 510, muestra un especial interés por este trabajo, cuya argumentación califica de «persuasiva».

Para rechazar la pretensión de la defensa y condenar por homicidio, entiende *Hruschka* que, a falta de ulteriores pruebas, cualquier tribunal argumentaría de la siguiente manera:

> un adulto centroeuropeo normal sabe por regla general, y más aun si despacha en una tienda de armas, qué es una escopeta, cómo debe manejarse y cómo disparar a un blanco. Sabe, igualmente, que un disparo contra otra persona es peligroso para ésta y, según en qué circunstancias, incluso peligroso para su vida. Por todo ello debe concluirse que el acusado, que cumple todos y cada uno de estos requisitos, fue consciente de la peligrosidad de su comportamiento para la vida de la víctima.

Es evidente que en estos casos el hecho puramente interno «conocimiento» se deduce por completo de circunstancias externas[844]. *Hruschka* considera que los antiguos argumentos *ex re* han desaparecido formalmente del actual lenguaje jurídico, pero siguen siendo utilizados por los tribunales y por todas las personas en la vida cotidiana:

> cuando alguien palidece y empieza a temblar, deducimos que tiene miedo (...) cuando alguien lanza flechas en dirección a un diana y siempre acierta en el punto central, deducimos que está apuntando y que tiene, por tanto, la intención de enviar la flecha al centro de la diana. Estos ejemplos podrán parecer extravagantes a muchos lectores (...) pero no sucede nada distinto cuando en un caso deducimos a partir de elementos "externos" que el acusado fue consciente de su hecho y de sus circunstancias relevantes y que, por tanto, actuó dolosamente[845].

Según este autor, «aunque las confesiones o las circunstancias "externas" sean o puedan ser (meros) indicios para afirmar el dolo, ninguno de estos indicios es un indicio *bastante* para dicha afirmación, por lo que se plantea entonces la pregunta sobre en qué medida un cúmulo de indicios insuficientes puede aportar la "prueba" del dolo», pues «los simples indicios siguen siendo simples indicios, por mucho que se acumulen»[846]. Desde su perspectiva, debe reflexionarse sobre la idea de que «no "existen" hechos dolosos como tales, es decir, en el mismo sentido en que "existen" hechos "externos". "Existen" en tan escasa medida como "existe" la voluntad o la libertad humana, las acciones, la responsabilidad o la culpabilidad. Nos parecerá aun más sencillo si pensamos en que ningún científico natural, *en tanto que tal*, daría con estas co-

[843] HRUSCHKA, *Kleinknecht-FS*, p. 194 (cursiva en el original).

[844] Cfr. HRUSCHKA, *Kleinknecht-FS*, p. 194.

[845] HRUSCHKA, *Kleinknecht-FS*, p. 197.

[846] HRUSCHKA, *Kleinknecht-FS*, p. 200 (cursiva en el original).

sas»[847]. Concluye *Hruschka* afirmando que, «como todo lo espiritual, tampoco el dolo se determina y prueba, sino que *se imputa*. El juicio que emitimos al decir que alguien ha actuado dolosamente no es un juicio descriptivo, sino *adscriptivo*»[848].

b) Posturas normativas en la jurisprudencia del Tribunal Supremo

En la inmensa mayoría de las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo español no se aprecia una especial preocupación por los problemas teóricos que plantea la determinación procesal del dolo. En este ámbito, como ya se ha apuntado, la jurisprudencia suele partir de que el conocimiento en que se asienta la imputación dolosa es un dato psíquico oculto en la conciencia del sujeto, aunque ello no impide que éste pueda ser deducido o inferido a través de la prueba de indicios. Por regla general, el Tribunal Supremo no suele dar una gran importancia al margen de error que se asume en toda reconstrucción de hechos psíquicos a través de indicios objetivos y, en cualquier caso, considera que el criterio decisivo es la convicción del juez mientras ésta no resulte arbitraria[849].

[847] HRUSCHKA, *Kleinknecht-FS*, pp. 200-201 (cursiva en el original) donde se añade la idea de que «en la terminología del *Wittgenstein* tardío: libertad, acciones, responsabilidad, culpabilidad y dolo no aparecen en el *sprachspiel* del científico natural y, por tanto, no los podemos tratar como hechos y tranquilizarnos pensando que son hechos especiales o hechos internos». GRASNICK, *Über Schuld, passim*, emplea argumentos similares en el ámbito de la culpabilidad. Muy interesantes también las consideraciones de KINDHÄUSER, «Der Vorsatz als Zurechnungskriterium», *ZStW*, 96 (1984), p. 5 ss. Crítico con *Hruschka*, SCHÜNEMANN, *Chengchi Law Review*, 50 (1994), p. 274 (nota 37), quien afirma que «las dificultades de la prueba procesal no pueden confundirse con la no existencia de la realidad misma».

[848] HRUSCHKA, *Kleinknecht-FS*, p. 201 (cursiva en el original). Añade este autor que «los defensores del *dolus ex re* lo habían visto y sólo resulta errónea su interpretación del *dolus ex re* como una conclusión sobre la prueba de hechos "internos" a partir de hechos "externos"». De acuerdo con estas ideas, MÄRKER, *Vorsatz und Fahrlässigkeit*, pp. 237-238 y DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, p. 72: «dado el carácter subjetivo del elemento conocimiento y dada la imposibilidad de constatación empírica, éste deberá ser imputado al sujeto en base a los datos externos o indicadores que sí se prestan a este tipo de constatación». En idéntico sentido, *ibidem*, p. 54: «los elementos que conforman el dolo no pueden ser investigados y probados, sino sólo imputados». En línea similar, SCHROTH, *Vorsatz als Aneignung*, p. 1, afirma que los enunciados acerca del dolo de otra persona no deben ser observados como juicios teóricos sobre cómo es una realidad presente o pasada, sino como juicios prácticos que indican cómo debe ser interpretada la conducta de nuestros semejantes. JAKOBS, «Sobre el tratamiento de los defectos volitivos y de los defectos cognitivos», trad. C.J. Suárez González, en *Estudios de Derecho penal*, Madrid, 1997, p. 139 (nota 18), critica a *Hruschka* que «esta adscripción se produce como consecuencia de "circunstancias externas", "de hechos objetivamente constatados" y de ahí que presente una vinculación naturalística». VOLK, *Arthur Kaufmann-FS*, p. 617 (nota 33), afirma que la idea de *Hruschka* de la imputación del dolo sólo es «la verdad a medias». Cfr., asimismo, MYLONOPOULOS, *ZStW*, 99 (1987), pp. 687-688.

[849] Un ejemplo especialmente ilustrativo de estas ideas en la STS de 21 de febrero de 1994 (A 1551, ponente Soto Nieto), en la que se afirma que determinados datos objetivos

Por estos motivos, tiene un notable interés la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de julio de 1987, en la que este Tribunal reconoce que, en la indagación de un hipotético *animus necandi*, «no es posible utilizar un método "ad intra" tratando de penetrar e interiorizar en el intelecto del agente», sino que debe emplearse «un método "ad extra", acudiendo y atendiendo a los actos exteriorizativos de esa incógnita intención que tengan naturaleza objetiva y que permitan, dentro de la fiabilidad del criterio humano, con la menor posibilidad de errar, llegar a la conclusión de si, el sujeto activo, en la ocasión de autos, actuó guiado por un *animus necandi*»[850]. En una línea similar, en su sentencia de 21 de febrero de 1987 el citado Tribunal habla explícitamente de «imputación» del *animus necandi*, de la imposibilidad de contar con un «conocimiento empírico directo» de los propósitos de un sujeto y del recurso a los indicios objetivos y a las «reglas del sano criterio» como «una deducción razonablemente firme no equiparable, sin embargo, a la absoluta certeza»[851].

La dinámica general de la jurisprudencia encuentra probablemente su más notable excepción en la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de julio de 1989[852]. Dentro de la fundamentación jurídica de esta resolución se afirma que «el *desideratum* del principio de culpabilidad básico en materia de Derecho Penal sería el poder determinar el individual estado de consciencia o intencional de la persona a quien se impute un delito», pero «ello es imposible en el actual momento histórico y grado de desarrollo de las ciencias del conocimiento». A juicio del Tribunal, «razones de seguridad jurídica colectiva, en tanto en cuanto el adelanto de la ciencia no permita un mayor conocimiento de lo que pasa en la mente de una persona», hacen necesario acudir a otros criterios, «aun a sabiendas de lo erróneo y, en consecuencia arbitrario, que en ocasiones puedan resultar los juicios de valor que se formulen». En este sentido, la única manera de «inferir tales elementos anímicos es atender a los datos objetivos sensorialmente perceptibles», acudiendo «a consagradas fórmulas generales de mensuración, como son las acuñadas en los conceptos más o menos tópicos como son v.g. "la diligencia de un buen padre de familia", la conducta que seguiría "el hombre medio" etc.», o juzgando «la conducta del inculpado por lo que en análoga situación conocería cualquier persona normal».

son «estimables referencias capaces de reconducirnos al estado anímico del sujeto, permitiendo pasar de la apreciación del haz de datos objetivos y externos, desentrañando su verdadera y oculta significación, al conocimiento de la actitud psicológica del infractor y de la auténtica voluntad alumbradora e impulsora de sus actos».

[850] A 5550, ponente Vivas Marzal.

[851] A 1276, ponente Jiménez Villarejo.

[852] A 6243, ponente García Miguel. La defensa de un condenado por rufianismo recurrió en casación alegando que su representado había incurrido en un error de prohibición.

En el texto de esta resolución se plasman ideas ya puestas en evidencia por algunos de los autores mencionados en el subapartado anterior. Ante todo, tiene un especial interés la idea de que determinadas necesidades colectivas obligan a acudir a criterios de determinación de los elementos subjetivos que incorporan un cierto margen de error con respecto a la que fuera realidad psíquica del sujeto activo[853]. Este modo de ver las cosas, como se mostrará seguidamente, no está exento de puntos críticos. Sin embargo, debe reconocerse que, en cualquier caso, en esta sentencia se consigue describir con una elogiable honestidad científica la disyuntiva en que se encuentra todo aplicador jurídico en el momento de constatar la efectiva concurrencia de determinados elementos de naturaleza subjetiva.

IX.4. ASPECTOS PROBLEMÁTICOS DE LAS CONCEPCIONES NORMATIVAS

En toda propuesta teórica basada en ideas como las expuestas en los subapartados anteriores es posible encontrar dos puntos especialmente problemáticos: el primero de ellos afecta a la legitimidad de tales ideas; el segundo a sus condiciones concretas de aplicabilidad. Los *problemas de legitimidad* que plantean las concepciones normativas de la «determinación del dolo» son evidentes. Aunque probablemente los autores que las defienden estén describiendo de forma correcta cómo se realiza la determinación de los *hechos subjetivos* en la actual práctica del proceso penal, éste no es un argumento por sí solo convincente para afirmar, desde un plano teórico, que deba ser también éste el modelo ideal de funcionamiento. Defender que los objetivos del proceso no sólo *son*, sino que también *deben ser*, la «verdad social» o la «verdad construida», plantea el problema de que se admiten por principio posibles divergencias entre dichas «verdades» y la realidad efectivamente acaecida. Ello implica que en toda condena se asume conscientemente un riesgo de error y, por tanto, de instrumentalización del condenado, una afirmación inquietante sobre cuya legitimidad se plantean serias dudas.

El segundo problema surge a raíz de algunas afirmaciones de *Krauß, Schild* o *Hruschka* y no viene dado tanto por lo que puede considerarse un desarrollo teórico erróneo, como por un *desarrollo teórico incompleto*. En efecto, para que un planteamiento normativo resulte aceptable, no basta con afirmar que el dolo no se determina acreditando un dato psíquico, sino que se imputa: además debe explicitarse con base en

[853] Unas ideas que, en cierto modo, se expresan también en argumentos esgrimidos por el Tribunal Constitucional en algunas de sus sentencias. Cfr., al respecto, *infra* nota 861.

qué criterios debe llevarse a cabo dicha imputación y por qué deben utilizarse éstos y no otros. Estas ideas pueden hacerse extensivas a los argumentos empleados en la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de julio de 1989 citada en el subapartado anterior. También en referencia a esta concreta resolución lo que debe analizarse es si las valoraciones de datos objetivos en que se asienta la «determinación del dolo» deben implicar siempre un cierto grado de arbitrariedad, como sostiene el propio Tribunal.

Al análisis de estos dos tipos de problemas —relativos a la legitimidad y a la aplicabilidad de las concepciones normativas— se dedican los siguientes apartados, en los que deberá prestarse una especial atención a algunas de las propuestas teóricas defendidas para su superación.

A) Problemas de legitimidad

A.1. Planteamiento

Así como nadie parece atreverse a discutir la plena legitimidad teórica de los planteamientos psicológicos sobre la «determinación del dolo», sino sólo su aplicabilidad, a quienes pretenden apartarse de éstos se le achaca, como crítica fundamental, déficits de legitimidad en su postura[854]. *Muñoz Conde*, por ejemplo, afirma que «cualquier tipo de valoración (sea puramente normativa o producto de planteamientos psicológico-colectivos o interaccionistas) tiene que partir de la realidad psíquica a que se refieren los elementos subjetivos», porque ésta es la única manera de «evitar aberraciones»[855]. El hecho de que las perspectivas normativas renuncien a la subjetividad del autor penal y empleen criterios de corte objetivo, como el sentido social de la conducta realizada, también es una fuente de críticas. Así, afirma *Ecker* que «toda objetivación significa un acercamiento al Derecho penal del resultado y hace presagiar un conflicto con el principio de culpabilidad»[856].

En esta misma línea, las críticas no sólo pueden dirigirse a la objetivación de los criterios de atribución del dolo, sino también contra el modelo ideal de sujeto con el que, en palabras de *Krauß,* trabajan las

[854] DÍEZ RIPOLLÉS, *Los elementos subjetivos*, p. 300, entiende que, además, el punto de vista normativo «carece de una fuente metodológica única ajena a la propia reflexión dogmática jurídico-penal a la que reconducirse».

[855] MUÑOZ CONDE, prólogo a DÍEZ RIPOLLÉS, *Los elementos subjetivos*, p. 13. Añade el primer autor (*ibidem*) que «cualquier construcción jurídica al margen de o fingiendo la realidad es grave fuente de arbitrariedades y deja la puerta abierta a la mayor inseguridad, científica y jurídica». Otros argumentos en defensa de la idea de que sólo los planteamientos psicológicos cuentan con una plena legitimidad en *supra* VII.2.

[856] ECKER, *Verwendung und Feststellung*, p. 92.

instancias aplicadoras del Derecho penal[857]. Así, por ejemplo, *Reinhart Lempp* entiende que dichas instancias operan con un modelo de sujeto «mentalmente sano», que en todo momento conserva el «dominio sobre sus determinaciones», un modelo que, sin embargo, raras veces concurre en la práctica. Yendo incluso más allá, según este autor la alternativa entre individuo «psíquicamente sano y, por tanto, en condiciones de cumplir las exigencias normativas de capacidad de comprensión y control, o psíquicamente enfermo y, en consecuencia, con nula o escasa capacidad de comprender y controlarse, resulta *simplemente irreal*»[858]. También esta visión simplificada del hombre es una manifestación más del objetivismo de las visiones normativas: éstas no se basan en un modelo individualizado de persona a la que vayan a tomarse en cuenta todas las peculiaridades psicológicas, sino en un patrón objetivo basado en la figura del *hombre racional medio*, cuya concurrencia se presume en todos aquellos sujetos capaces de culpabilidad[859].

Evidentemente, cualquier objetivación implica un cierto alejamiento de la auténtica realidad subjetiva del acusado que, a su vez, incorpora un lógico margen de error entre los resultados del juicio objetivo de atribución y la auténtica realidad psíquica del individuo. La principal base para legitimar tal margen de error a la que suelen acudir los planteamientos normativistas es la necesidad de que el Derecho penal no deje de producir determinados efectos: puesto que la realidad efectivamente acaecida no puede conocerse o, por lo menos, en su conocimiento nunca se desvanecen todas las dudas, nunca podría llegarse a una condena, aunque sólo fuera por la vigencia del *in dubio pro reo*. Ello llevaría, como afirma *Freund,* «a convertir el Derecho penal en un instrumento inefectivo para el control social»[860]. La consecuencia que de aquí se extrae es evidente: si quiere atribuirse al Derecho penal algún tipo de posibilidad de intervenir efectivamente en la sociedad, no sólo debe renunciarse a la búsqueda de la «realidad psicológica», sino que debe aceptarse que, en el ámbito del proceso, y por lo que respecta a los elementos subjetivos, basta con determinar «algo distinto» a ciertos fenómenos psíquicos pretéritos acontecidos en el fuero interno del acusado.

[857] Sobre el planteamiento de *Krauß*, cfr. *supra* IX.3.B.2.a.

[858] LEMPP, *Jugendliche Mörder*, p. 198 (cursiva en el original).

[859] Cfr., en este sentido, las críticas que se formulan a este modelo ideal desde el punto de vista de las ciencias empíricas en PLATZGUMMER, *Die Bewußtseinsform des Vorsatzes*, p. 35 ss. Véase igualmente SESSAR, *Rechtliche und soziale Prozesse*, pp. 216-217, donde se defiende la idea de que en los interrogatorios a los acusados de homicidio se parte también de un modelo de sujeto racional que no necesariamente se corresponde con la realidad del acusado en el momento de comisión de los hechos.

[860] FREUND, *Normative Probleme*, p. 6. Algo ya advertido por LÖFFLER, *ÖZSt*, 1911, p. 145: una aplicación estricta de la prueba de los *facta interna* no permite ir mas allá, en la inmensa mayoría de los casos, de la apreciación de un delito imprudente.

Una vía para dotar de legitimidad a la perspectiva normativa puede pasar, como ya se ha apuntado, por la idea de que, si no se renuncia a la realidad psicológica como objetivo del proceso, el Derecho penal devendría inefectivo y los perjuicios que se derivarían de tal inefectividad para el conjunto de la sociedad serían globalmente superiores a los que pueden causarse imputando dolo a algunos sujetos que, tal vez, no hayan contado de un modo efectivo con los conocimientos requeridos por semejante título de imputación[861]. Este argumento de defensa social, sin embargo, no consigue eliminar el riesgo de que en determinados casos concretos la instrumentalización persista: los beneficios sociales que (pretendidamente) reporta la imposición de la pena son satisfechos (y a qué precio) sólo por unos pocos sujetos, cuya designación obedece a criterios que se antojan, si no necesariamente arbitrarios, sí inadecuados desde el punto de vista del respeto a la dignidad del individuo. La crítica de la instrumentalización permanece como un escollo especialmente problemático para las perspectivas normativas. En palabras de *Sessar*, un Derecho penal que delinea los conceptos en que se asienta el dolo prescindiendo de una base psicológica, crea únicamente «instrumentos de retribución por el hecho cometido», de dudosa legitimidad y validez en sistemas que se declaran respetuosos con la dignidad de la persona[862].

En el ámbito del dolo, a todas estas críticas subyace un temor: renunciar a la real subjetividad del autor como punto de referencia para la constatación del conocimiento entraña el peligro de que, en un número mayor o menor de supuestos, pueda llegar a afirmarse que un sujeto conoció (o quiso) algo que *realmente* no conoció (ni quiso). La idea es expresada con especial plasticidad por *Freund*:

> dado que las normas sancionadoras sólo prevén la pena para el caso en que realmente se hayan dado sus requisitos fácticos, cualquier renuncia al ideal de la reconstrucción absolutamente segura de la verdad material acarrea desde un principio un determinado *riesgo de juicio erróneo*. Esta resignación consciente a la condena de inocentes requiere, por encima de todo, *legitimación*[863].

[861] Conviene volver a citar los argumentos sostenidos en la STC 174/1985 de 17 de diciembre (ponente Segura Latorre): «la prueba directa es más segura y deja menos márgenes a la duda que la indiciaria. Pero es un hecho que en los juicios criminales no siempre es posible esa prueba directa por muchos esfuerzos que se hagan para obtenerla. Prescindir de la prueba indiciaria conduciría, en ocasiones, a la impunidad de ciertos delitos y, especialmente de los perpetrados con particular astucia, lo que provocaría una grave indefensión social».

[862] SESSAR, *Rechtliche und soziale Prozesse*, p. 216.

[863] FREUND, *Normative Probleme*, p. 1 (cursiva en el original). Cfr., igualmente, *ibidem*, p. 58.

Añade este autor que «el problema del riesgo de juicio erróneo tiene una especial entidad en la comprobación de hechos psíquicos ajenos. En este ámbito, como en ningún otro de los referentes a la "averiguación de los hechos", la renuncia a la comprobación de la verdad material es especialmente palpable, así como el riesgo de un juicio erróneo»[864]. Sin embargo, no debe perderse de vista que el riesgo de error es algo común a toda la actividad judicial en el momento de fijación de los hechos probados[865].

La idea del «riesgo de juicio erróneo» expresada por *Freund* resulta muy ilustrativa y permite centrar claramente dónde radican los problemas de legitimidad de las concepciones normativas del proceso en general y, en particular, de la determinación procesal del dolo. Este mismo autor, y otros como *Andreas Hoyer* o *Ulrich Stein*, han intentado en los últimos tiempos aportar argumentos que permitan legitimar la aceptación consciente de dicho riesgo por parte de los aplicadores del Derecho. La característica común a todos estos autores es que en sus trabajos desaparece el temor a llamar a las cosas por su nombre y a admitir sin tapujos que a la eficacia del Derecho penal le es inherente un cierto margen de error. Aceptar en el plano teórico lo que en realidad no es otra cosa que, simplificando, *el riesgo de condena de posibles inocentes*, parece mucho menos atractivo que hablar de «verdad material» o de «realidad psicológica». Sin embargo, resulta mucho más ajustado a las limitadas capacidades de conocimiento de los intervinientes en el proceso, a la praxis cotidiana y, por tanto, al *auténtico* Derecho penal.

[864] FREUND, *Normative Probleme*, p. 3. Cfr. la afirmación de que en toda práctica de la prueba existe una «fuente adicional de errores» en KUSCH, *Der Indizienbeweis des Vorsatzes*, pp. 3-4. La idea de la existencia de un riesgo de error también es compartida por WALTER, *KrimJ*, 1981, p. 210, quien entiende que no puede eliminarse el problema que supone el hecho de que la determinación de fenómenos psíquicos (en concreto, los motivos) se lleva a cabo mediante una reconstrucción *a posteriori* que no tiene por qué corresponderse con los hechos psíquicos que realmente se han dado.

[865] Como afirma SERRA DOMÍNGUEZ, *Estudios*, p. 710, ningún tipo de prueba asegura un resultado exacto, «estando ínsita la posibilidad de error a todo juicio humano». La idea de que el riesgo de error es más elevado en la determinación procesal de los elementos subjetivos del delito responde sólo a una intuición, pues el cálculo de márgenes concretos de error requeriría cotejar los resultados obtenidos con la realidad efectivamente acaecida, una tarea que no se tiene por posible. Sobre el margen de error de la actividad probatoria en general, cfr. FRAMARINO DEI MALATESTA, *Lógica*, p. 43: «certeza en materia criminal no es más que la probabilidad, puesto que siempre queda un margen de error». MIRANDA ESTRAMPES, *Mínima actividad probatoria*, p. 59, admite que dicho margen, como en todas las actividades humanas, tampoco puede eliminarse en la acción de la justicia.

A.2. Intentos de superación

a) El planteamiento de Georg Freund

Georg Freund es, hasta el día de hoy, el autor que de un modo más exhaustivo ha abordado la problemática de la determinación procesal de los elementos subjetivos del delito, tratando de aportar una propuesta teórica completa y convincente para su resolución[866]. Según este autor, en prácticamente toda determinación procesal de los hechos psíquicos en que se basa el dolo existe un riesgo de error, de tal modo que una aplicación estricta del principio *in dubio pro reo* debería llevar a absolver siempre y en todo caso y, en tal medida, el Derecho penal devendría un instrumento totalmente inefectivo para el control social[867]. Desde su perspectiva, el que pueda considerarse legítimo dictar condenas por delito doloso depende de que se cumplan dos condiciones básicas: en primer lugar, que se trate de reducir hasta donde sea posible las eventuales divergencias entre los hechos que se dan por probados y los hechos efectivamente acaecidos. En segundo lugar, que se consiga legitimar normativamente la posibilidad de condenar pese al inevitable riesgo de error que, en cualquier caso, siempre va a permanecer[868].

Según *Freund*, dentro de las reglas de experiencia que se utilizan en el ámbito de la prueba indiciaria cabe distinguir, por un lado, los enunciados que declaran *segura* la existencia de una realidad a partir de la prueba de determinados indicios y, por otro, aquellas reglas que establecen que, dados ciertos indicios, la existencia de un hecho sólo se considera *probable*[869]. El principal problema de estas últimas reglas —que son

[866] FREUND, *Normative Probleme der «Tatsachenfeststellung»*, Heidelberg, 1987. STEIN, en *Zur Theorie und Systematik*, p. 233 (nota 2), considera injusta la escasa atención que hasta el momento presente ha merecido, incluso en Alemania, el trabajo de su colega *Freund*.

[867] FREUND, *Normative Probleme*, p. 6. Igualmente parecen dirigirse en tal sentido las consideraciones de KLEB-BRAUN, *JA*, 1986, p. 312; FERRAJOLI, *Derecho y razón*, p. 149 y LOOS, en *Rechtswissenschaft und Rechtsentwicklung*, p. 268: «la clase de problema con que se encuentra la praxis jurídico-penal se hace evidente cuando se advierte que la psique ajena no resulta accesible a la experiencia inmediata. Por este motivo, el cumplimiento literal de dos principios pertenecientes a nuestra justicia penal —el principio material de culpabilidad y el principio procesal "in dubio pro reo"— comporta el riesgo de convertir el Derecho penal en un instrumento ineficaz para el control social, a no ser que se quiera transformar el principio de culpabilidad en algo meramente abstracto».

[868] FREUND, *Normative Probleme*, p. 58, habla explícitamente de la necesidad de legitimar «un riesgo consciente (permitido) de condena de inocentes».

[869] Trasladado al ámbito del dolo, estos últimos son los enunciados en que se afirma que *por regla general*, dado el hecho A el sujeto conoce B; cfr. FREUND, *Normative Probleme*, p. 17 y *supra* VII.3.C.2. Como afirma FREUND, *ibidem*, pp. 18-19, cuando el juez trabaja de modo sucesivo con reglas de las que sólo se desprende probabilidad, lo único que hace es ir acumulando probabilidades. Un problema añadido es que para la gran mayoría de reglas de experiencia no existe una cuota de exacta probabilidad, sino que lo

mayoría en la práctica— radica en que no permiten alcanzar aquel grado de certeza sobre la existencia de un determinado hecho que en principio exige toda condena: con su empleo no se descarta la posibilidad de que el caso concreto que se está enjuiciando sea uno los supuestos que cae dentro de lo considerado improbable[870]. De todos modos, si se profundiza un poco más en la naturaleza de estas últimas reglas, se advierte que el hecho de que no conduzcan a resultados seguros se debe, sencillamente, a que su vigencia general está sujeta a posibles excepciones.

Evidentemente no es posible poner por escrito todas las excepciones que puede tener una regla de experiencia en abstracto, pero *Freund* considera que ello sí es factible en referencia a un caso concreto. En este sentido, la tarea que compete al juez es formular posibles alternativas a determinadas hipótesis de probabilidad y verificar si, analizadas dichas alternativas en el caso concreto, la hipótesis se mantiene o se refuta: el método a seguir consiste, según *Freund,* en la *exclusión de alternativas*[871]. Para que ello sea posible, debe llevarse a la prueba de indicios todas las circunstancias objetivas que puedan ser relevantes para excluir una determinada hipótesis de probabilidad, tanto las referidas a la situación fáctica, como a la personalidad del acusado[872].

La aplicación del método de eliminación de alternativas puede llevar a diversos resultados[873]. Básicamente puede distinguirse entre aquellos casos en que consigue descartarse todas las excepciones posibles a la regla y aquellos otros en que, o bien siguen siendo imaginables explicaciones alternativas, o el sentido de los resultados a los que se llega no resulta inequívoco. En la primera situación —*a priori* óptima— permanecen, no obstante, dos interrogantes[874]: la duda filosófica (aquélla según la cual estrictamente no es posible conocer nada) y la posibilidad de que en el futuro se descarte lo que hoy se consideran conocimientos seguros[875]. En los supuestos en que ni siquiera haya conseguido eliminarse todas las explicaciones posibles, la permanencia de dudas es, desde luego, todavía más evidente, y éstas van más allá de las dos citadas.

Freund entiende que la posibilidad de condenar pese a la existencia de un riesgo de error sólo puede aceptarse si existen reglas que obliguen al juez a no dar relevancia a determinadas dudas. Deben existir, por tanto, unas *normas de decisión* que excluyan ciertas dudas del ámbito de vigencia del *in dubio pro reo*[876]. El autor analiza las características que, desde un punto de vista normativo, deben reunir tales normas y llega a la conclusión de que éstas deben cumplir, básicamente, dos requisitos: en primer lugar, el riesgo de error que se asuma no puede acarrear el peligro de que la imposición de la pena genere efectos negativos desde un prisma especial o general-preventivo[877]; en segundo lugar, debe poder hacerse responsable de tal riesgo al mismo acusado, pues sólo en este caso no se le estará tratando como un simple objeto del proceso, sino como un sujeto que debe ser tomado en serio[878].

único que puede afirmarse es que existen posibles excepciones a la regla, sin que tampoco sea posible cuantificar su número.

[870] FREUND, *Normative Probleme*, pp. 20-21.

[871] FREUND, *Normative Probleme*, pp. 22-23. La eliminación de alternativas consiste, expresado con otras palabras, en plantearse las posibles excepciones a una regla y, seguidamente, comprobar en el caso concreto si concurren los presupuestos fácticos en que se basan tales excepciones. Se muestra de acuerdo con la idea de que para la constatación del tipo subjetivo debe recurrirse a la eliminación de alternativas, FRISCH, *K. Meyer-GS*, p. 560. Por su parte, DÍEZ RIPOLLÉS, *Los elementos subjetivos,* p. 324, entiende que el método por el que aboga *Freund*, «presenta la ventaja de resultar coherente con la tendencia jurídico-penal a hacer aproximaciones por vía negativa, esto es, por vía excluyente, a la realidad, cuando se aprecian dificultades para acceder a ella». En la doctrina española MUÑOZ SABATÉ, *Técnica probatoria*, pp. 250-251, parece postular un método parecido al propuesto por *Freund.*

[872] FREUND, *Normative Probleme*, p. 41; no obstante, afirma este autor que ello no parece posible en aquellos procesos en que, por motivos de tiempo o costes, no sea posible una reconstrucción exhaustiva de la base objetiva. Dicha imposibilidad también necesita de legitimación normativa. *Freund* (*ibidem*, pp. 42-43) tampoco pasa por alto que no todo método es legítimo para obtener tales circunstancias objetivas y que legalmente existen una serie de prohibiciones sobre la práctica y la valoración de determinadas pruebas, lo que supone un segundo momento de quiebra respecto a la exigencia de que se averigüe la verdad material.

[873] Cfr. FREUND, *Normative Probleme*, pp. 44-46.

[874] Cfr. FREUND, *Normative Probleme*, pp. 56-57. Más adelante (*ibidem*, p. 58), este autor reconoce que la situación óptima «en el ámbito del tipo subjetivo normalmente no se satisface». Ideas de este tipo ya pueden encontrarse en la jurisprudencia del *Reichsgericht*; cfr. al respecto A. SCHMIDT, *Grundsätze*, pp. 79-80.

[875] Acerca de los interrogantes citados *supra* resultan especialmente interesantes las consideraciones de SILVA SÁNCHEZ, en *Política criminal y nuevo Derecho penal*, pp. 27-28: «no se puede descartar que en esa representación acerca de cómo *es* la realidad se interfiera un juicio (normativo) acerca de cómo dicha realidad *debería ser*», atribuible a que el acceso del hombre a dicha realidad «nunca es objetivo, sino subjetivo y parcial». MITTERMAIER, *Tratado*, p. 77, sostiene que «un amigo severo de la verdad deberá reconocer que la certeza, con la que debe forzosamente contentarse, no se exime del vicio de la humana imperfección, y que siempre puede ser suponible lo contrario de lo que admitimos como verdadero. Siempre, en fin, la imaginación fecunda del escéptico, lanzándose en lo posible, inventará cien motivos de duda». F. STEIN, *El conocimiento privado*, p. 28, afirma que «querer lograr la absoluta exclusión de la duda, es algo que se prohíbe a sí mismo toda persona que haya seguido la historia del saber humano». Respecto a la posibilidad de futuros cambios en el conocimiento, cfr. FRAMARINO DEI MALATESTA, *Lógica*, p. 86: «lo que falsamente aparece como increíble ante la ignorancia de una generación, puede presentarse exactamente como creíble a los conocimientos de la generación posterior».

[876] FREUND, *Normative Probleme*, pp. 59-61. La idea se repite en el comentario de este autor a la sentencia del OLG de Colonia de 14 de diciembre de 1988 (*StV*, 1989, p. 156), en *StV*, 1991, p. 25, donde se afirma que «pese a la existencia de dudas perfectamente determinadas, existen normas jurídicas que deciden sobre si deben darse o no por constatados determinados hechos».

[877] Cfr. FREUND, *Normative Probleme*, pp. 64-66.

[878] Cfr. FREUND, *Normative Probleme*, pp. 69-70. Entiende este autor (*ibidem*, pp. 65-67), que una condena pese al riesgo de error sólo es legitimable si la concreta atribución

En relación con el primer requisito, afirma *Freund* que las condenas pese a la permanencia de la duda filosófica no atentan contra la idoneidad o la necesidad de la pena para el mantenimiento del orden social y que, al contrario, una renuncia general a condenar que se basara en la duda filosófica llevaría a un deterioro de las condiciones de la vida en común: el Estado debería abandonar su función de protección, lo que no sólo afectaría a la colectividad, sino también al concreto individuo condenado bajo duda. Además, la duda filosófica es inmanente al principio de culpabilidad y no por ello la Constitución deja de formularlo. En definitiva, el Derecho debe renunciar a tomar en consideración esta duda si no quiere abandonar su condición de Derecho, por lo que *Freund* entiende que existe una norma de decisión que obliga al juez a condenar pese a ella[879]. Los mismos argumentos sirven para aceptar que se condene pese a los interrogantes que plantea la duda sobre si futuros desarrollos científicos van a invalidar conocimientos que hoy en día se tienen por seguros[880]. Sin embargo, con estas afirmaciones sólo se legitiman las condenas en que haya conseguido descartarse todas las posibles excepciones a la regla de experiencia empleada en la prueba de indicios.

Respecto a los casos en que permanezcan dudas pese a haberse intentado descartar todas las explicaciones posibles y, además, la incertidumbre sobrepase la mera duda filosófica o la relativa a futuros desarrollos científicos, *Freund* entiende que el riesgo de error sólo es legitimable si, de algún modo, éste puede ser imputado al acusado. Esto sucederá en aquellos supuestos en que a éste le haya sido exigible y posible aportar al proceso circunstancias que pudieran beneficiarle y no lo haya hecho[881]. El autor lo explica con un ejemplo: se juzga a alguien por haber marchado de una gasolinera-autoservicio sin haber pasado antes por caja (hechos probados indiscutidos). Una de las explicaciones que permitiría excluir el dolo sería aquélla según la cual el acusado simplemente olvidó que tenía que pagar. Entiende *Freund*, que si el sujeto no invoca tal olvido, el tribunal puede condenar con razón, pero no puede hacerlo si, por ejemplo, el acusado orienta la estrategia de su defensa con base en la alegación de haber olvidado pasar por caja y el juez no cuenta con ulterior material indiciario[882].

de responsabilidad al sujeto resulta adecuada y necesaria para contribuir al mantenimiento y desarrollo de las condiciones elementales del individuo en sociedad. Este argumento supone la traslación al proceso penal de determinadas ideas asociadas al principio de culpabilidad; cfr. *ibidem*, pp. 68-69.

[879] Sobre la legitimación de las condenas pese a la duda filosófica, cfr. FREUND, *Normative Probleme*, pp. 71-75. A idénticas conclusiones, aunque con una fundamentación mucho más precaria, llega GOLLWITZER, *L/R*, § 261, n.º marg. 8.

[880] En este sentido, FREUND, *Normative Probleme*, pp. 75-77.

[881] Cfr. FREUND, *Normative Probleme*, p. 89.

[882] Cfr. FREUND, *Normative Probleme*, p. 93.

La clave, por tanto, radica en la afirmación de que «un condena no es nunca legitimable si el acusado ha aportado una explicación alternativa suficientemente sólida de su conducta (que lleva a su inocencia) en contra de la afirmación de la existencia del tipo subjetivo y tal explicación no puede ser desenmascarada como mentira de acuerdo con los conocimientos empíricamente asegurados»[883]. Desde el punto de vista cuantitativo, esta perspectiva garantiza que sólo vayan a darse grandes divergencias entre realidad y condena en casos excepcionales: aquellos supuestos en los que el acusado no está interesado en su absolución. Desde el punto de vista cualitativo, no se plantearán en estos casos problemas especial-preventivos (el acusado no se ha opuesto a su sanción) ni general-preventivos (un castigo bajo tales condiciones no se percibe como injusto) y la condena podrá reputarse apropiada y necesaria para la protección de bienes jurídicos[884].

Freund concluye su trabajo reconociendo que, incluso cuando el juez siga el método propuesto, los resultados obtenidos no dejarán de ser una mera ficción: en todos los casos seguirán subsistiendo dudas sobre la coincidencia de dichos resultados y la realidad psicológica[885]. Sin embargo, que la determinación de los hechos no sea más que una ficción no tiene que suponer un descrédito para el método propuesto, sino al contrario, pues lo que se consigue con él es desenmascarar la existencia de dicha ficción y las necesidades de legitimarla normativamente.

El trabajo de *Freund* consigue salvar dos de las cuestiones más problemáticas de casi todos los planteamientos normativos, pues no sólo aporta criterios para una determinación de los elementos subjetivos más allá de la clásica (e irrealizable) remisión a la realidad psicológica, sino que trata de superar los problemas de legitimación que plantea tal proceder. Sin embargo, en su perspectiva pueden detectarse algunos aspectos bastante cuestionables. Así, como el mismo autor reconoce, en la práctica son escasos los supuestos en los que es posible aplicar una regla de experiencia que tenga una validez no sujeta a excepciones, con lo cual, predominan los casos en que, a través de la exclusión de alternativas, se llega a un resultado que plantea dudas que van más allá de la mera duda filosófica o de la relativa a futuros desarrollos científicos. Sentado esto, tal vez el punto más oscuro dentro de los planteamientos de *Freund* radica en que, según su teoría, se haga depender de la actitud procesal del

[883] FREUND, *StV*, 1991, p. 25; prosigue el autor afirmando que «de lo contrario nos resignaríamos a que se condenara a un verdadero inocente sin que éste hubiera contado con la posibilidad exigible de evitación de tal condena, que resultaría injusta desde el punto de vista material, constituyendo una infracción flagrante del principio de culpabilidad».

[884] Cfr. FREUND, *Normative Probleme*, p. 88.

[885] Cfr. FREUND, *Normative Probleme*, p. 151.

acusado la legitimación de una condena pese al inevitable riesgo de error[886].

Las cuestionables consecuencias de esta perspectiva se evidencian cuando se advierte que ésta lleva a la absolución, por imposibilidad de legitimar el riesgo de error inherente a la condena, en todos aquellos casos en que no existe una regla de experiencia que se juzgue capaz de aportar conocimientos seguros (lo que sucederá la inmensa mayoría de las ocasiones) y en que no se pueda hacer responsable al acusado de la falta de posibles puntos de apoyo para su absolución. Si se cae en la cuenta de que en la práctica los acusados casi siempre alegan, de forma más o menos verosímil, la concurrencia de circunstancias que les exoneran, la postura de *Freund* lleva a la absolución en la gran mayoría de supuestos, pues una condena sólo resulta posible en aquellos pocos supuestos en que el riesgo de error se tiene por irrelevante (errores debidos a la duda filosófica y a la posibilidad de que en el futuro conocimientos que hoy se dan por seguros queden desvirtuados) y en el caso de aquellos errores de los que se pueda hacer responsable al sujeto por su escasa predisposición a contribuir en la averiguación de *su* realidad psíquica[887]. Esta solución reduce a la mínima expresión el número de supuestos en que puede dictarse legítimamente una condena, por lo que no es tan evidente que una aplicación de esta teoría llevada hasta sus últimas consecuencias no acabe repercutiendo en la efectividad del Derecho penal como mecanismo eficaz para el control social.

Un problema adicional que se plantea a la teoría de *Freund* viene dado por la determinación de cuándo le es posible o exigible a un acusado aportar al proceso material fáctico que le exonere. Si es el juez quien tiene que acreditar esta circunstancia, *Freund* parece pasar por alto que a éste le será tan difícil (por no decir imposible) saber si al acusado le ha sido posible o exigible aportar datos en su favor, como probar su conocimiento mismo, pues las estrategias de defensa no suelen hacerse explí-

[886] JAKOBS, *Derecho penal*, p. 375 (nota 200), califica de «muy dudoso» que sea «incumbencia del autor, dentro del marco de lo exigible, aportar una conformación subjetiva que lo exonere de sospecha o al menos indicios de ésta». DÍEZ RIPOLLÉS, *Los elementos subjetivos*, pp. 324-325, critica a *Freund* que su teoría «tiene el serio inconveniente de que en último término hace depender la condena, por lo que concierne a los elementos subjetivos, de si el procesado quiere colaborar, aunque sea desde una perspectiva exculpatoria, en la tarea procesal de averiguar la realidad psíquica», añadiendo que surge «la impresión de que se están violando principios garantistas procesales fundamentales al pedir al procesado más de lo que está obligado a realizar».

[887] Lo difícil que es sostener en la práctica los criterios de legitimación de *Freund* se constata cuando en la resolución de supuestos concretos este autor da por buenas todas aquellas alegaciones del acusado que, desde el punto de vista de los conocimientos considerados seguros, no pueden valorarse como una mentira. Ello lleva a absolver en casos en que la veracidad de tales alegaciones resulta muy dudosa, pero no se considera imposible; cfr. FREUND, *StV*, 1991, p. 25.

citas ante el órgano judicial[888]. Ello hace presagiar que, en realidad, los casos se acaben resolviendo en función de la actitud que el juez crea ver en el acusado. Por expresarlo con la terminología del propio *Freund*, también ante la cuestión de si al acusado le es exigible o posible aportar circunstancias en su descargo permanecen en todo caso dudas que, igualmente, están necesitadas de legitimación si éstas no deben impedir ciertas condenas.

Puede apreciarse una cierta influencia de las ideas de *Freund* en el planteamiento de *Díez Ripollés*, quien, pese a adherirse explícitamente a perspectivas psicológico-individuales, considera que «los elementos subjetivos son inaccesibles de modo directo a una plena constatación empírica» aunque «se utilice un procedimiento estrictamente científico»[889]. Dada tal inaccesibilidad, este autor propone diferenciar dos fases en el proceso de averiguación de tales elementos: un primer nivel en el que debería recurrirse a un procedimiento experimental sólo a efectos de aportar datos o indicios objetivos y, después, una segunda fase en la que debería «salvarse la distancia entre la inaccesible verdad material de los elementos subjetivos y tal procedimiento experimental, a través de una legitimación normativa», mostrándose a tal efecto una cierta predisposición a acoger el método de exclusión de alternativas defendido por *Freund,* aunque rechazando la idea de legitimar a través de la actitud del acusado el posible grado de error que existe en toda condena judicial[890]. En cualquier caso, no parecen aportarse criterios concluyentes que permitan legitimar las posibles divergencias entre hechos probados y hechos efectivamente acaecidos[891].

b) Otros planteamientos

En dos trabajos bastante recientes, *Andreas Hoyer* y *Ulrich Stein* abordan el análisis del mismo problema que *Freund*: las condiciones en que resulta legitimable el riesgo de error en la determinación de hechos

[888] Cfr., en este sentido, las críticas formuladas por STEIN, en *Zur Theorie und Systematik*, pp. 248-249.

[889] DÍEZ RIPOLLÉS, *Los elementos subjetivos*, p. 323.

[890] DÍEZ RIPOLLÉS, *Los elementos subjetivos*, pp. 323-324. Hay que tener en cuenta que este autor no sólo atribuye la característica de «procedimiento experimental» a las ciencias empíricas, sino también a las reglas de experiencia, «que pretenden descubrir la realidad psíquica a través de un procedimiento experimental menos fiable que el científico, a cuya zaga va».

[891] El propio autor (DÍEZ RIPOLLÉS, *Los elementos subjetivos*, p. 325) afirma no ver clara la solución más adecuada para legitimar normativamente el salto que va de los indicios objetivos a la convicción judicial y afirma que la solución debe venir dada «por una teoría de la argumentación jurídica que, en este ámbito, marque con precisión las fases lógicas que, más allá del análisis empírico de la realidad, deben superarse para alcanzar la convicción».

probados que precede a toda condena penal. Los dos primeros autores comparten algunas ideas de este último: en primer lugar, que la plena averiguación de la realidad efectivamente acaecida nunca puede alcanzarse; en segundo lugar, que si se hace depender de tal averiguación la posibilidad de condenar, el Derecho penal deviene inefectivo y, finalmente, que el recurso a la mera convicción judicial resulta una solución simplemente arbitraria[892]. Sin embargo, en el desarrollo de sus planteamientos, tanto *Hoyer* como *Stein,* se apartan de las ideas defendidas por *Georg Freund.*

Andreas Hoyer advierte que la presente problemática surge de una colisión de intereses: por una parte, todos los ciudadanos tienen un evidente interés en que el Derecho penal les proteja, pero, a la vez, estos mismos ciudadanos albergan la pretensión de no ser nunca condenados sin haber realizado de forma efectiva un comportamiento delictivo[893]. Según *Hoyer*, los anteriores intereses pueden reconducirse a un doble *status* general que todo individuo tiene frente al Estado: un *status negativo* —la pretensión de que sus derechos básicos no sean vulnerados por las intervenciones estatales— y un *status positivo* —la pretensión de que el Estado le asista en el reconocimiento y protección de sus derechos—[894]. La protección estatal de ambos *status* no se presenta en un plano de igualdad, sino que generalmente se admite que la protección del *status negativo* tiene un carácter más esencial que la del *positivo*[895].

Hoyer entiende que la anterior distinción resulta perfectamente trasladable al ámbito del Derecho penal material. Por un lado, cuando el Estado castiga comisiones delictivas está protegiendo a potenciales víctimas en su *status negativo*; por otro, cuando se castigan omisiones, se refuerza

[892] Además de estos dos autores, existen otros planteamientos que recurren a baremos objetivos para determinar en qué casos el juez debe convencerse de la existencia de un hecho. El denominador común a todos ellos es entender que para la convicción basta con que se juzgue como más o menos probable dicha existencia. Un interesante resumen de estas perspectivas en A. SCHMIDT, *Grundsätze*, p. 107 ss. Sin embargo, a diferencia de *Hoyer, Stein* o *Freund*, todos estos autores no profundizan en los problemas de legitimidad que plantea dictar una condena basada en hechos sólo probables.

[893] Cfr. HOYER, *ZStW*, 105 (1993), pp. 537-538. En un mismo sentido afirma MAIER, *DP*, 1978, p. 306, que «la tensión entre el interés estatal por la persecución penal y el interés individual por la seguridad y dignidad rige, como es sabido, todas las soluciones normativas del Derecho procesal penal».

[894] Cfr. HOYER, *ZStW*, 105 (1993), pp. 540-541. La enunciación de ambos *status* proviene de JELLINEK, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, Tübingen, 1905 (2.ª reimp. Darmstadt, 1963), p. 87 ss, quien caracteriza el *status negativo* como el «*status libertatis*» y el *positivo* como el «*status civitatis*». El segundo sirve al individuo para que le sea reconocido el primero.

[895] Cfr. HOYER, *ZStW*, 105 (1993), p. 540. Esta idea se hace expresiva, en referencia al Derecho penal, en la famosa frase de *Federico II* en su *Dissertation sur les raisons d'établir ou d'abroger les lois* (citado por HOYER, *ibidem*, p. 539): «il vaudrait mieux pardonner à vingt coupables que de sacrifier un innocent».

a los potenciales beneficiarios de la acción omitida en su *status positivo*. También en las valoraciones inherentes al Derecho penal se da mayor importancia al *status negativo*, pues las omisiones sólo se castigan con la misma pena que las comisiones cuando concurre el requisito adicional de la posición de garante; de lo contrario, siempre tienen asignada una pena inferior[896]. *Hoyer* compara las penas máximas que el Código Penal alemán asigna a una comisión y a una omisión propia y por esta vía deduce que el Estado valora como 22,5 veces más grave una agresión al *status negativo* de un ciudadano que a su *status positivo*[897].

Mediante complejos cálculos, *Hoyer* traslada la anterior cifra a las injerencias en el *status negativo* de los sujetos que pueden derivarse del ejercicio del poder punitivo del Estado y, en este sentido, llega a la conclusión de que sólo es legítimo condenar a un sospechoso cuando exista una probabilidad no inferior al 96% de que éste haya realizado un comportamiento delictivo[898]. Plasmados estos argumentos en las reglas de experiencia, según *Hoyer,* el juez no puede dar un hecho por probado cuando trabaje con enunciados que aporten una probabilidad inferior al 96% sobre la efectiva existencia del hecho en cuestión, lo que, expresado con otras palabras, significa que nunca es legítimo condenar con un margen de error igual o superior al 5%[899]. La convicción judicial no desempeña papel alguno en la condena.

De la argumentación de *Hoyer* merece la pena destacar una idea clave: *la pretensión de los ciudadanos de ser protegidos por el Estado*

[896] Cfr. HOYER, *ZStW*, 105 (1993), p. 540.

[897] Los cálculos que emplea HOYER, *ZStW*, 105 (1993), pp. 540-541, para llegar a tal conclusión son los siguientes: la pena máxima para delitos comisivos es la cadena perpetua (asesinato o genocidio, §§ 211, 220a StGB), mientras que la pena máxima para los delitos de omisión (propia) es un año de privación de libertad (omisión del deber de socorro, § 323c StGB). Si se calculan las reducciones de pena correspondientes (§§ 57.1 y 57a.1 StGB), la cadena perpetua se reduce a quince años y el año de prisión a ocho meses. La proporción entre ambas penas es de 22,5 a 1, lo que significa que una agresión al *status negativo* de una persona se considera 22,5 veces más grave que un agresión que afecte a su *status positivo.*

[898] Los cálculos empleados por HOYER, *ZStW*, 105 (1996), p. 541, para obtener tal cifra son los siguientes: el *status negativo* se ve atacado cuando se condena a inocentes; el *positivo* cuando los culpables no son condenados. El *interés* por la *libertad* de los potenciales autores (IL) tiene un valor 22,5 veces superior al *interés* de las *potenciales víctimas* (IP) en ser protegidas. «Para que resulte legítimo condenar a un sospechoso pese al valor superior de su interés por la libertad, el grado de sospecha (p) tiene ser tan elevado que compense el valor superior que el interés por la libertad tiene en abstracto»: IL · (1-p) = IP · p; 22,5 · (1-p) = 1 · p; p = 0,9574, aprox. 0,96.

[899] Cfr. HOYER, *ZStW*, 105 (1993), p. 542 ss. El riesgo de error puede provenir de dos factores distintos: por un lado, de que la validez de una regla sólo sea probable; por otro lado, de que la aplicación de una regla cierta no lleve a resultados seguros, sino sólo probables. Cuando en un único supuesto se presente una regla que acumule las dos modalidades de riesgo de error, ésta sólo deberá aplicarse si la suma de las dos probabilidades no resulta inferior al 96%; cfr. *ibidem,* pp. 547-548.

es irrealizable sin una cierta renuncia por su parte a la pretensión correlativa de no ser nunca condenados sin haber cometido efectivamente un delito. Sin embargo, la solución final propuesta por este autor se antoja ciertamente insostenible[900]. En este sentido, basta con trasladar dicha solución al ámbito de la determinación procesal del dolo: ¿existen acaso reglas científicas que indiquen que, dados determinados indicios, concurre una probabilidad del 96%, 97% ó 98% de que alguien conozca algo? Como afirma *Stein*, «¿cómo debe establecer el juez que la probabilidad de que alguien sea culpable es de un 96% o sólo de un 95% cuando solamente de forma muy esporádica cuenta con reglas de experiencia que lleven a resultados tan precisos desde un punto de vista numérico?»[901].

Este último autor, *Ulrich Stein*, parte en su argumentación de una idea ya planteada por *Freund*: en la determinación procesal de los hechos, la cuestión clave radica en establecer una frontera entre los riesgos tolerados y los no tolerados de una condena errónea[902]. *Stein* considera que a este ámbito son perfectamente trasladables algunos de los argumentos que emplea la teoría de la imputación objetiva, en especial la idea relativa a los riesgos permitidos que generan determinadas conductas. Como cualquier ciudadano ante cualquier conducta peligrosa, también en el proceso rigen reglas para el juez que le indican cuándo debe condenar pese a existir un cierto riesgo de error (realización del comportamiento «condenar») y cuándo concurre un riesgo tal que procede la absolución del acusado (omisión del comportamiento «condenar»)[903].

Stein se plantea, en primer lugar, si puede considerarse legítimo dictar una condena aunque exista un riesgo de divergencia entre los hechos que se consideran probados y los efectivamente acaecidos[904]. Desde su punto de vista, llevar hasta sus últimas consecuencias la exigencia constitucional de respeto a la dignidad humana haría del todo imposible cualquier condena penal, pues los riesgos de error pueden reducirse, pero nunca eliminarse[905]. Así, considera este autor que la exigencia de respeto hacia la dignidad humana no puede llevarse hasta el extremo de que paralice la aplicación del Derecho penal: en la medida en que la Constitución regula la jurisdicción criminal y le atribuye ciertos cometidos, tiene que buscarse una interpretación de la citada exigencia de respeto a la dignidad que no convierta en inefectiva la tarea de dicha jurisdicción[906]. Para un adecuado equilibrio entre ambas previsiones constitucionales, conviene cumplir dos exigencias: en primer lugar, debe intentarse reducir al máximo, dentro de lo razonable, los riesgos de error y, en segundo lugar, los riesgos que se admitan tienen que contribuir a la eficacia de las finalidades atribuidas a la jurisdicción penal[907].

Esta última idea permite considerar irrelevantes los riesgos de error atribuibles a las dudas generales sobre la capacidad del conocimiento humano, como la duda filosófica o la relativa a futuros desarrollos de la ciencia[908]. Respecto al resto de dudas, *Stein* no aporta criterios más concretos, y se conforma con exigir al juez que en el momento de condenar sólo acepte mayores o menores riesgos de error en función de cómo amenazaría su aceptación generalizada a la efectividad de la jurisdicción criminal[909]. En última instancia, este autor expresa la necesidad de que doctrina y jurisprudencia vayan elaborando un sistema de normas de decisión atendiendo a diversas configuraciones de casos y a los ámbitos más problemáticos[910]. Desde su punto de vista, tampoco resta espacio alguno para soluciones meramente subjetivas como la certeza personal del juez[911].

B) Los criterios de atribución

Como es evidente, la renuncia a la averiguación de los hechos psíquicos realmente acaecidos como presupuesto de toda condena por delito doloso implica que la atribución del dolo al sujeto deba llevarse a cabo a través de unos mecanismos distintos a la plena constatación de dichos hechos. En la búsqueda de posibles criterios de atribución, una primer opción pasa, como parece admitir la ley, por considerar suficiente la mera convicción judicial, aunque ésta se asiente sobre la más pura intuición o la simple sospecha del juez. En un Capítulo anterior se ha puesto

[900] STEIN, en *Zur Theorie und Systematik*, pp. 254-255, dirige diversas críticas a *Hoyer*, cuestionando especialmente el método empleado para calcular la mayor gravedad de las injerencias en el *status negativo*, que considera «esquemático».

[901] STEIN, en *Zur Theorie und Systematik*, p. 255. También A. SCHMIDT, *Grundsätze*, p. 248, rechaza por problemas prácticos los conceptos numéricos de probabilidad.

[902] STEIN, en *Zur Theorie und Systematik*, p. 233, en referencia a FREUND, *Normative Probleme*, p. 64 ss.

[903] Cfr. STEIN, en *Zur Theorie und Systematik*, p. 234.

[904] Cfr. STEIN, en *Zur Theorie und Systematik*, p. 246 ss.

[905] Cfr. STEIN, en *Zur Theorie und Systematik*, p. 248. Este autor (*ibidem*, p. 261) considera que, a fin de cuentas, toda pena es una «pena por sospecha», aunque el grado de sospecha que es posible aceptar resulte graduable.

[906] Cfr. STEIN, en *Zur Theorie und Systematik*, p. 249, haciendo referencia a los arts. 1, 74.1, 103. 2 y 3 y 104.3 de la Ley Fundamental alemana.

[907] Cfr. STEIN, en *Zur Theorie und Systematik*, pp. 250-251.

[908] STEIN, en *Zur Theorie und Systematik*, p. 251, coincidiendo plenamente en este punto con FREUND, *Normative Probleme*, p. 71 ss y 120 ss.

[909] STEIN, en *Zur Theorie und Systematik*, pp. 252-253, considera que, de acuerdo con sus ideas, al juez le es posible aceptar, por ejemplo, un mayor grado de error en la determinación de los elementos subjetivos del delito que en la de los objetivos, pues éstos pueden ser probados sin necesidad de acudir a largas cadenas de silogismos indiciarios.

[910] Cfr. STEIN, en *Zur Theorie und Systematik*, p. 253.

[911] Las críticas a este concepto en STEIN, en *Zur Theorie und Systematik*, p. 256 ss.

ya en evidencia que tal solución no puede ser considerada satisfactoria por muy diversos motivos[912].

Cuando *Hruschka* afirma que en la práctica el dolo es algo que se imputa al sujeto, acierta plenamente en una idea que también se defiende en este trabajo: la prueba de indicios no sirve para reconstruir de un modo totalmente fidedigno los hechos psíquicos existentes *en la cabeza del acusado* en el momento en que éste llevó a cabo el hecho objetivamente típico[913]. Sin embargo, la afirmación de que el dolo se imputa no aporta por sí sola gran cosa, pues con ella no se concreta en qué tiene que basarse tal imputación. En este sentido, y como ya se ha afirmado, también el recurso a la convicción judicial resulta una forma de imputación y, sin embargo, parece tan cuestionable como la irrealizable exigencia de una plena averiguación de la realidad efectivamente acaecida.

La referencia a la convicción judicial permite poner de manifiesto que el recurso a la idea de imputación, dejando aparte sus problemas de legitimidad, requiere ulteriores concreciones, pues son imaginables multitud de mecanismos de atribución normativa —basta con pensar en el *versari in re illicita* o en las presunciones de dolo— cuyo empleo puede llevar a consecuencias inaceptables. A diferencia de la realidad efectivamente acaecida, que siempre es única (aunque inescrutable en el proceso), los criterios de imputación pueden revestir muy diversas formas y por ello es necesario explicitar qué concreto criterio de entre todos los imaginables conviene acoger para garantizar una solución coherente y racional de los supuestos que puedan presentarse al aplicador jurídico[914]. No basta, en este sentido, con afirmar simplemente que el dolo debe determinarse mediante un juicio de imputación si debe ser cierto, como sostiene *Hruschka*, que «la afirmación de que un hecho es doloso sea un juicio de imputación no quiere decir que se trate de un juicio arbitrario»[915].

De que consiga evitarse esta arbitrariedad depende también la validez de un argumento habitualmente esgrimido desde perspectivas normativas: la afirmación de que ellas están en condiciones de garantizar igualdad de trato para todos los sujetos[916]. Sin embargo, tal igualdad no es algo que se consiga en mayor medida a través de una perspectiva en especial, sino sólo juzgando siempre todos los supuestos de acuerdo con un idéntico rasero: esta exigencia es respetada, en el plano teórico, tanto por las concepciones psicológicas, cuando afirman que el parámetro a seguir es la real subjetividad del acusado, como por las perspectivas normativas, cuando entienden que lo que debe emplearse son criterios objetivos, siempre que éstos sean aplicados con uniformidad a todos los casos. Cuestión distinta es si, en el momento en que tales perspectivas teóricas se trasladan a un plano práctico, se es capaz de aplicar con coherencia los criterios teóricos previamente enunciados. En este sentido, la concepción psicológica se encuentra con un grave problema: su baremo —la realidad psíquica— no puede determinarse y, en tal medida, la única igualdad de trato que puede garantizar es la absolución de todos los acusados. Como ello no parece posible en la actual sociedad, pues las necesidades de condena permanecen, en la práctica se suele producir una quiebra entre los postulados teóricos de la perspectiva psicológica y los criterios empleados para su aplicación práctica que, efectivamente, puede dar lugar a desigualdades[917]. De acuerdo con esta idea, puede ser cierto que las perspectivas normativas garanticen una mayor igualdad, pero sólo si éstas explicitan, en primer lugar, los parámetros que proponen para afrontar la resolución de los casos y, en segunda instancia, si dichos parámetros se aplican siempre de manera uniforme a todos los supuestos.

La vía de imputación que se seleccione debe satisfacer un ulterior requisito, cuyo cumplimiento se tiene por ineludible: *debe ser un criterio aplicable*. Basta en este punto con pensar en el mecanismo de imputación propuesto por *Hoyer* —uso de reglas de experiencia que aporten una probabilidad no inferior al 96%— para encontrar un criterio perfectamente concretado en el plano teórico, pero de imposible traslación al proceso[918]. Muy poco se consigue avanzar rechazando la exigencia de averiguación de fenómenos psíquicos, pero sustituyéndola por un mecanismo de imputación de imposible utilización práctica.

Tal vez en la propuesta de *Stein* pueda apreciarse la aportación de un criterio aplicable. Sin embargo, la idea de que debe darse por probado el conocimiento de un sujeto cuando el juez entienda que, de negar dicho conocimiento, se estaría poniendo en tela de juicio la efectividad de la jurisdicción penal tampoco puede considerarse demasiado concreta

[912] Cfr. *supra* VIII.3.

[913] Sobre el planteamiento de *Hruschka*, cfr. *supra* IX.3.B.2.a.

[914] Cfr. PETERS, «"Übergänge" im Strafprozeß», p. 383, quien afirma que la realidad «sólo es *una*, sólo puede ser descubierta o errada. No existe una realidad relativa» (cursiva en el original).

[915] HRUSCHKA, *Kleinknecht-FS*, p. 201. Añade este autor que «la afirmación de que un hecho es doloso es tan poco arbitraria como lo es la afirmación de que una persona a quien le enrojece la cara de cólera está furioso, o que el cartero que introduce unas cartas en un buzón sabe lo que está haciendo». Sin embargo, PRITTWITZ, *JA*, 1988, p. 497, entiende que con los planteamiento de *Hruschka* en realidad nada cambia, pues con ellos sólo se expresa que la imputación se asienta en la prueba de indicios y la convicción judicial.

[916] Recoge dichas argumentaciones, DÍEZ RIPOLLÉS, *Los elementos subjetivos*, p. 109. Cfr., también, KRAUß, *Schaffstein-FS*, p. 418.

[917] Sobre esta cuestión, cfr. *supra* VI.2.

[918] El planteamiento de este autor *supra* IX.4.A.2.b.

y, en este sentido, basta con remitir a las afirmaciones del propio *Stein* exhortando a jurisprudencia y doctrina a que lleven a cabo una concreción de tal idea. Todo parece indicar que en este ámbito la ausencia de propuestas teóricas satisfactorias resulta especialmente preocupante, pues, como atinadamente afirma *Ferrajoli*, «la falta de criterios objetivos seguros para afirmar que una tesis judicial es verdadera convierte en inservible, o incluso en desorientador, el propio concepto de verdad procesal» [919].

IX.5. BALANCE

El presente Capítulo debe haber servido para mostrar dos evidentes problemas en las concepciones normativas sobre la determinación procesal del dolo: los relativos a su legitimidad y los que se derivan de la ausencia de concretos criterios de atribución normativa. Respecto al primer problema, los argumentos empleados por *Hoyer* y *Stein* presentan una notable solidez, aunque siguen planteando ciertas dudas con respecto a la posibilidad de legitimar una condena errónea frente al concreto individuo sancionado y a la afectación que tal imposición implica para sus derechos más elementales. Por contra, el argumento de *Freund*, tratando de legitimar la condena en función de la actitud procesal del acusado, no puede considerarse aceptable.

Más difícil parece aun la solución al segundo punto problemático, es decir, la relativa a qué concretos criterios debe utilizar el juez para poder dar por probado un determinado hecho cumpliendo con las condiciones exigidas para que sea legítimo un posible riesgo de error. En este sentido, la propuesta numérica de *Hoyer* resulta inaplicable, mientras que las opciones defendidas por *Stein* y *Hruschka* adolecen de un considerable grado de vaguedad. Sólo *Krauß* parece aportar un argumento un poco más concreto cuando afirma, sin entrar en demasiados detalles, que la cuestión del dolo «sólo exige como respuesta la explicación sobre si el autor (*en sentido social*) ha actuado de modo voluntario o lo ha hecho por descuido» [920].

La propuesta de reconstruir la subjetividad de un hecho a partir del sentido social que de él se desprende parece especialmente atractiva y, por ello, tratará de desarrollarse en el Capítulo siguiente, adaptándola al concepto de dolo defendido en este trabajo. En tal desarrollo se de-

[919] FERRAJOLI, *Derecho y razón*, p. 47.

[920] KRAUß, *Bruns-FS*, p. 22 (cursiva añadida). Todo indica que esta idea también es compartida por *Hruschka*, en la medida en que este autor (cfr. *supra* IX.3.B.2.a) intenta demostrar con diversos ejemplos que el juez en el proceso determina los «hechos internos» como lo hacen todas las demás personas en el ámbito de la comunicación social.

berá atender, básicamente, a las dudas que plantea la legitimidad de una condena basada en el sentido social como criterio de determinación procesal del dolo y a la posibilidad de que semejante criterio pueda concretarse en posteriores subcriterios que faciliten al juez una resolución coherente de los supuestos con que pueda encontrarse en la práctica.

X. UNA NUEVA PERSPECTIVA: el sentido social como criterio de determinación del conocimiento exigido por el dolo

X.1. PLANTEAMIENTO

El principal atractivo del *sentido social* como criterio para determinar si ha concurrido en un sujeto el grado de conocimiento que exige el dolo surge de la idoneidad que el empleo de este criterio parece presentar en relación con una cuestión concreta y esencial: *el contenido comunicativo del Derecho penal*[921]. En un anterior apartado de este trabajo se ha defendido la idea de que la pena de los delitos dolosos tiene la finalidad de replicar a aquellos hechos que, desde una perspectiva social, transmiten a la colectividad un mensaje de negación de una norma penal[922]. El efecto a conseguir con dicha réplica es hacer expresivo a la ciudadanía que la norma cuestionada sigue vigente y que quien la ha incumplido también se ve abocado al fracaso. Desde un punto de vista como éste, que se recurra al sentido social como criterio para determinar cuándo una conducta ha sido realizada de modo consciente (doloso) resulta especialmente sugerente: *con su empleo los aplicadores jurídicos*

---

[921] JAKOBS, *Derecho penal*, p. IX, afirma que «la misión de la Dogmática penal reside en desarrollar las proposiciones que se necesitan para reaccionar ante la infracción penal como acto con significado (acto con contenido expresivo) mediante un acto con significado. Al igual que una lesión externa es la manifestación de la vulneración de la norma, también la pena es la manifestación en que tiene lugar la estabilización de la norma». Cfr., igualmente, LESCH, «Intervención delictiva e imputación objetiva», trad. J. Sánchez-Vera y Gómez-Trelles, ADPCP, 1995, p. 924: «pena y delito son actos simbólicos, tienen un contenido simbólico-comunicador; deben ser entendidos como discurso y respuesta». El «injusto jurídico-penal, cuyo concepto hasta ahora había sido confundido con la culpabilidad, es explicado, según su contenido, no ya como un ataque externo a bienes jurídicos, sino como comunicación referida al Derecho (...) esto significa, que para la interpretación del injusto penal no se está a la *valoración de sucesos del mundo exterior*, sino al *significado* de estos *para la vigencia de la norma*» (*ibidem*, p. 926, cursiva en el original).

[922] Cfr. *supra* I.2 y, en general, JAKOBS, *Derecho penal*, p. 12 ss.

valoran como consciente aquel hecho que también lo es desde la óptica de los destinatarios del mensaje que incorpora la sanción penal[923].

La anterior afirmación puede reconducirse a una idea que *Maiwald* hace extensiva a la globalidad del proceso penal: «una sentencia sólo se percibe como "justa" cuando su contenido es susceptible de ser transmitido intersubjetivamente o, dicho de forma más sencilla, de ser comprendido por la colectividad»[924]. De este modo se consigue una plena adecuación entre el lenguaje del que se sirve el Derecho para emitir sus mensajes y el que la colectividad, como destinataria de éstos, es capaz de comprender[925]. El recurso al sentido social implica que la consideración de una conducta como dolosa ya no dependa de determinados datos psíquicos cuya aprehensión resulta imposible, tanto para el juez como para los ciudadanos, sino de que dicha conducta, de acuerdo con sus características externas y perceptibles, se valore socialmente como negación consciente de una concreta norma penal[926].

[923] STEIN, en *Zur Theorie und Systematik*, pp. 260-261, afirma que «la comunidad no sólo es, de forma mediata, la autora de la condena, sino al mismo tiempo su destinataria: de este modo se debe reforzar la vigencia del sistema de normas de conducta y asegurar su obediencia en el futuro». Pese a que se muestra crítico con esta perspectiva, SCHILD, en *Psyche-Recht-Gesellschaft*, pp. 133-134, la define magistralmente: «debe concurrir un delito doloso cuando, en el supuesto dado, la población racional aceptaría la pena del dolo (y, por ello, se vería confirmada en su confianza en el Derecho, con lo cual el sistema social podría mantenerse, desde el punto de vista de la eficiencia funcional, con renovadas fuerzas). Como no se puede realizar una encuesta empírica a esta población racional, en realidad se toma como base la representación que el jurista racional tiene sobre ella». Las críticas de SCHILD a estas ideas en *ibidem*, pp. 134-135.

[924] MAIWALD, «Prova e giudizio: la normativa in materia de Codice Tipo per l'America Latina. Una prospettiva tedesca», en MASSA/SCHIPANI (ed.), *Un «Codice tipo» di Procedura Penale per l'America Latina*, Padua, 1994, p. 94. Añade este autor que «un presupuesto para que se dé tal comprensión es que el citado contenido surja del mismo universo conceptual que determina la concepción de una sociedad concreta y, por tanto, las reglas de la lógica, los conocimientos científicos y las reglas de la experiencia cotidiana de los individuos». De acuerdo con una idea de racionalidad basada en lo subjetivamente compartible, DE LUCA, *RIDPP*, 1992, pp. 1258-1259. Cfr., igualmente, ALEXY, *Teoría de la argumentación*, p. 31: «al decisor no le deben ser indiferentes las convicciones de aquellos en cuyo nombre habla, ya que, si decide como juez, su decisión es pronunciada "en nombre del pueblo"».

[925] Cfr. HASSEMER, *Einführung*, p. 92: «es obvio que la praxis de la creación legislativa y de la jurisprudencia deben procurar ser comprensibles y que se las comprenda, pues de lo contrario no pueden desempeñar su tarea de tratar o solucionar problemas sociales y personales». En *ibidem*, p. 926, se añade que «el proceso penal no puede desviarse del modelo cultural de la sociedad en la que rige». MIRANDA ESTRAMPES, *Mínima actividad probatoria*, p. 152, afirma que «hay que tener en cuenta que cuando el juez valora la prueba practicada actúa como órgano de la jurisdicción, y no debe prescindir de la conciencia social de la comunidad en cuyo seno trata de impartir justicia». También son interesantes en este ámbito las observaciones de SESSAR, *StV*, 1988, p. 95.

[926] Como afirma KLEB-BRAUN, *JA*, 1986, p. 318 (nota 40), «para que el Derecho penal tenga sentido y la pena cumpla su fin hace falta que los fundamentos de la condena sean, en su sentido más amplio, *inteligibles* y *aceptables*» (cursiva en el original). Cfr., igualmente, PUPPE, *ZStW*, 103 (1991), p. 16: «la situación psicológica del autor no es el punto de contacto adecuado para que su conducta sea interpretada como la transgresión de una norma». En el ámbito de la causalidad afirma PAREDES CASTAÑÓN, en *El caso de la colza*, p. 66, que «con independencia de las posiciones filosóficas y epistemológicas que puedan sostenerse, parece que los conceptos de dicha índole a utilizar en el proceso de aplicación del Derecho —y más aún del Derecho Penal— han de ser aquellos coincidentes con la concepción socialmente imperante, puesto que solamente ello puede satisfacer las expectativas sociales de justicia».

Una vez más resultan especialmente ilustrativas unas afirmaciones sostenidas a principios de siglo por *Framarino dei Malatesta*:

> el convencimiento no debe estar fundado en apreciaciones subjetivas del juez, sino que debe ser tal, que si los hechos y prueba sometidos a su conocimiento se propusiesen al juicio desinteresado de cualquier otro ciudadano racional, deberían producir, también en éste, la misma convicción que produjeron en el juez. Este requisito, que yo creo muy importante, es lo que llamo *carácter social* del convencimiento.

Prosigue este autor:

> es menester no olvidar que la justicia penal se ejerce en nombre de la conciencia social y que en esta conciencia reposa la legitimidad del derecho de castigar, pues se castiga para eliminar la perturbación social que produce el delito. Por todo esto se comprende que la certeza moral del juez, la certeza acerca de la culpabilidad, para que sea fundamento legítimo de condena, debe tener respaldo en la conciencia social[927].

En realidad, la vigencia del sentido social trasciende al estricto ámbito de comunicación entre instancias de aplicación del Derecho y ciudadanos. La simple pertenencia a la sociedad comporta la renuncia por parte de cualquier persona a ciertos niveles de individualidad pues, como miembro de tal sociedad, ya no van a interpretarse sus conductas recurriendo a criterios individuales, sino siempre de acuerdo con el sentido social que de ellas se desprenda[928]. Esta renuncia puede parecer un gravamen si sólo se atiende a aquellas situaciones en que las conductas del sujeto son sometidas a valoración; sin embargo, no puede perderse de vista que, a su vez, todo sujeto, en tanto que miembro de la colectividad, también valora las conductas de los demás en atención al sentido

[927] FRAMARINO DEI MALATESTA, *Lógica*, p. 56 (cursiva en el original). Este autor, sin embargo, no lleva su planteamiento hasta las últimas consecuencias y admite que debe absolverse en aquellos casos en que el juez no está convencido personalmente de la culpabilidad del acusado, pese a que de acuerdo con la conciencia social parezca procedente una condena.

[928] FREUND, *Normative Probleme*, p. 30: «una persona sin preexperiencias típico-sociales sería incapaz de existir en nuestra sociedad sin chocar permanentemente». Por ello afirma este autor que «en el Derecho penal no se trata de la "realidad libre de sentido de las ciencias naturales", sino de la "realidad cargada de sentido, llena de significado de la vida social"».

social que de ellas se desprende. La renuncia a la individualidad y la adopción de dicho sentido como criterio de valoración de la realidad resulta imprescindible para desarrollar la convivencia social, pues constituye el lenguaje compartido que hace posible la vida en común y los beneficios que ésta comporta[929]. Si todos los sujetos pretendieran y consiguieran que sus conductas fueran valoradas según sus criterios individuales, la vida en sociedad sería imposible, pues no existirían mecanismos que hicieran factible una comunicación fluida entre quienes la componen. Resulta indiscutible, por tanto, que *la convivencia supone una renuncia a la individualidad.* La cuestión que deberá en todo caso determinarse ahora es si tal renuncia puede ser admitida por el Estado cuando éste recurre a su acción punitiva.

La valoración de las conductas de acuerdo con su sentido social tiene evidentes repercusiones en no pocos ámbitos de la teoría del delito. Se acude a ella, por ejemplo, en la imputación objetiva, para la que rigen criterios comunes sobre lo que es previsible y lo que no. En este terreno no se admite que un sujeto se exonere apelando a su individualidad, como sería el caso en que alguien afirmase, por ejemplo, que no le pueden ser atribuidas como su obra las lesiones causadas a otro, porque, según su criterio individual, no resulta previsible que se causen daños como consecuencia de conductas como la llevada a cabo[930]. En sentido inverso, el hecho de que en este ámbito el sentido social prevalezca a la individualidad aporta al sujeto la ventaja de que, cuando sea él el lesionado, quien le haya causado el daño tampoco podrá exonerarse apelando a lo que individualmente consideraba previsible. Un segundo ámbito en que la idea de sentido social se plasma con especial vigor es el de la tentativa: en la figura de la tentativa irreal, especialmente, se observa el desinterés de la sociedad por el sentido individual que un sujeto haya querido imprimir a su hecho, cuando tal sentido se sustraiga al marco de

[929] LESCH, *ADPCP*, 1995, p. 917: «la Sociedad es un sistema social, que se conforma a través de los contactos sociales entre los sujetos que actúan, y que se compone, por ello, de conexiones de acciones con sentido. La situación en la que se actúa no es pues solamente una situación individual, sino siempre una social. Junto al actuante también se presentan en ella otros individuos que son igualmente actuantes en un sistema social, y que de igual forma se orientan como tales según las acciones de otros sujetos». JAKOBS, «Sobre la teoría de la pena», trad. M. Cancio Meliá, *PJ*, 47 (1997), p. 145 ss, afirma que «ciertamente, la conducta personal es también una conducta física, pero no se agota en lo externo, sino que además tiene un significado, que consiste en la comunicación acerca de normas».

[930] Afirmaciones en el sentido de que en el ámbito de la imputación objetiva rige un esquema de interpretación cuya configuración «deriva de la constitución de la sociedad, y no de una comprensión exclusivamente individual», pueden encontrarse en JAKOBS, «El concepto jurídico-penal de acción», trad. M. Cancio Meliá, en *Estudios de Derecho penal*, Madrid, 1997, p. 113.

lo que socialmente se interpreta como negación de la vigencia de una determinada norma penal[931].

A diferencia de los anteriores ejemplos, mayoritariamente se entiende que en lo que respecta al dolo la ley impide acudir a meras valoraciones y, por contra, exige la constatación efectiva de determinados hechos de naturaleza psíquica. En este sentido, se suele considerar que tal exigencia, plasmada en el principio de imputación subjetiva, es la garantía última de que cualquier sujeto pueda evitar (individualmente) la imposición de la pena y de que, por tanto, con su castigo no se le degrade a la mera categoría de instrumento del que se sirve el Estado para generar ciertos efectos en la sociedad[932]. Sin embargo, el principio de imputación subjetiva es un criterio incompleto mientras no se explicite qué es el dolo y cómo puede determinarse. En este sentido, los problemas prácticos que plantea la interpretación aportada por la concepción psicológica han sido repetidamente puestos de manifiesto y por este motivo se ha aconsejado su abandono[933]. No obstante, cuando se propone que en el ámbito de la «determinación del dolo» rija un criterio valorativo como el sentido social, ya no parece que pueda seguir afirmándose categóricamente que con dicha propuesta se impide toda instrumentalización, pues no es posible garantizar que los criterios que la sociedad emplea para decidir cuándo un hecho ha sido realizado conscientemente vayan siempre a coincidir con los que hayan sido auténticos conocimientos del sujeto, ni, por tanto, que éste siempre haya podido evitar, desde un punto de vista individual, ser condenado como autor doloso.

[931] Cfr. SILVA SÁNCHEZ, «La regulación del *iter criminis*», en EL MISMO, *El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales*, Barcelona, 1997, p. 128: «*es el consenso cultural alcanzado el que suministra el baremo de los juicios de valor inherentes a la tipicidad*» (cursiva en el original). Cfr., igualmente, JAKOBS, «Objektive Zurechnung bei mittelbarer Täterschaft durch ein vorsatzloses Werkzeug», *GA*, 1997, pp. 553-555: «nadie deja al criterio del autor qué debe entenderse por causalidad, resultado o dolo, sino que estos conceptos se desarrollan de forma comunicativa». Interesantes también los argumentos acerca de la tentativa de GRACIA MARTÍN, «Política criminal y dogmática jurídico penal del proceso de reforma penal en España» (2.ª parte), *AP*, (1) 1994, p. 350 ss. Finalmente, ver RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro*, p. 63, quien afirma, para defender la necesidad de considerar irrelevantes las confianzas irracionales del autor en la no producción del resultado, que «de forma paralela a lo que ocurre con la voluntariedad en el desistimiento o en la distinción entre tentativa imposible o inidónea y tentativa irreal, lo relevante aquí no es sólo la actitud psicológica del sujeto, puesto que el Derecho no puede dejar a puros procesos psíquicos, a la "mente del autor", ciertas decisiones que requieren una valoración normativa».

[932] Cfr. PAEFFGEN, *AK-StGB*, previo al § 18, n.º marg. 1-7. La exigencia de conocimiento y voluntad efectivos ha sido vista a lo largo de la historia como un gran avance frente a la responsabilidad por el resultado que se daba en el *versari in re illicita* o el *dolus indirectus*.

[933] Cfr. *supra* VIII.4.

De acuerdo con las anteriores ideas, *una condena por delito doloso basada en el sentido social del hecho implica siempre un cierto margen de error, que se traduce en el riesgo de que con la sanción penal se pueda estar instrumentalizando al sujeto condenado*. Al ser posible que éste no haya contado con los conocimientos que se le imputan, es también posible que no haya podido evitar la imposición de la sanción penal, con lo que se le puede estar utilizando para generar determinados efectos en la sociedad sin que haya contado con la oportunidad de impedir tal utilización. La problemática es evidente: mientras la concepción psicológica resulta inaplicable, *la solución normativa basada en el sentido social plantea déficits de legitimidad que deben ser salvados si se quiere seguir manteniendo.*

En segundo lugar, la simple idea del sentido social resulta por sí sola demasiado vaga para que facilite a los aplicadores jurídicos criterios seguros que permitan una solución uniforme de los diversos supuestos que puedan plantearse. En este sentido, si no se consiguen mayores concreciones, este criterio queda expuesto al peligro de un empleo no menos arbitrario que, por ejemplo, el que concurre en el ya criticado recurso a la convicción judicial. *La posibilidad de concretar el criterio del sentido social en reglas más específicas que permitan afirmar con seguridad ante un determinado supuesto si éste se considera realizado de modo consciente es, por tanto, la segunda prueba que debe superar dicho criterio para poder ser plenamente acogido.*

X.2. ASUNCIÓN DE RIESGOS MEDIANTE EL RECURSO AL SENTIDO SOCIAL

Como se ha dicho, cuando se pretende recurrir en el ámbito de la «determinación del dolo» a un criterio distinto a la (irrealizable) averiguación de datos psicológicos, es evidente que se asume un riesgo de divergencia entre los resultados a los que lleva tal criterio y la que ha sido auténtica subjetividad del autor. El intento de aportar un punto de vista que permita legitimar una condena pese a tal riesgo requiere, en primer lugar, que se determine del modo más preciso posible la entidad del riesgo que se está asumiendo. Como es evidente, resulta imposible calibrar dicha entidad empleando parámetros numéricos. Para que ello fuera posible debería poder compararse los resultados obtenidos mediante el empleo del sentido social como criterio para determinar el dolo y los conseguidos mediante la averiguación de los hechos psíquicos realmente acaecidos. Huelga decir que la constatación de este último dato resulta imposible, motivo por el cual también lo es la comparación citada y, por consiguiente, debe descartarse una cuantificación numérica del riesgo de

error respecto a la realidad psicológica que se asume empleando el criterio del sentido social.

Sin embargo, la imposible aplicación del anterior método de ponderación de riesgos no debe impedir que se acuda a otros criterios, aunque éstos puedan resultar desde luego más imprecisos. Antes de recurrir a ellos conviene no obstante definir con precisión qué estructura debe darse en un hipotético supuesto de hecho para que pueda hablarse de instrumentalización. Aislados los supuestos en que ésta concurre, debe intentarse seguidamente configurar el criterio de imputación escogido (sentido social) de un modo tal que se consiga la máxima reducción posible, dentro de lo que dicho criterio permita, del riesgo de instrumentalizar, analizando a la vez otras formas de reducción de riesgos. Finalmente, procede valorar las posibilidades de legitimar una condena con la que se asume el grado de riesgo que, pese a todos los intentos de reducción, siempre acabará permaneciendo.

A) Hechos probados no coincidentes con la realidad e instrumentalización

Cuando autores como *Stein* o *Hoyer* se refieren al riesgo de error que se asume en toda condena judicial, configuran este riesgo de tal manera que parece que toda divergencia entre hechos probados y hechos efectivamente acaecidos tenga que implicar *per se* una instrumentalización del individuo a quien se condena bajo tales circunstancias[934]. Sin embargo, esta idea debe ser matizada: no toda condena basada en unos hechos probados que no coincidan con los fenómenos psicológicos efectivamente acaecidos constituye una instrumentalización del sujeto. Al contrario, ésta se da, única y exclusivamente, en aquellos casos en que tal divergencia no haya sido prevista por el sujeto a quien se condena. *En los casos en que el reo haya contado con la posibilidad de ser condenado (erróneamente) por delito doloso a causa del sentido social de su conducta y, pese a ello, la haya llevado a cabo, no puede afirmarse que, si finalmente es castigado, se le esté instrumentalizando.*

Este punto de vista tiene un fundamento evidente: en la medida en que todo sujeto es miembro de la sociedad, por regla general conoce los criterios con que socialmente se valoran las conductas de las personas y, por tanto, a menudo está en condiciones de evitar que sus propias conductas se interpreten de una manera tal que interpretación y realidad no coincidan. Esta idea, un tanto compleja, puede exponerse de un modo más sencillo recurriendo a un par de ejemplos:

[934] HOYER, *ZStW*, 105 (1993), p. 538, afirma que «toda pena de sospecha ante inocentes representa siempre una agresión a la libertad de acción de éstos». Cfr., igualmente, STEIN, en *Zur Theorie und Systematik*, p. 248.

a) Un sujeto lleva cierto tiempo amenazando de muerte a un político con la única intención (psicológica) de gastarle una (pesada) broma. Un día decide continuar con la broma y dispara contra dicho político de tal manera que las balas pasen a una distancia lo bastante próxima como para asustarle, pero sin originar un riesgo de muerte. El tribunal interpreta, a la luz de la trayectoria del acusado, que los hechos constituyen una tentativa de homicidio. El acusado era (psicológicamente) consciente de que, en el caso de ser descubierto, su conducta iba a entenderse como constitutiva de un intento de homicidio, pese a lo cual no la omitió.

b) Un empleado de la limpieza de unos laboratorios farmacéuticos decide llevarse a su casa un valioso microscopio con la intención (psicológica) de utilizarlo unos días y devolverlo después. Él es plenamente consciente de que, si es descubierto, la interpretación que va a darse a su conducta será la de un apoderamiento con ánimo de lucro, pese a lo cual no desiste de su propósito. Al cabo de una semana es descubierto y condenado posteriormente como autor de un delito de hurto.

Las respectivas condenas que ponen punto y final a los ejemplos expuestos se basan en la determinación de unos hechos que no concuerdan con la realidad psicológica de los protagonistas. En el primer caso se atribuye al sujeto una consciencia de la concreta aptitud lesiva de su conducta que (psicológicamente) éste nunca tuvo. En el segundo ejemplo se aprecia un error estructuralmente idéntico, pues en él se imputa al protagonista un ánimo de lucro que tampoco ha concurrido desde una perspectiva psicológica. Sin embargo, los dos supuestos son muestra evidente de que no toda determinación divergente de hechos probados implica *per se* una instrumentalización del individuo: los protagonistas de ambos ejemplos fueron perfectamente conscientes del sentido social que *a posteriori* iba a darse a su conducta y, pese a ello, la llevaron a cabo. Por este motivo debe afirmarse que ambos estuvieron en perfectas condiciones de evitar una posible sanción y, sin embargo, no lo hicieron. Los hechos probados en que se basan ambas condenas no coinciden desde luego con la realidad psicológica, pero no es posible en modo alguno hablar de instrumentalización.

Un segundo grupo de casos en que tampoco es posible hablar de instrumentalización alguna, pese a la divergencia entre hechos probados y hechos efectivamente acaecidos, concurre en aquellas situaciones en que, en el ámbito del proceso, al sujeto le es posible evitar su condena y, sin embargo, prefiere esta última a la absolución por considerarla más ajustada a sus intereses personales[935]. La idea se expresa, igualmente, recurriendo a dos ejemplos:

[935] En este ámbito pueden aportarse algunos de los argumentos de FREUND, *Normative Probleme*, p. 127 ss (cfr. *supra* IX.4.A.2.a). Sin embargo, sus ideas no constituyen, desde la perspectiva que aquí se defiende, el fundamento clave para legitimar condenas con riesgo de error, sino una muestra más de que, en determinados casos, pueden no coincidir hechos probados con hechos efectivamente acaecidos sin que por ello concurra una instrumentalización del individuo condenado.

a) Se acusa de receptación (art. 298 CP) a un marchante y crítico de arte por haber adquirido a un precio ridículo tres cuadros de un pintor muy famoso que habían sido sustraídos días antes de una pinacoteca. El Tribunal que le juzga entiende que concurre dolo pues, dada la profesión del acusado, éste necesariamente supo que el precio de los cuadros era irrisorio, por lo que igualmente se representó (aunque fuera eventualmente) que podían haber sido robados. El acusado, que psicológicamente ni siquiera se planteó tal posibilidad, prefiere asumir la condena antes que declarar su ignorancia, por miedo a arruinar su prestigio profesional.

b) Se acusa a un motorista de lesiones dolosas por haber arrollado a un peatón con su motocicleta. El juez afirma el dolo al considerar que, dado el lugar en que se encontraba la víctima, el acusado necesariamente advirtió su presencia y, por tanto, el peligro que implicaba su comportamiento. Pese a que, a causa de una miopía extrema, el acusado no contó de forma efectiva (desde un punto de vista psicológico) con tales conocimientos, prefiere no alegar tal circunstancia para evitar que se le retire de forma definitiva el permiso de conducción[936].

También en estos dos supuestos concurre una divergencia evidente entre hechos efectivamente acaecidos y hechos probados que, sin embargo, no permite afirmar que se esté instrumentalizando al condenado. Distintos serían, evidentemente, los supuestos en que el acusado alegase su ignorancia o su miopía y el Tribunal no diera crédito a tales alegaciones, condenando igualmente por delito doloso. En este último supuesto concurriría una instrumentalización, aunque ésta no pudiera ser constatada en concreto, por la imposibilidad de reconstruir el estado real de la psique del autor en el momento en que éste llevó a cabo la conducta objetiva del tipo de receptación o de lesiones.

En cualquier caso, lo que pretende mostrarse con los anteriores ejemplos es que no a toda condena que se base en hechos probados no efectivamente acaecidos le es implícita una instrumentalización del individuo. Evidentemente es imposible saber cuándo concurre uno de estos supuestos, pues su detección requeriría reconstruir determinadas realidades psicológicas y, en consecuencia, es también imposible determinar en qué tanto por ciento de supuestos se dan situaciones como las anteriores. Sin embargo, poniéndose de manifiesto la posibilidad de estas estructuras se advierte una primera reducción de la entidad del riesgo de instrumentalización que se asume en toda condena por delito doloso.

[936] Ejemplo desarrollado a partir de FREUND, *Normative Probleme*, p. 129. Este autor distingue entre supuestos en que el sujeto no quiere evitar la condena por intereses afectivos y el que lo hace por intereses materiales, aunque propone para ambos casos un idéntico tratamiento.

B) Sentido social y reducción de riesgos

Aislados los supuestos en que, desde un punto de vista teórico, el recurso al criterio del sentido social conduce a que con la condena por delito doloso se instrumentalice a un sujeto, procede ahora plantearse la posibilidad de configurar de tal modo dicho criterio que se consiga reducir, tanto como su naturaleza lo permita, las posibilidades de producción de tales instrumentalizaciones. Una vez más, es evidente que tampoco en este ámbito va a poder cuantificarse numéricamente las repercusiones de tal reducción, pero ello no impide afirmar que, en términos globales, conseguir una reducción es algo factible. Ello se debe a que el criterio del sentido social puede configurarse de una forma más o menos restrictiva y, en consecuencia, puede asumirse con su empleo un mayor o menor nivel de riesgo de error.

La valoración social sobre la consciencia con que una persona ha llevado a cabo un determinado comportamiento puede revestir diversas formas. Existen supuestos en que, desde un punto de vista social, se considera sólo como *posible* o incluso *improbable* que alguien haya llevado a cabo una conducta con el conocimiento de las circunstancias que configuran el tipo penal. En otros casos, a partir de una valoración de los hechos objetivos se entiende como *bastante probable* una determinada consciencia, mientras que respecto a un último grupo de supuestos se valora como *inequívoco*, desde una perspectiva social, que un sujeto ha realizado su conducta con el conocimiento de los elementos que integran el tipo objetivo. Es evidente que, si para la imputación de tal consciencia, se considera suficiente con que se juzgue simplemente como posible su concurrencia desde una óptica social, se acabará determinando una realización dolosa en un número de supuestos globalmente más elevado que si tal determinación se restringe a los casos en que, desde una perspectiva social, parece inequívoco que un hecho ha sido llevado a cabo de forma consciente.

Toda valoración social sobre el conocimiento ajeno puede gozar de un grado de aceptación más o menos amplio. Así, mientras en algunos casos pocos intérpretes de una conducta objetivamente típica y de las circunstancias que la acompañan se atreverían a afirmar la concurrencia de una realización consciente, en otros resulta indiscutible que tal valoración gozaría de un grado generalizado de consenso. También en este punto resulta evidente que, exigiendo que las valoraciones empleadas para imputar conocimientos cuenten con una aceptación generalizada, se restringe el número de casos en que es posible imputar a alguien los conocimientos requeridos por el dolo y, de forma simultánea, se reduce globalmente el riesgo de instrumentalización que se asume con tales condenas.

La voluntad ya expresada de intentar reducir al máximo el riesgo de instrumentalización que se asume en toda imputación de conocimientos basada en el sentido social como criterio de «determinación del dolo», exige que se acoja la acepción más restringida posible de este criterio. Ello implica que *sólo se deban atribuir determinados conocimientos a un sujeto cuando, de acuerdo con el sentido social indiscutible de su conducta y de las circunstancias que la acompañan, resulte inequívoco que tal realización ha sido llevada a cabo con dichos conocimientos.*

Esta solución presenta una segunda ventaja que se une a la reducción del riesgo de instrumentalización: su empleo no interfiere en la eficacia del Derecho penal. En efecto, cuando se opta por no atribuir a un sujeto la consciencia requerida por el dolo en los casos en que, desde una óptica social, quedan espacios para la duda, en modo alguno se transmite a la sociedad un mensaje que a ésta le resulte imposible comprender. Éste es, asimismo, el terreno en que debe desplegar sus efectos el principio *in dubio pro reo*. Si se abandona un criterio de imputación meramente subjetivo como la convicción judicial, dicho principio no puede seguir vinculándose a la duda personal del juez, sino que debe recurrirse a él para negar el dolo en los casos en que no existe un sentido social claro sobre si una conducta ha sido realizada conscientemente. Cuando a partir de las características externas de un comportamiento y de las circunstancias que lo acompañan no sea posible valorar inequívocamente que éste ha sido realizado de forma consciente, deberá optarse por no imputar el conocimiento.

Es evidente que las valoraciones sociales sobre el conocimiento ajeno, incluso cuando su vigencia sea indiscutible, incorporan siempre un margen de error con respecto a la realidad psicológica y, por tanto, un riesgo de que se instrumentalice a quien se condena por aquello que, desde el punto de vista de la sociedad, se considera realización dolosa de un tipo penal. Por este motivo se hace necesario valorar la conveniencia de recurrir a otros criterios que permitan ulteriores reducciones del nivel de riesgo subsistente.

C) Ciencias empíricas y sentido social

A una perspectiva como la expuesta en los apartados anteriores se le puede plantear la cuestión acerca de qué papel deben desempeñar las ciencias empíricas en el ámbito de la determinación procesal del dolo. En primer lugar, es conveniente dejar sentada la idea de que, si se buscan métodos uniformes para la resolución de los casos, éstos no pueden ser resueltos acudiendo en unas ocasiones a un criterio de determinación

y en otros a otro distinto[937]. En consecuencia, la elección del sentido social como criterio propuesto para la «determinación del dolo» implica que el papel que deben desempeñar las ciencias empíricas en este ámbito debe estar siempre condicionado por el punto de vista que la sociedad sostenga sobre la capacidad de ciertas disciplinas científicas para averiguar correctamente el conocimiento ajeno y pretérito.

En un apartado anterior de este trabajo se ha puesto en evidencia cómo en la actualidad no puede afirmarse que socialmente se confíe en que ciencias empíricas como la psicología o la psiquiatría puedan aportar soluciones ciertas sobre aquello de lo que fue consciente una persona en un momento pretérito[938]. Vinculando esta idea al criterio del sentido social, debe afirmarse consecuentemente que las ciencias empíricas no deben desempeñar papel alguno en el ámbito de la determinación procesal del conocimiento, al menos mientras no cambien las valoraciones de la sociedad respecto a las capacidades de tales ciencias. La razón de ser de esta última afirmación puede confirmarse atendiendo a las finalidades del Derecho penal: el recurso a las ciencias empíricas en ámbitos en los que la sociedad no ha asumido que éstas sean capaces de aportar soluciones concluyentes conlleva el evidente riesgo de que la aplicación del Derecho penal cause un efecto de desorientación en la colectividad. La evidente tendencia de determinados planteamientos de la psicología a negar la concurrencia del sustrato fáctico requerido por el dolo llevaría a absolver, o sólo a castigar como imprudentes, supuestos que, desde el punto de vista de la sociedad, tienen un claro significado de haber sido realizados de modo conscientes por su autor[939].

Sin embargo, y a diferencia de lo afirmado para la determinación del tipo subjetivo, hoy en día sí se admite de forma generalizada que ciencias como la psicología o la psiquiatría pueden aportar orientaciones decisivas sobre la imputabilidad del acusado. Por este motivo no sólo resulta recomendable, sino necesario, que se acuda a ellas para dilucidar las posibles dudas sobre dicha imputabilidad. Admitiendo que tales ciencias desempeñan un papel importante en este último punto, es posible poner a la vez de manifiesto que éstas ejercen de modo efectivo, aunque sólo indirecto, *una tarea de reducción del riesgo de instrumentalización que se asume en una «determinación del dolo» llevada a cabo a partir del sentido social de un hecho*. Esta idea debe ser desarrollada a continuación.

[937] Cfr., al respecto, BRESSER, *Lange-FS*, pp. 666-667.

[938] Cfr. *supra* VII.3.A.3 y VIII.4.

[939] Esta problemática se analiza de forma detallada *infra* X.2.C.2, donde se expone el tratamiento que procede dispensar a los delitos cometidos en situaciones pasionales.

C.1. Ciencias empíricas y reducción de riesgos

Como se ha afirmado repetidamente, el riesgo de instrumentalizar a un individuo que se asume en toda condena se realiza de modo efectivo, por lo que respecta al dolo, en aquellos casos en que se imputa a un sujeto unos conocimientos con los que éste (psicológicamente hablando) no ha contado, sin que, a la vez, dicho sujeto haya previsto la posibilidad de tal condena. Algunos de los supuestos en que es imaginable tal divergencia son todos aquéllos en que, a causa de determinadas deficiencias de tipo orgánico, un sujeto no ha contado (psicológicamente) con el conocimiento que se le imputa. Esta idea puede exponerse tomando como punto de partida el siguiente ejemplo:

> *Después de haber ingerido una gran cantidad de drogas alucinógenas, el acusado creyó oír voces del más allá que le alentaban a lanzar a su hijo de corta edad por la ventana del apartamento en el que se encontraba, asegurándole que unos ángeles tomarían en sus manos al pequeño e impedirían que sufriera daño alguno. En el momento en que el acusado obedeció a tales voces y lanzó a su hijo desde el séptimo piso no fue (psicológicamente) consciente de que creaba un elevadísimo riesgo para la vida de éste.*

La «determinación del dolo» del sujeto a partir del criterio del sentido social del comportamiento realizado y de las circunstancias que lo acompañan lleva a un resultado indiscutible: cualquier persona que lanza a un niño de tan corta edad desde semejante altura es consciente de que está efectuando una conducta apta para causar su muerte[940]. Esta conclusión implica una divergencia entre los auténticos hechos psíquicos (el sujeto no se representó tal riesgo) y el resultado de la imputación, aunque —por motivos ya expuestos— tal divergencia no puede llegar a ser determinada en la práctica. Es en este punto donde las ciencias empíricas desempeñan su papel restrictivo de riesgos de instrumentalización: si al analizarse la capacidad de culpabilidad se consigue poner en evidencia a través de la prueba pericial que el acusado tenía completamente alteradas sus capacidades intelectivas y volitivas, éste podría ser declarado inimputable y, por tanto, no condenado. Con la evitación de la condena se consigue que el riesgo de error asumido en el ámbito de la «determinación del dolo» no llegue a materializarse: la absolución final evita que se acabe instrumentalizando al acusado.

El juicio en virtud del sentido social no siempre se lleva hasta su último extremo: en determinados casos se acepta una apelación a la individualidad del sujeto para eximir a éste de las consecuencias que deberían derivarse de su conducta en el supuesto de que ésta fuera valorada

[940] Un desarrollo de los fundamentos de afirmaciones como ésta *infra* XII.2.

de acuerdo con parámetros sociales. Éste es el caso de los inimputables, a quienes se exonera del sentido social creado con su actuación a causa de determinadas peculiaridades de su individualidad. La contrapartida a tal exoneración, sin embargo, es que en adelante no se les va a tener más en cuenta como interlocutores aptos para la comunicación social[941]. La pérdida de tal aptitud comporta ventajas, como la no imposición de la sanción penal, pero a la vez inconvenientes, como, por ejemplo, que deje de considerarse al sujeto como capacitado para determinados actos de naturaleza negocial o para ejercer ciertos cargos públicos, aparte de los casos en que, además, se le juzgue peligroso y se le imponga una medida de seguridad.

La importancia del papel de las ciencias empíricas en este ámbito es puesta expresivamente de manifiesto por *Wolfgang Köberer*, cuando este autor afirma que, en el empleo de teorías basadas en la experiencia cotidiana para determinar los elementos subjetivos del delito,

> no concurre el peligro de errar por completo sobre el aspecto psicológico del autor, pues los presupuestos aplicativos para la atribución del dolo se comprueban por separado en la *culpabilidad*, donde ya no queda margen para «psicologías esotéricas», pues la determinación de la culpabilidad es una cuestión empírica a pesar de todas las discusiones normativas sobre sus límites[942].

En la medida en que en el ámbito de la «determinación del dolo» se trabaja con un modelo ideal de sujeto («*cualquier persona* que lanza a un niño de tan corta edad es consciente de que está llevando a cabo una conducta apta para causar la muerte de éste»), se incorpora en toda condena un riesgo de error atribuible a la posibilidad de que el sujeto concreto a quien se juzga no reúna las características de dicho modelo. El recurso a las ciencias empíricas en el ámbito de la culpabilidad permite evitar la realización efectiva de dicho riesgo, en la medida en que con tal recurso pueden ponerse de manifiesto los casos en que el grado de divergencia entre el modelo ideal y el concreto sujeto activo es especialmente evidente.

Pese a las anteriores afirmaciones debe dejarse claro que, aunque el recurso a las ciencias empíricas en el ámbito de la culpabilidad tenga un efecto reductor de los riesgos de condena errónea, ello no implica que los hechos en cuestión dejen de ser considerados dolosos[943]. Esta afirmación tiene una especial importancia en los supuestos de realización de conductas objetivamente típicas en que el sujeto se encuentra inmerso en un estado pasional *(«Affekt»)* especialmente intenso.

[941] Cfr. JAKOBS, *Derecho penal*, p. 15.

[942] KÖBERER, *KrimJ*, 1983, p. 190 (cursiva en el original).

[943] Ello sin perjuicio de lo que se afirmará *infra* XII.5.

C.2. Atribución del dolo y estados pasionales

Desde ciertos ámbitos de la doctrina penal se viene insistiendo con alguna frecuencia en las últimas décadas en el hecho de que los avances de las ciencias empíricas permiten aseverar que, cuando un sujeto actúa inmerso en determinados estados pasionales, no puede entenderse que en su actuación concurra el conocimiento (y, eventualmente, la voluntad) exigidos por el dolo[944]. Estas ideas pueden resumirse en la afirmación de que estados pasionales y dolo son incompatibles, y todo indica que la vía adecuada para trasladar estas ideas al proceso pasa por recurrir a la prueba pericial. Según algunos autores, acreditada fehacientemente por los peritos una situación pasional, la única opción del juez es negar el dolo.

Sin embargo, cuando se afirma que el dolo es algo que se determina en función del sentido social de un hecho, también éste es el criterio que deberá emplearse para resolver los supuestos en que concurre un estado pasional. Así, por ejemplo, en el discutido supuesto en que el acusado, experto karateka, perdió los nervios a causa del persistente llanto de un bebé y le propinó un golpe en la nuca con el canto de la mano que le causó la muerte, el sentido social evidente del hecho no puede ser otro que afirmar el dolo homicida del acusado pues, desde un punto de vista social, resulta inadmisible afirmar que alguien que conoce perfectamente la fuerza de sus golpes y la vulnerabilidad de la víctima haya dejado de representarse estar creando un riesgo para la vida de ésta cuando realizaba semejante conducta[945]. Afirmar ante casos como éste que sólo concurre un homicidio imprudente, es decir, que la muerte se ha producido por un descuido, es algo que desde el prisma social no resulta comprensible[946].

De la anterior afirmación no debe deducirse que convenga dejar totalmente fuera de consideración el hecho de que el acusado haya actuado

[944] Cfr. los trabajos de PRITTWITZ, *GA*, 1994, p. 454 ss; KARGL, *Der strafrechtliche Vorsatz*, p. 15 ss, así como la obra en que en buena medida se basan ambos autores: LEMPP, *Jugendliche Mörder*, p. 20. Cfr., igualmente, SCHEWE, *Reflexbewegung, Handlung, Vorsatz*, esp., pp. 104-105 y PUPPE, *NK*, § 15, n.º marg. 100. Sobre la discusión histórica acerca de la cuestión, cfr. PLATZGUMMER, *Die Bewußtseinsform des Vorsatzes*, p. 12 ss y 22 ss, e, igualmente, SCHROEDER, *LK*, § 16, n.º marg. 107 ss. Para las diversas definiciones de estado pasional *(«Affekt»)*, cfr. ZIEGERT, *Vorsatz*, p. 17 ss. Referencias jurisprudenciales en ROXIN, *Strafrecht*, § 12, n.º marg. 117 (nota 230).

[945] También CUELLO CONTRERAS, *El Derecho penal*, p. 508, resuelve este supuesto de hecho en un sentido idéntico. La descripción del caso, cuya sentencia puede encontrarse en *NStZ*, 1988, p. 175 ss, en PRITTWITZ, *GA*, 1994, p. 460. Cfr. *supra* II.3 ulteriores referencias bibliográficas sobre este supuesto. Pueden encontrase casos similares en SCHEWE, *Reflexbewegung, Handlung, Vorsatz*, p. 113 ss.

[946] Interesante al respecto, ROXIN, *Strafrecht*, § 12, n.º marg. 117, quien afirma que una conducta realizada en un estado pasional «no presenta parecido alguno con la acción imprudente, entendida ésta como desacierto descuidado, sino que se dirige a un objetivo».

obcecado por un estado pasional provocado por la conjunción del molesto llanto del niño y de su carácter irritable. Sin embargo, la sede adecuada para llevar a cabo tal toma en consideración no es el dolo, donde se opera con sentido social y, por tanto, con un modelo ideal de persona[947]. El ámbito donde debe tratarse la posible concurrencia de un estado pasional y los efectos que de ella deben derivarse es la culpabilidad, esto es, el elemento del delito en el que se analiza si realmente puede entenderse que en el supuesto de hecho ha concurrido un sujeto «normal»[948]. Si del análisis de culpabilidad se concluye que en el momento de los hechos el sujeto se hallaba dominado por impulsos tan poderosos que ya no actuaba en una situación de normalidad, el aplicador jurídico encuentra en el texto de la ley suficientes recursos para dejar de atribuir a dicho sujeto el sentido social creado con su hecho, o para atribuírselo sólo parcialmente[949]. Sin embargo, el que por cuestiones relativas a la culpabilidad el sentido social no se atribuya a quien lo ha creado no quiere decir que tal sentido haya dejado de emitirse.

La solución que en cualquier caso no parece adecuada es la que afirma que en estos supuestos debe apreciarse un homicidio imprudente (el estado pasional elimina el conocimiento necesario para el dolo) pero sin que el sujeto deje de ser culpable. Esta solución encierra un enorme contrasentido, pues viene a decir que en el supuesto de hecho concurre

[947] El Tribunal Supremo afirma en su sentencia de 11 de marzo de 1996 (A 1906, ponente De Vega Ruiz) que «en principio puede decirse que la disminución de la capacidad intelectiva, o la disminución de la culpabilidad no afecta al dolo». Sin embargo, no está demasiado claro si esta afirmación se sostiene en la sentencia como una regla con validez general, o si con ella sólo se hace referencia a la problemática del caso concreto que se resuelve. Cfr., asimismo, la STS de 13 de noviembre de 1991 (A 8299, ponente Montero Fernández-Cid), en la que se afirma que «la capacidad de culpabilidad no influye sobre el conocimiento de los elementos del tipo ni sobre la voluntad de realizar la acción ejecutada».

[948] Cfr., en este punto, las consideraciones de PUPPE, *NK*, § 15, n.º marg. 131 ss, quien pone en duda que la discusión sobre los límites del dolo y la imprudencia sea el lugar adecuado para tratar las aminoraciones de pena que la inmensa mayoría de la doctrina considera necesarias para el caso en que el autor actúe inmerso en un estado pasional (*ibidem*, n.º marg. 134). En la doctrina española SILVA SÁNCHEZ, «Sobre los "movimientos reflejos", "actos en cortocircuito" y "reacciones automatizadas"», en MIR PUIG y otros, *Comentarios a la jurisprudencia penal del Tribunal Supremo*, Barcelona, 1992, p. 38, entiende que el ámbito en que conviene tratar el problema de los estados pasionales es el del transtorno mental transitorio. Otro punto de vista en FLORIÁN, *De las pruebas penales*, tomo I, p. 420, quien en el concreto caso de la prueba del ánimo de matar en el delito de homicidio entiende que el papel fundamental lo desempeña una investigación psico-física de la personalidad del acusado, teniendo especial importancia «sus antecedentes, su comportamiento anterior y posterior al delito, las peculiaridades emotivas de su sique, lo mismo que su estado mental».

[949] Lo que, sin entrar en análisis concretos, parece perfectamente posible acudiendo a las diversas causas de inimputabilidad contenidas en el Código, con sus correspondientes eximentes incompletas e, incluso, la atenuante analógica.

un sujeto que era «normal» en el momento de llevar a cabo su comportamiento y, sin embargo, que éste no se representó lo que una persona normal no podía haberse dejado de representar[950]. El sentido desorientador de resoluciones como ésta parece estar fuera de toda duda[951].

Wolfgang Schild se ha ocupado en tiempos recientes de esta problemática, defendiendo para su resolución un punto de vista original que no parece pasar por vincular las posibles soluciones a la averiguación de datos psicológicos[952]. Sin embargo, desde su punto de vista tampoco una solución como la que aquí se defiende (que «renuncia por completo a cualquier certeza psicológica —aunque provenga de la Psicología de la *Gestalt*— y desarrolla un concepto de dolo puramente normativo, despsicologizado») parece acertada, pues este autor entiende que con ella no se deja de pensar en un sentido psicológico: se parte de que conocer y querer son objeto de la psicología y, sólo cuando el recurso a esta ciencia no proporciona resultados satisfactorios, se propone una construcción normativa[953]. El punto de vista defendido por *Schild* se expone a partir del siguiente caso, comentado por el propio autor:

> *El acusado Anton causó la muerte de su prometida Gerda golpeando repetidamente la cabeza de ésta con una plancha, después de que ella hubiera anunciado su intención de poner fin a la relación sentimental que les unía. Desde el punto de vista psicológico se plantean dudas sobre si el autor podía ser verdaderamente consciente de estar causando la muerte de su pareja cuando lo que él precisamente quería es que ella continuara a su lado*[954].

[950] PUPPE, *ZStW*, 103 (1991), p. 16, constata que un punto de vista como éste lleva a una doble valoración de los estados emocionales como factores que exoneran al autor penal y que el lugar más idóneo para llevar a cabo tal valoración es la culpabilidad.

[951] Una convincente crítica a la jurisprudencia del BGH, muy reacia a admitir dolo homicida en caso de estados pasionales, en PUPPE, *NK*, § 15, n.º marg. 133.

[952] En SCHILD, «Strafrechtsdogmatische Probleme der Tötung des Intimpartners», *JA*, 1991, p. 48 ss, se analiza la problemática del tipo subjetivo en los casos de homicidio del compañero sentimental, unos supuestos en que, si bien no se presentan los rasgos característicos de los estados pasionales, sí se plantean dudas sobre la integridad psíquica del sujeto en el momento de llevar a cabo el comportamiento homicida. Sobre la separación entre el concepto jurídico de dolo y el punto de vista de las ciencias empíricas, cfr. *ibidem*, p. 51.

[953] Cfr. SCHILD, *JA*, 1991, p. 51.

[954] SCHILD, *JA*, 1991, p. 51, muestra a qué resultados llevarían algunas propuestas normativas con las que él está en desacuerdo: «en un caso como el del homicidio de Gerda a manos de Anton debe afirmarse por fuerza dolo pues, en caso contrario, la función preventivo-general del sistema penal no se realizaría por completo o podría incluso frustrarse. Si el destinatario del sistema jurídico-penal (ley, juicio y ejecución penal) es la comunidad que confía en el Derecho, ésta debe ser confirmada en su modo de ver las cosas (lo correcto es confiar en la vigencia de la norma) y debe verse reforzada en su confianza en el Derecho. Afirmar que, en casos como el de Anton, no concurre un delito doloso es algo que, como ya se ha afirmado, incomoda y frustra la expectativa normativa de quie-

Schild entiende que, desde un principio, ni la voluntad ni el conocimiento en Derecho penal son objeto de la psicología, sino que éstos deben identificarse en la reflexión ético-práctica del sujeto ante situaciones en que se le exige una responsabilidad. El factor clave desde su punto de vista radica en si el sujeto identifica el comportamiento típico como su propio pasado y en si puede reconocer en él la realización de su voluntad. Según los planteamientos de este autor, el dolo debe afirmarse cuando de acuerdo con criterios de validez y aceptación general (que también deben regir para el acusado) el sujeto activo tiene que responder por el hecho como realización de su voluntad[955]. Aplicando este punto de vista al anterior supuesto, *Schild* afirma la concurrencia de dolo en el protagonista del ejemplo[956]. Desde su perspectiva tal solución se explica porque, en los días anteriores al homicidio, el acusado había ido dando forma a la idea de que no era posible que su amada viviera sin él a su lado. Ello permite, de acuerdo con una reflexión ético-práctica sobre la responsabilidad jurídica, atribuir la posterior muerte a la voluntad del sujeto: habiendo albergado tales pensamientos, el acusado no puede dejar de ver reflejada en el hecho su voluntad de que la víctima muriese[957]. Sin embargo, *Schild* entiende que las circunstancias del sujeto permiten considerar que sólo concurre una modalidad menos grave de homicidio[958].

Dejando a un lado el discutible concepto de dolo en que se basa, la propuesta de *Schild* plantea numerosos motivos para la duda. En primer lugar, la oscuridad de los argumentos esgrimidos por este autor para la afirmación del dolo hacen francamente difícil aventurar qué solución corresponde a cada caso y a partir de qué criterios debe obtenerse ésta. En este sentido, resulta imposible imaginar cómo tales planteamientos pueden desglosarse en reglas intermedias, claras y racionales que permitan desterrar la impresión de que para cada supuesto se manejan criterios *ad hoc* y, por tanto, de que concurre una cierta arbitrariedad. En segundo lugar, y pese a su crítica a planteamientos como el aquí defendido, su propuesta no deja de acudir a otros criterios de imputación, sin que se consiga demostrar que éstos resultan más idóneos para que el Derecho penal despliegue de forma adecuada sus efectos, ni tampoco se legitima

nes confían en el Derecho. ¡Un Derecho penal como éste sería disfuncional! Por ello es necesario construir precisamente el dolo de Anton a partir de fundamentos preventivos».

[955] Cfr. SCHILD, *JA*, 1991, p. 52.

[956] Cfr. SCHILD, *JA*, 1991, p. 54 ss.

[957] SCHILD, *JA*, 1991, p. 56, considera que, para atribuir responsabilidad, el juez tiene que atender también a los antecedentes del autor y a sus relaciones con la víctima, no en el sentido de la culpabilidad por la forma de vida, sino para conseguir una correcta comprensión del hecho.

[958] Cfr. SCHILD, *JA*, 1991, p. 56. El autor basa esta solución en la posibilidad de atenuación de pena prevista en el § 213 StGB.

el posible riesgo de instrumentalización que lleva implícito su empleo. Sólo estos motivos permiten ya afirmar que la solución que aquí se defiende parece en muchos aspectos más adecuada que la propuesta por este autor.

De acuerdo con lo expuesto, la solución al problema del dolo en casos de situaciones pasionales tiene también que obtenerse a partir del sentido social de la conducta y de las circunstancias que la acompañan. Esta solución no sólo debe hacer posible otorgar a los casos un tratamiento uniforme, sino que, además, está en sintonía con las capacidades que hoy en día se atribuyen socialmente a las ciencias empíricas: pese a que se entiende que dichas ciencias no pueden decir exactamente qué es lo que se ha representado un sujeto en el pasado, *sí se les reconoce* la capacidad de determinar ante cada caso si concurre un sujeto «normal» a quien sea posible atribuir por completo el sentido social creado con su conducta[959]. La contribución de las ciencias empíricas en el ámbito de la culpabilidad permite reducir los riesgos que se derivan del empleo del sentido social como criterio de «determinación del dolo», sin interferir por ello en el contenido de los mensajes que el Derecho penal dirige a la colectividad.

X.3. LEGITIMACIÓN DEL SENTIDO SOCIAL COMO CRITERIO DE «DETERMINACIÓN DEL DOLO»

En los anteriores apartados han sido aislados conceptualmente, en primer lugar, los casos en que concurre una instrumentalización cuando se recurre al sentido social como criterio para determinar en qué supuestos un hecho ha sido realizado dolosamente. Seguidamente, se ha aportado una caracterización de este criterio que supone una reducción global de riesgos que debe verse completada con el recurso a las ciencias empíricas en el ámbito de la culpabilidad. Pese todo lo anterior, es evidente que el recurso al sentido social sigue sin poder garantizar que sus resultados vayan a coincidir, plenamente y en todos los casos, con la realidad psicológica del sujeto, o que, en los supuestos en que no se dé tal coincidencia, ésta no suponga una instrumentalización. En proporciones más

[959] PUPPE, *ZStW*, 103 (1991), p. 16: «esta vigencia práctica de la conducta, interpretada desde un punto de vista racional como un juicio de deber-ser que contradice directamente la integridad de los intereses ajenos jurídicamente protegidos, debe ser imputada al autor como su injusto personal, siempre que éste sea considerado como un *partner* competente en el proceso de comunicación social. Es una cuestión de culpabilidad si el autor ha realizado este juicio, desde un punto de vista psíquico, con claridad de discernimiento». En sentido contrario la STS (Sala 5.ª) de 15 de marzo de 1997 (A 2505, ponente Aparicio Gallego), en la que el «transtorno grave de la personalidad» padecido por el acusado se emplea como indicio, entre otros, para negar el dolo.

o menos restringidas es evidente que un cierto grado de riesgo siempre subsiste. La pregunta clave que debe ahora responderse es si cabe considerar legítima una condena pese a su permanencia.

En el Capítulo precedente han sido analizados diversos criterios aportados por la doctrina para legitimar la posibilidad de dictar una condena pese al inevitable riesgo de error entre hechos probados y realidad acaecida. Rechazado el criterio propuesto por *Georg Freund*, por hacer depender éste dicha legitimidad en la mayoría de supuestos de la actitud procesal del acusado, dos argumentos parecen mostrar un especial vigor: los defendidos por *Andreas Hoyer* y *Ulrich Stein*. El primero de estos autores defiende la idea de que *en todo ciudadano concurre una doble pretensión*: por un lado, la de nunca ser condenado como culpable de un delito sin haber cumplido de modo efectivo con los requisitos que la ley exige para declarar tal culpabilidad; por otro lado, la de que el Estado proteja sus bienes más fundamentales frente a agresiones de terceros, plasmándose dicha protección, entre otros ámbitos, en la acción del Derecho penal[960]. Como pone en evidencia *Hoyer,* ambas pretensiones no pueden mantenerse a la vez en sus términos más absolutos: al ser imposible una reconstrucción totalmente fidedigna de los hechos efectivamente acaecidos, en toda condena se asume el riesgo de estar castigando a un inocente, un riesgo que sólo podría excluirse completamente prescindiendo de la acción del Derecho penal. En este último caso, sin embargo, el Estado ya no estaría en condiciones de garantizar la protección de los intereses de los ciudadanos. De ahí que pueda afirmarse que el interés que tienen éstos en que el Estado les proteja sólo puede satisfacerse si están dispuestos a pagar el precio que implica aceptar el riesgo de poder ser condenados alguna vez como culpables de un delito sin haber cumplido de forma efectiva con todas las circunstancias que la ley exige para tal condena. La corrección de esta idea —con independencia de los cuestionables desarrollos que a partir de ella extrae *Hoyer*— apenas parece discutible[961].

Uno de los planteamientos defendidos por *Stein* es paralelo a las anteriores ideas. Mientras se afirma por parte de algunos autores que condenar pese al riesgo de error implica un atentado contra la dignidad de la persona, advierte *Stein* que no por ello la Constitución deja de regular la posibilidad de que el Estado haga uso de la sanción penal y de atribuir determinadas finalidades a este recurso. Ello implica que, si no se quiere afirmar que la Constitución se contradice, debe admitirse que la protección de la dignidad de la persona no puede llevarse hasta el extremo de convertir en inefectivo el Derecho penal. En cierto modo, estos

[960] En general, HOYER, *ZStW,* 105 (1993), p. 539 ss y *supra* IX.4.A.2.b

[961] Sobre la perspectiva defendida por HOYER y los problemas que plantea ésta, cfr. *supra* IX.4.A.2.b.

argumentos pueden entenderse como la aportación de un fundamento jurídico-constitucional a las ideas de *Hoyer*: la Constitución pretende proteger tanto la pretensión de los individuos de no ser víctimas de injerencias en sus derechos fundamentales, como el interés de éstos en que el Estado les asista para la protección de tales derechos.

El sentido social como criterio de atribución del conocimiento ajeno, en los términos en que se ha planteado, debe ser analizado ahora a la luz de criterios de legitimación como los expuestos. Como ya se ha afirmado repetidamente, resulta imposible cuantificar en qué porcentaje de casos se da una situación de divergencia entre conocimientos imputados de acuerdo con el sentido social y conocimiento como realidad psicológica efectivamente acaecida. Sin embargo, todo lleva a pensar que se trata de una cantidad no demasiado elevada. Para comprobar la corrección de semejante punto de vista, basta con preguntarse por el número de veces en que, en la vida cotidiana, otras personas le atribuyen a uno, en virtud de circunstancias externas, el conocimiento de un hecho que en realidad nunca ha tenido. Si por regla general la respuesta es que tal divergencia se da pocas veces, esta escasa frecuencia se reduce más aun si, dado lo gravoso de la sanción penal, se adoptan especiales cautelas en el momento de decidir sobre el contenido subjetivo de los comportamientos ajenos: penalmente no bastan meras suposiciones como pueden darse en la vida cotidiana, sino que el hecho debe tener el *inequívoco* significado de haber sido realizado conscientemente.

Aislado globalmente el grupo de supuestos en que existe el riesgo de una (indetectable) instrumentalización, dicho riesgo debe situarse en una balanza junto a los que se derivarían de suprimir del Derecho penal la previsión de tipos dolosos por considerar que éstos resultan inaplicables[962]. Desde el punto de vista que aquí se sostiene, parece incuestionable que, tanto a corto como a largo plazo, los perjuicios serían superiores de aceptarse el segundo riesgo. En consecuencia, conviene en este punto dar la razón a *Hoyer* y *Stein*: si los individuos aspiran a que el Derecho penal les proteja de algún modo deben asumir el (todo indica que escaso) riesgo de que alguna vez se les pueda condenar por un hecho no efectivamente cometido. Y ello implica que la protección constitucional de la dignidad de la persona no puede interpretarse de tal modo que haga ineficaz la acción del sistema punitivo del Estado, pese a los riesgos que ésta implica.

Desde este punto de vista, no parece descabellado afirmar incluso que en realidad no concurre instrumentalización alguna. La crítica de la instrumentalización sólo atiende al momento posterior a la imposición de

[962] Esto es, un Derecho penal donde la diferencia entre lo doloso y lo imprudente dejara de existir y en el que no tuvieran prácticamente sentido todos aquellos tipos para los que únicamente se prevé la punición en caso de comisión dolosa.

la condena, esto es, a aquel instante en que el sujeto ya ha sido (desde el prisma psicológico) incorrectamente condenado y lamenta tener que pagar a costa de algunos de sus derechos fundamentales determinados beneficios sociales que pretendidamente se generan a través de la pena que se le impone. Sin embargo, las cosas se ven de otra manera si se observan desde una perspectiva anterior a la condena o, mejor aun, al proceso mismo, y si en este momento previo se formula la pregunta de si prefiere correrse el hipotético riesgo de llegar a ser condenado algún día injustamente (desde el punto de vista psicológico) o los perjuicios que se derivarían de una práctica derogación del Derecho penal. En la medida en que todo parece indicar que cualquier individuo racional asumiría el primer riesgo se hace difícil continuar hablando de instrumentalización.

Para que tal riesgo resulte soportable por los ciudadanos, el Estado debe atenerse una serie de condiciones en su recurso a la sanción penal. La condición principal viene dada por la exigencia de que se dé una situación de igualdad entre los posibles destinatarios de los riesgos inherentes a la existencia del Derecho penal. Ello implica, en primer lugar, que no pueda determinarse *a priori* (antes de que se realice cualquier comportamiento) qué concretos individuos van a padecer la existencia de tales riesgos y, en segundo lugar, que los criterios que se utilicen para determinar tal padecimiento garanticen un trato igualitario entre todos los posibles destinatarios[963]. Otra condición básica es explicitada por *Stein*: dada la entidad de la sanción penal sólo parecen asumibles aquellos riesgos que resulten imprescindibles para garantizar la razón de ser del Derecho penal. El inequívoco sentido social como criterio para la atribución

[963] A este ámbito son trasladables algunos de los razonamientos que se emplean para justificar la existencia de determinados riesgos permitidos en el seno de la sociedad. Así, JAKOBS, *La imputación objetiva en Derecho penal*, trad. M. Cancio Meliá, Madrid, 1996, p. 118, entiende que, «puesto que una sociedad sin riesgos no es posible y nadie se plantea seriamente renunciar a la sociedad, una garantía normativa que entrañe la total ausencia de riesgos no es factible; por el contrario, el riesgo inherente a la configuración social ha de ser irremediablemente tolerado como *riesgo permitido*» (cursiva en el original). Este autor añade (*ibidem*, p. 122) que «en una sociedad de libertades no puede generarse la permisión de un riesgo si el beneficio de la respectiva actividad tiene una fundamentación plausible para quien potencialmente ha de soportar los costes; en una sociedad de libertades no puede fundamentarse la libertad de comportamientos a expensas de los demás. De aquí se deduce, especialmente, que quienes deben soportar el coste han de tener carácter anónimo en el momento en que la actividad tiene lugar». A las anteriores ideas se añade un ejemplo (*ibidem*): «si *ex ante* se conociese la identidad de las víctimas que el tráfico rodado va a ocasionar en un determinado día, sería imposible que ese día el tráfico se desarrollase como actividad jurídicamente permitida; el riesgo sólo puede ser tolerado en la medida en que *ex ante* las víctimas sean anónimas, y ello porque *ex ante* también pueden ser consideradas como potenciales beneficiarias de las ventajas que la actividad en cuestión reporte». Argumentos similares parecen poder emplearse con respecto de los riesgos que se derivan de la justicia penal.

del conocimiento en que se fundamenta el dolo cumple con todas estas exigencias: garantiza una igualdad de trato entre los sujetos —a todos se les juzga por el sentido social que se desprenda de sus comportamientos— y, al reducir la atribución del conocimiento a los supuestos en que se juzga inequívoca su concurrencia, el recurso a la pena se circunscribe a aquellos casos en que resulta absolutamente imprescindible replicar al sentido social que el sujeto ha expresado con su conducta.

X.4. CRITERIOS DE ATRIBUCIÓN DEL CONOCIMIENTO A PARTIR DEL SENTIDO SOCIAL

A diferencia de las presunciones generales de dolo empleadas en otros tiempos, el sistema de atribución del conocimiento que aquí se propugna no prejuzga un hecho antes de entrar en su análisis. Cierto es que cuando este análisis se lleve a cabo deberán aplicarse reglas con carácter presuntivo: cuando se abandona la búsqueda de fenómenos psicológicos y se pasa a juzgar el dolo en función de la significación social del hecho, es evidente que detrás de dicha significación social se ocultan determinadas presunciones asentadas en las valoraciones sociales, de acuerdo con cuyo contenido, cuando un hecho adopta cierta configuración externa, se entiende que su autor lo ha realizado con determinados conocimientos[964]. El contenido presuntivo es inevitable en todo juicio de atribución del conocimiento que no pase por una plena reconstrucción de éste como proceso psíquico efectivamente acaecido[965]. Sin embargo existen dos diferencias ciertamente evidentes: en primer lugar, mientras las tradicionales presunciones de dolo reducían los criterios de atribución a una única regla, el criterio que aquí se propone tiene en cuenta la riqueza y variedad de los comportamientos humanos[966]. En segundo lugar, el

[964] KÖHLER, Comentario a la sentencia del BGH de 17 de junio de 1980, en *JZ*, 1981, p. 37, se muestra crítico con el fenómeno que él denomina «objetivación del dolo», que se da en aquellas situaciones en que se trabaja con reglas concretas para la «prueba del dolo». Entiende este autor que, en estos supuestos, los casos se acaban subsumiendo en las reglas de prueba y no en el concepto de dolo. Sin embargo, como es habitual en la doctrina, tampoco este autor aporta criterios más adecuados para acreditar el dolo prescindiendo de las reglas de prueba y de la objetivación.

[965] Las antiguas presunciones de dolo y la imputación de dolo, como aquí se ha expuesto (cfr. *supra* IX.2), comparten, ciertamente, un común denominador: el dolo no se determina a partir de la reconstrucción de ciertos datos psicológicos, sino que se atribuye normativamente al sujeto. Cfr., al respecto, PÉREZ DEL VALLE, *RDP*, 1994, p. 417 (y nota 12). Entiende este autor (*ibidem*, p. 417, nota 13), que la presunción se distingue del indicio porque respecto a la presunción «no se exige ninguna prueba específica para ser mantenida».

[966] Sirvan en este ámbito los criterios aportados por HRUSCHKA, *Kleinknecht-FS*, p. 197 ss, para distinguir entre presunciones de dolo y *dolus ex re* (cfr. *supra* IX.3.B.2.a).

recurso al sentido social no supone, a diferencia de las presunciones, que toda la carga de la prueba del tipo subjetivo se desplace a la persona del acusado, sino una valoración global del hecho a partir de datos objetivos previamente probados, una valoración que, en determinados casos, puede beneficiar al acusado en cuestión[967].

El recurso al sentido social como criterio de determinación del conocimiento exigido por el dolo no sólo resulta adecuado desde el punto de vista de un efectivo y mesurado empleo del Derecho penal. Además, lleva a resultados mucho más convincentes desde la perspectiva de la seguridad jurídica pues, como tratará de mostrarse en este apartado, permite dotar a los supuestos de hecho de soluciones uniformes y previsibles[968]. Como se ha puesto anteriormente de manifiesto, las valoraciones sociales trascienden a la persona del juez, algo que no puede afirmarse de la íntima convicción. Ello debe permitir que cualquier intérprete pueda analizar tales valoraciones y determinar *a priori* cuál debe ser la solución correcta de cualquier supuesto de hecho[969]. Como afirma *Stein*, «la determinación de los hechos por parte del juez en el juicio oral también es una conducta que está necesitada de reglas: el ordenamiento jurídico tiene que avanzar al juez reglas vinculantes que le indiquen bajo qué presupuestos debe considerarse como "probada" una determinada circunstancia fáctica»[970]. Atendiendo a las valoraciones sociales se hace posible anticipar estas reglas.

[967] Cierta doctrina insiste en que no deben confundirse las presunciones de dolo con la «simplificación probatoria justificada» que implica el empleo de reglas de experiencia en el ámbito de la prueba de indicios; cfr. TASSI, *Il dolo*, p. 147. Desde luego debe admitirse que el segundo método resulta menos rígido que las presunciones de dolo en el sentido en que éstas han sido definidas y empleadas históricamente y permite, por tanto, prestar una mayor atención a las circunstancias particulares de cada caso. Sin embargo, es evidente que los dos métodos tienen una naturaleza presuntiva, pues ninguno de ellos está en condiciones de acreditar de un modo incontrovertido cuál fue el contenido de la conciencia del sujeto en el momento de llevar a cabo el hecho objetivamente típico.

[968] Se trata de conseguir, como sugiere FRISCH, *K. Meyer-GS*, p. 565, «una práctica de la prueba que sea racional y comprensible intersubjetivamente».

[969] Aunque la doctrina procesal ha introducido criterios *objetivizantes* en la formación de la convicción judicial, con los que debe evitarse resoluciones irracionales o arbitrarias, se sigue admitiendo —aunque sea implícitamente— que dentro de lo racional o lo no arbitrario pueden darse soluciones distintas para supuestos idénticos y que la última palabra la tiene la convicción judicial. Cfr., por ejemplo, las afirmaciones de MIRANDA ESTRAMPES, *Mínima actividad probatoria*, pp. 152-154, quien, pese a afirmar que «la libertad en la apreciación de las pruebas no significa ausencia de reglas a las que el juzgador debe recurrir» añade, sin embargo, que no «se exige que ese resultado [al que llega el juez al valorar la prueba] deba ser considerado forzoso o absolutamente necesario por otro juez que juzgue la causa con posterioridad». Estos puntos de vista —notablemente extendidos— admiten en el plano teórico que dos supuestos idénticos puedan tener otras tantas soluciones distintas pero correctas, en función de la personalidad de quien lo enjuicie.

[970] STEIN, en *Zur Theorie und Systematik*, p. 234. Entiende este autor (*ibidem*, p. 244) que, del mismo modo que existen normas que indican a los ciudadanos lo que deben hacer antes de actuar en situaciones de riesgo, tales normas pueden hacerse perfectamente extensivas a la labor del juez en el juicio oral. Sobre el interés de que se desarrollen criterios para el tratamiento procesal de los elementos del delito, cfr. KLEB-BRAUN, *JA*, 1986, p. 312.

Con el recurso al sentido social también se consigue que, a largo plazo, los criterios de «determinación del dolo» vayan adaptándose a la evolución de la sociedad, garantizándose de este modo una aplicación efectiva del instrumento penal. El Derecho penal no es algo que se encuentre fuera de la sociedad, sino un producto de ésta creado para atender a determinadas necesidades de los ciudadanos que la integran. Es, en ese sentido, el producto imperfecto de una sociedad imperfecta y las finalidades a las que debe servir no pueden desligarse de las necesidades de la sociedad a la que sirve. De la misma manera, el Derecho penal no puede desligarse de los contenidos comunicativos de la sociedad en la que rige, si no quiere pasar a ser visto como un instrumento inútil o un antipático mecanismo de represión innecesaria. Hacia dónde conviene que evolucione el Derecho penal es algo que, sin duda, deberá venir trazado por la evolución de la sociedad misma, pues lo que no puede pretenderse es que el Derecho penal utilice unos criterios que la sociedad juzga anómalos sin, al mismo tiempo, generar efectos contraproducentes en el seno mismo de dicha sociedad.

A las anteriores afirmaciones se les puede reprochar que tampoco resulta sencillo determinar qué es «lo socialmente indiscutible» o cuándo, desde el punto de vista social, «resulta inequívoco que alguien ha conocido algo»[971]. En este sentido, es posible afirmar que, al ser el juez quien tiene que determinar en la práctica la concurrencia de tales valoraciones, la solución acaba una vez más dependiendo de su convicción. Sin embargo, no puede pasarse por alto que con el criterio del sentido social se consigue un notable avance. Así, si bien es cierto que en última instancia el intérprete del sentido social sigue siendo el juez, la vinculación de éste a dicho sentido le obliga a atender a un criterio de atribución que trasciende a su propio punto de vista y, en tal medida, se hace posible entablar un diálogo racional con él sobre si sus conclusiones acerca de las valoraciones sociales resultan o no acertadas. Este diálogo resulta imposible con el criterio usual de la convicción, pues ésta es *per se* un acto de naturaleza eminentemente subjetiva sobre el que bien poco se puede decir[972]. Por contra, recurriendo a un criterio externo al

[971] Sobre las dificultades que comporta establecer en muchos casos cuáles son las «valoraciones de la colectividad», cfr. ALEXY, *Teoría de la argumentación*, pp. 30-31.

[972] Expone con especial acierto este problema FREUND, *Normative Probleme*, pp. 103-104, en relación con el convencimiento de los jueces sobre la existencia de una determinada verdad material: el principal inconveniente de los planteamientos que pretenden dejar la respuesta en manos únicamente del juez es admitir que la solución del caso acabe dependiendo de cuestiones «sentimentales», lo que hace imposible que pueda darse un tratamiento igualitario a supuestos estructuralmente idénticos.

juez para la «determinación del dolo» surge la posibilidad de discutir el contenido de sus valoraciones, de la misma manera en que se discute y se aportan criterios para decidir sobre la peligrosidad de ciertas conductas en el ámbito de imputación objetiva, o la evitabilidad de un determinado error en la imprudencia o el error de prohibición. A nadie se le ocurre afirmar que no merece la pena aportar criterios acerca de lo que es objetivamente imputable por el hecho de que también en este ámbito la última palabra la acabe teniendo siempre el juez.

Debe admitirse, sin embargo, que la idea del inequívoco sentido social puede resultar por sí sola demasiado vaga y que, por tanto, no está libre de posibles usos arbitrarios. Por este motivo resulta especialmente necesario que la doctrina desarrolle, a partir de tal idea, criterios más concretos para determinar en qué casos, a partir del sentido social de una conducta, puede afirmarse de modo inequívoco que ésta ha sido realizada con el conocimiento requerido por el dolo[973]. En este sentido, la labor a realizar pasa por identificar cuáles son las reglas de atribución de conocimientos aceptadas en el ámbito de la comunicación social y, a partir de esta base inicial, deben formularse criterios concretos de atribución del conocimiento con la pretensión de que éstos gocen de validez para resolver cualquier supuesto imaginable.

De no existir tales reglas todo queda reducido a una mera intuición que, en cuanto que tal, podrá o no gustar, pero que no puede ser juzgada con parámetros de corrección o incorrección. Estas reglas sociales de imputación deben estar necesariamente vinculadas a los tradicionales enunciados de experiencia, pues es a través de ellos cómo en la práctica se consigue dar el salto que va de una mera amalgama de hechos probados (objetivos) a la atribución de una determinada subjetividad al acusado. Sin embargo, para que el contenido de una regla de experiencia pueda considerarse adecuado no basta con que ésta se asiente en creencias individuales del juez que la aplica, sino que su validez debe condicionarse a su adecuación a la valoración social[974]. En este sentido, las reglas de experiencia no son reglas de la experiencia individual del juez, sino reglas

[973] STEIN, en *Zur Theorie und Systematik*, p. 262: «en la medida en que se ha formulado la idea jurídica fundamental (...) puede encontrarse una solución para cada caso concreto con las reglas de la metodología jurídica». El mismo autor (*ibidem*, pp. 262-263) afirma que el traslado a la práctica de estas ideas sólo exige un cambio de mentalidad en los aplicadores jurídicos.

[974] Lo que no necesariamente tiene que pasar por dejar la cuestión en manos de la sociología, como parece postular OPP, en *Kriminologie im Strafprozeß*, p. 40 ss, por el sencillo motivo de que tampoco esta ciencia parece dar pautas de interpretación sobre los mecanismos que se emplean en la sociedad para establecer si la conducta de otra persona se ha realizado o no de modo consciente. Evocando a *Bockelmann* (cfr. *supra* IX.3.A), la cuestión debe quedar, de momento, en manos de una «sociología esotérica» del Derecho penal, donde esotérico no equivale, por supuesto, a arbitrario o intuitivo.

que rigen en una determinada sociedad: ésta es la única manera de conseguir que la solución del silogismo que se lleva a cabo en la práctica de la prueba de indicios resulte conforme al sentido social y, en tal medida, sea previsible para los ciudadanos[975].

Hasta el momento presente la labor de ir fijando en el plano teórico reglas de experiencia con validez general sólo ha sido llevada a cabo parcialmente por la jurisprudencia en el ámbito de la prueba de indicios. Sin embargo, en la misma jurisprudencia y en la mayor parte de la doctrina suele tener un cierto arraigo la idea de que no es ésta una cuestión para la que puedan aportarse criterios definitivos y que, a fin de cuentas, la vigencia de una regla y su validez rigen únicamente para un caso concreto[976]. Esta forma de ver las cosas no sólo resulta muy discutible, sino que posiblemente sea la responsable de que actualmente la determinación procesal del dolo sea un ámbito huérfano de un bagaje teórico mínimamente consistente.

La doctrina ha expresado desde siempre cierta impotencia a la hora de acometer el estudio de aquello que vendría a denominarse, de acuerdo con una terminología convencional, las reglas de experiencia que se utilizan en la prueba de indicios[977]. Así, afirma por ejemplo *Freund* que resulta imposible una reconstrucción completa de los enunciados de experiencia sobre hechos psíquicos ajenos, pues «nadie puede conocer todas las reglas de la experiencia de la vida que rigen en este ámbito y no existe, evidentemente, ninguna codificación. Además su cantidad podría ser tan elevada que un completo registro en un trabajo toparía con enormes dificultades»[978]. Ciertamente resulta imposible aportar un listado de todos aquellos mecanismos a través de los cuales se imputa socialmente

[975] La vinculación al sentido social debe extenderse igualmente al Tribunal del Jurado pues, como sostiene ASENCIO MELLADO, *Prueba prohibida*, p. 38, «nada obsta para que el Jurado pueda apreciar las pruebas que se le sometan de acuerdo con las reglas de la razón, la sana crítica, el criterio humano, etc., ya que, en definitiva, dichas reglas no precisan de ningún conocimiento específico, sino que forman parte de la propia condición de persona (...) debe superarse la vieja creencia de que los Jurados llegan a su decisión por medio de la "inspiración", de la simple "creencia" y considerar que la aplicación de los correctivos hoy en día establecidos a la apreciación en conciencia son de absoluta aplicación a los Jueces legos».

[976] PÉREZ DEL VALLE, *RDP*, 1994, p. 428, afirma que no existe una «determinación general de las condiciones en las que existe dolo, ya que estas condiciones se infieren del caso concreto y ello permite al tribunal afirmar o negar que esas condiciones sean las propias del concepto de dolo que sostenga».

[977] Una afirmación que, por otra parte, ya es posible encontrar en autores mucho más antiguos; cfr. al respecto KUSCH, *Der Indizienbeweis des Vorsatzes*, pp. 130-131.

[978] FREUND, *Normative Probleme*, p. 27. Cfr. también VEST, *Vorsatznachweis*, p. 7 ss, esp. p. 10: «la capacidad probatoria de un indicio no puede regularse de un modo abstracto ya que depende siempre de las concretas circunstancias del caso concreto».

a otra persona un concreto grado de conocimiento[979]. Pero tampoco nadie se plantea, por ejemplo, aportar en el ámbito de la imputación objetiva una lista de todos aquellos resultados que se consideran objetivamente previsibles a partir de todas las conductas humanas imaginables, o de todos aquellos comportamientos que merecen la consideración de adecuados socialmente. Y, sin embargo, tal impedimento no ha sido obstáculo para el desarrollo de una serie de criterios intermedios que permiten dotar a la solución de los casos de una mayor uniformidad y, en tal medida, aportar un mayor grado de seguridad jurídica. En el ámbito de la «determinación del dolo» nadie parece haberse planteado seriamente entrar en semejante nivel de análisis: tal posibilidad simplemente se rechaza afirmando que es irrealizable la tarea de codificar todas y cada una de las reglas. De este modo, la constatación del dolo se convierte en un problema del caso concreto, lo que no habla precisamente a favor de la seguridad jurídica ni de la racionalidad en la aplicación del Derecho[980].

La existencia de este desierto doctrinal resulta más sorprendente aun si se tiene en cuenta que en lo que respecta al conocimiento de la antijuricidad sí existe una cierta uniformidad en los criterios que se emplean para decidir en qué situaciones debe atribuirse a un sujeto determinados conocimientos[981]. Aunque también en este ámbito quede un largo trecho por recorrer, por lo menos se aprecia una voluntad de entrar a discutir a un nivel intermedio que, por contra, no se constata en lo referente al dolo. Sin embargo, si tanto en el caso del dolo como en el del conocimiento de la antijuricidad, el resultado del juicio que lleva a cabo el aplicador jurídico es el mismo (consistente en ambos casos en afirmar que, dadas determinadas circunstancias objetivas, un sujeto ha conocido

[979] Ya F. STEIN, *El conocimiento privado*, p. 18, puso de relieve que la tarea de enumerar (aunque sólo fuera para un ámbito concreto) todas las máximas de experiencia que rigen en la vida es irrealizable.

[980] No se encuentra una explicación plausible sobre por qué gran parte de la doctrina admite la normativización en elementos del delito como la voluntariedad del desistimiento o la culpabilidad, entre otros y, en cambio, el dolo sigue confinado al mundo de lo psicológico. Sobre la polémica acerca de este fenómeno de «normativización parcial», cfr. DÍEZ RIPOLLÉS, *Los elementos subjetivos*, pp. 41-42.

[981] PÉREZ DEL VALLE, *RDP*, 1994, pp. 428-429, pone de manifiesto cómo, en lo que respecta al conocimiento de la antijuricidad, existen reglas consolidadas que pueden ser aplicables a todos los casos en que se dé una coincidencia de presupuestos objetivos: en este ámbito «pueden construirse premisas mayores de eficacia general, en las que pueda afirmarse o negarse directamente el conocimiento o la posibilidad de conocimiento de la ilicitud». Un interesante resumen de los criterios empleados al respecto por la jurisprudencia del Tribunal Supremo en FELIP I SABORIT, *La delimitación del conocimiento de la antijuricidad. Una aportación al estudio del error de prohibición*, tesis doctoral inédita, Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, 1997, p. 224 ss. Pone en evidencia este autor (*ibidem*, p. 224) cómo «el TS ha ido desarrollando una serie de máximas de experiencia que casi han acabado por fundirse con los criterios dogmáticos materiales que delimitan el objeto de la prueba, el conocimiento de la antijuricidad».

o desconocido algo) no se ven los motivos por los que sí es posible aportar criterios uniformes para el segundo de estos ámbitos y no para el primero. Cuestión distinta es que, a causa de la clase de conocimientos que interesa en el error de prohibición (la vigencia de ciertas normas jurídicas), resulte más sencillo aislar determinadas reglas. Pero que en la cuestión del dolo pueda existir una mayor dificultad para expresar ciertos criterios no debe llevar a considerar innecesario o incluso imposible aportar reglas que permitan una sistematización teórica de este ámbito.

En segundo lugar, si se parte de que, dado un caso concreto, es posible entrar a juzgar la validez de las máximas de experiencia que para su resolución se utilizan, es decir, si se admite que no todo queda en manos de la intuición del juez, por fuerza deben existir unos parámetros externos al caso que suministren criterios de validez para juzgar la corrección de tales máximas[982]. Y, desde luego, la explicitación de tales parámetros necesariamente tiene que contribuir a que sea posible la progresiva consolidación de máximas de experiencia, lo que en buena lógica aportará mayor seguridad jurídica, pues será posible dispensar a los casos un tratamiento cada vez más uniforme[983]. De lo contrario, todo queda reducido a la aplicación de ocultos mecanismos de imputación que, refugiados en ese ámbito de lo discrecional que es la valoración de la prueba, se amparan en la mera pantalla teórico-formal del descubrimiento de la verdad. De este modo, y en contra de las intenciones de quienes la defienden, la idea de verdad material como objetivo de la prueba, acaba por convertirse en la coartada teórica del puro decisionismo[984].

En la Tercera Parte de este trabajo serán desarrollados una serie de criterios que, a partir de la idea del sentido social, deben servir para operar en el ámbito de la «determinación del dolo». Antes, sin embargo,

[982] OPP, en *Kriminologie im Strafprozeß*, p. 27, entiende que las reglas de experiencia judiciales «son *empíricas*, porque pueden ser verdaderas o falsas».

[983] Puede apreciarse de forma implícita esta reivindicación en los planteamientos de GRACIA MARTÍN, *Comentarios*, art. 138, n.º marg. 57, cuando —haciendo referencia a los criterios empleados por el Tribunal Supremo para acreditar el dolo homicida— lamenta que «dicha praxis no ha[ya] creado ninguna doctrina sobre el proceso intelectual de inferencia, pues exactamente los mismos hechos y situaciones objetivos que sirven en unos casos para inferir el dolo de matar en otros sirven para negarlo».

[984] Especialmente interesante al respecto una idea aportada por KLEB-BRAUN, *JA*, 1986, p. 315: para el acusado no resulta en absoluto tranquilizadora la afirmación de que sólo se le va imputar aquello que sea verdad cuando se sabe que tal verdad es inescrutable y que, por tanto, los criterios de decisión van a permanecer ocultos. En este sentido cfr. el trabajo de HILLENKAMP, *Wassermann-FS, passim*, donde se muestra con ejemplos especialmente ilustrativos la debilidad de los planteamientos teóricos de las ciencias jurídicas (y de la ley misma) para frenar determinadas necesidades de pena. Si lo que se quiere es evitar abusos, lo más prudente es tratar de introducir ciertas restricciones dentro de lo posible, antes que formular exigencias irrealizables.

conviene resumir brevemente las conclusiones a las que se ha ido llegando en el curso del presente Capítulo y de los que le preceden.

X.5. CONCLUSIONES

1.ª. Una aplicación estricta de la idea según la cual sólo resulta legítimo condenar a un sujeto por delito doloso cuando consiga averiguarse determinados datos psíquicos que concurrieron en el momento de realización del comportamiento objetivamente típico hace imposible cualquier condena por delito doloso. Dicha aplicación sólo permite castigar las realizaciones imprudentes en aquellos casos en que esté prevista su punibilidad, pues no es posible garantizar que los resultados que puedan obtenerse recurriendo a las ciencias empíricas, la confesión del acusado o la prueba de indicios vayan a coincidir, siempre y en todo caso, con la que fue realidad psíquica del sujeto activo.

2.ª. Tampoco la interpretación que habitualmente se aporta del texto de la ley puede considerarse satisfactoria. La afirmación de que la determinación procesal del dolo depende de la convicción del juez establece como criterio decisivo para tal determinación un factor subjetivo o irracional, con cuyo empleo es posible, incluso en el plano teórico, que un mismo caso pueda tener dos o más soluciones correctas en función de quien lo enjuicie. Además, esta solución incorpora un evidente riesgo de divergencia entre hechos probados y realidad efectivamente acaecida y, por tanto, de instrumentalización del sujeto y de ataque a la dignidad de éste como persona. Los criterios objetivizantes que suelen exigir jurisprudencia y doctrina (ausencia de dudas concretas, plausibilidad, no arbitrariedad, etc.) no eliminan el carácter decisivo de la convicción.

3.ª. La solución que opta por hacer depender la determinación del conocimiento requerido por el dolo del *significado social* de una conducta y de las circunstancias que acompañan a ésta, presenta notables ventajas:

a) Resulta especialmente idónea desde el punto de vista de los efectos que deben conseguirse con la sanción penal. Recurriendo al criterio del «inequívoco sentido social» se restringe el empleo de dicha sanción a los supuestos en que ésta resulta verdaderamente imprescindible.

b) Puede ser legitimada de acuerdo con la idea de que todo sujeto que pretende ser protegido por el Derecho penal está dispuesto a asumir el (escaso) riesgo de ser alguna vez condenado como autor de un delito doloso sin haber contado (desde un punto de vista psicológico) con los conocimientos requeridos por el dolo. La cobertura constitucional para este argumento puede deducirse de la previsión, en el texto de la norma fundamental, tanto del derecho a la dignidad de la persona (art. 15 CE),

como del Derecho penal como forma de protección de los intereses fundamentales de los individuos (arts. 25 y 117 ss CE).

c) Con ella se hace posible una construcción teórica de criterios para decidir en qué sentido deben resolverse los supuestos de hecho que puedan presentarse. Esta posibilidad debe permitir a medio plazo obtener soluciones uniformes para supuestos de hecho estructuralmente idénticos y, a mucho más largo plazo, resulta adaptable a las cambiantes convicciones de la sociedad.

d) Tiene perfecto apoyo legal aun acogiendo la idea de la convicción judicial como finalidad de la actividad probatoria. La diferencia con las concepciones tradicionales radica, sin embargo, en que con el criterio del sentido social ya no toda convicción es válida, sino únicamente aquélla que capta de modo adecuado el significado del hecho. En palabras de *Framarino:* «en esta condición social, que es una especie de objetivación de la certeza, radica la mejor determinación del convencimiento judicial, determinación que le impide a éste convertirse, de modo más o menos hipócrita, en arbitrariedad del juez» [985].

De acuerdo con estas conclusiones, y con las de la Primera Parte de este trabajo, procede afirmar que:

Existe dolo cuando, a partir del sentido social de un hecho y de las circunstancias que lo acompañan, puede afirmarse de modo inequívoco que un sujeto ha llevado a cabo un comportamiento objetivamente típico atribuyéndole la concreta capacidad de realizar un tipo penal.

[985] FRAMARINO DEI MALATESTA, *Lógica*, p. 57. Cfr., igualmente, IGARTUA SALAVERRIA, *Libre valoración de la prueba*, pp. 154-155.

TERCERA PARTE

SOBRE LA ATRIBUCIÓN DEL CONOCIMIENTO

XI. INTRODUCCIÓN

XI.1. PLANTEAMIENTO

En la Segunda Parte de este trabajo se ha llegado a la conclusión de que la determinación del conocimiento que requiere toda condena por delito doloso se lleva a cabo en el proceso a través de juicios en los que el juez o tribunal *atribuye* o *imputa* dicho conocimiento a un acusado. De acuerdo con esta idea, y en contra de lo que suele afirmarse, en el ámbito de la «determinación del dolo» no se trata de llevar a cabo una averiguación empírica de ciertos fenómenos psíquicos. Como ya se ha dicho, estos fenómenos se hallan ocultos «en las infranqueables profundidades y reconditeces del intelecto humano» y no existen actualmente métodos científicos o de otra índole que permitan su plena constatación[986].

En páginas anteriores se ha concluido también que la forma más adecuada para juzgar la procedencia de los citados juicios de atribución viene dada necesariamente por la coincidencia de éstos con los criterios sociales de imputación de conocimientos. Sólo cuando se dé tal coincidencia podrá garantizarse que el hecho haya constituido la realización consciente de un comportamiento que contradice una norma penal ante la colectividad y, sólo en tal caso, podrá conseguirse que la pena asignada al delito doloso, como réplica a éste, despliegue adecuadamente sus efectos en el seno de la sociedad[987].

---

[986] El fragmento citado proviene de la STS de 31 de marzo de 1981 (A 1250, ponente Vivas Marzal). Sobre la falta de criterios científicamente asegurados en este ámbito, cfr. *supra* VII.3.A.5.

[987] De acuerdo con KLEB-BRAUN, «Codekartenmißbrauch und Sparbuchfälle aus "voll-juristischer" Sicht», *JA*, 1986, p. 312, la plausibilidad de las conclusiones relativas al dolo obtenidas a través de la prueba de indicios debe medirse con base en criterios objetivos, lo que permite su control. A la idea de esta autora puede añadirse que el parámetro adecuado para medir tal plausibilidad no puede ser otro que la coincidencia con la valoración social de que, inequívocamente, un hecho ha sido realizado de forma consciente. Este punto de vista puede vincularse a su afirmación (*ibidem*, p. 313) de que el objetivo del juicio oral es «una representación de la verdad común a todos los que en él participan».

Las personas, en tanto que miembros de una misma sociedad en constante proceso de comunicación, comparten una serie de valoraciones de acuerdo con las cuales entienden que, dadas determinadas realidades objetivas, otro sujeto cuenta de forma inequívoca con ciertos conocimientos[988]. Estas valoraciones, concretadas en reglas de atribución, deben ser también el criterio a utilizar en el proceso por el juez para resolver la cuestión relativa a la determinación de los conocimientos en que se basa una condena por delito doloso. Sólo de este modo es posible garantizar que los resultados de la reconstrucción judicial de los hechos (subjetivos) vayan a coincidir con las valoraciones de la sociedad[989].

En el curso de los siguientes Capítulos se hará referencia a tales comprensiones sociales con la expresión *reglas sociales de imputación o atribución de conocimientos*. Por motivos ya expuestos, la correspondencia con estas reglas es el único criterio válido y eficaz para juzgar la corrección de una determinado juicio de atribución de conocimientos o, siguiendo la terminología tradicional, de las *reglas de experiencia* sobre el conocimiento ajeno[990]. Por contra, el empleo de criterios que no gocen de una plena vigencia social puede conducir a unas conclusiones finales que no se correspondan con el punto de vista compartido por los miembros de la sociedad, no pudiendo en tal caso descartarse que la imposición de una pena como réplica al hecho realizado —o la no imposición— pueda tener un carácter socialmente perturbador, lo que lleva además a cuestionar que en tales casos pueda considerarse legítima la asunción del riesgo de error implícito a toda condena judicial[991].

[988] Al respecto resultan especialmente ilustrativas las consideraciones de HRUSCHKA, «Über Schwierigkeiten mit dem Beweis des Vorsatzes», *Kleinknecht-FS*, Múnich, 1985, p. 201. Ver igualmente JAKOBS, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, trad. M. Cancio Meliá y B. Feijóo Sánchez, Madrid, 1996, pp. 51-52, quien afirma que «la subjetividad de un ser humano, ya *per definitionem*, nunca le es accesible a otro de modo directo, sino siempre a través de manifestaciones, es decir, de objetivaciones que deben ser interpretadas en el contexto de las demás manifestaciones concurrentes».

[989] Cfr., en este punto, la exposición de SCHILD, «Strafrechtsdogmatische Probleme der Tötung des Intimpartners», *JA*, 1991, p. 51 ss. Respecto a las críticas que este autor dirige al planteamiento que aquí se defiende, cfr. *supra* X.2.C.2.

[990] La corrección de los juicios sobre los conocimientos de otra persona sólo puede afirmarse en aquellos casos en que el contenido de tales juicios coincida con el de las reglas sociales de imputación de conocimientos. Así, cuando la jurisprudencia del Tribunal Supremo exige que la prueba del dolo se lleve a cabo utilizando criterios racionales (cfr., entre otras resoluciones, el ATS de 24 de abril de 1996, A 3337, ponente Martínez-Pereda Rodríguez), dicha racionalidad vendrá necesariamente dada, desde el punto de vista que aquí se defiende, por la coincidencia entre el resultado de la valoración judicial y las precomprensiones sociales sobre cuándo un comportamiento ha sido realizado con plena consciencia, y cuándo inconscientemente.

[991] Sobre estas cuestiones, cfr. *supra* X.2 y X.3.

La demostración de que las valoraciones sociales son un criterio manejable para determinar la validez de una regla de imputación de conocimientos puede mostrarse, sin prácticamente dificultades, acudiendo al siguiente ejemplo:

> Imagínese una regla según la cual se sostiene que «todas las personas adultas (en pleno uso de sus facultades mentales y con una socialización normal) saben que disparar a otro en la cabeza con una pistola entraña un riesgo de muerte». Imagínese también la regla opuesta a la anterior, esto es, la que sostiene que «*no* todas las personas adultas (en pleno uso de sus facultades mentales y con una socialización normal) saben que disparar a otro en la cabeza con una pistola entraña un peligro de muerte».

La búsqueda de criterios que permitan considerar correcto uno de los dos anteriores enunciados no pasa en absoluto por el recurso a las ciencias empíricas, pues no parecen existir conocimientos científicos asentados que permitan decidir cuál de ellos resulta acertado[992]. El recurso coherente a tales ciencias debería llevar en todo caso a negar el dolo de la persona que hubiera realizado una conducta como la comprendida en las reglas del ejemplo, pues resulta imposible conseguir certeza empírica sobre cuáles fueron sus auténticos conocimientos y, por tanto, científicamente no puede asegurarse que dicha persona previera realmente los posibles efectos de su conducta. Sin embargo, la cuestión puede solucionarse si se acude a un contexto social, donde es indudable que (hoy en día y en la actual sociedad) se sostiene la corrección de la primera regla y, en consecuencia, la improcedencia de la segunda. De este modo se hace posible resolver (en sentido condenatorio) los supuestos de hecho que puedan presentarse en que alguien haya disparado con una pistola contra la cabeza de otra persona, siempre que, previamente, le haya sido imputado también un conocimiento perfecto de la situación en que actuaba (esto es, la consciencia de que disparaba contra otra persona y no, por ejemplo, contra un maniquí, y, además, el conocimiento de que la pistola estaba cargada).

El que acudiendo a un contexto social sea posible confirmar o rechazar la validez de determinadas afirmaciones sobre el conocimiento ajeno implica que, de algún modo, las reglas de atribución que se consideran correctas no son más que meros desarrollos de las precomprensiones que rigen en una determinada sociedad sobre cuándo una persona conoce o desconoce algo. La existencia de tales precomprensiones es lo que hace posible que, de modo casi instintivo y en supuestos tan sencillos como el anterior, pueda juzgarse la procedencia de determinadas ase-

[992] Sobre las insalvables dificultades con que se encuentran las ciencias empíricas para aportar conclusiones ciertas sobre la realidad del conocimiento ajeno, cfr. *supra* VII.3.A.3.

veraciones sobre el conocimiento ajeno[993]. Si no se parte de dichas precomprensiones no es posible entrar a valorar qué atribuciones de conocimientos resultan atinadas y cuáles no, pues no se cuenta con baremo alguno al que acudir para juzgar tal corrección[994]. Ello no obsta a que en determinados supuestos pueda resultar ciertamente difícil determinar el exacto contenido o vigencia de algunas valoraciones sociales: en estos casos, evidentemente, es donde una elaboración teórica puede permitir centrar los problemas y aportar soluciones[995]. Cuando, pese a todo, permanezcan dudas sobre el criterio de la sociedad acerca de la validez de ciertas atribuciones de conocimientos, éstos no deberán ser imputados al sujeto[996].

En la Tercera y última Parte de este trabajo se abordará el análisis de las reglas sociales de imputación de conocimientos. Evidentemente, no se pretende aquí aportar una relación exhaustiva de todas las reglas de este género que rigen en una determinada sociedad, ante todo porque su elevadísimo número haría imposible la consecución de semejante objetivo[997]. No obstante, lo que sí va a intentarse a continuación es poner de relieve una serie de criterios que permitan identificar y clasificar las diversas clases de reglas, así como juzgar su corrección o incorrección[998]. De lo que se trata, por tanto, es de mostrar cuáles son las pre-

[993] GIMBERNAT ORDEIG, «Algunos aspectos de la reciente doctrina jurisprudencial sobre los delitos contra la vida (dolo eventual, relación parricidio-asesinato)», *ADPCP*, 1990, p. 427, afirma que «la mujer que con un hacha corta la cabeza de su marido mientras éste duerme, el sujeto que, después de dejarle sin sentido, arroja a su víctima al mar atándole al cuello con una soga una pesada piedra, están matando intencionadamente a sus víctimas, y que ello es así no tiene vuelta de hoja». Esta rotunda afirmación no parece basarse en lo que puedan sostener sobre estos casos ciertas disciplinas científicas, sino en el sentido social obvio de los comportamientos descritos.

[994] Son especialmente interesantes en este punto las consideraciones de KINDHÄUSER, «Der Vorsatz als Zurechnungskriterium», *ZStW*, 96 (1984), p. 5 ss.

[995] PRITTWITZ, «Die Ansteckungsgefahr bei AIDS» (2.ª parte), *JA*, 1988, p. 497, critica las opiniones vertidas por HRUSCHKA, en *Kleinknecht-FS* (cfr. *supra* IX.3.B.2.a) afirmando que, en realidad, de éstas no se sigue repercusión práctica alguna. Sin embargo, *Prittwitz* pasa por alto que si el conocimiento en que se basa el dolo deja de ser considerado como un fenómeno psíquico y pasa a entenderse como el resultado de un juicio de imputación, como defiende *Hruschka*, se hace posible plantear y discutir reglas para determinar en qué casos concurre tal conocimiento y en qué casos no, siendo ésta la gran aportación de los planteamientos de este último autor a la práctica.

[996] Cfr. *supra* X.3.

[997] Sobre tales dificultades, PRITTWITZ, *JA*, 1988, p. 497 y, en general, *supra* X.4.

[998] Afirma VOLK, «Dolus ex re», *Strafgerechtigkeit. Arthur Kaufmann-FS*, Heidelberg, 1993, p. 624, que «la praxis trabaja con reglas que concretan el dolo para determinados grupos de delitos y que lo hacen aplicable para casos típicos, con reglas que versan sobre su prueba y que al mismo tiempo encubren decisiones político-criminales sobre el merecimiento de pena». De acuerdo con esta idea, y como reclama KLEB-BRAUN, *JA*, 1986, p. 321, «las valoraciones de las que se ha valido la práctica penal durante tanto tiempo deben sacarse a la luz y someterse a debate».

comprensiones sociales básicas que permiten juzgar como correcta o incorrecta una afirmación sobre el conocimiento ajeno y, en consecuencia, se enunciarán criterios que permitan decidir si la concreta «regla de experiencia» con la que pretende resolverse un supuesto de hecho coincide o no con las valoraciones sociales sobre cuándo de un comportamiento se desprende inequívocamente el sentido de que ha sido llevado a cabo con aquellos conocimientos que son necesarios para afirmar su realización dolosa[999].

En las páginas que siguen se propone un desarrollo teórico para un ámbito de la praxis penal que hasta ahora se encuentra prácticamente huérfano de toda atención doctrinal[1000]. Efectivamente, como ya se ha puesto en evidencia en otro apartado de este trabajo, hasta el día de hoy la dogmática jurídico-penal prácticamente no ha proporcionado criterios (o al menos no lo ha hecho de forma sistemática) que permitan decidir sobre el grado de conocimiento que hay que atribuir a los diversos intervinientes en un concreto supuesto de hecho[1001]: la cuestión simplemente se ha abandonado, por regla general, al ámbito de la valoración de la prueba y, en última instancia, a la íntima convicción del juez[1002]. Por contra, en los apartados siguientes se intentará aportar criterios que, en principio, deben permitir decidir «hasta el final» cualquier supuesto de hecho imaginable y ello desde el convencimiento profundo de que en el ámbito de las afirmaciones judiciales sobre el conocimiento ajeno también existen convicciones correctas e incorrectas, lo que debe ser más evidente aun cuando se ha abandonado un impracticable psicologicismo y se vinculan las posibles soluciones al terreno de la valoración social de los comportamientos ajenos[1003].

[999] Afirma HERZBERG, «Das Wollen beim Vorsatzdelikt und dessen Unterscheidung vom bewußt fahrlässigen Verhalten» (2.ª parte), *JZ*, 1988, p. 640, que «los jueces penales tienen que conformarse a menudo con indicios para la determinación de los hechos», pese a que «lo que ellos esperan de la dogmática, y con razón, es otra cosa: *criterios* que *decidan* sin "peros" y que digan claramente qué es lo que *no* interesa» (cursiva en el original). Entiende este autor que la renuncia a proporcionar criterios y el dejarlo todo en una cuestión de indicios supone «la renuncia a la teoría y la entrega del caso concreto al criterio y al sentimiento de justicia del juez».

[1000] La inexistencia de una auténtica discusión doctrinal sobre en qué concretos casos debe afirmarse la concurrencia de los presupuestos aplicativos del dolo era ya constatada a principios de siglo por HEMMEN, *Über den Begriff, die Arten und den Beweis des Dolus*, Breslau, 1909, p. 78, quien aporta referencias de las contadas excepciones.

[1001] Cfr. *supra* VI.3.

[1002] Los problemas que plantea esta solución han sido expuestos *supra* VIII.3.

[1003] BACIGALUPO ZAPATER, «La motivación de la subsunción típica en la sentencia penal», en *La sentencia penal*, Madrid, 1994, p. 165, afirma que «inclusive la determinación de los hechos en un sistema de apreciación de la prueba en conciencia (p. ej. art. 741 LECrim) depende de la aplicación de principios jurídicos vinculantes, pues, de acuerdo con el art. 9.3 CE, "la Constitución garantiza" (...) "la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos"».

Cuando se afronta una labor como ésta se tiene la sensación de que se está construyendo prácticamente sobre el vacío, dada la inexistencia de tradición doctrinal sobre el análisis de la cuestión. Por este motivo, el principal objetivo de las siguientes páginas no responde tanto a la pretensión de aportar una serie de criterios indiscutibles e irrefutables, como de mostrar, ante todo, que también es éste un ámbito en el que, no sólo es posible y legítimo que la Ciencia penal entre a investigar, sino en el que es conveniente, o incluso urgente, que lo haga. Bastaría pues, con que los criterios que se apuntan en los siguientes Capítulos sirvieran como una primera base para introducir esta materia en el debate doctrinal y para dar pie a que empiecen a ser discutidas cuestiones hasta ahora prácticamente ignoradas. Para demostrar, en definitiva, que también sobre este tema puede aportarse algo más que un «mero amontonamiento de argumentos» pensados *ad hoc* para cada supuesto concreto sobre los que debe decidir un acto meramente subjetivo de convicción personal[1004].

XI.2. REGLAS DE IMPUTACIÓN: ¿CONCEPTO O DETERMINACIÓN PROCESAL DEL DOLO?

A) Criterios generales

Una vez establecida la existencia de unas reglas sociales de imputación del conocimiento y constatada la necesidad de que éstas sean empleadas en el momento de la determinación procesal del dolo, conviene ahora plantearse si tales reglas tienen una mera naturaleza procesal o si, por contra, deberían tomarse ya en cuenta al enunciar el propio concepto de dolo. A favor de esta última idea puede invocarse que, al fin y al cabo, sólo va a poder afirmarse que una acción ha sido realizada dolosamente cuando a su autor le sean atribuibles ciertos conocimientos de acuerdo con las reglas sociales de imputación, por lo que éstas ya podrían ser incluidas en la definición de lo que se entiende por dolo[1005].

[1004] La cita proviene de FRISCH, «Gegenwartsprobleme des Vorsatzbegriffs und der Vorsatzfeststellung – am Beispiel der AIDS-Diskussion», *K. Meyer-GS*, Berlín, Nueva York, 1990, p. 560.

[1005] Cfr., para esta cuestión, las afirmaciones de VOLK, *Arthur Kaufmann-FS*, p. 617: «puede discutirse si estas nuevas reglas de coordinación [las que vinculan al concepto con la realidad] tienen importancia para el Derecho material y si afectan al concepto de dolo o si sólo se refieren a su prueba». Añade este autor que «la pertenencia de estas reglas al concepto o a la prueba es una controversia en la que no hace falta entrar. En el fondo no cambia nada por la decisión que se adopte al respecto, pues nos encontramos en un ámbito en que las reglas procesales y las jurídico-materiales son intercambiables». Sobre las repercusiones de esta idea en la revisión de las sentencias, *ibidem* (nota 40). Cfr., igualmente, EL MISMO, «Strafrechtsdogmatik, Theorie und Wirklichkeit», *Bockelmann-FS*, Múnich, 1979, p. 77 ss, esp. p. 82 ss. BACIGALUPO ZAPATER, «Presunción de inocencia, "in dubio pro reo" y recurso de casación», *ADPCP*, 1988, p. 379, afirma que «en la medida en que las normas del Derecho penal sólo se realizan a través del proceso penal, la cuestión de si se introduce en su contenido también lo referente a su realización sólo puede ser una cuestión de posibilidad conceptual. En la medida en que un concepto de norma de esta naturaleza no es imposible, poco es lo que se puede decir en su contra a partir de la teoría de las normas».

Sin embargo, en contra de esta última afirmación podría alegarse que, dado que las reglas de imputación se basan en datos que van más allá de las circunstancias que configuran el estricto hecho delictivo (declaraciones posteriores del sujeto activo, por ejemplo), su naturaleza es más propia del Derecho procesal que del Derecho material que, por principio, sólo pretende analizar determinadas características de dicho hecho.

Aportar una solución convincente a este problema requiere dejar sentadas una serie de ideas básicas. En primer lugar, y de acuerdo con los planteamientos defendidos en este trabajo, el dolo es, en su indiscutible núcleo conceptual, el conocimiento que tiene un sujeto de determinadas circunstancias[1006]. En segundo lugar, la concurrencia de dicho conocimiento en un caso concreto se determina acudiendo a reglas que permiten establecer cuándo, a partir de un determinado sustrato fáctico, se entiende que un sujeto es conocedor de tales circunstancias[1007]. Estas últimas reglas tienen como presupuesto aplicativo hechos objetivos anteriores, coetáneos y posteriores al momento de realización del comportamiento respecto al cual debe determinarse la realización consciente. De acuerdo con estas ideas, toda afirmación de que una conducta ha sido efectivamente llevada a cabo de forma dolosa requiere de tres presupuestos: que se sepa qué es el dolo, que se sepa cómo determinarlo y que se cuente con una base objetiva que permita afirmar que alguien ha actuado dolosamente.

Ciertamente puede pensarse que, dado el carácter práctico del Derecho penal, los dos primeros momentos podrían agruparse en un solo, de tal modo que todo aquello que no pudiera determinarse procesalmente no merecería siquiera la pena incluirlo en el concepto inicial[1008]. Sin embar-

[1006] Cfr. *supra* V.

[1007] Cfr. *supra* X. Ver también en este punto las consideraciones de BACIGALUPO ZAPATER, en *La sentencia penal*, p. 177: «la determinación de si el autor obró con dolo dependerá de la comprobación de si el autor obró según lo que establezca una definición (dogmáticamente plausible) del dolo; lo complicado será establecer si en el caso concreto el autor obró p. ej. habiendo realmente conocido y querido».

[1008] Así, VOLK, «Kausalität im Strafrecht», *NStZ*, 1996, pp. 105-106, entiende que, aunque es habitual la distinción entre los conceptos y su prueba, esta separación no es evidente ni obligatoria y sólo funciona de forma clara cuando en el primer ámbito sólo se depende del «Derecho» y en el segundo de la «experiencia». Sin embargo la nitidez de la distinción desaparece cuando hacen falta reglas de experiencia en el ámbito de la definición de conceptos y también en el de la prueba, como sucede en relación con la causalidad. En estos casos deja de estar claro dónde acaba el concepto y dónde empieza la prueba. Ideas parecidas pueden encontrarse también en BRICOLA, *Dolus in re ipsa. Osser-*

go, también es perfectamente defendible la idea de que es mejor mantener separados los dos momentos, pues mientras el concepto es algo que se circunscribe al hecho que debe (o no) reputarse antijurídico, en la cuestión de la determinación intervienen datos que van más allá de tal hecho. La validez de los dos puntos de vista debe llevar a reconocer que la única respuesta que puede aportarse en este ámbito es que todo dependerá del modelo de análisis teórico que se proponga el intérprete. La cuestión tal vez parezca menos intrincada si se acude a un ejemplo.

> *Supóngase que se invita a dos personas a formular una definición de la palabra «unicornio». La primera de ellas responde que un unicornio es «un animal de figura de caballo y con un cuerno recto en la mitad de la frente». La segunda afirma que es «un animal fabuloso que fingieron los antiguos poetas, de figura de caballo y con un cuerno recto en la mitad de la frente»* [1009]. *¿Cuál de las dos definiciones es correcta?*

Sin lugar a dudas, las dos lo son. Adoptar una u otra como más adecuada, en función de su menor o mayor precisión, probablemente sólo dependa de los intereses de quien tenga que manejarlas. Si quien se interesa por saber qué es un unicornio es un pintor de escenas mitológicas, éste tendrá ya suficiente con la primera definición; por contra, a un zoólogo que se plantee estudiar los unicornios le resultará mucho más útil la segunda, sobre todo para ahorrarse el vano esfuerzo que supondría una investigación acerca de la existencia sobre la tierra de uno de estos imaginarios animales.

De vuelta al Derecho penal, acoger como correcta la definición de «dolo como conocimiento» o de «dolo como conocimiento determinado a partir del sentido social de un hecho» depende de los intereses de quien vaya a emplearla. A una dogmática jurídico-penal sólo preocupada por establecer en abstracto las características de esa entidad ideal denominada «delito» le basta con la primera; por contra, a una dogmática interesada por analizar todas las condiciones que tienen que darse en la práctica para que se afirme de modo efectivo la comisión de un delito sólo podrá resultarle útil la segunda [1010].

vazioni in tema di oggeto e di accertamento del dolo, Milán, 1960, p. 1, cuando este autor afirma que, sin ser una categoría sustancial, el *dolus in re ipsa* como forma de prueba «también presenta implicaciones sustanciales».

[1009] Definición tomada del *Diccionario de la Lengua española*, Real Academia Española, 21.ª ed., Madrid, 1992.

[1010] Para caracterizar ambos modelos de dogmática puede servir la siguiente distinción: el primer modelo de dogmática haría suya la afirmación de que el presupuesto de la pena es la simple comisión de un delito, mientras que el segundo afirmaría que el presupuesto de la pena es la comisión de un delito que *pueda ser efectivamente acreditada* en el ámbito del proceso.

Acoger una u otra opción tiene sus costes: si se opta por la primera se corre el peligro de que enormes esfuerzos por crear los conceptos teóricos más depurados acaben resultando del todo baldíos cuando éstos traten de ser llevados a la práctica [1011]. Sin embargo, las dificultades no son menores si se acoge la segunda, pues los factores que se toman en cuenta en la práctica para que se acabe reputando delictivo un comportamiento van más allá del análisis ideal de las características de éste. La dogmática basada en esta segunda opción tendría que abandonar el mero análisis de un hecho concreto para centrarse en otras realidades anteriores y posteriores a éste, que ya deberían ser tenidas en cuenta al enunciar sus conceptos. Esta labor, sin ser imposible, implicaría hacer borrón y cuenta nueva con casi todos los puntos de partida de la actual dogmática y supondría una notable pérdida de claridad expositiva.

> En referencia a esta última opción, cuando se hablase, por ejemplo, de los requisitos de la autoría no sería suficiente enunciar en abstracto los elementos conceptuales que componen esta figura, sino que también debería explicitarse la forma en cómo éstos pueden ser determinados procesalmente (confesión, testigos, etc.); y lo mismo sucedería, por ejemplo, al establecer qué debe entenderse por causalidad en Derecho penal: no sólo bastaría con definir qué se considera «relación causal», sino que debería aclararse cuándo y cómo puede ser acreditada una de estas relaciones en el ámbito del proceso.

No se trata aquí de aceptar una de las anteriores opciones y de rechazar la otra pues, con sus problemas específicos, las dos resultan posibles, y la elección depende, como se ha dicho, del modelo de interpretación que libremente decida acoger cada jurista. Sin embargo, desde un punto de vista personal, se entiende que el modelo tradicional (la primera opción) puede seguir siendo válido y, en muchos aspectos, presenta tal sencillez que facilita la explicación y discusión teórica acerca del delito como entidad ideal. De todos modos, esta opción por la primera modalidad de análisis no implica que deban dejarse absolutamente de lado importantes aspectos de la segunda. Esto puede lograrse si en la elaboración abstracta de conceptos se tiene ya en cuenta en qué condiciones tales conceptos van a poder ser aplicados, especialmente en ámbitos de la discusión tan *sensibles* en su aspecto práctico como la causalidad, el tipo

[1011] Conviene en este punto citar de nuevo a FRISCH, *K. Meyer-GS*, p. 552: «de poco sirve todo el trabajo de filigrana en el ámbito de la caracterización jurídico-material del dolo si, en el ámbito procesal, éste carece de una réplica que haga posible el traslado de los discernimientos previos, es decir, si se mantiene en la oscuridad la cuestión sobre (el método para) la determinación de los requisitos exigidos». En este sentido, y como ejemplo paradigmático, cfr. *infra* el Excurso «Imputación del conocimiento e intensidad del conocimiento».

subjetivo o la imputabilidad[1012]. De este modo debe conseguirse, por un lado, una dogmática mucho más próxima a la praxis y, por otro, un considerable ahorro de esfuerzos vanos, evitándose la construcción de conceptos teóricos inaplicables[1013].

Tener en cuenta las condiciones de aplicabilidad de los conceptos jurídico-penales supone adentrarse en un nivel analítico cuya asignación al Derecho penal material o al procesal no es clara. Por un lado, la dogmática penal ha dirigido casi en exclusiva sus esfuerzos teóricos a la caracterización del delito entendido éste como una entidad ideal; por su parte, la teoría del proceso apenas se ha preocupado por elaborar un desarrollo sistemático sobre cómo deben trasladarse a la práctica los concretos elementos de la infracción penal previamente definidos. Pese a ello, y como ya se ha dicho, en los siguientes Capítulos se aportarán criterios en relación con la determinación procesal del dolo del sujeto activo, una labor que en gran parte se encuentra todavía por hacer. Sin embargo, ya en la actual jurisprudencia del Tribunal Supremo y en la doctrina procesal pueden encontrarse algunos de los fundamentos teóricos que deben hacerla posible.

B) El estado de la cuestión en la jurisprudencia española

La doctrina tradicional del Tribunal Supremo, mantenida hasta poco después de la entrada en vigor de la Constitución, consideraba que para dar por probado un hecho bastaba con la convicción del juez sobre su existencia, sin que tal conclusión tuviera que fundamentarse en factor alguno más allá del propio acto, estrictamente subjetivo, consistente en convencerse de algo[1014]. En esta misma línea, tampoco se consideraba que fuera necesario hacer públicos en la sentencia los motivos que habían llevado a una determinada convicción[1015]. Para poner en evidencia

[1012] Cfr. las interesantes afirmaciones de HOYER, «Der Konflikt zwischen richterlicher Beweiswürdigungsfreiheit und dem Prinzip "in dubio pro reo"», *ZStW*, 105 (1993), pp. 549-553, sobre cómo los problemas procesales influyen en el contenido de las reglas de Derecho material. DONINI, *Teoria del reato. Una introduzione*, Padua, 1996, p. 325, pone de manifiesto la vertiente sustancial que presentan los problemas de determinación procesal.

[1013] Interesantes en este punto las consideraciones de MIR PUIG, «Por una dogmática penal creadora», en *La sentencia penal*, p. 24.

[1014] Cfr. MIRANDA ESTRAMPES, *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*, Barcelona, 1997, p. 111 ss.

[1015] Resulta especialmente interesante en este punto CARMONA RUANO, «La revisión de la prueba por los tribunales de apelación y de casación. La revisión de la apreciación de la prueba llevada a cabo por el jurado», en DEL MORAL GARCÍA (dir.), *Recursos en el orden jurisdiccional penal*, Madrid, 1995, p. 123 ss. Cfr., igualmente, DELGADO GARCÍA, «Prueba de indicios», en EL MISMO (dir.), *La prueba en el proceso penal II*, Madrid, 1996, p. 383 ss.

hasta qué punto estaba arraigado este modo de ver las cosas, basta con acudir a la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 1978, en cuya fundamentación jurídica se afirmó:

> los Tribunales apreciarán las pruebas practicadas, las alegaciones de las partes y las declaraciones o manifestaciones del acusado o imputado *en conciencia*, es decir, no ya sin reminiscencias de valoración tasada o predeterminada por la Ley —sistema felizmente superado— o siguiendo los dictados o reglas de la sana crítica o de manera simplemente lógica o racional, sino de un modo tan libérrimo y omnímodo que, el juzgador, a la hora de apreciar los elementos probatorios puestos a su disposición, no tiene más freno a su soberana facultad valorativa que el de proceder a ese análisis y a la consecutiva ponderación con arreglo a su propia conciencia, a los dictados de su razón analítica y a una intención que se presume siempre recta e imparcial[1016].

Este punto de vista atribuía por completo a los tribunales de instancia la tarea de valorar el material probatorio y de fijar los hechos probados, sin que éstos pudieran ser revisados de ningún modo en el ámbito de la casación[1017]. Algunos autores se refieren a esta doctrina como «una interpretación irracionalista del principio de libre convencimiento», atribuyéndole un carácter abiertamente «autoritario»[1018].

Esta criticable concepción va siendo abandonada de forma progresiva durante la década de los ochenta[1019]. A partir de estos años, y de

[1016] A 417, ponente Vivas Marzal (cursiva en el original). Esta perspectiva coincide con la interpretación que del principio de libre valoración de la prueba se lleva a cabo desde sus orígenes en tiempos de la Revolución francesa, especialmente por parte de los hegelianos; cfr., al respecto, HOYER, *ZStW*, 105 (1993), p. 527. Cfr., igualmente, VÁZQUEZ SOTELO, *Presunción de inocencia del imputado e íntima convicción del tribunal*, Barcelona, 1984, p. 448 ss; VEGAS TORRES, *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*, Madrid, 1993, p. 159 ss y DELGADO GARCÍA, en *La prueba en el proceso penal II*, p. 386. Una relación de resoluciones judiciales en las que se siguen estas doctrinas en IGARTUA SALAVERRIA, *Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal*, Valencia, 1995, p. 34 ss y 68.

[1017] Exceptuando el art. 849.2.º LECr, referido al error en la apreciación de la prueba documental, aunque, como afirma MIRANDA ESTRAMPES, *Mínima actividad probatoria*, p. 113, la trascendencia práctica de esta forma de control casacional es muy escasa. Sobre la imposibilidad de revisión por parte de instancias superiores del juicio presuntivo de la prueba de indicios, cfr. SERRA DOMÍNGUEZ, *Estudios de Derecho procesal*, Esplugues de Llobregat, 1969, p. 711.

[1018] MIRANDA ESTRAMPES, *Mínima actividad probatoria*, pp. 119-120: «el principio de la íntima convicción o apreciación en conciencia de las pruebas, tal como era entendido por el Tribunal Supremo, convertía la actividad de valoración de las pruebas en una especie de operación secreta y misteriosa, que nos atreveríamos a calificar de *mágica*». Cfr., igualmente, los argumentos de GRACIA MARTÍN, «Consideraciones en torno a la validez de la prueba del testigo perjudicado por el delito», *RDPC* (2.ª época), 1 (1998), p. 232, quien considera que esta interpretación de la libre valoración de la prueba no puede ser aceptada en un Estado de Derecho.

[1019] Cfr. VÁZQUEZ SOTELO, *Presunción de inocencia*, p. 356 ss, en referencia a la

acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional, el Tribunal Supremo exige de una forma cada vez más firme que el juez de instancia explicite los criterios de que se ha servido para llegar a una determinada convicción[1020]. En este interés en que se expongan tales criterios no sólo debe verse una consecuencia del deber de motivación de las sentencias recogido en el art. 120.3 CE: además, la explicitación de los argumentos empleados por el órgano judicial de instancia hace posible que la corrección de éstos pueda ser controlada en casación[1021]. En este sentido, la más reciente jurisprudencia entiende que en la valoración de la prueba rigen determinados criterios que trascienden a la persona del juez y a los que éste se halla vinculado. Como se pondrá de manifiesto seguidamente, este cambio de perspectiva tiene una especial incidencia en el ámbito de la prueba de indicios y también, por tanto, en todo lo que afecta a la determinación procesal de los elementos subjetivos del delito[1022].

En algunas sentencias del Tribunal Supremo, la posibilidad de revisar la argumentación empleada por los tribunales de instancia para la fijación de los hechos probados ha sido admitida en atención a posibles vulneraciones del derecho a la presunción de inocencia, aunque sólo para los supuestos en que no pudiera constatarse la existencia de una activi-

STC 31/1981 de 28 de julio (ponente Begué Cantón), que sienta las bases de la nueva jurisprudencia. CARMONA RUANO, en *Recursos en el orden jurisdiccional penal*, p. 124 ss, entiende que este abandono de la antigua doctrina del Tribunal Supremo cabe atribuirlo a tres factores básicos: el reconocimiento del derecho al recurso en materia penal garantizado por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 14.5), el derecho fundamental a la presunción de inocencia y la exigencia constitucional de motivación de las sentencias.

[1020] Cfr., al respecto, DELGADO GARCÍA, en *La prueba en el proceso penal II*, p. 381, haciendo referencia a las SSTC 174 y 175/1985 de 17 de diciembre (ponentes Latorre Segura y Gómez-Ferrer Morant, resp.) y MIRANDA ESTRAMPES, *Mínima actividad probatoria*, p. 164 ss. Sobre el deber de motivación de las sentencias judiciales, cfr. las SSTC 61/1983 de 11 de julio (ponente Gómez-Ferrer Morant), 159/1992 de 26 de octubre (ponente De Mendizábal Allende), 55/1993 de 15 de febrero (ponente De Mendizábal Allende) y 177/1994 de 10 de junio (ponente De Mendizábal Allende).

[1021] Ya FRAMARINO DEI MALATESTA, *Lógica de las pruebas en material criminal*, 3.ª ed. italiana (Turín, 1912), trad. S. Carrejo y J. Guerrero, 4.ª ed., Santa Fe de Bogotá, 1995, p. 58, afirmó que la motivación «es el medio práctico que hace posible el control de la sociedad mediante examen posterior al que ha hecho el juez». FRISCH, *K. Meyer-GS*, pp. 565-566, entiende que una mayor racionalidad en la práctica de la prueba del tipo subjetivo exige que los órganos judiciales encargados de la revisión entren a fondo en la argumentación seguida por los tribunales de instancia para afirmar o negar el dolo. Cfr., en sentido similar, KÖHLER, Comentario a la sentencia del BGH de 17 de junio de 1980, en *JZ*, 1981, p. 37. Sobre el deber de motivación en general, cfr. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, «La motivación de las sentencias» y ANDRÉS IBÁÑEZ, «Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal», ambos trabajos en *La sentencia penal*, p. 97 ss y 117 ss, resp.

[1022] Junto a los cambios jurisprudenciales, en el ámbito de la imputación dolosa desempeña también un importante papel la desaparición en 1983 de la antigua presunción de dolo (cfr., al respecto, *supra* IX.2).

dad probatoria mínima como base de la condena[1023]. Sin embargo, el mismo Tribunal ha admitido en otros casos la posibilidad de revisar ciertos aspectos de la prueba indiciaria con independencia de que se pudiera constatar una vulneración del citado derecho. A tal efecto la jurisprudencia se ha valido de diversos argumentos.

En primer lugar, la posibilidad de revisar algunas cuestiones probatorias ha sido admitida con base en la idea de que determinadas valoraciones sobre la fijación de los hechos probados contenidas en las sentencias de instancia *no pueden considerarse como una mera constatación de datos fácticos*[1024]. Esta negación del carácter fáctico se sostiene a menudo por el Tribunal Supremo en lo que respecta a los denominados «hechos psicológicos», entendiendo que éstos deben determinarse a través de

[1023] En este sentido resulta clave la STC 31/1981 de 28 de julio (ponente Begué Cantón) en la que el Tribunal Constitucional desarrolla su teoría de la «mínima actividad probatoria» necesaria para desvirtuar la presunción de inocencia. Cfr., al respecto, MIRANDA ESTRAMPES, *Mínima actividad probatoria*, p. 122 ss y 585 ss; BENÉYTEZ MERINO, «Juicio de valor y jurisprudencia», *PJ*, 19 (1990), p. 15 y CARMONA RUANO, en *Recursos en el orden jurisdiccional penal*, p. 147 y 151. La posibilidad de que un empleo inadecuado de la prueba de indicios pueda vulnerar el derecho a la presunción de inocencia se acepta en la STS de 20 de enero de 1995 (A 74, ponente Martín Canivell) y en la STS de 23 de enero de 1995 (A 18, ponente Hernández Hernández). En la STS de 20 de abril de 1993 (A 3316, ponente Delgado García) se declara que «conocida es la doctrina de esta Sala por la cual, cuando por inferencias o deducciones lógicas se afirma la concurrencia de algún elemento subjetivo del delito (propósito, ánimo o conocimiento de algo), la mera afirmación en la instancia sobre su concurrencia no vincula al Tribunal que ha de entender el recurso de casación en que esta cuestión se discuta, porque el recurrente puede impugnarlo, bien por la vía tradicional del núm. 1.º del art. 849 de la LECrim por aplicación indebida del correspondiente precepto penal, *bien por la del art. 5.4 de la LOPJ, alegando violación del derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 de la CE, por entenderse que no hubo prueba alguna sobre la realidad de tal elemento subjetivo*» (cursiva añadida). En términos similares, la STS de 17 de septiembre de 1992 (A 7170, ponente Delgado García) y la STS de 18 de mayo de 1992 (A 4081, ponente Delgado García). Por contra, en la STS de 31 de diciembre de 1992 (A 10550, ponente Díaz Palos) se afirma que «la concurrencia de tal elemento subjetivo [el conocimiento del acusado] más bien pertenece en exclusiva a la jurisdicción ordinaria», mientras que en la STS (Sala 5.ª) de 25 de octubre de 1995 (A 7619, ponente Pérez Esteban) se rechaza que la «determinación del dolo» resulte impugnable por una vía distinta a la infracción de ley (art. 849.1.º LECr).

[1024] Así, por ejemplo, la STS de 26 de enero de 1996 (A 624, ponente Martínez-Pereda Rodríguez) o la STS de 11 de marzo de 1996 (A 1906, ponente De Vega Ruiz), en la que se afirma que «los juicios de inferencia sobre las intenciones de los intervinientes en el delito no son hechos en sentido estricto, y al no ser aprehensibles por los sentidos, no son objeto de prueba propiamente dicha». En esta misma línea, en la STS de 17 de febrero de 1995 (A 1183, ponente De Vega Ruiz) se niega el carácter de «hechos en sí» a los resultados obtenidos mediante juicios de inferencia y en la STS de 29 de enero de 1997 (A 111, ponente De Vega Ruiz) se afirma que «los juicios de valor sobre las intenciones de los intervinientes en el delito no son hechos en sentido estricto». En la STS de 3 de abril de 1992 (A 2747, ponente De Vega Ruiz) tales *juicios de valor* se definen como «la actividad de la mente en los Jueces tendente a calibrar la intencionalidad del sujeto activo de la infracción».

juicios de valor, cuya ubicación idónea son los fundamentos jurídicos de la sentencia de instancia[1025]. Tales valoraciones se consideran revisables en la casación, por entender que su incorrecto empleo entraña la infracción de un precepto penal sustantivo o norma jurídica del mismo carácter (art. 849.1º LECr)[1026]. Con todo, estos argumentos no han sido demasiado bien recibidos por buena parte de la doctrina, llegando incluso a ser rechazados en algunas de sus sentencias por el propio Tribunal Supremo[1027].

Una segunda línea teórica desarrollada por la jurisprudencia para admitir la revisión casacional de ciertas cuestiones fácticas se basa en la idea de que en toda determinación judicial de hechos probados concurren *dos niveles distintos de valoración del material probatorio*, como se afirma, entre otras, en la importante sentencia del Tribunal Supremo de 15 de abril de 1989[1028]. Según se expresa en esta resolución, la posibilidad

[1025] La STS de 24 de abril de 1995 (A 3534, ponente De Vega Ruiz) afirma que los *juicios de valor* que sirven para determinar los elementos subjetivos «no debe[n] ser incluido[s] *nunca* en el *factum* de la resolución impugnada» (cursiva en el original). En otros momentos históricos el TS sostenía que la determinación de los elementos psicológicos dependía de la mera convicción judicial; cfr. en este sentido la STS de 6 de abril de 1968 (A 1828, ponente Escudero del Corral). Sin embargo, la idea de que los elementos subjetivos se prueban a través de *juicios de valor* ya puede hallarse en la STS de 10 de febrero de 1978 (A 418, ponente García Miguel). Cfr., al respecto, CARMONA RUANO, en *Recursos en el orden jurisdiccional penal*, p. 151 ss.

[1026] En este sentido, entre otras, las SSTS de 5 de mayo de 1993 (A 3843, ponente Moner Muñoz) y de 24 de enero de 1994 (A 160, ponente Hernández Hernández). Cfr., asimismo, MARTÍNEZ ARRIETA, «Algunos aspectos del recurso de casación: la doble instancia y el control casacional», en *Recursos en el orden jurisdiccional penal*, pp. 45-46 y DELGADO GARCÍA, en *La prueba en el proceso penal II*, p. 387, quien entiende que con la expresión «*juicio de valor*» sólo se quiere «proclamar la aptitud para discutir en casación el raciocinio a través del cual se llega a alcanzar ese particular ánimo o conocimiento del responsable criminal».

[1027] En contra del argumento de los *juicios de valor* ANDRÉS IBÁÑEZ, en *La sentencia penal*, p. 127. También crítico BENÉYTEZ MERINO, *PJ*, 19 (1990), p. 15: «la denominación no afecta a la naturaleza de la cosa. Si la afirmación de una realidad subjetiva, interna, que ha acaecido históricamente, es una proposición asertiva de un verdadero hecho, tal naturaleza no cambia por denominarla juicio de valor». En la STS de 30 de enero de 1989 (A 606, ponente Bacigalupo Zapater) se sostiene que las afirmaciones del tribunal de instancia acerca del conocimiento de determinadas características del arma empleada en un robo por parte del acusado «es, en verdad, técnicamente una cuestión de hecho», aunque se admite que en casación pueden discutirse los criterios empleados por la Audiencia para incorporar tal dato en el relato fáctico. En la STS de 3 de abril de 1996 (A 2871, ponente Bacigalupo Zapater) se sostiene que el término «juicio de valor» responde a una «terminología prácticamente abandonada», aunque ésta vuelve a emplearse en la más reciente STS de 17 de noviembre de 1997 (A 7985, ponente Martínez-Pereda Rodríguez).

[1028] A 3355, ponente Bacigalupo Zapater. La primera sentencia en que se recurrió a estos argumentos fue la STS de 19 de enero de 1988 (A 383, ponente Bacigalupo Zapater), comentada por JAÉN VALLEJO, «El criterio racional en la apreciación de la prueba penal», *RDP*, 1989, p. 69 ss. Las mismas ideas se someten a un desarrollo teórico minucioso en BACIGALUPO ZAPATER, *ADPCP*, 1988, p. 373 ss. También se refiere a la cuestión CARMONA RUANO, en *Recursos en el orden jurisdiccional penal*, p. 173. Un resumen y visión crítica de esta teoría en IGARTUA SALAVERRIA, *Valoración de la prueba*, p. 97 ss.

de probar una cierta clase de hechos exige una inmediación con respecto a determinados medios de prueba de la que sólo goza el juez de instancia en el momento del juicio oral (*primer nivel de valoración*)[1029]. En estos casos, la corrección de las conclusiones judiciales no puede ser controlada en casación, pues el Tribunal Supremo no dispone de la inmediación citada[1030].

Junto a este primer nivel, existe un segundo momento de valoración de la prueba que va más allá de la mera inmediación y que se basa en la realización de una serie de razonamientos por parte del juzgador en los que se recurre a las leyes de la lógica, los conocimientos científicos o las leyes de la experiencia, que se aplican al material fáctico previamente fijado (*segundo nivel de valoración*)[1031]. Este nivel constituye lo que en algunas sentencias se denomina la «estructura racional» de la valoración de la prueba[1032]. Dado que las reglas que conforman tal estruc-

[1029] Cfr. BACIGALUPO ZAPATER, *ADPCP*, 1988, p. 374. Cfr., igualmente, MIRANDA ESTRAMPES, *Mínima actividad probatoria*, p. 598 ss, esp. p. 602, con abundantes referencias bibliográficas y jurisprudenciales; VEGAS TORRES, *Presunción de inocencia*, p. 168, con numerosas referencias jurisprudenciales y RUIZ VADILLO, *Estudios de Derecho procesal penal*, Granada, 1995, p. 203. Según GRACIA MARTÍN, *RDPC* (2.ª época), 1 (1998), p. 234, en este nivel de valoración de la prueba entran en consideración «aspectos como la credibilidad de los testigos, la existencia de indicios y el valor de las opiniones de los peritos».

[1030] Así, la STS de 20 de abril de 1993 (A 3316, ponente Delgado García): «lo único que vincula al Tribunal de casación es lo que el Tribunal de instancia da como probado como resultado de su percepción directa de los medios de prueba utilizados, y que ha de respetarse por exigencias del principio de inmediación». En contra de estas ideas IGARTUA SALAVERRIA, *Valoración de la prueba*, p. 101.

[1031] Cfr. BACIGALUPO ZAPATER, *ADPCP*, 1988, p. 374. DELGADO GARCÍA, en *La prueba en el proceso penal II*, p. 400, afirma que «el razonamiento lógico, a través del cual en una prueba de indicios pasamos de los hechos base al hecho consecuencia, nada tiene que ver con tal principio de inmediación». En la importante STS de 15 de abril de 1989 (A 3355, ponente Bacigalupo Zapater) se sostiene que las inferencias empleadas para determinar los elementos subjetivos «pueden ser controladas en la casación precisamente porque no dependen sustancialmente de la inmediación, sino de la corrección del razonamiento que se debe fundar en las reglas de la lógica, en los principios de la experiencia y, en su caso, en conocimientos científicos». Respecto a esta problemática en Alemania, cfr. HASSEMER, *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, 2.ª ed., Múnich, 1990, pp. 154-155, quien entiende que si el juez no se atiene a las llamadas «leyes del pensamiento» en el instante de dictar sentencia, se produce una vulneración del Derecho que sirve de fundamento para la revisión de acuerdo con el § 337 StPO, que en su segundo párrafo establece que «la ley se vulnera cuando una norma jurídica se ha dejado de aplicar o no se ha aplicado correctamente». Cfr., igualmente, GOLLWITZER, *LR*, 24.ª ed., Berlín, 1987, § 261, n.º marg. 182.

[1032] Cfr. el FJ 5.º de la STS de 23 de abril de 1992 (A 6783, ponente Bacigalupo Zapater). BACIGALUPO ZAPATER, *ADPCP*, 1988, p. 374, también se refiere a este segundo

tura trascienden a la persona del juez y, además, su hilo argumental debe ser explicitado en la resolución de instancia, los tribunales superiores pueden controlar su corrección[1033]. Según numerosas sentencias del Tribunal Supremo, el recurso de casación es una vía idónea para que tal control pueda llevarse a cabo[1034].

La determinación procesal del *factum* en que se basan los elementos subjetivos del delito es una labor que debe ubicarse casi por completo en el *segundo nivel de valoración de la prueba*, pues en prácticamente ningún caso puede afirmarse que el juez de instancia goce de inmediación

nivel con la expresión «infraestructura racional de la formación de la convicción». Ver también GRACIA MARTÍN, *RDPC* (2.ª época), 1 (1998), p. 234 ss.

[1033] Cfr. la STS de 14 de septiembre de 1994 (A 7386, ponente Montero Fernández-Cid): «la prueba producida en el juicio oral sólo es revisable en casación en lo que concierne a su estructura racional, es decir, en lo que respecta a la observancia por el Tribunal de los hechos de las reglas de la lógica, los principios de la experiencia y los conocimientos científicos». De acuerdo con estas ideas, que califica de «impecables», ANDRÉS IBÁÑEZ, en *La sentencia penal*, p. 158 y MONER MUÑOZ, «El dolo y su control en el recurso de casación», en JIMÉNEZ VILLAREJO (dir.), *Elementos subjetivos de los tipos penales*, Madrid, 1995, p. 148, quien cita en apoyo de estas afirmaciones la STS de 4 de abril de 1989 (A 3014, ponente Soto Nieto). CARMONA RUANO, en *Recursos en el orden jurisdiccional penal*, p. 155, juzga correcto que los criterios empleados en la prueba de indicios puedan ser sometidos a revisión, pero «no porque la convicción a la que pueda llegar el Tribunal por vía indiciaria no sea una conclusión fáctica, sino porque tal inferencia es racionalmente controlable por otro órgano ajeno al sentenciador». En la STS de 18 de mayo de 1992 (A 4081, ponente Delgado García) se afirma que «poco importa que tal resultado de la prueba de indicios figure o no como un dato fáctico más entre los hechos probados, pues, aunque así se haga, ello no impide que esta Sala, al conocer del recurso de casación, puede valorar de nuevo y censurar, en su caso, las mencionadas inferencias o valoraciones». Cfr., igualmente, la STS de 14 de mayo de 1991 (A 3653, ponente Ruiz Vadillo).

[1034] Interesante en este sentido CARMONA RUANO, en *Recursos en el orden jurisdiccional penal*, p. 170 ss, quien se refiere, entre otras, a la STS de 21 de febrero de 1989 (A 1625, ponente Bacigalupo Zapater): «la jurisprudencia de esta Sala viene reiterando una y otra vez que la valoración de la prueba realizada por los Tribunales de instancia no es revisable en casación en todo aquello que depende de la inmediación con la que aquélla ha sido producida. Este principio no impide, como es lógico, que en los casos en que el Tribunal ha formado su convicción a partir de deducciones apoyadas en indicios el Tribunal de Casación compruebe si tales deducciones han sido correctas. Tal comprobación tiene su fundamento normativo en el art. 9.3 CE que declara "la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos"» DELGADO GARCÍA, en *La prueba en el proceso penal II*, p. 400, sostiene que la infracción de estas reglas es recurrible, tanto por vulneración del derecho a la presunción de inocencia, como por infracción de ley. BACIGALUPO ZAPATER, *ADPCP*, 1988, p. 382, entiende que en aquellos casos en que la valoración de la prueba contradiga las leyes de la lógica, la experiencia o los conocimientos científicos, el Tribunal de casación «podrá apreciar infracción de Ley por violación de una norma de carácter sustantivo ("in dubio pro reo") que debió ser observada en la aplicación de la Ley: el artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal». En contra de las anteriores perspectivas RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal español. Parte especial*, 17.ª ed., Madrid, 1994, pp. 38-39, por entender que su admisión comporta «volver sobre los "hechos" que sirven de base a la sentencia, lo cual no está admitido por nuestra LECrim».

con respecto a los presupuestos aplicativos de dichos elementos[1035]. En consecuencia, la fijación de tales presupuestos es una labor que está sujeta a criterios que van más allá de la persona del juez y de la convicción de éste y, por tanto, nada debe impedir que la doctrina exprese con carácter general cuál debe ser su contenido o qué exigencias deben cumplir: si en este ámbito rige verdaderamente la racionalidad, debe ser posible explicitar reglas con validez general que permitan establecer *a priori* cuándo una determinada conclusión sobre la subjetividad de un acusado debe ser reputada o no como correcta[1036].

Evidentemente, es en este *segundo nivel* donde deben regir las reglas de imputación del conocimiento. Dado que el juez de instancia nunca goza de inmediación con respecto al que fue conocimiento del acusado en el momento de realización del tipo, la «determinación del dolo» se asienta por completo en criterios que trascienden al juzgador y que, por motivos ya expuestos, deben ser obtenidos de las precomprensiones sociales[1037]. En este sentido, tal vez la principal deficiencia de los argumentos del Tribunal Supremo radica en el hecho de no concretar qué parámetros deben emplearse para medir la corrección del *segundo nivel* de valoración de la prueba, más allá de una apelación genérica a las reglas de la lógica y la experiencia. De acuerdo con ideas ya expuestas, tales reglas de experiencia deben coincidir con las valoraciones sociales sobre cuándo resulta inequívoco que alguien conoce algo, de tal modo que una valoración judicial que entre en contradicción con éstas deberá reputarse arbitraria.

A modo de conclusión puede afirmarse que en la línea jurisprudencial que defiende la existencia de dos niveles de valoración de la prueba se encuentra una sólida base para hacer posible un desarrollo teórico sobre la «determinación del dolo», pues con ella se reconoce que no todo lo relativo a la constatación de los presupuestos aplicativos de ciertos

[1035] Esta afirmación encuentra su excepción en los casos en que existe confesión autoinculpatoria, pues en ellos la jurisprudencia considera que existe *prueba directa* de los elementos subjetivos; cfr., al respecto, *supra* VII.3.B.

[1036] BACIGALUPO ZAPATER, *ADPCP*, 1988, pp. 381-382, se refiere a tres modalidades de normas que se derivan de la finalidad protectora de principios como el de legalidad o el *in dubio pro reo*: «normas penales materiales (sustantivas): las que establecen la punibilidad y las que determinan las condiciones de aplicación de éstas; normas penales formales (adjetivas): las que son puras normas procesales en sentido estricto, y normas de carácter sustantivo que se deben observar al determinar los hechos probados (por ejemplo, arts. 741 y 717 de la LECr)». Esta última modalidad es la que interesa en este ámbito.

[1037] Interesante para esta cuestión LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, en *La sentencia penal*, p. 104: «la sentencia ha de ser racional y ajustada a los parámetros de la sociedad en la que se dicta (...) la convicción debe tener su origen en las pruebas de manera tal que objetivamente se justifique, por lo que otra persona en la misma posición del Juzgador comprenda y pueda llegar racionalmente a la misma convicción». También resultan de interés en este punto las observaciones de GOLLWITZER, *LR*, § 261, n.º marg. 179.

conceptos depende de la mera convicción judicial. Tal labor ha sido llevada a cabo hasta el momento por la propia jurisprudencia que, de un modo un tanto asistemático, ha establecido con respecto a ciertos tipos penales qué presupuestos fácticos permiten afirmar que alguien ha actuado con determinados conocimientos o intenciones. Dada la importancia práctica de la cuestión, parece indiscutible la conveniencia de que la doctrina trate de aportar para este ámbito propuestas teóricas de más largo alcance.

XI.3. Cuestiones metodológicas

Como se ha expuesto al hacer referencia a la prueba de indicios, las reglas de experiencia que contienen afirmaciones sobre el conocimiento ajeno (*reglas de imputación del conocimiento*) responden a una estructura según la cual, dada una base objetiva, se entiende que un sujeto es conocedor de determinadas circunstancias (dado el hecho A, el sujeto S conoce B)[1038]. Los diversos datos objetivos que tales reglas pueden adoptar como presupuestos aplicativos son un criterio que debe permitir su identificación y clasificación, siendo éste es uno de los objetivos a alcanzar en el curso de los siguientes Capítulos[1039]. Una vez realizada esta tarea, resulta mucho más sencillo aportar criterios generales para establecer qué requisitos debe satisfacer una regla concreta para poder ser empleada de modo efectivo en la resolución de un supuesto de hecho.

La base objetiva que las valoraciones sociales toman en cuenta para la imputación del conocimiento va más allá del estricto hecho objetivamente típico. Pese a que los rasgos que conforman este hecho desempeñan un papel clave en la atribución social de conocimientos, también realidades objetivas anteriores y posteriores a él sirven como base para imputar conocimientos al sujeto en el momento (posterior o anterior) de

[1038] Esto es lo que permite a la jurisprudencia del Tribunal Supremo afirmar, al hacer referencia a la prueba de indicios, la existencia de unos «hechos base probados» y de unos «hechos consecuencia»; cfr. al respecto la STS de 13 de junio de 1990 (A 5288, ponente Díaz Palos). Cfr., igualmente, MONER MUÑOZ, en *Elementos subjetivos*, pp. 147-148. Interesantes en general sobre este punto las consideraciones de KÖHLER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Berlín, Heidelberg, Nueva York, 1997, p. 166.

[1039] BAUER, *Abhandlungen aus dem Strafrechte und dem Strafprocesse*, Göttingen, 1840, pp. 282-283, aporta una relación de posibles bases objetivas (indicios) para afirmar el dolo del sujeto, aunque sin proceder a su sistematización, por entender que la cuestión debe quedar abierta a la decisión del juez.

su realización[1040]. Sin embargo, debe quedar claro que los datos objetivos posteriores y anteriores al comportamiento típico sólo tienen relevancia en este ámbito si, a partir de ellos, es posible atribuir al sujeto un determinado grado de conocimiento en el preciso momento de efectiva realización de la conducta objetivamente típica[1041].

Dado que las reglas de imputación del conocimiento operan siempre una vez han sido fijados los hechos objetivos que se consideran probados, es importante que entre tales hechos se incluyan todos aquellos que puedan tener alguna significación para atribuir o no a un sujeto el conocimiento de determinadas realidades[1042]. Tal proceso de fijación de los hechos significativos para la cuestión del dolo puede analizarse de una forma *dinámica*, esto es, partiendo de que existen unas reglas generales de experiencia sobre el conocimiento y el desconocimiento ajeno y de cómo las partes implicadas en el proceso penal tratan de conseguir que se consideren probados aquellos hechos objetivos que deben hacer o no posible la aplicación de una determinada regla y, por tanto, la atribución o no al acusado de los conocimientos en que se fundamenta el dolo[1043].

[1040] Así, las tradicionales expresiones del Tribunal Supremo, de acuerdo con las cuales «la prueba del dolo en cuanto integrado por elementos psicológicos que yacen en la psique del sujeto activo del delito, ha de basarse en circunstancias —*anteriores, coetáneas y posteriores al hecho*; de todo orden, por tanto— que manifiesten al exterior el íntimo conocimiento y voluntad del acto punible» (STS de 15 de julio de 1987, A 5540, ponente Díaz Palos, cursiva añadida). Abundantes referencias jurisprudenciales sobre esta concreta cuestión en GRACIA MARTÍN, en DÍEZ RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN/LAURENZO COPELLO, *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, Valencia, 1997, art. 138, n.º marg. 51.

[1041] En este sentido afirma PÉREZ DEL VALLE, «La prueba del error en el proceso penal», *RDP*, 1994, p. 420, que «la inferencia, aunque parta de hechos diferentes —anteriores o posteriores— va a parar en su conclusión al comportamiento concreto que se juzga, lo que permite rechazar en la apreciación todos los datos que no tengan una conexión lógica directa con la conclusión del tribunal y, por tanto, con el hecho».

[1042] En este sentido revisten cierto interés los criterios aportados en la STS de 30 de octubre de 1995 (A 7695, ponente Hernández Hernández) sobre las exigencias que debe cumplir toda prueba de indicios correctamente practicada.

[1043] Este modelo de análisis es el adoptado por FREUND en su *Normative Probleme der «Tatsachenfeststellung»*, Heidelberg, 1987, *passim*. Este autor considera que para la cuestión del conocimiento ajeno rigen ciertas reglas de experiencia cuya vigencia se halla sujeta a una serie de excepciones. Lo que intentan las partes en el proceso (especialmente la defensa) es aportar el sustrato fáctico objetivo en que se asientan tales excepciones, para que de esta manera se acabe negando la existencia de dolo por parte del tribunal. Sobre la teoría de *Freund*, cfr. *supra* IX.4.A.2.a. Un punto de vista similar adopta PÉREZ DEL VALLE, *RDP*, 1994, p. 419, al afirmar que «la argumentación ha de basarse, por tanto, en la negación de tales máximas de experiencia o en datos de hecho que permitan sostener, al menos en su opinión [del acusado], la existencia de una excepción a la regla». Interesantes también en este punto SERRA DOMÍNGUEZ, *Estudios*, p. 709 e IGARTUA SALAVERRIA, *Valoración de la prueba*, p. 58. La jurisprudencia italiana parte, para determinar el dolo, de unas máximas de experiencia generales y entiende que las circunstancias obje-

En los siguientes Capítulos va a partirse, sin embargo, de un nivel de análisis distinto (que puede denominarse *estático*), centrado en el contenido de las valoraciones judiciales sobre el conocimiento ajeno una vez que los hechos objetivos han sido ya plenamente determinados. El proceso de formulación de las afirmaciones sobre el conocimiento de un sujeto siempre responde a la siguiente estructura: primero se prueba un hecho objetivo y, a partir de éste, se infieren (mejor, se imputan) determinadas realidades subjetivas de acuerdo con el contenido de una regla con vigencia social [1044]. Ello no quiere decir que en la discusión sobre la prueba de los hechos objetivos las partes no puedan tener ya en cuenta las repercusiones que para el tipo subjetivo van a poder derivarse de que un determinado hecho objetivo se dé o no por probado [1045]. Pero el método de análisis por el que aquí se opta partirá siempre de que la base objetiva ha sido ya fijada en su plenitud, pues sólo una vez establecida ésta es posible obtener una panorámica global sobre cómo deben operar las reglas de imputación del conocimiento [1046].

En Capítulos anteriores se ha afirmado que una conducta objetivamente típica sólo puede considerarse dolosa cuando, desde un punto de vista social, se entienda que ha sido llevada a cabo por su autor de modo inequívocamente consciente. Cuando el sentido del hecho resulte dudoso (no inequívoco), deberá negarse el dolo y, dado el caso, sólo podrá afirmarse una realización imprudente [1047]. La exigencia de que la afirmación final sobre el conocimiento del acusado tenga un significado indiscutido requiere que tanto las reglas empleadas como las conclusiones a que éstas lleven reúnan esta característica. Por este motivo, si se quie-

tivas que pueden dar pie a alguna excepción de las citadas reglas deben ser aportadas por el acusado; cfr. TASSI, *Il dolo*, Padua, 1992, p. 146.

[1044] Cfr., en este sentido, las consideraciones de MARTÍNEZ ARRIETA, en *Recursos en el orden jurisdiccional penal*, p. 45.

[1045] La jurisprudencia del Tribunal Supremo afirma en algunas sentencias (como la STS de 21 de marzo de 1995, A 2044, ponente Conde-Pumpido Ferreiro) que los juicios acerca del dolo del sujeto pueden ser cuestionados por dos vías distintas: «acreditar la inexistencia de los datos objetivos base de la inferencia racional del Juzgador» o «demostrar la arbitrariedad o irracionalidad del argumento lógico que anuda aquellos datos objetivos y la consecuencia de ellos obtenida en orden a la subjetividad del agente». Será esta segunda vía la que será sometida a análisis en los siguientes Capítulos.

[1046] Lo que no debe significar que en este ámbito el acusado tenga la carga de la prueba, como parece afirmarse en alguna sentencia del Tribunal Supremo (cfr. STS de 5 de abril de 1993, A 3036, ponente Delgado García).

[1047] En esta línea, aunque en referencia a la prueba de indicios, afirma KÖHLER, *Strafrecht*, p. 166, que «en caso de duda debe negarse el dolo». Cfr., igualmente, BELLOCH JULBE, «La prueba indiciaria», en *La sentencia penal*, p. 87: «la lógica enseña que si un indicio permite dos conclusiones distintas, ambas igualmente razonables en cuanto parecidamente probables, ninguna razón permite, a falta de mayores datos complementarios, inclinarse por una u otra. La dogmática penal muestra que, en tales supuestos, la opción viene determinada por el axioma "in dubio pro reo"».

ren *captar* sentidos sociales inequívocos deben rechazarse en el ámbito de la imputación del conocimiento todos aquellos enunciados que respondan a la estructura «probado el hecho X, el sujeto *tal vez, posiblemente o probablemente* conoce Y» [1048]. En consecuencia, sólo pueden ser aceptadas las reglas del tipo «probado el hecho X, el sujeto *necesariamente* conoce Y», cuando, además, éstas gocen de una plena e inequívoca vigencia social. Sólo si se satisface esta doble exigencia es posible garantizar que el juicio definitivo cumpla con las condiciones en que resulta legítima una condena por delito doloso [1049].

[1048] Ésta es una de las más notables diferencias de la teoría de la imputación social del conocimiento con respecto a los planteamientos tradicionales, pues mientras para éstos bastaría, para afirmar el conocimiento, con una regla de las citadas *supra* más la convicción judicial, para la primera teoría ello no sería suficiente.

[1049] Cfr. *supra* X.

XII. LOS CONOCIMIENTOS MÍNIMOS

XII.1. PLANTEAMIENTO

En el ámbito de la comunicación social la mayor parte de imputaciones de conocimientos entre sujetos se llevan a cabo atendiendo a determinadas características personales de éstos, a ciertas particularidades de la situación en que han actuado o de la conducta realizada, o a una combinación de todos estos factores. Estos datos actúan como presupuesto aplicativo (base objetiva) de numerosas reglas sociales de imputación de conocimientos. Sin embargo, también es posible constatar que, en el ámbito de dicha comunicación, se realizan a menudo atribuciones de conocimientos en las que se prescinde de cualquier base objetiva o, mejor dicho, en las que se parte de una base objetiva que por regla general se presupone: *la circunstancia de que, en el momento de llevar a cabo la acción objetivamente típica, el sujeto de la imputación reunía la condición de «persona normal»*. En este sentido, puede constatarse la vigencia de una serie de reglas que responden a la siguiente estructura: «si el sujeto S era una persona normal en el momento de realizar el hecho, entonces contaba en tal momento con el conocimiento de A, B, C, etc.». Los conocimientos que se atribuyen a un individuo atendiendo exclusivamente a su condición de *persona normal* recibirán en este trabajo el nombre de *conocimientos mínimos*.

Cuando socialmente se atribuye a otro sujeto la condición de *persona normal* se le imputan ya con ello determinados conocimientos cuya posesión se juzga presupuesto básico e irrenunciable para afirmar tal normalidad. En otras palabras, la ausencia de tales conocimientos sólo se admite socialmente si es posible explicarla a través de la existencia simultánea de determinadas características personales del sujeto que tienen como base, precisamente, la negación de la *normalidad* de éste. La noción de *normalidad*, trasladada a las valoraciones sociales que se plasman en el Derecho penal, se traduce en la idea de *imputabilidad*[1050]:

[1050] Tiene especial interés en este punto la afirmación de que la clave para decidir la

existen ciertos desconocimientos que sólo se entienden posibles si el sujeto padece determinados transtornos de orden psíquico (art. 20.1º CP) o en la percepción (art. 20.3º CP), o si es menor de cierta edad (art. 19 CP)[1051]. La cuestión queda expuesta con sencillez a través del siguiente ejemplo:

> *Se acusa a un individuo de homicidio doloso por haber dado muerte a otro sujeto propinándole diversos golpes con un hacha que le hundieron el cráneo. El autor vio en todo momento perfectamente que el objeto de su agresión era otra persona; sin embargo, alega ante el Tribunal que le juzga que desconocía el hecho de que, en general, propinar semejantes golpes pudiera entrañar un peligro para la vida de otro ser humano*[1052].

Del análisis de un supuesto como el anterior sólo pueden derivarse dos soluciones posibles. La primera de ellas depende de que pueda considerarse que el sujeto ha llevado a cabo el ataque contra la víctima siendo imputable: si efectivamente lo era, socialmente se entiende que dicho sujeto necesariamente ha conocido la peligrosidad abstracta de su conducta y tal conocimiento debe serle imputado[1053]. Éste sólo puede de-

cuestión de la imputabilidad radica en si en el ámbito de la comunicación social puede considerarse al otro individuo como un igual. Cfr. al respecto JAKOBS, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2.ª ed., trad. J. Cuello Contreras y J.L. Serrano González de Murillo, Madrid, 1995, p. 598. Según *Jakobs* (*ibidem*, p. 598 ss y 629 ss) tal igualdad falta en aquel sujeto en quien concurren determinadas perturbaciones psíquicas y en el supuesto de los menores. También interesante GIMBERNAT ORDEIG, «El sistema del Derecho penal en la actualidad», en *Estudios de Derecho penal*, 3.ª ed., Madrid, 1990, pp. 175-177.

[1051] La idea no resulta en modo alguno novedosa. Ya los postglosadores afirmaban que «por regla general, la alegación de un desconocimiento que no puede ser razonablemente aceptado en personas capaces de culpabilidad no merece ninguna clase de crédito»; cfr. ENGELMANN, *Irrtum und Schuld nach der italienischen Lehre und Praxis des Mittelalters*, Berlín, 1922 (reimp. 1975), p. 101.

[1052] Un caso estructuralmente parecido puede encontrarse en la STS de 29 de enero de 1996 (A 150, ponente Conde-Pumpido Tourón), en la que se declara probado que «la víctima fue acometida inicialmente por el señor M. que le cogió por los brazos y le zarandeó, haciéndole perder el equilibrio, siendo a continuación cuando la esposa del señor M. —con el consentimiento de éste— cogió una piedra y le golpeó el rostro», a consecuencia de lo cual la víctima perdió varias piezas dentarias. La defensa de los acusados alega ante el Tribunal Supremo que las lesiones fueron causadas imprudentemente (cfr. FJ 7.º). Dicho Tribunal rechaza tal alegación, respondiendo que «la dinámica comisiva de la acción agresora está presidida por un clarísimo "animus laedendi", concurriendo un dolo genérico de lesionar». Dejando a un lado la más que discutible cuestión del *animus*, lo que parece evidente es que no puede tener ninguna credibilidad cualquier alegación encaminada a aseverar que alguien en su sano juicio pueda ignorar que propinar a alguien un golpe en el rostro con una piedra, cuando está tendido en el suelo, supone crear un riesgo para la integridad física de éste, con lo que, por principio, debe negarse la posibilidad de imprudencia.

[1053] La regla de imputación social de conocimientos reza: «una persona mayor de edad y en su sano juicio sabe que golpear a otro con un hacha en la cabeza es una conducta peligrosa para la vida de ésta».

jar de ser atribuido si consigue demostrarse que el sujeto en cuestión no estaba en su sano juicio al llevar a cabo semejante comportamiento[1054]. Una tercera solución resulta imposible desde un punto de vista social: una persona en su sano juicio no puede desconocer la peligrosidad de acciones como la llevada a cabo. La imputabilidad excluye, pues, determinados desconocimientos. Este punto de vista puede observarse, por ejemplo, en la sentencia del Tribunal Supremo en que se afirma que «todo el mundo sabe —por la experiencia común— que la presión fuerte y mantenida sobre el cuello de una persona, impidiéndola respirar, en breves momentos, es causa de su muerte por asfixia»[1055]. En ella sólo falta precisar que la condición de inimputable por parte del sujeto sería la única excepción admisible frente a tal regla general[1056].

Curiosamente, si bien la idea de los *conocimientos mínimos* en el ámbito del dolo no parece haber sido aún explicitada ni desarrollada desde un punto de vista teórico, en lo referente al conocimiento de la antijuricidad sí se cuenta con un desarrollo más o menos minucioso o, por lo menos, con una cierta praxis, sobre qué desconocimientos, referidos en este caso a la vigencia de determinadas normas, deben tenerse por

[1054] Así, VON WICK, «Beiträge zur richtigen Auffassung des Wesens des Vorsatzes», *ACR*, 1857, p. 612; afirma este autor que a un funcionario no se le admite la disculpa de que en el momento de cometer el hecho no pensó en su condición de tal, o que a un marido no se le acepta que afirme no haber recordado que estaba casado al cometer adulterio, porque ambos datos forman parte indefectiblemente de la consciencia de «toda persona sana mentalmente» (cfr. al respecto *infra* el Excurso «Imputación del conocimiento e intensidad del conocimiento»).

[1055] STS de 11 de mayo de 1994 (A 3686, ponente Puerta Luis). En una misma línea se dirige la argumentación del Tribunal Supremo cuando, en su sentencia de 5 de diciembre de 1995 (A 8975, ponente de Vega Ruiz), afirma que no cabe la alegación del error de tipo «cuando el agente actúa empleando vías de hecho que todos saben están prohibidas» (en este caso una joven madre golpeo a su hija de diez meses de edad en la cabeza con o contra un objeto contundente de tal modo que la niña «salió por el aire» y seguidamente murió. La defensa de la acusada alegaba ante el TS un error de tipo). También se atribuyen *conocimientos mínimos* en afirmaciones como la de que «existe un conocimiento común de las gravísimas consecuencias que para la vida de una persona derivan de clavar objetos punzantes de tal longitud que afectan a órganos vitales», sostenida en la STS de 21 de enero de 1997 (A 461, ponente García-Calvo y Montiel). Cfr., igualmente, la STS de 22 de enero de 1992 (A 291, ponente Carrero Ramos). Otro ejemplo puede encontrarse en la STS de 9 de junio de 1981 (A 2635, ponente Castro Pérez): en el hemitórax izquierdo (parte corporal de la víctima en que el acusado clavó un cuchillo) «todo el mundo sabe que se halla el corazón» y que es zona «conocidamente vital».

[1056] Algo que sí parece precisarse, en referencia al conocimiento de la antijuricidad, en la STS de 27 de abril de 1994 (A 3443, ponente García Ancos) cuando se afirma que «dadas las propias características personales del autor de la infracción se nos muestra como una persona adulta *y sin ningún género de minusvalía psíquica* que nos ha de hacer suponer necesariamente que no era ignorante de que el servir de intermediario entre el vendedor o vendedores de la droga y sus consumidores era un acto constitutivo de infracción legal» (cursiva añadida). Razonamientos similares en la STS de 11 de junio de 1994 (A 4944, ponente García Ancos).

imposibles [1057]. Así, por regla general no se admite el error sobre la vigencia de las normas que prohíben conductas que atentan contra los bienes que se consideran básicos en una determinada sociedad y, como suele afirmar el Tribunal Supremo, la invocación del error de prohibición está fuera de todo lugar «en aquellas infracciones o hechos cuya ilicitud sea notoriamente evidente y de general comprensión» [1058].

Esta misma lógica parece trasladable sin demasiados problemas al ámbito del tipo subjetivo, pues tal modo de ver las cosas no tiene por qué circunscribirse al conocimiento de la vigencia de determinadas normas por parte de los sujetos, sino que puede y debe regir respecto al conocimiento de ciertas circunstancias integradoras de algunos tipos penales. La posibilidad de esta traslación parece obvia si se tiene en cuenta que, al fin y al cabo, en ambos casos concurren juicios sobre el conocimiento ajeno de determinadas realidades o, mejor dicho, sobre desconocimientos que no se entienden por principio posibles en lo que socialmente se considera una persona normal.

[1057] BORST, «Ueber den Beweis des bösen Vorsatzes», *NACR*, 2 (1818), pp. 440-441, afirma que el desconocimiento no se admite en determinados hechos, no a partir de una presunción de dolo malo, sino de la certeza de que el infractor, como cualquier otra persona de su misma condición y facultades individuales, conoce la prohibición cuando el contenido de la norma es especialmente evidente. Basta con que resulte imaginable que una persona de la misma educación y facultades mentales que el infractor haya ignorado la norma para que semejante certeza desaparezca. Cfr., igualmente, JAKOBS, «El principio de culpabilidad», trad. M. Cancio Meliá, en *Estudios de Derecho penal*, Madrid, 1997, p. 375: «la problemática del error acerca de la norma sigue careciendo de todas maneras de relevancia en el ámbito central del Derecho penal». Especialmente interesante BURKHARDT, «Der Irrtum als Unrechts- und/oder Schuldausschluss», en ESER/NISHIHARA (ed.), *Rechtsfertigung und Entschuldigung*, IV, Friburgo d.B., 1995, p. 409 ss. Cfr. igualmente las consideraciones de VON WICK, *ACR*, 1857, pp. 613-614, quien niega la posibilidad de desconocimiento en aquellos delitos que incorporan un componente moral.

[1058] STS de 28 de mayo de 1993 (A 4267, ponente De Vega Ruiz). Cfr. también el voto particular formulado por el magistrado Soto Nieto a la STS de 29 de febrero de 1988 (A 1354) —«quedan excluidos del ámbito del artículo 6 bis a) del Código Penal no sólo los casos de error burdo, sino también los supuestos en los que la antijuridicidad no puede desconocerse, entre los que se encuentra la norma elemental de toda sociedad civilizada, por todos conocida, de que nadie puede tomarse la justicia por su mano»— y la STS de 28 de febrero de 1992 (A 1399, ponente Cotta Márquez de Prado) —donde se afirma que la invocación del error de prohibición «no es permisible en aquellas infracciones cuya ilicitud sea notoriamente evidente»—; idénticos argumentos en la STS de 11 de marzo de 1996 (A 1906, ponente De Vega Ruiz). Cfr., asimismo, la STS de 10 de febrero de 1995 (A 810, ponente García Miguel): «no cabe admitir la posibilidad de error o desconocimiento de la antijuricidad de un hecho de general conocimiento aun para las personas desprovistas de la más elemental cultura como es el de que los atentados contra la vida o la integridad física de las personas son hechos delictivos». Un interesante resumen y crítica de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en lo que respecta al criterio de la «ilicitud notoria» en FELIP I SABORIT, *La delimitación del conocimiento de la antijuricidad. Una aportación al estudio del error de prohibición*, tesis doctoral inédita, Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, 1997, pp. 236-238.

Qué *conocimientos* deben considerarse *mínimos* y cuáles no es algo que, evidentemente, no puede desarrollarse hasta el más minucioso de los detalles y, desde luego, no puede aportarse una lista de los *conocimientos* que se consideran *mínimos* en la actual sociedad. La concreción deberá llevarse a cabo pensando en cada caso concreto si socialmente podría considerarse como igual a una persona que desconociera determinadas realidades. Lo afirmado hasta ahora puede parecer obvio e, incluso, superfluo. Sin embargo, dando realce a la figura de los *conocimientos mínimos* se obtiene un instrumento especialmente útil para acometer un análisis crítico de determinadas afirmaciones judiciales que con relativa frecuencia pueden encontrarse en el ámbito de la determinación procesal del dolo.

XII.2. REPERCUSIONES PRÁCTICAS DE LOS CONOCIMIENTOS MÍNIMOS

La figura de los *conocimientos mínimos* tiene una primera e importante consecuencia práctica. De acuerdo con ella, las alegaciones por parte de un acusado o de su defensa dirigidas a afirmar la ausencia de tales conocimientos sólo podrán ser viables si se acompañan de la alegación de que dicho acusado era, en el momento de realizar el hecho, plenamente inimputable. La primera alegación sólo podrá prosperar si también lo hace esta última. De lo contrario, la afirmación sobre el desconocimiento no puede aceptarse y los conocimientos en cuestión deberán atribuirse al sujeto pues, de acuerdo con lo afirmado, *los conocimientos mínimos se imputan por principio a toda persona imputable con independencia de la situación en que haya actuado ésta o de otras características personales distintas a aquéllas en que se fundamentan las causas de inimputabilidad.*

El segundo efecto práctico que se deriva de la figura de los *conocimientos mínimos* requiere de una argumentación algo más compleja. Socialmente se parte, por un lado, de que determinados desconocimientos no resultan creíbles en una persona imputable (p. ej. no es imaginable que una persona imputable no sepa que golpeando a otro con un hacha se le pueden producir lesiones); por otro lado, socialmente se acepta que ciertos desconocimientos no van necesariamente ligados a la inimputabilidad del sujeto que los alega (p. ej. es imaginable un sujeto imputable que no sepa que el consumo de anilina puede causar daños a la salud). En este segundo caso, la posibilidad de imputar el conocimiento del que se trate (p. ej. del carácter venenoso de la anilina) requiere desde el punto de vista social de una base objetiva más amplia que la mera acreditación de que el sujeto era imputable en el momento de realizar la conduc-

ta típica (p. ej. que el sujeto, además de imputable, trabajaba en la industria del aceite).

De la anterior argumentación debe extraerse una idea clave: *deben reputarse incorrectas todas aquellas atribuciones de conocimientos que sólo se basen en la imputabilidad de una persona cuando socialmente sea imaginable un sujeto imputable que, sin embargo, no cuente con ellos*. Plasmada en los anteriores ejemplos, esta idea implica que la afirmación «si el acusado es imputable sabe que golpeando a otro con un hacha crea un peligro para la integridad física de éste» debe considerarse correcta, pues desde el punto de vista de las valoraciones sociales no es imaginable una persona mayor de edad en su sano juicio que desconozca tal peligrosidad. Por contra, la afirmación «si el acusado es imputable conoce el carácter venenoso de la anilina» debe reputarse incorrecta, pues desde el punto de vista social es imaginable un sujeto mayor de edad en su sano juicio que no conozca el potencial lesivo del citado producto. En consecuencia, la posibilidad de imputar a un sujeto el conocimiento de este potencial lesivo dependerá de la eventual concurrencia de un sustrato fáctico más amplio que la mera condición de imputable del acusado [1059].

Un ámbito en que la figura de los *conocimientos mínimos* despliega de modo evidente su capacidad crítica puede encontrarse en la discusión sobre el tipo subjetivo de los delitos contra la propiedad industrial (art. 273 ss. CP). Para hablar de dolo en estas infracciones se exige que el sujeto activo tenga conocimiento (aunque sea eventual) de que la marca o patente que está reproduciendo se encuentra inscrita a nombre de otra persona en el Registro de la Propiedad Industrial [1060]. Durante cierto tiempo se defendió por parte de algunos autores, de formación básicamente mercantilista y denominados tradicionalmente «industrialistas», que con la mera publicidad registral bastaba para entender que cualquier ciudadano era conocedor de los distintos derechos que se hallaban registrados. La regla de imputación defendida por estos autores se fundamentaba

[1059] A este respecto merece la pena traer a colación la doctrina medieval que entendía que la única alegación de un error sobre hechos que no merece ningún crédito es aquélla referida a los denominados «hechos notorios»; cfr., al respecto, ENGELMANN, *Irrtum und Schuld*, p. 106 ss.

[1060] Esta exigencia queda incorporada explícitamente al texto positivo de la ley desde la entrada en vigor del Código Penal de 1995 (arts. 273, 274 y 275). Sin embargo, aunque el Código anterior no exigía expresamente el conocimiento del registro (el antiguo art. 534 CP73 sólo hablaba de infracción «intencionada» de los derechos de propiedad industrial) la jurisprudencia del Tribunal Supremo entendía que tal conocimiento era un requisito de la intencionalidad. A este respecto, cfr., entre otras, la STS de 10 de febrero de 1987 (A 1233, ponente Moyna Ménguez). En la doctrina SEGURA GARCÍA, *Derecho penal y propiedad industrial*, Madrid, 1995, pp. 393-394, afirma en referencia al Código anterior que el dolo en estos delitos exige conocer «la existencia de un objeto de propiedad industrial ajeno y del registro del mismo».

en una presunción según la cual se entendía que todo el mundo conoce el contenido del Registro, lo que basaban en el artículo 4 del Reglamento de la Propiedad Industrial de 1924, según cuyo tenor literal, «publicados los registros en el Boletín Oficial de la Propiedad Intelectual e Industrial, no se podrá alegar ante los Tribunales desconocimiento o ignorancia de su existencia». Así, *Díaz Velasco* afirmaba, por ejemplo, que «esa presunción de conocimiento, que lleva consigo la del ánimo doloso, es una presunción que no admite prueba en contrario» [1061]. Estas perspectivas no sólo pretendían la imputación genérica a cualquier persona del elemento intelectivo del dolo referido al contenido del Registro, sino también del elemento volitivo, para lo cual se apoyaban en la presunción de voluntariedad del antiguo art. 1.2º CP73, vigente hasta la reforma de 1983 [1062].

La doctrina mayoritaria ha basado su crítica a los postulados industrialistas en la idea de que con ellos se da crédito a una auténtica presunción *iuris et de iure* de dolo, que se opone al principio de culpabilidad y que, por tanto, debe ser rechazada [1063]. Sin embargo, pese a que estas críticas deben considerarse acertadas en sus resultados finales, no son defendibles en su fundamentación, pues acusan a los industrialistas de un objetivismo en la «determinación del dolo» del que tampoco ellas se hallan exentas [1064]. La crítica adecuada a los industrialistas debe basar-

[1061] DÍAZ VELASCO, *Estudios sobre propiedad industrial*, Barcelona, 1987, p. 703.

[1062] Cfr. *supra* IX.2.

[1063] Las posturas industrialistas, cuyos más significativos representantes son *Mascareñas* y *Díaz Velasco*, han sido repetidamente rechazadas por la doctrina del Tribunal Supremo. A modo de ejemplo, cfr. la STS de 16 de mayo de 1979 (A 2082, ponente Vivas Marzal) donde se recalca que «por muy especial y genuina que sea la naturaleza de la propiedad industrial, no lo es tanto como para que, transcendiendo de lo punitivo, derogue los presupuestos esenciales de la estructura del delito» (ideas que se reiteran en lo esencial en la STS de 22 de marzo de 1980, A 1176, ponente Vivas Marzal). La dogmática jurídico-penal se ha opuesto con inusual unanimidad a los postulados industrialistas; sirva como ejemplo lo que al respecto comenta QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la Parte especial del Derecho penal*, 2.ª ed., Madrid, 1978, p. 680, quien entiende que, de acogerse los postulados industrialistas, «se consagraría un odioso objetivismo de dolo *in re ipsa* que echaría por tierra las más preciadas esencias del derecho penal». Según GUINARTE CABADA, *La tutela penal de los derechos de propiedad industrial*, Madrid, 1988, p. 235, la presunción industrialista debe ser rechazada por faltarle a ésta apoyatura legal suficiente (ante las dudas sobre la vigencia del art. 4 del RPI y la desaparición de la presunción de voluntariedad) y por las exigencias del principio de culpabilidad. Otra visión crítica de los postulados industrialistas en SEGURA GARCÍA, *Derecho penal y propiedad industrial*, pp. 391-393.

[1064] Basta con ver cómo en la práctica del Tribunal Supremo, pese a rechazarse explícitamente las posturas industralistas, las afirmaciones sobre el efectivo conocimiento del contenido del Registro por parte de los acusados también se basan en datos objetivos (cualificación profesional del sujeto, similitud entre el signo distintivo producido y el registrado...). Desde luego estos criterios de atribución incorporan una mayor capacidad de matización y de adaptación a las circunstancias del caso concreto que la presunción *iuris*

se en el hecho de que dotan de la característica de mínimos a conocimientos que, desde un punto de vista social, en modo alguno lo son. Efectivamente, la normalidad como persona no implica socialmente el conocimiento del contenido de todos y cada uno de los asientos del Registro de la Propiedad Industrial. O, dicho con otras palabras, no todo aquél que desconoce el Registro de la Propiedad Industrial es considerado socialmente como plenamente inimputable. Ello significa que la atribución del conocimiento del Registro sólo podrá llevarse a cabo si concurren determinados datos objetivos en el supuesto concreto que vayan más allá del mero hecho de que el sujeto activo era una persona imputable en el momento de llevar a cabo la conducta típica [1065].

También deben considerarse incorrectas aquellas declaraciones que ocasionalmente se encuentran en la jurisprudencia sobre lo que, desde su punto de vista, resulta de conocimiento general, cuando es muy discutible que así sea. Esta afirmación se justifica por el sencillo motivo de que desde el prisma de las valoraciones sociales es perfectamente imaginable que pueda existir una persona imputable que, sin embargo, no cuente con tales conocimientos. En este sentido, sin una base objetiva más amplia no parecen adecuadas para imputar conocimientos las afirmaciones de que, por ejemplo, es de conocimiento general la existencia de una determinada marca de licores en el mercado [1066], de que «es de dominio público o, al menos, de conocimiento vulgar» la causación de la fiebre de malta por quesos frescos contaminados [1067], o de que «toda persona sabe de los objetos valiosos que aparecen en su propio ámbito de dominio, cuando además aquélla es la única que ha podido tener acceso al lugar en que las cosas han sido encontradas» [1068]. Respecto a los tres ejemplos es perfectamente posible imaginar una persona imputable que no cuente con tales conocimientos, por lo que la corrección de las tres afirmaciones no puede considerarse inequívoca desde el punto de vista de las valoraciones sociales [1069].

et de iure de los industrialistas, pero su base es igualmente objetiva, con lo que la crítica del objetivismo está fuera de lugar.

[1065] En buena lógica debe rechazarse la opinión de VÁZQUEZ IRUZUBIETA, *Nuevo Código Penal comentado*, Madrid, 1996, p. 420, cuando afirma, respecto al dolo en los delitos contra la propiedad industrial, que «no parece que pueda ser una excusa la alegación del desconocimiento de que el objeto estaba registrado porque, precisamente, los registros públicos tienen la finalidad de dar certeza *erga omnes* de un hecho oficializado por la inscripción». Esta equiparación teórica entre conocimiento y cognoscibilidad resulta inaceptable. Mucho más atinado PORTELLANO DÍEZ, «Los nuevos delitos contra la propiedad industrial. Reflexiones de un mercantilista», *CPC*, 60 (1996), pp. 658-659, quien entiende que las evidentes dificultades probatorias que implica demostrar que alguien conocía el registro pueden superarse si se cumplen dos condiciones: explotación efectiva de la invención patentada y comercialización del producto acompañado de signos que indiquen su registro (p. ej. el símbolo ®). Como es evidente, este último autor exige una base objetiva más amplia que la mera condición de imputable del sujeto activo.

[1066] STS de 22 de julio de 1993 (A 6352, ponente Delgado García). Se afirma en esta resolución que «tan conocida es en el mercado la ginebra Larios que no cabe pretender que fuera necesario un requerimiento notarial para que la fabricación de la ginebra Lirios de autos pudiera ser considerada delictiva»; la imputación del dolo en este caso se salva al afirmar también el Tribunal que la imitación era muy clara y que el autor de ésta había sido «un fabricante de licores que conoce bien el mercado y la gran difusión y publicidad del producto imitado». El hecho de que se recurra a estas otras dos bases de imputación muestra que la primera y harto discutible afirmación resulta en todo caso superflua.

[1067] STS de 12 de abril de 1989 (A 3182, ponente Díaz Palos); en esta sentencia concreta la imputación general se refuerza con la idea de que los que fabricaron el queso eran profesionales.

[1068] MONER MUÑOZ, en *Elementos subjetivos*, p. 150. El propio autor admite la posibilidad de excepciones a tal afirmación. Cfr. también la imputación de conocimientos de la STS de 15 de noviembre de 1989 (A 8646, ponente García Miguel): «el valor de las cosas ocupadas a los procesados y que los mismos declaraban haber encontrado, tenían un valor de 250.000 ptas., por lo que es evidente que mal podía presumirse que hubiesen sido abandonadas por su propietarios».

[1069] Muy cuestionable también la argumentación de la STS de 4 de mayo de 1981 (A 2096, ponente Vivas Marzal), según la cual toda persona poseedora de un arma de fuego que no cuenta ni con marca de fabricación ni con número conoce estas dos circunstancias, a no ser que se trate de un «invidente o subnormal profundo».

XII.3. CONOCIMIENTOS MÍNIMOS Y «SOCIALIZACIÓN EXÓTICA»

La referencia a la figura de los *conocimientos mínimos* ha permitido establecer la regla según la cual, cuando se considera imputable a una persona se le atribuyen todos aquellos conocimientos cuya ausencia no se explicaría de no ser por su plena inimputabilidad. Existen, sin embargo, supuestos en que ciertas condiciones personales del sujeto de la imputación hacen posible que en su caso se admitan determinados desconocimientos que, como regla general, serían inconcebibles en cualquier otra persona, aunque no se fundamente dicha admisión en ciertas anomalías psíquicas de tal sujeto, sino en la peculiar relación existente entre éste y la sociedad en el seno de la cual se realiza la imputación. Tal vez con el siguiente ejemplo se entienda mejor la idea que aquí se quiere hacer expresiva:

> *Un sujeto dispara contra otra persona a la que tiene a un escaso metro de distancia con un arma de fuego y le causa la muerte. El sujeto alega ante el Tribunal que le juzga el desconocimiento de que un disparo con arma de fuego puede causar la muerte de otro, pues ni siquiera sabía qué era ni para qué servía el arma en cuestión.*

Ante un supuesto como éste, la primera impresión lleva a afirmar que el conocimiento de que disparar un arma de fuego contra alguien

que se encuentra a un metro de distancia crea un evidente riesgo para la vida de éste es algo que forma parte de los *conocimientos mínimos* de toda persona imputable. Sin embargo, tal afirmación no es suficientemente precisa: imagínese el caso en que un aborigen de una tribu que apenas ha mantenido contactos con la civilización occidental llega por los motivos que sean a una ciudad europea y, a los pocos minutos de su llegada, alguien le pone una pistola en su mano y le exhorta a que, «siguiendo una tradición continental», apriete el gatillo. Parece que en este supuesto la no imputación del conocimiento del riesgo de la actuación es algo que, cuando menos, se estaría dispuesto a plantear, cosa que ni tan siquiera sucedería de ser el acusado una persona nacida y educada en el seno de la cultura occidental o de otras sociedades con unos parámetros culturales cercanos a los de ésta [1070].

El ejemplo en cuestión lleva a plantearse que, en realidad, los *conocimientos mínimos* en sentido estricto son muy pocos, porque escasos son también los conocimientos que es posible entender que posee cualquier miembro adulto de la raza humana no gravemente mermado de sus facultades mentales o sensoriales básicas. De ahí los ejemplos a los que se ha acudido anteriormente para hablar de *conocimientos mínimos*: parece que el conocimiento de que golpear a otro con un hacha en la cabeza o con una piedra en el rostro entraña determinados peligros es algo que forma parte de los conocimientos de cualquier persona adulta, con independencia del referente cultural en que se la ubique [1071]. Sin embargo, ya no es tan evidente que el conocimiento de determinadas realidades sólo propias de sociedades concretas o, mejor dicho, totalmente ajenas a algunas sociedades, pueda hacerse extensivo a toda persona imaginable [1072].

[1070] Este razonamiento puede encontrarse, en referencia al conocimiento de la antijuricidad, en la fundamentación jurídica de la STS de 8 de julio de 1991 (A 5643, ponente Carrero Ramos): la defensa de un súbdito marroquí acusado de secuestro aéreo alega error de prohibición. El TS desestima tal alegación afirmando que los cometidos «son hechos de tanta gravedad, de tan notoria antijuridicidad que no cabe hablar de error en persona adulta, con instrucción (y "posición desahogada" según dice luego la sentencia) acerca de que se están infringiendo normas imperativas», añadiendo que «*al fin y al cabo no se trata tampoco de un beduino aislado del mundo, ni siquiera de un rústico*» (cursiva añadida).

[1071] Cfr. al respecto JAKOBS, «Conocimiento y desconocimiento de la norma», trad. M.A. Sancinetti, en JAKOBS/STRUENSEE, *Problemas capitales del derecho penal moderno*, Buenos Aires, 1998, pp. 60-61: determinadas invocaciones de ciertos desconocimientos (p. ej. que lanzar una piedra a otra persona puede lesionar) sólo pueden prosperar si concurren ciertos presupuestos en el sujeto que los alega: socialización exótica, debilidad mental o desinterés por conocer; en los demás casos se tiene conocimiento de lo que ha sucedido.

[1072] Algo que de hecho ya se desarrolla, respecto a la posibilidad de desconocimiento inevitable de la antijuricidad, en los planteamientos de JAKOBS, *Derecho penal*, p. 659: «el que el autor haya supuesto que por principio la alta traición, la coacción al Parlamento o el homicidio, las lesiones o incluso los daños están permitidos, es aceptable sólo si el

En el ámbito de los *conocimientos mínimos* se está, por tanto, ante una imputación que se lleva a cabo en dos pasos. En primer lugar, si el sujeto no puede ser considerado plenamente inimputable se le deben atribuir los *conocimientos mínimos en sentido estricto*, es decir, los comunes a cualquier miembro de la raza humana mayor de edad e imputable; en segundo lugar, si el sujeto ha sido socializado con normalidad en el seno de las sociedades occidentales se le debe atribuir una segunda categoría de conocimientos: los denominados, en adelante, *conocimientos mínimos en sentido amplio*, es decir, *aquéllos cuya ausencia en personas imputables sólo se concibe en el caso de que el sujeto apenas haya mantenido contactos con la sociedad que le juzga y cuando, a la vez, tales conocimientos no formen parte del marco cultural del que proviene tal sujeto.*

El único sustrato objetivo que puede impedir, por tanto, la imputación de los *conocimientos mínimos* en sentido amplio sólo puede venir dado por la demostración de que los contactos entre el sujeto y lo que aquí se denomina «cultura occidental» han sido prácticamente nulos y por el hecho de que en el marco cultural del que procede el sujeto se desconozcan determinadas realidades que forman parte del acervo básico de conocimientos de cualquier miembro de la citada «cultura occidental» [1073]. Sin embargo, *cuando se trate de un sujeto plenamente imputable y con una socialización normal, deben serle imputados por principio tanto los conocimientos mínimos en sentido estricto como los conocimientos mínimos en sentido amplio* [1074].

autor muestra como estado psíquico una socialización exótica». Cfr., igualmente, EL MISMO, «El principio de culpabilidad», p. 375. Interesantes también las consideraciones de HRUSCHKA, «Conscientia erronea und ignorantia bei Thomas von Aquin», en *Welzel-FS*, Berlín, Nueva York, 1974, p. 148 ss. Por lo que a la jurisprudencia respecta, cfr. la STS de 3 de abril de 1996 (A 2871, ponente Bacigalupo Zapater), en referencia al conocimiento de la antijuricidad: «por bajo que sea el nivel intelectual de los recurrentes, la prohibición de la estafa forma parte del núcleo culturalmente más básico del derecho penal. Un error en normas de este ámbito no puede ser deducido sólo del bajo nivel cultural, pues una persona que actúa en el medio empresarial en que actuaban los recurrentes no puede presentar un *déficit de socialización* tan considerable como el que sería necesario para explicar el desconocimiento de la prohibición de la estafa» (cursiva añadida). TORÍO LÓPEZ, «Indicaciones político criminales sobre la imputación subjetiva», en *Estudios jurídicos. Libro conmemorativo del Bicentenario de la Universidad de La Laguna*, La Laguna, 1993, tomo II, p. 1018 ss, afirma la necesidad de una «individualización cultural» de los sujetos en el análisis de la consciencia de la antijuricidad.

[1073] Otro supuesto en que podrían no imputarse los *conocimientos mínimos* en sentido amplio sería aquel en que un sujeto, pese a haber crecido dentro del espacio físico en que está implantada la sociedad occidental, hubiera padecido una situación de pleno aislamiento, por ejemplo, por haber vivido encerrado y sin contacto con otras personas desde su infancia. También en este caso podría hablarse de «socialización exótica».

[1074] En la STS de 20 de enero de 1997 (A 190, ponente Martínez-Pereda Rodríguez) se sostiene que «por poco que se conozca de armas de fuego, el revólver es seguro y elemental en su funcionamiento», con la finalidad de desvirtuar la afirmación de la sentencia de instancia, que había dado por plausible la alegación de un condenado por homicidio en

La escasa trascendencia práctica de los hechos jurídico-penalmente relevantes cometidos por sujetos «exóticamente socializados», en el sentido que aquí se atribuye a estos términos, comporta que, cuando en la exposición de los próximos apartados se haga referencia a los *conocimientos mínimos* sin ulteriores precisiones, esta figura deberá ser entendida en su sentido amplio.

XII.4. CONOCIMIENTOS MÍNIMOS Y DESCONOCIMIENTOS IRRACIONALES DEL RIESGO

El recurso a la figura de los *conocimientos mínimos* permite dar ya respuesta a uno de los puntos problemáticos del concepto intelectual de dolo apuntados en la Primera Parte de este trabajo: el relativo a cómo las teorías del dolo basadas únicamente en el conocimiento del sujeto activo se encontraban ante un grave problema en aquellas situaciones en que se alegaba por parte de dicho sujeto la ignorancia de un riesgo que, sin lugar a dudas, cualquier otra persona habría conocido en su lugar [1075]. Son éstos los casos que habitualmente se denominan de «confianza irracional en el no acaecimiento del resultado», o bien, en la terminología aquí propuesta, de «no representaciones irracionales del riesgo», unos supuestos en que un sujeto afirma desconocer que una determinada conducta implica la creación de ciertos riesgos cuando tal conocimiento tiene un carácter *mínimo*, ya sea en sentido estricto o amplio.

La figura de los *conocimientos mínimos* como criterio para la «determinación del dolo» muestra que la anterior problemática no va más allá de lo teórico, siendo nulas sus repercusiones prácticas. Así, en el caso ya expuesto en que un individuo afirma no haber apreciado riesgo alguno en el hecho de colocar una bomba en un lugar muy concurrido, porque una hechicera le dijo una vez que él nunca mataría a nadie, tal afirmación sólo resulta creíble, desde una visión normativa de la «determinación del dolo» como la que aquí se defiende, si prospera una alegación simultánea sobre la inimputabilidad de dicho sujeto, o si se acredita que éste fue socializado en un entorno cultural —si existe— en el que se cree a ciegas en la palabra de los hechiceros sin que *a posteriori* apenas haya mantenido contactos con la más racionalista civilización occidental [1076].

el sentido «de que no conocía bien el funcionamiento del arma». La regla formulada por el Tribunal podría encontrar una excepción en el caso de las personas que procedieran de culturas (si existen) en que no se supiera nada de las armas de fuego.

[1075] Cfr. *supra* V.3.A.

[1076] Sobre las no representaciones irracionales de la concreta aptitud lesiva de un comportamiento concreto, cfr. *infra* XVII.1.

De hecho, esta forma de ver las cosas ya fue expresada magistralmente por los partidarios del *dolus indirectus*, especialmente *von Böhmer*, con respecto al pretendido elemento volitivo del dolo, al afirmar que «quien quiere una causa típica no puede no querer el resultado *cuando es previsto o conocido,* lo que se designa habitualmente, aunque de modo abusivo, como necesario. Si no quería aquello, sino que quería lo contrario, es decir, algo que de modo usual no puede existir al mismo tiempo, es señal de que no se trataba de una mente sana, sino de un loco» [1077]. La lógica que empleaban estos autores, de acuerdo con la cual una persona no puede querer seriamente según qué cosas sin que se la tenga a la vez por *psíquicamente perturbada*, rige también para el ámbito de los conocimientos: un individuo no puede afirmar desconocer determinadas realidades y pretender al mismo tiempo que se le tenga por «sano mentalmente».

La idea es retomada en el siglo XIX por *Lucas*, esta vez referida al elemento de la representación: «quien con todas sus fuerza clava profundamente a otro en dos ocasiones un cuchillo en el pecho y en la espalda es imposible —*presupuesta como es lógico su imputabilidad*— que actúe sin la consciencia de que la muerte del herido no sólo es posible, sino incluso probable» [1078]. En términos similares se expresa *Framarino dei Malatesta* en relación con la intención delictiva: el sujeto que ata un lazo corredizo a una viga e introduce en él a viva fuerza a su enemigo tiene intención de matar; esto sólo se puede contradecir a través de la «negación de la inteligencia o de la voluntad como facultades utilizables por el agente» [1079].

La alegación que pasa por afirmar que, pese a haber sido imputable en el momento de realización del hecho, y pese a haber contado con una socialización normal, el sujeto pudo actuar sin ciertos conocimientos necesarios para la imputación dolosa, es una posibilidad que no puede tener cabida alguna cuando en el análisis de la cuestión del dolo se toma conciencia de la realidad social que supone la imputación de *conocimientos mínimos*: un sujeto normal no puede desconocer determinadas reali-

[1077] VON BOEHMER, *Observationes selectae ad Benedictus, Carpzovi JC. Practicam novam rerum criminalium imperialem Saxonicum*, 1759, pars I, observatio II, quaestio 1, n.° 62, fragmento citado con traducción al alemán por PUPPE, «Der Vorstellungsinhalt des dolus eventualis», *ZStW*, 103 (1991), p. 27 (y nota 66) (cursiva añadida). Sobre el *dolus indirectus* en general, cfr. *supra* II.1 y IX.2. Más modernamente cfr. las afirmaciones de GEYER, «Zur Lehre vom dolus generalis und vom Kausalzusammenhang», *Archiv für Preußisches Strafrecht* (actual *GA*), 13 (1865), p. 241, en referencia al *dolus generalis*: «el sujeto *imputable* que está convencido de que lo que tiene ante sí es un cadáver, no puede pretender matar este cadáver estrangulándolo, enterrándolo, etc.» (cursiva añadida).

[1078] LUCAS, *Die subjektive Verschuldung im heutigen deutschen Strafrechte*, Berlín, 1883, p. 48 (cursiva añadida).

[1079] FRAMARINO DEI MALATESTA, *Lógica*, pp. 213-214.

dades; tal desconocimiento sólo se admite si se demuestra que dicho sujeto padece algún tipo de enfermedad mental o gravísimos transtornos en la percepción[1080]. De este modo se salva uno de los *cabos sueltos* de las teorías cognitivas del dolo: el desconocimiento de determinados riesgos (básicos) no se entiende posible en personas imputables, adultas y con una socialización normal. Si el sujeto reúne estas características, necesariamente conoce tales riesgos en un sistema en que el dolo se determina a partir del sentido social del hecho y no constatando realidades psíquicas. Es posible que este punto de vista resulte discutible desde una perspectiva psicológica, pero su coincidencia con las valoraciones sociales es indudable.

XII.5. CONOCIMIENTOS MÍNIMOS Y ESTRUCTURA DEL DELITO

La figura de los *conocimientos mínimos* tiene, como se intentará mostrar en este apartado, evidentes repercusiones en la estructura global del delito. Sin embargo, da la impresión de que la importancia de tales repercusiones ha sido pasada en buena medida por alto por la mayoría de planteamientos sobre la teoría del delito que hoy en día se defienden[1081]. La envergadura y complejidad de los resultados que se vislumbran a raíz de lo que se expone seguidamente van, no obstante, mucho más allá de los objetivos de este trabajo y sólo podrán ser apuntados, debiéndose aplazar un desarrollo más minucioso para posibles investigaciones futuras.

Para exponer con mayor claridad la cuestión se partirá del siguiente ejemplo:

> *El acusado, mayor de edad, salió de su domicilio blandiendo un hacha de medio metro de largo y, habiendo llegado a la esquina más próxima, descargó sin mediar palabra cuatro golpes de hacha sobre la cabeza de M.V.V., quien aguardaba confiadamente ante un semáforo, causando su muerte instantánea. El acusado fue reducido inmediatamente por una patrulla de la policía y, llevado a la comisaría más cercana, declaró que, hallándose esa tarde en su domicilio, había sido visitado por un espíritu procedente del más allá, quien le había ordenado que se hiciera con un «cetro sinergético» y que se dirigiera a la esquina más próxima, donde le estaría aguardando un «espíritu maligno» al que debería «purificar» mediante cuatro imposiciones de «cetro». El procesado reiteró ante el Tribunal que respecto al día de autos sólo recordaba haber salido a la calle con el «cetro sinergético» en la mano y haberlo aplicado cuatro veces sobre un «espíritu maligno» que se había «desintegrado» una vez consumado el ritual. Varios psiquiatras certifican que el acusado padece diversos transtornos psíquicos que le causan frecuentes alucinaciones y que éstas le llevan a no captar a menudo la auténtica realidad de sus actos*[1082].

Ante casos como éste, la doctrina tradicional respondería afirmando que procede la absolución del procesado por concurrir en su persona la causa de inimputabilidad del art. 20.1º CP, esto es, por padecer dicho procesado, al tiempo de cometer la infracción penal, una anomalía o alteración psíquica que no le permitía comprender la ilicitud de su hecho. Faltaría, pues, la culpabilidad del sujeto y, por tanto, no procedería la imposición a éste de pena alguna. No parece osado afirmar que a esta conclusión llegaría la práctica totalidad de la doctrina. Sin embargo, para llegar hasta aquí los autores que acogen los planteamientos dominantes sobre la estructura del delito están presuponiendo bastantes cosas. Están presuponiendo, principalmente, que, pese a la inimputabilidad del sujeto, el hecho debe reputarse antijurídico, lo que precisamente permitirá que a alguien tan peligroso como su protagonista sea posible imponerle una medida de seguridad[1083].

Defender que el hecho del ejemplo debe reputarse antijurídico presupone más cosas. Implica sostener, por ejemplo, que la muerte sea objetivamente imputable a la conducta del sujeto y que no concurra ninguna causa de justificación, algo que en principio parece perfectamente plausi-

[1080] De este modo se logra afirmar el dolo en algunos de los supuestos que la doctrina denomina tradicionalmente «casos de confianza irracional en el no acaecimiento del resultado», concretamente, cuando se alega por parte del sujeto el desconocimiento de la peligrosidad en abstracto de determinadas conductas. Recurriendo a la figura de los *conocimientos mínimos* y a la imputación del conocimiento en general se consigue justificar de modo plausible el por qué de tal solución, algo que en el seno de otras teorías no parecía sino una corrección marginal *ad hoc* escasamente fundamentada, al negarse simplemente que la confianza irracional pudiera excluir el dolo atendiendo a criterios valorativos indeterminados; cfr. *supra* III.3.C.

[1081] Se advierte la problemática, sin embargo, en JOSHI JUBERT, «Algunas consecuencias que la inimputabilidad puede tener para la antijuricidad», *ADPCP*, 1989, p. 125 ss y SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Barcelona, 1992, pp. 348-349.

[1082] La verosimilitud de supuestos como éste puede apreciarse en la noticia publicada por el diario *La Vanguardia* (Barcelona, 9 de septiembre de 1997, p. 29) con el titular «Un hombre malhiere a otro de una cuchillada en el cuello y culpa a un hombre de Marte». El presunto culpable, Carlos P.A., hirió de gravedad a Jesús T.L. causándole con un cuchillo profundas heridas en el cuello, tórax y hombros. «Retenido en la unidad psiquiátrica de la cárcel Modelo de Barcelona, el detenido insiste en que una fuerza del más allá de este planeta le obligó a atacar a otro semejante. Una orden venida de Marte o de un platillo volante, de acuerdo con sus confusas explicaciones. Al parecer, también llegó a decir que confundió al agredido con un ser extraterrestre venido de otros mundos».

[1083] Así, entre muchos otros autores, MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, 4.ª ed., Barcelona, 1996, p. 421: «la ley requiere como presupuesto de tales medidas [de seguridad] la comisión de un "hecho delictivo" (art. 19 CP) o "infracción penal" (art. 20.1.º y 2.º CP), términos que en su uso por el CP equivalen a "hecho típicamente antijurídico"».

ble afirmar con respecto al caso expuesto. Sin embargo, la afirmación de que concurre un hecho antijurídico presupone también que la conducta realizada sea subjetivamente imputable a título de dolo o imprudencia (art. 5 CP). Esta última cuestión plantea serios problemas.

Conviene recordar ahora cuestiones básicas acerca del dolo. Para que exista dolo, según la opinión dominante, un sujeto debe conocer (y, para bastantes autores, también querer) la realización de una conducta típica [1084]. Respecto al tipo de homicidio es necesario, ante todo, que el sujeto se represente que su conducta comporta la creación de un riesgo relevante para la vida de otra persona. Profundizando un poco más, y volviendo al ejemplo planteado, para afirmar que el acusado ha matado dolosamente hace falta entender que éste se representó, o que fue consciente, de que con los cuatro hachazos que propinó a su víctima estaba creando un concreto riesgo para la vida de ésta. Para que se diera tal representación hacía falta, lógicamente, que dicho acusado hubiera sabido que lo que tenía en la mano era un hacha y que aquello a lo que estaba golpeando con el hacha era otra persona. Sin embargo, a la luz de las conclusiones de los forenses admitidas como válidas por el juez, ¿realmente se representó todo esto? En absoluto, pues él creía tener un «cetro sinergético» en la mano, no un hacha; a un «espíritu maligno» delante, no a otro ser humano y no creía estar realizando una conducta generadora de un peligro de muerte, sino sólo de meros «efectos purificadores». Si se entiende el dolo como algo que tiene como referente el contenido de representación del sujeto ¿puede realmente sostenerse que concurre dolo en este caso? Algo parecido sucede con la imprudencia: no parece posible afirmar que, ni con su mayor diligencia, un sujeto que padece semejantes transtornos psíquicos podría haber salido de su error [1085].

Habiendo aplicado al pie de la letra los criterios habituales para establecer la concurrencia de dolo o imprudencia, es evidente que para absolver al procesado no hacía falta llegar hasta el análisis de su culpabilidad, porque, ya de entrada, su conducta debía reputarse subjetivamente atípica, esto es, no cometida ni con dolo ni con imprudencia. Afirmar la atipicidad del hecho conlleva —siguiendo, cómo no, criterios extendidísimos— negar la posibilidad de aplicar al acusado cualquier medida de seguridad. La conducta del acusado sería, por tanto, como la acción de quien da un paseo o toma el sol, una acción irrelevante para el Derecho penal, pues según la doctrina más extendida, el presupuesto de toda me-

[1084] Cfr. *supra* I.1.

[1085] Advierte el problema ZAFFARONI, *Manual de Derecho penal. Parte general*, 6.ª ed., Buenos Aires, 1997, p. 418, quien se refiere a estos supuestos como de «error de tipo psíquicamente condicionado». No aporta, sin embargo, este autor una solución convincente al problema que plantean estos casos, más allá de negar el dolo del sujeto.

dida de seguridad es siempre el injusto, requisito que en este caso no se cumple, por ser la conducta subjetivamente atípica [1086].

El art. 6 CP es claro en este sentido: «las medidas de seguridad se fundamentan en la peligrosidad criminal del sujeto al que se impongan, exteriorizada en la comisión de un hecho previsto como delito». Sin embargo, la combinación del anterior precepto con el art. 10 CP («sólo son delitos o faltas las acciones y omisiones *dolosas o imprudentes* penadas por la Ley») tiene importantes consecuencias en supuestos como el planteado y, por extensión, en todos aquellos casos en que concurre en el sujeto un conocimiento erróneo de la realidad atribuible a determinadas perturbaciones de orden psíquico. Además, el art. 6.2 CP establece que «las medidas de seguridad no pueden resultar más gravosas ni de mayor duración que la pena abstractamente aplicable al hecho cometido»; sin embargo, ¿de dónde debe obtenerse en el presente caso dicho límite? ¿del marco penal asignado al homicidio doloso o bien al homicidio imprudente? [1087].

La idea de que el ejemplo expuesto es un hecho absolutamente irrelevante para el Derecho penal no resulta en absoluto convincente si, como parece, debe impedir que pueda llevarse a cabo algún tipo de intervención sobre un sujeto de la peligrosidad del protagonista del ejemplo, especialmente para evitar que hechos como el acontecido puedan volver a repetirse en el futuro [1088]. La posibilidad de imponer una medida de seguridad en un caso como éste sólo parece tener cabida si se abandona la idea de que la realización de un injusto penal tiene que ser presupuesto esencial para la imposición de tal clase de consecuencias jurídicas [1089].

[1086] En estos términos expone el problema CASTALDO, «Der durch Geisteskrankheit bedingte Irrtum: ein ungelöstes Problem», *ZStW*, 103 (1991), pp. 542-545. Cfr. también LOOS, «Grenzen der Umsetzung der Strafrechtsdogmatik in der Praxis», en IMMENGA (ed.), *Rechtswissenschaft und Rechtsentwicklung*, Göttingen, 1980, p. 270, quien advierte que, en aquellos casos en que el sujeto actúa bajo estados pasionales, la negación del dolo tiene una gran significación para la imposición de una medida de seguridad de acuerdo con el § 63 StGB.

[1087] Cfr. CASTALDO, *ZStW*, 103 (1991), p. 544.

[1088] JOSHI JUBERT, *ADPCP*, 1989, p. 131, advierte que en algunos supuestos —aquéllos en que la inimputabilidad o semi-imputabilidad del sujeto determina la ausencia de capacidad de acción, el desconocimiento de la situación o la inexistencia de consciencia de antijuricidad—, pese a faltar el injusto, el sujeto puede seguir siendo considerado peligroso.

[1089] CASTALDO, *ZStW*, 103 (1991), p. 545, plantea dos vías de salida al problema: «o se parte de que las instituciones de la Parte general no son por principio aplicables a los incapaces de culpabilidad (es decir, en su caso no se da una realización típica dolosa) o se acepta que tampoco en estos casos se puede renunciar a las reglas generales». JOSHI JUBERT, *ADPCP*, 1989, pp. 133-134 (nota 21), aporta abundantes referencias de la solución propugnada por buena parte de la doctrina germánica, que considera «que un error de tipo causado por la perturbación psíquica del autor no debiera impedir su internamien-

La anterior idea lleva a volver la vista al concepto jurídico-penal de acción, entendido éste como escalón inicial de la teoría del delito. Habitualmente se sostiene que en dicho nivel de análisis se produce ya el primer descarte de aquellos sucesos que no interesan en absoluto al Derecho penal y, en este sentido, suele afirmarse que a tal efecto no interesan los hechos que no hayan sido realizados por personas físicas (los «cometidos», por ejemplo, por animales, fenómenos naturales o personas jurídicas) y, dentro de los que hayan provocado éstas, sólo importan aquellos comportamientos que, además de externos, puedan reputarse voluntarios, de acuerdo con lo cual se declaran penalmente irrelevantes los hechos realizados por una persona bajo fuerza irresistible, estados de inconsciencia o movimientos reflejos[1090]. A estas situaciones puede añadirse una más: *al Derecho penal no le interesan los comportamientos realizados por sujetos plenamente inimputables, es decir, las normas jurídico-penales no se dirigen a tales sujetos, o bien, éstos no son competentes para negar la vigencia de tales normas*[1091]. En consecuencia, sólo debe reputarse acción jurídico-penalmente relevante la realizada voluntariamente por una persona que no sea plenamente inimputable[1092].

to, puesto que esta clase de error no debe beneficiar a su autor». Tal solución —probablemente correcta desde un punto de vista de los resultados a los que llega— resulta simplemente asistemática y sólo da pie a dos opciones: o se modifica el sistema o no es posible imponer medida de seguridad alguna en estos casos.

[1090] Cfr., en general, para la caracterización de las acciones relevantes para el Derecho penal, MIR PUIG, *Derecho penal*, p. 161 ss. Para una panorámica de la doctrina alemana, cfr. LENCKNER, *S/S*, 25.ª ed., previo al § 13, n.º marg. 38 ss.

[1091] JAKOBS, «Sobre el tratamiento de los defectos volitivos y de los defectos cognitivos», trad. C.J. Suárez González, en *Estudios de Derecho penal*, Madrid, 1997, p. 130: «no resulta necesaria respuesta alguna cuando la toma de posición proviene de una instancia que no es competente para interpretar las normas de la convivencia. Se trata de delitos cometidos por inimputables en sentido estricto (...) el conflicto que estas personas provocan con su comportamiento no afecta a la vigencia de la norma, sino a la seguridad de los bienes». EL MISMO, *Derecho penal*, p. 157: «no existe impedimento lógico alguno en llamar acción sólo al hecho enteramente imputable, es decir, culpable»; *ibidem*, p. 598: «el autor sólo es responsable por el déficit de motivación jurídica si en el instante del hecho constituye un sujeto con la competencia de poner en cuestión la validez de la norma, es decir, si es *imputable*» (cursiva en el original).

[1092] El comportamiento del plenamente inimputable sería pues una «actio hominis», pero no una «actio humana», entendidas éstas (cfr. MIR PUIG, *Derecho penal*, p. 181) como «aquéllas que sólo puede realizar un hombre como ente racional y que lo diferencian de los demás seres de la Naturaleza». JAKOBS, «El concepto jurídico-penal de acción», trad. M. Cancio Meliá, en *Estudios de Derecho penal*, p. 123 (nota 40), habla directamente de «naturaleza» cuando un ser humano actúa sin que su conducta pueda considerarse una realización con sentido. EL MISMO, *Sociedad, norma, persona*, p. 60, añade que, «o bien el autor expresa con su hecho un sentido relevante para la comunicación o bien no llega a alcanzar el plano de lo relevante para la comunicación, manteniéndose en la naturaleza, aunque dicho autor llegue a considerar en privado que ese mundo natural tiene sentido».

Esta forma de ver las cosas puede reconducirse a los planteamientos defendidos durante el siglo XIX por los hegelianos, bajo cuyo punto de vista la acción jurídico-penalmente relevante debía ser acción culpable[1093]. En tiempos más recientes puede encontrarse una base teórica para esta perspectiva en ciertas ideas defendidas por *Jakobs*[1094]. Afirma este autor que «puede pensarse que el conflicto social que supone un hecho exculpado se resuelve cognitivamente, y no normativamente, porque se considera que el autor no es competente para modificar las condiciones de comportamiento (generadas objetivamente) que le afectan; dicho de otro modo, el conflicto se reconduce a enfermedad, error, miedo y queda explicado *con esto*»[1095]. A lo que se añade que «si la desigualdad de la persona es conocida *ex ante*, ni siquiera se plantea la expectativa normativa: que se afirme que una persona aquejada de ataques de furia, encerrada en un hospital y evidentemente enferma mental puede defraudar expectativas normativas evidencia una comprensión (al menos) algo extraña de la sociedad»[1096].

Tales afirmaciones llevan a sostener que el fundamento de penas y medidas de seguridad es totalmente distinto. En este sentido, las medidas de seguridad tienen un contenido asegurativo y no punitivo, lo que hace que su naturaleza esté más próxima a determinadas medidas previstas en sectores del ordenamiento jurídico como el Derecho administrativo que al Derecho penal, que no tiene la necesidad de responder con la pena ante los comportamientos de aquellas personas a quienes socialmente no se atribuye la capacidad de obrar con sentido[1097]. Que en el actual ordenamiento jurídico se confíe la imposición de las medidas de seguridad

[1093] Referencias bibliográficas de estos autores en JAKOBS, *Derecho penal*, pp. 157-158. Una perspectiva histórica más amplia en ACHENBACH, *Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre*, Berlín, 1974, p. 19 ss.

[1094] La posibilidad teórica de considerar irrelevantes las acciones de los inimputables se formula en JAKOBS, «El concepto jurídico-penal de acción», pp. 122-123, aunque este autor no parece acogerla por ciertas necesidades lógicas (*ibidem*, p. 123).

[1095] JAKOBS, «El concepto jurídico-penal de acción», p. 122 (cursiva en el original).

[1096] JAKOBS, «El concepto jurídico-penal de acción», pp. 122-123 (nota 40). Este autor añade (*ibidem*) que «desde el punto de vista del Derecho penal, el injusto sin culpabilidad (se formula la expectativa normativa, pero luego se redefine) y la falta de injusto (la expectativa ni siquiera se plantea) son equivalentes al menos en la medida en que no se expresa un sentido, sino que es naturaleza lo que concurre».

[1097] JAKOBS, *Sociedad, norma, persona*, p. 64: «evidentemente, existe también la expectativa de que un ser humano sin capacidad de culpabilidad no mate, lesione, dañe etc. Pero esa expectativa es propia del Derecho civil o, más bien, del Derecho administrativo o de orden público, pero no del Derecho penal, ya que su defraudación sin más no da lugar a reacción penal alguna». EL MISMO, «Sobre el tratamiento», p. 130, afirma que en el caso de los inimputables «su comportamiento no puede ser interpretado como un proyecto individual de configuración del mundo, sino tan sólo como expresión objetiva de la desgracia que les caracteriza: la reacción, por tanto, es puramente cognitiva, al igual que si se tratara de una catástrofe natural».

al juez penal puede ser visto como una cuestión meramente competencial dirigida a asegurar que en la aplicación de tales medidas se respeten ciertas garantías. Sin embargo, esta atribución competencial no tiene apenas valor para asignar a las medidas de seguridad una naturaleza *penal*. Ello se puede ver respaldado por el hecho de que también la jurisdicción civil está facultada para acordar determinados internamientos [1098].

Ciertamente, puede parecer que del texto del Código Penal de 1995 se derivan algunas dificultades para mantener la concepción que aquí se propone. Sin embargo, éstas no son en modo alguno insalvables. Así, si bien el límite máximo de las medidas de seguridad se hace depender (art. 6.2 CP) de la duración máxima de la pena, aquéllas pueden ser levantadas antes de que se alcance dicho límite si desaparece la peligrosidad del sujeto (art. 97 CP) y, cuando dicha peligrosidad se prolongue más allá del límite máximo de la medida de seguridad, el ordenamiento cuenta con otros recursos para mantener aislado al sujeto peligroso. Por todo ello, es igualmente posible entender que el establecimiento de dicho límite es sólo una cuestión que afecta más al aspecto aplicativo-competencial de las medidas de seguridad que a su fundamento.

Una concepción como la presente, que deja fuera de lo penalmente relevante las conductas de los sujetos plenamente inimputables, permite dispensar un tratamiento adecuado a supuestos como el que se refleja en el ejemplo expuesto al inicio de este apartado: a su protagonista se le podrá imponer una medida de seguridad prescindiendo de que su hecho no sea doloso ni imprudente, pues el injusto ya no se considera presupuesto básico de tal imposición, sino que basta con interpretar que cuando el art. 6 CP exige la «comisión de un hecho previsto como delito» como presupuesto de la medida de seguridad se refiere, en realidad, a la «comisión *objetiva* de un hecho previsto como delito» [1099]. Y que dicho presupuesto rige como una mera regla tasada de prueba para establecer ante qué situaciones puede considerarse peligroso a un determinado sujeto y es legítimo que le sea impuesta una medida de seguridad, siempre que además se cuente con un pronóstico de peligrosidad futura (art. 95.2º CP).

Respecto a la figura de los *conocimientos mínimos* todo lo hasta aquí afirmado comporta los siguientes efectos: al analizarse dichos conocimientos en el ámbito del tipo subjetivo, las conductas realizadas por personas plenamente inimputables no deberán siquiera llegar a ser estu-

[1098] Cfr. el art. 211 CC.

[1099] Descartándose, como es evidente, los supuestos en que el inimputable haya incurrido en un error no condicionado por sus deficiencias psíquicas, esto es, un error en el que cualquier persona normal también podría haber caído.

diadas, por lo que casos como el expuesto dejarán de plantear dificultades. De este modo desaparecen los problemas para afirmar que los *conocimientos mínimos* se imputan por principio a toda persona: dado que los hechos realizados por personas plenamente inimputables habrán quedado ya excluidos en el ámbito de la acción, ya no se planteará el problema a que da origen el hecho de que, para poder aplicar medidas de seguridad, se tengan que atribuir conocimientos antes de saber si, en el caso concreto, puede entenderse o no que concurre una persona imputable.

La sistemática que se propone permite asimismo dispensar un tratamiento adecuado a los supuestos de imputabilidad parcial o disminuida. Por poner un ejemplo al respecto que permita constatar la validez de tal afirmación, merece sin duda la pena prestar atención a un caso citado por *Freund*, en el que una madre fue retirando progresivamente la alimentación a su bebé de tres meses, a lo largo de tres semanas y media, hasta que éste murió de hambre [1100]. En su comentario a este supuesto, *Freund* cuestiona que pueda hablarse de dolo, por considerar que la juventud de la autora (19 años) y sus limitadas facultades mentales dan perfectamente pie, en la valoración de la prueba, a una duda razonable acerca de si la acusada fue realmente consciente de que estaba dejando morir a su hijo. Tal duda, según este autor, debe llevar negar que la conducta realizada fuera dolosa [1101]. Sin embargo, esta solución no puede considerarse en absoluto satisfactoria: por un lado es problemática la punibilidad del hecho aun a título de imprudencia y, de aceptarse esta última posibilidad, resulta que una sola circunstancia (las limitadas capacidades mentales de la autora) puede dar pie a dos atenuaciones: por un lado, la que comporta la negación del dolo y la (cuestionable) admisión del delito imprudente; por otro lado, la aminoración de pena que suponen las disminuciones de la capacidad de culpabilidad [1102].

[1100] Caso juzgado por el BGH en su sentencia de 16 de mayo de 1972, citado por FREUND, *Normative Probleme*, pp. 35-36.

[1101] Puede encontrarse un caso similar en la STS de 4 de julio de 1980 (A 3126, ponente Díaz Palos), donde se utiliza el argumento de que la autora de un parricidio padecía transtornos esquizofrénicos y oligofrénicos para negar su dolo.

[1102] Las dudas acerca de que casos como éstos pudieran ser castigados por imprudencia ya fueron manifestadas por VON WICK, *ACR*, 1857, p. 609: si el autor está tan afectado que ni siquiera se representa lo más absolutamente evidente, ¿cómo va a poderse hablar de que tiene que cumplir determinadas normas de cuidado? El recurso a la *actio libera in causa* puede dar solución a algunos casos, pero no desde luego a todos. También se muestra crítico con la reconducción a la imprudencia de los supuestos de comportamientos instintivos o pasionales KLEE, «Vorsatz und Triebhaftigkeit der Handlung», *ZStW*, 48 (1928), p. 1 ss (esp. p. 9). PUPPE, *ZStW*, 103 (1991), p. 16, se declara en desacuerdo con que los estados pasionales se tengan en cuenta al determinar el dolo, pues ello lleva a «una doble valoración del efecto atenuante» de estas situaciones. Esta autora parte de que en el tipo subjetivo sólo se toma en consideración al autor y a su conducta, res-

Las ideas que aquí se defienden parecen dar una solución más coherente a estos casos. En primer lugar, dado que la acusada no es plenamente inimputable y, por tanto, su acción resulta relevante para el Derecho penal, deberán serle atribuidos los *conocimientos mínimos*. En este sentido, parece indiscutible que forma parte de los *conocimientos mínimos* de una persona adulta y no plenamente inimputable saber que dejando sin comer a un bebé durante más de tres semanas se crea para éste un riesgo de muerte. El comportamiento deberá ser, por tanto, valorado como doloso y será al pasar al ámbito de la culpabilidad cuando deberán tenerse en cuenta las peculiaridades psicológicas de la autora para, dado el caso, considerarla sólo parcialmente imputable, esto es, sólo en parte responsable del homicidio doloso cometido. De este modo se consigue, por un lado, captar adecuadamente el sentido social de la acción como realizada conscientemente y, por otro, se dan pautas para un tratamiento correcto de los casos en que el sujeto actúa padeciendo determinados transtornos de orden psíquico[1103]: si tales casos dan lugar a una plena inimputabilidad dejarán de ser materia para el Derecho penal, mientras que si sólo comportan una imputabilidad parcial, los *conocimientos mínimos* se atribuirán al autor y, al pasar al análisis de la culpabilidad, se tendrá en cuenta que, a la luz de determinadas investigaciones empíricas, éste sólo podía ser considerado una persona parcialmente *normal* en el momento de realización de los hechos[1104].

La complejidad de la cuestión hace que ésta sólo haya podido ser esbozada a grandes rasgos y sin ciertas matizaciones que probablemente serían necesarias. En cualquier caso, lo que debe haberse puesto en evidencia es que los «errores de tipo debidos a perturbaciones psíquicas» son una pieza de muy difícil encaje en la estructuración mayoritaria del delito, lo que se hace especialmente patente cuando se analiza la cuestión a partir de la figura de los *conocimientos mínimos*. La solución que

pectivamente, como *partner* competente en el proceso de comunicación social y como comportamiento racional, mientras que las particularidades psicológicas deben analizarse en la culpabilidad.

[1103] Cfr. *supra* X.2.C.2 el tratamiento propuesto para los delitos cometidos en estados pasionales. Cfr. también ZIEGERT, *Vorsatz, Schuld und Vorverschulden*, Berlín, 1987, p. 171 ss y 189 ss. Este autor, aun partiendo de fundamentos muy distintos (doble posición del dolo y concepción psicológica de su determinación) a los que aquí se defienden, entiende que la cuestión de los estados pasionales debe dilucidarse en el aspecto del dolo que afecta a la culpabilidad, y no el que se ubica en el injusto.

[1104] En contra de esta idea la jurisprudencia del BGH alemán, quien insiste en afirmar que «para el análisis de la cuestión concerniente a si un acusado ha actuado con dolo eventual de homicidio, deben tenerse en cuenta todos los datos relevantes para tal cuestión, incluidos los que atañen a la discusión de la capacidad de culpabilidad» (sentencia de 13 de mayo de 1983, *StV*, 1983, p. 360).

aquí se propone puede dar respuesta a tales problemas y, aunque parezca extremadamente rupturista, en realidad no lo es tanto: a una doctrina que está dispuesta a aceptar que la embriaguez letárgica o la inconsciencia total excluyen la acción, sólo le falta dar un pequeño paso para llegar a la misma conclusión en los casos de transtornos psíquicos especialmente intensos[1105].

[1105] Sobre la embriaguez letárgica como causa de exclusión de la acción, cfr. MIR PUIG, *Derecho penal*, p. 193. Ver también *ibidem*, p. 571: «si el sujeto no es en absoluto consciente del hecho que realiza, no faltará sólo la imputabilidad, sino incluso la propia presencia de un comportamiento humano, primer requisito del delito. No faltará sólo la imputación personal, sino la acción y, por tanto, también la antijuricidad».

XIII. LAS TRANSMISIONES PREVIAS DE CONOCIMIENTOS

Desarrollada teóricamente la figura de los *conocimientos mínimos,* y partiendo siempre de la concurrencia inicial de éstos en cualquier sujeto imputable, una segunda vía posible para la atribución social de conocimientos se basa en la idea según la cual, *si se acredita que con anterioridad a la realización de un comportamiento típico, a su autor le han sido transmitidos determinados conocimientos, éste sigue contando con ellos en el momento posterior en que efectivamente lleva a cabo dicho comportamiento.* Son éstas reglas de imputación que responden a la estructura, «cuando al sujeto S le han sido transmitidos X conocimientos en el momento anterior A, sigue contando con ellos en el momento posterior P». El funcionamiento práctico de esta modalidad de imputación, que adopta como presupuesto aplicativo las aquí denominadas *transmisiones previas de conocimientos*, se muestra con los siguientes ejemplos:

> *Un sujeto informa a otro de que el arma que se encuentra encima de una mesa está cargada y le ruega que no la toque. A los pocos minutos el segundo sujeto empuña el arma y, apuntando, dispara contra un tercero. La transmisión previa de conocimiento permite atribuir al sujeto la consciencia de que el arma estaba cargada en el preciso instante en que aprieta el gatillo.*
>
> *En el caso ya citado del virus del SIDA —un sujeto mantuvo relaciones sexuales sin preservativo siendo consciente de que era portador del virus del SIDA— el BGH alemán atribuyó al acusado el conocimiento de la peligrosidad de su conducta partiendo del hecho probado de que, unas semanas antes de mantener tales relaciones, el acusado fue informado por personal sanitario, no sólo de que era portador del virus en cuestión, sino de la gravedad de su enfermedad y de que cualquier contacto sexual no protegido en tales condiciones podía dar lugar al contagio de su pareja*[1106].

[1106] BGHSt, vol. 36, p. 1 ss. Sobre la información previa que recibió el acusado, *ibi-*

En supuestos como los anteriores, la base objetiva para atribuir al sujeto el conocimiento de una determinada realidad en el momento de realización del hecho típico viene dada por la acreditación de que, con anterioridad a la ejecución de dicho hecho, ha tenido lugar una *transmisión* al sujeto de ciertos conocimientos. Acreditada tal *transmisión*, ésta sirve para atribuir también a dicho sujeto la posesión de los conocimientos previamente transferidos en el instante posterior de realización del hecho típico. Plasmada esta argumentación en el ejemplo expuesto en último lugar, la prueba de que el sujeto había sido informado por personal sanitario de que cualquier contacto sexual entrañaba en su caso un peligro de contagio, sirve para imputarle el conocimiento de tal peligro en el momento concreto en que mantuvo efectivamente relaciones sexuales, sin que haga falta recurrir a ninguna otra base objetiva para sostener tal afirmación.

La estructura de la *transmisión de conocimientos* como base para la imputación puede apreciarse en no pocos supuestos en la práctica[1107]. De hecho, gran parte de los conocimientos con los que cuenta una persona en cualquier momento de su vida tienen su origen en *transmisiones previas*, como los niños aprenden de pequeños infinidad de cosas a partir de las indicaciones de sus padres o maestros. Dado su carácter básico, buena parte de estos conocimientos transmitidos se entiende que pasan a formar parte de los *conocimientos mínimos* que se imputan por principio a cualquier persona adulta, con lo que desaparece la necesidad de establecer en qué concreto momento fueron transmitidos para que puedan ser imputados. Sin embargo, en el caso de conocimientos que no reúnan la característica de mínimos, la prueba de una *transmisión previa* es una vía que permite en la práctica atribuir dichos conocimientos en el momento de realización del hecho.

Los delitos contra la propiedad industrial constituyen un terreno donde se advierte con una cierta frecuencia el recurso de la jurisprudencia a las imputaciones de conocimiento basadas en la constatación de una *transmisión previa*. Es práctica habitual en estos delitos que, cuando el titular registral de una patente o marca tiene conocimiento de que otra persona está produciendo determinados productos, y entiende que dicha

dem pp. 1-2; las posibles consecuencias que podían derivarse en caso de mantener un contacto sexual sin protección le fueron reiteradas varias veces (*ibidem*, p. 2). Todo esto lleva al Tribunal a concluir que «el acusado fue consciente, por lo menos la segunda vez, de que su conducta era apropiada para contagiar el virus del SIDA a su pareja» (*ibidem*) y que «el acusado fue consciente en todas las ocasiones de que las relaciones sexuales orales eran aptas para el contagio» (*ibidem*, p. 3). Sobre esta resolución cfr. *supra* IV.2.A.

[1107] Cfr., por ejemplo, la STS de 22 de junio de 1995 (A 4842, ponente Delgado García) en que, en referencia a un delito de prevaricación cometido por un alcalde, se afirma que éste «conocía que no podía seguirse el sistema de contratación directa, porque así se lo había advertido verbalmente la Secretaria».

producción supone una vulneración de sus derechos, ponga en conocimiento de tal persona su titularidad registral, instándole a que cese en su actividad. Estos requerimientos, que suelen efectuarse por conducto notarial, sirven a la jurisprudencia para entender que, si quien ha sido requerido no cesa en la producción, está procediendo con plena consciencia del registro y, en consecuencia, dolosamente[1108]. Tampoco aquí se *constata* dato psíquico alguno, sino que se atribuyen al sujeto determinados conocimientos una vez acreditada la *transmisión previa* de éstos que supone el requerimiento[1109].

Sin embargo, no toda prueba de una *transmisión previa* parece poder tener un mismo e idéntico valor para la correcta atribución a un sujeto del conocimiento necesario para el dolo en el momento posterior que aquí interesa, esto es, en aquel instante en que se lleva efectivamente a cabo la conducta objetivamente típica. Deben aportarse, por tanto, criterios que permitan juzgar qué conocimientos imputados en virtud de la prueba de una *transmisión previa* pueden reputarse como correctamente imputados y cuáles no. También en este ámbito la idea fundamental que debe guiar la formulación de dichos criterios es la del inequívoco sentido social.

[1108] Algo parecido sucede en los casos en que un sujeto intenta la inscripción de un determinado derecho de propiedad industrial y el Registro se la deniega por oponerse a un derecho registrado con anterioridad, pese a lo cual dicho sujeto lleva adelante su actuación y hace uso de la patente o signo distintivo que pretendía inscribir. Cfr. al respecto la STS de 6 de junio de 1990 (A 5141, ponente Carrero Ramos). La denegación sirve en estos casos para entender realizada una *transmisión de conocimientos*. Un supuesto similar en la STS de 6 de abril de 1968 (A 1828, ponente Escudero del Corral): un sujeto siguió fabricando determinados objetos pese a haber perdido el pleito civil en que se dilucidó la titularidad de la patente que les afectaba.

[1109] Cfr., en este sentido, la STS de 29 de junio de 1990 (A 5739, ponente Puerta Luis), donde se afirma que «la preparación profesional del procesado (perito industrial) *y el requerimiento notarial de que fue objeto* implican lógicamente que el mismo conocía sobradamente la identidad esencial de la válvula fabricada por su empresa y la fabricada por la de las querellantes» (cursiva añadida). No contento con probar a partir de este hecho el conocimiento del autor, el Tribunal infiere también su intencionalidad. En sentido parecido la STS de 3 de junio de 1987 (A 4487, ponente Moner Muñoz) donde se afirma que «se pone de relieve el ánimo intencionado en los hechos probados, de defraudar, porque se deduce el móvil de disminuir la clientela del titular registral de aquélla, por medio de la confusión que se produce, y *ello pese a haber sido requerido por acta notarial* de 21 de Marzo de 1979 para que cesara en su utilización» (cursiva añadida). Cfr. igualmente la STS de 5 de junio de 1985 (A 2965, ponente Gómez de Liaño y Cobaleda), la STS de 22 de marzo de 1980 (A 1176, ponente Vivas Marzal) y la STS de 21 de enero de 1980 (A 911, ponente Castro Pérez). Finalmente, en la STS de 16 de mayo de 1979 (A 2082, ponente Vivas Marzal) se afirma que «si bien las actas de requerimiento notarial no acreditan fehacientemente la certeza de los presupuestos de dicho requerimiento ni la de las contestaciones del requerido, sí producen prueba plena respecto a que el requerimiento se ha realizado, a su fecha, a los términos del mismo y a la contestación de la persona requerida».

A este respecto, debe exigirse que la *transmisión* reúna unas características tales que, desde un punto de vista social, pueda eliminarse cualquier duda sobre la posibilidad de que el sujeto haya dejado de contar, en el momento posterior de la realización típica, con los conocimientos que le fueron previamente transmitidos. Entra aquí en juego una figura que tiene una importancia clave en el ámbito de la imputación de conocimientos: *la posibilidad de olvido por parte del sujeto de la imputación*. Como afirma *Freund*, «el que se olviden determinados hechos es algo que forma parte de los *fallos (Fehlleistungen) de la vida cotidiana*»[1110]. Por tanto, en lo que respecta a conocimientos que fueron transmitidos en un momento previo a un determinado hecho no puede descartarse que, cuando el sujeto realice dicho hecho, haya dejado de contar con tales conocimientos, es decir, los haya olvidado[1111].

La misma experiencia cotidiana muestra cómo los conocimientos se adquieren y se pierden y, cuando se trata del conocimiento ajeno, la posibilidad de que otro sujeto haya dejado de contar con los conocimientos que tuvo un día no puede por principio excluirse en un buen número de casos. Una posibilidad que debe aceptarse incluso en el terreno de las valoraciones sociales, es decir, yendo incluso más allá del olvido como una mera cuestión psíquica. Si para imputar determinados conocimientos se exige que, desde un punto de vista social, resulte inequívoco que un sujeto cuenta con ellos, la posibilidad de olvido puede impedir la imputación en no pocos casos, al dejar de ser inequívoco el sentido de ésta.

Pese a la anterior afirmación, es también cierto que respecto a determinado género de conocimientos no parece haber lugar (desde el punto de vista de las valoraciones sociales) para la posibilidad de olvido: son aquellos conocimientos cuya importancia o significación es tal que se antoja imposible que puedan ser olvidados por el sujeto que cuenta con ellos. Esto es lo que sucede en el «Caso del SIDA» expuesto anteriormente, donde la importancia y gravedad de los conocimientos que fueron transferidos al sujeto excluyen —desde una óptica social— la posibilidad de que éste pudiera dejar de contar con ellos en momento alguno: no se entiende posible que alguien olvide que padece una enfermedad mortal y,

[1110] FREUND, *Normative Probleme*, p. 39 (cursiva en el original). La importancia del olvido como factor que puede excluir el conocimiento necesario para el dolo es puesta también de relieve en *ibidem*, pp. 93 y 99, donde se tratan supuestos como el del conductor que alega haber olvidado pasar por caja tras haber llenado el depósito de su automóvil en una gasolinera, o el del pasajero que afirma haber olvidado sellar su billete antes de subir al tranvía. El autor intenta aportar criterios para determinar ante qué casos la alegación del olvido introduce un nivel de duda que no hace posible la condena por delito doloso y en qué supuestos es posible tener tal duda por irrelevante y, por tanto, condenar legítimamente.

[1111] Entendida la idea de «olvido» en un sentido amplio, que incluye tanto la pérdida definitiva como la no actualización momentánea de determinados conocimientos.

menos aun, que dicho olvido se produzca cuando va a llevarse a cabo una conducta que se sabe adecuada para el contagio de tal enfermedad.

Una vez más, pueden presentarse aquí situaciones en que el conocimiento imputado no coincida con la (inescrutable) realidad psicológica y, volviendo al caso anterior, probablemente desde el punto de vista de la psicología podrían permanecer dudas —aunque fueran mínimas— sobre el hecho de que el sujeto, tal vez a causa de la agitación del momento, no llegase realmente a representarse en aquellos precisos instantes que era portador de un determinado virus. La defensa coherente de un dolo psicológico llevaría a absolver en este caso, pues tal duda no podría ser de ningún modo eliminada desde una perspectiva científica. Sin embargo, desde el punto de vista de las valoraciones sociales, la respuesta es bien clara en sentido opuesto: no se considera posible que alguien pueda olvidar que padece una enfermedad tan grave. Algo parecido sucede en el caso de los requerimientos notariales: simplemente no resulta creíble que un fabricante, en el largo proceso que va del diseño a la comercialización de un producto, deje de tener presente el contenido del requerimiento notarial que le comunica que determinadas características de ese producto se hallan registradas a nombre de otra persona[1112]. Estas ideas se resumen en la siguiente afirmación: *una transmisión previa de conocimientos es apta para la imputación de tales conocimientos en el momento posterior de realización del comportamiento típico cuando la importancia de los conocimientos que han sido transmitidos excluye, desde un punto de vista social, la posibilidad de su olvido.*

La estructura de una regla como ésta puede considerarse especialmente grosera desde un punto de vista psicológico, pues con ella seguramente se pasa por alto que en determinadas dinámicas comisivas un sujeto puede dejar incluso de ser consciente de realidades que en una situación normal parece imposible olvidar, aunque sea momentáneamente.

[1112] Los autores que defienden que el conocimiento necesario para el dolo viene dado por una realidad psíquica y entienden a la vez que para tal conocimiento no basta con un mero conocimiento potencial (cfr. *infra* «Excurso sobre la imputación del conocimiento e intensidad del conocimiento») no suelen precisar si consideran necesario que el sujeto actúe con una determinada representación durante todos los momentos en que transcurre la acción típica o si, por contra, basta con que cuente con tal representación sólo en algunos instantes de dicha realización. Al dejar fuera de su ámbito de interés la efectiva realidad de complejos fenómenos psíquicos, una solución normativa aporta de nuevo una respuesta más convincente: a quien se le imputa que conoce algo, conoce ese «algo» en todo momento, siempre que no sea plausible la hipótesis del olvido momentáneo. Cfr., en este sentido, la STS de 10 de diciembre de 1991 (A 572 –1992–, ponente Bacigalupo Zapater): «el procesado Vicente Rufino G.C. tomó conocimiento de la ejecución que pesaba sobre sus bienes el 14-2-1983, en la diligencia en la que manifestó al Juzgado "carecer de bienes y dinero" para satisfacer el reclamo. Ello demuestra que *a partir de ese momento el procesado tenía todo el conocimiento necesario para el dolo* del delito del art. 519 CP» (cursiva añadida).

Pero mientras tales «momentos de olvido» no trasciendan de lo meramente interno, no pueden ser tomados en consideración por una teoría de la «determinación del dolo» que prescinde de lo psicológico. De lo contrario, y dado que la posibilidad de olvido nunca sería descartable, debería negarse el dolo en todos los supuestos, con lo que el Derecho penal devendría incapaz para generar cualquier tipo de efecto. Cuando se adopta el sentido social como criterio con base en el cual se atribuye el conocimiento, parece incuestionable que socialmente se considera que determinados conocimientos tienen una importancia tal que su olvido —aunque sea momentáneo— no se considera posible.

Un segundo factor que permite descartar invocaciones de hipotéticos olvidos viene dado por la especial proximidad temporal entre *transmisión de conocimientos* y comportamiento típico. Cuando el tiempo transcurrido entre *transmisión* y realización típica haya sido breve no resulta creíble que el sujeto pueda haber olvidado los conocimientos que le fueron previamente transferidos. Ésta es la idea que permite afirmar, en el primer caso expuesto, que en el momento de apretar el gatillo el sujeto sabía que el arma de fuego se encontraba cargada: hacía tan poco tiempo que le fue transmitido el conocimiento de tal circunstancia que no parece posible que pudiera haberla olvidado, por lo que debe serle imputado el conocimiento de que estaba disparando un arma cargada. De acuerdo con estas ideas, el segundo criterio que rige en este ámbito dice así: *una transmisión previa de conocimientos es apta para la imputación de tales conocimientos en el momento posterior de realización del comportamiento típico cuando la proximidad temporal entre el momento de la transmisión y el momento de la realización típica excluya, desde un punto de vista social, la posibilidad de olvido.*

Como es lógico, en este ámbito no va a ser posible describir una frontera clara e incontrovertida para determinar dónde empiezan los conocimientos respecto de los cuales no se admite posibilidad de olvido, o cuál es la distancia temporal mínima necesaria para entender que todavía es posible aceptar que un sujeto haya olvidado algo. Sin embargo, planteada la cuestión en estos términos se hace posible un debate sobre cuáles son los conocimientos que pueden imputarse a dicho sujeto en el momento del hecho cuando consta una *transmisión anterior*. Ésta es, sin duda, la gran ventaja de la concepción normativa de la «determinación del dolo»: hace posible la discusión y centra los términos de ésta. Por contra, la idea tradicional según la cual todo depende de la convicción del juez o de inescrutables datos psíquicos impide que pueda discutirse, pues, salvo en casos extremos, algo que se asienta en un sentimiento personal o en una realidad indemostrable es difícilmente discutible.

La exacta determinación de qué puede entenderse por *transmisión* es una cuestión eminentemente valorativa y, por tanto, puede no encontrarse exenta de controversias en determinados supuestos. Esto es lo que sucede, por ejemplo, en el caso en que se declara probado que una persona ha firmado un documento y se plantean dudas sobre si, a partir de tal firma, debe entenderse transmitido el conocimiento del contenido de dicho documento, pues no resulta inimaginable que alguien haya firmado sin antes leer[1113]. Lo mismo sucede en los supuestos en que consigue acreditarse una *transmisión* a personas próximas al autor, pero no directamente a éste[1114]. Son éstos casos en que, pese a que se han puesto a disposición del conocimiento del sujeto determinados datos, existen dudas sobre si este realmente ha llegado a captarlos. Ello muestra que tampoco es éste un ámbito que se halle exento de posibles casos-límite[1115].

[1113] El TS en su sentencia de 31 de diciembre de 1992 (A 10550, ponente Díaz Palos) basa la prueba del conocimiento en el hecho de que el acusado hubiera firmado un documento.

[1114] Cfr. la STS de 14 de julio de 1986 (A 4323, ponente Díaz Palos): «la reiterada afirmación, leit motif de todo el recurso, de que [el acusado] ignoraba la pendencia del juicio ejecutivo y existencia del decreto de embargo cae por su base por lo ya dicho de que tales actos procesales fueron notificados a su esposa en el domicilio conyugal y a una vecina del inmueble, como del hecho de que se siguiera también el juicio contra su hermano Federico, con la consiguiente intercomunicación de ambos». Un problema similar en la STS (Sala 5.ª) de 25 de octubre de 1995 (A 7619, ponente Pérez Esteban): un soldado condenado por abandono del servicio de armas alega en casación no haber tenido conocimiento de que el día que se ausentó del cuartel tenía asignado el servicio de retén. El Tribunal no admite tal alegación, afirmando que «la Sala de instancia declaró probado el cumplimiento de esa exigencia de publicidad del nombramiento» (se colgó una lista en el tablón de avisos) y que «en tal situación no puede alegar desconocimiento de su nombramiento quien (...) no cumple voluntariamente su obligación de enterarse de los servicios que le corresponden». La desafortunada argumentación de la Sala —por confusión evidente entre el efectivo conocimiento y el «deber conocer»— lleva a un resultado correcto (afirmación del dolo) por una vía errónea. El conocimiento no puede atribuirse al sujeto con base en una *transmisión* que no ha quedado acreditada, pues no se da por probado que el sujeto leyera la lista expuesta. En este caso, la atribución del conocimiento que exige el dolo sólo puede llevarse a cabo de acuerdo con la idea de que todo soldado que se ausenta del cuartel sin prestar atención a la lista de servicios es consciente de la posibilidad de que le haya sido asignado alguna tarea. De este modo no se adopta una *transmisión previa* como presupuesto aplicativo de la imputación, sino una característica personal del individuo, como es su condición de soldado (cfr. *infra* XV).

[1115] En el caso de la firma de documentos concurren dos valoraciones contrapuestas: por un lado, la idea de que el sujeto que firma con total libertad expresa ante los demás que se da por enterado del contenido del documento. Que en algunos casos, por desinterés o indiferencia, se firme sin haber leído no afecta en principio a la valoración social de que ha existido una *transmisión de conocimientos*. Según esta perspectiva, quien firma se hace responsable de las posibles divergencias entre el sentido social del hecho y su auténtica realidad psicológica (cfr., al respecto, *supra* X.2.A). Sin embargo, existen situaciones en que la firma adquiere un mero carácter rutinario y en que ya no es tan evidente que se conozca el contenido de los documentos (p. ej., el caso del empresario que una vez por semana firma la documentación que preparan sus subordinados). En estos últimos supuestos, el sentido social del hecho deja de resultar inequívoco y el conocimiento no puede imputarse por no estar plenamente acreditada la *transmisión*.

XIV. LA EXTERIORIZACIÓN DEL PROPIO CONOCIMIENTO

XIV.1. PLANTEAMIENTO

Junto con los *conocimientos mínimos* y las *transmisiones de conocimientos*, una tercera forma de imputación imaginable concurre en aquellos supuestos en que un sujeto exterioriza —de palabra o por actos concluyentes— que cuenta (o ha contado) con el conocimiento de determinados hechos o circunstancias en el momento de llevar a cabo la conducta típica. En este sentido, existen reglas sociales de imputación de conocimientos que toman como presupuesto aplicativo tales actos de exteriorización, es decir, que responden a la estructura «si el sujeto ha exteriorizado que conoce A, debe serle imputado el conocimiento de A». También en este ámbito, que engloba la tradicionalmente denominada «confesión del acusado», se trabaja con reglas de imputación. Las habituales afirmaciones de la jurisprudencia y la doctrina en el sentido de que en estos últimos casos se cuenta con una «prueba directa» han sido ya desacreditadas en otro punto de este trabajo[1116]. El hecho de que nunca pueda contarse con la garantía absoluta de que los conocimientos que el sujeto declara haber poseído vayan a coincidir con aquéllos con los que realmente cuenta o ha contado, impide hablar, aunque exista una confesión, de perfecta averiguación de la realidad psíquica.

Uno de los puntos que debe analizarse en este apartado pasa por determinar ante qué situaciones puede afirmarse que concurre una *exteriorización*. La fijación de este concepto no parece demasiado problemática en aquellos supuestos en que el sujeto de la imputación, con sus propias palabras o por escrito, es quien afirma contar con determinados conocimientos. La cuestión resulta, sin embargo, más compleja cuando se trata de establecer qué formas de comportamiento, más allá de las declaraciones explícitas, pueden ser consideradas igualmente *exteriorizaciones*.

[1116] Cfr. *supra* VII.3.B.

También en este punto se está ante un problema eminentemente valorativo y no exento de situaciones-límite. No obstante, antes de analizar esta problemática, lo primero que debe establecerse es qué requisitos en general debe cumplir una *exteriorización* para que pueda servir como presupuesto aplicativo de una regla de imputación.

XIV.2. CLASES DE EXTERIORIZACIONES SEGÚN SU UBICACIÓN TEMPORAL

Con respecto al hecho objetivamente típico, las *exteriorizaciones de conocimientos* pueden situarse en tres *momentos* distintos: antes, durante y después de la realización de dicho hecho. Como se mostrará seguidamente, de la ubicación temporal de la *exteriorización* dependen los requisitos que ésta debe cumplir para que, a partir de ella, pueda considerarse inequívoco que un sujeto ha contado con determinados conocimientos. Es decir, en función de la ubicación temporal de las *exteriorizaciones* varían los requisitos para una correcta imputación. Las situaciones posibles son tres:

a) *El sujeto exterioriza que cuenta con determinados conocimientos antes* de la realización delictiva. Un buen ejemplo para mostrar esta estructura de imputación se da en el ya comentado «Caso de la correa de cuero» (*Lederriemenfall*)[1117]:

> *Los dos acusados planearon apoderarse de las pertenencias un tercero dejándole antes sin sentido tras apretarle el cuello con una correa de cuero. Esta opción fue descartada al caer en la cuenta de que con el empleo de semejante instrumento podían causar la muerte de la víctima por asfixia, por lo que decidieron que sería mejor intentar provocar su inconsciencia dándole un golpe en la cabeza con un saco de arena. Sin embargo, cuando pusieron en práctica este último método sólo consiguieron despertarle. En ese mismo momento recurrieron a la correa, cuyo empleo provocó la muerte de la víctima.*

En un supuesto como éste los acusados exteriorizan el conocimiento de la capacidad letal del empleo de la correa en un momento previo a la comisión del hecho, es decir, cuando discuten sobre qué método resulta más adecuado para dejar inconsciente a la víctima, rechazando el uso del citado instrumento por considerar que podía provocar su muerte. El Tribunal emplea tal *exteriorización* como base fáctica para atribuir a dichos acusados idéntico grado de conocimiento en el momento posterior en que efectivamente llevan a cabo la creación del riesgo que acaba ocasionando

[1117] Cfr. *supra* III.1.

el desenlace mortal[1118]. La regla que emplea el BGH responde a una estructura sencilla: quien exterioriza en un momento previo el conocimiento de determinadas realidades sigue contando con dicho conocimiento en el momento posterior en que efectivamente realiza el hecho típico.

Un análisis detenido de la anterior regla permite apreciar una estructura muy parecida a la de las *transmisiones de conocimiento*[1119]. En efecto, si en éstas se puso de manifiesto que la prueba de que el sujeto había adquirido de otra persona determinados conocimientos servía para imputarle, dados los requisitos pertinentes, el mantenimiento de tales conocimientos en el instante posterior en que realizaba el hecho típico, en el presente caso también se parte de que el sujeto es conocedor de una determinada realidad *con anterioridad al hecho*. La única variación en este caso radica en la base fáctica, pues ésta no viene dada por la acreditación de una transmisión de conocimientos, sino por la *exteriorización* del propio sujeto.

Dado que la estructura de estas *exteriorizaciones* y de las *transmisiones* es prácticamente idéntica, no parecen existir demasiados problemas para trasladar a este punto todo lo que ya se ha expuesto en el Capítulo anterior: *deben imputarse al sujeto los conocimientos exteriorizados con anterioridad al momento de realización del hecho objetivamente típico, cuando la entidad de tales conocimientos, o el breve intervalo de tiempo transcurrido entre exteriorización y realización del hecho, no hagan pensable que se haya podido dejar de contar con ellos.*

Estos requisitos se cumplen en la sentencia del *Lederriemenfall*: dadas las características del conocimiento exteriorizado por los autores acerca de la peligrosidad que suponía el empleo de la correa, no parece posible que hubieran dejado de contar con tal conocimiento en el momento en que hicieron efectivo uso de tal instrumento. Es decir, cuando alguien ha exteriorizado determinados conocimientos respecto a los cuales no parece factible la posibilidad de olvido, debe imputársele también tal conocimiento en el momento posterior de la realización típica. Una vez más el recurso a las valoraciones sociales aporta criterios más firmes que los que podrían suministrar las ciencias empíricas. En el «Caso de la correa de cuero» científicamente no podía descartarse que, dada la excitación del momento, los sujetos no se hubieran vuelto a representar la

[1118] Como afirma acertadamente JAKOBS, *Derecho penal*, p. 328, «si el autor le aprieta el cuello a su víctima con una correa, tras haberle fallado un medio menos peligroso para adormecerla y tras haber descartado el intentar apretarle el cuello debido a su peligrosidad, y la víctima muere de asfixia, estrangulada, el autor sólo actuará con dolo si —como es de esperar por lo general— se vuelve a representar el carácter letal del procedimiento de apretar el cuello al recurrir a la correa tras haber fallado el medio menos peligroso». Las afirmaciones sobre el conocimiento deben referirse, como es evidente, al momento en que el sujeto realiza de un modo efectivo el hecho objetivamente típico.

[1119] Cfr. *supra* XIII.

peligrosidad del medio empleado, con lo que una estricta aplicación del *in dubio pro reo* debería llevar a condenar únicamente por homicidio imprudente.

b) Una segunda situación imaginable en cuanto a la ubicación temporal de las *exteriorizaciones de conocimientos* con respecto al hecho objetivamente típico se da en aquellos *supuestos en que el sujeto exterioriza determinados conocimientos durante la realización de dicho hecho.*

Por ejemplo,

Un estudiante decide llevarse unos libros que se encuentran en el asiento posterior del aula. Se considera probado que mientras llevaba a cabo tal apropiación comentó con un amigo suyo que, aunque sabía perfectamente que los libros en cuestión pertenecían a otro compañero momentáneamente ausente, había decidido apropiárselos.

En casos como éste la imputación no debe plantear demasiados problemas: simplemente se parte de la idea de que quien exterioriza un determinado conocimiento (¡que además es congruente con la realidad objetiva!) es porque lo posee y, de acuerdo con esta regla, le debe ser atribuido. El criterio que rige para estos casos puede expresarse así: *los conocimientos exteriorizados por el sujeto durante la realización del hecho típico deben serle imputados*. En este caso ni siquiera entra en juego, como en el anterior, la posibilidad de olvido, en la medida en que *exteriorización* y realización típica coinciden en el tiempo.

Ciertamente pueden imaginarse configuraciones extrañas de casos en que alguien exteriorice en perjuicio propio un conocimiento que no posee, pero mientras tal divergencia entre lo interno y lo exteriorizado no se traduzca en otros datos palpables que posibiliten variaciones en la imputación, la vigencia de la regla general permanece inalterada. En cualquier caso rige aquí la idea de que el sujeto se hace responsable de lo que declara en su propio perjuicio y, si ello no coincide con la realidad, es una cuestión psíquica que le compete a él. Una vez más, la valoración social aporta una certeza en la resolución de los supuestos que no puede obtenerse de disciplina científica alguna.

c) Una tercera situación posible concurre en aquellos supuestos en que *el sujeto manifiesta a posteriori*, es decir, una vez realizado el hecho objetivamente típico, que durante dicha realización ha contado con determinados conocimientos[1120].

[1120] Con la figura de las *exteriorizaciones del conocimiento* debe conseguir concretarse las afirmaciones de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que atribuye a las «manifestaciones de los intervinientes durante la contienda y del agente causante tras la perpetración de la acción criminal» el carácter de indicios para la «determinación del dolo» (STS de 5 de diciembre de 1991, A 8988, ponente Soto Nieto). De tales manifestaciones sólo interesan las que puedan reputarse *exteriorizaciones del conocimiento* y no cualquier otra manifestación.

Por ejemplo,

El acusado atropelló a un peatón causándole la muerte. Ante el Tribunal que le juzga declara haber llevado a cabo dicho atropello con plena consciencia de que creaba un riesgo para la vida del atropellado, pese a lo cual no omitió tal comportamiento.

En casos como éste concurre lo que tradicionalmente se denomina «confesión del acusado». En otro ámbito de este trabajo ya se ha argumentado que no es posible entender que tal confesión tenga que implicar siempre y necesariamente una plena correspondencia entre el contenido de lo que se declara y los reales conocimientos del acusado[1121]. Ello no quiere decir, sin embargo, que la confesión no desempeñe un papel clave en el juicio definitivo sobre los conocimientos del sujeto, pero su importancia se mide siempre en términos de imputación y no a nivel del pretendido descubrimiento de la consciencia como dato empírico[1122]. Además, no necesariamente toda *exteriorización a posteriori* tiene que venir dada por una confesión autoinculpatoria ante el órgano judicial (ya sea en la fase de instrucción o de juicio oral): también concurre dicha exteriorización, por ejemplo, en los casos en que, a través de declaraciones testificales dignas de crédito, se considera probado que, tras el hecho, el sujeto activo ha reconocido a otras personas haber sido consciente de una determinada realidad en el momento en que llevaba a cabo su comportamiento, pese a que luego se niegue a ratificar tales manifestaciones. En este sentido, lo que verdaderamente importa es que entre los hechos probados objetivos conste una *exteriorización a posteriori*, con independencia de ante qué personas se haya llevado ésta a cabo.

A nivel de valoraciones sociales es indudable que existe una regla según la cual se atribuyen unos determinados conocimientos a quien *a posteriori* confiesa haber contado con ellos, siempre que el hecho de haberlos poseído sea algo que le perjudique, en el sentido de que pueda servir para atribuirle responsabilidad[1123]. La explicación acerca de por qué la sociedad tiende a considerar que cuando alguien se autoinculpa está diciendo por regla general la verdad y, por contra, cuando alguien

[1121] Cfr. *supra* VII.3.B.

[1122] En este sentido, HRUSCHKA, *Kleinknecht-FS*, p. 199.

[1123] Así la STS de 31 de octubre de 1992 (A 8629, ponente Ruiz Vadillo): «el procesado reconoce los hechos que se le imputan ante el Juez instructor y ante la propia Sala que le juzga. Reconoce tener conocimiento del deber de ingresar el impuesto y da razones, es decir, se defiende, de por qué no pagó». Sin embargo, el procesado invoca en su recurso de casación la ausencia de dolo, a lo que contesta el TS que «ha de acentuarse la sorpresa de esta invocación cuando, como ya se ha dicho, en el juicio oral el inculpado confesó los hechos tal y como han sido sustancialmente descritos en la sentencia de instancia».

trata de exonerarse se considera que sus afirmaciones —cuando no se acompañan de pruebas tangibles— no son más que meras excusas sin apenas valor, es algo que merecería un análisis más a fondo que no puede llevarse a cabo en el ámbito de este trabajo[1124]. Pero lo cierto es que debe considerarse indudable que las cosas se ven de este modo y que, por tanto, esta visión debe impregnar también una imputación de conocimientos basada en las valoraciones sociales. El contenido de la regla de imputación es, por tanto, evidente: *los conocimientos con los que un sujeto manifiesta haber contado en el momento de realización de la conducta típica deben serle imputados siempre que el hecho de haber contado con ellos sea algo que le perjudique*[1125].

XIV.3. EXTERIORIZACIONES EXPLÍCITAS Y EXTERIORIZACIONES POR ACTOS CONCLUYENTES

Establecidos los casos en que una *exteriorización de conocimientos* resulta trascendente a efectos de imputación, conviene analizar a continuación en qué situaciones es posible entender que concurre, desde un punto de vista social, un acto de *exteriorización*. Como ya se ha afirmado, no existen demasiados problemas para entender que ésta concurre en aquellos supuestos en que el acusado declara explícitamente cuales son (o fueron) sus conocimientos en el momento del hecho, ya sea de palabra o por escrito. En tales casos puede hablarse de *exteriorizaciones explícitas.*

Por ejemplo,

Se acusa a un sujeto de estafa por haber abandonado una gasolinera autoservicio sin pasar por caja tras haber llenado el depósito de su automóvil. El Tribunal da por probado, con base en la declaración de algunos testigos (variante 1), que el acusado comentó con una persona que le acompañaba su voluntad de no pagar. Otro supuesto imaginable (variante 2) es aquél en que, interrogado por la policía, el sujeto reconoce arrepentido haber sido consciente de que abandonaba la gasolinera incumpliendo el deber de pagar.

En las dos variantes planteadas de este supuesto de hecho concurre una *exteriorización explícita* y el conocimiento confesado debe ser atribuido al sujeto en el momento (simultáneo o anterior) de realización del hecho objetivamente típico, de acuerdo con las reglas ya explicitadas anteriormente.

A diferencia de los supuestos anteriores, las *exteriorizaciones por actos concluyentes* concurren en aquellos casos en que, sin que exista una declaración explícita del sujeto acerca de qué es lo que conoce o conoció en el momento de los hechos, a partir del modo en que tal sujeto se ha comportado, en dicho momento o con posterioridad a él, es posible deducir que cuenta o contaba con determinados conocimientos, de tal modo que, desde un punto de vista valorativo, se interpreta su conducta como una *exteriorización*[1127]. Una vez más debe exigirse que, desde una perspectiva social, exista univocidad en tales valoraciones: cuando no resulte evidente que la conducta puede ser interpretada como una *exteriorización* le deberá ser negado tal carácter. A modo de ejemplo se introducen otras dos variantes al supuesto anteriormente expuesto en que un conductor abandona una gasolinera sin haber pasado por caja:

[1124] Ya FEUERBACH, *Tratado de Derecho penal común vigente en Alemania*, 14.ª ed. a cargo de C.J.A. Mittermaier, Giessen, 1847, trad. R. Zaffaroni e I. Hagemeier, 2.ª ed., Buenos Aires, 1989, § 584, afirmaba: «la declaración de un inculpado, en la medida en que contenga una circunstancia fáctica que lo beneficie, no merece por lo regular ningún crédito, pero cuando afirme una circunstancia que le sea desfavorable hace plena prueba». Este punto de vista se plasma en el art. 1232 CC: «la confesión hace prueba contra su autor». Con todo, no quiere transmitirse la idea de que el contenido de este precepto pueda trasladarse sin más al proceso penal y que deba servir para la prueba de cualquier hecho: cuando se trata de acreditar hechos objetivos, otros indicios pueden desvirtuar una confesión. Sin embargo, en lo que respecta a la determinación de hechos subjetivos, esta regla rige por principio: cuando un sujeto de quien ya ha sido probada una realización objetivamente típica, declara haberla llevado a cabo con ciertos conocimientos, éstos deben serle atribuidos.

[1125] Esta regla puede presentar algunas excepciones en los supuestos en que concurre lo que aquí se denominan «*exteriorizaciones patológicas*» (cfr. *infra* XIV.4).

[1126] Supuesto de hecho planteado por FREUND, *Normative Probleme*, p. 38, quien afirma que en casos como éste la jurisprudencia alemana suele afirmar la existencia de una estafa, aunque «en el caso en que los acusados no hayan confesado, la prueba del dolo de la estafa topa con notables dificultades». Si faltan otros datos objetivos entiende este autor que sólo concurren sospechas sobre las que no puede fundamentarse la atribución del dolo. Cfr. al respecto la sentencia del BGH de 5 de mayo de 1983 (*NJW*, 1983, p. 2827), en la que se enjuicia un caso de abandono de gasolinera sin pasar por caja y en que se afirma el dolo del autor. Cfr. también los comentarios de FREUND a la sentencia del OLG de Colonia de 14 de diciembre de 1988 (*StV*, 1989, p. 156 ss), en *StV*, 1991, p. 26. Sobre las dificultades que comporta determinar si en ejemplos como el expuesto *supra* concurre un hurto o una estafa, cfr. BAJO FERNÁNDEZ/PÉREZ MANZANO, en BAJO FERNÁNDEZ/PÉREZ MANZANO/SUÁREZ GONZÁLEZ, *Manual de Derecho penal (Parte especial). Delitos patrimoniales y económicos*, vol. II, 2.ª ed., Madrid, 1993, p. 289.

[1127] BAUER, *Abhandlungen*, p. 282, hace referencia al valor indiciario de «la forma de comportarse que muestra la consciencia del dolo delictivo». La idea se expresa con claridad en la STS de 12 de abril de 1991 (A 2704, ponente Bacigalupo Zapater) en referencia al conocimiento de la antijuricidad de un hecho, afirmándose que, «por regla general, el desconocimiento de la antijuricidad de un hecho, del cual el autor tuvo razones para considerar penalmente prohibido, no es de apreciar cuando el autor toma precauciones que sólo son explicables a través de ese mismo conocimiento». En este caso no puede hablarse de una *exteriorización* de conocimientos *explícita*, sino deducida a través de la interpretación de ciertas formas de comportarse.

Variante 3: *las cámaras de seguridad del establecimiento muestran cómo, tras llenar el depósito, el acusado mira repetidamente a su alrededor y sube al coche con gran tranquilidad. Sin embargo, al ver que se acerca corriendo y gritándole un empleado de la gasolinera, pone rápidamente el vehículo en marcha y abandona el lugar a una velocidad tal que está a punto de arrollar a diversos clientes.*

Variante 4: *las cámaras de seguridad del establecimiento simplemente muestran que, antes de subir al vehículo, el acusado vuelve la cabeza hacia la caja, a continuación se introduce en el automóvil y abandona la gasolinera a velocidad normal.*

La solución de ambas variantes depende, por lo que respecta al dolo, de que en ellas pueda interpretarse la conducta del acusado como una *exteriorización de conocimientos* desde el punto de vista social. En el primer caso parece evidente que debe entenderse que tal exteriorización sí concurre, pues la única explicación comprensible del extraño comportamiento del acusado pasa por entender que éste intentaba huir a toda costa sin pagar, lo que implica el conocimiento de que estaba incumpliendo su deber[1128]. Por contra, en la segunda variante es muy dudoso que el simple hecho de girar la cabeza hacia atrás pueda ya considerarse una muestra de la consciencia concreta de que se debía pasar por caja. En casos como éste, y faltando otra base objetiva, deberá negarse la imputación pues, desde un punto de vista social, son imaginables otras explicaciones, como puede ser la del simple olvido[1129].

Las imputaciones de conocimientos basadas en *exteriorizaciones por actos concluyentes* pueden encontrarse con una cierta habitualidad en la jurisprudencia. Así, por ejemplo, en una sentencia del Tribunal Supremo, que resuelve un caso de alzamiento de bienes, se afirma que «de los dos juicios ejecutivos instados por el Banco tenía así mismo noticia la acusada, en cuanto que la misma presentó escritos en ambos juicios anunciando su oposición a la ejecución»[1130]. La presentación de los escritos de oposición se interpreta en este caso como muestra inequívoca de que la acusada era conocedora de los dos juicios ejecutivos que pesaban sobre sus bienes. En los delitos contra la propiedad industrial la misma jurisprudencia atribuye el valor de *exteriorización por actos concluyentes* al hecho de que el producto fabricado por un industrial reproduzca de manera exacta o prácticamente idéntica determinadas cualidades de otro producto o creación para los que se hallan inscritos con anterioridad determinados derechos sobre la propiedad industrial. Las valoraciones de que se sirve el citado Tribunal en estos casos se basan en la idea de que determinadas casualidades no se entienden socialmente posibles y que, para realizar una imitación tan perfecta, el segundo fabricante necesariamente tuvo que actuar conociendo la existencia previa de un producto prácticamente igual[1131]. La fabricación del producto idéntico se interpreta, en consecuencia, como una *exteriorización del conocimiento*[1132].

Evidentemente, tampoco este ámbito está libre de supuestos-límite para los que resulta difícil aportar criterios definitivos y en que tampoco

[1128] FREUND, *Normative Probleme*, p. 38, considera que las dudas sobre la prueba del tipo subjetivo son superables en los casos en que se constata la adopción, por parte del cliente, de precauciones objetivas para engañar al personal de la gasolinera. Cfr., igualmente, la STS de 20 de junio de 1994 (A 5211, ponente Carrero Ramos), en la que se atribuye el valor de *exteriorización* al hecho de que un sujeto que acababa de recibir un paquete con droga huyera velozmente al percibir la presencia de la policía.

[1129] Bastante cuestionable la argumentación de la sentencia de la Audiencia Provincial de La Rioja de 21 de noviembre de 1997 (*AP-Audiencias*, (2) 1998, ponente Araujo García) en la que se interpreta como indicio de que un cazador conocía que acababa de abatir una presa cuya caza no estaba autorizada, el hecho de que escondiera dicha presa en la parte posterior de la prenda que vestía. La atribución no resulta en cualquier caso inequívoca, pues no puede excluirse un *dolus subsequens* (el acusado se dio cuenta de qué ejemplar había abatido después de dispararle). De todos modos, en la sentencia se emplean otros argumentos más sólidos para afirmar el dolo (cfr. *infra* XVI.3).

[1130] STS de 31 de diciembre de 1992 (A 10550, ponente Díaz Palos). Cfr., asimismo, la STS de 15 de octubre de 1988 (A 7926, ponente Bacigalupo Zapater): «la denuncia de los créditos en el expediente de suspensión de pagos viene a demostrar, en este contexto, todo lo contrario de lo que pretende el recurrente. En efecto, permite acreditar su conocimiento de los créditos cuya ejecución frustraba con la enajenación de los inmuebles».

[1131] Cfr. la STS de 6 de junio de 1990 (A 5141, ponente Carrero Ramos): «la coincidencia de detalles entre los modelos fabricados por la entidad con derechos registrados anteriormente y los de los procesados, incluido el uso de los géneros con la marca y dibujo de aquélla estampados permitió al Tribunal *a quo* inferir la intencionalidad». Cfr., asimismo, la STS de 22 de julio de 1993 (A 6352, ponente Delgado García): «*tan clara es la imitación* y tan conocida es en el mercado la ginebra Larios, que no cabe pretender que fuera necesario un requerimiento notarial para que la fabricación de la ginebra Lirios de autos pudiera ser reputada delictiva» (cursiva añadida).

[1132] Sobre delitos contra la propiedad intelectual, cfr. la STS de 28 de mayo de 1992 (A 4394, ponente García Miguel): «la deducción hecha por el Tribunal de instancia respecto a que ha concurrido tal elemento del injusto [el conocimiento] ... ha de estimarse como completamente lógica y conforme con el modo de suceder las cosas en la vida ordinaria, pues no es admisible la alegación hecha por los recurrentes, sin hallarse amparada por prueba alguna, de que la casi total coincidencia entre los temas, composición, coloración, ambientación, etc. entre dos obras artísticas no es suficiente para apreciar el plagio dado que es perfectamente posible la concepción de la misma obra en dos mentes simultáneamente, y si bien es cierto que pueda surgir en dos o más personas distintas una misma idea como aquella a la que se refiere el recurrente, lo que no es concebible ni admisible es que sea absoluta la coincidencia de todos los demás pues de admitir tal tesis no sería posible jamás admitir la existencia del plagio». Cfr., igualmente, la STS de 14 de febrero de 1984 (A 1129, ponente Díaz Palos): «sin necesidad de recurrir en esta materia al *dolus in re ipsa*, repudiado por esta Sala —S. de 6 de abril de 1968—, es lo cierto que basta con recordar el *modus operandi* del procesado al presentar la cinta magnetofónica usando la figura del autor de las canciones originales, la leyenda, tipografía y colores elegidos, a que se ha hecho antes referencia, para comprender sin más que se tenía plena conciencia y voluntad de que se quería imitar la obra usurpada».

una referencia a las valoraciones sociales arroja siempre soluciones incontrovertidas. El criterio por el que, en cualquier caso, debe guiarse el aplicador jurídico es el de la univocidad del sentido social: cuando ésta falte deberá renunciarse a la imputación. Sin embargo, a tal efecto no debe equipararse valoración social a certeza científica. Determinados riesgos de error que impiden formular leyes con validez científica sobre el conocimiento ajeno se tienen socialmente por *quantité négligeable* y no deben impedir, en consecuencia, la imputación.

Por último debe precisarse que un acto de *exteriorización* sólo sirve para atribuir conocimientos si puede ser valorado como un acto *libre* y que revista una *mínima seriedad*. Por descontado, las *exteriorizaciones* de un sujeto obtenidas mediante cualquier tipo de coacción no tienen valor alguno y tampoco aquéllas realizadas en un contexto de abierta jocosidad.

XIV.4. EXTERIORIZACIONES PATOLÓGICAS

Las afirmaciones del apartado anterior dan paso al análisis de unos supuestos especialmente complejos: aquéllos en que determinadas *exteriorizaciones* realizadas por un sujeto tras la conducta típica parecen exclusivo fruto de un extraño interés de éste por ser condenado penalmente y de serlo, además, por hechos que, desde una perspectiva social, se valorarían como inocuos de no añadirse a ellos la declaración del acusado en su propia contra. En el curso de este apartado tales *exteriorizaciones* se calificarán de *patológicas*, aunque este término no se emplee en su acepción médica más estricta, sino en un sentido profano, referido a lo que en sociedad se valora como comportamiento anormal o enfermizo por parte de un individuo [1133].

Por ejemplo,

Un conductor acude a una comisaría acusándose de tentativa de homicidio por haberse representado mientras conducía que estaba generando un riesgo concreto de muerte para el conductor que le precedía en la carretera, al haber reducido por debajo del límite permitido la distancia de seguridad entre ambos automóviles y haberse mantenido por debajo de dicho límite hasta que el otro conductor aceleró y le dejo atrás.

[1133] Loos, Comentario a la sentencia del BGH de 16 de julio de 1993 (*JR*, 1994, p. 510 ss), en *JR*, 1994, p. 513, entiende que es posible explicar algunas confesiones autoinculpatorias a través del sentimiento de culpabilidad del autor, lo que puede llevar a que éste afirme haber sido consciente de realidades que ni tan siquiera recuerda. Esta posibilidad no debe privar a las *exteriorizaciones* de su valor general para la imputación del conocimiento, pues difícilmente puede llegar a determinarse cuándo alguien miente por sentimiento de culpabilidad y la duda llevaría a negar siempre el valor a la *exteriorización*. Sin embargo, cuando la sospecha de que concurre uno de estos supuestos adquiera proporciones tales que afecte al sentido social del hecho será conveniente desarrollar excepciones a la regla general.

Encontrar un tratamiento adecuado para supuestos como éste parece una tarea especialmente compleja. Por un lado es indudable la vigencia de la regla de imputación según la cual, las *exteriorizaciones de conocimientos* que van en contra de uno mismo llevan a la imputación de tales conocimientos; sin embargo, y por otro lado, una condena por tentativa de homicidio en casos como el expuesto parece a todas luces excesiva, pese a ser cierto que, desde un prisma objetivo, el sujeto ha creado efectivamente un riesgo jurídicamente relevante y que, de acuerdo con su confesión, se le puede imputar el conocimiento de la concreta aptitud lesiva de su conducta. Desde la perspectiva del mero desarrollo de las reglas expuestas hasta ahora se hace imposible dar una solución convincente a estos supuestos o, mejor dicho, la única solución coherente pasa por afirmar que los conocimientos deben ser imputados al sujeto y que, efectivamente, el caso expuesto debe considerarse un supuesto de tentativa de homicidio. Sin embargo, esta solución no resulta en absoluto convincente.

Proponer un tratamiento adecuado para situaciones como la anterior sólo parece posible si se atiende a los fundamentos del sentido social como criterio en que debe basarse la determinación procesal del dolo. En otro ámbito de este trabajo ya se ha puesto de relieve la idea de que sólo hace falta replicar con la pena de los delitos dolosos a aquellos hechos que, desde una óptica social, pueden ser interpretados como negaciones conscientes de la vigencia de una determinada norma penal [1134]. En el caso de las *exteriorizaciones ex post* en sentido autoinculpatorio es precisamente este dato lo que muy a menudo da pie a la valoración social de que el hecho ha sido realizado de forma consciente: en no pocos supuestos, el contar con una confesión del sujeto disipa las dudas existentes sobre las representaciones con que contaba éste en el momento de llevar a cabo su comportamiento. En estos casos, la *exteriorización* tiñe con el color de la consciencia un comportamiento que, analizado por sí solo, podría dar pie a interpretaciones equívocas. La importancia de las confesiones *ex post* viene dada, en consecuencia, por su capacidad para precisar, o incluso variar, el sentido de las valoraciones sociales con respecto a determinados hechos [1135].

Las anteriores ideas son las que aconsejan dispensar un tratamiento especial a aquellos supuestos en que un hecho tiene, ya en su aspecto objetivo, un carácter perturbador mínimo (sobre todo por la escasa relevancia del riesgo creado, pese a ser éste no permitido), y en que la de-

[1134] Cfr. *supra* V.2.

[1135] Cfr. *infra* XVII.4.A.1.

claración del sujeto en su propia contra puede interpretarse como fruto de un comportamiento rayano en lo patológico[1136]. En estos casos, la curiosa *exteriorización de conocimientos* por parte del sujeto no parece tener suficiente fuerza como para variar el sentido de las valoraciones sociales con respecto a un hecho que, incluso por sí solo, no resulta especialmente idóneo para ser valorado como una negación consciente de determinadas normas penales. Puede servir aquí de pauta orientadora pensar que se trata supuestos en que, si un observador externo hubiera presenciado los hechos, en modo alguno hubiera visto en ellos indicios de realización delictiva alguna y en que el *tono* delictivo de la conducta sólo se añade *ex post* por efecto de la confesión del acusado en su propia contra.

En consecuencia, puede juzgarse una confesión autoinculpatoria como *exteriorización patológica* en aquellos casos en que da la impresión de que el sujeto desea conseguir que se le imponga una sanción penal que de otro modo nunca le habría sido impuesta, pues nadie habría juzgado su hecho como una posible negación consciente de una norma penal, sencillamente porque ningún observador habría atribuido relevancia alguna a la conducta realizada o, por lo menos, no una relevancia penal. Dado que para la interpretación de determinados comportamientos como perturbadores desde el punto de vista social no rigen los esquemas de interpretación individuales, sino sociales, casos como el anterior no se valoran socialmente como contradicciones conscientes de una norma penal, sino como hechos irrelevantes de los que quiere servirse un sujeto para satisfacer sus anormales deseos de recibir un castigo. Desde un punto de vista preventivo es absolutamente innecesario que el Derecho penal intervenga ante situaciones como éstas.

De acuerdo con lo anteriormente expuesto, conviene introducir una excepción a la regla según la cual las *exteriorizaciones de conocimientos* realizadas en perjuicio propio después del comportamiento típico llevan a imputar tal conocimiento al sujeto en el momento en que éste realizó dicho comportamiento: *en los casos en que la exteriorización pueda interpretarse como expresión de una necesidad patológica de pena por parte del individuo, decaerá su aptitud para fundamentar un juicio de imputación*. De este modo se consigue una solución parcial para una de las críticas que frecuentemente se dirige a las teorías cognitivas del dolo: la de

[1136] FREUND, *Normative Probleme*, p. 122 ss, se ocupa de la relevancia de la duda que, en el ámbito de la «determinación del dolo», suscita la posibilidad de que se manifieste por parte del sujeto una necesidad patológica de castigo, aunque lo que preocupa a este autor es legitimar las posibles discrepancias que se dan en estos casos entre los hechos probados de la sentencia y la auténtica realidad psíquica del acusado. En cualquier caso, *Freund* llega a la conclusión de que cuando el juzgador cuente con indicios de que determinadas autoinculpaciones obedecen a un interés patológico del sujeto por ser condenado, éstas deberán dejarse sin efecto.

que éstas llevan a castigar a las personas excesivamente escrupulosas[1137]. Si se parte de la idea de que las representaciones de riesgos que obedecen a la mera escrupulosidad del sujeto sólo pueden ser imputadas en la práctica si existe una *exteriorización* de tal conocimiento, con la excepción introducida a la regla general de imputación dejan de castigarse como dolosos los supuestos más extremos de escrupulosidad.

[1137] Cfr. la exposición de esta crítica *supra* V.3.B.

XV. LAS CARACTERÍSTICAS PERSONALES DEL SUJETO COMO FUENTE DE ATRIBUCIÓN DE CONOCIMIENTOS

XV.1. CRITERIOS GENERALES

Las diferentes características personales que reúne cada uno de los hipotéticos destinatarios de la imputación son, en la práctica social, una importante base objetiva para que a éstos les puedan ser atribuidos determinados conocimientos[1138]. De hecho, parte de esta idea se ha desarrollado ya al abordar la cuestión relativa a los *conocimientos mínimos en sentido amplio*: en tal caso, a la condición inicial de persona imputable, que lleva a atribuir al sujeto los denominados *conocimientos mínimos en sentido estricto*, se añade la de sujeto «normalmente socializado», que conlleva la atribución de un segundo nivel de *conocimientos*, también de carácter *mínimo* (si bien más amplio)[1139]. A partir de esta base inicial, las diversas características personales que pueda reunir un sujeto devienen una importante base objetiva para la imputación de otro tipo de conocimientos. Se trata, por tanto, de reglas que responden a la estructura «si el sujeto S reúne en su persona las características A,B,C ..., entonces conoce X»[1140].

En sociedad no se supone en todas las personas un mismo nivel de conocimientos, sino que dicha suposición, dejando a un lado los *conoci-*

[1138] La idea de que los roles que desempeña un sujeto en sociedad son fuente de expectativas de conocimientos ha sido desarrollada, en el ámbito de la imputación objetiva, por REYES ALVARADO, «Fundamentos teóricos de la imputación objetiva», *ADPCP*, 1994, p. 953.

[1139] Cfr. *supra* XII.3.

[1140] Cfr., por ejemplo, las afirmaciones de HRUSCHKA, *Kleinknecht-FS*, p. 194: «un adulto centroeuropeo normal sabe por regla general, y más aun si despacha en una tienda de armas, qué es una escopeta, cómo debe manejarse y cómo disparar a un blanco. Sabe, igualmente, que un disparo contra otra persona es peligroso para ésta y, según en qué circunstancias, incluso peligroso para su vida».

mientos mínimos, está siempre en función de determinadas particularidades personales de cada sujeto. Así, y por recurrir a un ejemplo, de un anciano prácticamente analfabeto no se espera que recite de memoria la tabla de multiplicar, pero, en cambio, el conocimiento de ésta es algo que se presume en un licenciado en física. Esta forma de ver las cosas impregna, como es evidente, la imputación de conocimientos basada en el sentido social: según qué características personales reúna el sujeto de la imputación se estimará o no conveniente que le sean atribuidos los conocimientos de determinadas realidades[1141]. Dichas características pueden venir dadas por factores muy distintos: la profesión de dicho sujeto, sus estudios, su lugar de procedencia o residencia, sus relaciones personales con otros individuos, su nivel cultural y un largo etcétera[1142].

En la práctica jurisprudencial se encuentran con relativa frecuencia imputaciones de conocimientos basadas en las características personales de los sujetos. Así, por citar un ejemplo especialmente conocido, el Tribunal Supremo acude a ellas en su famosa «Sentencia de la colza», cuando afirma que el carácter venenoso de la anilina es de conocimiento general «entre los empresarios y técnicos introducidos en la rama de los aceites» y utiliza esta afirmación para atribuir a los acusados el conocimiento del peligro que implicaba la introducción en el mercado de aceite que había contenido anilina[1143]. En este caso, una característica personal del sujeto (su condición de empresario aceitero) sirve para atribuirle un determinado conocimiento (que la anilina es un producto venenoso)[1144].

[1141] Cfr. los ejemplos aportados por FREUND, *Normative Probleme*, p. 32, sobre la vinculación entre determinados grupos de personas y la experiencia de éstas acerca de los riesgos que se derivan de cierto tipo de conductas.

[1142] Así lo entiende también el Tribunal Supremo en su sentencia de 7 de mayo de 1993 (A 3864, ponente De Vega Ruiz): «es cierto que, *salvo espontáneo reconocimiento*, el dolo ha de inducirse, lícita y racionalmente, de cuantas circunstancias giran alrededor de la conducta enjuiciada, *en cuyo análisis no pueden faltar el estudio de la personalidad del agente, sus conocimientos, su formación, su profesionalidad, su situación social y sus intereses* (sean económicos, profesionales, altruistas, etc.), de manera tal que a su través adquieran los jueces un estado anímico de conocimiento cierto respecto a la pretensión del actuante» (cursiva en el original). BAUER, *Abhandlungen*, p. 282, afirma que la «edad, la educación, la capacidad de discernimiento y el nivel cultural del autor» son indicios a tener en cuenta para acreditar el dolo.

[1143] STS de 23 de abril de 1992 (A 6783, ponente Bacigalupo Zapater).

[1144] Esta forma de imputación de conocimientos también goza de una indiscutible vigencia en el ámbito del conocimiento de la antijuricidad; así, por ejemplo, en la STS de 12 de abril de 1991 (A 2704, ponente Bacigalupo Zapater) se afirma que «el conocimiento de la prohibición del favorecimiento de, o la cooperación con la prostitución es, por lo tanto, inherente a la misma información, que una persona, dedicada a la explotación de un local de alterne, tiene habitualmente de los riesgos de su propia actividad». Sobre los condicionantes personales del autor como criterio jurisprudencial para determinar la existencia o vencibilidad de determinados errores de prohibición cfr. FELIP I SABORIT, *La delimitación del conocimiento*, pp. 231-232.

Otros ejemplos pueden encontrarse en la sentencia de 2 de marzo de 1988, en la que se afirma que el presidente del consejo de administración de una sociedad, cuando la administre de modo efectivo y se trate una compañía de importante actividad, no desconoce «el aspecto fiscal de su gestión económica»[1145]; o en la de 22 de julio de 1993, en la que se sostiene que un empresario siempre conoce bien su sector de actividad, así como los principales productos de la competencia[1146]; finalmente, en la STS de 21 de diciembre de 1993, se afirma que quien ejerce el oficio de puericultora conoce los peligros que se derivan del abandono de un niño de corta edad durante varios días[1147]. Todas estas imputaciones se basan en la profesión que ejerce el acusado en el momento de cometer los hechos: la acreditación del ejercicio de tal profesión como dato objetivo permite imputar conocimientos cuya concurrencia es necesaria para afirmar la realización dolosa de un determinado tipo delictivo[1148].

[1145] A 1520, ponente Moyna Ménguez. Cfr., igualmente, la STS de 14 de abril de 1993 (A 4144, ponente Delgado García): «el acusado actuó con conocimiento y voluntad de alterar la verdad en la forma antes expuesta, como no puede ser de otra manera tratándose de un director de la correspondiente sucursal de la referida Caja de Inversión Sociedad Cooperativa de Crédito (...) que además tenía la especial cualificación de Subdirector de tal sociedad, *con conocimientos evidentes respecto del mecanismo con el que se mueven y manejan los talones bancarios y sabedor, por tanto, de la obligación que le incumbía de atender el cheque de autos*» (cursiva añadida). Cfr., también, la STS de 28 de enero de 1993 (A 211, ponente Soto Nieto): «difícilmente puede acogerse la alegación de error que se formula siendo el recurrente persona que ha trabajado en operaciones de transacción de moneda en un banco, por lo que no es aventurado considerarlo conocedor de la normativa al respecto y de las limitaciones de movimiento de dinero estatuidas».

[1146] A 6352, ponente Delgado García. En esta resolución se atribuye a un fabricante de ginebra el conocimiento de la marca «Larios», afirmándose que «no cabe pretender que fuera necesario un requerimiento notarial para que la fabricación de la ginebra Lirios de autos pudiera ser reputada delictiva, máxime *siendo su autor un fabricante de licores que conoce bien el mercado y la gran difusión y publicidad del producto imitado*» (cursiva añadida). Cfr., igualmente, la STS de 11 de julio de 1991 (A 5808, ponente De Vega Ruiz): «el acusado es inversionista en el mundo de la inmobiliaria y vecino de Suiza. Todo ello permite, sin forzamiento alguno, deducir un conocimiento, lógico de otro lado, sobre los pormenores que giran alrededor del tráfico inmobiliario y alrededor, sobre todo, de cuanto comporta la salida y entrada de capital más allá de las fronteras».

[1147] A 9592, ponente Montero Fernández-Cid. En línea similar, la STS de 10 de julio de 1992 (A 6382, ponente De Vega Ruiz) se basa en el dato de que el acusado era vecino de la víctima para atribuirle el conocimiento de que ésta padecía determinados transtornos psíquicos permanentes. Cfr., igualmente, el ATS de 9 de julio de 1997 (A 6546, ponente De Vega Ruiz): el entrenador de un equipo de alevines conoce la edad de los niños que entrena.

[1148] Puede apreciarse el empleo de reglas de este género, entre otras, en la STS de 12 de diciembre de 1993 (A 9600, ponente Puerta Luis), la STS de 28 de setiembre de 1992 (A 7468, ponente Granados Pérez) y la STS de 17 de enero de 1992 (A 226, ponente García Ancos): «se trata de una sociedad de responsabilidad limitada (...) la misma estaba compuesta por dos únicos socios (los ahora recurrentes) quienes tenían que conocer necesariamente y en pura lógica, no sólo los movimientos contables de la empresa, sino también y quizás por más importante, los cambios laborales, máxime cuando éstos llegan a

También en la línea de la imputación de conocimientos a partir de las características del sujeto se encuentra la STS de 2 de febrero de 1976, en la que se declara que «quien es drogadicto, o al menos habitual de la ingestión de la droga tóxica», sin duda «conoce sus efectos perjudiciales, por experiencia personal» [1149]. Por su parte, en la STS de 26 de diciembre de 1994 se afirma que «el acusado, como habitante y trabajador en los términos municipales donde los hechos [diversos delitos contra la propiedad] ocurrieron tuvo que conocer que en la comarca habían tenido lugar sustracciones de estos objetos, pues tales anómalos hechos en las zonas rurales se convierten enseguida en noticia que alarma y se extiende entre sus habitantes» [1150].

En otros supuestos la imputación viene dada por el hecho de haber ocupado el acusado determinados cargos profesionales *antes* de realizar el hecho objetivamente típico. En este sentido, por ejemplo, en la STS de 24 de enero de 1994 se afirma que «advirtiéndose que Cayetano V. había sido durante un tiempo no corto asesor financiero de la Mutua (...) no es creíble que no conociera las facultades de sus distintos órganos» [1151]. En la STS de 15 de abril de 1987 se sostiene que «el recurrente sabía perfectamente las características de la maquinaria de Naveira S.A., por haber estado trabajando en la misma» [1152]. En estos supuestos la imputación se basa,

soluciones tan drásticas y finales como la del despido y del acuerdo conciliatorio entre obreros». Cfr., igualmente, la STS de 30 de mayo de 1990 (A 4596, ponente Ruiz Vadillo): el procesado desempeñó en su empresa diversos cometidos «ocupando desde 1959 el cargo de Cajero, y conocedor, por tanto, de toda la mecánica contable de la referida empresa»; finalmente, véase también la STS de 24 de abril de 1995 (A 2874, ponente De Vega Ruiz): el procesado, ordenanza en un edificio de la Seguridad Social, «por su profesión sabía los trámites y la competencia de las reclamaciones o peticiones formuladas por el público».

[1149] A 303, ponente Escudero del Corral. En la STS de 25 de febrero de 1997 (A 2210, ponente Bacigalupo Zapater) se afirma que «el tipo de envoltorios en que la droga estaba preparada tiene, como es sabido, unas características tales que una persona familiarizada con la misma no puede haber ignorado de qué se trataba. En todo caso lo cierto es que, al menos, tiene que haber tenido una fuerte sospecha del contenido de los envoltorios y ello es suficiente para configurar el dolo eventual».

[1150] A 10374, ponente Delgado García. En esta última sentencia la expresión «tener que conocer» no se emplea en el sentido del «deber-conocer» propio de la imprudencia, sino en el de efectivo conocimiento. A esta forma de expresarse —bastante habitual en la jurisprudencia del Tribunal Supremo— subyace la idea de que, dadas determinadas circunstancias objetivas, el sujeto es por fuerza conocedor de ciertos datos, no siendo posible otra explicación. Cfr., al respecto y entre muchas otras, las SSTS de 30 de setiembre de 1997 (A 6703, ponente Soto Nieto) y de 27 de octubre de 1997 (A 7250, ponente Conde-Pumpido Tourón).

[1151] A 273, ponente Soto Nieto.

[1152] A 4809, ponente Rodríguez López. Cfr., igualmente, la STS de 28 de febrero de 1992 (A 1398, ponente Cotta Márquez de Prado): «el procesado ha dedicado su vida entera a la construcción, siendo por tanto conocedor profundo de todas sus particularidades». Ver también la STS de 3 de abril de 1996 (A 2871, ponente Bacigalupo Zapater): «la experiencia autoriza a concluir que quien tiene las importantes funciones que los testigos atribuyen al recurrente, así como la experiencia personal acreditada en la materia objeto

esencialmente, en las experiencias que se derivan desde el punto de vista objetivo del hecho de que el acusado haya ejercitado en otras épocas los cargos mencionados.

Los anteriores ejemplos permiten mostrar que las características personales del sujeto como presupuesto objetivo de una imputación de conocimientos responden a dos estructuras posibles: por un lado, integran tal base objetiva las características personales que reúne el sujeto activo en el momento de realizar una conducta típica (p. ej. ser contable de una empresa) y, por otro lado, las características personales que dicho sujeto ha tenido en el pasado (p. ej. haber sido contable de una empresa). Aunque en este último caso el sujeto ya no reúna tales características en el momento de llevar a cabo la conducta típica, éstas siguen teniendo una importancia clave para la valoración social del hecho. Yendo más allá, incluso puede afirmarse que, en la mayoría de supuestos, tal distinción es un tanto artificial, pues toda característica pretérita puede reformularse en una característica actual. Así, por ejemplo, no existe diferencia alguna entre afirmar que el acusado ha ejercido de gerente en una empresa (característica pretérita), o que el acusado reúne en su persona la condición de ex-gerente de dicha empresa (característica actual) para, a partir de ello, imputarle determinados conocimientos.

XV.2. CRITERIOS PARA UNA CORRECTA IMPUTACIÓN BASADA EN LAS CARACTERÍSTICAS PERSONALES DEL SUJETO

Seguidamente conviene analizar los criterios de acuerdo con los cuales puede entrar a valorarse la corrección de una imputación de conocimientos basada en determinadas características personales de un sujeto. El principio básico que debe regir en este ámbito viene necesariamente dado por la afirmación de que *sólo deben imputarse a un sujeto aquellos conocimientos que vayan intrínsecamente ligados al hecho de reunir unas determinadas características personales, es decir, aquellos conocimientos sin los que sería impensable que pudiera reunir tales características*. Cuando resulte perfectamente imaginable que alguien que reúna determinadas características pueda desconocer ciertas realidades, no puede prosperar la imputación del conocimiento de éstas pues, desde un punto de vista social, ya no resulta posible afirmar de modo inequívoco que el sujeto haya contado con su conocimiento. Esta idea se puede re-

de esta actividad, no puede haber ignorado que las inversiones a las que indujo a sus clientes carecían del respaldo que se ofrecía a las mismas».

sumir afirmando que sólo son imputables por la presente vía los conocimientos básicos que se asocian a determinadas características personales:

> *Por ejemplo,*
> *Al padre que habitualmente convive con su hija de 10 años se le debe imputar el conocimiento de la edad de ésta, de tal modo que, si abusa sexualmente de ella, se entiende que lo ha hecho con el conocimiento necesario para afirmar la comisión dolosa de dicho tipo delictivo. Esta afirmación se explica porque, desde un punto de vista social, forma parte de los conocimientos básicos de un padre que convive con sus hijos el conocimiento de la edad de éstos.*

En no pocas ocasiones, para que sea posible imputar determinados conocimientos, no basta con que se establezca *formalmente* qué características personales reunía un sujeto en el momento de llevar a cabo el hecho típico, sino que será necesario que dichas características se contextualicen debidamente. Para dicha contextualización puede ser importante, en algunos casos, atender al modo concreto en que en la práctica se han ejercido determinadas posiciones sociales de un individuo. En otras ocasiones puede revestir una especial importancia que las características personales de dicho individuo se contextualicen atendiendo a determinadas experiencias pasadas de éste. Sin una contextualización adecuada, en no pocos casos resulta imposible afirmar que, inequívocamente, un sujeto ha contado con determinados conocimientos.

> Así, por ejemplo, para imputar a alguien el conocimiento de las obligaciones fiscales de su empresa no basta con afirmar que éste ocupaba el cargo de presidente del consejo de administración, pues son perfectamente imaginables supuestos en que tal cargo se ocupe únicamente con la mera función de testaferro, o casos en que el sujeto haya abandonado *de facto* sus funciones desde mucho tiempo atrás. Una contextualización efectiva se consigue determinando, dado el caso, que el sujeto no sólo ocupaba formalmente el cargo en cuestión, sino que, además, ejercía de modo efectivo las funciones ligadas a éste.

Las características personales de un sujeto a efectos de la imputación del conocimiento deben también construirse utilizando criterios amplios. En este sentido, para establecer dichas características no sólo debe atenderse al hecho de que dicho sujeto desempeñe, o haya desempeñado, determinados roles en su vida, sino también al cúmulo de experiencias vividas por éste que se puedan acreditar y que puedan tener trascendencia para la imputación del conocimiento. Esta idea se expresa partiendo de un ejemplo formulado por *Freund*[1153]:

[1153] FREUND, *Normative Probleme*, pp. 39-40.

> *Se juzga a un individuo por haber viajado en un medio de transporte público sin haber sellado, como es preceptivo, la correspondiente tarjeta de viaje. El acusado alega ante el Tribunal que, simplemente, olvidó hacerlo.*

La solución del presente supuesto depende de la trascendencia que se deba dar al olvido alegado por el sujeto[1154]. Como ya se ha apuntado, desde un punto de vista social no puede descartarse en muchas ocasiones que un sujeto haya olvidado determinados hechos, ya sea de forma momentánea o definitiva. Respecto a ciertos conocimientos es evidente que la posibilidad de olvido es algo que socialmente se entiende imposible (p.ej. que un padre de familia olvide que su hija tiene menos de doce años). Sin embargo, en otros supuestos tal posibilidad no puede descartarse fácilmente y, en consecuencia, impide afirmar de modo inequívoco que alguien haya contado con ciertos conocimientos en el momento de llevar a cabo una determinada conducta.

El ejemplo expuesto debe inscribirse en este segundo grupo de casos: parece indiscutible que, incluso desde un punto de vista social, la posibilidad de que un viajero haya olvidado sellar el título de transporte es una hipótesis que no puede descartarse de antemano: la imputación no es posible a través de la figura de los *conocimientos mínimos* (es perfectamente imaginable que alguien olvide momentáneamente la obligación de sellar la tarjeta sin por ello padecer transtorno psíquico alguno) y tampoco podrá prosperar a falta de *transmisiones previas o exteriorizaciones* en el relato de hechos probados[1155]. En casos como éste, y si no concurren ulteriores circunstancias objetivas, la posibilidad de olvido debe llevar a negar la imputación, pues la mera condición de viajero habitual no es una base fáctica suficiente para excluir un hipotético olvido circunstancial del deber de sellar el título de transporte.

Freund modifica parcialmente el supuesto anterior y plantea un caso en que quien alega tal olvido es una persona que en el pasado ha sido

[1154] Sobre la posibilidad de olvido y su trascendencia a efectos de imputación del conocimiento, cfr. *supra* XIII. Sobre la discusión española acerca de la relevancia penal de los casos de polizonaje cfr. RIVES SEVA, «La estafa de polizonaje. Estudio de la doctrina, legislación y jurisprudencia», *AP*, (1) 1994, p. 265 ss.

[1155] La *imputación sería posible* en el caso de que, por ejemplo, en el momento de subir al transporte público, o durante el viaje, el sujeto manifestara a un acompañante haber sido consciente de la omisión de su deber de validar la tarjeta. En este sentido no bastaría con un «haber caído en la cuenta» *a posteriori*, sino que la *exteriorización* del sujeto debería referirse al grado de consciencia que tuvo en el momento en que empezó a hacer uso del medio de transporte. Podría apreciarse desde luego una *exteriorización* a través de actos concluyentes en aquellos supuestos en que, por ejemplo, el sujeto hubiera saltado las barreras que impedían la entrada al recinto donde se accede al medio de transporte.

ya descubierta viajando sin haber sellado la tarjeta[1156]. En este supuesto parece evidente que, a falta de otros indicios, sí deberá imputarse al sujeto el conocimiento necesario para el dolo: socialmente se entiende que, cuando a la característica de viajero habitual se añade la condición de persona ya previamente acusada por una misma infracción, la posibilidad de olvido desaparece como hipótesis plausible. También aquí una debida contextualización, cuando sea posible, permite llevar a cabo imputaciones de conocimientos que de otro modo no resultan aceptables: la condición de viajero habitual no excluye la posibilidad de olvido; sí excluye, por contra, dicha posibilidad el hecho de que se trate de un viajero habitual *ya juzgado en el pasado por viajar sin haber sellado la tarjeta*[1157].

Determinar en qué casos se admite socialmente una posibilidad de olvido es algo que en muchos supuestos puede resultar controvertido, por lo que puede parecer inapropiado que tal determinación se haga depender de reglas un tanto rígidas —como las propuestas— y tal vez se antoje como más conveniente que la cuestión la resuelva cada juez con sus propios criterios y la inmediación de que éste goza con respecto a la prueba practicada. Sin embargo, en ejemplos como el anterior, también el juez que puede valorar la prueba con total libertad tiene que plantearse en algún momento si considera o no creíble la alegación de un olvido por parte del viajero: si los aplicadores jurídicos no se encuentra vinculados por reglas firmes resulta perfectamente posible que dos supuestos idénticos desde un prisma objetivo se acaben resolviendo de forma contrapuesta, es decir, que en un caso se afirme el dolo del viajero y que en otro se niegue. Un desarrollo (básicamente jurisprudencial) de reglas para este ámbito garantizaría una resolución igualitaria de supuestos de hecho idénticos y, de forma indirecta, facilitaría puntos de orientación a los ciudadanos. Tales reglas asegurarían igualmente que en la resolución de los casos no interfiriesen datos que no tienen ningún valor para atribuir conocimientos como, por ejemplo, el aspecto o actitud del acusado en el momento del juicio oral.

[1156] Cfr. FREUND, *Normative Probleme*, pp. 39-40, quien considera que para esta variante del caso es dudoso que valga la explicación de que ciertos *despistes* «a todo el mundo le pueden pasar *una vez*» (cursiva en el original), añadiendo que, cuando el hecho se repite, parece más sencillo afirmar el dolo. Sin embargo, desde su perspectiva determinados aspectos de la personalidad del autor podrían impedir la atribución incluso en estos casos.

[1157] Esta afirmación no debe ser interpretada como una forma encubierta de Derecho penal de autor: no se condena al sujeto por lo que *es*, sino por el hecho de que determinadas circunstancias objetivas dejan en su caso sin plausibilidad a la excusa del olvido momentáneo. Como afirma FELIP I SABORIT, *La delimitación del conocimiento*, p. 231 (nota 558), en la atribución de conocimientos no se tiene en cuenta «la actitud pretérita del sujeto hacia el Derecho, sino los conocimientos que efectivamente posee a raíz de las experiencias pasadas».

En relación con esta última idea conviene afirmar que, por supuesto, con miras a una correcta imputación no vienen al caso todas aquellas «determinaciones del dolo» que se asientan en ciertas características personales de un sujeto que, por sí solas, no parecen tener valor alguno para indicar cuándo se entiende socialmente que alguien conoce algo. Tal es el caso, por ejemplo, en que el dolo se fundamenta en el dato de que un sujeto ya ha sido ejecutoriamente condenado en otras ocasiones, o de que se trata de «una persona agresiva o violenta»[1158]. Como tantas otras experiencias vitales, condenas o procesamientos previos pueden servir en ciertos casos para imputar conocimientos —como en el ejemplo del viajero antes expuesto—, pero no, sin más, el hecho de que una persona sea un «delincuente habitual»[1159].

Harto cuestionables son también aquellas imputaciones de conocimientos que se basan en la relación existente entre dos o más personas, partiendo de la idea de que, dado lo estrecho de tal relación (p. ej. de parentesco o convivencia), cualquiera de ellas conoce todos los detalles que tienen que ver con la vida de la otra[1160]. Evidentemente, la existencia de una determinada relación entre dos individuos puede servir para imputar ciertos conocimientos (p. ej. todo padre que convive con su hijo conoce la edad de éste), pero no todo conocimiento sobre *cualquier* as-

[1158] Los dos indicios citados *supra* se emplean en la STS de 18 de abril de 1989 (A 3410, ponente Puerta Luis) para inferir un pretendido ánimo homicida. Crítico con esta forma de proceder, GIMBERNAT ORDEIG, *ADPCP*, 1990, p. 428. También crítico con algunas atribuciones jurisprudenciales de conocimientos basadas en circunstancias personales del sujeto, SILVA SÁNCHEZ, «Observaciones sobre el conocimiento "eventual" de la antijuricidad», *ADPCP*, 1987, pp. 658-659. Entiende este autor que, en contra de lo afirmado en la STS de 14 de diciembre de 1985 (A 6264, ponente Soto Nieto), del hecho de que un sujeto perteneciera al mundo de las drogas no puede inferirse de forma automática que éste tuviera perfecto conocimiento de la ilicitud de la tenencia de armas de fuego.

[1159] En la STS de 27 de octubre de 1993 (A 7874, ponente De Vega Ruiz) se afirma: «la condición moral y las características personales del acusado, delincuente habitual con un amplio historial delictivo, la diversidad de los golpes, su contundencia reiterada y la situación de quien, entre la droga y la prostitución, hubo de soportar los *golpes violentos* durante toda una noche, hacen muy difícil excluir la existencia al menos de dolo eventual» (cursiva en el original). Sin perjuicio de que los tres últimos indicios empleados en esta resolución sí puedan tener alguna trascendencia para afirmar el dolo, no se ve cómo del hecho de ser «delincuente habitual» pueden inferirse, en una situación concreta, ciertos conocimientos o intenciones.

[1160] Así, en la sentencia de 24 de junio de 1992 (A 5859, ponente Delgado García) se afirma lo siguiente: «sólo hubo respecto de él [el acusado] un delito de receptación, porque se aprovechó para sí del dinero sustraído por su hija, estimando acreditado "el conocimiento de su procedencia, pues no podía pasar desapercibido para el padre el volumen desorbitado de los ingresos de su hija, ni el origen de las cantidades que le fueron entregadas"». Por contra, en la STS de 8 de marzo de 1993 (A 1988, ponente De Vega Ruiz) se afirma que «la convivencia familiar no puede justificar la presunción de conocimiento en cuanto a los actos ideados o ejecutados por el compañero/a».

pecto de la vida de la persona con quien se mantiene tal relación[1161]. También en estos supuestos, la imputación deberá depender de la posibilidad de contextualizar debidamente las características personales del sujeto[1162].

XV.3. LAS DELEGACIONES DEL CONOCIMIENTO

La progresiva complejidad de las relaciones sociales lleva a que, cada vez más a menudo, los sujetos no se ocupen por sí mismos de obtener el conocimiento exacto de todas las circunstancias que concurren en la situación en la que van a llevar a cabo un comportamiento, sino que, de modo más o menos frecuente, deleguen la obtención de tales conocimientos en terceras personas y confíen, en adelante, en lo que éstas les comuniquen. Estas situaciones, que en el ámbito de este trabajo

[1161] Cfr. la STS de 14 de septiembre de 1992 (A 6725, ponente Ruiz Vadillo), en que, con respecto a un caso de alzamiento de bienes, se afirma que no toda esposa, por el mero hecho de serlo, conoce las finalidades (en este caso de defraudación de los acreedores) que llevan a su marido a alterar el régimen económico matrimonial. Por contra, en la STS de 11 de noviembre de 1991 (A 8032, ponente Delgado García), se considera que una esposa sí conoce la intención de su marido de insolventarse en perjuicio de sus acreedores, basando la atribución de tal conocimiento en «el parentesco existente entre ambos con la intimidad que ello supone y que necesariamente tenía que ser de cordialidad y buen trato cuando Máximo accedió a poner el piso a nombre de Emilia, lo que sería inconcebible si en el matrimonio no hubieran existido buenas relaciones». La última imputación debe reputarse desafortunada, pues no es en absoluto inimaginable que uno de los dos cónyuges desconozca totalmente el porqué de determinados negocios y se limite a prestar su consentimiento: la confianza matrimonial no tiene por qué llevar solamente, como entiende el Tribunal, a que los dos cónyuges conozcan siempre el fin último de determinados actos negociales, sino que también otorga plausibilidad a la hipótesis de que, debido a tal confianza, uno de ellos preste por indicación del otro su consentimiento para tales actos sin cerciorarse plenamente de la finalidad de éstos. Tal imputación sólo se hace posible si se completa o contextualiza debidamente la característica formal de cónyuge. En cualquier caso los dos ejemplos son muestra evidente de cómo dejando por entero la «determinación del dolo» en manos de la pura convicción judicial se puede llegar a resultados contradictorios en casos estructuralmente idénticos, sin que, desde el sustrato teórico en que se apoyan tales planteamientos, pueda afirmarse que una de las dos soluciones tenga que reputarse incorrecta: se legitima el contrasentido de que un mismo supuesto tenga a la vez dos soluciones correctas distintas.

[1162] Muy crítico con el valor indiciario que cierta jurisprudencia del Tribunal Supremo atribuye a las relaciones familiares o de convivencia, BELLOCH JULBE, en *La sentencia penal*, p. 85 ss. Afirma este autor (*ibidem*, pp. 85-87), en referencia a la STS de 11 de noviembre de 1991 (cfr. nota anterior), que «aún partiendo de unas relaciones matrimoniales íntimas y cordiales tanto cabe inferir razonablemente la conclusión sostenida por el Tribunal Supremo (por ejemplo, en el seno de una relación de pareja igualitaria y participativa) como una conclusión diametralmente opuesta y exculpatoria según la cual se produzca una tajante división del trabajo en el interior de ese matrimonio, conforme a la cual por decirlo en términos llanos, los "negocios" sean cosa del marido y la "casa y los hijos" cosa de la esposa».

serán designadas con el término *delegaciones de conocimientos*, son especialmente evidentes cuando la obtención de un determinado conocimiento se encomienda, por parte de un profano, a un experto en ciertas materias.

> *Por ejemplo,*
> *Un empresario ganadero remite a un veterinario pruebas de las reses sacrificadas para su análisis sanitario. El veterinario contesta que la carne se encuentra en perfecto estado, lo que no es cierto. La carne se introduce posteriormente en el mercado y diversas personas resultan intoxicadas al consumirla.*

En este supuesto concurren dos factores objetivos que deben ser tomados en cuenta para una posible imputación de conocimientos. En primer lugar, un *acto de delegación* por parte del empresario ganadero, quien renuncia a conocer por sus propios medios las condiciones sanitarias de la carne y confía a un especialista la obtención de tales conocimientos. En segundo lugar, el veterinario comunica al delegante los resultados de sus averiguaciones, en un acto de comunicación que responde a la estructura de las ya descritas *transmisiones de conocimientos*[1163].

De acuerdo con la anterior estructura pueden darse dos situaciones distintas. La primera de ellas concurre en los supuestos en que el conocimiento que el especialista transmite al delegante concuerda con la realidad: en tal supuesto, y si se cumplen los requisitos para una imputación basada en una *transmisión previa*, deben atribuirse a dicho delegante los conocimientos recibidos[1164]. Éste sería el caso, por ejemplo, en que el veterinario comunicara al empresario ganadero que la carne que pretendía comercializar no era apta para el consumo humano, pese a lo cual este último decidiera distribuirla. En este caso la conduc-

[1163] Cfr. *supra* XIII.

[1164] Muy interesante al respecto la STS de 18 de enero de 1994 (A 30, ponente Martínez-Pereda Rodríguez): se acusa al consejero delegado de una entidad financiera de delito de usura (conducta despenalizada con la entrada en vigor del actual Código Penal), por haber firmado un contrato en que se materializaba un préstamo abusivo con prevalimiento de la angustiosa situación de la víctima. El acusado declara «que no intervino en las operaciones previas a la concesión del préstamo (...) siendo su ratificación posterior un mero acto de representación y no decisión, tratándose, por otra parte, de un acto más de las numerosas operaciones de la entidad», ya que la negociación fue llevada a cabo por un «representante libre» de la financiera. El Tribunal Supremo contesta que, dada «su condición de Consejero Delegado de la entidad financiera», y de «artífice de la operación que no pudo realizarse sin su conocimiento y consentimiento», el acusado era sabedor «por el agente o intermediario» de las circunstancias en que se realizaba el préstamo. El TS deduce también el conocimiento del acusado a partir de su «profesión de economista» y del hecho de que estaba «facultado para toda clase de operaciones relativas al giro y tráfico de la Compañía».

ta creadora de riesgo por parte del empresario debería reputarse consciente de acuerdo con las reglas de la imputación del conocimiento basadas en una *transmisión previa*: simplemente no se entiende posible que un empresario al que se ha comunicado que su carne está en mal estado olvide tal dato en el momento de introducirla en el mercado[1165].

Una segunda situación posible concurre en aquellos casos en que el conocimiento que se transmite al delegante no concuerda con la realidad, es decir, en que se le transmite un conocimiento erróneo[1166]. En tales supuestos no será posible imputar al delegante el conocimiento necesario para el dolo, a no ser que la afirmación sobre tal desconocimiento pueda ser desvirtuada por otras vías, como sería el caso en que se constatase una *exteriorización* o una *transmisión* posterior de los conocimientos correctos. Así, en el ejemplo expuesto no se podría imputar al empresario ganadero el conocimiento de estar vendiendo alimentos en mal estado[1167]. Sin embargo, la plausibilidad de tal desconocimiento podría ser eficazmente descartada si, por ejemplo, algunos minoristas le hubieran expresado sus serias dudas sobre el estado de la carne y, no obstante ello, el empresario no la hubiese retirado del mercado. En este caso se le debería imputar (vía *transmisión de conocimientos*) la consciencia de la peligrosidad del producto comercializado.

Todas estas afirmaciones deben servir para poner en tela de juicio posibles afirmaciones que, sobre todo en el ámbito de la empresa, partieran del principio de que toda persona que se encuentra en lo más alto

[1165] Cfr. el caso resuelto por la STS de 1 de marzo de 1993 (A 1880, ponente Delgado García): el alcalde de un municipio consulta al delegado provincial de Política Territorial de su Comunidad Autónoma en qué condiciones resulta lícita la venta de unos terrenos de su propiedad al propio municipio, condiciones que luego no se cumplen en el momento de llevar a cabo la compraventa.

[1166] Cfr. la STS de 5 de mayo de 1994 (A 9341, ponente Díaz Palos): «los conocimientos de los acusados limitados al aspecto industrial de la confección hizo que delegaran la llevanza de los libros (...) en asesores que se encargaron de asentar en tales libros los asientos pertinentes, si bien lo hicieron de una manera irregular». Sigue el Tribunal afirmando que «se considera a los quebrados como totalmente profanos en la materia contable, incapaces, por tanto, de verificar cualquier tipo de control en lo que hacían los contables». Cfr., también, la STS de 19 de diciembre de 1983 (A 6588, ponente Gómez de Liaño y Cobaleda): «el procesado absuelto actuó en la creencia de que podía fabricar los objetos a causa del asesoramiento que le habían dado varios Ingenieros Industriales, quienes le informaron de que no tenían novedad las patentes y los modelos de los querellantes, por hallarse anticipadamente divulgados y pertenecer al dominio público, y ello implica que se ponga de manifiesto la inexistencia del segundo requisito sobre la culpabilidad que reclama la infracción penal ante el error de uno de sus elementos».

[1167] En este ámbito resulta interesante el supuesto resuelto en la STS de 2 de diciembre de 1993 (A 9231, ponente Cotta Márquez de Prado), relativo al conocimiento de la antijuricidad: los miembros de un consistorio municipal consultaron a especialistas si una determinada forma de contratación administrativa resultaba delictiva, a lo que éstos contestaron —erróneamente— en sentido negativo.

de una pirámide organizativa conoce, precisamente por ocupar tal posición, todo aquello que tiene que ver con el funcionamiento de la estructura que dirige. Estos planteamientos pasan por alto la actual realidad del mundo empresarial, en donde el empresario ya no es una persona que controle personalmente cada pequeño acto que involucre a su compañía, sino que a menudo delega en sus subordinados un elevado número de tareas, variando la entidad y número de tales delegaciones, como es lógico, en función del tamaño de la empresa. Una de estas formas de delegación se da en los casos en que el empresario renuncia a conocer por sí mismo una determinada realidad y delega tal averiguación en un subordinado, quien le comunica *a posteriori* los resultados obtenidos, pero sin que el primero los someta a posteriores verificaciones.

Así, por ejemplo, no es impensable que cuando el director general de una sociedad firma el impreso de liquidación de un determinado impuesto que ha sido preparado por el departamento de fiscalidad, pueda partir de que dicha cantidad está correctamente calculada y no se le podrá imputar un conocimiento correcto por el mero hecho de ser el delegante. La imputación sólo podrá llevarse a cabo si concurren ulteriores datos objetivos como, por ejemplo, que la base imponible resulte tan ínfima con respecto al nivel de actividad de la empresa que no resulte creíble que el empresario no haya sido consciente de su inexactitud, o la acreditación de posibles *transmisiones* o *exteriorizaciones del conocimiento* sobre la incorrección de lo que se firma:

> *Por ejemplo,*
>
> *Una empresa realiza de modo habitual vertidos contaminantes a un río. Cuando da la orden de realización de cada vertido, su director general parte de los datos que le suministran diversos químicos. Si en un caso concreto los químicos comunican (erróneamente) que el potencial contaminante de lo que se va a verter no supera los límites reglamentariamente permitidos no puede imputarse al empresario tal conocimiento. Caso distinto sería si, después del primer vertido, la administración comunicase al director que se han superado los límites permitidos. Los vertidos posteriores de la misma sustancia y en las mismas cantidades deberían ser imputados ahora como realizados conscientemente.*

Situaciones en que también concurre una base objetiva insuficiente para la imputación se dan en aquellos supuestos en que el empresario no sólo delega en sus subordinados la obtención de ciertos conocimientos, sino, yendo incluso más allá, la capacidad de ejecución de determinados actos. La estructura de la delegación de conocimientos no rige en este supuesto, pues no necesariamente tiene por qué darse por parte del subordinado una *transmisión* de información al superior sobre todas las conductas realizadas, ni tampoco es este último quien realiza la conducta

típica. En estos casos suele afirmarse que el empresario conserva ciertos deberes de vigilancia que le sitúan en posición de garante de las actuaciones de sus subordinados[1168]. Sin embargo, la infracción dolosa de tales deberes sólo concurrirá si mediante *transmisiones previas* o *exteriorizaciones* es posible entender que el empresario ha sido conocedor de la conducta de sus subordinados y no la ha impedido, pero no en caso contrario.

Por ejemplo,

El director de una sucursal bancaria inicia una campaña de obtención de inversores a los que promete (de modo engañoso) determinadas contraprestaciones. En el caso de que por parte del banco se haya conferido al citado director plena autonomía para realizar operaciones de captación de clientes, quien realiza la conducta típica dolosa es el delegado y no el director general de la entidad. Éste sólo podría ser condenado si, siendo posible imputarle el conocimiento del comportamiento de su subordinado (vía transmisión o exteriorización), no hiciera nada para impedirla. En estos casos no basta con imputar tal conocimiento partiendo de la mera afirmación de que el empresario es siempre conocedor de todos los actos que se desarrollan en el seno de su empresa: cuando hay delegaciones de capacidad de acción tal regla de imputación pierde su vigencia.

Lo expuesto en este apartado obedece a la idea ya expresada de que la posición social de un sujeto como fuente de imputación de conocimientos no es algo que pueda construirse de manera formal, sino que exige atender siempre al contexto en que se desarrolla la puesta en práctica de tal posición. Por este motivo, son escasos los conocimientos que se pueden imputar a alguien a partir de la mera condición de empresario; una ampliación de las posibilidades de imputación sólo pasa por acreditar que esta posición se ejerce en determinados contextos (p. ej. «empresario que controla todos los actos de la pequeña empresa que dirige», «empresario que ha delegado la ejecución de determinados actos en otras personas», etc.)[1169].

[1168] Sobre la existencia, en determinados supuestos, de tal deber de vigilancia, cfr. la STS de 5 de mayo de 1994 (A 9341, ponente Díaz Palos). Interesantes también en este ámbito las consideraciones de GRACIA MARTÍN, *El actuar en lugar de otro en Derecho penal*, vol. I, «Teoría general», Zaragoza, 1985, p. 378 ss; SILVA SÁNCHEZ, «Criterios de asignación de responsabilidad en estructuras jerárquicas», en BACIGALUPO ZAPATER (dir.), *Empresa y delito en el nuevo Código penal*, Madrid, 1997, p. 14 ss; FRISCH, «Problemas fundamentales de la responsabilidad de los órganos de dirección de la empresa», trad. J.M. Paredes Castañón, en MIR PUIG/LUZÓN PEÑA (coord.), *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, Barcelona, 1996, p. 110 ss y PAREDES CASTAÑÓN, *El caso de la colza*, p. 138 ss, esp. p. 177 ss, con abundantes referencias bibliográficas.

[1169] Interesantes al respecto los Fundamentos Jurídicos 32.º y 47.º de la STS de 23 de abril de 1992 (A 6783, ponente Bacigalupo Zapater), donde incluso en el caso de empresas pequeñas donde todo «transcurría ante los ojos de los acusados», el Tribunal Supremo niega el dolo y sólo afirma la imprudencia, pues tales acusados no se encargaban específicamente de llevar a cabo la actividad que resultó ser peligrosa.

XV.4. EL PROBLEMA DE LA IMPRUDENCIA DIRIGIDA EN SUPUESTOS DE DELEGACIONES DE CONOCIMIENTOS

El fenómeno de la delegación de conocimientos puede dar pie a situaciones en que sea el propio delegante quien, para evitarse complicaciones, prohíba a sus subordinados que, en determinados casos, le suministren algún tipo de conocimientos y quien, con idéntica finalidad, renuncie deliberadamente a ejercer sus facultades de vigilancia, dando pie a unas situaciones que pueden describirse de un modo especialmente plástico con la expresión de que el empresario «prefiere no saber nada» sobre algunas actividades que se desarrollan dentro de su empresa. Resulta muy discutible que estas situaciones —que pueden designarse con el término «*imprudencia dirigida*»— puedan ser equiparadas a los casos de dolo, pues en ellas falta el conocimiento que se considera necesario para la imputación dolosa. Pese a ello, la estructura de ambas situaciones se antoja similar desde el punto de vista de las necesidades de sanción penal[1170]: difícilmente puede afirmarse que quien no conoce porque no quiere conocer fracase en su planificación individual y que no niegue con su desconocimiento deliberado la norma penal que venga al caso. Sin embargo, debe admitirse que con el concepto usual de dolo algunos desconocimientos «buscados» pueden ser una forma idónea para ejercer ciertas actividades sin pechar con las responsabilidades que de éstas puedan derivarse.

En la doctrina alemana suele negarse la posibilidad de equiparación entre dolo e imprudencia dirigida de acuerdo con el § 16 del StGB, según cuyo tenor literal el dolo decae en todos aquellos supuestos en que un sujeto *no conoce* alguna de las circunstancias que pertenecen al tipo legal[1171]. Resulta en este sentido indiscutible que en los casos de impru-

[1170] El término «imprudencia dirigida» es empleado por JAKOBS, «Sobre el tratamiento», pp. 138-139, quien suele designar también estos fenómenos con la expresión «ceguera ante los hechos», cfr. EL MISMO, *Derecho penal*, p. 313. Este último término proviene de MEZGER, «Rechtsirrtum und Rechtsblindheit», *Kohlrausch-FS*, Berlín, 1944, p. 184, quien proponía que ciertos casos de «ceguera ante los hechos» recibieran el tratamiento del dolo.

[1171] SCHILD, *JA*, 1991, p. 51, afirma que, pese a que la normativización de la voluntad en el dolo es una opción teórica relativamente extendida, la normativización del conocimiento se suele rechazar porque el texto de la ley (§ 16 StGB) exige expresamente tal conocimiento (cfr. *supra* I.1). Cfr., igualmente, JAKOBS, «El principio de culpabilidad», pp. 377-378, quien afirma en relación al § 16 que «esta regulación del derecho vigente no puede justificarse, porque sin razón alguna trata igual cosas desiguales: por un lado, el desconocimiento de quien no tiene interés alguno en conocer, y por otro, el error de quien

dencia dirigida falta al sujeto el conocimiento que requiere el dolo[1172]. Menos clara parece la respuesta si se atiende al texto del Código Penal español, en cuyo art. 14 simplemente se habla de «error sobre un hecho constitutivo de infracción penal». Así, no parece descabellado afirmar que quien no conoce porque no quiere conocer no se encuentra propiamente en una situación de error[1173]. En cualquier caso, tampoco la equiparación entre dolo e imprudencia dirigida resulta una solución exenta de problemas, pues en este último supuesto debe acreditarse que el empresario ha buscado de forma deliberada su situación de desconocimiento, como única forma de contradecir la previsible alegación de que tal desconocimiento se debe a la imposibilidad de controlar todas y cada una de las actuaciones que se ejecutan en el seno de la estructura empresarial que se dirige.

La problemática simplemente puede ser apuntada, pues su desarrollo exigiría un profundo análisis que va más allá de los objetivos de este trabajo. En cualquier caso, no resulta evidente que la equiparación teórica entre dolo e imprudencia dirigida lleve *per se* a resultados más satisfactorios que un concepto de dolo entendido en términos meramente cognitivos. De hecho, no parece errado afirmar que en la mayor parte de los casos, si el empresario evita que le sean transmitidos determinados conocimientos es porque se representa la posibilidad de que algunas actividades de sus subordinados se salgan de los cauces marcados por la ley[1174]. La atribución del conocimiento de tal posibilidad basta para afirmar el

quiere saber». Ver también LESCH, «Dolus directus, indirectus und eventualis», *JA*, 1997, pp. 802-803.

[1172] JAKOBS, *Derecho penal*, p. 313: «la ley da del dolo únicamente una definición parcial y negativa: a tenor del § 16.1, inciso 1, StGB, si hay desconocimiento de la realización del tipo se excluye el dolo, sin que importe el motivo del desconocimiento. De este modo, el límite del dolo se determina, al menos en un lugar, rígidamente según hechos psíquicos (conocimiento, desconocimiento), pero no según la valoración de estos hechos».

[1173] Cfr. FELIP I SABORIT, *La delimitación del conocimiento*, p. 315: «resulta sugerente y útil desde distintas concepciones, la idea de que el concepto de error, la equivocación, pese a la falta de diligencia, presupone interés. Quien no sabe por carecer de interés alguno en conocer, por rechazo o indiferencia o, incluso, por falta intencional de adquisición del conocimiento no se encuentra en error».

[1174] En otro orden de cosas, y a modo de ejemplo, al recluta que abandona el cuartel sin haber leído por indiferencia la lista en que se le asignaba un determinado servicio se le debe atribuir el conocimiento de la posibilidad de dicha asignación y, por tanto, una realización dolosa del delito de abandono de servicio de armas (art. 144 CPM). Cfr. la STS (Sala 5.ª) de 25 de octubre de 1995 (A 7619, ponente Pérez Esteban). En muchos casos la voluntad de no conocer es sólo voluntad de no conocer *más*, pero se parte de un conocimiento inicial suficiente para la imputación dolosa.

dolo en los términos en que éste ha sido definido en este trabajo, aunque es evidente que esta solución no sirve cuando el delegante ha renunciado a conocer en general y no en referencia a una concreta conducta. Una solución de más largo alcance sólo pasaría, *de lege ferenda*, por incriminar las omisiones gravemente negligentes de los deberes de vigilancia en el seno de las actividades empresariales[1175].

[1175] La idea de equiparar el castigo de determinadas imprudencias especialmente graves no se descarta por ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, vol. I, 3.ª ed., Múnich, 1997, § 12, n.º marg. 31, aunque añada este autor que ello «no modificaría en absoluto el generalmente mayor merecimiento de pena de aquél que actúa con dolo eventual».

XVI. LA IMPUTACIÓN DEL CORRECTO «CONOCIMIENTO SITUACIONAL»

XVI.1. CUESTIONES GENERALES

La imputación dolosa requiere que al sujeto que ha realizado una conducta objetivamente típica sea posible atribuirle una plena consciencia de la situación en la que ha actuado, siempre que los elementos que conforman dicha situación tengan relevancia desde el punto de vista del tipo penal. Cuando falte tal conocimiento no podrá afirmarse la plena congruencia entre representación y realidad en que se basa el dolo[1176]. En gran parte de las infracciones penales el conocimiento tiene que referirse a circunstancias objetivas perfectamente acotadas por el propio tipo (p. ej. en el delito de receptación el sujeto debe ser consciente de estar adquiriendo un determinado bien y representarse que éste puede provenir de la comisión previa de un delito). Una situación más compleja se plantea, sin embargo, en los denominados tipos resultativos, en los que el objeto de conocimiento debe ser el riesgo de acaecimiento de un resultado que va implícito a la conducta que se realiza[1177]. Una correcta consciencia de tal riesgo no sólo depende de que el sujeto sepa que la conducta efectuada resulta en abstracto peligrosa, sino de que conozca además diversas circunstancias que conforman la situación en que la está llevando a cabo.

Por ejemplo,

Aunque la conducta «disparar» sea en abstracto apta para causar la muerte de otra persona, no puede afirmarse que siempre que se lleva a cabo tal conducta se esté creando un peligro para una vida ajena: quien practica el tiro al blanco con su fusil en un campo perfectamente vallado no crea por regla general riesgo alguno. Bien distinto es el supuesto en que se dispara conociendo la presencia de otro individuo entre las dianas.

[1176] Excepción hecha, claro está, de los supuestos de tentativa inidónea.

[1177] Argumentos para justificar que en los tipos de resultado el objeto del conocimiento es el riesgo, y no el resultado mismo, en *supra* V.

Para que pueda afirmarse que con una conducta se crea un riesgo efectivo y concreto de producción de un resultado es necesaria la concurrencia de dos factores: en primer lugar, que la conducta resulte apta *bajo determinadas condiciones* para dicha producción (p. ej. disparar es una conducta con la que, dadas determinadas circunstancias, es posible matar; no lo es, por contra, invocar a los dioses para que provoquen una muerte); en segundo lugar, que en el caso concreto concurran las condiciones bajo las cuales la conducta en cuestión adquiere concreta aptitud lesiva (p. ej. la conducta de disparar sólo es apta para causar una muerte si dentro de las posibles trayectorias de la bala se encuentra una persona). Cuando en un supuesto de hecho confluyen una determinada conducta y las condiciones que la hacen apta para originar un resultado, la valoración social entiende que concurre un *riesgo concreto de producción del resultado.*

Trasladados estos requisitos al ámbito del tipo subjetivo, para que pueda afirmarse que alguien ha creado dolosamente un riesgo de producción de un resultado es imprescindible que se cumplan tres requisitos: *en primer lugar*, que el sujeto activo sepa que una conducta, bajo determinadas circunstancias, resulta apta para producir un resultado (*correcto conocimiento de la aptitud lesiva en abstracto*); *en segundo lugar*, que el sujeto sea consciente de que en la situación concreta en la que lleva a cabo tal conducta concurren las circunstancias objetivas que la hacen apta para producir dicho resultado (*correcto «conocimiento situacional»*); *finalmente*, que el sujeto integre los dos anteriores conocimientos en un *juicio de concreta aptitud lesiva*, es decir, que se represente que, si lleva a cabo su conducta bajo las circunstancias dadas, es perfectamente posible que el resultado acaezca[1178].

Por ejemplo,

Para que pueda afirmarse que un sujeto que ha matado a otro de un disparo ha actuado dolosamente debe poder imputarse a dicho sujeto el conocimiento de tres datos: en primer lugar, el conocimiento de que disparar es una conducta apta para matar cuando en las posibles trayectorias de la bala se halla otra persona; en segundo lugar, el conocimiento de que, en la situación concreta en la que efectúa el disparo, se encuentra una persona en las posibles trayectorias de la bala; en tercer lugar, el conocimiento que surge de integrar los dos datos anteriores y que se plasma en un juicio de acuerdo con el cual se advierte que, en caso de disparar, se estará creando un riesgo concreto de alcanzar a alguien y causar su muerte.

[1178] La jurisprudencia del Tribunal Supremo distingue a menudo entre conocimiento de la peligrosidad en abstracto de una conducta —que sólo da pie a la imprudencia— y conocimiento de la peligrosidad en concreto —en la que se fundamenta el dolo. Cfr., al respecto, las SSTS de 24 de octubre de 1989 (A 7744, ponente García Ancos), de 20 de febrero de 1993 (A 1383, ponente Conde-Pumpido Ferreiro), de 16 de enero de 1995 (A 5, ponente De Vega Ruiz) y de 5 de febrero de 1997 (A 698, ponente Martínez-Pereda Rodríguez).

La imputación del conocimiento del primer dato (aptitud abstracta de la conducta) puede hacerse efectiva, en la gran mayoría de ocasiones, a través de la figura de los *conocimientos mínimos* (p. ej. cualquier sujeto imputable y normalmente socializado sabe que disparar es, en según qué condiciones, una conducta apta para matar), o tomando como base determinadas características personales del sujeto (p. ej. un empresario aceitero sabe que la ingestión de anilina es una conducta apta para causar ciertos trastornos en el organismo humano). Por contra, la cuestión que debe analizarse seguidamente es la que hace referencia a las reglas a través de las cuales es posible atribuir a un sujeto el conocimiento de que, en su situación, concurren las circunstancias que convierten a su conducta en apta para producir un determinado resultado, es decir, *la imputación del aquí denominado correcto «conocimiento situacional»*. Los criterios para la imputación del tercer factor necesario para el dolo en los tipos de resultado —el juicio de concreta aptitud lesiva— serán expuestos en el siguiente Capítulo.

Evidentemente, lo que se diga en este apartado también debe servir para aquellos tipos que no exigen resultado alguno, sino, simplemente, que el sujeto realice una determinada actividad con conocimiento de algunas circunstancias de la situación en que la lleva a cabo. En estos supuestos también resultan válidos los criterios que aquí se aportan para la atribución al sujeto activo de un correcto «*conocimiento situacional*».

XVI.2. CRITERIOS DE IMPUTACIÓN DEL «CONOCIMIENTO SITUACIONAL»

Como se ha dicho, la cuestión a analizar en este apartado son los criterios que deben emplearse para imputar a un sujeto el correcto conocimiento de las circunstancias que conforman la situación en la que lleva a cabo un determinado comportamiento. En algunos casos tal conocimiento puede ser imputado recurriendo a criterios ya conocidos: las *transmisiones* y *exteriorizaciones del conocimiento.*

Por ejemplo,

El sujeto que dispara sabe que posiblemente se encuentra alguien en la trayectoria de la bala porque fue advertido por un tercero antes de disparar (transmisión previa de conocimientos), *o porque antes de apretar el gatillo él mismo demostró con sus palabras que era conocedor de la presencia de hipotéticas víctimas* (exteriorización previa)[1179].

[1179] Cfr., en este sentido, la STS de 18 de noviembre de 1994 (A 9209, ponente Conde-Pumpido Ferreiro) en la que se afirma que «hacer un disparo expresa y voluntariamente dirigido al lugar donde se encontraban personas y habiendo dicho momentos antes "iros

En otros casos la base para la imputación de un «*conocimiento situacional*» correcto puede venir dada por ciertas características personales del sujeto. Así, por ejemplo, a todo conductor se le debe atribuir el conocimiento de que tras una curva o un cambio de rasante sin visibilidad puede aparecer otro automóvil o, a quien envía un paquete-bomba, la consciencia de que éste pasará por las manos de cierto número de empleados de correos. En muchos de estos casos el recurso a las características personales del acusado proporciona criterios suficientes para la imputación del conocimiento de la situación en que se actúa. Sin embargo, pueden presentarse otros supuestos en que no se cuente con una base fáctica que permita imputar tal conocimiento a través de una *transmisión previa*, de una *exteriorización* o de características personales. La posibilidad de imputación de un correcto «*conocimiento situacional*» cuando no pueda recurrirse a los criterios ya expuestos es la principal cuestión que debe analizarse en este apartado.

Cuando se trata el tema del «*conocimiento situacional*» no es necesario entrar a analizar la cuestión relativa a si el sujeto ha sido consciente de sus propios actos en el momento de efectuar el comportamiento típico. El análisis del tipo subjetivo siempre se lleva a cabo con posterioridad al de la acción y, dado que según opinión generalizada, sólo son acciones relevantes desde un punto de vista jurídico-penal aquéllas que se realizan conscientemente, en el ámbito de la imputación de conocimientos se parte siempre de la base de que el sujeto ha obrado con consciencia de sus propios actos, entendido aquí el término «actos» en el sentido de «movimientos corporales»[1180]. Dicha autoconsciencia se atribuirá incluso con anterioridad a los *conocimientos mínimos*: si el sujeto no hubiera actuado con ella (p. ej. por sonambulismo o hipnosis) ya no se habría llegado al nivel de análisis del tipo subjetivo, por ser su acción jurídico-penalmente irrelevante. Más allá de la propia consciencia de su conducta, en el presente apartado se trata de determinar cuándo se puede imputar a un sujeto el conocimiento de los factores objetivos que configuran la situación en que ha actuado.

Por ejemplo,

El único hecho probado radica en que el acusado disparó con un arma de fuego contra unos arbustos, sin que quedase claro si al apretar el gatillo sabía que detrás de ellos se encontraba la persona a quien hirió

de aquí que os pego un tiro", revela, benévolamente considerando, un dolo eventual de alcanzar y, al menos, lesionar a quienes se ocultaban tras el seto al que se dispara». En este caso la imputación del «*conocimiento situacional*» (presencia de personas en una posible trayectoria del disparo) se lleva a cabo a partir de una *exteriorización previa* del conocimiento por parte del autor.

[1180] Cfr., por todos, MIR PUIG, *Derecho penal*, pp. 192-193, en España, y CRAMER, *S/S*, previo al § 13, n.º marg. 39, en Alemania.

mortalmente. El acusado declara simplemente no haber tenido la más remota idea de que detrás de dichos arbustos se encontraba una persona.

El punto clave para dar un tratamiento adecuado a la cuestión que aquí se plantea pasa por establecer cómo adquiere conocimiento cualquier individuo de los elementos objetivos que configuran la realidad que le rodea. Tal adquisición (a falta de *transmisiones de conocimiento* por parte de otros sujetos, o fuera de los casos en que determinados conocimientos forman parte de la propia experiencia) se materializa a través de la *percepción sensorial*: antes de disparar, el sujeto puede adquirir el conocimiento de que en la posible trayectoria de la bala se encuentra otra persona si la ve con sus propios ojos en tal momento o, aunque no la esté viendo directamente, si la oye hablar[1181]. Como es evidente, rigen también en este ámbito las valoraciones sociales sobre en qué situaciones se considera incuestionable que alguien ha aprehendido sensorialmente algo, y no la constatación de dicha aprehensión como fenómeno psico-físico efectivamente acaecido.

Para poder imputar a un individuo el conocimiento de la ubicación de un objeto es necesario, como presupuesto objetivo, que pueda acreditarse que tal objeto se encuentra en una situación tal que su presencia *por fuerza* ha tenido que haber sido captada sensorialmente por dicho individuo. En este ámbito se trabaja con reglas de imputación del tipo «si el sujeto estaba situado en una posición P con respecto al objeto O, ha conocido necesariamente la ubicación espacial de O». La corrección de dichas reglas exige que la relación existente entre la posición del sujeto y la del objeto sea tal que, desde un punto de vista social, simplemente no resulte creíble que la presencia de dicho objeto no haya sido percibida por el sujeto[1182]. Cuando no pueda descartarse una eventual inadvertencia, la posibilidad de imputación decae.

Por ejemplo,

Debe imputarse al autor de unos disparos el conocimiento de que en la trayectoria de éstos se encontraba otra persona cuando, por ejemplo, dicha persona se hubiera situado ante el autor sin que entre ellos se in-

[1181] Cfr. la STS de 16 de julio de 1990 (A 6725, ponente Díaz Palos): «si en los hechos probados se afirma que tan pronto como oyó el recurrente la voz de ¡Alto Policía!, giró su arma hacia el lado izquierdo del que provenía dicha voz y simultáneamente realizó el disparo en tal dirección, es claro que desde ese momento conocía la cualidad personal de que estaba revestido el policía que así le intimaba para entregarse».

[1182] Un ejemplo en este sentido puede encontrarse en la STS de 30 de enero de 1989 (A 606, ponente Bacigalupo Zapater), en la que se sostiene que un sujeto que ha tenido un arma en su poder, cargándola además con proyectiles adecuados, «seguramente ha visto con sus ojos que el número estaba borrado y, por lo tanto, ha tenido conciencia de detentar un arma carente de número» (en referencia a la exigencia del tipo del art. 255.1 CP73).

terpusiera obstáculo alguno que pudiera haber impedido la visibilidad y con una iluminación suficiente. Hace falta además acreditar que el autor dirigió su mirada en la dirección en que se encontraba la futura víctima. Por contra, no será posible tal imputación cuando, dado el caso, entre autor y víctima se interponga un objeto que imposibilite al primero la captación visual de la segunda, o cuando las condiciones de visibilidad impidan una mínima captación visual. En estos supuestos deberán intentarse otras vías de imputación y, si con éstas no se obtienen conclusiones incontrovertidas, la imputación no podrá llevarse a cabo.

Las anteriores exigencias pueden variar cuando la presencia del objeto pueda ser percibida por sentidos distintos a la vista (p. ej. se oye a una persona gritar, aunque no se la ve). En este caso, procederá la imputación cuando, dada la ubicación del sujeto, éste necesariamente haya advertido el lugar en que se encontraba el objeto.

Las anteriores afirmaciones deben someterse, sin embargo, a algunas precisiones. En primer lugar, es evidente que las reglas de imputación que pueden ser empleadas en este ámbito parten de que el sujeto de la imputación es un individuo cuyas capacidades sensoriales funcionan correctamente. Dichas reglas pueden no valer en los supuestos en que entre el *factum* objetivo de la sentencia conste que el acusado padece determinados transtornos en su percepción sensorial, de tal modo que ya no pueda afirmarse de forma inequívoca que no ha podido pasar por alto la ubicación espacial de un determinado objeto[1183]:

Por ejemplo,

Una persona que padece sordera total practica el tiro al blanco contra una diana situada delante de unos espesos arbustos. De detrás de los arbustos, y sin que se llegue a ver a nadie, se oyen gritos pidiéndole que no dispare. Dada la sordera del sujeto, en este caso no podrá serle imputado el conocimiento de que se encontraba alguien tras la diana, a no ser que consten transmisiones previas o exteriorizaciones. La imposibilidad de imputación lleva a negar su correcto «conocimiento situacional» y, por tanto, el dolo de lesiones si a consecuencia del disparo se hiere a alguien.

Una situación parecida a la anterior se da en aquellos supuestos en que son los factores ambientales los que permiten poner en duda que el sujeto necesariamente haya aprehendido sensorialmente los factores objetivos que integraban la situación en la que actuó:

[1183] Cfr., al respecto, FREUND, *Normative Probleme*, p. 32 y SCHEWE, «"Subjektiver Tatbestand" und Beurteilung der Zurechnungsfähigkeit», *Lange-FS*, Berlín, Nueva York, 1976, p. 695. En este sentido, en la STS de 12 de julio de 1990 (A 6363, ponente Vivas Marzal) se afirma: «lo cierto es que, en el momento de la acción, hallándose presente, y en actitud cooperante, el acusado Francisco Javier S.H., tuvo que conocer, necesariamente, que uno de sus correos, para la mejor ejecución del hecho punible, estaba exhibiendo, con fines intimidatorios, una navaja, *circunstancia que sólo pudo ignorar siendo invidente o disminuido psíquico en grado agudo*» (cursiva añadida).

Por ejemplo,

El acusado disparó en dirección a unos arbustos en los que se encontraba otra persona a la que alcanzó mortalmente. Dado lo avanzado de la hora en que sucedieron los hechos, la oscuridad prácticamente total en que se encontraba el bosque y la considerable distancia desde la que se disparó no es posible afirmar con certeza que el sujeto necesariamente advirtiera que entre los arbustos se encontraba otra persona[1184].

En supuestos como el anterior resulta evidente que será necesaria una relación de proximidad entre sujeto y objeto más intensa que en los casos normales para poder seguir considerando que, inequívocamente, el primero ha captado la ubicación del segundo, lo que deberá traducirse en unas mayores exigencias con miras a la posible imputación del conocimiento. Sin embargo, la imputación puede mantenerse en todos aquellos supuestos en que, pese a que ya no sea posible afirmar que el sujeto cuenta con una percepción sensorial actual de la situación en que se encuentra un determinado objeto, el escaso tiempo transcurrido entre la percepción previa y la realización del hecho típico indica que la ubicación espacial de dicho objeto no ha podido variar sustancialmente, de tal modo que el sujeto ha tenido por fuerza que contar con que el objeto previamente conocido no haya modificado en lo esencial su posición.

Por ejemplo,

Alguien que se dispone a disparar hacia unos arbustos oye voces tras de éstos y, pocos segundos después, dispara. Aunque en el momento del disparo ya no se oye nada, la proximidad temporal existente entre la percepción sensorial anterior permite mantener la imputación del conocimiento de que tras los arbustos podía encontrarse otra persona. La misma idea sirve para imputar tal conocimiento a quien, por ejemplo, dispara con la luz apagada hacia el lugar donde, pocos segundos antes y con la luz encendida, ha podido ver a otra persona.

Las muy diversas situaciones en que puede plantearse el problema de la imputación de un correcto «*conocimiento situacional*» hacen difícil una descripción más precisa de todas las posibles variantes. En cualquier caso, debe haber quedado expuesto el criterio fundamental a la luz del cual deberá juzgarse la corrección de los diversos juicios de imputación

[1184] Interesante a este respecto la STS de 27 de junio de 1995 (A 4583, ponente Bacigalupo Zapater): si un sujeto dispara en una determinada dirección, rebotando el proyectil y alcanzando a una persona que se encuentra totalmente fuera de la trayectoria previsible de la bala, no puede afirmarse un «*conocimiento situacional*» correcto ni, por tanto, dolo de matar o lesionar. En contra de esta idea la sentencia citada, en la que se afirma el dolo de lesionar y se niega el de matar de acuerdo con la idea de que «el peligro de rebote es adecuado a la experiencia». Sin embargo, si el sujeto hubiera conocido el peligro de rebote debería haber sido consciente de que su conducta era también apta para matar, del mismo modo que lo era para lesionar.

imaginables: *la ubicación espacial de sujeto y objeto del conocimiento debe ser tal que no resulte pensable que el primero no haya advertido la ubicación del segundo.*

XVI.3. IMPUTACIÓN DEL «CONOCIMIENTO SITUACIONAL REFLEXIVO»

En el anterior apartado se han aportado criterios para atribuir a un sujeto la consciencia de la ubicación espacial de determinados objetos. En tales supuestos procede imputar cuando la ubicación del objeto sea tal que su presencia por fuerza deba haber sido captada sensorialmente por el destinatario de la imputación. Sin embargo, y junto con estos casos, existen otros en que para afirmar el dolo no basta con que un sujeto perciba por sus sentidos la ubicación de un objeto, sino que es necesario que conozca determinadas características de tal objeto a partir de un acto intelectual que va más allá de la mera percepción sensorial, pues el conocimiento de tales características requiere una cierta reflexión o valoración de datos previamente aprehendidos a través de los sentidos [1185].

> *Por ejemplo,*
> *El acusado vendió cierta cantidad de droga a un sujeto de diecisiete años de edad. Ante la posible aplicación del subtipo agravado del art. 369.1º CP (facilitación de drogas tóxicas a menores de edad), debe establecerse si dicho acusado se representó que su comprador era menor de dieciocho años* [1186].

A falta de *exteriorizaciones, transmisiones de conocimientos* o de un estrecho vínculo entre los dos sujetos que permita atribuir al acusado el conocimiento de la menor edad del comprador, la posible atribución de los conocimientos requeridos por el subtipo agravado debe analizarse en el ámbito del «*conocimiento situacional*». En este sentido, no basta con que el sujeto activo sea consciente de estar vendiendo droga a otra persona, sino que es necesario que, a partir de determinadas características externas del comprador, llegue a la conclusión de que éste es (o puede

[1185] Desde luego no se pierde de vista que todo conocimiento exige cierta valoración o reflexión (p. ej. quien oye una voz tras unos arbustos debe realizar un acto de valoración para deducir que, si se ha oído tal voz, es porque tras los arbustos se encuentra una persona). Sin embargo, y partiendo de esta idea, es posible diferenciar entre dos situaciones: unas en que la valoración va prácticamente implícita a la percepción sensorial y otras en que es necesario un acto intelectual más detenido por parte del sujeto. Desde el punto de la psicología esta división puede parecer arbitraria; pero tiene indudable arraigo en el esquema social de interpretación.

[1186] Un supuesto como éste se resuelve en la STS de 15 de noviembre de 1997 (A 7862, ponente García Ancos).

ser) menor de edad. La idea de la captación sensorial no resulta suficiente en estos casos, pues la edad de una persona no es un dato que pueda captarse de forma inmediata por los sentidos, sino que exige una cierta reflexión. En estos supuestos es necesario, en primer lugar, que el sujeto haya captado sensorialmente determinadas características objetivas del citado comprador y, en segundo lugar, que el conocimiento de tales datos hayan llevado al sujeto activo a juzgar correctamente su edad. La imputación del primer tipo de conocimiento se reconduce a los criterios ya expuestos para la cuestión del «*conocimiento situacional*».

La problemática que debe abordarse en este ámbito es la que hace referencia al segundo momento, es decir, a las dudas que pueden surgir acerca de si, aparte de haber captado sensorialmente ciertos datos objetivos, el sujeto se ha valido de ellos para realizar correctamente determinadas valoraciones o reflexiones. Cuando se acude al inequívoco sentido social como criterio clave en esta materia, las posibles imputaciones de conocimiento deben respetar una exigencia evidente: *es necesario que, a la luz del conocimiento (previamente imputado) de determinados datos objetivos, desde un punto de vista social no se entienda posible que el sujeto haya dejado de realizar una determinada valoración o reflexión.*

En este sentido, no resulta imaginable, por ejemplo, que quien ha vendido droga a un comprador de doce años de edad haya dejado de representarse la posibilidad de que éste tuviera menos de dieciocho años. Esta hipótesis sólo podría aceptarse en aquellos supuestos en que la apariencia de dicho comprador hubiese sido tal que, desde una perspectiva social, se entendiera posible haberle considerado (erróneamente) mayor de edad [1187].

La idea del «conocimiento reflexivo» tiene un gran interés en todo aquello que respecta a una modalidad delictiva en que la problemática de la «determinación del dolo» presenta una especial importancia práctica: *el delito de receptación y las conductas afines a éste* (art. 298 ss CP),

[1187] Lo que no siempre tiene por qué admitirse aunque el comprador esté cerca de los dieciocho años, como parece entender el Tribunal Supremo en su sentencia de 15 de noviembre de 1997 (A 7862, ponente García Ancos) cuando afirma que «es imposible aceptar que el encausado pudiera prever de modo ni siquiera aproximado que la venta (mínima venta) de la droga la estaba realizando a un menor de edad, dado que éste tenía prácticamente 17 años». Cfr. en este ámbito las consideraciones de ROXIN, *Strafrecht*, § 12, n.º marg. 28, acerca del conocimiento de la edad de la víctima en los delitos sexuales. Cfr. también sobre este tema DE VICENTE REMENSAL, «Error sobre la edad y error sobre otros elementos típicos en los delitos contra la honestidad: exposición y crítica de la posición jurisprudencial», *PJ*, 8 (1987), p. 77: «la percepción, al menos probable, de la edad, es aprehensible muchas veces a simple vista, y sobre todo cuando se trata de sujetos que rondan los doce años, salvo, claro está, en los casos en que un precoz y excesivo desarrollo físico origine una gran desproporción entre la edad real y la aparente». Sobre el conocimiento de la condición de oligofrénica de la víctima de un delito de abusos deshonestos, cfr. la STS de 30 de octubre de 1980 (A 3654, ponente Huerta y Álvarez de Lara).

unos tipos delictivos cuya efectiva aplicación requiere que el sujeto activo haya sido consciente de que determinados bienes guardan relación con la comisión previa de ciertos delitos en los que no haya intervenido ni como autor ni como cómplice [1188]. En estos supuestos no basta con que el sujeto sea consciente de que adquiere un determinado objeto, sino que a partir de ciertas características de éste le debe poder ser imputado el conocimiento de su origen delictivo. El principal indicio en que suele basarse la jurisprudencia para afirmar en estos casos el conocimiento es el bajo precio («precio vil») pagado por el producto, lo que puede plasmarse en una regla de acuerdo con la cual «cualquier persona que compra objetos a muy bajo precio se representa por lo menos la posibilidad de que éstos provengan de la previa comisión de un hecho delictivo» [1189]. Sin embargo, si esta regla no se complementa adecuadamente resulta aplicable únicamente a aquellos (escasos) supuestos en que el precio pagado sea tan ridículo que resulte inimaginable que cualquier comprador no se haya planteado por lo menos la posibilidad de que el objeto proviniera de un hecho delictivo [1190]. En los restantes supuestos no puede des-

[1188] Sobre el dolo en el delito de receptación, cfr. FREUND, *Normative Probleme*, p. 36. Sobre los datos en que suele basarse la jurisprudencia española para afirmar que el autor de un delito de receptación o blanqueo de dinero es conocedor de que los bienes que adquiere provienen de una comisión delictiva previa, ver PÉREZ MANZANO, «El tipo subjetivo en los delitos de receptación y blanqueo de dinero», en MARTÍNEZ ARRIETA (dir.), *El encubrimiento, la receptación y el blanqueo de dinero. Normativa comunitaria*, Madrid, 1994, pp. 237-238. Una perspectiva de la problemática en Alemania, en ARZT/WEBER, *Strafrecht. Besonderer Teil*, vol. 4, Bielefeld, 1980, p. 123. Según estos últimos autores, los indicios más habituales para afirmar el dolo son el irrisorio precio de la cosa y la anómala relación entre el vendedor y los productos que éste ofrece (p. ej. un vagabundo que vende cámaras fotográficas). Sobre los problemas que planteaba la antigua regulación alemana, en la que bastaba con que, de acuerdo con las circunstancias, el autor hubiera «debido suponer» que los bienes procedían de la comisión previa de un delito, cfr. BOCKELMANN, «Der Nachweis des Hehlervorsatzes», *NJW*, 1954, p. 1745 ss. Cfr., igualmente, VEST, *Vorsatznachweis und materielles Strafrecht*, Berna, Francfort d.M., Nueva York, París, 1986, p. 141 ss, haciendo referencia al Derecho suizo.

[1189] Sobre el indicio del «precio vil» en la prueba del dolo de los delitos de receptación, cfr. MONER MUÑOZ, en *Elementos subjetivos*, p. 151. Especialmente interesante la STS de 13 de diciembre de 1990 (A 9482, ponente De Vega Ruiz): «la experiencia enseña que quien vende fuera de situaciones habituales objetos por precios reconocidamente inferiores a los normales, afirma, casi de una manera concluyente, que tiene razones no confesables para renunciar a lo que sería el precio justo». Cfr., igualmente, entre otras muchas, las SSTS de 7 de noviembre de 1997 (A 7844, ponente Granados Pérez), 3 de diciembre de 1997 (A 8863, ponente Martín Canivell) y 12 de diciembre de 1997 (A 8793, ponente Granados Pérez). Sobre otros indicios de los que se vale la jurisprudencia en estos casos cfr. CARMONA SALGADO, «La receptación», en MARTÍN PALLÍN (dir.), *Delitos contra la propiedad: aspectos problemáticos*, Madrid, 1995, p. 259 ss.

[1190] En este sentido, cfr. la STS de 30 de marzo de 1990 (A 2661, ponente Bacigalupo Zapater), en la que se infiere el conocimiento de que el objeto adquirido podía provenir de la previa comisión de un hecho delictivo a partir de la enorme desproporción entre el valor del objeto y el precio pagado.

cartarse la hipótesis de que el comprador haya considerado especialmente ventajosa la cantidad exigida, pero sin haber reparado en el posible origen del bien [1191].

En cualquier caso, el conocimiento debe atribuirse por principio en aquellos supuestos en que el objeto que se adquiere revista unas características que socialmente se asocien incontrovertidamente a un origen delictivo [1192]. También puede resultar determinante desde el punto de vista social el hecho de que el objeto de la compraventa sea uno de los habituales objetivos de la delincuencia patrimonial, o el dato de que haya sido adquirido en lugares poco habituales para la venta de determinados productos [1193]. A menudo, sólo podrán obtenerse criterios de imputación con incontrovertida vigencia social si al dato del precio se añaden circunstancias como las citadas. En cualquier caso, también en este ámbito resulta necesario que se desarrollen por la jurisprudencia reglas que permitan determinar de forma regular qué factores objetivos deben concurrir para que se considere inequívoco que un sujeto se ha representado por lo menos la posibilidad de que el objeto que adquiere procede de la previa comisión de un hecho delictivo. La frecuente concurrencia de datos objetivos bastante similares debe permitir que tal tarea pueda llevarse a cabo sin demasiadas dificultades.

Finalmente, conviene hacer mención expresa de los casos en que la imputación de un correcto «*conocimiento situacional reflexivo*» requiere la concurrencia de dos requisitos: percepción sensorial de determinadas circunstancias y ciertas características personales del sujeto de la imputación. En estos supuestos se parte de la idea de que sólo determinadas personas que reúnen suficiente cualificación sobre algunas materias son capaces de valorar de forma correcta ciertos conocimientos percibidos. O,

[1191] Cfr. la interesante STS de 18 de noviembre de 1993 (A 8640, ponente Martínez-Pereda Rodríguez), en la que se distinguen los supuestos en que un objeto se vende a un «precio vil» («indicio gravemente incriminatorio y capaz de hacer aflorar el delito de receptación» caracterizado por la «situación de vileza, mezquindad o despreciable valoración económica de la cosa vendida») de los casos en que simplemente se vende a un «buen precio», en que este dato no tiene prácticamente ningún valor para atribuir a un sujeto el conocimiento del origen del objeto adquirido. Una visión crítica de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la «determinación del dolo» en los delitos de receptación en BELLOCH JULBE, en *La sentencia penal*, pp. 78-79.

[1192] Así la STS de 7 de junio de 1997 (A 4875, ponente Montero Fernández-Cid), en la que se atribuye a un sujeto el conocimiento del origen delictivo de los diecisiete radiocasetes que poseía a partir del hecho de que todos ellos tuvieran los cables arrancados.

[1193] El sentido social del hecho no es desde luego el mismo cuando el objeto de la compraventa es, por ejemplo, una radio de automóvil que cuando se trate, dado el caso, de un libro usado y dicho sentido también cambia dependiendo de que el lugar de adquisición sea un comercio dedicado a la venta de objetos como el adquirido o, por contra, la compra se materialice en plena calle.

dicho a la inversa, que sólo en los sujetos que no cuentan con dicha cualificación se acepta la posibilidad de desconocimiento.

Por ejemplo,

Quien abate ejemplares de una especie cuya caza no está autorizada expresamente realiza la conducta prevista en el art. 335 CP. La realización dolosa de este tipo requiere que el cazador conozca que el espécimen contra el que dispara forma parte de tales especies. Tal conocimiento es muy dudoso en el caso en que quien realiza los disparos sea un cazador con escasa experiencia, pero puede imputarse cuando se trate de un cazador muy experimentado y conocedor de las especies que habitan en una determinada zona y de sus características[1194].

Con respecto al delito de receptación, ciertas características personales del sujeto pueden permitir imputarle el conocimiento del origen delictivo de determinados objetos, una imputación que no sería posible en otros casos. Así, por ejemplo, en el supuesto en que alguien compra un reloj robado a bajo precio, el sentido social del hecho cambia notablemente en función de si el comprador es un especialista en relojes o un absoluto profano en la materia[1195]. También en este ámbito la adición de ciertas características personales del sujeto al indicio del «precio vil» debe permitir obtener criterios de atribución del conocimiento con inequívoca vigencia social.

[1194] Cfr. la interesante sentencia de la Audiencia Provincial de La Rioja de 21 de noviembre de 1997 (*AP-Audiencias,* 2 (1998), ponente Araujo García). Un cazador abate un mirlo común, especie cuya caza no está autorizada. El tribunal acredita el dolo a partir del dato de que el acusado era un cazador con más de treinta y cinco años de experiencia. La alegación de que confundió el mirlo con una malviz no prospera, por no ser éstas «dos especies confundibles y menos para un cazador experto, al distinguirse por el color, por el vuelo y por el canto».

[1195] Interesante a este respecto la argumentación de la STS de 9 de junio de 1992 (A 4893, ponente Barbero Santos): «es evidente que una persona que desde hace más de un cuarto de siglo se dedica a la compraventa de libros antiguos, que quien se los vende —en 20, 30 ó 40 veces— se niega a identificarse —ni le firma un recibo haciendo constar que son de su propiedad—, que lo adquirido fue, al menos, diez obras de los siglos XV al XIX, y un conjunto de 4.073 láminas del siglo XVIII y 1.714 y 1.984 grabados en color blanco y negro, también del siglo XVIII, valorado en 56 millones de pesetas, y por lo que abonó de 800.000 a un millón de pesetas, que tenían el sello del Museo de Ciencia que hace desaparecer para evitar su identificación, conoce plenamente que tales obras tienen una procedencia ilícita». También resulta interesante la STS de 17 de febrero de 1992 (A 1192, ponente Puerta Luis), en la que se recurre como base indiciaria para afirmar el dolo de receptación al hecho de que el acusado fuera un «economista» y estuviera «introducido en el mundo de los anticuarios».

XVII. LA INTEGRACIÓN DE LOS CONOCIMIENTOS PREVIAMENTE IMPUTADOS EN UN JUICIO DE CONCRETA APTITUD LESIVA: DETERMINACIÓN DEL DOLO DEL RESULTADO

XVII.1. PLANTEAMIENTO

Los diversos criterios desarrollados en los Capítulos anteriores permiten resolver no pocos de los supuestos que pueden presentarse en la práctica. Cuando en tales supuestos concurran los datos objetivos que hacen posible aplicar alguna de las reglas de imputación del conocimiento que responden a las estructuras ya expuestas, podrá afirmarse el dolo del sujeto con respecto a aquellas circunstancias del tipo cuyo conocimiento venga atribuido por dichas reglas. La suficiencia de estas últimas parece especialmente evidente cuando se trata de determinar la concurrencia de dolo respecto de tipos penales en que las circunstancias que deben ser abarcadas por el conocimiento del sujeto tienen una existencia efectiva anterior o simultánea al momento de realización del hecho típico.

Por ejemplo,

Para el dolo del delito de hurto (art. 234 CP) basta con que el sujeto sepa que la cosa de la que se apropia es una cosa mueble ajena y, además, que dicha apropiación se lleva a cabo sin la voluntad del propietario. Para afirmar el dolo del empleado de un supermercado que se lleva a su casa una parte de la mercancía basta con recurrir a las reglas de imputación según las cuales, todo empleado sabe que las mercancías del supermercado no le pertenecen y sabe también que su propietario no permite que nadie se apropie de tales objetos sin su autorización.

Por otra parte, y como se ha expuesto ya en el Capítulo anterior, en determinados tipos penales —los tipos de resultado— no basta con que el sujeto conozca aisladamente determinadas circunstancias, sino que es

necesario que estos conocimientos singulares se integren en un juicio que atribuya a una conducta, en la concreta situación en que ésta se lleva a cabo, la aptitud de producir el resultado requerido por el tipo. Son éstos tipos penales en que una circunstancia —el resultado— aún no existe en el momento en que el sujeto actúa, por lo que lo más que puede exigirse respecto a él es un juicio de previsión. Dicho juicio debe formarse a partir de la integración del conocimiento de dos factores: en primer lugar, la consciencia de que, en general, la conducta que se realiza supone, bajo determinadas circunstancias, la creación de un riesgo apto para producir un específico resultado; en segundo lugar, un «*conocimiento situacional*» correcto, es decir, la consciencia de que concurren en el caso concreto las circunstancias objetivas que hacen que el comportamiento resulte apto para causar el resultado típico[1196]. Sólo si son imputables al sujeto ambos conocimientos, y sólo si se le puede imputar también la integración de éstos en un *juicio de concreta aptitud lesiva*, puede afirmarse la concurrencia del grado de previsión necesario para afirmar la existencia de dolo con respecto al resultado.

Por ejemplo,

Para afirmar el dolo de homicidio no basta con que el sujeto conozca, por una parte, que un disparo con arma de fuego es en general un medio apto para causar la muerte y, por otra, que delante de él se halla una persona. Además del conocimiento de estos dos factores aislados, en el caso concreto ambos datos deben integrarse en un juicio de acuerdo con el cual, el sujeto advierte que, si efectúa un disparo en la dirección en que se encuentra la otra persona, estará realizando una conducta apta para provocar su muerte.

Cuando consiga acreditarse que, pese a haber conocido aisladamente los factores de riesgo, el sujeto no los ha integrado en un *juicio de concreta aptitud lesiva*, faltará el conocimiento necesario para que pueda afirmarse que ha existido dolo con respecto a la causación del resultado de muerte y, como mucho, concurrirá una realización imprudente[1197]. Di-

[1196] Cfr. en este sentido OTTO, *Grundkurs Strafrecht. Allgemeine Strafrechtslehre*, 5.ª ed., Berlín, Nueva York, 1996, p. 68 y, en general, *supra* V.2, V.4 y XVI.1. FREUND, *Normative Probleme*, p. 33, afirma que «aunque el autor "conociera" en el momento del hecho la peligrosidad general para la vida de su conducta, no puede establecerse todavía que *in concreto* también realizara tal valoración, pues pudo haberse representado circunstancias que hicieran posible una valoración incorrecta». Cfr. también KARGL, *Handlung und Ordnung im Strafrecht*, Berlín, 1991, p. 541, donde se afirma que para la consciencia del hecho no basta con el conocimiento de un peligro en abstracto: además hace falta que en el momento de actuar el autor cuente seriamente con una inminente lesión del bien jurídico.

[1197] Así, la sentencia del BGH de 31 de mayo de 1994 (*NStZ*, 1994, p. 484), donde se afirma que «en el caso concreto es imaginable que quien conoce todas las circunstancias que convierten su acción en un comportamiento peligroso para la vida, no sea sin embargo consciente —a consecuencia por ejemplo de una merma psíquica— de que su conducta puede conducir a la muerte de la víctima». Este razonamiento debe tenerse por correcto, aunque la apelación ejemplificativa a la concurrencia de una «merma psíquica» resulte harto discutible (cfr. *supra* X.2.C.2 e *infra* XVII.2.B).

cha acreditación, como es evidente, no puede pasar por intentar averiguar si el juicio de aptitud lesiva efectivamente se ha materializado en lo intrincado de la psique del sujeto, sino por ver si, acreditados determinados datos objetivos, procede imputar a dicho sujeto la realización del juicio requerido.

En el ámbito de los *conocimientos mínimos* se ha expuesto que la consciencia de algunos riesgos forma parte de aquel conjunto de conocimientos que, desde el punto de vista social, se entiende que concurre en cualquier sujeto imputable[1198]. Del mismo modo, al hacer referencia a la imputación de conocimientos en virtud de las características personales del sujeto, se ha añadido que el conocimiento de la peligrosidad de determinadas conductas puede formar parte de los conocimientos propios de un individuo de acuerdo, por ejemplo, con la profesión que éste ejerce[1199]. Dichas formas de imputación, sin embargo, sólo permiten atribuir al sujeto el conocimiento *en abstracto* de los riesgos que se asocian a determinadas actividades; por contra, de lo que se trata en este Capítulo es de analizar si dicho sujeto ha constatado la concurrencia de tales riesgos *en la situación concreta* en la que ha llevado a cabo su actuación. El conocimiento en abstracto de la peligrosidad de una conducta no concretado en un juicio sobre la situación en que se actúa no sirve para fundamentar el dolo del resultado, sino sólo la imprudencia[1200].

Por ejemplo,

Se puede imputar a todos los conductores el conocimiento de que realizar un adelantamiento en carretera a pocos metros de un cambio de rasante es una conducta que puede generar un riesgo para la vida de otras personas (los pasajeros del propio coche y los del vehículo que, sin haber sido visto, puede acercarse en sentido contrario). Sin embargo, si finalmente se produce una colisión con muertes no parece descabellado pensar que el conductor pudo no haberse representado que su concreto adelantamiento fuera una conducta apta para provocar varios resultados mortales.

Dicha integración tampoco podrá ser imputada cuando no haya sido posible atribuir al sujeto el conocimiento de determinados «datos situacionales» sobre los que debía apoyarse el *juicio de concreta aptitud lesi-*

[1198] Cfr. *supra* XII.1.

[1199] Cfr. *supra* XV.

[1200] Esta idea se recoge de forma explícita en la STS de 11 de marzo de 1997 (A 1944, ponente Montero Fernández-Cid), en la que se apunta la vinculación, por un lado, entre peligro representado en abstracto e imprudencia y, por otro, entre peligro representado en concreto y comportamiento doloso. Más referencias jurisprudenciales *supra* XVI.1. Cfr. también *infra* XVII.5 el análisis del dolo de peligro concreto.

va. Así, por ejemplo, la figura de los *conocimientos mínimos* (en sentido estricto) permite imputar al sujeto el conocimiento general de que golpear a otra persona con una piedra en el rostro supone la creación de un riesgo apto para menoscabar su integridad física. Sin embargo, en el caso del paseante que, jugando con su perro a lanzar piedras, lesiona en el rostro a otra persona que aparece repentinamente tras de un árbol, lo que probablemente suceda es que ese conocimiento general con que cuenta el sujeto no haya sido integrado en la situación concreta, al faltar el conocimiento de que en la trayectoria de la piedra se encontraba otra persona. Este desconocimiento da pie a que el sujeto no se representara que con su concreto hecho estaba creando, en tal situación, un riesgo de lesión de la integridad física de otra persona y a que le faltara, por tanto, el dolo del tipo de lesiones. En estos casos basta con acudir básicamente a las reglas de imputación del «*conocimiento situacional*» para negar el dolo del sujeto con respecto al resultado[1201].

Más allá de las anteriores formas de conocimiento, las situaciones que aquí interesan concurren en aquellos casos en que, pese a haber conocido un sujeto todos los factores aislados que le habrían permitido advertir los riesgos ligados a su conducta, se plantea la posibilidad de que, *en la concreta situación* en la que ha actuado, no haya integrado tales factores en un *juicio de concreta aptitud lesiva*. Tal posibilidad puede ponerse de manifiesto recurriendo al siguiente ejemplo:

> *Imagínese el caso en que un individuo, desde la ventana de su casa, se dedica a practicar el tiro al blanco contra una señal de tráfico que se encuentra en una esquina cercana por la que transitan constantemente peatones. En una de tales ocasiones, el tirador (que por supuesto sabe que, en abstracto, un disparo puede ser mortal para otra persona) advierte perfectamente la presencia de peatones cerca de la señal de tráfico, lo que no le impide disparar. La trayectoria de la bala resulta inadecuada y, en lugar de acertar en el blanco, alcanza mortalmente a un peatón. El acusado declara ante el Tribunal que le juzga que, pese a haber sido consciente de la presencia de peatones, no pensó en la posibilidad de errar el disparo, por lo que tampoco atribuyó a su conducta concreta la aptitud para producir la muerte de otra persona.*

La problemática de la *integración de conocimientos* se refiere esencialmente a casos como el anterior, es decir, a supuestos en que, pese a contar el sujeto con el conocimiento aislado de todos los factores de riesgo (peligrosidad abstracta de un disparo más presencia de personas en las posibles trayectorias del proyectil), se plantean dudas acerca de si dicho sujeto ha integrado ambos factores en un juicio de aptitud lesiva referido a su específica conducta. Los casos en que este juicio no se lleva a cabo, pese a contar el sujeto con los elementos que le deberían haber permitido realizarlo, se designarán en adelante con la expresión «*no integración de la concreta aptitud lesiva*». Esta situación concurre cuando un sujeto es consciente de que su conducta entraña en general determinados peligros y conoce también la situación en la que actúa, pero llega a la conclusión (errónea) de que su conducta en particular no resulta apta para producir un resultado lesivo en aquella concreta situación: el sujeto se dice así mismo que «esta conducta es generalmente peligrosa, pero en este caso tal peligro no va a materializarse en el resultado»[1202].

[1201] Cfr. *supra* XVI.

> *Por ejemplo,*
>
> *Un conductor que llega tarde a una fiesta conduce a gran velocidad por una carretera de montaña. En una de las curvas, sin ningún tipo de visibilidad, invade por completo el carril contrario, impactando con otro vehículo que se aproximaba en sentido opuesto y causando, a consecuencia del impacto, la muerte de su conductor*[1203].

En este supuesto de hecho no hay problemas para imputar al conductor el conocimiento del riesgo en abstracto que se deriva del comportamiento consistente en invadir el carril contrario en una curva que carece de visibilidad. Tampoco hay problemas para imputarle la representación de la posibilidad de que a mitad de la curva pudiera aparecer repentinamente otro coche. La atribución de ambos conocimientos se basa simplemente en que, desde un punto de vista social, estos datos forman parte del conocimiento general de cualquier persona que cuenta con el permiso de conducir. La cuestión decisiva para afirmar o negar el dolo del conductor estriba, sin embargo, en determinar si éste integró ambos factores de riesgo o si, por contra, entendió que en su supuesto no concurría riesgo alguno, es decir, si no juzgó que su conducta fuera concretamente apta para causar la muerte de otra persona.

Planteándose esta misma cuestión, *Schmidhäuser* afirma que en el supuesto del conductor concurre una «eliminación mental del riesgo», al haber pensado el sujeto activo que en su caso concreto «no iba a pasar

[1202] KARGL, *Handlung und Ordnung*, pp. 541-542, se muestra de acuerdo con la idea de SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil (Studienbuch)*, 2.ª ed., Tübingen, 1984, p. 228, en el sentido de que el fenómeno de la «eliminación mental» (que viene a corresponderse con la idea de *no integración*) no tiene por qué darse exclusivamente en psiques patológicas. Por contra CRAMER, *S/S*, § 15, n.º marg. 75, entiende que la idea de la «eliminación mental» supone una «ficción inaceptable». Sobre la teoría del dolo defendida por *Schmidhäuser*, cfr. *supra* III.2.

[1203] Caso planteado por SCHMIDHÄUSER, «Die Grenze zwischen vorsätzlicher und fahrlässiger Straftat ("dolus eventualis" und bewußte Fahrlässigkeit)», *JuS*, 1980, pp. 244-245.

nada» [1204]. El problema de esta solución es que no consigue justificar la base teórica en la que se fundamenta: ni se aporta una explicación a nivel empírico (constatación psicológica de la eliminación mental), ni tampoco a nivel de imputación, por lo que los argumentos que se emplean para llegar a la solución final parecen derivarse de una mera intuición *ad hoc*. El recurso empírico plantearía, con toda seguridad, los interrogantes de siempre, por lo que todo indica que sólo el recurso a la imputación social de conocimientos puede arrojar luz sobre esta compleja cuestión [1205]. En consecuencia, lo que procede en este Capítulo es desarrollar criterios que permitan determinar en qué situaciones, desde un punto de vista social, se entiende posible una *no integración de la concreta aptitud lesiva* y en cuáles, por contra, debe imputarse al sujeto la integración de conocimientos necesaria para el dolo del resultado.

XVII.2. CRITERIOS GENERALES

A) ¿Una única regla?

Cuando menos de dudosa debe calificarse la posibilidad teórica de formular una única regla general que permita aportar una solución convincente para todos los supuestos en que se plantean dudas acerca de la integración de la concreta aptitud lesiva de una conducta por parte de quien la ha llevado a cabo. A favor de tal posibilidad podría apelarse a la idea de que el individuo que conoce un riesgo en abstracto y que conoce también todos los datos de la situación en la que actúa, necesariamente tiene que integrar ambos factores en un *juicio de concreta aptitud lesiva*, cuando así lo habría hecho cualquier persona racional. En este sentido, puede plantearse la idea de que, en el ámbito de la comunicación social, se parte de que los sujetos imputables son seres racionales y una consecuencia del reconocimiento de tal racionalidad se plasma en la presunción de que el sujeto que conoce todos los datos concernientes a

[1204] SCHMIDHÄUSER, *JuS*, 1980, p. 244, afirma que el conductor «quiere llegar en cualquier caso a la fiesta, y no quedarse en el camino a causa de un accidente; prefiere, por tanto, llegar un poco tarde a no llegar en absoluto, por lo que no conduciría tan aprisa si no partiera de que el infortunio, ahora, aquí y de la manera en que conduce, no va a acaecer». HERZBERG, «Die Abgrenzung von Vorsatz und bewußter Fahrlässigkeit – ein Problem des objektiven Tatbestandes», *JuS*, 1986, p. 250, critica la solución de *Schmidhäuser* afirmando que, si bien el recurso a la eliminación mental puede coincidir en muchos casos con la realidad psicológica del autor, «como argumentación jurídica, no convence».

[1205] La incapacidad de las ciencias empíricas para resolver estos casos es una idea que comparte también PRITTWITZ, *JA*, 1988, p. 494, quien afirma que la eliminación mental del riesgo es un fenómeno que seguramente puede darse en la realidad, pero no está claro «cómo el Derecho penal debe y puede "determinar" semejante interioridad psíquica».

los riesgos propios de una determinada conducta y reconoce a la vez perfectamente la situación en la que actúa, necesariamente debe llevar a cabo un *juicio de concreta aptitud lesiva* cuando el conocimiento de tales factores habría llevado a que un espectador objetivo formulara también semejante juicio. Dicho de un modo expresivo, puede sostenerse que el sujeto racional que conoce todos los factores aislados de una suma, por fuerza conoce también el resultado de ésta.

Dar por bueno el anterior argumento implicaría imputar por principio la realización del *juicio de concreta aptitud lesiva* a todos aquellos sujetos que hubieran conocido en abstracto el riesgo inherente a su conducta, así como los factores integrantes de la situación en que ésta se ha llevado a cabo. Una única regla bastaría para resolver la «determinación del dolo» en este ámbito: «quien conoce que una conducta es peligrosa bajo determinadas circunstancias y conoce también que tales circunstancias concurren en la situación concreta en la que actúa, realiza por fuerza un *juicio de concreta aptitud lesiva* y, en consecuencia, la causación del resultado se le debe imputar a título de dolo».

La misma vida cotidiana (y a menudo la propia experiencia personal) muestra, sin embargo, que las anteriores afirmaciones no siempre son ciertas. Como afirma *Freund*, «las valoraciones erróneas de las situaciones objetivas no necesariamente tienen que deberse a tendencias enfermizas sino que, más o menos, es algo que le puede pasar a todo el mundo» [1206]. La posibilidad de que, por los motivos que sean, el sujeto haya podido no integrar los factores de riesgo conocidos aisladamente en un juicio de concreta aptitud lesiva es algo que no puede descartarse por principio: también desde el punto de vista de la valoración social se admite que, en determinados casos, alguien pueda haber errado en la apreciación del potencial lesivo de la conducta que ha llevado a cabo. Si se acepta esta última hipótesis, lo que conviene analizar entonces es en qué específicas situaciones se admite socialmente la posibilidad de *no integración* [1207]. La existencia de una única regla general que resuelva de un

[1206] FREUND, *Normative Probleme*, p. 37. Añade este autor (*ibidem*, p. 38) que una valoración errónea de la situación concreta «sólo puede excluirse cuando se puede afirmar, de acuerdo con la estructura de la personalidad del autor, sus experiencias previas, etc., que en absoluto podía haber realizado una valoración de la situación que no fuera la correcta».

[1207] De este modo deben poder superarse las críticas que habitualmente se dirigen a las teorías que niegan el dolo cuando el autor «elimina mentalmente» la representación del riesgo, por considerar que, al ser tal «eliminación» indemostrable desde un punto de vista empírico, ésta se acaba afirmando a partir de una interpretación del hecho por parte del juez que se presta a todo tipo de manipulaciones. Cfr., en este sentido, PUPPE, *NK*, § 15, n.º marg. 77. Cuando deja de interesar el (imposible) descubrimiento del dato empírico de la *no integración*, se hace posible entrar a discutir en qué casos cabe admitir tales ausencias de integración y en qué casos no, y en la medida en que se establezcan criterios con validez general, desaparece la crítica basada en la posibilidad de manipulación.

modo convincente todos los casos imaginables debe ser en cualquier caso descartada y la solución deberá aportarse atendiendo a las diversas circunstancias objetivas que puedan concurrir en cada supuesto de hecho.

B) Criterios generales para la fijación de la base objetiva

Si bien por los motivos acabados de exponer debe descartarse la posibilidad de resolver el problema de la integración acudiendo a una única regla, por contra, sí parece posible aportar una serie de criterios con validez general para dar un tratamiento adecuado a la presente problemática. Estos criterios se refieren, básicamente, a la trascendencia que conviene atribuir a determinados datos objetivos con miras a basar en ellos la imputación a un sujeto de la realización de un juicio de concreta aptitud lesiva. En este sentido, se trata en primer lugar de determinar qué circunstancias fácticas tienen interés para dicha imputación y, en consecuencia, de descartar todos aquellos datos que no estén en condiciones de proporcionar soluciones inequívocas en este ámbito.

En primer lugar, no viene al caso para la imputación de la integración del conocimiento tomar como base objetiva determinadas características personales del sujeto de la imputación, como todas aquéllas que hacen referencia a si tal sujeto, por regla general, es una persona escrupulosa que tiende a magnificar los riesgos que advierte o si, por contra, se trata de un individuo tan despreocupado que no suele apreciar riesgos allí donde cualquier otra persona mínimamente juiciosa los vería sin demasiadas dificultades. Estas características personales (escrupuloso/despreocupado) pueden tal vez describir cómo se comporta habitualmente una persona, pero no tienen un valor concluyente con respecto a un caso concreto.

Además, apelando exclusivamente a «formas de ser habituales» se pasa por alto la posibilidad de que el escrupuloso ese día no actuara como tal, o de que el despreocupado sí se diera cuenta de la aptitud lesiva de su conducta en aquella ocasión concreta. Una atribución de conocimientos basada en un punto de vista social debe prescindir de estas cuestionables bases objetivas para la imputación, aunque sólo sea por la vaguedad intrínseca a todo juicio de valor sobre la escrupulosidad o la despreocupación de los demás y por lo arbitrario que puede ser determinar en la práctica quién es escrupuloso y quién despreocupado[1208]. Estas

[1208] En contra FREUND, *Normative Probleme*, p. 33, quien entiende que el hecho de que un sujeto tenga una personalidad que le lleve habitualmente a dar poca importancia a ciertos peligros es un factor que no puede dejar de tenerse en cuenta para «determinar» el dolo. También en contra FRISCH, *K. Meyer-GS*, p. 558, quien atribuye a las «disposiciones generales del autor» y a su «actitud fundamental» el carácter de indicio para apreciar una posible infravaloración de riesgos y, por tanto, para negar el dolo. La importancia de determinados aspectos del carácter del autor para la «determinación del dolo» ya fue defendida a finales del siglo pasado por HAGEN, «Der Vorsatz und seine Feststellung», *ZStW*, 19 (1899), p. 178 (nota 56), al afirmar que «cuando nos encontramos ante un carácter superficial e irreflexivo puede ser creíble que el autor no haya contado con el resultado que se representó como probable, mientras que una forma de ser precavida y escrupulosa da pie a la sospecha de que el autor ha contado con el resultado simplemente posible o incluso improbable».

evidentes dificultades llevan a afirmar que, desde el punto de vista de las valoraciones sociales, conviene partir de que en todo sujeto imputable concurre una idéntica aptitud para integrar en situaciones concretas los riesgos conocidos de forma general[1209].

Con la anterior afirmación se aporta un segundo criterio para dar una solución adecuada a uno de los puntos problemáticos advertidos en el concepto cognitivo de dolo propuesto en la Primera Parte de este trabajo, concretamente, para superar las dificultades que suscita el hecho de que un concepto de dolo basado meramente en el conocimiento pueda llevar a castigar a las personas que tienen tendencia a magnificar la entidad de los riesgos y a privilegiar en desmesura a los despreocupados o a los excesivamente optimistas[1210]. Cuando a la condición de escrupuloso o de despreocupado no se le concede valor alguno como posible base objetiva para la «determinación del dolo», tal problema desaparece o, mejor dicho, queda circunscrito al ámbito de lo meramente teórico.

Llevando el anterior razonamiento hasta sus últimas consecuencias, debe negarse valor alguno a efectos de imputación del conocimiento a la «personalidad del autor» entendida ésta en su sentido más amplio, es decir, como equivalente a las expresiones «carácter» o «forma de ser», especialmente cuando estas últimas no lleguen a concretarse en una posición social definida o en una característica personal objetivable. Aparte de las obvias dificultades para determinar exactamente cuál es la «personalidad» de un individuo, no se ve cómo este dato puede influir en el hecho de que deba considerarse a alguien como más o menos capacitado para una integración idónea de conocimientos singulares[1211]. El rechazo

[1209] La aptitud no debe ser por tanto mayor aunque la conducta del sujeto sea de «brutalidad habitual», o su «carácter nervioso y con sentimiento de superioridad». En sentido contrario la STS de 4 de mayo de 1995 (A 4045, ponente Moner Muñoz).

[1210] Sobre la descripción de tal problema, cfr. *supra* V.3.A y V.3.B. Algunos criterios ya expuestos para su superación en *supra* XII.4. Se coincide plenamente en este punto con QUERALT JIMÉNEZ, «El dolo y el conocimiento de la antijuricidad», en *Elementos subjetivos*, p. 42, quien entiende que de la defensa de un dolo intelectivo «no se deriva que, ante una misma situación, los pesimistas sean castigados por delito doloso y los optimistas por delito imprudente», pues «ello sería Derecho penal de autor. La diferencia tiene que ser normativa: las condiciones del sujeto y las características de la situación serán las que determinarán si hubo conformidad o no; es decir, tales elementos permitirán efectuar el correspondiente juicio hipotético de acuerdo a lo que se considere estándares normales de comportamiento en situaciones similares».

[1211] Sin embargo, el Tribunal Supremo entiende en alguna de sus resoluciones que no

de estos factores difícilmente objetivables garantiza, además, que no se introduzcan en el ámbito de la imputación del conocimiento criterios propios de un Derecho penal de autor[1212]. Del mismo modo, la actitud del acusado previa a la realización de la conducta típica, no tiene valor alguno para la atribución del conocimiento, salvo que pueda interpretarse de forma inequívoca como una *exteriorización de conocimientos*[1213].

Las *experiencias afortunadas* que un sujeto pueda haber tenido en ocasiones anteriores con respecto a la concreta aptitud lesiva de determinados comportamientos tampoco tienen valor alguno para la imputación de la correcta integración de riesgos en momentos posteriores[1214]. Esta

sólo la «personalidad del agresor», sino también la del «agredido», son indicios a tener en cuenta para inferir el ánimo con que ha actuado un acusado. Cfr. la STS de 5 de diciembre de 1991 (A 8988, ponente Soto Nieto). Este punto de vista resulta inaceptable, a no ser que en algún caso concreto pueda reconducirse a características personales del sujeto que tengan un carácter objetivo. También resulta harto cuestionable la atribución de valor indiciario para acreditar el *animus necandi* al hecho de que los acusados pertenecieran a una banda de *skin heads*, como sucede en la STS de 23 de noviembre de 1996 (A 8683, ponente Montero Fernández-Cid). Muy acertadas las críticas de GRACIA MARTÍN, *Comentarios*, art. 138, n.º marg. 54, a las sentencias del Tribunal Supremo que recurren a los antecedentes del sujeto como indicio para probar el dolo de éste. En sentido similar, MAPELLI CAFFARENA, «Entre el homicidio y las lesiones», en DÍEZ RIPOLLÉS (dir.), *Delitos contra la vida e integridad física*, Madrid, 1995, p. 50, entiende que derivar la intención homicida de datos como la personalidad del sujeto o sus antecedentes lleva a «la fundamentación de la responsabilidad por la forma de conducirse en la vida de los imputados».

[1212] Un peligro que se observa en las afirmaciones de BAUER, *Abhandlungen*, p. 282, quien atribuye la condición de indicios a considerar para la prueba del dolo a «la reputación del autor, sus inclinaciones, sus anteriores infracciones, etc». En contra de estas afirmaciones HÜRXTAL, *KK*, 2.ª ed., § 261, n.º marg. 64, quien considera que la convicción judicial basada en la prueba de indicios no puede apoyarse en hechos como el de que el acusado ya haya sido condenado con anterioridad por idénticas conductas (aunque, como se ha acreditado *supra* XV.2, dicho dato no puede ser totalmente rechazado cuando implique determinadas experiencias personales de las que se derive un conocimiento). En línea similar FARRÉ TREPAT, «Dolo eventual, imprudencia y formas de imperfecta ejecución», en MIR PUIG y otros, *Comentarios a la jurisprudencia penal del Tribunal Supremo*, Barcelona, 1992, p. 84, quien critica el valor indiciario a efectos de «determinación del dolo» que la jurisprudencia del Tribunal Supremo atribuye en ocasiones a datos como la «destacada peligrosidad del procesado» o los «antecedentes del ofensor que le califiquen como persona más o menos peligrosa, belicosa, agresiva o pendenciera». El peligro de incurrir en argumentaciones propias de un Derecho penal de autor se constata en afirmaciones como las formuladas por ARAGONESES ALONSO, adiciones a MITTERMAIER, *Tratado de la prueba en material criminal*, 10.ª ed., Madrid, 1979, p. 150: «sin llegar a presunción legal, es lógico que el Juez establezca una presunción de culpabilidad en los delincuentes profesionales que no den clara explicación de su estancia en determinados lugares, o de la falta de precaución de un chiquillo atropellado, especialmente si estaba jugando en el lugar del suceso».

[1213] Así, el hecho de que una persona haya mantenido respecto a otra una relación de desprecio por su integridad física y de constante maltrato durante cierto tiempo no tiene un valor inequívoco para imputar un posterior dolo de homicidio. En sentido opuesto la STS de 4 de mayo de 1994 (A 4045, ponente Moner Muñoz).

[1214] En contra de esta idea FRISCH, *K. Meyer-GS*, p. 557, quien atribuye al hecho de

afirmación se basa en el hecho de que tales experiencias, desde un punto de vista objetivo, no excluyen que el sujeto haya sido también consciente, en las ocasiones anteriores, de la aptitud lesiva del riesgo que estaba creando y que los desenlaces afortunados sólo puedan ser atribuibles al azar. Por expresarlo con un ejemplo especialmente plástico, por mucho que un sujeto haya jugado veinte veces a la ruleta rusa sin que nunca haya salido la bala mortal, no puede entenderse que ha dejado de ser consciente, a partir de un determinado momento, de estar realizando una conducta apta para matar. En este sentido, que la fortuna le haya sonreído en ocasiones anteriores, no tiene por qué repercutir en su valoración del riesgo inherente a tal juego cuando se dispone a jugar por vigésimo primera vez[1215]. Afirmar lo contrario lleva a privilegiar sin razón a los individuos que han adquirido el hábito de comportarse arriesgadamente.

Tampoco debe tomarse en cuenta a efectos de imputación de la integración del riesgo el *estado emocional* en que pueda encontrarse el sujeto en el momento de llevar a cabo el hecho objetivamente típico. Desde un punto de vista social, lo más que las ciencias empíricas pueden mostrar en este punto es si, en el momento de los hechos, puede considerarse o no al autor como una persona plenamente *normal*. Sin embargo, las actuales valoraciones sociales no entienden que tales ciencias estén en condiciones de aportar resultados inequívocos sobre los conocimientos de un sujeto, que es lo que a fin de cuentas interesa en el ámbito del dolo[1216]. Dado que en dicho ámbito siempre se está ante personas por lo menos parcialmente imputables, éstas deberán ser consideradas sujetos idóneos para crear sentido social con su hecho y, por tanto, para que de acuerdo con las características de este último se les imputen, dado el caso, los conocimientos que procedan[1217].

que el autor haya realizado varias veces un mismo hecho sin que se haya producido el resultado típico la condición de indicio a tener en cuenta para la exclusión del dolo. Más matizado el argumento de HASSEMER, «Los elementos característicos del dolo», trad. M.M. Díaz Pita, *ADPCP*, 1990, pp. 929-930, quien afirma que para «determinar» el dolo pueden tener relevancia los «comportamientos anteriores del delincuente en situaciones similares que puedan tener relación, de una forma relevante para el dolo, con la situación actual». Desde el punto de vista que aquí se defiende, tal relevancia sólo debe apreciarse en aquellos casos en que ciertos comportamientos previos del acusado puedan valorarse como una *exteriorización de conocimientos*.

[1215] Asunto distinto son aquellas experiencias de las que pueda derivarse un conocimiento efectivo por parte del sujeto (cfr. *supra* XV.2) La estructura de estos casos es, sin embargo, distinta a la de los planteados en este apartado: en los primeros se acredita que, a través de experiencias anteriores, el sujeto ha conocido en un determinado momento una concreta realidad y que, dada la entidad de los conocimientos obtenidos, no ha podido dejar de contar con ellos en el momento posterior de realización del tipo penal. Esta estructura, de indudable vigencia social, es bien distinta a la que se basa en la idea de que cuando un sujeto ha tenido experiencias afortunadas con determinados riesgos llega siempre a un punto en que deja de ser consciente de ellos.

[1216] Sobre esta problemática cfr. *supra* VII.3.A.5.

[1217] Cfr. *supra* XII.5. Conviene dispensar el mismo tratamiento a aquellos supuestos en

La jurisprudencia del BGH es de nuevo un buen ejemplo para mostrar lo inadecuado que resulta mezclar el plano de las afirmaciones sobre el conocimiento y el plano de la capacidad de culpabilidad. Este Tribunal, en su sentencia de 13 de mayo de 1983, se encargó de analizar la posible concurrencia de dolo de homicidio en el siguiente supuesto de hecho [1218]:

> *El acusado lanzó en dos ocasiones cóctels-molotov al interior de viviendas ocupadas por personas, a las que provocó lesiones de diversa índole. El Tribunal dio por probado que el acusado sabía que en el interior de la vivienda se encontraban personas, pero negó su dolo de homicidio al entender que determinadas afirmaciones del perito psicólogo sobre la capacidad de culpabilidad del acusado debían haber sido tomadas en cuenta por el Tribunal de instancia para decidir acerca del tipo subjetivo. El peritaje venía básicamente a decir que el acusado no se representó estar creando un riesgo de muerte para los moradores, pues no tenía muy claro qué es lo que realmente estaba haciendo, más allá de pensar en que quería hacer algo con lo que «pudiera sentirse identificado»* [1219].

La solución a la que llega el BGH no resulta en modo alguno convincente. De acuerdo con ideas que se desarrollarán más adelante, desde un punto de vista social parece indiscutible que un individuo imputable que sabe que en una vivienda se encuentran otras personas y que, pese a ello, lanza un *cóctel-molotov* al interior tal vivienda, es también consciente de estar creando un concreto riesgo para la vida de tales personas y, por tanto, realiza el tipo del homicidio doloso [1220]. Las consideraciones del perito deberán ser tenidas en cuenta en el análisis de la culpabilidad para entrar a valorar si el sentido social creado por el sujeto con su hecho puede serle imputado, plena o sólo parcialmente. Sin embargo, en el ámbito del dolo se analiza exclusivamente si el hecho tiene el sentido social de «realizado conscientemente» y, para tal análisis, las aportaciones de los peritos psicólogos no tienen significación alguna [1221]. Al contrario, su intervención sólo puede tener un efecto perturbador, como puede observarse atendiendo a casos como el reproducido.

De acuerdo con los criterios expuestos, las características personales del sujeto no desempeñan papel alguno para la imputación a un sujeto de un *juicio de concreta aptitud lesiva* o de una posible *no integración*. Ello significa, como ya se ha apuntado, que la valoración social y, por tanto, el Derecho penal, parten de la idea de que todos los sujetos imputables cuentan con una idéntica capacidad de integración correcta de los factores de riesgos singulares. Esta afirmación probablemente resulte aberrante desde el punto de vista de la psicología o de otras disciplinas científicas, pero representa la única vía posible para que el Derecho penal pueda ejercer de un modo adecuado su función, pues no existen criterios asentados que permitan establecer qué sujetos tienen mayor capacidad frente a otros para valorar correctamente los riesgos que crean. En cualquier caso, el ordenamiento cuenta con mecanismos suficientes en el ámbito de la culpabilidad para compensar el hecho de que algunos sujetos puedan haber llevado a cabo su conducta en una situación que se in-

que el autor realiza el hecho bajo la influencia de bebidas alcohólicas; en contra de esta idea FREUND, *Normative Probleme*, p. 142, quien entiende que la ingestión de alcohol puede ser un indicio para excluir la valoración correcta del riesgo por parte del sujeto. En contra también PRITTWITZ, *GA*, 1994, p. 462 ss y la STS de 10 de octubre de 1997 (A 7062, ponente García Miguel), en que se atribuye a la embriaguez del sujeto la característica de indicio relevante para negar el dolo homicida. Más acertada parece la opinión de DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, p. 339 (nota 55), quien se muestra crítica con la STS de 4 de julio de 1980 (A 3126, ponente Díaz Palos), donde se niega el dolo de la acusada a causa de determinados «transtornos esquizofrénicos y oligofrénicos, que disminuyen la inteligencia y perturban la voluntad». Afirma con acierto esta autora que «el Tribunal mezcla consideraciones de tipo psicológico que deben ser tenidas en cuenta a la hora de enjuiciar la culpabilidad de la procesada, pero que no deben influir en la calificación del hecho como doloso o imprudente». De acuerdo con esta idea el ATS de 24 de abril de 1996 (A 3337, ponente Martínez-Pereda Rodríguez) en el que se afirma que la ingestión de alcohol «es un extremo que afecta a la culpabilidad del autor» y la STS de 18 de marzo de 1992 (A 2365, ponente García Ancos), en la que se sostiene que la ingestión de bebidas alcohólicas «es cuestión que debe incidir (...) únicamente en el concepto modificativo de la responsabilidad, pero no puede, ni debe convertir (obvio es decirlo) lo doloso en culposo».

[1218] Sentencia del BGH de 13 de mayo de 1983 (*StV*, 1983, pp. 360-361). Cfr., al respecto, FREUND, *Normative Probleme*, pp. 33-34.

[1219] FREUND, *Normative Probleme*, pp. 33-34, toma este caso como ejemplo de los supuestos en que una «limitada capacidad de asimilación» en el sujeto puede llevar a la negación del conocimiento necesario para el dolo.

[1220] Algo que, al fin y al cabo, admite el BGH en su sentencia de 31 de mayo de 1994 (*NStZ*, 1994, p. 483 ss), en la que se juzga un caso similar al citado *supra* (lanzamiento de *cóctels-molotov* a una casa habitada). Cfr. los comentarios al respecto de PUPPE, *NK*, § 15, n.º marg. 94. Por contra, en la sentencia de 30 de abril de 1986 (*StV*, 1988, p. 93), el BGH entiende insuficiente para afirmar la existencia de dolo de homicidio el hecho de que el acusado hubiera golpeado con un candelabro en la cabeza de una anciana de 84 años e, incluso, que dicho acusado confesara haberse planteado la conveniencia de llamar a un médico, cosa que, sin embargo, no hizo.

[1221] Así lo había entendido la sentencia de instancia del OLG de Stuttgart, en la que se sostuvo que «la cuestión del dolo eventual la tiene que resolver únicamente el juez, que "el perito se había inmiscuido en un terreno que le está vedado" y que dichos peritos no desempeñan función alguna en lo que atañe a la "determinación del tipo subjetivo"» (pasajes citados por la sentencia del BGH, *StV*, 1983, p. 360). De hecho, en las consideraciones finales de su sentencia, el mismo BGH asegura no ignorar «que la prolija sentencia [de instancia] contiene muchos datos que, ponderados juntamente con las explicaciones del perito, pueden indicar el comportamiento doloso-eventual del acusado». Sin embargo, de acuerdo con la legislación procesal, el BGH se limita a considerar incorrecta la sentencia de instancia por no haberse entrado a valorar en ella las opiniones del perito (*ibidem*, p. 361). A favor de la intervención de los peritos en la fijación de los hechos probados que atañen al dolo y, en especial, elogioso con esta sentencia del BGH, FREUND, *Normative Probleme*, p. 35.

tuye de inferioridad, pero sin que esta situación impida afirmar que el sentido social creado con el comportamiento llevado a cabo haya sido el de realización consciente de una conducta penalmente típica[1222].

Descartada la vía de las cualidades personales como base objetiva adecuada para imputar el juicio de integración de los factores de riesgo, la problemática relativa a dicha imputación deberá solucionarse tomando como presupuesto aplicativo determinadas características de la conducta realizada por el sujeto. Al análisis de esta cuestión se dedican los siguientes apartados.

XVII.3. CONDUCTAS «ESPECIALMENTE APTAS» PARA PRODUCIR UN RESULTADO LESIVO

En el plano de la valoración social algunas conductas se consideran indefectiblemente vinculadas a la creación de un determinado riesgo. Basta con pensar en comportamientos como, por ejemplo, hacer estallar una bomba en un local lleno de personas o golpear con una barra de hierro contra una cristalera. En ambos casos el comportamiento se considera como una realidad indesligable de la creación de riesgos, para la vida en el primer caso y para el patrimonio en el segundo: la *especial aptitud lesiva* de tales conductas es algo que impregna socialmente el significado de éstas[1223]. Esto no sucede, por contra, con otro tipo de comportamientos también arriesgados. Así, resulta evidente que, por ejemplo, conducir un coche genera riesgos para la vida o para el patrimonio ajenos, pero desde el punto de vista social no es ésta una conducta que se valore como indesligablemente vinculada al significado «muerte» o al significado «daños», como sucede, por contra, en el caso de la colocación de artefactos explosivos. Mientras que para esta última con-

[1222] Cfr., al respecto, *supra* X.2.C.2 y XII.V.

[1223] PHILIPPS, «Dolus eventualis als Problem der Entscheidung unter Risiko», *ZStW*, 85 (1973), pp. 34-35 y 38, defiende un modelo según el cual la valoración social de determinados géneros de conductas impregna de entrada la cuestión de la imputación subjetiva. Este autor entiende que el dolo no puede depender exclusivamente de la voluntad del autor, sino que debe interpretarse «como parte de la completa situación de decisión con todos sus aspectos fácticos y normativos». Según la teoría de *Philipps* (cfr. *supra* III.5), «existe dolo cuando el autor se decide conscientemente por una conducta que es incompatible con el ordenamiento jurídico» y, en concreto, deberá apreciarse dolo eventual cuando dicha decisión consciente vaya referida a una conducta «incompatible con las máximas de riesgo vigentes en el ordenamiento jurídico». KLEB-BRAUN, *JA*, 1986, p. 318, se adhiere a las ideas de *Philipps* y lamenta que tales máximas no hayan sido desarrolladas desde un punto de vista dogmático. PÉREZ DEL VALLE, *RDP*, 1994, p. 426, entiende por su parte que «la afirmación del dolo de la acción suele ir respaldada por la experiencia general en un determinado tipo de acciones, que habitualmente en la vida social se hacen con conocimiento del riesgo que entrañan».

ducta es difícil encontrar una razón de ser distinta a la de crear determinados riesgos, para la primera es siempre posible hallar otras explicaciones que justifiquen su realización. Por este motivo, la creación del riesgo queda en un plano secundario cuando se analiza en abstracto el significado de la conducta «conducir» o, en otras palabras, si bien puede considerarse que ésta es una actividad apta para producir, según las circunstancias, un determinado resultado lesivo, desde un punto de vista social no se la considera como *especialmente apta* para tal producción[1224].

Las anteriores consideraciones permiten aislar, de acuerdo con la observación social, dos grupos de conductas. Por un lado existen conductas respecto de las cuales se entiende que reúnen *una especial aptitud para la producción de determinados resultados (conductas especialmente aptas)*. Por otro lado, existen comportamientos que, pese a ser aptos desde un punto de vista objetivo para tal producción, *no se valoran socialmente como necesariamente ligados a la creación de determinados riesgos (conductas arriesgadas neutras)*. Como se tratará de mostrar en los siguientes apartados, esta distinción entre *conductas especialmente aptas* y *conductas neutras* tiene una importancia esencial para la imputación a un sujeto de la realización del *juicio de concreta aptitud lesiva* requerido por el dolo de los tipos de resultado.

A) Especial aptitud lesiva e integración de riesgos

Una vez puesta de manifiesto la existencia, desde una perspectiva social, de conductas *especialmente aptas* para producir determinados resultados, debe concretarse seguidamente cómo repercute, a efectos de imputación del conocimiento, el hecho de que un sujeto haya realizado una de estas conductas. La regla en tales casos es sencilla: *cuando un sujeto*

[1224] La doctrina también trabaja, aunque sea de modo inconsciente, con dos modelos de conductas (unas *especialmente aptas* y otras no): basta con ver los ejemplos que se utilizan habitualmente para diferenciar los comportamientos dolosos de los imprudentes; cfr. por ejemplo SCHRÖDER, «Aufbau und Grenzen des Vorsatzbegriffs», *Sauer-FS*, Berlín, 1949, pp. 240-241. Afirma este autor que quien fuma en la cama y provoca un incendio no tiene «por regla general» la consciencia de una verdadera posibilidad de tal provocación. En cambio (*ibidem*, p. 238) a quien especula con dinero ajeno no se le admite que deje de representarse la posibilidad de causar determinados perjuicios. Interesantes también las consideraciones de KÖHLER, *Strafrecht*, p. 166 y pp. 168-169, quien constata cómo en la práctica la afirmación del dolo se circunscribe a constelaciones de casos en que la peligrosidad objetiva resulta especialmente elevada. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, 3.ª ed., Padua, 1992, entiende que existen comportamientos que por su naturaleza misma están «psicológicamente orientados» y por ello resulta posible en tales casos una deducción del dolo más rápida e inmediata. Interesantes también las consideraciones de MEYER-GOßNER, «Typische materiell-rechtliche Fehler in Strafurteilen aus revisionsrechtlicher Sicht», *NStZ*, 1986, p. 49: en conductas como clavar un cuchillo en el pecho de la víctima o apretar durante un buen rato el cuello de ésta no se admiten dudas ni siquiera para afirmar la concurrencia de dolo directo de homicidio.

lleva a cabo una conducta especialmente apta para producir un determinado resultado lesivo y lo hace siendo conocedor de la peligrosidad abstracta de tal conducta y contando con un perfecto «conocimiento situacional», se entiende, desde un punto de vista social, que por fuerza ha juzgado también que su conducta era apta para producir el citado resultado lesivo en aquella específica situación.

La razón de ser de esta regla se justifica apelando al hecho de que en sociedad no se considera posible que alguien que lleva a cabo una conducta valorada socialmente como indesligable de la creación de determinados riesgos pueda dejar de representarse su evidentísima aptitud lesiva en el concreto momento de actuar[1225]. En tanto que miembro de la sociedad, se entiende que cualquier sujeto imputable es por fuerza conocedor de aquellos comportamientos que se juzgan especialmente adecuados para producir determinados resultados, de tal modo que, cuando emprende uno de estos comportamientos, la evidencia de la vinculación entre conducta y resultado no le puede pasar desapercibida[1226]. Son éstos casos en que, como afirma en ocasiones el Tribunal Supremo, «*res ipsa loquitur*», «en que negar el dolo es totalmente irrazonable»[1227]. Estas ideas deben desarrollarse a partir del siguiente ejemplo:

[1225] Una realidad que, según KLEE, «Vorsatz und Triebhaftigkeit der Handlung», *ZStW*, 48 (1928), p. 7, «ya advirtieron correctamente los autores del *dolus indirectus* del Derecho común», al afirmar éstos que «para el homicidio doloso bastaba con que el autor golpease a su víctima haciendo uso de instrumentos delictivos peligrosos para la vida, puesto que "*vulnera non ad mesuram dantur*"». Estas afirmaciones no deben tomarse al pie de la letra para cualquier caso imaginable, pero tienen plena vigencia en aquellos supuestos en que haya sido posible atribuir al sujeto el conocimiento de la peligrosidad en abstracto de su comportamiento, junto con un «*conocimiento situacional*» correcto.

[1226] Muy interesante al respecto JAKOBS, en JAKOBS/STRUENSEE, *Problemas capitales*, p. 57 ss: «si, por ejemplo, una persona arroja una piedra pesada contra la cabeza de otro ser humano, y sabe esto, conoce también el peligro de una lesión; pues en la vida cotidiana la precipitación de una piedra se vincula en tal medida de modo múltiple con la violencia, la fuerza, el ímpetu, y una cabeza, en igual medida de modo múltiple con la fragilidad, que la suposición de que eso no ocurriría, o incluso la ausencia de toda suposición sobre la consecuencia hablaría de la incapacidad para vivir y, por ello, puede resultar imposible en una persona que conduce su vida de modo al menos en cierta medida aceptable. Formulado de modo drástico: quien al conocer el hecho de que una piedra se encuentra con una cabeza no asocia a ello la consecuencia de una lesión, no vivirá él mismo por mucho tiempo».

[1227] Así, la STS de 20 de marzo de 1997 (A 2117, ponente Martínez-Pereda Rodríguez), en referencia a un supuesto de homicidio en que un acusado disparó a corta distancia contra el abdomen de la víctima y otro le asestó a ésta cinco puñaladas por la espalda. En su Auto de 27 de marzo de 1996 (A 2463, ponente Moner Muñoz) sostiene el Tribunal Supremo que no «admite la menor discusión» la concurrencia de dolo en un supuesto en que «el acusado conoce la potencialidad agresiva del arma utilizada [un cuchillo de grandes dimensiones] y sabía que la dirigía a una parte vital del cuerpo [el hemitórax] con un golpe con una considerable profundidad reveladora de la fuerza empleada». En términos similares el ATS de 24 de abril de 1996 (A 3337, ponente Martínez-Pereda Rodríguez).

> *El acusado conminó a punta de navaja a un transeúnte a que le entregase su reloj y todo el dinero que llevase encima. Dado que éste se negó rotundamente a satisfacer semejante exigencia, el referido acusado le asestó diversas puñaladas en el abdomen que le causaron la muerte instantes después.*

Clavar a otra persona un cuchillo en el abdomen es una conducta que en el ámbito de las valoraciones sociales va ligada de modo inequívoco al resultado «muerte» y se considera, por tanto, como un comportamiento *especialmente apto* para producir tal resultado. Si, como es éste el caso, el sujeto clava dicho cuchillo sabiendo que lo hace en el abdomen de otra persona (correcto «*conocimiento situacional*») y sabe que tal conducta es en general peligrosa para producir una muerte (*conocimientos mínimos en sentido estricto*), también sabe por fuerza que su conducta es apta, en aquella concreta situación, para producir un resultado de muerte, sin que tengan ningún valor sus posibles alegaciones afirmando que no se representó estar creando un riesgo que reuniera tal aptitud en la situación concreta, sino sólo un peligro de lesiones. A quien conscientemente emprende una conducta que tiene el inequívoco sentido social «muerte», se le debe imputar el conocimiento de la aptitud lesiva de dicha conducta en la situación concreta en que ha sido llevada a cabo. Desde el punto de vista social no se entiende posible que alguien que realiza una de estas conductas no sea consciente del tipo de riesgo concreto que con ella crea. La *no integración de la concreta aptitud lesiva* es un fenómeno que no tiene cabida cuando estos supuestos se enjuician a la luz del criterio de la valoración social[1228]. Como afirma el Tribunal Supremo en su sentencia de 31 de enero de 1991, «la experiencia común de un adulto es que cuchilladas en el abdomen perforan peritoneo, intestinos, arterias mesentéricas, etc. y que eso puede ser mortal y que un cuchillo de cocina tiene longitud suficiente para ello»[1229]. O, como añade

[1228] Estas afirmaciones pueden vincularse a las de los autores que atribuyen notable valor indiciario a determinados comportamientos en el ámbito de la prueba del dolo; así, BAUER, *Abhandlungen*, p. 283, atribuye dicho valor «al medio utilizado [por el autor]» y «a la forma de uso», añadiendo que «los indicios que de aquí surgen resultan a menudo suficientes por sí solos para la plena prueba del dolo». De hecho, este punto de vista puede retrotraerse incluso a la doctrina medieval de los *atrocitas facti*, según la cual el dolo se daba por presunto en conductas abiertamente ofensivas o peligrosas; cfr., al respecto, ENGELMANN, *Irrtum und Schuld*, p. 61 ss.

[1229] A 509, ponente Carrero Ramos. GRACIA MARTÍN, en *Comentarios*, art. 138, n.º marg. 54 ss, critica el habitual argumento jurisprudencial de que, en determinados casos, cualquier persona —y por tanto el autor concreto— se habría percatado de la proximidad de determinados resultados letales, afirmando que «aquello de lo que *cualquier persona* se hubiera percatado no es otra cosa que lo *objetivamente previsible*. Sobre si eso de lo que cualquier persona se hubiera percatado fue lo que *conoció y quiso realmente el autor*, el TS no se molesta en realizar el mínimo razonamiento» (cursiva en el original). Dejando de lado resoluciones poco fundamentadas, debe sin embargo matizarse que la argumenta-

el mismo Tribunal en su resolución de 24 de diciembre de 1991, «cuando el autor ha empleado un arma de fuego y la ha disparado hacia un lugar del cuerpo de carácter vital, el dolo, en tanto que conocimiento del peligro jurídicamente desaprobado generado por la acción, resulta indiscutible» [1230].

El criterio para establecer en qué situaciones concurre una *conducta especialmente apta para la producción de un resultado lesivo* no debe basarse tanto en la cantidad de riesgo que pueden generar determinados comportamientos, como en el significado social que se les atribuye [1231]. Resulta por supuesto evidente que si ciertos comportamientos se valoran socialmente como inequívocamente creadores de riesgo es porque, también a nivel cuantitativo, comportan la creación de un nivel de riesgo no desdeñable [1232]. Pero ello no es óbice para que conductas que desde el punto de vista cuantitativo pueden generar un riesgo tanto o más elevado que otras, no tengan por qué valorarse desde el punto de vista social como *especialmente aptas* para la producción de un determinado resultado lesivo. Así, por ejemplo, colocar una bomba de potencia media en un lugar muy concurrido puede generar, desde un prisma cuantitativo, un riesgo de muerte inferior al que supone conducir a elevadas velocidades

ción del TS no tiene que considerarse *per se* incorrecta; no, desde luego, en aquellos supuestos en que la conducta reúne tales características que no es explicable una solución distinta a afirmar el dolo.

[1230] A 9632, ponente Bacigalupo Zapater. En esta sentencia se añade: «en el presente caso el autor era consciente de que el arma empleada podía disparar, pues previamente había realizado con ella un disparo. Sabía, además, que la dirigía a una persona y hacia partes vitales del cuerpo. Por otra parte, no se ha probado que haya ocurrido algún hecho que hubiera podido desencadenar el disparo sin intervención del procesado. En tales circunstancias, el dolo, por lo menos eventual, no admite la menor discusión». Un ejemplo similar en la sentencia de la Corte de Casación italiana de 14 de marzo de 1984 (cfr. TASSI, *Il dolo*, p. 147), en la que se afirma que «el hecho de apuntar y disparar con el arma cargada contra el pecho de la víctima está impregnado subjetivamente y acredita, por tanto, el dolo». Por lo que a la jurisprudencia alemana respecta, DREHER/TRÖNDLE, *StGB*, 26.ª ed., Múnich, 1993, § 15, n.º marg. 11, constatan cómo suele afirmarse dolo eventual en el caso de conductas violentas especialmente peligrosas, aunque en referencia al discutible elemento del «conformarse» (cfr. *supra* III.3.A).

[1231] De especial interés en este punto las consideraciones de SANCINETTI, *Teoría del delito y disvalor de acción*, Buenos Aires, 1991, pp. 205-207.

[1232] El valor indiciario del riesgo creado objetivamente como criterio para la «determinación del dolo» es planteado en términos meramente cuantitativos por PRITTWITZ, *JA*, 1988, p. 498 y RUDOLPHI, *SK*, § 16, n.º marg. 46. MAQUEDA ABREU, «La relación "dolo de peligro" – "dolo (eventual) de lesión". A propósito de la STS de 23 de abril de 1990 "sobre el aceite de colza"», *ADPCP*, 1995, p. 437, entiende que los desconocimientos no creíbles están en función del grado de aproximación o cercanía de la acción del autor a la lesión y del grado de peligrosidad que la conducta entraña para un determinado bien jurídico. Una mezcla de criterios cuantitativos y cualitativos en FIANDACA/MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, 3.ª ed., Bolonia, 1995, p. 324, quienes entienden que «el dolo eventual deberá excluirse, por regla general, en el caso de riesgos leves y ordinarios y deberá afirmarse cuando concurran riesgos graves y típicos».

por la autopista, en hora punta y bajo los efectos del alcohol [1233]; sin embargo, de la primera conducta se desprende el significado social «muerte», algo que no sucede en la segunda [1234]. De acuerdo con estas ideas, si como consecuencia de estos dos hechos se producen efectivamente muertes, la *no integración* de la *concreta aptitud lesiva* de la conducta y, por tanto, la ausencia de dolo, es algo que cabrá plantearse en el segundo caso, pero no, sin embargo, en el primero [1235].

Es probable que las valoraciones sociales que sirven para establecer qué conductas *no* se consideran *especialmente aptas* para provocar determinados resultados se basen en criterios como su habitualidad o su utilidad social [1236]. En relación con esta idea no debe descartarse la posible

[1233] En este ámbito no debe perderse de vista que la medición de riesgos en términos cuantitativos no es, ni mucho menos, una cuestión que se halle exenta de componentes valorativos.

[1234] FREUND, *Normative Probleme*, p. 35, afirma que el principal indicio para determinar el dolo de homicidio viene dado por la peligrosidad externa de la conducta, aunque tal indicio puede ser desvirtuado por la concurrencia en el supuesto de hecho de determinadas peculiaridades situacionales o personales. Esta idea se comparte plenamente. Sin embargo, los casos que se quieren tratar aquí no están en función de si el riesgo que se crea es objetivamente mayor o menor, sino de si socialmente puede entenderse que la conducta arriesgada resulta o no *especialmente apta* para producir un resultado lesivo. La incompatibilidad de determinadas conductas con las máximas de riesgo vigentes en un determinado sistema jurídico, en el sentido en que las formula PHILIPPS, *ZStW*, 85 (1973), p. 38, no deben estar, por tanto, únicamente conformadas por factores cuantitativos de riesgo, sino básicamente por criterios cualitativos. La práctica se hace evidente eco de estas valoraciones: como pone de manifiesto MÄRKER, *Vorsatz und Fahrlässigkeit bei jugendlichen Straftätern*, Francfort d.M., Berlín, Berna, 1995, p. 69, la condena por delito doloso en el ámbito de la circulación rodada es algo sumamente excepcional, por lo que este autor entiende que en dicho ámbito se relajan las exigencias del concepto de dolo, pues de mantenerse éstas debería condenarse por dolo en buena parte de los supuestos.

[1235] Estas ideas se ven ya reflejadas, con matizaciones, en textos tan antiguos como el *Digesto*: «si [el sujeto que mató a un hombre] tiró de espada o lanzó [un dardo], no hay duda de que lo hizo con intención de matar, pero si, en una pelea, golpeó con una llave o con una cazuela, aunque hubiera dado el golpe con un instrumento de hierro, sin embargo, no lo hizo con la intención de matar» (*El Digesto de Justiniano*, trad. A. d'Ors y otros, tomo III, Pamplona, 1975, lib. XLVIII, tít., VIII, frag. 1, pf. 3.º). Crítico con las presunciones del Derecho romano por considerar que no tenían en cuenta todas las circunstancias específicas que pueden concurrir en un supuesto concreto, WENING, «Ueber die Vermuthung des bösen Vorsatzes nach dem römischen Rechte», *NACR*, 2 (1818), pp. 210-211.

[1236] CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, Barcelona, 1989, p. 264, pone de manifiesto cómo «la jurisprudencia ante la dificultad insalvable, en muchos casos y, en particular, en los casos de dolo eventual, de probar la existencia del elemento volitivo, se guía en su decisión sobre la existencia o no de dolo por criterios totalmente ajenos a éste». Esta autora constata (*ibidem*, p. 278 ss) que el Tribunal Supremo español se sirve de criterios de oportunidad o de conveniencia para determinar si en un caso concurre o no dolo. Por una parte, en los comportamientos «socialmente adecuados» (tráfico, caza ...) se parte de una presunción de imprudencia, mientras que en las actividades «con carácter delictivo» (drogas, robos ...) se parte de una presunción de dolo. Idénticas ideas se recogen también en LA MISMA, «En el límite entre el dolo

influencia que pueda desplegar, en la valoración colectiva de determinados riesgos, la existencia de una cierta habituación social con respecto a ellos [1237]. En cualquier caso, el recurso a tales criterios no debe ni puede interpretarse como una forma de Derecho penal de autor [1238]: no se castiga al sujeto por ser de una determinada manera, sino, siempre y en todo caso, por la clase de conductas que realiza, de cuya valoración social como *especialmente aptas* para producir ciertos resultados lesivos participa necesariamente él mismo en tanto que sujeto imputable miembro de la colectividad [1239].

y la imprudencia», *ADPCP*, 1985, p. 963. La forma de proceder del Tribunal Supremo resulta discutible, sobre todo por emplear en el caso de las «actividades con carácter delictivo» criterios propios de un Derecho penal de autor. Sin embargo, merece la pena constatar cómo en el tratamiento que se da a las conductas «socialmente adecuadas» queda de manifiesto una evidente precomprensión social según la cual, frente a determinadas conductas se admite con mayor facilidad que en otras que el sujeto haya podido no representarse la concreta aptitud lesiva del riesgo de su concreto comportamiento. También son interesantes en este punto las consideraciones de MÄRKER, *Vorsatz und Fahrlässigkeit*, p. 72, quien considera que la proliferación de ciertas conductas arriesgadas hace que desde el punto de vista de la valoración social se dé menos importancia a la peligrosidad específica de cada concreto comportamiento.

[1237] Sobre la idea de riesgos en los que existe habituación social, cfr. JAKOBS, *Derecho penal*, pp. 334-335: «gran número de riesgos no permitidos, sobre todo en la circulación rodada, no están referidos a situaciones que con una frecuencia digna de mención se perciban individualmente como posiblemente dañosas, sino que sólo se muestran posiblemente dañosas estadísticamente en virtud de su acontecer masivo». Cfr. sobre este punto EL MISMO, «El lado subjetivo del hecho de los delitos de resultado en supuestos de habituación al riesgo», trad. C.J. Suárez González, en *Estudios de Derecho penal*, p. 197 ss. KÜHN, «Dolus eventualis bei Verkehrsunfällen?», *NJW*, 1967, p. 24, entiende precisamente lo contrario: la experiencia cotidiana permite aprender a los sujetos que de determinadas maniobras en el ámbito de la circulación rodada se sigue con cierta habitualidad la causación de graves accidentes.

[1238] HAFT, «Die Lehre vom bedingten Vorsatz unter besonderer Berücksichtigung des wirtschaftlichen Betrugs», *ZStW*, 88 (1976), p. 382 ss (esp. p. 384), afirma que la posibilidad de «eliminación mental del riesgo» es algo que en la práctica se admite en mayor o menor grado en función de la aceptación social del rol en que se actúa: en este sentido, no es lo mismo el riesgo creado por un automovilista que por alguien que, a oscuras y con un arma blanca, lanza cuchilladas a su alrededor. SCHROEDER, *LK*, § 16, n.º marg. 89, critica a *Haft* por considerar que sus afirmaciones conducen a un cierto *labelling-approach*. Sin embargo, *Schroeder* parece pasar por alto que *Haft*, más que a tipos concretos de autores, se refiere en realidad a cómo se valoran socialmente determinados tipos de conductas arriesgadas. No se trata por tanto de distinguir, por ejemplo, los actos del «conductor» de los del «matón a sueldo», sino de cómo se valoran socialmente la aptitud lesiva de actividades como la conducción o la de los ataques a otra persona con un arma blanca y de cómo, en este último caso, no se entiende posible que el sujeto que es consciente de los riesgos genéricos de una conducta no lo sea también de la concreta aptitud lesiva de ésta cuando la lleva efectivamente a cabo en determinadas circunstancias.

[1239] En este sentido, parece especialmente oportuno traer a colación las palabras de GIMBERNAT ORDEIG, *ADPCP*, 1990, p. 429, quien considera que la imprudencia «consiste en un comportamiento *descuidado* que, por representar un riesgo moderado para los bienes jurídicos, pocas veces tiene como resultado la lesión de aquéllos. Que al que se dedi-

Finalmente, conviene afirmar la necesidad de que tanto doctrina como jurisprudencia dirijan sus esfuerzos a seleccionar aquellas conductas que, respecto de determinadas modalidades delictivas, deben considerarse *especialmente aptas* para la producción de ciertos resultados, así como la importancia de que los tribunales se vinculen a tal selección. Ésta parece ser la única forma de evitar resoluciones judiciales abiertamente contradictorias, con las que se atenta a la seguridad jurídica y a la igualdad ante la ley.

Un buen ejemplo de estas contradicciones puede encontrarse en las SSTS de 18 de febrero de 1997 y de 19 de junio del mismo año [1240]. En la primera de ellas el Tribunal Supremo da por buenos los argumentos de la Audiencia Provincial cuando ésta afirma que «la brutal agresión que el inculpado dirige en primer lugar contra la cabeza de Esteban P.D. es constitutiva de un delito de homicidio frustrado deduciéndose el *"animus necandi"* del tamaño, forma y dureza del arma empleada (*bate de béisbol*), la zona tan sumamente vulnerable del cuerpo humano a la que el golpe certeramente se dirige (*la cabeza*) y, en especial, a la *enorme violencia del impacto* que se infiere de las gravísimas lesiones y secuelas irreversibles sufridas por el lesionado». Por contra, en la segunda resolución se juzga correcta la afirmación de la Audiencia en el sentido de que los acusados no actuaron con dolo de matar pese a haber agredido a la víctima «de un *modo reiterado y extremadamente violento*» y haberla golpeado «con un palo de *dimensiones similares a un bate de béisbol* en zona tan importante como es la *cabeza* produciéndole hundimiento de cráneo» [1241].

ca a colocar coches-bomba en supermercados repletos de público, al que adhiere artefactos explosivos al pecho de sus víctimas o al que apuñala a un ser humano en partes vitales de su cuerpo, se le pretenda calificar simplemente de descuidado (imprudente), supone emplear un adjetivo que es absolutamente inadecuado —es más: que constituye una burla— para definir el contenido, el alcance y la gravedad de esos comportamientos» (cursiva en el original). Continúa este autor afirmando que «de todo ello se sigue, argumentando negativamente: si tales comportamientos no son imprudentes, y al mismo tiempo, por su gravedad y como está fuera de discusión, tienen que fundamentar alguna clase de responsabilidad criminal, entonces tienen que ser dolosos». El interés que se desprende de esta argumentación viene dado por el hecho de que en ella se prescinda por completo de referencias a la representación del autor (entendida en sentido psicológico), y que se centre la cuestión en el sentido social de determinados comportamientos, aunque al hacerlo se recurra a argumentos basados fundamentalmente en la cantidad de riesgo creado y no tanto de tipos de conductas arriesgadas.

[1240] A 2323, ponente Conde-Pumpido Tourón y A 5241, ponente Puerta Luis, resp.

[1241] Cursivas añadidas. Contradicciones no menos patentes pueden encontrarse en otras sentencias del mismo TS. Así, ante idénticos indicios objetivos —ataque con golpe único de cuchillo o navaja al hipocondrio de la víctima— en unos casos se afirma el dolo de homicidio (cfr. SSTS de 17 de febrero de 1997 —A 1180, ponente Delgado García— y de 17 de marzo de 1997 —A 2111, ponente Soto Nieto—) y en otros se niega (cfr. SSTS de 25 de junio de 1984 —A 3681, ponente Hijas Palacios—, de 4 de marzo de 1986 —A 1109, ponente Hijas Palacios— y de 10 de marzo de 1995 —A 1828, ponente De Vega Ruiz). Sobre esta temática, cfr. MAPELLI CAFFARENA, en *Delitos contra la vida e integridad física*, pp. 48-51.

B) Problemas específicos

Como va a tratar de ponerse seguidamente de manifiesto, la figura de las conductas *especialmente aptas* para la producción de determinados resultados permite resolver diversos supuestos que tradicionalmente han sido vistos como bastante problemáticos por buena parte de la doctrina.

En primer lugar, este criterio permite dar una solución convincente al denominado «*Caso del tirador inexperto*», habitualmente utilizado para criticar a las teorías meramente cognitivas del dolo[1242]. El sujeto que dispara a gran distancia y sin apenas experiencia puede crear con su acción —disparar apuntando contra otra persona— un riesgo menor en términos cuantitativos que, por ejemplo, el individuo que lanza un cigarrillo mal apagado cerca de unos depósitos de gas altamente inflamables. Sin embargo, si el tirador inexperto sabe que disparar contra otra persona es peligroso para la vida de ésta y conoce igualmente que dentro de las posibles trayectorias de la bala se encuentra efectivamente otra persona, realiza al disparar un homicidio doloso. El tipo de comportamiento llevado a cabo (disparar apuntando a otra persona) se valora desde un prisma social como *especialmente apto* para producir un resultado de muerte, por lo que debe rechazarse la hipótesis de que, al realizarlo, el sujeto haya dejado de realizar un *juicio de concreta aptitud lesiva*. Los criterios que aquí se defienden permiten afirmar dolo en este supuesto sin tener que acudir al (conflictivo) requisito de la intención. Por contra, en el caso del fumador, resulta planteable una *no integración* de la aptitud lesiva de la conducta llevada a cabo, por lo que todavía no puede afirmarse el dolo[1243]. Debe recalcarse pues, la idea de que *para imputar la realización del juicio de concreta aptitud lesiva se toman en cuenta determinadas cualidades de las conductas y no necesariamente la cantidad de riesgo que con ellas se crea*[1244].

También puede traerse a colación en este ámbito el «*Caso de la correa de cuero*» *(Lederriemenfall)*[1245]. Como ya se expuso, en este supuesto los autores se habían propuesto dejar sin sentido a la víctima para poder apoderarse de las pertenencias de ésta sin ser molestados, pero no deseaban en absoluto su muerte; al contrario, les interesaba que sobreviviera, pues estaban seguros de que no iban a ser denunciados y de este modo se aseguraban la plena impunidad. Por contra, si se producía la muerte de la víctima era harto probable que la policía iniciase investigaciones. Al ejecutar el plan previsto, trataron de dejar a la víctima inconsciente apretándole fuertemente el cuello con una correa de cuero, lo que produjo su muerte por asfixia. La cuestión relevante para determinar el dolo de los autores pasa por establecer si es posible imputarles el conocimiento de la concreta aptitud lesiva de su conducta para la vida de la víctima.

En este supuesto es posible plantearse *a priori* que los sujetos activos no fueran realmente conscientes de la concreta aptitud lesiva de su conducta. Una buena prueba de ello sería que la posibilidad de no ser descubiertos venía dada, precisamente, por el hecho de que la víctima no muriese, por lo que puede pensarse que realmente no fueron conscientes de que su forma de proceder era apta para provocar un resultado que, a la larga, les iba a acarrear más inconvenientes que ventajas. A ello podría añadirse incluso la circunstancia de que, después de la agresión, se intentaran diversas maniobras para reanimar a la víctima. Sin embargo, el conocimiento de tal aptitud lesiva debe serles imputado de acuerdo con el modo en que socialmente se valora una conducta como la que llevaron a cabo: apretar firme y prolongadamente el cuello de otra persona con un cinturón es una conducta que en el esquema social de interpretación se considera *especialmente apta* para producir un resultado de muerte, por lo que si un sujeto la realiza conociendo las circunstancias en que actúa debe imputársele también el conocimiento de la concreta aptitud lesiva de su conducta[1246]. La idea es expresada con especial nitidez por el Tribunal Supremo español en una de sus sentencias, afirmando que «habiéndose producido la muerte por estrangulamiento resulta difícilmente imaginable que quien oprime el cuello de su víctima con la intensidad y dilación temporal exigibles para provocar la muerte no sea plenamente consciente de que dicho resultado se va a producir»[1247].

El criterio basado en la *especial aptitud* de determinadas conductas para producir un resultado lesivo permite resolver otro grupo de supues-

[1242] Cfr. *supra* II.2.B.

[1243] Sobre los criterios para resolver adecuadamente casos como éste, cfr. *infra* XVII.3 y XVII.4.

[1244] También plantea esta cuestión en términos cualitativos HERZBERG, *JZ*, 1988, p. 639 y el mismo, *JuS*, 1986, p. 253.

[1245] BGHSt, vol. 7, p. 363 ss. Para los hechos y la problemática de este caso, cfr. *supra* III.1.

[1246] Crítico con tal solución desde una perspectiva psicológica, JANZARIK, «Vorrechtliche Aspekte des Vorsatzes», *ZStW*, 104 (1992), p. 79. Otro caso también interesante es el comentado por FREUND, *Normative Probleme*, p. 141 ss: el acusado subió a un taxi y durante el viaje fabricó un nudo corredizo con el cordel de su abrigo para disponerlo alrededor del cuello de la taxista, dejarla inconsciente y apoderarse de la recaudación. Al poner en práctica su plan, la taxista logró que el nudo no llegara a cortarle la respiración y, mediante gritos de ayuda, consiguió provocar la huida del acusado. Es indudable que en este caso debe condenarse por tentativa de homicidio (o asesinato) al valorarse la conducta realizada como *especialmente apta* para producir un resultado de muerte. El texto de la sentencia del BGH donde se resuelve este supuesto en *StV*, 1984, p. 187.

[1247] STS de 30 de diciembre de 1996 (A 9819, ponente Conde-Pumpido Tourón). El BGH, en su sentencia de 29 de agosto de 1967 (citada por KÖHLER, *Die bewußte Fahrlässigkeit*, Heidelberg, 1982, p. 67) afirma que «en un estrangulamiento de varios minutos es ya tan evidente en sí mismo un desenlace mortal que, por regla general, no haría ni falta una determinación específica de que el autor aprobó la muerte de la víctima».

tos a los que la doctrina jurídico-penal ha prestado cierta atención en el curso de las últimas décadas: *los casos de homicidio del compañero sentimental (Intimpartner)*. En estos supuestos, uno de los miembros de una pareja acaba con la vida del otro al comunicar este último sus intenciones de poner fin a la relación sentimental que les había unido hasta el momento[1248]. A diferencia de otras situaciones pasionales, lo que caracteriza a los homicidios del compañero sentimental es la aparente frialdad de ánimo con que suele proceder el autor[1249]. Sin embargo, en estos supuestos también se plantean dudas acerca del dolo del sujeto, en la medida en que con el resultado que éste acaba provocando (la muerte de su pareja) consigue precisamente lo contrario a lo que perseguía (no perder a dicha pareja). Por este motivo parece *a priori* cuestionable que el sujeto haya sido realmente consciente de las auténticas dimensiones de su proceder, es decir, que se representara correctamente que su conducta era apta en aquella situación para provocar la muerte de su ser querido.

Sin embargo, tales dudas deben desvanecerse por completo en aquellos supuestos en que la conducta realizada pueda considerarse especialmente adecuada para conducir a un desenlace mortal. Tal es el caso, por ejemplo, del acusado que clavó once veces un cuchillo de 14 cm. a su pareja, de aquél que la golpeó repetidamente en la cabeza con una plancha o de aquel otro que le hundió el cráneo con un golpe de hacha[1250]. Desde luego, en el ámbito de la culpabilidad cabe plantearse la posibilidad de que lo traumático del abandono pueda haber influido de tal modo en el sujeto que, en el momento de cometer el hecho, éste ya no pudiera ser tenido por una persona plenamente *normal*. Ello podrá dar pie a atenuaciones de la culpabilidad a través de eximentes incompletas (art. 21.1º CP), o a la aplicación de la atenuante de arrebato, obcecación u otro estado pasional de importancia similar (art. 21.3º CP). Sin embargo,

[1248] El interés por el tema proviene básicamente de un trabajo de RASCH, *Tötung des Intimpartners*, Stuttgart, 1964. Más recientemente vuelve sobre la cuestión SCHILD, *JA*, 1991, p. 48 ss. Cfr. al respecto *supra* X.2.C.2.

[1249] Cfr. SCHILD, *JA*, 1991, p. 49. A la luz de determinadas investigaciones psicológicas se afirma que en estos casos el autor no percibe estar actuando por sí mismo y, desde su perspectiva, el hecho acontece como una realidad completamente ajena a su persona (cfr. *ibidem*, pp. 50-51). Cfr. también PRITTWITZ, *GA*, 1994, pp. 460-462, donde se comenta, entre otras, la sentencia del BGH de 10 de octubre de 1957 (BGHSt, vol. 11, p. 20 ss), en que la cuestión de los estados pasionales se trata como un problema exclusivo de culpabilidad.

[1250] Casos citados por RASCH, *Tötung des Intimpartners*, pp. 16-17 y 28, resp. Cfr. también en este ámbito los argumentos de GIMBERNAT ORDEIG, *ADPCP*, 1990, p. 427, en contestación a determinadas afirmaciones jurisprudenciales sobre la dificultad de la prueba de las intenciones de un sujeto: «la mujer que con un hacha corta la cabeza de su marido mientras éste duerme, el sujeto que, después de dejarle sin sentido, arroja a su víctima al mar atándole al cuello con una soga una pesada piedra, está matando intencionadamente, y que ello es así no tiene vuelta de hoja».

el dolo debe en cualquier caso afirmarse, pues desde el punto de vista social los anteriores homicidios tienen el sentido inequívoco de haber sido realizados conscientemente.

También debe imputarse el conocimiento de la concreta aptitud lesiva del comportamiento realizado en aquellos casos en que *el atractivo de tal comportamiento resida precisamente en la creación de riesgo*, es decir, cuando el sujeto activo haya llevado a cabo una conducta cuya única razón de ser sea la creación del riesgo que tal conducta implica. En estos supuestos la evidencia de dicho riesgo es algo que el sujeto necesariamente comparte, pues es la única explicación de su peculiar forma de comportarse. A los «conductores suicidas» que conducen contra-dirección en la autopista a cambio de dinero, o a los que juegan a la ruleta rusa, se les imputa el conocimiento de la concreta aptitud lesiva de su conducta, pues es precisamente tal aptitud lo que explica que hayan realizado semejantes comportamientos. El hecho de que el sujeto vaya a recibir fuertes sumas a cambio de realizarlos es un argumento más a favor de estas afirmaciones: él sabe que si puede llegar a recibir tales cantidades es precisamente por lo extremadamente arriesgado de la conducta que debe llevar a cabo, por lo que necesariamente conoce la concreta aptitud de ésta para provocar un determinado resultado[1251].

Más difícil es la solución de aquellos casos en que no es impensable que para obtener cierta diversión los sujetos sólo pretendan habérselas con *riesgos controlados*. Estas modalidades de riesgo se caracterizan, a diferencia de los riesgos fuera de control, por el hecho de que el sujeto dispone de mecanismos de contención frente al peligro que le permiten, hasta el último momento, evitar la realización del riesgo en el resultado. Por ello es posible entender que en estos casos el sujeto tal vez no haya creído encontrarse ante un auténtico riesgo, es decir, no haya juzgado que su conducta fuera realmente apta en esa concreta situación para producir el resultado lesivo, precisamente porque él mismo estaba dispuesto a evitar tal producción y creía contar con medios suficientes a tal efecto. En estos casos no debe descartarse completamente que el sujeto no haya integrado correctamente la representación del riesgo objetivamente existente, a causa del grado de control que creía conservar sobre dicho riesgo, aunque la conducta parezca *especialmente apta* para la producción del resultado. En cualquier caso, desde el punto de vista social

[1251] Cfr., al respecto, las afirmaciones de SILVA SÁNCHEZ, «Consideraciones dogmáticas y de política legislativa sobre el fenómeno de la "conducción suicida"», *La Ley*, 3 (1988), p. 972 ss. JAKOBS, *Derecho penal*, p. 328, afirma por su parte que «si el atractivo de un juego reside en el riesgo de realización del tipo ("ruleta rusa"), por lo general los jugadores tienen dolo». En sentido similar HERZBERG, *JZ*, 1988, p. 636. DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, p. 332, afirma que, en el caso concreto del «conductor suicida», éste no sólo es consciente del riesgo, sino también de que «la situación constituye, precisamente, una de las premisas de la apuesta que previamente ha aceptado».

es necesario, para aceptar la *no integración* en estos casos, que el grado de control que conserve el sujeto sobre el riesgo creado tenga una entidad tal que sus esperanzas no puedan considerarse meramente ilusorias.

Así, por ejemplo, en el caso en que unos sujetos se dedican a arrojar troncos desde un puente al cruce de una autopista para conseguir un rato de diversión, su conducta supone la creación de un riesgo incontrolado y a la vez apto para causar un accidente, pues los autores son por fuerza conscientes de que, una vez lanzado el tronco, ya no está en sus manos evitar que el riesgo creado se materialice en el resultado, al no conservar recurso alguno a tal efecto[1252]. Una situación distinta se da, por contra, en el supuesto resuelto en la sentencia de 7 de abril de 1983 por el BGH alemán[1253]:

> *Después de fumar unos «porros» de hachís, tres jóvenes decidieron poner en práctica para divertirse una peculiar modalidad de «ruleta rusa». Después de sortear a cuál de ellos le iba a corresponder el papel de víctima en dicho juego, al perdedor del sorteo se le dispuso una soga alrededor del cuello, cuyos extremos fueron atados a la rama de un árbol. Seguidamente fue empujado por uno de los otros jóvenes, perdiendo el apoyo sobre el suelo y elevándose sobre éste unos 35 cm., hasta caer poco después, sin que quedase claro si tal caída se debió a una rotura de la cuerda o a que el nudo se deshizo. Tras caer, uno de los otros dos jóvenes le liberó del nudo que todavía le apretaba la garganta*[1254].

Si bien a primera vista parece que en este supuesto la razón de ser de la conducta no es otra que la creación de un riesgo y, por tanto, no

[1252] Cfr. los comentarios a este caso (juzgado por el Tribunal del Jurado de Francfort d.M. el 24 de julio de 1972) en NAUCKE, «Über das Verhältnis von Strafrechtswissenschaft und Strafrechtspraxis», *ZStW*, 85 (1973), pp. 430-431 y LOOS, en *Rechtswissenschaft und Rechtsentwicklung*, p. 274.

[1253] Reproducido en *NStZ*, 1983, p. 365.

[1254] El *Landgericht* de Siegen condenó a los dos jóvenes como autores de una tentativa de homicidio. El BGH revocó tal decisión al entender que no quedaron suficientemente probados los requisitos del dolo de homicidio, esto es, que los autores hubieran sido conscientes de que su conducta creaba un riesgo para la vida del otro joven y que consintieran en el acaecimiento del resultado representado como posible al continuar actuando. Respecto al primer elemento el BGH afirma que «los acusados eran aún muy jóvenes y sólo querían jugar a un juego, aunque fuera peligroso. Ninguno de ellos podía haber pensado razonablemente hasta el sorteo de la víctima en un desenlace mortal de dicho juego y, por tanto, dado el caso, incluso en su propia muerte. Los acusados no tuvieron conocimiento alguno de la posibilidad del acaecimiento inmediato de una muerte por desnucamiento, sino que más bien pensaban, lo que el *Landgericht* tiene en cuenta a su favor, "que la muerte se produciría por asfixia", que el ahorcado "viviría unos segundos más mientras moviera las piernas", como "habían visto en la escena de un ahorcamiento en una película". *D.* estuvo muy poco tiempo en el aire. Tras la caída *S.* le deshizo inmediatamente el nudo que le apretaba el cuello». El BGH entiende que el tribunal de instancia debía haberse planteado también si el consumo de hachís había disminuido las capacidades cognitivas de los acusados, cosa que no hizo.

cabe duda de que los participantes en tan peculiar divertimento eran conscientes de ello, atendiendo a los hechos no puede descartarse que, en realidad, tales sujetos sólo creyeran habérselas con un riesgo bajo control. Esta afirmación se fundamenta en el hecho de que se conservara (aparentemente) un nivel de control sobre el riesgo que no permite descartar que los acusados realmente se creyeran en condiciones de evitar que éste pudiera llegar a materializarse en el resultado. Si su valoración hubiese resultado errónea y a consecuencia del juego se hubiese provocado la muerte del tercer joven, sólo se podría entender cometido un homicidio imprudente.

En estos últimos casos, sólo una *exteriorización del conocimiento* hace posible cambiar el sentido de la imputación. En referencia al ejemplo expuesto, debería imputarse la creación dolosa de un riesgo de muerte si se pudiera acreditar a través de *exteriorizaciones* de los autores, por ejemplo, que el juego no era más que una mera artimaña para simular la muerte accidental del compañero. Estas ideas se recalcan con el siguiente supuesto de hecho:

> *Un padre juega con su hijo de corta edad a lanzarlo al aire y cogerlo con las manos, con tan mala suerte que una de las veces le fallan las manos, cayendo el niño al suelo y lesionándose. En este caso el sujeto activo sólo puede ser castigado por lesiones imprudentes pues, desde un punto de vista social, el juego se basa en la creación de un riesgo bajo control, al que han fallado unos mecanismos de contención en principio aptos para evitar la producción del resultado. Sólo las manifestaciones del sujeto en el sentido de haber dejado conscientemente caer al niño podrían variar la valoración social del hecho*[1255].

Tiene cierta importancia, para dar una solución adecuada a casos como los expuestos, determinar adecuadamente cuándo desde un punto de vista social no es posible admitir que el sujeto sólo haya creído estar ante un riesgo controlado[1256]. Tal posibilidad debe descartarse, como ya se ha apuntado, cuando desde un punto de vista objetivo el sujeto no conserve ninguna capacidad de contención del riesgo que permita atribuirle la representación de un mero riesgo bajo control y no de un riesgo descontrolado y a la vez apto para producir la lesión. Éste es el criterio que permite dar una solución adecuada al supuesto en que los autores se dedican a lanzar troncos al cruce de una autopista o en que juegan con una pistola a la ruleta rusa: la *no integración* de la aptitud lesiva del

[1255] Esta idea se desarrolla más a fondo *infra* XVII.4.A.1.

[1256] El Tribunal Supremo afirma en la denominada «sentencia de la colza» (STS de 23 de abril de 1992, A 6783, ponente Bacigalupo Zapater) «la existencia de dolo cuando el autor somete a la víctima a situaciones peligrosas que no tiene la seguridad de controlar». En este punto se trata de decidir en qué situaciones se admite la creencia del sujeto de que el riesgo está bajo control y en qué casos no.

riesgo creado no se tiene por posible en estos casos, pues el sujeto no cuenta con mecanismos que permitan evitar que, una vez creado el riesgo, éste se materialice en el resultado[1257].

Idéntico tratamiento debe ser dispensado a aquellos supuestos en que, también desde un plano objetivo, las capacidades de control que conserva el sujeto sean ínfimas en comparación con el grado de riesgo creado con la conducta. De este modo se resuelve el caso de los «conductores suicidas»: puede ser que el conductor confíe en su habilidad al volante para sortear a los coches con los que va a cruzarse, pero, en comparación con el riesgo que se crea, este mecanismo de control tiene desde la perspectiva social tan poca entidad que ni se plantea siquiera la posibilidad de que sirva como base a un sujeto imputable para creer que sólo se encuentra ante un riesgo bajo control. Tampoco en este caso se admite socialmente la hipótesis de una *no integración* de la aptitud lesiva del riesgo creado.

Finalmente, debe añadirse que con la regla aquí expresada se consigue dispensar también un tratamiento adecuado a los supuestos que la doctrina suele denominar de *«confianza irracional en el no acaecimiento del resultado»* o, más adecuadamente, de *«desconocimientos o no integraciones irracionales de riesgos»*, a los que ya se ha dado una solución parcial al tratar la cuestión relativa a los *conocimientos mínimos* en aquellos supuestos en que ciertas alegaciones de desconocimiento se referían a la consciencia de la aptitud lesiva en abstracto de determinadas conductas[1258]. Lo que procede analizar ahora son los desconocimientos irracionales de la *concreta aptitud lesiva* de ciertos comportamientos. Tal análisis se acomete recurriendo al siguiente ejemplo:

> *Un sujeto coloca un artefacto explosivo de gran potencia en una vivienda. A través de diversos datos objetivos se imputa al sujeto el conocimiento genérico de que colocar tales artefactos es peligroso en general para la vida de los demás e, igualmente, la consciencia de que en la vivienda habitan personas. La bomba explota produciéndose una víctima mortal. El sujeto alega no haberse representado peligro alguno, pues una vidente le vaticinó que no iba a morir nadie con esa concreta explosión.*

Ante un supuesto como éste basta con repetir ideas ya expuestas: si el protagonista del ejemplo puede ser considerado imputable le deberá ser atribuido el conocimiento de la concreta aptitud lesiva del comportamiento llevado a cabo, pues colocar un potente aparato explosivo en una vivienda es una conducta que se considera *especialmente apta* para producir la muerte de otras personas y en estos supuestos no se entienden posibles las *no integraciones* de la concreta aptitud lesiva cuando se conoce la peligrosidad abstracta de la conducta y se tiene además un *«conocimiento situacional»* correcto[1259]. Como en el caso de los *conocimientos mínimos,* la única hipótesis plausible para negar el dolo sería la plena inimputabilidad del acusado[1260]. Por contra, si el acusado es imputable se le debe atribuir el conocimiento del riesgo concreto y, por tanto, el dolo de homicidio, de acuerdo con ideas ya expresadas por *von Wick* en 1857:

> quien conoce un hecho como lógicamente necesario o altamente probable no puede alegar que su fe contradijo a su conocimiento, pues tal contradicción presupondría una enajenación mental. Ciertamente lo que sucedería es que no se podría condenar al autor por dolo, pero no sólo por tales motivos, sino también porque, por supuesto, se le debería declarar inimputable. Quien empuja a otro desde una alta torre y alega no haber creído que tal empujón iba a provocar una lesión, o está mintiendo o se encuentra en una situación de enajenación mental[1261].

[1257] De esta misma opinión SCHRÖDER, *Sauer-FS*, p. 238. Cfr. igualmente KLEE, *Der dolus indirectus als Grundform der vorsätzlichen Schuld*, Berlín, 1906, p. 30: «la esperanza o la convicción del autor de poder evitar el resultado representado sólo puede excluir el dolo si cuenta con una base objetiva (...) la simple esperanza en la suerte o en el cielo no puede nunca eliminar el dolo». *Ibidem*, p. 33: «no es la fe lo decisivo para excluir el dolo, sino si esta fe tiene un fundamento objetivo».

[1258] Cfr. *supra* XII.4.

[1259] Cfr., al respecto, HERZBERG, *JZ*, 1988, p. 639: «cuando se ha captado un peligro cualificado éste no puede pasar a considerarse inofensivo mediante un irracional "no querer ver", "excluir", "eliminar mentalmente", "tomar a la ligera", "confiar en la buena suerte"». La cualificación del peligro es planteada por este autor a través de su distinción entre peligros *cubiertos* y *descubiertos* (cfr. *supra* IV.2.C), pero la idea es perfectamente trasladable a aquellas conductas que, desde un punto de vista social, resultan *especialmente aptas* para producir un determinado resultado: ante tales conductas no se admiten *no integraciones* de la representación de riesgo. También interpreta la cuestión de la confianza en términos valorativos y no psicológicos KLEB-BRAUN, *JA*, 1986, p. 316, constatando con curiosidad que, pese a afirmar la jurisprudencia que lo que debe probarse es aquello que realmente ha pasado por la cabeza del autor, se acaben resolviendo los casos con un criterio objetivo consistente en decidir en qué casos no se admite una confianza en la no realización del tipo.

[1260] Aunque de acuerdo con ideas ya expuestas *supra* XII.5, en los casos en que se dé tal inimputabilidad propiamente no será necesario llegar a analizar la cuestión del tipo subjetivo, pues las conductas de los plenamente inimputables se consideran, ya de entrada, penalmente irrelevantes.

[1261] VON WICK, *ACR*, 1857, p. 607. Estas ideas pueden vincularse a juristas muy anteriores, como *Baldo*, quien ya afirmaba que aquél que «con la intención de herir emplea un arma que según su naturaleza y la forma en que se utiliza es adecuada para causar la muerte, debe darse cuenta de la posibilidad del desenlace mortal»; KLEE, *Der dolus indirectus*, pp. 11, matiza que este «deber darse cuenta» no se refiere al desconocimiento propio de la imprudencia, sino al deber-conocer del sano sentido común, pues la imprudencia no se basa en el error sobre el carácter peligroso de determinadas acciones cuando éste es de conocimiento general, sino en el error sobre la existencia de las circunstancias fácticas que dan pie a la existencia de peligro. Contra la idea de que la mera esperanza o confianza del autor, es decir, «la arbitrariedad subjetiva de éste», pueda servir para trazar la frontera entre dolo e imprudencia, *ibidem*, p. 30.

Así, socialmente no se entiende posible que alguien en plenitud de sus facultades mentales, que conoce en abstracto que una bomba es un medio apto para acabar con la vida de seres humanos, y que conoce también que en el lugar en que ha colocado dicho artefacto se encuentran personas, deje de representarse que al actuar de este modo está llevando a cabo una conducta concretamente apta para producir un resultado de muerte [1262].

Una vez expuesta la idea de la *especial aptitud* de determinadas conductas con respecto a la producción de ciertos resultados lesivos y analizada ésta en diversos supuestos, conviene abordar seguidamente la exposición teórica de la figura de las *conductas (arriesgadas) neutras*, aquéllas en que, a diferencia de las *especialmente aptas*, sí se otorga en principio plausibilidad a la invocación por parte del sujeto de una incorrecta integración de los factores de peligro reconocidos.

XVII.4. «CONDUCTAS NEUTRAS» DESDE EL PUNTO DE VISTA DE SU APTITUD LESIVA

Las ideas expuestas en el apartado anterior llevan a imputar a un sujeto el *juicio de concreta aptitud lesiva* que requiere el dolo del resultado cuando se considere que su conducta resulta *especialmente apta* para producir un determinado resultado lesivo. Sin embargo, la anteriores modalidades de comportamiento sólo constituyen una pequeña parte de entre todas aquéllas que pueden presentarse en la práctica. Junto a éstas existe una gran cantidad de conductas en que, pese a haberse imputado previamente al sujeto el conocimiento de un riesgo en abstracto y de todas las características objetivas de la situación en que ha llevado a cabo su comportamiento, desde el punto de vista de la interpretación social no parece posible descartar por completo la posibilidad de que no se hayan integrado ambos factores en un *juicio de concreta aptitud lesiva*. Se trata, por tanto, de comportamientos en los que socialmente no tiene por qué ser inimaginable una *no integración* de la aptitud lesiva del riesgo que con ellos se crea.

[1262] El punto de vista aquí defendido viene a coincidir en buena medida con la idea expresada por *Herzberg* (cfr. *supra* IV.2.C), según la cual en determinadas creaciones de riesgo se estima irrelevante el hecho de que el sujeto haya podido confiar o no en el no acaecimiento del resultado. Sin embargo, se discrepa de la postura de este autor en cuanto a que el criterio para determinar cuándo es inadmisible tal confianza sea la *cobertura* del peligro creado. En este sentido, las conclusiones tampoco se alejan de los puntos de vista que defienden que la confianza del autor sólo sea capaz de excluir el dolo en los casos en que tal confianza pueda reputarse racional, aunque se discrepe en los criterios de fundamentación y en la terminología de estas posturas (cfr. *supra* III.3.C y V.3.B).

El término «*conducta (arriesgada) neutra*» va a emplearse en este trabajo para designar aquellos comportamientos que, desde la óptica de la valoración social, no siempre se consideran inequívocamente ligados a la creación de un determinado riesgo. Frente a dicho riesgo, las *conductas neutras* tienen un carácter, si bien no completamente ajeno (lo que podría llevar a excluir la imputación objetiva), tampoco especialmente idóneo por lo que respecta a su aptitud para producir un determinado resultado. Cuando concurre una de estas conductas es socialmente imaginable que durante su ejecución se haya producido por parte del sujeto una *no integración* de la aptitud lesiva del riesgo, posibilidad que no se admite, por contra, en las conductas *especialmente aptas*, pese a que con ambas se cree un riesgo jurídicamente relevante y el resultado causado sea, por tanto, objetivamente imputable a quien las haya realizado.

La conducción de automóviles es, probablemente, uno de los casos más evidentes de *conducta neutra* con respecto a resultados como la muerte, las lesiones o los daños. Si bien es indiscutible que a tal actividad se le puede asociar la creación de determinados riesgos para la vida, la integridad física o el patrimonio, lo cierto es que no son sólo estos riesgos lo que desde el punto de vista social impregna las valoraciones acerca del acto de conducir, sino también las indudables ventajas que éste comporta para el conjunto de la sociedad [1263]. Junto con la anterior, pueden apuntarse otras conductas que son valoradas como *neutras* respecto a ciertos resultados, como, por ejemplo, propinar un puñetazo a alguien, construir una casa o comercializar un producto comestible son *neutros* con respecto al resultado muerte: en función de la forma de ejecución de las anteriores conductas podrá ser objetivamente imputado el resultado en cuestión, pero ello no querrá decir que desde el punto de vista social pasen a considerarse conductas *especialmente aptas* para pro-

[1263] LEMPP, *Jugendliche Mörder. Eine Darstellung an 80 vollendeten und versuchten Tötungsdelikten von Jugendlichen und Heranwachsenden*, Berna, Stuttgart, Viena, 1977, p. 174, constata esta doble valoración en los modos de proceder más comunes de la policía, cuando ésta trata de esclarecer hechos presuntamente delictivos. Así, afirma este autor, que a quienes provocan un accidente con el coche la policía no les suele preguntar, para probar un hipotético dolo, si no saben que conducir a determinadas velocidades crea un riesgo para la vida de los demás, pregunta que sí suele dirigirse a quienes han realizado conductas como disparar o estrangular: «ello se debe a que los puños, un cuchillo o un fusil se reconocen como armas homicidas, pero no, sin más, un automóvil. La diferencia radica igualmente en que los puños, el fusil o un cuchillo se emplean para hacer daño a otros, un objetivo que, por regla general, no forma parte de las intenciones de un automovilista». Este autor se muestra crítico con esta forma de proceder, pues entiende que con este tipo de interrogatorios se pasa por alto que también en los primeros casos el autor puede haber dejado de representarse, en su concreta situación, la peligrosidad de su comportamiento. Otra opinión en KÜHN, *NJW*, 1967, p. 24, quien no entiende justificable que a los conductores se les trate por principio como autores imprudentes, incluso en aquellos casos en que realizan maniobras sobre las que se conoce perfectamente que son la causa habitual de numerosas muertes.

ducir tal resultado[1264]. Por este motivo sólo merecen el calificativo de *conductas peligrosas neutras*.

Como se desprende de los anteriores ejemplos, la consideración de un comportamiento como *especialmente apto* para la originación de un resultado o, por contra, como *neutro*, exige que éste sea puesto en relación con determinados resultados. Así, por ejemplo, propinar a otra persona un golpe en el rostro con el puño cerrado es una conducta *especialmente apta* para causar determinadas lesiones, si bien sólo puede considerarse una *conducta neutra* con respecto al resultado muerte[1265]. En segundo lugar, para que pueda calificarse una conducta de *neutra* es igualmente necesario que ésta sea debidamente contextualizada. Volviendo el ejemplo de la conducción de automóviles, ésta será considerada una *conducta neutra* siempre que objetivamente se desarrolle dentro de unos cauces en que parezca plausible la posibilidad de *no integración* de la aptitud lesiva de los riesgos que con ella se crean. Por contra, dicha *no integración* no se entenderá posible cuando el sujeto conduzca de tal modo que, ya en el plano de lo objetivo, sea imposible explicar su forma de actuar sin pensar en la creación del riesgo por sí mismo. Son éstos casos en que el sujeto lleva a cabo una conducta en principio *neutra* de un modo tan poco habitual y tan evidentemente orientado a la creación de un riesgo, que ésta pasa a convertirse en un comportamiento *especialmente apto* para provocar un determinado resultado lesivo.

Por ejemplo,

Una no integración de la concreta aptitud lesiva parece posible en los supuestos en que un conductor provoca un accidente mortal al realizar un adelantamiento peligroso o al no mantener la preceptiva distancia de seguridad con el vehículo que le precede. Sin embargo, tal falta de integración no parece posible en el caso en que el conductor persigue con su coche a un peatón, saliéndose incluso de la calzada, entrando en unos jardines y causando finalmente su muerte arrollándole contra una pared. En este último caso el autor convierte su coche, incluso desde el prisma objetivo, en un «arma para matar», por lo que ya no puede considerarse que su conducta sea meramente neutra con respecto al resultado de muerte.

[1264] Acertadamente, la STS de 21 de enero de 1997 (A 193, ponente Soto Nieto): «de los motivos y antecedentes sólo puede extraerse la conclusión de originación de un incidente simple y un querer dirimirlo por la fuerza o razón de los puños. De ahí que afirme el Tribunal que no hubo dolo directo para acabar con la vida del fallecido (...) no se estima discurriera por su mente [del acusado] que su acción pudiera desencadenar la muerte de la persona a quien dirigió su puño».

[1265] En una línea similar, en la STS de 15 de octubre de 1990 (A 8072, ponente García Miguel) se entiende que en la acción de rociar a otra persona en la cara con ácido fluhorídrico puede no darse la representación de posibilidad de un resultado letal.

La distinción entre conductas *especialmente aptas* y *conductas neutras* tiene una especial importancia en todo lo que respecta a la finalidad que se debe conseguir con la sanción penal. Así, en el caso del primer tipo de conductas, las valoraciones sociales consideran imposible que un sujeto imputable no haya conocido, en su situación concreta, que estaba realizando una conducta concretamente idónea para provocar un determinado resultado. Por este motivo, una resolución judicial que sostenga lo contrario —basándose, por ejemplo, en afirmaciones de determinadas disciplinas científicas— emite a la sociedad un mensaje que ésta no puede comprender. En el caso de las *conductas neutras* se produce el fenómeno inverso: la sociedad puede comprender perfectamente que en este género de comportamientos el sujeto no haya realizado un *juicio de concreta aptitud lesiva*, pues desde el punto de vista de la colectividad no se considera que éstas sean conductas que de forma inequívoca se realicen siempre con consciencia de los riesgos concretos que suponen. En este caso *la negación del dolo es asimilable por la sociedad y, por tanto, debe ser la regla general*, excepto en aquellos casos en que a la mera conducta se agreguen una serie de circunstancias concomitantes que tiñan con el tono de la consciencia su realización. Al análisis de los supuestos en que la concurrencia de una *conducta neutra* en el plano objetivo no debe impedir la apreciación de una realización delictiva dolosa se dedica el siguiente subapartado.

A) La imputación del juicio de concreta aptitud lesiva en las conductas neutras

Como se ha avanzado en el apartado anterior, *la regla general que debe regir para determinar el tipo subjetivo de conductas (arriesgadas) neutras es la no imputación del juicio de concreta aptitud lesiva y, por tanto, la imputación del resultado a título de imprudencia.* Sin embargo, cuando junto a la conducta concurran determinadas circunstancias objetivas, esta regla general puede dejar de regir[1266]. El análisis de tales circunstancias se aborda a continuación.

A.1. Conductas neutras y exteriorización del conocimiento

Aunque el sujeto realice una conducta que tenga el carácter de *neutra* en lo que respecta a su aptitud para provocar un determinado resulta-

[1266] Este planteamiento, en realidad, no es del todo nuevo. FRAMARINO DEI MALATESTA, *Lógica*, pp. 214-216, ya distinguía entre aquellos comportamientos que implicaban en sí mismos una intención criminal («casos en que la materialidad solo tiene un significado y fin posibles») de aquellos otros en que no se da tal implicación. En este último caso, la intención debe ser acreditada a través de otras circunstancias.

do lesivo, a dicho sujeto *deberá serle imputado el conocimiento de que su conducta era concretamente idónea para producir el resultado en cuestión cuando, durante o después de su realización, haya exteriorizado que efectivamente realizó el juicio de concreta aptitud lesiva requerido por el dolo de los delitos de resultado*, es decir, cuando haya puesto de manifiesto que al realizar el hecho integró correctamente el conjunto de factores de riesgo conocidos [1267]. Estas ideas se desarrollan a continuación de acuerdo con el siguiente ejemplo:

> *Impactar frontalmente contra otro coche en la carretera no es un comportamiento que pueda juzgarse especialmente apto para producir un resultado de muerte: son perfectamente imaginables casos en que alguien impacte de este modo con otro vehículo sin hacerlo de forma consciente. Sin embargo, si tras el impacto uno de los dos conductores reconoce haber sido consciente del concreto peligro creado, por haber intentado, por ejemplo, causar de este modo la muerte del otro conductor, deberá serle imputado el conocimiento de la concreta aptitud lesiva de la conducta realizada y concurrirá, por tanto, un homicidio doloso* [1268].

Estas afirmaciones permiten salvar algunos de los puntos débiles que se constatan en las denominadas «teorías objetivizantes» del dolo [1269]. Así, cuando *Herzberg* afirma, por ejemplo, que aunque el sujeto conozca determinados peligros (*cubiertos*), éstos resultan siempre inidóneos, ya en el plano de lo objetivo, para fundamentar una imputación dolosa, olvida que las declaraciones del sujeto afirmando haber sido plenamente consciente de la concreta aptitud lesiva de su conducta en el momento de realizarla, pueden hacer variar claramente el sentido social de un comportamiento que, prescindiendo de tal afirmación, podría parecer realizado de modo inconsciente. Algo parecido sucede con los planteamientos defendidos por *Puppe*: métodos que *a priori* pueden antojarse como totalmente inapropiados o irracionales para la causación de un determinado resultado pueden dejar de parecerlo si, de acuerdo con los objetivos expresados por el autor, resultan ser la vía escogida para dicha causación, siempre que se trate, por supuesto, de conductas que comporten, en el

[1267] Sobre los fundamentos básicos de la *exteriorización del conocimiento* y la imputación de éste, cfr. *supra* XIV. FRISCH, *K. Meyer-GS*, p. 560, atribuye a las afirmaciones del autor posteriores al hecho «sobre su situación psíquica en el momento del hecho», un importante valor indiciario, como entienden en general la mayor parte de la doctrina y jurisprudencia.

[1268] Interesante el caso resuelto en la STS de 14 de diciembre de 1994 (A 9377, ponente Carrero Ramos): puede llegar a interpretarse como *conducta neutra* con respecto al resultado de muerte el hecho de que un automóvil esté a punto de arrollar a un peatón tras subir al bordillo y superar diversas islas peatonales. Sin embargo, el dolo debe imputarse cuando entre los hechos probados consta que uno de los ocupantes del vehículo gritó «tira para delante, llévatelo».

[1269] Cfr. *supra* IV.2.

plano objetivo, la creación de un peligro típicamente relevante [1270]. En ambos casos bastaría una *exteriorización* de tales conocimientos para que la valoración social del hecho cambiase radicalmente y pudiera imputarse al sujeto la creación de un riesgo siendo consciente de su concreta aptitud para producir un resultado lesivo.

> *Por ejemplo,*
>
> *Un empresario de la construcción se niega a suministrar a uno de sus operarios el equipamiento necesario para garantizar su seguridad cuando éste trabaja a grandes alturas, a lo que dicho trabajador no se opone por miedo a perder su puesto de trabajo. Un día el operario cae de una altura superior a 50 metros, produciéndose su muerte instantánea.*

Si únicamente fuera éste el *factum* de la sentencia parece que concurriría, como mucho, un homicidio imprudente. Dejando a un lado el correspondiente delito contra la seguridad en el trabajo (art. 316 CP), podría imputarse al empresario el conocimiento de los peligros que en abstracto se derivan del hecho de que sus trabajadores no actúen con el equipamiento necesario, pero sería perfectamente aceptable la hipótesis de que en su caso específico el empresario hubiera pensado que no iba a pasar nada, es decir, que no integrase correctamente la concreta aptitud lesiva de su conducta. *Herzberg* hablaría en este caso de «peligro *cubierto*» y *Puppe* de «estrategia inidónea para la causación del resultado de muerte». Sin embargo, la valoración de la situación cambia por completo si, dado el caso, el empresario declara arrepentido ante el Tribunal que le juzga que siempre fue consciente del riesgo que corría su trabajador, pero que le tenía muy poca simpatía y que, negándole las medidas de seguridad, albergaba la esperanza de que algún día se precipitara al vacío produciéndose su muerte. Es indudable que el tipo de conducta arriesgada llevada a cabo el sujeto es un factor clave para decidir acerca del dolo de éste, pero no debe pasarse por alto que hechos simultáneos o posteriores a la realización de tal conducta pueden hacer cambiar la valoración social de ésta, en principio considerada inconsciente, pasando a entenderse que ha sido realizada con plena consciencia y, por tanto, dolosamente [1271].

[1270] El análisis de la causación de muertes y lesiones a consecuencia de un impacto frontal entre automóviles lleva a pensar inicialmente en imprudencia, pero la valoración del caso cambia si entre los hechos probados consta que uno de los conductores expresó a su acompañante su intención de causar la muerte de ambos. Cfr., en este sentido, el caso comentado por GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría jurídica del delito. Derecho penal. Parte general*, Madrid, 1984, reimp. 1988, pp. 212-215, tomado de la STS de 20 de abril de 1977 (A 1689, ponente Díaz Palos).

[1271] A lo que se une el hecho de que tanto *Herzberg* como *Puppe* (cfr. *supra* IV.2.C y IV.2.D, resp.) exigen para el dolo el conocimiento por parte del autor del tipo de riesgo que está creando con su comportamiento, sin que quede claro si tal exigencia debe inter-

El punto débil de las teorías de *Puppe* y *Herzberg* radica en pretender convertir lo que es habitual en la praxis en una regla general no sujeta a excepciones[1272]. Cierto es que, en la práctica, casi nunca se darán confesiones autoinculpatorias como la del ejemplo anterior y, cierto es también, que las creaciones de determinados riesgos se considerarán casi siempre inconscientes, sobre todo en aquellos ámbitos de la vida en que su creación sea bastante frecuente. Pero el que se niegue la consciencia de la concreta aptitud lesiva en tales supuestos puede venir dado en un buen número de casos por la falta de una base fáctica suficiente para atribuir al sujeto tal consciencia y no por el hecho de que tales riesgos sean en sí mismos siempre inidóneos, ya en el plano objetivo, para fundamentar una realización típica dolosa. En consecuencia, cuando exista base fáctica para atribuir el conocimiento —que en este caso vendrá dada por la *exteriorización*—, deberá apreciarse, incluso en el caso de las *conductas arriesgadas neutras*, una comisión dolosa. Que pocas veces en la práctica se cuente con tal base fáctica no impide plantearse la posibilidad teórica de su existencia, por lo que no es adecuado afirmar que determinados riesgos, pese a ser jurídicamente relevantes, excluyan *siempre y en todo caso* en el plano objetivo cualquier posibilidad de una condena por delito doloso.

En cualquier caso, son trasladables a este punto las consideraciones ya expuestas según las cuales la imputación debe descartarse cuando la *exteriorización* del conocimiento concreto del riesgo parezca únicamente consecuencia de una escrupulosidad patológica por parte del sujeto de la imputación y no permita alterar el sentido social del hecho como socialmente inocuo[1273].

A.2. Captación de la proximidad del resultado lesivo

Estructuralmente distintos a los supuestos acabados de exponer, pero merecedores de un idéntico tratamiento, son aquellos casos en que, pese a que no puede entenderse que la conducta realizada por el sujeto sea *especialmente apta* para producir un determinado resultado, se considera que durante la realización del hecho dicho sujeto ha captado necesariamente a través de sus sentidos lo que eran datos evidentes de la proximidad de la realización del riesgo creado en el resultado, es decir, muestras incuestionables de la concreta aptitud lesiva de la conducta. *Si pese a tal captación el autor no ha desistido de su comportamiento, debe ser-*

pretarse como una cuestión a resolver mediante valoración (imputación) o a través de la averiguación de un dato psicológico.

[1272] En tal sentido la crítica de HASSEMER, *ADPCP*, 1990, p. 930 (nota 92) a *Herzberg*, calificando su postura de «esquemática».

[1273] Cfr. *supra* XIV.4.

le imputado el conocimiento concreto de la aptitud lesiva de su conducta y, por tanto, la causación dolosa del resultado. En estos casos se descarta la posibilidad de que se haya producido una *no integración* de la aptitud lesiva, precisamente porque el mismo hecho le muestra a su autor la idoneidad del peligro que está creando para producir un resultado y lo hace, además, de un modo tan evidente que desde la óptica social no se entiende posible una interpretación errónea.

> *Por ejemplo,*
>
> *Propinar con el puño diversos golpes en la cara de una persona adulta y sana es, desde el punto de vista de la valoración social, una conducta que está inequívocamente vinculada a la creación de un riesgo para la integridad física de ésta, es decir, una conducta especialmente apta para producir unas lesiones, pero no una muerte. Sin embargo, si después de los primeros golpes se manifiestan rasgos evidentes del peligro de muerte (pérdida de consciencia, vómitos de sangre ...) y, pese a ello, el sujeto sigue golpeando, deberá atribuírsele el conocimiento de la concreta aptitud de su comportamiento para producir un resultado mortal*[1274].

En estos supuestos, si bien en el instante inicial de realización de la conducta no puede descartarse la posibilidad de que el sujeto no haya valorado correctamente la aptitud lesiva de su comportamiento, la forma en cómo éste se ha desarrollado hace que, a partir de un determinado momento, ya no sea admisible una hipotética *no integración* de su concreta aptitud lesiva. Para que concurra esta estructura es necesario que el hecho pueda ser valorado como una *conducta neutra*. Si la conducta inicial es *neutra* y, al aparecer los síntomas inequívocos de proximidad del resultado, el autor se detiene, no es posible imputarle el conocimiento necesario para el dolo[1275]. Por contra, si la conducta desde el primer momento tiene el carácter de *especialmente apta* para producir el resultado en cuestión deberá afirmarse que concurre un supuesto de tentativa y posterior desistimiento.

[1274] Cfr. el supuesto que resuelve la STS de 23 de noviembre de 1996 (A 8683, ponente Montero Fernández-Cid): los acusados advirtieron que una de las personas a las que acababan de agredir «respiraba dificultosamente», pese a lo cual siguieron golpeándola.

[1275] Cfr. la STS de 25 de septiembre de 1967 (citada por ZUGALDÍA ESPINAR, *ADPCP*, 1986, p. 409): «X conducía un autobús detrás de un ciclomotor sin prestar la debida atención a la circulación, al manejo del mismo y a las distancias reglamentarias que deben guardarse entre los vehículos —y todo ello pese a llevar roto el freno de pie. El autobús llegó a golpear al ciclomotor hasta tres veces, derribándole en la última y atropellando al conductor que resultó muerto». El TS califica el hecho de homicidio imprudente, pese a que parece existir sobrada base objetiva (tres golpes al ciclomotor) para considerar que el conductor del autobús por fuerza integró la aptitud de su conducta para causar una muerte, pese a lo cual siguió actuando. ZUGALDÍA ESPINAR, *ibidem*, p. 408, califica las conclusiones a que llega el Tribunal de «sumamente discutibles».

Por ejemplo,

Si al aplicar un curandero un determinado tratamiento a un paciente (conducta neutra), advierte que los medicamentos suministrados (generalmente inocuos) llevan a que dicho paciente pierda la consciencia y sufra fuertes espasmos y vómitos, decidiendo entonces interrumpir las sesiones, no será posible atribuirle (a falta de exteriorizaciones) que en el momento inicial se hubiese representado la concreta aptitud lesiva de su conducta. Si pese a todo el paciente muere, concurre un homicidio imprudente[1276]*. Por contra, si al advertir los claros signos de proximidad de la muerte el curandero no deja de suministrar medicamentos, el homicidio deberá considerarse doloso, al haber advertido el sujeto la proximidad de la realización del riesgo y, sin embargo, haber seguido adelante con su conducta.*

Distinto es el caso en que alguien vierte cianuro en la copa de la que va a beber otra persona y lo hace conociendo que el cianuro es un veneno mortal y que lo que vierte en la copa es efectivamente cianuro (conducta especialmente apta para causar una muerte). Por mucho que el autor llame a una ambulancia al ver cómo reacciona la víctima tras tomar la bebida, debe afirmarse un homicidio doloso si la víctima del envenenamiento acaba por morir y una tentativa (con desistimiento o no) si consigue salvarse su vida[1277].

A.3. Imputación del juicio de concreta aptitud lesiva y dinámica comisiva

Un tratamiento similar al propuesto para los casos tratados anteriormente debe otorgarse a aquellos supuestos en que la dinámica comisiva del comportamiento típico hace impensable que el sujeto (que conoce el riesgo en abstracto y las circunstancias de la situación en la que actúa) no haya llegado a realizar un *juicio de concreta aptitud lesiva* acerca de su conducta. Así como en los supuestos en que se da una realización «acelerada» del tipo parece plausible la hipótesis de que un sujeto no

[1276] Por ello sólo debe afirmarse un homicidio imprudente en el caso resuelto en la STS de 4 de julio de 1980 (A 3126, ponente Díaz Palos) y comentado por SILVA SÁNCHEZ/BALDÓ LAVILLA/CORCOY BIDASOLO, *Casos de la Jurisprudencia Penal con comentarios doctrinales. Parte general*, 2.ª ed., Barcelona, 1997, pp. 147-149. En este supuesto, una madre hizo ingerir a su hija de pocos meses un gran número de biberones de leche y agua, provocando su muerte por asfixia. Obligar a beber una gran cantidad de líquido es una *conducta neutra* con respecto al resultado de muerte y el hecho de que, al advertir la procesada los vómitos de la niña, no prosiguiera con su comportamiento, es una circunstancia que impide atribuirle el conocimiento exigido por el dolo. La circunstancia de que la procesada sufriera transtornos esquizofrénicos y oligofrénicos no desempeña papel alguno en la «determinación del dolo» (en contra de la opinión del TS). Está de acuerdo con esta última idea DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, pp. 338-339 (nota 55), pese a que entiende que el caso debe calificarse de parricidio doloso.

[1277] Sobre la problemática que plantean los supuestos en que se da un comportamiento del acusado, posterior o simultáneo al hecho, dirigido a evitar la producción del resultado se vuelve más adelante en *infra* XVII.4.B.2.

haya sido capaz de integrar todos los factores que conoce en un juicio válido, *en los casos en que dicha realización se prolonga en el tiempo no parece posible sostener que el sujeto no haya integrado correctamente en un juicio de concreta aptitud lesiva todos los factores de la situación que conoce*[1278].

> *Esta regla permite dar una solución al denominado «Caso del aceite de colza»*[1279]*: el prolongado y complejo proceso que va de los contactos iniciales entre empresarios aceiteros hasta la comercialización del aceite hace impensable que, siendo conocedores como eran los acusados de los factores de riesgo singulares, no se representaran que introducir el aceite en el mercado fuera una conducta apta para lesionar la vida o la salud de los potenciales consumidores.*

A esta idea recurre explícitamente el Tribunal Supremo en su sentencia de 25 de abril de 1995[1280]. En este caso, el ordenanza de un edificio de la Seguridad Social rellenó un impreso con membrete de la Tesorería General de dicho organismo donde se certificaba que un empresario se hallaba al corriente en el pago de ciertas cuotas, un acto para el que dicho ordenanza era totalmente incompetente. La Audiencia Provincial condena al acusado por falsedad imprudente. El Tribunal Supremo replica que tal imprudencia no es posible y que concurre un delito doloso: «*piénsese en la complejidad de los actos llevados a cabo*, piénsese en las condiciones de cultura en relación con los conocimientos profesionales del acusado. Unos y otros excluyen naturalmente el error»[1281].

También en la jurisprudencia del BGH alemán puede verse reflejado este criterio, pues este Tribunal se muestra especialmente estricto en la atribución al sujeto del conocimiento de la peligrosidad de una conducta en aquellos casos en que no concurre «un hecho espontáneo en el que déficits psíquicos, como arrebatos nerviosos, alcoholización o incontrola-

[1278] El *tempo* de la dinámica comisiva suele sostenerse por la doctrina como un dato a tener en cuenta en la «determinación del dolo» y, en este sentido, suele afirmarse que la ausencia del dolo parece siempre mucho más plausible en aquellos supuestos en que la comisión delictiva tiene un carácter tan repentino que el sujeto difícilmente ha podido ponderar los pros y contras de su actuación y, por tanto, a duras penas puede haber valorado correctamente la entidad del peligro creado con su conducta; cfr., al respecto, FRISCH, *K. Meyer-GS*, pp. 557-558.

[1279] STS de 23 de abril de 1992 (A 6783, ponente Bacigalupo Zapater).

[1280] A 2874, ponente De Vega Ruiz.

[1281] Cursiva añadida. El Tribunal Supremo continúa afirmando que «la Audiencia, dada la trascendencia de su argumentación, debió explicar las razones para llegar a ese error de tipo que anuncia en su sentencia, de otro lado "construida" con encomiable celo. Aunque no queda aclarada la diferenciación, o aplicación en su caso, del error de tipo o el error de prohibición, resulta evidente en base a las declaraciones hechas por la Sala Segunda del Tribunal Supremo (Sentencias de 20 de noviembre 1990 y 27 de mayo 1987), que basta para excluir el error la consciencia del agente sobre una alta probabilidad de antijuridicidad en los actos que realiza».

bles obcecaciones emocionales, puedan mermar la correcta valoración de una situación de peligro»[1282]. Para el BGH, la afirmación del dolo resulta mucho más evidente cuando el sujeto ha planeado largamente el hecho, de tal modo que no resulta pensable que haya podido dejar de valorar los peligros que de él se derivan. De afirmaciones como ésta se extrae la idea de que la hipótesis de una *no integración* de la concreta aptitud lesiva se acepta, por regla general, sólo en supuestos en que la dinámica comisiva se desarrolla de tal modo que el sujeto no tiene demasiado tiempo para sopesar los posibles efectos de su actuación y, en consecuencia, no resulta impensable admitir que haya errado sobre la concreta aptitud lesiva de sus actos.

La explicitación de este criterio tiene una importancia clave para el tratamiento de la cuestión del dolo dentro del Derecho penal económico. Parece indiscutible que la forma en cómo los sujetos toman sus decisiones en la actividad económica y empresarial poco tiene que ver, en la inmensa mayoría de ocasiones, con el modo en que se suele proceder, por ejemplo, cuando se llevan a cabo conductas violentas o, incluso, cuando se circula en el ámbito del tráfico rodado, donde la toma de decisiones obedece a menudo a simples impulsos, sin que exista apenas tiempo para reflexionar sobre los posibles riesgos. Por contra, y como afirma *Volk*, «la economía actúa dolosamente», pues quienes operan en el tráfico económico no suelen tomar decisiones de un modo irreflexivo, sino previa planificación y cálculo de los posibles riesgos y consecuencias[1283]. Esta realidad tiene una gran trascendencia a efectos de la imputación del conocimiento: así como puede admitirse la posibilidad, por ejemplo, de que un conductor que sabe que, en general, invadir el carril contrario genera determinados riesgos no haya integrado correctamente dicho conocimiento en el preciso momento en que realizó tal maniobra, en el caso del Derecho penal económico tal posibilidad de desfase entre conocimiento abstracto del riesgo y conocimiento de la concreta aptitud lesiva no parece admisible en casi ningún supuesto.

[1282] Sentencia del BGH de 28 de abril de 1994, *NStZ*, 1994, p. 484.

[1283] VOLK, *Arthur Kaufmann-FS*, p. 623. Muy interesante a este respecto la STS de 12 de abril de 1992 (A 5213, ponente Martín Pallín), donde se plantea la aplicación de la antigua circunstancia agravante de premeditación a un delito de alzamiento de bienes, afirmando el Tribunal Supremo, que «la reflexión detenida e insistente sobre la realización de un acto criminal es inherente al proceso ideológico y psicológico generador de un delito de alzamiento de bienes, cuya principal característica radica en elaborar un plan de cierta complejidad jurídica que culmine con la salida de una serie de bienes del patrimonio del deudor (...) la preparación de medios y la ejecución de sus fases sucesivas hacen que la agravante de premeditación resulte incompatible con determinadas clases de delitos contra el patrimonio y especialmente con el alzamiento de bienes». Cfr., en un sentido similar, la STS de 7 de marzo de 1991 (A 1929, ponente Barbero Santos): «una estafa irreflexiva, sin una cierta meditación, no es fácilmente concebible».

En relación con las anteriores afirmaciones, basta con imaginar el caso en que un empresario afirmase haber sido plenamente consciente de que una determinada campaña de publicidad resultaba adecuada *en abstracto* para provocar un perjuicio grave y manifiesto a los consumidores (en el sentido del delito publicitario del art. 282 CP), pero no haber contado con tal consciencia en el momento concreto de lanzar dicha campaña. Prescindiendo de la posibilidad de que situaciones como ésta puedan llegar a darse desde una perspectiva psicológica, desde el punto de vista de las valoraciones sociales no cabe duda de que tales desfases no se aceptan como posibles. Ello tiene una notable importancia práctica: como regla general, en el Derecho penal económico basta con imputar al autor el conocimiento de la aptitud lesiva abstracta de una conducta para atribuirle también el conocimiento de su concreta aptitud[1284].

Las diversas formas que puede adoptar la dinámica comisiva alteran el sentido de la imputación en conductas objetivamente bastante similares. En este sentido, y si bien se ha afirmado que conducir es la *conducta arriesgada neutra* por excelencia, en algunos supuestos ello no impedirá que se impute al sujeto el conocimiento del riesgo concreto que se genera con su actuación. Así, por ejemplo, en el caso del conductor que entra girando en una calle a una velocidad no permitida y atropella a un peatón, se admite una *no integración* de la concreta aptitud lesiva de la conducta, pese a ser imputable a tal conductor el conocimiento de que conducir de ese modo es en general peligroso y de que en cualquier momento podía cruzarse un peatón. Por contra, al conductor que estando parado ante un grupo de manifestantes que le impiden el paso decide acelerar para continuar su viaje debe imputársele el conocimiento de la concreta aptitud lesiva (mortal) de su conducta, pues antes de actuar tuvo tiempo suficiente para ponderar los peligros de su comportamiento, sin que se considere posible una *no integración* de la citada aptitud.

[1284] Cfr., al respecto, la STS del 28 de febrero de 1992 (A 1401, ponente Bacigalupo Zapater), en que, en relación con un delito de alzamiento de bienes se afirma que «en la medida en que el autor sabía que los bienes estaban embargados, sabía también que con su enajenación privaría a los acreedores del derecho adquirido mediante el embargo a la ejecución de estos bienes. La realización de la acción en estas condiciones demuestra que ha obrado con conocimiento del perjuicio que causaba y que la representación del perjuicio que causaría no lo disuadió de su acción». *No integraciones* del riesgo concreto no parecen en estos casos posibles. Cfr. también la STS de 31 de mayo de 1991 (A 4017, ponente Bacigalupo Zapater): «el dolo [del delito de alzamiento de bienes] será de apreciar cuando el autor o autores hayan tenido conciencia de realizar operaciones que frustraban la ejecución del crédito del acreedor. Tal conocimiento es indiscutible cuando el autor realiza operaciones simuladas, por precios ficticios y transmisión a parientes próximos de la propiedad de bienes, afectados directamente por la ejecución de un crédito, cuyo pago se sabe incumplido». En sentido similar la STS de 27 de mayo de 1995 (A 3957, ponente Bacigalupo Zapater).

En este sentido no debe perderse de vista que para la imputación del conocimiento de la concreta aptitud lesiva también desempeña un papel importante el grado de certeza con que se puede imputar al sujeto el conocimiento de determinadas realidades. Así, retomando los dos ejemplos anteriores, al primer conductor sólo se le puede imputar el conocimiento de la posibilidad de que un peatón se cruce en la trayectoria de su automóvil, mientras que en el segundo supuesto se le atribuye la certeza de que si acelera va a arrollar algunos peatones. Ello lleva a afirmar que en cualquier caso no se admite la posibilidad de *no integración* de la consciencia de la concreta aptitud lesiva de una conducta en los casos en que, junto con una ejecución del hecho prolongada en el tiempo, el sujeto cuenta con un conocimiento cierto de los factores que integran la situación en la que actúa [1285].

B) No imputación del conocimiento en conductas neutras

De acuerdo con afirmaciones anteriores, *tres concretos presupuestos fácticos llevan a la imputación del conocimiento de la concreta aptitud lesiva de conductas (arriesgadas) neutras: las exteriorizaciones del conocimiento, la captación de indicios objetivos de proximidad del resultado lesivo y dinámicas comisivas prolongadas en el tiempo o realizadas tras una cierta planificación.* Dado que únicamente en tales supuestos parece posible imputar el conocimiento de la concreta aptitud lesiva a quien realiza una *conducta neutra*, en los restantes casos la causación del resultado sólo podrá imputarse a título de imprudencia. En algunas ocasiones podrán permanecer sospechas sobre cuál fue la verdadera representación del sujeto, pero éstas no bastarán para afirmar que su actuación haya supuesto de forma incontrovertida la realización consciente de una conducta apta para producir un determinado resultado [1286].

Por ejemplo,

La acusada, una joven de 19 años que residía en una ciudad distinta a la de sus familiares, oculta a éstos su embarazo y el posterior nacimiento de su hijo. Ante una repentina visita de sus padres esconde al pequeño en un armario tapándole con una gruesa toalla, lo que provoca su muerte por asfixia al cabo de unas horas [1287].

[1285] En este sentido se dirigen las afirmaciones de la STS de 8 de abril de 1984 (citada por ZUGALDÍA ESPINAR, *ADPCP*, 1986, p. 408): «el procesado accedió con su vehículo a una plaza y procedió a cruzarla sin observar las debidas precauciones y sin preocuparse de comprobar si algún otro vehículo entraba en la plaza por su derecha. Los resultados ocasionados por la colisión fueron imputados por la Audiencia a título de imprudencia temeraria. El TS confirmó la sentencia puntualizando que si el procesado hubiera continuado su maniobra pese a ver venir otros vehículos "el hecho podría constituir un delito intencional"».

[1286] FREUND, *Normative Probleme*, p. 38, entiende, como la mayor parte de la doctrina, que las meras sospechas no bastan para afirmar el dolo.

En este supuesto concurre una conducta (ocultar en un armario a un recién nacido tapado con una toalla durante algunas horas) que no puede considerarse *especialmente apta* para producir un resultado de muerte y que, en consecuencia, debe valorarse como un *comportamiento neutro* a efectos de la imputación del conocimiento de su concreta aptitud lesiva para la vida de la víctima. El hecho de que no conste una *exteriorización* por parte de la acusada sobre el conocimiento de tal aptitud, el hecho de que ésta no haya captado en momento alguno datos que expresaran la proximidad del acaecimiento del resultado letal y el que la dinámica comisiva se haya desarrollado de modo especialmente repentino, impiden que se impute a la acusada la correcta integración del concreto riesgo de muerte que concurría en tal situación. Por este motivo sólo debería ser condenada como autora de un homicidio imprudente.

Por todos los motivos citados, tal vez se antoje superfluo el análisis de la cuestión acerca de la no imputación del conocimiento en el caso de las *conductas neutras*, pues, por pura lógica, para la no imputación basta con que no se constate en un supuesto de hecho la existencia de aquellos factores objetivos necesarios para la efectiva imputación. Sin embargo, en los siguientes subapartados van a ser analizadas dos cuestiones que desempeñan un papel de cierta importancia en la actual praxis de la determinación procesal del conocimiento necesario para el dolo. Por una parte, el tratamiento que merecen aquellos supuestos en que la creación de ciertos riesgos parece especialmente irracional si se valora desde el punto de vista de los objetivos últimos del autor. Por otro lado, el valor que debe atribuirse al denominado «comportamiento posterior del acusado» a efectos de la «determinación del dolo».

B.1. La irracionalidad de los medios

A menudo suele afirmarse que la dogmática jurídico-penal trabaja con un esquema de sujeto exageradamente racional, con un modelo de persona fría y calculadora que en escasas ocasiones concurre en la reali-

[1287] Caso citado por DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, pp. 333-345, quien entiende que se trata de un supuesto de homicidio doloso, lo que se justifica con base en una correcta aprehensión de la situación de peligro por parte de la acusada y en la decisión de ésta contra el bien jurídico, entendiendo que, «en este caso, los intereses personales de la madre, sus máximas de riesgo y sus objetivos se anteponen a la integridad del bien jurídico amenazado (la vida del niño), a la norma que lo protege y a la consideración por el ordenamiento (expresión de la voluntad general de la sociedad) de este bien jurídico como extremadamente valioso y digno de la especial protección que el Derecho penal otorga».

dad[1288]. Sin embargo, en el contexto que aquí interesa —la comunicación social— no parece en absoluto desencaminado entender que, entre los partícipes en dicha comunicación, se da la atribución recíproca de un cierto grado de racionalidad[1289]. De acuerdo con tal atribución, se considera que todas las personas orientan sus actuaciones en pos de determinados objetivos y que, para la consecución de éstos, realizan aquellas conductas que parecen adecuadas a tal fin, evitando a la vez aquellas otras que les alejan de éste o que les pueden ocasionar graves perjuicios.

En consonancia con la anterior idea, parece posible plantearse que un sujeto no haya sido verdaderamente consciente de lo arriesgado de su proceder cuando la creación de riesgo que ha llevado a cabo mediante su comportamiento parezca completamente irracional y desproporcionada a la luz del fin último para cuya consecución ha sido realizado dicho comportamiento[1290]. Estas situaciones se dan de modo especialmente evidente cuando con su hecho el sujeto no crea únicamente un riesgo que pueda dañar intereses ajenos, sino también intereses propios, especialmente cuando los hipotéticos perjuicios tengan un alcance que se antoje excesivo comparados con la entidad del objetivo ambicionado por dicho sujeto[1291].

[1288] Cfr., en este sentido, KÖHLER, *JZ*, 1981, p. 36 y EL MISMO, *Die bewußte Fahrlässigkeit*, p. 42, quien sostiene que en la vida cotidiana la mayoría de las decisiones no responden propiamente a una estrategia, sino que se toman tras «una corta reflexión». Cfr. también PRITTWITZ, *GA*, 1994, p. 462, donde se afirma expresamente que «nuestro sistema penal se basa en la imagen racional del hombre que tiene el Derecho penal» y LEMPP, *Jugendliche Mörder*, p. 174 ss. Cfr. también al respecto KARGL, *Der strafrechtliche Vorsatz auf der Basis der kognitiven Handlungstheorie*, Francfort d.M., Berlín, Berna, Nueva York, París, Viena, 1993, p. 30 ss.

[1289] En esta línea las afirmaciones de JAKOBS, *Derecho penal*, p. 9: «así como los hombres en su relación con la naturaleza sólo se orientan en la medida en que pueden encontrar regularidades, del mismo modo en los contactos sociales —los únicos que aquí interesan— sólo resulta posible la orientación si no hay que contar a cada momento con cualquier comportamiento imprevisible de otra persona. De lo contrario cada contacto social se convertiría en un riesgo impredecible».

[1290] BAUER, *Abhandlungen*, p. 283, atribuye valor indiciario para la prueba del dolo «al motivo y fin del hecho, en especial al interés [del autor] en el resultado». Más modernamente, MONER MUÑOZ, en *Elementos subjetivos*, p. 151, atribuye el valor de indicio, entre otros, a «la causa para delinquir».

[1291] Cfr., al respecto, PUPPE, *NK*, § 15, n.º marg. 54, quien pone de manifiesto la tendencia que existe en la doctrina a negar la voluntad en el dolo cuando el autor se comporta de tal modo que, si el riesgo se realiza en el resultado, él mismo puede verse perjudicado en sus propios intereses. Cfr., igualmente, FREUND, *Normative Probleme*, p. 34, quien atribuye al hecho de que el sujeto genere riesgos que le son indeseables la cualidad de «importante indicio» para afirmar que no ha contado con el conocimiento que exige la imputación dolosa, lo que no sucede, por ejemplo, cuando los resultados le sean indiferentes. Según las afirmaciones de LEMPP, *Jugendliche Mörder*, p. 176 y 198, esta situación puede darse en muchos homicidios pasionales, en que «si los autores hubieran previsto las consecuencias de su actuación no habrían cometido el hecho»; cfr. también KARGL, *Der strafrechtliche Vorsatz*, p. 25 ss.

Sin embargo, y como se intentará mostrar seguidamente, no son éstos criterios que sirvan de un modo concluyente para interpretar desde un punto de vista social el grado de consciencia con que se ha llevado a cabo un comportamiento[1292]. Ello se aprecia de modo evidente retomando dos ejemplos ya conocidos: *el caso del conductor que llega tarde a una fiesta* y el *del homicidio del compañero sentimental*[1293]. Un análisis detallado de estos dos supuestos permite afirmar que se da en ellos una estructura similar, pues *a posteriori* puede determinarse en ambos casos que la realización del tipo penal ha acabado siendo para el autor un medio irracional de acuerdo con su objetivo: el conductor difícilmente llegará a tiempo a la fiesta tras verse implicado en un accidente mortal y quien mata con un hacha a su compañera sentimental no conseguirá prolongar la relación amorosa que les unía, como era supuestamente su deseo. La irracionalidad de la conducta intermedia puede plantear dudas acerca de si el sujeto fue realmente consciente de que tal conducta era apta en aquella situación concreta para provocar una muerte.

El criterio de la irracionalidad es, sin embargo y ya de entrada, demasiado laxo para formular afirmaciones concluyentes. Para empezar, de acuerdo con este criterio debería negarse el dolo en la mayor parte de casos imaginables, pues si se atiende a todos los efectos posibles que pueden derivarse de la realización de un tipo penal (incluida la sanción) una gran parte de realizaciones típicas pueden ser valoradas como irracionales, pues los perjuicios que pueden acarrear al sujeto son a menudo muy superiores a los beneficios que éste perseguía al realizarlas.

> *Por ejemplo,*
>
> *Un sujeto atraca a punta de navaja a un transeúnte. Éste se niega a entregar su dinero, a lo que responde el primero clavándole el arma en el abdomen y provocando su muerte. En este caso, la causación de tal muerte puede verse como un medio totalmente irracional, pues los perjuicios que pueden derivarse para su autor (proceso, sanción ...) serán, a buen seguro, muy superiores a los beneficios que pudiera haber obtenido con la cantidad de dinero que quería sustraer a la víctima.*

Otro problema de este punto de vista viene dado por la duda sobre si la irracionalidad debe ser determinada con carácter general o *ex post*. Así, por ejemplo, conducir a grandes velocidades para no llegar tarde a una fiesta puede ser visto *ex post* como un medio totalmente irracional para conseguir semejante objetivo si el accidente efectivamente se produce; pero si el conductor tiene buena suerte y consigue llegar a tiempo

[1292] En el ámbito de la discusión histórica se daba sin embargo gran importancia al hecho de que pudiera encontrarse el motivo de la actuación del autor para afirmar el dolo de éste. Cfr. las posturas recogidas en HEMMEN, *Über den Begriff*, p. 78 ss.

[1293] Cfr. *supra* III.2 y XVII.2.B.

porque no se ha cruzado con ningún otro coche por el camino, ya no parece que la forma en que ha conducido siga pareciendo tan irracional, pues, de hecho, le ha servido para alcanzar su objetivo. El criterio de la racionalidad es, por tanto, un criterio voluble, en la medida en que las apreciaciones que de él se derivan pueden ser muy distintas en función de datos como el efectivo acaecimiento del resultado, un factor del que, sin embargo, no parece posible extraer ninguna conclusión que permita establecer el grado de consciencia con que ha actuado un sujeto. Por todo ello, tal criterio no parece estar en condiciones de suministrar pautas firmes para imputar o dejar de imputar conocimientos. Por contra, tales pautas sí se aportan de modo mucho más convincente con las reglas expresadas en los apartados anteriores.

La jurisprudencia del BGH alemán, en el caso concreto del delito de homicidio, emplea para la afirmación del dolo un criterio que plantea ciertas semejanzas al de la irracionalidad de los medios empleados. Así, cuando dicho Tribunal no encuentra un motivo comprensible, o un interés personal, para explicar por qué un sujeto ha dado muerte a otra persona, suele negar que éste haya actuado con dolo de homicidio, pues entiende que ante toda muerte ajena existe una elevada barrera inhibitoria *(Hemmschwelle)* que no puede considerarse traspasada más que en aquellos casos en que sea posible encontrar un motivo claro por el cual el sujeto haya querido causar la muerte de la víctima[1294]. Cuando no sea posible encontrar tal motivo, entiende el BGH que sólo podrá afirmarse la existencia de un dolo de puesta en peligro, pues faltarán datos que hagan posible entender que el sujeto se resignó o aprobó la producción del resultado[1295].

El ya de por sí discutible planteamiento de este Tribunal (exigencia del cuestionable elemento volitivo del «aprobar» o el «resignarse») lo es más aun si se tiene en cuenta que el criterio de la «Hemmschwelle» se hace prevalecer en la práctica a *exteriorizaciones* evidentes del conocimiento o al dato de que la acción que ha llevado a cabo el sujeto tenga socialmente el inequívoco carácter de *especialmente apta* para producir un determinado resultado[1296]. Con este criterio, conductas que desde el

[1294] Cfr. PUPPE, *NK*, § 15, n.º marg. 135 y OTTO, «Der Vorsatz», *Jura*, 1996, p. 473.

[1295] Sobre la teoría de la «Hemmschwelle», cfr. SCHROEDER, *LK*, § 16, n.º marg. 92; SCHUMANN, «Zur Wiederbelebung des "voluntativen" Vorsatzelements durch den BGH», *JZ*, 1989, p. 429, con abundantes referencias jurisprudenciales; PUPPE, «Die Logik der Hemmschwellentheorie des BGH», *NStZ*, 1992, p. 576 ss y LA MISMA, *NK*, § 15, n.º marg. 130 y n.º marg. 135-138. Cfr. también ROXIN, *Strafrecht*, § 12, n.º marg. 73-74.

[1296] Cfr. los ejemplos tomados de la jurisprudencia alemana por ROXIN, *Strafrecht*, § 12, n.º marg. 74. Abundantes referencias jurisprudenciales sobre la cuestión en CRAMER, *S/S*, § 15, n.º marg. 87. Crítico con la teoría en general, a la que califica de «vaga», OTTO, *Grundkurs Strafrecht*, p. 80 (nota 34). El mismo OTTO, *Jura*, 1996, p. 474, reprocha a la teoría de la «Hemmschwelle» que acabe llevando a soluciones distintas en casos

punto de vista social tienen el carácter de *especialmente aptas* para producir un resultado de muerte no reciben la pena prevista para el homicidio doloso, simplemente porque no es posible encontrar un motivo por el que el autor haya provocado la muerte de otra persona[1297].

Otro criterio totalmente superfluo para la imputación del conocimiento es el basado en la circunstancia de que durante la realización del tipo el sujeto haya puesto en peligro intereses propios, un hecho que, sin embargo, ciertas perspectivas consideran importante indicio para negar el dolo[1298]. Tampoco este dato tiene un carácter lo bastante inequívoco para negar la imputación de conocimientos, pues son perfectamente planteables supuestos en que, pese a haber puesto en peligro intereses propios, sea posible entender que el autor ha sido perfectamente consciente de la concreta aptitud lesiva de su conducta. El sujeto puede haber actuado tras ponderar todos los peligros que podían derivarse de su actuación, tanto para los demás como para sí mismo, y haber resuelto que, pese a arriesgar sus propios intereses, le merecía la pena correr tal riesgo. Por este motivo, el dato de que se hayan puesto en peligro intereses propios no tiene por qué excluir necesariamente la consciencia del peligro de intereses ajenos. Una vez más la cuestión depende de si la conducta se considera *especialmente apta* para producir un determinado resultado o si, por contra, se trata de una *conducta neutra* respecto de tal producción[1299].

idénticos desde el punto de vista fáctico. En el sentido de esta última crítica son especialmente interesantes las consideraciones de BRAMMSEN, «Inhalt und Elemente des Eventualvorsatzes – Neue Wege in der Vorsatzdogmatik?», *JZ*, 1989, p. 77. Igualmente crítico, HERZBERG, *JZ*, 1988, p. 637.

[1297] MÄRKER, *Vorsatz und Fahrlässigkeit*, p. 70, reprocha al planteamiento de la «Hemmschwelle» que suponga «un cuestionable premio a la predisposición del autor a la eliminación mental», aunque lo cierto es que esta teoría se refiere, ante todo, al (pretendido) elemento volitivo del dolo eventual. ROXIN, *Strafrecht*, § 12, n.º marg. 74, entiende que esta construcción jurisprudencial «va demasiado lejos en aquellos casos en que el autor somete conscientemente a su víctima a un peligro extremo sin que se aprecien circunstancias que puedan dar pie a una confianza en el no acaecimiento del resultado».

[1298] En este sentido, ZUGALDÍA ESPINAR, *ADPCP*, 1986, p. 408, constata cómo la jurisprudencia del Tribunal Supremo trabaja a menudo, aunque sin explicitarlo, con «el criterio de que *el riesgo que haya corrido el propio autor* en el momento de realizar la acción puede *en ciertos casos* ser racionalmente indicativo de la culpa frente al dolo» (cursiva en el original).

[1299] Razonamientos similares a éstos pueden emplearse para resolver el llamado «Caso Bultó» (STS de 28 de noviembre de 1986, A 7841, ponente Soto Nieto): unos terroristas colocaron en el pecho de un industrial un artefacto explosivo, avisándole de que sólo lo retirarían previo pago de una elevada cantidad de dinero. Por motivos poco claros, el artefacto explotó sin que se hubiera hecho efectivo el desembolso requerido; como advierte GIMBERNAT ORDEIG, *ADPCP*, 1990, p. 422 ss, la muerte del empresario puede verse como un medio absolutamente irracional para obtener el objetivo ambicionado, pero el tipo de conducta realizada no permite hablar más que de plena consciencia de la aptitud lesiva del peligro creado para la vida de la víctima.

Por ejemplo,

Quien coloca un artefacto explosivo en un edificio del que no sabe si va a poder salir a tiempo antes de que haga explosión pone evidentemente en peligro sus propios intereses, pero no cabe duda de que ello no debe impedir que se le impute el conocimiento de la aptitud lesiva de su conducta para otras personas.

El criterio de la puesta en peligro de intereses propios sirve aparentemente para negar la consciencia de la concreta idoneidad lesiva en casos como, por ejemplo, el del conductor que provoca un accidente habiendo arriesgado su propia integridad física. Se dice que el hecho de haber puesto en peligro tal integridad es un indicio para descartar que el sujeto fuera realmente consciente de los riesgos que creaba con su conducta[1300]. Sin embargo, este caso se resuelve de un modo más adecuado con el criterio basado en la distinción entre *conductas neutras y especialmente aptas*: de este modo consigue afirmarse dolo en el caso del artefacto explosivo e imprudencia en el del conductor, mientras que una aplicación coherente de la idea de que no concurre dolo cuando se ponen en peligro intereses propios llevaría a afirmar imprudencia en ambos casos, algo que resulta insostenible en el primero de ellos.

Las presentes consideraciones tienen una notable importancia cuando la creación del riesgo objetivamente típico es atribuible a una determinada actividad comercial, ya sea llevada a cabo por un particular o por una empresa. La finalidad de estas actividades es casi siempre la obtención de lucro. El criterio de la racionalidad de los medios llevaría a negar el dolo por principio en los supuestos en que, con el ánimo de conseguir dicho lucro, un empresario hubiera creado un riesgo para los potenciales consumidores de sus productos o servicios. Ello debería ser en buena lógica así, porque la causa de tales perjuicios puede ser vista a menudo como un medio irracional para conseguir ganancias económicas, pues las posibles multas e indemnizaciones que se deriven de la realización del riesgo creado (por no hablar de la afectación a otros derechos más personales o del desprestigio para la empresa) llevan, precisamente, a frustrar la finalidad del sujeto activo[1301]. También aquí los criterios anteriormente

[1300] ROXIN, *Strafrecht*, § 23, n.º marg. 23, afirma que el conductor que provoca un accidente de automóvil por regla general «confía en poder evitar el resultado mediante su habilidad al volante, pues de lo contrario desistiría de su actuación, porque él mismo sería la primera víctima de su conducta». Sin embargo, la negación del dolo siempre que el sujeto pueda padecer determinados perjuicios a consecuencia de su actuación sólo llevaría a castigar por delito imprudente en el caso del terrorista que colocase una bomba en un edificio sin estar seguro de poder salir de su interior antes de la explosión, algo a lo que nadie estaría dispuesto. Ello demuestra que el criterio decisivo es la clase de conducta realizada.

[1301] Esta argumentación es empleada por el BGH para negar el dolo en el «Caso del producto protector de madera», en que se consideró que la inhalación de dicho producto

expuestos (*especial aptitud* y *conductas neutras*) parecen conducir a soluciones más convincentes.

B.2. El comportamiento posterior del acusado

Dentro de la idea general de la irracionalidad de los medios como base para una hipotética exclusión del conocimiento necesario para el dolo, se plantean con cierta habitualidad en la práctica supuestos de hecho en que, sólo tras la creación del riesgo —y cuando la eventual realización de éste en el resultado ya no está en manos de quien lo ha creado o, incluso, ya se ha realizado efectivamente—, el sujeto exterioriza, de un modo más o menos explícito, su aparente disconformidad con las consecuencias de su actuación precedente[1302]. En este sentido, pueden surgir dudas sobre si, siempre y en cualquier caso, dicha muestra de disconformidad debe interpretarse como un indicio evidente de que en el momento anterior de creación del riesgo el sujeto no ha sido consciente de la concreta aptitud lesiva de su conducta. En otras palabras, puede plantearse la conveniencia de un enunciado según el cual, al sujeto que tras el hecho exterioriza su disconformidad con éste nunca le debe ser imputado la correcta consciencia del potencial lesivo de tal hecho en el momento previo en que lo llevó a cabo. Son éstos casos en que *a priori* no es posible determinar con claridad cuál era el objetivo de la actuación del sujeto, o bien, supuestos en que la realidad de dicho objetivo sólo

podía haber sido la causa de ciertas lesiones. Un comentario sobre la sentencia en ÍÑIGO CORROZA, «El caso del "producto protector de la madera" (Holzschutzmittel). Síntesis y breve comentario de la sentencia del Tribunal Supremo alemán», *AP*, 20 (1997), p. 439 ss. El Tribunal se basó en la idea de que «los acusados confiaban finalmente en que el producto no fuera defectuoso, dado que estaba en juego la reputación de la empresa que ambos representaban y no les interesaba, en absoluto, que ésta tuviera que hacer frente a una reclamación por daños» (*ibidem*, p. 446). De acuerdo con lo expuesto *supra* esta argumentación debe rechazarse, lo que no implica que, por otras vías (desconocimiento de la peligrosidad en abstracto del producto), pueda llegarse a la misma conclusión. Cfr. también en este ámbito los argumentos de HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *La responsabilidad por el producto en Derecho penal*, Valencia, 1995, pp. 112-113.

[1302] Cfr. ZUGALDÍA ESPINAR, *ADPCP*, 1986, p. 419. La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha concedido con cierta habitualidad un notable valor indiciario a este dato. Así, por ejemplo, en la STS de 21 de febrero de 1994 (A 1551, ponente Soto Nieto) se atribuye dicho valor en casos de homicidio a la «conducta posterior observada por el infractor, ya procurando atender a la víctima, ya desentendiéndose del alcance de sus actos y alejándose del lugar en que se protagonizaron, en equívoca actitud de huida, persuadido de la gravedad y trascendencia de aquellos». Cfr., también, la STS de 5 de diciembre de 1991 (A 8988, ponente Soto Nieto). En idéntico sentido, BAUER, *Abhandlungen*, p. 283. Por su parte, la jurisprudencia italiana también atribuye un notable valor indiciario, a efectos de determinar el dolo, a cuál haya sido el comportamiento del acusado posterior al hecho; cfr., al respecto, TASSI, *Il dolo*, p. 151.

parece obtenerse de los hechos posteriores a la realización de la conducta típica.

Para el análisis de esta cuestión parece especialmente interesante atender a las valoraciones contrapuestas que se aprecian de modo evidente en la fundamentación jurídica de la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 1995 y en el voto particular que la acompaña [1303]. El resumen de los hechos que se sometieron a juicio en la citada resolución es el siguiente:

> *Las acusadas dieron de comer a una niña de diecinueve meses de edad con una cuchara sopera y, pese a ver que la niña rechazaba la alimentación con vómitos de comida y sangre, una de ellas continuó dándole de comer «sujetando la boca y metiendo la cuchara por la fuerza, despreciando la evidencia de las fuertes hemorragias». La sangre pasó al aparato respiratorio y la niña murió por asfixia. Al percibir la ausencia de respiración, las acusadas intentaron en vano diversas maniobras de reanimación y, seguidamente, salieron en un taxi en búsqueda de una ya inútil asistencia médica.*

En la resolución de este caso la ponencia del Tribunal Supremo entendió que el comportamiento posterior de las acusadas debía tomarse como indicio para excluir la voluntad de éstas con respecto a la causación del resultado mortal, mientras que en el voto particular se consideró que tal comportamiento sólo implicaba meras «maniobras que expresan con toda claridad un arrepentimiento *post factum*, que no se niega, pero que resultó ineficaz en la retirada o marcha atrás del camino del resultado». La discrepancia sobre el sentido en que debe valorarse la conducta posterior de un acusado es, como muestra el anterior ejemplo, especialmente manifiesta. Lo que debe dilucidarse en este orden de cosas es si conviene considerar que el comportamiento posterior debe interpretarse como una muestra de que en el momento de realizar el hecho no se ha sido realmente consciente de que la conducta era apta en aquella situación para producir un resultado (opinión de la ponencia, aunque referida al pretendido elemento volitivo del dolo) o bien, si debe entenderse (como hace el voto particular) que el arrepentimiento posterior no tiene por qué excluir una consciencia previa.

A favor de la interpretación que coincide con los resultados defendidos por la ponencia puede alegarse la regla ya apuntada (y descartada) según la cual, cuando la creación del riesgo puede ser valorada como un método irracional para la consecución de los objetivos del acusado, se entiende que este último no ha sido realmente consciente de la concreta aptitud lesiva de la conducta que estaba realizando: si las acusadas del

[1303] A 8241, ponente Delgado García. El voto particular lo formulan los magistrados Martínez-Pereda Rodríguez y Montero Fernández-Cid.

ejemplo querían seguir viviendo en compañía de la niña, crear para ésta un riesgo de muerte por asfixia era, qué duda cabe, una forma de comportarse completamente irracional para conseguir su objetivo. Por este motivo no se antoja descabellado entender que tales acusadas no fueran conscientes de que su conducta era realmente apta para acabar con la vida de la pequeña. Respecto a este criterio baste con remitir a las dudas ya expresadas en el anterior subapartado acerca de que la pretendida irracionalidad de determinados medios sea un mecanismo adecuado para negar la atribución del conocimiento que exige el dolo [1304].

Por contra, a favor de la interpretación del voto particular puede sostenerse que, por lo que respecta al dolo, lo único que debe tomarse en cuenta es el grado de conocimiento de las acusadas en el momento de creación del riesgo y que, a efectos de acreditar tal conocimiento, cuál fuera su conducta posterior es algo que no tiene una importancia definitiva. Dicho con otras palabras, el que las acusadas se arrepintieran o mostrasen su manifiesto disgusto acerca de lo que acababan de hacer no quiere decir que, al hacerlo, no fueran conscientes de ello. La misma experiencia cotidiana demuestra que a muchos disgustos o arrepentimientos *ex post* sólo se llega una vez se advierte de modo tangible cuáles han sido las consecuencias de un determinado comportamiento, lo que, sin embargo, no quiere decir que éste siempre se haya llevado a cabo sin el conocimiento de sus posibles consecuencias. El valor que cierta jurisprudencia suele atribuir al comportamiento posterior del acusado sólo parece explicable si se vincula a las concepciones más superadas de la teoría del consentimiento, es decir, a aquéllas que hacen depender la cuestión del dolo de si el autor observa el resultado con agrado o rechazo [1305].

La correcta solución de estos supuestos depende en cualquier caso del valor que deba atribuirse a la *exteriorización a posteriori* de cuáles eran, pretendidamente, los objetivos que *no* perseguía un sujeto con un determinado comportamiento. Aquí deberá distinguirse una vez más entre conductas *especialmente aptas* para producir un resultado lesivo y *con-*

[1304] Cfr. *supra* XVII.4.B.1.

[1305] El propio Tribunal Supremo no siempre es coherente en la valoración de la trascendencia que debe atribuirse al comportamiento posterior del acusado. Cfr., en este sentido, la STS de 13 de octubre de 1993 (A 7380, ponente Moner Muñoz) en la que se condenan como homicidio imprudente los siguientes hechos: una mujer que había exteriorizado sus deseos de abortar, da a luz sin reclamar ayuda de terceros ni acudir a un hospital, cayendo al suelo el feto en el momento del alumbramiento y produciéndose su muerte por traumatismo craneal. La acusada corta incorrectamente el cordón umbilical y, seguidamente, envuelve al niño en una toalla y lo oculta bajo la cama. Las valoraciones usuales de la jurisprudencia sobre el comportamiento posterior del sujeto, de ser aplicadas con coherencia, deberían haber llevado en este caso a condenar por homicidio (o aborto) doloso. En este sentido, acierta plenamente BRICOLA, *Dolus in re ipsa*, p. 15, cuando sostiene que la conducta posterior del acusado no tiene un carácter indiciario unívoco. Sobre la teoría del consentimiento, cfr. *supra* II.2.A.

ductas arriesgadas neutras para la producción de tal resultado. Puesto que en el primer grupo de conductas la consciencia de su concreta aptitud lesiva se considera indesligable del hecho mismo, la actitud posterior del acusado en el sentido de expresar su disgusto o disconformidad con las consecuencias de tal comportamiento sólo podrá ser interpretado como un arrepentimiento: el sujeto ha sido, desde el punto de vista social, inequívocamente consciente de lo que hacía y sólo cuando ha visto las consecuencias de su actuación se ha arrepentido. Lo mismo sucede en aquellos casos en que, pese a ser la *conducta neutra*, debe imputarse al sujeto la consciencia de la concreta aptitud lesiva de su comportamiento[1306]. Arrepentimientos posteriores no eliminan conocimientos imputados por otras vías a un momento anterior[1307].

Por ejemplo,

Por mucho que quien acaba de golpear repetidamente a su víctima con una gruesa barra de hierro en la cabeza (conducta especialmente apta para la producción de un resultado de lesiones) llame a una ambulancia cuando aquélla yace ya sin sentido en el suelo, no puede dejar de afirmarse que en el momento de realización del hecho el autor ha sido consciente de que su conducta era apta para causar lesiones. Tal consciencia no desaparece por la actuación posterior.

Estas afirmaciones permiten dar una solución convincente al supuesto planteado al principio de este subapartado. En este caso las acusadas pudieron ver ante sí realidades que de modo inequívoco anunciaban la existencia de un riesgo inminente de muerte para la niña (espasmos, vómitos, hemorragias), pese a lo cual continuaron actuando. El que en este momento ya pueda afirmarse de modo inequívoco la consciencia de las acusadas acerca de la concreta aptitud lesiva del comportamiento que estaban realizando, hace que todos sus actos posteriores (maniobras de reanimación, salida hacia el hospital) sólo puedan interpretarse como la *exteriorización* de un mero arrepentimiento incapaz de anular una consciencia anterior que ya ha sido plenamente determinada. Tampoco la apelación a las anteriores experiencias de las acusadas por parte de la ponencia del Tribunal Supremo debe servir para negar la consciencia de

[1306] Cfr. *supra* XVII.4.A.

[1307] Consideraciones similares deben servir para negar trascendencia a un indicio del que a menudo se sirve la jurisprudencia para negar el dolo de matar: la circunstancia de que el sujeto activo no rematara a la víctima aun habiendo podido hacerlo. Cfr., en este sentido, los acertados argumentos de MAPELLI CAFFARENA, en *Delitos contra la vida e integridad física*, p. 54: «persistir [en la agresión] puede hacerse sin abandonar el ánimo lesivo cuando las heridas causadas a juicio del autor no son todavía las que se proponía y, a la inversa, la no persistencia no excluye el dolo homicida».

la concreta aptitud lesiva de la actuación llevada a cabo[1308]. En esta línea, resulta plenamente acertada la conclusión a la que se llega en la STS de 13 de febrero de 1993, en la que se apreció un homicidio frustrado en el acto consistente en clavar un cuchillo de cocina en el hemitórax de la víctima, por mucho que tras el ataque la autora hiciera avisar a un médico y a la Guardia Civil, circunstancia de la que simplemente se deduce un arrepentimiento[1309].

Descartada la hipótesis de que la conducta posterior del acusado pueda tener algún valor para anular la imputación del conocimiento en las conductas *especialmente aptas* o en las *conductas neutras* en que, de acuerdo con criterios ya expuestos, proceda atribuir conocimientos, el análisis de la trascendencia de tal comportamiento posterior debe circunscribirse al ámbito de las *conductas neutras* en relación con las cuales no conste ninguna *exteriorización del conocimiento*, ninguna manifestación exterior de la proximidad del riesgo o que, por su dinámica comisiva, no impliquen que el sujeto necesariamente haya conocido la concreta aptitud lesiva de su comportamiento. Sin embargo, el hecho de que tal análisis deba ceñirse a las citadas *conductas neutras* demuestra que el comportamiento posterior también es aquí un dato superfluo: en tales *conductas neutras* no procede por principio imputar conocimiento alguno de la idoneidad lesiva, excepto en las tres concretas situaciones citadas, por lo que el comportamiento posterior viene a corroborar algo que ya queda perfectamente determinado *a priori*, esto es, la conclusión de que el sujeto no se ha representado en el momento de actuar la concreta aptitud lesiva de su actuación.

Todas estas afirmaciones permiten demostrar la práctica intrascendencia del comportamiento posterior del acusado a efectos de imputación del conocimiento en que se fundamenta el dolo[1310]. El tradicional valor

[1308] No era la primera vez que las acusadas daban de comer a la pequeña de modo tan violento, lo que sirve a la ponencia para sostener que «parece lógico pensar que Soledad y Josefa [las acusadas] creyeran que la niña acabaría comiendo como en ocasiones anteriores, aunque se atragantara y llegara incluso a vomitar sangre. Pudieron prever el hecho de que una vez más volviera a atragantarse, pero no el que de ahí pudiera derivarse el fallecimiento, como lo avalaba la experiencia de esas otras ocasiones inmediatamente anteriores en las mismas circunstancias». Sobre el (cuestionable) valor de las «experiencia afortunadas anteriores» a efectos de «determinación del dolo», cfr. *supra* XV.2.

[1309] A 1107, ponente Hernández Hernández. En esta sentencia se afirma de modo contundente que no todos los indicios objetivos «ostentan la misma fuerza de convicción y así la naturaleza del arma y la zona anatómica sobre la que se ejecuta la acción tienen, al igual que la potencialidad del resultado letal, un valor de primer grado». Argumentos similares en la STS de 30 de octubre de 1995 (A 7695, ponente Hernández Hernández).

[1310] Pese a ello el Tribunal Supremo sigue atribuyéndole un notable valor indiciario, atendiendo incluso a la «insensible actitud» del autor frente a las consecuencias de su hecho; cfr., en este sentido, la STS de 1 de diciembre de 1991 (A 9517, ponente Moyna Ménguez).

que se ha atribuido por la jurisprudencia a este dato debe considerarse inadecuado, ante todo, porque dicho comportamiento es en sí mismo un factor inidóneo para que sobre él puedan basarse juicios inequívocos sobre el conocimiento ajeno. Dicha inidoneidad viene dada por las diversas interpretaciones a que se presta el citado factor: en todos los casos existen motivos para, por un lado, considerar que, dado el disgusto posterior, el sujeto no conoció, o bien, por otro lado, para pensar que dicho sujeto simplemente se arrepintió al ver lo que había hecho. El que ambas interpretaciones sean en cualquier caso posibles y que, por tanto, el dato del comportamiento posterior tenga siempre un carácter ambivalente cara a la imputación del conocimiento hace que deba dejar de ser tenido en cuenta: afirmar lo contrario supone confiar el problema a la mera intuición judicial sobre si una vez hay que considerar la actuación posterior como un arrepentimiento o, por contra, como muestra de una valoración errónea anterior sobre la idoneidad lesiva del concreto comportamiento, con lo que se corre el peligro de sobredimensionar el valor de la actitud posterior del sujeto, lo que puede dar incluso pie a que se introduzcan criterios moralizantes en el momento de apreciar la concurrencia del dolo.

Las anteriores afirmaciones deben hacerse extensivas a las situaciones en que ciertas maniobras de evitación se lleven a cabo de forma simultánea a la creación del riesgo: cuando la conducta realizada por el sujeto resulte *especialmente apta* para la producción de un determinado resultado, tales maniobras de evitación no deben tener ningún valor para la exclusión del dolo[1311]: piénsese simplemente en el caso del «conductor suicida» que, pese a intentar esquivar el coche que se le acerca frontalmente por la autopista, no consigue evitar un impacto frontal que provoca la muerte del otro conductor. Tal intento de evitación no permite excluir la imputación al citado conductor del conocimiento de la concreta aptitud lesiva de su conducta[1312]. En el caso de las *conductas neutras* el criterio de evitación del resultado tampoco desempeña ningún papel para

[1311] Díaz Pita, *El dolo eventual*, p. 339 (nota 54), afirma que «los intentos de evitación entendidos como indicadores de la ausencia del dolo eventual deben ir paralelos al desarrollo de los hechos» y no ser posteriores a éstos. Con este criterio se pasa sin embargo por alto que en determinados casos los intentos de evitación no tienen por qué excluir la consciencia de la concreta aptitud lesiva, aunque vayan paralelos al desarrollo del hecho, por lo que tampoco en tal caso servirán para excluir el dolo. También Zugaldía Espinar, *ADPCP*, 1986, pp. 419-420, considera que «el dato de que el autor haya hecho algo "*positivamente*" para evitar la realización del tipo que aparecía ante él como previsible, puede resultar de gran utilidad "sin revestir excesivas dificultades probatorias" para afirmar la culpa con representación frente al dolo eventual» (cursiva en el original). Este autor añade que «el criterio expuesto, simplemente indicativo, no puede ser utilizado "a la inversa" para afirmar el dolo eventual allí donde "ante la posible realización del tipo" el autor "no haga nada por evitarla"».

[1312] Deben excluirse, en cualquier caso, aquellos supuestos en que se atribuye a un sujeto el conocimiento de un riesgo controlado (cfr. *supra* XVII.3.B).

excluir la imputación cuando consten entre los hechos probados *exteriorizaciones* del sujeto activo, signos inequívocos de la proximidad del resultado, o se desprenda de la dinámica comisiva —aunque existan maniobras de evitación— que dicho sujeto no pudo dejar de conocer la concreta aptitud lesiva de su comportamiento.

XVII.5. DOLO DE PELIGRO CONCRETO/DOLO DE LESIÓN

En la Primera Parte de este trabajo se ha anticipado la problemática relativa a las dificultades prácticas que plantea la delimitación entre dolo de peligro concreto y dolo de lesión cuando se defiende un concepto de dolo basado únicamente en un elemento cognitivo[1313]. Así, se ha puesto en evidencia que un desarrollo coherente de tal concepto debía llevar a sostener que existe dolo de peligro concreto cuando un sujeto ha actuado pese a ser consciente de que su conducta resultaba apta para generar un peligro concreto de acaecimiento de un resultado, pero negando a la vez en su específica situación a tal conducta la aptitud necesaria para producirlo. Cuando esta última aptitud no se niega, sino que es efectivamente atribuida por el sujeto a su conducta, concurre dolo con respecto a la producción del resultado. En este punto se trata de aportar criterios para determinar en qué casos deberá imputarse la realización de uno u otro tipo de juicio[1314].

Los criterios adecuados para poder llevar a cabo tal distinción deben desarrollarse a partir del concepto de la *no integración* de la concreta aptitud lesiva, entendida ésta, lógicamente, desde el punto de vista de la interpretación social y no desde una perspectiva psicológica. Como ya se ha afirmado, el fenómeno de la *no integración* concurre en aquellos supuestos en que es posible entender que, pese a haber juzgado un sujeto que su conducta era en abstracto peligrosa y haber conocido correctamente también la situación en la que actuaba, dicho sujeto no ha integrado ambos factores en un juicio según el cual su conducta resultaba concretamente idónea para la producción del resultado lesivo. La cuestión del dolo de peligro no deberá por tanto ni tan siquiera plantearse allí donde no se entiende posible que se haya producido una *no integración* de la concreta aptitud lesiva, es decir, en el caso de todos aquellos comportamientos que se consideran *especialmente aptos* para producir un de-

[1313] Cfr. *supra* V.3.D.

[1314] Afirma Zielinski, *AK-StGB*, §§ 15-16, n.º marg. 81, que la diferenciación forense entre creación consciente de un riesgo de lesión y creación consciente de un riesgo de peligro en la práctica no existe. Estas afirmaciones son probablemente ciertas si se vinculan a una concepción psicológica de la «determinación del dolo», pero desde una visión normativa parece posible aportar criterios que faciliten tal distinción.

terminado resultado. La realización de una de estas conductas lleva a entender que concurre, por lo menos, una tentativa de producción del resultado.

De acuerdo con esta idea, el ámbito en que se plantea el problema de distinción entre dolo de peligro y dolo de lesión es el de las *conductas neutras* y, dentro de éstas, todos aquellos supuestos en los que no sea posible imputar al sujeto el *juicio de concreta aptitud lesiva* de la conducta que realiza. Por este motivo, el problema de la distinción entre dolo de peligro y dolo de lesión tampoco debe referirse a las *conductas neutras* en que sea posible atribuir al sujeto el conocimiento de la concreta aptitud lesiva de su conducta, es decir, cuando concurra una *exteriorización*, la captación del próximo acaecimiento del resultado, o bien la dinámica comisiva haga impensable que el sujeto no haya realizado tal juicio.

La posibilidad de apreciar dolo de peligro queda circunscrita, por tanto, a los casos en que el sujeto lleva a cabo una *conducta neutra* pero no es posible imputarle el conocimiento de la concreta aptitud lesiva de ésta, aun habiéndole sido imputado el conocimiento de la peligrosidad abstracta de su conducta y el de la situación en la que actuaba. En tales supuestos, pese a que deberá admitirse la hipótesis de la *no integración* de la concreta aptitud de la conducta para producir el resultado de lesión, no deberá aceptarse sin embargo tal posibilidad con respecto a la aptitud para producir el resultado de peligro concreto. Socialmente puede tenerse por plausible que el sujeto que sabe que en abstracto su conducta es peligrosa y, por tanto, apta para producir un determinado resultado, haya valorado que en su situación concreta desaparecía tal aptitud, es decir, no la haya integrado correctamente. Pero desde el punto de vista social lo que no parece posible aceptar es que quien en el momento del hecho conoce la peligrosidad abstracta de su conducta deje de representarse, por lo menos, que está creando al realizarla un determinado riesgo.

> *Por ejemplo,*
> *Un conductor con prisas no se detiene ante un semáforo en rojo e invade un paso de peatones lleno de transeúntes, causando la muerte de uno de ellos por atropello. El acusado admite ante el Tribunal haber visto que el semáforo estaba en rojo y haber visto peatones, pero afirma también haber pensado que dichos peatones le verían acercarse y se apartarían.*

En este caso concurre una *conducta neutra* por excelencia como es la de conducir. Sin embargo, faltan en este supuesto las *exteriorizaciones del conocimiento*, los indicios de inminente advenimiento del resultado o el tipo de dinámica comisiva que harían posible la imputación al acusado del conocimiento de la concreta aptitud lesiva de su conducta, por lo que no se le puede imputar el conocimiento que requiere el dolo de homicidio. Así, se considera plausible la afirmación del sujeto en el sentido de haber valorado incorrectamente la concreta aptitud lesiva de su conducta: pese a haber contado con el conocimiento de los dos factores que hacían apta su conducta para originar un resultado mortal (peligrosidad en abstracto del impacto de un coche contra un peatón y presencia de peatones en la trayectoria de dicho coche) se admite que en este supuesto el sujeto no los haya integrado en un juicio según el cual su forma de comportarse era apta en esa situación concreta para matar a otra persona. Sin embargo, no puede dejar de imputarse a tal sujeto el conocimiento de que estaba creando una situación de concreto peligro para los peatones. La solución pasa, pues, por considerar al conductor como autor de un homicidio imprudente y de un delito contra la seguridad en el tráfico (art. 381 CP) [1315].

[1315] Sin perjuicio de la regla concursal prevista en el art. 383 CP, que sólo declara punible una de las dos conductas.

EXCURSO
Imputación del conocimiento e intensidad del conocimiento

Tal vez pueda causar sorpresa que en un trabajo como éste, dedicado a la cuestión del dolo, no se haya prestado atención a un problema al que históricamente la doctrina ha dedicado un elevado número de páginas: el referido al *grado, intensidad o forma que, para poder afirmarse una realización delictiva dolosa, debe presentar el conocimiento de un sujeto con respecto a las circunstancias integrantes del tipo* [1316]. En relación con esta cuestión, un buen número de autores ha tratado de precisar en diversos trabajos qué concretos fenómenos psicológicos pueden ser considerados efectivamente «conocimiento» a efectos de apreciar la concurrencia de este requisito básico e indiscutido del dolo [1317].

Como primera solución propuesta, una parte de la doctrina entiende que para el dolo hace falta que, en el momento en que actúa, el sujeto *piense* en las circunstancias del tipo objetivo, no bastando con que las conozca si dicho conocimiento no se actualiza en tal momento y se materializa en un *«pensar en»* [1318]. Otros autores, por contra, consideran que

---

[1316] Según ROXIN, *Strafrecht*, § 12, n.º marg. 111, tras haberse determinado que el conocimiento es un elemento del dolo surge la cuestión relativa a la *precisión* con que el sujeto debe haber conocido las circunstancias típicas.

[1317] Para una interesante panorámica de las principales posturas doctrinales sobre esta materia cfr. SCHILD, «Vorsatz als "sachgedankliches Mitbewußtsein"», en *Beiträge zur Rechtswissenschaft. Stree/Wessels-FS*, Heidelberg, 1993, pp. 242-250; ROXIN, *Strafrecht*, § 12, n.º marg. 111 ss; JAKOBS, *Derecho penal*, p. 317 ss y ESER/BURKHARDT, *Derecho penal. Cuestiones fundamentales de la Teoría del Delito sobre la base de casos de sentencias*, trad. S. Bacigalupo y M. Cancio Meliá, Madrid, 1995, p. 139 ss.

[1318] Referencias bibliográficas de los principales autores que históricamente han defendido esta postura en FRISCH, «Vorsatz und Mitbewußtsein – Strukturen des Vorsatzes», *Armin Kaufmann-GS*, Colonia, Berlín, Bonn, Múnich, 1989, pp. 311-312. ROXIN, *Strafrecht*, § 12, n.º marg. 112, considera que estas perspectivas llevan a confundir dolo con reflexión. Ver igualmente sobre esta cuestión BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho penal. Parte general*, 4.ª ed. a cargo de H. Hormazábal Malarée, Barcelona, 1994, pp. 281-

para el dolo es suficiente con que el sujeto cuente con la *co-consciencia* (*Platzgummer*) de las circunstancias del tipo legal, es decir, con una consciencia meramente latente o implícita de la concurrencia de tales circunstancias a partir de la percepción inmediata de la situación fáctica, pero sin que sea necesario reflexionar sobre ellas[1319]. Finalmente, desde otras perspectivas se postula que para el conocimiento que exige el dolo basta con que el sujeto cuente con una *advertencia del sentimiento* (*Mezger*)[1320], una *consciencia objetivo-conceptual* (*Schmidhäuser*)[1321], una *representación actual al menos plástica* (no conceptual) de las circunstancias que integran el tipo (*Jakobs*)[1322], o que éstas formen parte de algún modo de su *vivencia* (*Schewe*)[1323].

Con todos estos planteamientos se intenta definir qué concretos fenómenos psicológicos pueden ser considerados suficientes a efectos de la imputación dolosa[1324]. Ciertamente es posible emplear en sentidos diversos los términos «conocimiento» o «consciencia» y, dada la complejidad de los fenómenos psíquicos que pueden presentarse en el ser humano,

283 y NOWAKOWSKI, *WK*, 20.ª entrega (1984), § 5, n.º marg. 3, quien entiende que la exigencia de que el sujeto piense en las circunstancias del tipo en el momento de actuar lleva a resultados insostenibles en las situaciones pasionales.

[1319] La teoría de la co-consciencia se debe a PLATZGUMMER, *Die Bewußtseinsform des Vorsatzes*, Viena, 1964. Se muestran a su favor, entre otros, GIMBERNAT ORDEIG, «Acerca del dolo eventual», en *Estudios de Derecho penal*, 3.ª ed., Madrid, 1990, pp. 254-255 y NOWAKOWSKI, *WK*, § 5, n.º marg. 3. En tono crítico, FRISCH, *Armin Kaufmann-GS*, p. 322 ss. Expone la teoría DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, p. 29 y 58 ss, quien también se muestra crítica con ella (*ibidem*, p. 62 ss) por considerarla «una ampliación objetivista y desproporcionada del concepto de dolo». Cfr. también SCHMOLLER, «Das voluntative Vorsatzelement», *ÖJZ*, 1982, p. 283 ss; ZAFFARONI, *Derecho penal*, p. 406 y CUELLO CONTRERAS, *El Derecho penal español. Curso de iniciación. Parte general*, vol. 1, 2.ª ed., Madrid, 1996, pp. 557-558. La co-consciencia ha sido acogida por el Tribunal Supremo en sus sentencias de 30 de enero de 1989 (A 606, ponente Bacigalupo Zapater), 20 de marzo de 1990 (A 2571, ponente Bacigalupo Zapater) y 27 de enero de 1995 (A 80, ponente Bacigalupo Zapater) en las que se considera que es una forma de conocimiento suficiente para afirmar el dolo.

[1320] MEZGER, *LK*, 8.ª ed., § 59, n.º marg. II.9. Crítico ROXIN, *Strafrecht*, § 12, n.º marg. 111.

[1321] SCHMIDHÄUSER, *Vorsatzbegriff und Begriffsjurisprudenz*, Tübingen, 1968, p. 19; EL MISMO, «Über Aktualität und Potentialität des Unrechtsbewußtseins», *H. Mayer-FS*, Berlín, 1966, p. 324 ss y EL MISMO, «Strafrechtlicher Vorsatzbegriff und Alltagssprachgebrauch», *Oehler-FS*, Colonia, 1985, p. 143 ss.

[1322] JAKOBS, *Derecho penal*, pp. 318-319, exige como presupuesto mínimo del dolo que el sujeto «tenga una imagen de con qué consecuencias actúa».

[1323] SCHEWE, *Bewußtsein und Vorsatz*, Neuwied, Berlín, 1967, p. 120 ss.

[1324] Cfr., al respecto, OTTO, *Jura*, 1996, pp. 469-470. Es ésta una cuestión para la que tampoco la psicología parece aportar respuestas ciertas pues, como afirma FRISCH, *Armin Kaufmann-GS*, pp. 317-318, «la problemática de la consciencia y, en especial, la cuestión acerca de sus límites es una de los temas más difíciles y controvertidos de la psicología». Así, conceptos como co-consciencia sólo son defendidos por algunas escuelas psicológicas, mientras que otras entienden que lo co-consciente debe reputarse inconsciente. Para una visión panorámica acerca de la cuestión, DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, p. 55 ss.

todo apunta a que sus contornos son muy difíciles de precisar: de ahí la discusión y la divergencia en las conclusiones. Sin embargo, todas las propuestas teóricas formuladas en este ámbito se encuentran con un mismo problema: *la imposibilidad de constatar en el proceso penal las sutiles realidades psicológicas que se utilizan para establecer las fronteras conceptuales del conocimiento*. Ante tales dificultades, los enormes esfuerzos teóricos realizados para precisar adecuadamente los contornos de este concepto resultan totalmente baldíos y quedan reducidos al ámbito de la mera elaboración teórica, pues faltan puntos de apoyo para su efectiva aplicabilidad. Cuando los órganos judiciales se enfrentan a la cuestión de la «determinación del dolo» no cuentan con un instrumental adecuado para constatar la efectiva existencia de realidades psicológicas tan sutiles como la consciencia implícita o cuál ha sido el contenido de la vivencia de un sujeto[1325].

Como aquí se ha afirmado repetidamente, en el ámbito de la «determinación del dolo» las afirmaciones sobre si un sujeto ha llevado a cabo un hecho con ciertos conocimientos no dependen de la constatación empírica de complejos e inescrutables fenómenos psicológicos, sino de la valoración social de determinados datos objetivos. Como es obvio, tales valoraciones no consiguen llegar al detalle de las sutiles vivencias espirituales de los individuos, sino que los resultados a los que conducen son sólo dos: «conocimiento» y «desconocimiento» o, indistintamente, «consciencia» e «inconsciencia». «Co-conscientemente», «consciente desde una perspectiva objetivo-conceptual» o «vivencialmente» son términos completamente ajenos a las valoraciones sociales y, por tanto, su empleo en la definición del dolo resulta innecesario, pues nunca podrá llegar a ser determinada su concurrencia en el proceso[1326]. Es posible que esta codifi-

[1325] Así, por ejemplo, SCHMIDHÄUSER, *H. Mayer-FS*, p. 327, afirma que para considerar un comportamiento como doloso basta con que el tribunal se convenza de que el acusado «abarcó objetivo-conceptualmente la situación presente en todos sus factores esenciales, su actuación futura y las consecuencias esperadas de ésta». Los problemas para trasladar a la práctica estas exigencias resultan obvios, a no ser que, como parece insinuar este autor, se quiera confiar la solución final a la convicción del juez, con lo que, de todos modos, el supuesto de hecho dejará de resolverse atendiendo a la realidad psicológica del acusado. Para que el caso se resuelva finalmente de acuerdo con el «momento intuitivo» que se da en toda convicción parece del todo superfluo precisar de modo tan detallado qué grado de conocimiento es necesario para el dolo. Sin embargo, SCHMIDHÄUSER, *ibidem*, p. 331, rechaza explícitamente que los problemas probatorios puedan condicionar la elaboración de conceptos, un punto de vista ya criticado *supra* VI.2. Pone de manifiesto las evidentes dificultades para hacer aplicable el concepto de co-consciencia FRISCH, *Armin Kaufmann-GS*, p. 335.

[1326] Interesantes las afirmaciones de KLEB-BRAUN, *JA*, 1986, p. 320: «la definición de los elementos subjetivos del tipo resulta en gran medida inservible desde una perspectiva procesal, especialmente en lo que atañe al "nivel de la co-consciencia", pues no existe claridad alguna sobre los hechos de la conciencia representados y/o no puede practicarse prueba alguna sobre ellos». Esta misma autora (*ibidem*, p. 314) afirma que la ampliación

cación binaria (conocer/desconocer) que opera en la realidad social parezca especialmente tosca desde un punto de vista psicológico-empírico, pero, por motivos ya expuestos, la renuncia al psicologicismo es inevitable si no se quiere convertir al Derecho penal en un instrumento totalmente inefectivo o, subrepticiamente, entregar la solución de los casos al factor intuitivo de la convicción judicial.

Así, a los funcionarios se les atribuye siempre el conocimiento de su condición de tales desde el punto de vista de la valoración social, sin importar si han pensado o no en su cargo en el momento de cometer un hecho delictivo, si han percibido tal dato a través de la vivencia del momento, o si lo han conocido «objetivo-conceptualmente», lo que en cualquier caso nunca podría llegar a saberse a ciencia cierta; al maestro que abusa sexualmente de su alumna se le imputa también el conocimiento de la edad de ésta, sin importar si tal conocimiento ha sido actualizado en el momento de los abusos, o si sólo ha permanecido en el ámbito de lo co-consciente, pues son éstos estados psíquicos cuya real concurrencia no es posible comprobar en la práctica[1327]. Al vecino que comete un hurto en la iglesia de su pueblo se le imputa la consciencia de estar cometiéndolo en tal lugar, sin que tenga importancia alguna que mientras actuaba hubiera dejado de pensar en tal circunstancia o, incluso, que la tuviera presente durante algunos momentos de la realización típica, pero no en otros[1328]; finalmente, al hijo que pega a su padre se le imputa el conocimiento de quién es la víctima de su agresión con base en su mera condición de hijo y en la regla según la cual —salvo situaciones novelescas— todo hijo sabe perfectamente quién es su padre, con independencia de aquello que hubiera podido pasar por su cabeza en el momento en que le golpeaba[1329].

De hecho, esta problemática había sido ya afrontada de forma mucho más realista por un autor del siglo XIX como *von Wick*:

> si un funcionario es culpable de una acción que contradice la dignidad de su función ¿le haremos caso si se disculpa afirmando, por ejemplo, que en el momento del hecho no pensó en que era funcionario? o, ¿prestaremos atención al marido que comete adulterio y que intenta exculparse afirmando no haber pensado en que estaba casado? En ambos casos se afirmará una lesión dolosa del deber, pues relaciones vitales tan esenciales forman parte de los elementos permanentes de la consciencia de toda persona sana mentalmente y nunca pueden desaparecer de su consciencia u oscurecerse en ella[1330].

Estas afirmaciones, probablemente aberrantes desde el punto de vista de la psicología, dan sin embargo en el clavo de la imputación social del conocimiento y, en concreto, de los conocimientos que se presumen en todo sujeto que reúne ciertas características personales. Y para ello no hace falta recurrir a complejos y sutiles fenómenos psicológicos sobre cuya realidad ni tan siquiera existe consenso entre la comunidad científica y cuya constatación procesal resulta irrealizable.

De acuerdo con todo lo expuesto, procede afirmar que la discusión sobre la intensidad del conocimiento necesario para el dolo, en los términos en que hasta la actualidad se ha desarrollado, es uno de los esfuerzos teóricos más baldíos de la histórica de la dogmática. Las complejas

conceptual del conocimiento necesario para el dolo a los supuestos de co-consciencia no simplifica la cuestión probatoria, sino que la complica a causa de las dificultades que comporta la constatación de este fenómeno psíquico.

[1327] Ejemplos tomados de FRISCH, *Armin Kaufmann-GS*, p. 312. Afirma CRAMER, *S/S*, § 15, n.º marg. 49, que «no concurre dolo, por ejemplo, cuando el autor sabía anteriormente la edad de la niña de la que abusa, pero deja de pensar en tal edad en el momento del hecho», lo cual puede ser cierto con un concepto de dolo creado sin tener en cuenta sus condiciones de aplicabilidad, pero impracticable desde una visión de la «determinación del dolo» como imputación del conocimiento cuando, por ejemplo, existen determinados vínculos entre autor y víctima. De acuerdo, sin embargo, con *Cramer*, ZIELINSKI, *AK-StGB*, §§ 15-16, n.º marg. 23. Por contra, se pregunta SCHILD, *Stree/Wessels-FS*, p. 242: «¿qué deben significar en cuanto a su contenido "conocer" ("consciencia") y "querer" ("voluntad") cuando ningún juez ni ninguna persona que pensase con ecuanimidad dudarían en castigar por abuso sexual de niños (§ 176 StGB) al libertino *(Lüstling)* que durante las relaciones sexuales no pensara en la edad infantil de la víctima, pero que conociera su edad de doce años?».

[1328] MÄRKER, *Vorsatz und Fahrlässigkeit*, p. 244, pone de manifiesto cómo las representaciones e intenciones del sujeto no siempre presentan necesariamente un contenido uniforme durante todos los instantes en que se lleva a cabo un comportamiento objetivamente típico, posibilidad que plantea obvios problemas a las perspectivas psicologicistas, pero que se superan sin dificultad acogiendo un punto de vista normativo de la «determinación del dolo».

[1329] Ejemplos tomados de PLATZGUMMER, *Die Bewußtseinsform des Vorsatzes*, p. 5 ss y 85 ss, resp. Idéntico tratamiento debe darse al supuesto comentado por VENTURA PÜSCHEL, «Sobre el conocimiento de algunos elementos del tipo en los delitos especiales», *PJ*, 29 (1993), p. 161 ss, en el que un cabo del ejército participó en una novatada contra un subordinado suyo: a quien ha sido nombrado cabo se le debe atribuir por principio el conocimiento de su rango y de su relación de superioridad con respecto a ciertos soldados, pues desde un punto de vista social no se considera posible que un sujeto deje de contar con el conocimiento de su categoría profesional. De acuerdo con esta idea, en la STS (Sala 5.ª) de 23 de marzo de 1993 (A 2414, ponente Jiménez Villarejo) se afirma que «sería ciertamente extravagante que un Cabo, de uniforme y con los galones de su empleo, en el local donde se aparcan los vehículos de su Escuadrón y en horas de actividad castrense —aunque sea en momento en que no se desempeña actividad alguna— perdiese la conciencia del grado que ostenta con respecto a sus inferiores». Los acusados y asistentes a un juicio que a la salida golpean al Fiscal saben que están acometiendo a una autoridad, por mucho que se encuentren en una situación de arrebato u obcecación. Puntos de vista distintos parecen defenderse, sin embargo, en la STS de 26 de enero de 1996 (A 621, ponente De Vega Ruiz) y en ROXIN, *Strafrecht*, § 12, n.º marg. 116. En relación con supuestos de este tipo, ver ESER/BURKHARDT, *Derecho penal*, p. 139 ss.

[1330] VON WICK, *ACR*, 1857, p. 612. Cfr., al respecto, SCHILD, *Stree/Wessels-FS*, p. 244.

realidades psíquicas en que se basan tales teorías quedan como meras formulaciones teóricas intrasladables a la práctica del Derecho penal y resultan ajenas a las necesidades preventivas de éste. Además, la discusión sobre la intensidad del conocimiento ha contribuido a ocultar el verdadero terreno en que realmente se acaba resolviendo la problemática del elemento cognitivo del dolo, esto es, las valoraciones sociales sobre los comportamientos ajenos[1331]. Por estos motivos, asombran los cientos de páginas dedicadas a esta cuestión, más aun si se comparan con el desierto teórico existente sobre las pautas interpretativas de los mecanismos de imputación del conocimiento que rigen en la sociedad, si se tiene en cuenta que son estos últimos los que acaban decidiendo los casos en la práctica.

[1331] Con razón afirma SCHILD, *Stree/Wessels-FS*, p. 266, que a la teoría de la co-consciencia le debe ser negada toda trascendencia para la solución de problemas, pues «simplemente aparenta un espíritu científico que nunca puede superar por ella misma. Sostenida como solución positiva al problema de la imputación debería desenmascararse como pseudo-argumentación ideológica. No puede sustituir la racionalidad práctica de la dogmática jurídico-penal, ni fundamentar, ni prestar apoyo». Próximo a estas ideas FRISCH, *Armin Kaufmann-GS*, p. 324: «las cuestiones normativas decisivas permanecen tanto ayer como hoy sin respuesta», añadiendo (*ibidem*, p. 350) que lo que conviene es «solucionar los problemas de un modo decididamente normativo y no a partir de opiniones de escuelas psicológicas».

CONCLUSIONES

1. RESUMEN

A continuación se aportan de forma resumida las conclusiones a las que se ha llegado en el curso de este trabajo. Por lo que respecta a su Primera Parte («Sobre el concepto de dolo») puede afirmarse lo siguiente:

1.º. Más allá de las discrepancias terminológicas, la actual doctrina emplea un *concepto de dolo* que se asienta en la idea de que *concurre una realización delictiva dolosa cuando un sujeto ha actuado pese atribuir a su conducta la concreta capacidad de realizar un tipo penal*[1332].

2.º. Esta definición del dolo debe considerarse acertada, pues no sólo resulta respetuosa con el texto de la Ley, sino que, además, con ella consigue explicarse satisfactoriamente las diferentes consecuencias jurídicas que se asocian a realizaciones delictivas dolosas e imprudentes y se logra asimismo una correcta y completa adecuación entre tipo subjetivo y tipo objetivo, entendido este último como punto de referencia del primero[1333].

3.º. Esta definición, no obstante, plantea desde el punto de vista teórico algunos problemas[1334]:

a) Supone un privilegio para los desconocimientos irracionales.

b) Grava a las personas escrupulosas y beneficia a las desaforadamente optimistas.

c) No aporta criterios para decidir en qué casos puede considerarse que un sujeto ha realizado o no el juicio de atribución en que se fundamenta el dolo.

[1332] Cfr. *supra* V.4.
[1333] Cfr. *supra* V.2.
[1334] Cfr. *supra* V.3.

d) Puede propiciar una confusión entre dolo de lesión y dolo de peligro concreto.

La superación de estos problemas teóricos sólo parece posible si se atiende a las condiciones de aplicabilidad del concepto de dolo. Ello exige profundizar en los criterios que deben emplearse en el proceso para decidir cuándo un sujeto ha actuado con los conocimientos requeridos por la imputación dolosa.

En la Segunda Parte de este trabajo («Sobre la "determinación del dolo"») se ha llegado a las siguiente conclusiones:

1.ª. Una aplicación estricta de la idea según la cual sólo resulta legítimo condenar a un sujeto por delito doloso cuando consigan averiguarse determinados datos psíquicos que concurrieron en el momento de realización del comportamiento objetivamente típico hace imposible cualquier condena por delito doloso. Dicha aplicación sólo permite castigar las realizaciones imprudentes en aquellos casos en que esté prevista su punibilidad, pues no es posible garantizar que los resultados que puedan obtenerse recurriendo a las ciencias empíricas, a la confesión del acusado o a la prueba de indicios vayan a coincidir, siempre y en todo caso, con la que fue realidad psíquica del sujeto activo en el momento del hecho [1335].

2.ª. Tampoco la interpretación que habitualmente se aporta del texto de la ley puede considerarse satisfactoria. La afirmación de que la determinación procesal del dolo depende de la convicción del juez sobre los conocimientos del acusado, establece como criterio decisivo para tal determinación un factor subjetivo o irracional, con cuyo empleo es posible, incluso en el plano teórico, que un mismo caso pueda tener dos o más soluciones correctas en función de quien lo enjuicie. Además, esta solución incorpora un evidente riesgo de divergencia entre hechos probados y realidad efectivamente acaecida y, por tanto, de instrumentalización del sujeto y de ataque a la dignidad de éste como persona. Los criterios objetivizantes que suelen exigir jurisprudencia y doctrina (ausencia de dudas concretas, plausibilidad, no arbitrariedad, etc.) no eliminan el carácter decisivo de la convicción, ni aportan fundamentos para legitimar el riesgo de instrumentalización que se asume en toda condena por delito doloso [1336].

3.ª. La solución que opta por hacer depender la determinación procesal del conocimiento requerido por el dolo del *significado social* de

[1335] Cfr. *supra* VII y VIII.1.
[1336] Cfr. *supra* VIII.2 y 3.

una conducta y de las circunstancias que acompañan a ésta, presenta notables ventajas [1337]:

a) Resulta especialmente idónea desde el punto de vista de los efectos que deben conseguirse con la sanción penal. Recurriendo al criterio del «*inequívoco sentido social*» se restringe el empleo de dicha sanción a los supuestos en que ésta resulta verdaderamente imprescindible.

b) Puede ser legitimada de acuerdo con la idea de que todo sujeto que pretende ser protegido por el Derecho penal está dispuesto a asumir el (escaso) riesgo de ser alguna vez condenado como autor de un delito doloso sin haber contado (desde un punto de vista psicológico) con los conocimientos requeridos por el dolo. La cobertura constitucional para este argumento puede deducirse de la previsión, en el texto de la norma fundamental, tanto del derecho a la dignidad de la persona (art. 15 CE), como del Derecho penal como forma de protección de los intereses fundamentales de los individuos (arts. 25 y 117 ss CE).

c) Con ella se hace posible una construcción teórica de criterios para decidir en qué sentido deben resolverse los supuestos de hecho que puedan presentarse. Esta posibilidad debe permitir a medio plazo obtener soluciones uniformes para supuestos de hecho estructuralmente idénticos y, a mucho más largo plazo, resulta adaptable a las cambiantes convicciones de la sociedad.

d) Tiene perfecto apoyo legal aun acogiendo la idea de la convicción judicial como objetivo de la actividad probatoria. La diferencia con las concepciones tradicionales radica, sin embargo, en que con el criterio del sentido social ya no toda convicción es válida, sino únicamente aquélla que consigue captar correctamente el sentido social del hecho.

De acuerdo con estas conclusiones, y con las de la Primera Parte, procede afirmar que:

Existe dolo cuando, a partir del sentido social de un hecho y de las circunstancias que lo acompañan, puede afirmarse de modo inequívoco que un sujeto ha llevado a cabo un comportamiento objetivamente típico atribuyéndole la concreta capacidad de realizar un tipo penal.

Se resumen seguidamente todos aquellos *criterios* en que, de acuerdo con un punto de vista social, debe basarse la correcta *atribución* a una persona *de un determinado grado de conocimiento*. Dichos criterios han sido expuestos en la Tercera Parte de este trabajo («Sobre la atribución del conocimiento»):

1.º. La mera condición de imputable lleva a atribuir a un sujeto todos aquellos conocimientos cuya ausencia sólo se entiende posible en personas que padecen algún tipo de perturbación psíquica o sensorial de

[1337] Cfr. *supra* X.

las que dan pie a una causa de inimputabilidad, o en sujetos menores de ciertas edades. Los conocimientos que se imputan por esta vía reciben el nombre de *conocimientos mínimos en sentido estricto* [1338].

2.º. El hecho de que una persona haya sido «normalmente socializada» hace que se le imputen todos aquellos conocimientos cuya ausencia sólo se concibe en sujetos que no han mantenido apenas contactos con la civilización occidental. Los conocimientos que se atribuyen por esta vía reciben el nombre de *conocimientos mínimos en sentido amplio* [1339].

3.º. Si se acredita que con anterioridad al hecho objetivamente típico han sido transmitidos a un sujeto determinados conocimientos *(transmisión previa)*, éstos sólo podrán serle nuevamente atribuidos en el momento de efectiva realización del citado hecho si la entidad de tales conocimientos y/o el breve espacio de tiempo transcurrido entre *transmisión* y realización típica hacen impensable que el sujeto haya dejado de contar con ellos en el segundo momento [1340]. Idéntico tratamiento debe dispensarse a los supuestos en que es el propio sujeto quien, con anterioridad al hecho, exterioriza expresamente o por actos concluyentes (*exteriorización previa*) que cuenta con ciertos conocimientos [1341].

4.º. Las *exteriorizaciones de conocimientos* efectuadas por un sujeto durante o después de la realización de un comportamiento objetivamente típico (*exteriorizaciones simultáneas o posteriores*) sólo sirven para imputarle tales conocimientos cuando el hecho de haber contado con ellos le perjudique [1342].

5.º. La circunstancia de que en un sujeto concurran determinadas *características personales* o de que éste ocupe determinadas *posiciones sociales* lleva a imputarle todos aquellos conocimientos cuya ausencia haría impensable, desde un punto de vista social, que reuniera en su persona tales características o que ocupara tales posiciones [1343].

6.º. Para poder imputar a un sujeto el correcto conocimiento de la *situación en la que actúa* (*«conocimiento situacional»*) hace falta que pueda acreditarse que los factores objetivos que conforman tal situación se encontraban en una posición espacial tal en relación con el citado sujeto, que éste necesariamente tuvo que aprehender con sus sentidos su existencia y ubicación [1344].

[1338] Cfr. *supra* XII.
[1339] Cfr. *supra* XII.3.
[1340] Cfr. *supra* XIII.
[1341] Cfr. *supra* XIV.2.
[1342] Cfr. *supra* XIV.2. Esta regla encuentra su excepción en las denominadas «exteriorizaciones patológicas» (cfr. *supra* XIV.4).
[1343] Cfr. *supra* XV.
[1344] Cfr. *supra* XVI.

7.º. Cuando un sujeto ha llevado a cabo una *conducta especialmente apta* para producir un determinado resultado lesivo y lo ha hecho siendo conocedor de la peligrosidad genérica de tal conducta y contando además con un perfecto *«conocimiento situacional»*, debe serle imputado el conocimiento de que su conducta era concretamente apta para producir dicho resultado y, por tanto, procede afirmar su dolo con respecto al resultado [1345].

8.º. En los supuestos en que el autor haya realizado una *conducta (arriesgada) neutra* en cuanto a su aptitud para producir un determinado resultado, sólo deberá serle imputado el conocimiento de la concreta aptitud lesiva de tal conducta si, habiendo contando con el conocimiento abstracto de su peligrosidad y con un correcto *«conocimiento situacional»*, concurre además una de las situaciones siguientes:

a) El sujeto ha exteriorizado durante o después de la realización de la conducta haber sido plenamente consciente de su concreta aptitud lesiva en el momento de llevarla a cabo [1346].

b) Durante la ejecución del hecho el sujeto ha percibido inequívocos signos de un próximo acaecimiento del resultado y, pese a ello, ha seguido adelante con su comportamiento [1347].

c) La dinámica comisiva hace impensable que el sujeto no haya integrado los factores que conocía aisladamente en un juicio de concreta aptitud lesiva [1348].

Los anteriores criterios permiten advertir que los problemas teóricos que plantea el concepto de dolo formulado en la Primera Parte de este trabajo no tienen trascendencia práctica alguna:

a) Las alegaciones de no representaciones irracionales de riesgo sólo llevan a la impunidad cuando prospera una alegación paralela sobre la inimputabilidad del sujeto que las invoque [1349]. En caso contrario dichas representaciones se atribuyen al sujeto.

b) Las personas escrupulosas dejan de verse perjudicadas y las desaforadamente optimistas beneficiadas, pues la condición de escrupuloso u optimista no es presupuesto aplicativo de ninguna de las reglas de atribución del conocimiento expuestas [1350].

c) La distinción entre *conductas especialmente aptas* y *conductas (arriesgadas) neutras* aporta criterios para establecer cuándo (desde una perspectiva social) un sujeto ha realizado el juicio de atribución en que

[1345] Cfr. *supra* XVII.3.
[1346] Cfr. *supra* XVII.4.A.1.
[1347] Cfr. *supra* XVII.4.A.2.
[1348] Cfr. *supra* XVII.4.A.3.
[1349] Cfr. *supra* XII.4 y XVII.3.
[1350] Cfr. *supra* XVII.2.B.

se fundamenta el dolo del resultado y cuándo puede otorgarse plausibilidad a su alegación de no haber realizado dicho juicio [1351].

d) El dolo de peligro concreto debe afirmarse en el caso de *conductas (arriesgadas) neutras,* siempre que quien las realice conozca en abstracto el riesgo implícito a su conducta y cuente con un «*conocimiento situacional*» correcto, pero no sea posible atribuirle la realización de un juicio de concreta aptitud lesiva [1352]. En el caso de conductas *especialmente aptas* concurre siempre dolo de lesión.

2. REPERCUSIONES PRÁCTICAS

Los criterios que han sido expuestos a lo largo de los anteriores Capítulos reproducen una serie de precomprensiones sociales que, ante un caso concreto, permiten decidir si deben o no imputarse determinados conocimientos a un sujeto a efectos de afirmar una realización delictiva dolosa. Dado que, en principio, toda afirmación sobre el conocimiento ajeno que pueda ser inequívocamente compartible desde un punto de vista intersubjetivo debe basarse en alguna de tales precomprensiones, es necesario que la sentencia judicial muestre una plena adecuación a ellas, sin que baste con afirmar que, en cualquier caso, el juez puede llegar por cualquier otra vía a formar su convicción [1353].

Semejante adecuación no implica necesariamente que todas las imputaciones de conocimientos deban explicitarse de una forma pormenorizada en la sentencia. En este trabajo los juicios de imputación se han mostrado hasta su más absoluto detalle, lo que no impide reconocer que a menudo sería excesivo exigir que el juez tuviera que especificar el porqué de todas y cada unas de sus afirmaciones sobre los conocimientos de un acusado en supuestos de hecho que a cualquier persona parecerían obvios. Tampoco en el ámbito de la imputación objetiva, por poner un ejemplo, se exige que el juez fundamente detalladamente por qué un disparo en la nuca a otra persona debe considerarse como la creación de un riesgo relevante de muerte. La obviedad de muchas imputaciones de conocimientos hace posible que éstas puedan darse por supuestas [1354].

La principal ventaja de los criterios expuestos en el transcurso de la Tercera Parte de este trabajo radica en que éstos permiten dispensar un tratamiento adecuado a los denominados «*casos difíciles*». Así, de acuerdo con dichos criterios es posible trazar correctamente el salto que va de los datos objetivos a las afirmaciones sobre cuestiones subjetivas y con ellos se facilita una discusión racional sobre la solución de los casos, consistente en tratar de aportar un correcto enfoque de los mecanismos de imputación del conocimiento que rigen en la sociedad [1355]. En los supuestos más complejos es donde la motivación judicial desempeña un importante papel, pues con ella debe ser posible comprobar que las conclusiones alcanzadas se ajustan a los criterios expuestos, sin que sea suficiente conformarse con que las conclusiones del juez no resulten absolutamente arbitrarias o irracionales, pues dentro de lo no irracional existen soluciones distintas más o menos cercanas a las valoraciones sociales que gozan de indiscutible consenso [1356]. En este sentido puede incluso añadirse que deberá considerarse arbitraria todo aquella afirmación sobre el conocimiento ajeno que no se corresponda con los criterios sociales, pues en tal caso ya no será posible entender que los resultados finales cumplan con las condiciones que permiten legitimar una condena pese al inevitable riesgo de error que en ella concurre [1357]. De esta afir-

[1351] Cfr. *supra* XVII.3 y 4.

[1352] Cfr. *supra* XVII.5.

[1353] Deben traerse a colación en este ámbito las palabras de HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *La responsabilidad por el producto en Derecho penal,* Valencia, 1995, p. 131: «el convencimiento judicial es un "hecho interno", difícilmente constatable y contra el que, por eso mismo, difícilmente se puede argumentar con criterios objetivos de valoración. Pero, a largo plazo, una jurisprudencia penal, transparente y controlable, no puede proceder de esta manera».

[1354] En este sentido, la doctrina procesal suele afirmar que aquello que es evidente no necesita ser probado; cfr. ROXIN, *Strafverfahrensrecht,* 24.ª ed., Múnich, 1995, § 24, n.º marg. 8-12.

[1355] Por contra, y como afirma FREUND, Comentario a la sentencia del OLG de Colonia de 14 de diciembre de 1988 (*StV*, 1989, p. 156 ss), en *StV*, 1991, p. 23, «las fórmulas usuales de valoración y ponderación de la teoría de la prueba mayoritaria no son ni indicaciones útiles para el juez ni ofrecen orientaciones al acusado o a su abogado para la defensa».

[1356] Conviene reproducir en este punto las acertadas palabras formuladas por GORPHE, *Apreciación judicial de las pruebas*, 1947, trad. J. Guerrero, Bogotá, 1985, p. 5: «en una concepción racional de la justicia, y especialmente de las pruebas, el convencimiento que implica la decisión debe ser la resultante lógica de un examen analítico de los hechos y de una apreciación crítica de los elementos de prueba. Pasa así del estado de simple creencia subjetiva al de un verdadero conocimiento objetivo, comunicable y controlable». En un sentido similar CÓRDOBA RODA, «El derecho a la presunción de inocencia y la apreciación judicial de la prueba», *RJCat*, 1982, pp. 819-820, quien entiende que la conciencia a que alude el art. 741 LECr «no equivale al criterio *personal e individual* del Tribunal, sino al criterio *objetivo* resultante de la aplicación de las reglas de la sana crítica en la valoración de la prueba», añadiendo que «cuando un Tribunal aprecia las pruebas practicadas en el juicio, lo puede hacer de forma correcta o incorrecta, según que dicha apreciación se adapte, o no, a las reglas de criterios de razón en la valoración de la prueba» (cursiva en el original). Con la vinculación del juez a las valoraciones sociales se establecen parámetros de racionalidad y, consiguientemente, criterios para controlar la corrección del convencimiento.

[1357] Cfr. *supra* X.2 y 3.

mación se siguen importantes efectos prácticos en ámbitos como el de la casación [1358].

Conviene asimismo añadir que la explicitación de los criterios que deben hacer aplicable el concepto de dolo permite rebatir la usual afirmación de que las definiciones de dolo meramente cognitivas suponen una ampliación rechazable del ámbito de lo doloso. Esto es así porque, de acuerdo con los criterios propuestos, el dolo debe negarse como regla general en todas aquellas conductas que no resulten *especialmente aptas* para provocar un determinado resultado, cuyo número puede ser muy elevado en la práctica. En cualquier caso, con la exposición de los criterios de atribución del conocimiento el lector puede hacerse una idea de las precisas situaciones en que procede el castigo por delito doloso, una posibilidad que sólo se consigue a medias en los trabajos sobre el dolo que no analizan las condiciones de aplicabilidad de este concepto [1359].

Es posible que los criterios expuestos no abarquen todos los casos imaginables o, mejor dicho, que su empleo pueda conducir en algunos supuestos a soluciones cuestionables, lo que será sin duda indicativo de que algunos de ellos deben acabar de precisarse. El prácticamente nulo bagaje doctrinal que se constata en esta materia y el elevado número de variables que pueden presentar los casos a analizar son la causa de que el desarrollo teórico de la determinación procesal del conocimiento esté falta de una solidez teórica que sólo proporcionan muchas décadas de discusión científica. Por este motivo, las anteriores conclusiones deben ser vistas, ante todo, como un punto de partida para demostrar que también en este ámbito es posible intentar trabajar con criterios seguros, así como una invitación a posteriores investigaciones y al debate doctrinal.

Para que tal debate resulte fructífero, las posibles críticas a lo aquí expuesto deberán entrar en la dinámica propuesta, esto es, en el análisis de las valoraciones sociales sobre los comportamientos ajenos y el abandono de la psicología o de la convicción judicial. Tales críticas deberán mostrar criterios más correctos y ajustados a la perspectiva social que los defendidos en este trabajo. Como consecuencia de esta dialéctica deberá conseguirse con el tiempo construir un sólido edificio teórico que permita dar un tratamiento adecuado a la difícil problemática de la determina-

[1358] Los criterios sociales de imputación del conocimiento devienen el criterio a emplear para valorar la racionalidad de las afirmaciones judiciales sobre el dolo de un acusado. De este modo se consigue salvar las críticas dirigidas a aquella jurisprudencia que, pese a exigir racionalidad en la valoración de las pruebas, no explicita criterios para medir tal racionalidad. Cfr., al respecto, IGARTUA SALAVERRIA, *Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal*, Valencia, 1995, p. 59 y 93-94.

[1359] Cfr. *supra* VI.3.

ción del tipo subjetivo y, de este modo, podrá ir llenándose el enorme vacío que hoy en día se aprecia sobre la cuestión.

La adecuada construcción de este modelo teórico puede afrontarse desde diversos frentes. Por un lado deben analizarse con detalle las reglas aquí expuestas, comprobando que su uso conduzca a resultados satisfactorios para cualquier caso imaginable. El fracaso de alguno de estos criterios ante un determinado grupo de supuestos mostrará la conveniencia de introducir limitaciones a su alcance o de formular excepciones a su vigencia general. En la línea de desarrollo y concreción de tales criterios puede ser también interesante, o incluso conveniente, que se aborde la cuestión de la imputación del conocimiento mediante un análisis particularizado de diversos tipos delictivos y que se expliciten y discutan las reglas que deben permitir imputar el conocimiento de las circunstancias que cada tipo requiere en relación con las posibles modalidades comisivas que puedan llegar a darse en la práctica [1360]. De este modo deberán irse consolidando reglas que permitan dispensar un tratamiento uniforme a supuestos de hecho estructuralmente idénticos, lo que a la larga contribuirá al logro de mayores niveles de seguridad jurídica y servirá para dispensar un trato más igualitario a los potenciales destinatarios de la sanción penal [1361].

Parece igualmente conveniente la extensión del modelo de análisis que aquí se propone a otros dos ámbitos de la teoría del delito en que (pretendidamente) también se dilucidan cuestiones psicológicas: *el conocimiento de la antijuricidad* y *los elementos subjetivos del injusto* [1362].

[1360] Un interesante campo de investigación puede ser la determinación de qué conductas deben considerarse *especialmente aptas* para la producción de un resultado y qué conductas, por contra, sólo deben ser calificadas de *neutras* (cfr. *supra* XVII.3 y XVII.4). En este sentido resulta especialmente urgente una jurisprudencia uniforme sobre los comportamientos en que se juzga posible una *no integración* de la concreta aptitud lesiva por parte de su autor. De este modo, se debería ir reduciendo al mínimo la inseguridad jurídica que, por ejemplo, algunos autores detectan en la jurisprudencia del Tribunal Supremo referida a la prueba de elementos como el (pretendido) *animus necandi*; cfr., al respecto, GRACIA MARTÍN, en DÍEZ RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN/LAURENZO COPELLO, *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, vol. I, Valencia, 1997, art. 138, n.º marg. 50 (nota 92). En Alemania también PERRON, «Vorüberlegungen zu einer rechtsvergleichenden Untersuchung der Abgrenzung von Vorsatz und Fahrlässigkeit», *Nishihara-FS*, Baden-Baden, 1998, p. 154, detecta desigualdades en la determinación procesal de dolo e imprudencia.

[1361] Una reivindicación que, a partir de un modelo teórico distinto, también asume MARTÍNEZ ARRIETA, «Algunos aspectos del recurso de casación: la doble instancia y el control casacional», en DEL MORAL GARCÍA (dir.), *Recursos en el orden jurisdiccional penal*, Madrid, 1995, p. 61, cuando reclama, en el ámbito de la prueba testifical, «la fijación jurisprudencial de unos baremos que sujeten la valoración [de la prueba] a criterios de racionalidad», una tarea que este autor (*ibidem*, p. 62) encomienda a los órganos de casación.

[1362] En lo que respecta al conocimiento de la antijuricidad, y pese a que los Tribunales siguen afirmando *averiguar* el dato psíquico del conocimiento o el desconocimiento, se

Especialmente en este último caso, la práctica jurisprudencial opera de modo evidente con reglas de imputación a menudo harto cuestionables y sólo una normativización sistemática parece estar en condiciones de aportar un nivel más elevado de racionalidad y seguridad jurídica [1363].

La solución que aquí se propone puede evocar, aunque sólo sea de forma fragmentaria, a los antiguos sistemas de valoración tasada de la prueba. Tal equiparación resulta del todo rechazable si se tienen en cuenta los criterios sumamente rígidos que solían emplearse en tales sistemas y que llevaban a menudo a soluciones incomprensibles desde una perspectiva social. El sistema aquí propuesto trabaja con reglas mucho más ajustadas a las peculiaridades de cada concreto y, por este motivo, las similitudes con los antiguos sistemas son sólo marginales [1364].

Tan sólo en un punto muy concreto puede admitirse tal similitud, y éste se corresponde, precisamente, con el único aspecto positivo que puede encontrarse en los sistemas de prueba tasada: acudiendo a reglas firmes, independientes de las convicciones personales de cada juez, consigue garantizarse un tratamiento igualitario de los casos [1365]. En este

aprecia un mayor grado de desarrollo de las reglas a través de las cuales debe atribuirse o no a determinados sujetos el conocimiento de ciertas prohibiciones penales; en este sentido, cfr. PÉREZ DEL VALLE, «La prueba del error en el proceso penal», *RDP*, 1994, p. 429, quien sostiene que en este ámbito se cuenta con «máximas de experiencia consolidadas».

[1363] Sobre la cuestión de los elementos subjetivos del injusto y, en especial, del ánimo de lucro, cfr. KRAUß, «Das psychologische Gehalt subjektiver Elemente im Strafrecht», *Bruns-FS*, Colonia, Berlín, Bonn, Múnich, 1978, p. 19, quien muestra cómo los tribunales prescinden por completo en este ámbito del dato psíquico y operan en la práctica con (ocultos) criterios de imputación.

[1364] La solución que aquí se propone más bien se corresponde a «un sistema situado a medio camino entre la rigidez de la prueba tasada y la excesiva incertidumbre de la prueba libre», reproduciendo las palabras de ASENCIO MELLADO, *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, Madrid, 1989, p. 36, en relación con la necesidad defendida por algunos autores de que las conclusiones del juez se vinculen al sentido común. También LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, «La motivación de las sentencias», en *La sentencia penal*, Madrid, 1992, p. 97, ve en los actuales controles casacionales de la valoración de la prueba una postura intermedia entre los sistemas de prueba tasada y la íntima convicción.

[1365] No puede perderse de vista, como afirma VÁZQUEZ SOTELO, *Presunción de inocencia del imputado e íntima convicción del tribunal*, Barcelona, 1984, p. 452, que el «viejo y superado» sistema de la prueba tasada «era un intento muy serio hecho por el legislador al servicio de la seguridad jurídica. Aplicando él las máximas de la experiencia y las enseñanzas de la vida en relación con las pruebas, calculando anticipadamente, con exquisita minuciosidad, la trascendencia de cada dato, de cada circunstancia, apuntaban un conocimiento profundo del espíritu humano y de las circunstancias de la vida de entonces. Como ha dicho MITTERMAIER, las pruebas legales no fueron un capricho del legislador, sino formulación de reglas y principios tomados de la razón y de la experiencia, y venían impuestas por la ley en función de la seguridad jurídica, evitando toda posible arbitrariedad en el caso concreto». Una panorámica de los antiguos sistemas de prueba tasada en ASENCIO MELLADO, *Prueba prohibida*, p. 19 ss. Ver también IGARTUA SALAVERRIA, *Valoración de la prueba*, pp. 77-78, quien afirma que el sistema de prueba legal o tasada supuso una «conquista de racionalidad», garantizando objetividad y uniformidad frente al

sentido, el objetivo último a alcanzar es la superación de la rigidez de la prueba tasada sin caer en la arbitrariedad a que se presta la íntima convicción judicial, consiguiendo a la vez que en la aplicación del Derecho penal se garantice un trato de igualdad entre los potenciales destinatarios de la sanción y se minimicen los riesgos de error sin caer por ello en la más absoluta ineficacia. El recurso a las reglas sociales de atribución del conocimiento en la determinación judicial del dolo parece un instrumento adecuado para alcanzar tales objetivos.

arbitrio judicial. Cfr., igualmente, LEONE, *Tratado de Derecho procesal penal*, Nápoles, 1961, trad. S. Sentís Melendo, Buenos Aires, 1989, p. 156.

BIBLIOGRAFíA CITADA

ACHENBACH, H.

— *Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre*, Berlín, 1974.

ADOMEIT, K.

— «Zur Einführung: Rechtswissenschaft und Wahrheitsbegriff», *JuS*, 1972, p. 628 ss.

ALBRECHT, P.A.

— «Unsicherheitszonen des Schuldstrafrechts», *GA*, 1983, p. 192 ss.

— «Überzeugungsbildung und Sachverständigenbeweis in der neueren strafrechtlichen Judikatur zur freien Beweiswürdigung (§ 261 StPO)», *NStZ*, 1983, p. 486 ss.

ALEXY, R.

— *Teoría de la argumentación jurídica*, trad. española a cargo de M. Atienza e I. Espejo, Madrid, 1989.

AMBROSIUS, J.

— *Untersuchungen zur Vorsatzabgrenzung*, Neuwied, Berlín, 1966.

ANDRÉS IBÁÑEZ, P.

— «Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal», en *La sentencia penal*, Cuadernos de Derecho judicial, CGPJ, Madrid, 1992, p. 117 ss.

ANTOLISEI, F.

— *Manuale di Diritto penale. Parte generale*, 14.ª ed. a cargo de L. Conti, Milán, 1997.

ANTÓN ONECA, J.

— *Derecho penal. Parte general*, 1949, 2.ª ed. anotada y corregida por J.J. Hernández Guijarro y L. Benéytez Merino, Madrid, 1986.

ARLOTH, F.

— Comentario a la sentencia del AG de Múnich de 6 de mayo de 1987, en *NStZ*, 1987, p. 408 ss.

ARZT, G./WEBER, U.
— *Strafrecht. Besonderer Teil,* 5 vol., Bielefeld, 1980.

ASENCIO MELLADO, J.M.
— *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, Madrid, 1989.

BACIGALUPO ZAPATER, E.
— «Presunción de inocencia, "in dubio pro reo" y recurso de casación», *ADPCP*, 1988, p. 365 ss.
— «La motivación de la subsunción típica en la sentencia penal», en *La sentencia penal*, Cuadernos de Derecho judicial, CGPJ, Madrid, 1992, p. 161 ss.
— *Lineamientos de la teoría del delito*, 3.ª ed. renovada y ampliada, Buenos Aires, 1994.
— *Principios de Derecho penal. Parte general*, 4.ª ed., Madrid, 1997.

BAJO FERNÁNDEZ, M./PÉREZ MANZANO, M./SUÁREZ GONZÁLEZ, C.J.
— *Manual de Derecho penal (Parte especial). Delitos patrimoniales y económicos*, vol. II, 2.ª ed., Madrid, 1993.

BALDÓ LAVILLA, F.
— *Estado de necesidad y legítima defensa. Un estudio sobre las «situaciones de necesidad» de las que se derivan facultades y deberes de salvaguarda*, Barcelona, 1994.

VON BAR, L.
— «Dolus eventualis?», *ZStW*, 18 (1898), p. 534 ss.

BATTAGLIO, S.,
— «"Indizio" e "prova indiziaria" nel processo penale», *RIDPP*, 1995, p. 375 ss.

BAUER, A.
— *Abhandlungen aus dem Strafrechte und dem Strafprocesse*, Göttingen, 1840.

BAUMANN, J./WEBER, U./MITSCH, W.
— *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Lehrbuch*, 10.ª ed., Bielefeld, 1995.

BAURMANN, M.
— *Zweckrationalität und Strafrecht. Argumente für ein tatbezogenes Maßnahmerecht*, Opladen, 1987.

BELLOCH JULBE, J.A.
— «La prueba indiciaria», en *La sentencia penal*, Cuadernos de Derecho judicial, CGPJ, Madrid, 1992, p. 27 ss.

BEKKER, E.I.
— *Theorie des heutigen Deutschen Strafrechts*, Leipzig, 1859.

BENÉYTEZ MERINO, L.
— «Juicio de valor y jurisprudencia», *PJ*, 19 (1990), p. 9 ss.

BETTIOL, G./PETTOELLO MANTOVANI, L.
— *Diritto penale. Parte generale*, 12.ª ed., Padua, 1986.

BINDING, K.
— *Die Normen und ihre Übertretung*, 2.ª ed., Leipzig, 1914, reimp. 1965.

BOCKELMANN, P.
— «Der Nachweis des Hehlervorsatzes», *NJW*, 1954, p. 1745 ss.
— «Bemerkungen über das Verhältnis des Strafrechts zur Moral und zur Psychologie», en Art. KAUFMANN (ed.), *G. Radbruch-GS*, Göttingen, 1968, p. 252 ss.

BOCKELMANN, P./VOLK, K.
— *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 4.ª ed., Múnich, 1987.

VON BOEHMER, J.S.F.
— *Observationes selectae ad Benedictus, Carpzovi JC. Practicam novam rerum criminalium imperialem Saxonicum*, 1759.

BORST
— «Ueber den Beweis des bösen Vorsatzes», *NACR*, 1818, p. 434 ss.

BOTTKE, W.
— «Strafrechtliche Probleme von AIDS und der AIDS-Bekämpfung», en SCHÜNEMANN/PFEIFFER (ed.), *Die Rechtsprobleme von AIDS*, Baden-Baden, 1988, p. 171 ss.

BRAMMSEN, J.
— «Inhalt und Elemente des Eventualvorsatzes – Neue Wege in der Vorsatzdogmatik?», *JZ*, 1989, p. 71 ss.

BRESSER, H.P.
— «Die Ermittlung des subjektiven Tatbestands. Grundsätzliches über "Psychologie und Recht"», en WARDA y otros (ed.), *R. Lange-FS*, Berlín, Nueva York, 1976, p. 665 ss.

BRICOLA, F.
— *Dolus in re ipsa. Osservazioni in tema di oggeto e di accertamento del dolo*, Milán, 1960.

BRUCK
— *Zur Lehre von der Fahrlässigkeit*, 1885.

BRUNS, M.
— «AIDS, Prostitution und das Strafrecht», *NJW*, 1987, p. 693 ss.
— «Nochmals: Aids und Strafrecht», *NJW*, 1987, p. 2281.
— «Ein Rückschlag für die AIDS-Prävention», *MDR*, 1989, p. 199.

BURKHARDT, B.
— «Der Wille als konstruktives Prinzip der Strafrechtsdogmatik», en HECKHAUSEN/GOLLWITZER/WEINERT (ed.), *Jenseits des Rubikon: Der Wille in den Humanwissenschaften*, Berlín, Heidelberg, 1987, p. 319 ss.

— «Der Irrtum als Unrechts- und/oder Schuldausschluss», en ESER/NISHIHARA (ed.), *Rechtsfertigung und Entschuldigung*, IV, Friburgo d.B., 1995, p. 405 ss.

BUSTOS RAMÍREZ, J.

— «Política criminal y dolo eventual», *RJCat*, 1984, p. 309 ss.

— *Manual de Derecho penal. Parte general*, 4.ª ed., aumentada, corregida y puesta al día por H. Hormazábal Malarée, Barcelona, 1994.

CAFFERATA NORES, J.I.

— *La prueba en el proceso penal*, 2.ª ed., Buenos Aires, 1994.

CARMONA RUANO, M.

— «La revisión de la prueba por los tribunales de apelación y de casación. La revisión de la apreciación de la prueba llevada a cabo por el jurado», en DEL MORAL GARCÍA (dir.), *Recursos en el orden jurisdiccional penal*, Cuadernos de Derecho judicial, CGPJ, Madrid, 1995, p. 107 ss.

CARMONA SALGADO, C.

— «La receptación», en MARTÍN PALLÍN (dir.), *Delitos contra la propiedad: aspectos problemáticos*, Cuadernos de Derecho judicial, CGPJ, Madrid, 1995, p. 241 ss.

CARPZOV, B.

— *Practica nova imperialis Saxonica rerum criminalium*, 1635.

CASTALDO, A. R.

— «Der durch Geisteskrankheit bedingte Irrtum: ein ungelöstes Problem», *ZStW*, 103 (1991), p. 541 ss.

CEREZO MIR, J.

— «La doble posición del dolo en la Ciencia del Derecho penal española», *ADPCP*, 1981, p. 456 ss.

— *Problemas fundamentales del Derecho penal*, Madrid, 1982.

— *Curso de Derecho penal español. Parte general II. Teoría jurídica del delito/1*, 5.ª ed., Madrid, 1997.

CHRISTIANI

— «Die Chimäre eines Todtschlages aus indirectem Vorsatz», *Niedersächsisches Archiv für Jurisprudenz und juristische Litteratur*, vol. 1, 1788, p. 3 ss.

CIOMPI, L.

— «Zur Integration von Fühlen und Denken im Licht der "Affektlogik". Die Psyche als Teil eines autopoietischen Systems», en KISKER (ed.), *Neurosen, Psychosomatische Erkrankungen, Psychoterapie*, 3.ª ed., Berlín, 1986.

COBO DEL ROSAL, M./VIVES ANTÓN T.

— *Derecho penal. Parte general*, 4.ª ed., Valencia, 1996.

CODÓN FERNÁNDEZ, J.M./ESBEC RODRÍGUEZ, E.

— «Psiquiatría legal y forense: introducción, histórica y epistemológica», en DELGADO RUBIO (dir.), *Psiquiatría legal y forense*, Madrid, 1994, vol. I, p. 49 ss.

CORCOY BIDASOLO, M.

— «En el límite entre el dolo y la imprudencia (comentario a la STS de 28 de octubre de 1983)», *ADPCP*, 1985, p. 961 ss. Una segunda versión de este trabajo en MIR PUIG y otros, *Comentarios a la jurisprudencia penal del Tribunal Supremo*, Barcelona, 1992, p. 43 ss.

— *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, Barcelona, 1989.

CÓRDOBA RODA, J.

— «El derecho a la presunción de inocencia y la apreciación judicial de la prueba», *RJCat*, 1982, p. 817 ss.

CÓRDOBA RODA, J./RODRÍGUEZ MOURULLO, G.

— *Comentarios al Código Penal*, Barcelona, 1972.

CUELLO CONTRERAS, J.

— «Acción, capacidad de acción y dolo eventual», *ADPCP*, 1983, p. 77 ss.

— *El Derecho penal español. Curso de iniciación. Parte general,* vol. 1, 2.ª ed., Madrid, 1996.

DELGADO GARCÍA, J.

— «Prueba de indicios», en DELGADO GARCÍA (dir.), *La prueba en el proceso penal II*, Cuadernos de Derecho judicial, CGPJ, Madrid, 1996, p. 375.

DELLEPIANE, A.

— *Nueva teoría de la prueba*, 9.ª ed. (2.ª reimp.), Santa Fe de Bogotá, 1994.

DENCKER, F.

— «Zum Geständnis im Straf- und Strafprozeßrecht», *ZStW,* 102 (1990), p. 51 ss.

DÍAZ PITA, M.M.

— *El dolo eventual*, Valencia, 1994.

— «Algunos aspectos sobre el dolo eventual. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 1991», *AP*, 1 (1995), p. 1 ss.

DÍAZ VELASCO, M.

— *Estudios sobre propiedad industrial*, Barcelona, 1987.

Diccionario de la lengua española de la Real Academia de la Lengua, 21.ª ed., Madrid, 1992.

DÍEZ RIPOLLÉS, J.L.
— *Los elementos subjetivos del delito. Bases metodológicas*, Valencia, 1990.

DÍEZ RIPOLLÉS, J.L./GRACIA MARTÍN, L./LAURENZO COPELLO, P.
— *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, vol. I, Valencia, 1997.

El Digesto de Justiniano, versión castellana por A. d'Ors, F. Hernández-Tejero, P. Fuenteseca, M. García-Garrido y J. Burillo, Pamplona, 1975.

DONINI, M.
— *Teoria del Reato. Una Introduzione*, Padua, 1996.

DREHER, E./TRÖNDLE, H.
— *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 46.ª ed., Múnich, 1993.

ECKARTSHAUSEN
— *Über die Notwendigkeit psychologischer Kenntnisse bei der Beurteilung der Verbrechen*, 1791.

ECKER, S.
— *Die Verwendung und Feststellung subjektiver Verbrechensmerkmale*, disertación inédita, Göttingen, 1981.

Enciclopedia Jurídica Básica, 4 vol., Madrid, 1995.

ENDRUWEIT, G./KERNER, H.J.
— «Unrechtsbewußtsein als juristisches Problem in Rechtsprechung und Lehre: Dogmatische Konstruktionen, prozessuale Konsequenzen, Bezug zur sozialen Wirklichkeit», en HASSEMER/LÜDERSSEN (ed.), *Sozialwissenschaften im Studium des Rechts*, vol. III, Múnich, 1978, p. 89 ss.

ENGELMANN, W.
— *Die Schuldlehre der Postglossatoren und ihre Fortentwicklung*, 1.ª ed., Leipzig, 1895 (reimp. 1965).
— *Irrtum und Schuld nach der italienischen Lehre und Praxis des Mittelalters*, Berlín, 1922 (reimp. 1975).

ENGISCH, K.
— *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*, Berlín, 1930, 2.ª reimp., Múnich, 1995.
— Comentario a la sentencia BGHSt, vol. 7, p. 363 ss, en *NJW*, 1955, p. 1688.
— *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, 2.ª ed., Heidelberg, 1960.
— *Wahrheit und Richtigkeit im juristischen Denken*, Múnich, 1963.
— *Die Lehre von der Willensfreiheit in der strafrechtsphilosophischen Doktrin der Gegenwart*, 2.ª ed., Berlín, 1965.

ESER, A./BURKHARDT, B.
— *Derecho penal. Cuestiones fundamentales de la Teoría del Delito sobre la base de casos de sentencias*, trad. española a cargo de S. Bacigalupo y M. Cancio Meliá, Madrid, 1995.

EULE-WECHSLER, C.
— *Vorsatz und Fahrlässigkeit bei minimal unerlaubten Risiken*, disertación inédita, Bonn, 1996.

EUSEBI, L.
— «In tema di accertamento del dolo: confusioni fra dolo e colpa» (comentario a la sentencia de la *Corte d'Apello* de Milán de 22 de abril de 1986), *RIDPP*, 1987, p. 1060 ss.

FARRÉ TREPAT, E.
— «Dolo eventual, imprudencia y formas de imperfecta ejecución», en MIR PUIG y otros (cfr. *infra*), p. 71 ss.

FELIP I SABORIT, D.
— *La delimitación del conocimiento de la antijuricidad. Una aportación al estudio del error de prohibición*, tesis doctoral inédita, Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, 1997.

FERRAJOLI, L.
— *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. española a cargo de P. Andrés Ibáñez y otros, 2.ª ed., Madrid, 1997.

FEUERBACH, J.P.A.
— *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, 2.ª ed., Giessen, 1803.
— «Betrachtungen über dolus und culpa überhaupt und den dolus indirectus insbesondere», en *Bibliothek des peinlichen Rechts der peinlichen Gesetzgebung und Gesetzkunde*, vol. II, Giessen, 1804 (reimp. Francfort d.M., 1985), p. 193 ss.
— *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, 13.ª ed. a cargo de C.J.A. Mittermaier, Giessen, 1840.
— *Tratado de Derecho penal común vigente en Alemania*, 14.ª ed. a cargo de C.J.A. Mittermaier, Giessen, 1847, trad. española a cargo de R. Zaffaroni e I. Hagemeier, 2.ª ed., Buenos Aires, 1989.

FIANDACA, G./MUSCO, E.
— *Diritto penale. Parte generale*, 3.ª ed., Bolonia, 1995.

FINCKE, M.
— «Die Gewißheit als hochgradige Wahrscheinlichkeit», *GA*, 1973, p. 266 ss.

FLETCHER, G.P.
— *Conceptos básicos de Derecho penal*, prólogo, trad. española y notas a cargo de F. Muñoz Conde, Valencia, 1997.

FLORIÁN, E.
— *De las pruebas penales*, 3.ª ed., trad. española a cargo de J. Guerrero, Santa Fe de Bogotá, 1995.

FRAMARINO DEI MALATESTA, N.
— *Lógica de las pruebas en material criminal*, 3.ª ed. italiana (Turín, 1912), trad. española a cargo de S. Carrejo y J. Guerrero, 4.ª ed, Santa Fe de Bogotá, 1995.

DE FRANCESCO, G.
— «Dolo eventuale e colpa cosciente», *RIDPP*, 1988, p. 113 ss.

FRANK, R.
— «Vorstellung und Wille in der modernen Doluslehre», *ZStW*, 10 (1890), p. 169 ss.

FREUND, G.
— Comentario a la sentencia del BGH de 20 de noviembre de 1986 (*JR*, 1988, pp. 115-116), en *JR*, 1988, p. 116 ss.
— *Normative Probleme der «Tatsachenfeststellung»*, Heidelberg, 1987.
— Comentario a la sentencia del OLG de Colonia de 14 de diciembre de 1988 (*StV*, 1989, p. 156 ss), en *StV*, 1991, p. 23 ss.
— «Richtiges Entscheiden – am Beispiel der Verhaltensbewertung aus der Perspektive des Betroffenen, insbesondere im Strafrecht», *GA*, 1991, p. 387 ss.
— «Zur Legitimationsfunktion des Zweckgedankens im gesamten Strafrechtssystem», en WOLTER/FREUND (ed.), *Straftat, Strafzumessung und Strafprozeß im gesamten Strafrechtssystem*, Heidelberg, 1996, p. 43 ss.

FRISCH, W.
— *Vorsatz und Risiko*, Colonia, Berlín, Bonn, Múnich, 1983.
— «Vorsatz und Mitbewußtsein – Strukturen des Vorsatzes», en DORNSEIFER (ed.), *Armin Kaufmann-GS*, Colonia, Berlín, Bonn, Múnich, 1989, p. 311 ss.
— «Riskanter Geschlechtsverkehr eines HIV-Infizierten als Straftat? – BHGSt 36, 1», *JuS*, 1990, p. 362 ss.
— «Gegenwartsprobleme des Vorsatzbegriffs und der Vorsatzfeststellung – am Beispiel der AIDS-Diskussion», en GEPPERT/DEHNICKE (ed.), *K. Meyer-GS*, Berlín, Nueva York, 1990, p. 533 ss.
— «Offene Fragen des dolus eventualis», *NStZ*, 1991, p. 23 ss.
— «Straftat und Straftatsystem», en WOLTER/FREUND (ed.), *Straftat, Strafzumessung und Strafprozeß im gesamten Strafrechtssystem*, Heidelberg, 1996, p. 135 ss.
— «Problemas fundamentales de la responsabilidad de los órganos de dirección de la empresa», trad. española a cargo de J.M. Paredes Castañón, en MIR PUIG/LUZÓN PEÑA (coord.), *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, Barcelona, 1996, p. 99 ss.

GALLAS, W.
— *Kriminalpolitik und Strafrechtssystematik unter besonderer Berücksichtigung des sowjetrussischen Rechts*, Berlín, Leipzig, 1931.
— *La teoría del delito en su momento actual*, trad. española a cargo de J. Córdoba Roda, Barcelona, 1959.

GARCÍA ANDRADE, J.A.
— *Psiquiatría criminal y forense*, Madrid, 1993.

GARCÍA GARCÍA-CERVIGÓN, J.
— «El dolo eventual en el Derecho español. Algunos aspectos doctrinales y jurisprudenciales», *RDPC*, 6 (1996), p. 255 ss.

GARZÓN, A.
— *Psicología y justicia*, Valencia, 1989.

GEPPERT, K.
— «Zur Abgrenzung von bedingtem Vorsatz und bewußter Fahrlässigkeit», *Jura*, 1986, p. 610 ss.

GEYER, U.
— «Zur Lehre vom dolus generalis und vom Kausalzusammenhang», *Archiv für Preußisches Strafrecht* (actual *GA*), 13 (1865), p. 239 ss.

GIMBERNAT ORDEIG, E.
— *Estudios de Derecho penal*, 3.ª ed., Madrid, 1990. Trabajos citados:
  — «¿Tiene un futuro la dogmática juridicopenal?», p. 140 ss.
  — «El sistema del Derecho penal en la actualidad», p. 162 ss.
  — «Acerca del dolo eventual», p. 240 ss.
— «Algunos aspectos de la reciente doctrina jurisprudencial sobre los delitos contra la vida (dolo eventual, relación parricidio-asesinato)», *ADPCP*, 1990, p. 421 ss.

GIMENO SENDRA, V./MORENO CATENA, V./CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.
— *Derecho procesal penal*, 2.ª ed., Madrid, 1997.

GÓMEZ BENÍTEZ, J.M.
— *Teoría jurídica del delito. Derecho penal. Parte general*, Madrid, 1984 (reimp. 1988).

GORPHE, F.
— *Apreciación judicial de las pruebas*, 1947, trad. española a cargo de J. Guerrero, Bogotá, 1985.

GÖSSEL, K.H.
— «La búsqueda de la verdad en el proceso penal. Aspectos jurídico-constitucionales y político criminales», trad. española a cargo de M. Polaino Navarrete, *CPC*, 45 (1991), p. 673 ss.

GRACIA MARTÍN, L.
— *El actuar en lugar de otro en Derecho penal*, 2 vol., Zaragoza, 1985.

— «Política criminal y dogmática jurídico-penal del proceso de reforma penal», *AP*, (1) 1994, p. 307 ss (1.ª parte), p. 345 ss (2.ª parte).
— «Consideraciones en torno a la validez de la prueba del testigo perjudicado por el delito», *RDPC* (2.ª época), 1 (1998), p. 223 ss.

GRASNICK, W.
— *Über Schuld, Strafe und Sprache*, Tübingen, 1987.
— «Wahres über die Wahrheit – auch im Strafprozeß», en WOLTER (ed.), *140 Jahre Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, Heidelberg, 1993, p. 55 ss.

GROSSMANN, H.
— *Die Grenze von Vorsatz und Fahrlässigkeit*, Hamburgo, 1924.

GSCHWIND, M.
— «Zur Kriminologie des Vorsatzes», en NOLL/STRATENWERTH (ed.), *Rechtsfindung. Beiträge zur juristischen Methodenlehre. O.A. Germann-FS*, Berna, 1969, p. 59 ss.

GUINARTE CABADA, G.
— *La tutela penal de los derechos de propiedad industrial*, Madrid, 1988.

HAFT, F.
— «Die Lehre vom bedingten Vorsatz unter besonderer Berücksichtigung des wirtschaftlichen Betrugs», *ZStW*, 88 (1976), p. 365 ss.

HAGEN, K.
— «Der Vorsatz und seine Feststellung», *ZStW*, 19 (1899), p. 159 ss.

HANACK, E.W.
— «Maßstäbe und Grenzen richterlicher Überzeugungsbildung im Strafprozeß», *JuS*, 1977, p. 727 ss.

HASSEMER, W.
— «¿Alternativas al principio de culpabilidad?», trad. española a cargo de F. Muñoz Conde, *DP*, 1982, p. 233 ss.
— *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, 2.ª ed., Múnich, 1990. Existe trad. española de la 1.ª ed. a cargo de F. Muñoz Conde y L. Arroyo Zapatero, *Fundamentos del Derecho penal*, Barcelona, 1984.
— «Los elementos característicos del dolo», trad. española a cargo de M.M. Díaz Pita, *ADPCP*, 1990, p. 909 ss.
— *Crítica al Derecho penal de hoy*, trad. española a cargo de P.S. Ziffer, Buenos Aires, 1995.

HASSEMER, W./MUÑOZ CONDE, F.
— *La responsabilidad por el producto en Derecho penal*, Valencia, 1995.

HAUSER, K.
— «Zur Lehre vom strafrechtlichen Vorsatz», *GS*, 54 (1897), p. 1 ss.

HEINE, G.
— *Tötung aus «niedrigen Beweggründen»*, Berlín, 1988.

HEMMEN, H.
— *Über den Begriff, die Arten und den Beweis des Dolus*, Breslau, 1909.

HENKEL, H.
— «Die "praesumtio doli" im Strafrecht», en BOCKELMANN/GALLAS (ed.), *E. Schmidt-FS*, Göttingen, 1961, p. 578 ss.

HERZBERG, R.D.
— «Die Abgrenzung von Vorsatz und bewußter Fahrlässigkeit – ein Problem des objektiven Tatbestandes», *JuS*, 1986, p. 249 ss.
— «Die Strafdrohung als Waffe im Kampf gegen Aids?», *NJW*, 1987, p. 1461 ss.
— «Zur Strafbarkeit des Aids-Infizierten bei unabgeschirmtem Geschlechtsverkehr», *NJW*, 1987, p. 2283 ss.
— «Bedingter Vorsatz und objektive Zurechnung beim Geschlechtsverkehr des Aids-Infizierten», *JuS*, 1987, p. 777 ss.
— «Das Wollen beim Vorsatzdelikt und dessen Unterscheidung vom bewußt fahrlässigen Verhalten», *JZ*, 1988, p. 573 ss (1.ª parte), p. 635 ss (2.ª parte).
— «Aids: Herausforderung und Prüfstein des Strafrechts», *JZ*, 1989, p. 470 ss. Existe una versión reducida de este trabajo en lengua española: «SIDA: desafío y piedra de toque del Derecho penal», trad. a cargo de M.T. Castiñeira Palou, en MIR PUIG (ed.), *Problemas jurídico penales del SIDA*, Barcelona, 1993, p. 121 ss.

HERZOG, F./NESTLER-TREMEL, C.
— «Aids und Strafrecht – Schreckensverbreitung oder Normstabilisierung?», *StV*, 1987, p. 360 ss.

HETZER, W.
— *Wahrheitsfindung im Strafprozeß unter Mitwirkung psychiatrisch/psychologischer Sachverständiger*, Berlín, 1982.

HILLENKAMP, T.
— «Beweisnot und materielles Recht», en BRODA y otros (ed.), *R. Wassermann-FS*, Neuwied, 1985, p. 861 ss.
— «Dolus eventualis und Vermeidewille», en DORNSEIFER y otros (ed.), *Armin Kaufmann-GS*, Colonia, Berlín, Bonn, Múnich, 1989, p. 351 ss.

VON HIPPEL, R.
— *Die Grenze von Vorsatz und Fahrlässigkeit*, Leipzig, 1903.
— «Vorsatz, Fahrlässigkeit, Irrtum», *Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländisches Strafrechts*, vol. III, 1908, p. 373 ss.

HIRSCHBERG, M.
— *La sentencia errónea en el proceso penal*, Stuttgart, 1960, trad. española a cargo de T.A. Banzhaf, Buenos Aires, 1969.

HOYER, A.
— «Der Konflikt zwischen richterlicher Beweiswürdigungsfreiheit und dem Prinzip "in dubio pro reo"», *ZStW*, 105 (1993), p. 523 ss.

HRUSCHKA, J.
— «Conscientia erronea und ignorantia bei Thomas von Aquin», en STRATENWERTH y otros (ed.), *H. Welzel-FS*, Berlín, Nueva York, 1974, p. 115 ss.
— *Strukturen der Zurechnung*, Berlín, Nueva York, 1976.
— «Über Schwierigkeiten mit dem Beweis des Vorsatzes», en GÖSSEL y otros (ed.), *Strafverfahren im Rechtsstaat. T. Kleinknecht-FS*, Múnich, 1985, p. 191 ss.

IGARTUA SALAVERRIA, A.
— *Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal*, Valencia, 1995.

ÍÑIGO CORROZA, M.E.
— «El caso del "producto protector de la madera" (Holzschutzmittel). Síntesis y breve comentario de la sentencia del Tribunal Supremo alemán», *AP*, 20 (1997), p. 439 ss.

JAÉN VALLEJO, M.
— «El criterio racional en la apreciación de la prueba penal», *RDP*, 1989, p. 69 ss.

JÄGER, H.
— «Subjektive Verbrechensmerkmale als Gegenstand psychologischer Wahrheitsfindung», *MschrKrim*, 61 (1978), p. 297 ss.
— «Strafrecht und psychoanalytische Theorie», en JÄGER (ed.), *Kriminologie im Strafprozeß*, Baden-Baden, 1980, p. 47 ss.

JAKOBS, G.
— «Sobre la función de la parte subjetiva del delito en Derecho penal», trad. española a cargo de J. Cuello Contreras, *ADPCP*, 1989, p. 632 ss.
— *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2.ª ed., Berlín, Nueva York, 1993. Versión española: *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, trad. a cargo de J. Cuello Contreras y J.L. Serrano González de Murillo, Madrid, 1995.
— *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, trad. española a cargo de M. Cancio Meliá y B. Feijóo Sánchez, Madrid, 1996.

— *La imputación objetiva en Derecho penal*, trad. española a cargo de M. Cancio Meliá, Madrid, 1996.
— *Estudios de Derecho penal*, trad. de diversos trabajos a cargo de M. Cancio Meliá, E. Peñaranda Ramos y C.J. Suárez González, Madrid, 1997. Trabajos citados:
  — «El concepto jurídico-penal de acción», trad. M. Cancio Meliá, p. 101 ss.
  — «Sobre el tratamiento de los defectos volitivos y de los defectos cognitivos», trad. C.J. Suárez González, p. 127 ss.
  — «El delito imprudente», trad. M. Cancio Meliá, p. 167 ss.
  — «El lado subjetivo de los delitos de resultado en casos de habituación al riesgo», trad. C.J. Suárez González, p. 197 ss.
  — «El principio de culpabilidad», trad. M. Cancio Meliá, p. 365 ss.
— «Objektive Zurechnung bei mittelbarer Täterschaft durch ein vorsatzloses Werkzeug», *GA*, 1997, p. 553 ss.
— «Sobre la teoría de la pena», trad. española a cargo de M. Cancio Meliá, *PJ*, 47 (1997), p. 145 ss.
— «Conocimiento y desconocimiento de la norma», trad. española a cargo de M.A. Sancinetti, en JAKOBS/STRUENSEE, *Problemas capitales del derecho penal moderno*, Buenos Aires, 1998, p. 57 ss.

JANZARIK, W.
— «Vorrechtliche Aspekte des Vorsatzes», *ZStW*, 104 (1992), p. 65 ss.

JELLINEK, G.
— *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, Tübingen, 1905, 2.ª reimp., Darmstadt, 1963.

JESCHECK, H.H.
— «Aufbau und Stellung des bedingten Vorsatzes im Verbrechensbegriff», en WÜRTENBERGER y otros (ed.), *Existenz und Ordnung, E. Wolf-FS*, Francfort d.M., 1962, p. 473 ss.
— *Tratado de Derecho penal. Parte general*, 3.ª ed., trad. española y adiciones a cargo de S. Mir Puig y F. Muñoz Conde, Barcelona, 1981.

JESCHECK, H.H./WEIGEND, T.
— *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5.ª ed., Berlín, 1996.

JIMÉNEZ BURILLO, F./CLEMENTE, M. (comp.)
— *Psicología social y sistema penal*, Madrid, 1986.

JIMÉNEZ DE ASÚA, L.
— *Tratado de Derecho penal*, 4.ª ed., Buenos Aires, 1992.

JOSHI JUBERT, U.
— «Algunas consecuencias que la inimputabilidad puede tener para la antijuricidad», *ADPCP*, 1989, p. 125 ss.

KAISER, G.
— «Strafrecht und Psychologie», en GRIMM (ed.), *Rechtswissenschaft und Nachbarnwissenschaften*, vol. 1, 2.ª ed., Múnich, 1976, p. 195 ss.

KARGL, W.
— *Handlung und Ordnung im Strafrecht*, Berlín, 1991.
— *Der strafrechtliche Vorsatz auf der Basis der kognitiven Handlungstheorie*, Francfort d.M., Berlín, Berna, Nueva York, París, Viena, 1993.

Karlsruher Kommentar zur Strafprozeßordnung, 2.ª ed., Múnich, 1987.

KASIELKE, E./LANDER, H.J./SCHMIDT, H.D./STRAUß, E.
— «Psychologische Aspekte zum Problem der Fahrlässigkeit und des Vorsatzes», *Staat und Recht*, 1964, p. 668 ss.

KÄßER, W.
— *Wahrheitserforschung im Strafprozeß*, Berlín, 1974.

KAUFMANN, Arm.
— «Der dolus eventualis im Deliktsaufbau», en EL MISMO, *Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert*, Colonia, Berlín, Bonn, Múnich, 1982, p. 59 ss. Trabajo publicado por vez primera en *ZStW*, 70 (1958), p. 64 ss, del que existe trad. española a cargo de R.F. Suárez Montes, «El dolo eventual en la estructura del delito», *ADPCP*, 1960, p. 185 ss.

KELSEN, H.
— *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, Tübingen, 1911.

KINDHÄUSER, U.
— «Der Vorsatz als Zurechnungskriterium», *ZStW*, 96 (1984), p. 1 ss.
— «Das Beweismaß des Strafverfahrens», *Jura*, 1988, p. 290 ss.

KLEB-BRAUN, C.
— «Codekartenmißbrauch und Sparbuchfälle aus "volljuristischer" Sicht», *JA*, 1986, p. 249 ss y p. 310 ss.

KLEE, K.
— *Der dolus indirectus als Grundform der vorsätzlichen Schuld*, Berlín, 1906.
— «Vorsatz und Triebhaftigkeit der Handlung», *ZStW*, 48 (1928), p. 1 ss.

KLEINKNECHT, T./MEYER-GOßNER, L.
— *Strafprozeßordnung*, 43.ª ed., Múnich, 1997.

KÖBERER, W.
— «Strafbedürfnis, Generalprävention und subjektive Verbrechensmerkmale», *KrimJ*, 1983, p. 184 ss.

KÖHLER, M.
— Comentario a la sentencia del BGH de 17 de junio de 1980, en *JZ*, 1981, p. 35 ss.
— *Die bewußte Fahrlässigkeit*, Heidelberg, 1982.
— *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Berlín, Heidelberg, Nueva York, 1997.

Kommentar zum Strafgesetzbuch (Reihe Alternativkommentare), Neuwied, 1990.

Kommentar zur Strafprozeßordnung (Reihe Alternativkommentare), Neuwied, 1993.

KRAUß, D.
— «Das Prinzip der materiellen Wahrheit im Strafprozeß», en GRÜNWALD y otros (ed.), *F. Schaffstein-FS*, Göttingen, 1975.
— «Kriminologie und Strafrecht», en GRIMM (ed.), *Rechtswissenschaft und Nachbarnwissenschaften*, vol. 1, 2.ª ed., Múnich, 1976, p. 233 ss.
— «Der psychologische Gehalt subjektiver Elemente im Strafrecht», en FRISCH/SCHMID (ed.), *H.J. Bruns-FS*, Colonia, Berlín, Bonn, Múnich, 1978.

KÜHN, W.
— «Dolus eventualis bei Verkehrsunfällen?», *NJW*, 1967, p. 24.

KÜPER, W.
— «Vorsatz und Risiko. Zur Monographie von Wolfgang Frisch», *GA*, 1987, p. 479 ss.

KUSCH, K.G.
— *Der Indizienbeweis des Vorsatzes im gemein deutschen Strafverfahrensrecht*, Hamburgo, 1963.

LABRADOR, F.J. (dir.)
— *Aportaciones de la Psicología al ámbito jurídico*, Cuadernos de Derecho judicial, CGPJ, Madrid, 1994.

LACKNER, K.
— *Strafgesetzbuch*, 22.ª ed. a cargo de K. Lackner y K. Kühl, Múnich, 1997.

LACMANN, W.
— «Wille und Wollen in ihrer Bedeutung für das Vorsatzproblem», *ZStW*, 30 (1910), p. 767 ss.
— «Über die Abgrenzung des Vorsatzbegriffes», *GA*, 1911, p. 109 ss.
— «Die Abgrenzung der Schuldformen in der Rechtslehre und im Vorentwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch», *ZStW*, 31 (1911), p. 142 ss.

LANDECHO VELASCO, C.M./MOLINA BLÁZQUEZ, C.
— *Derecho penal español. Parte general*, 5.ª ed., Madrid, 1996.

LANDER, H.J.
— «Zur Psychologie der vorsätzlichen Handlung», en SCHMIDT/KASIELKE (ed.), *Psychlogie und Rechtspraxis*, Berlín, 1966, p. 124 ss.

LARENZ, K.
— *Metodología de la Ciencia del Derecho*, 4.ª ed., trad. española a cargo de M. Rodríguez, Barcelona, 1994.

Leipziger Kommentar. StGB Großkommentar, 8.ª ed. a cargo de Jagusch, Mezger, Schaefer, Werner, 1957/58 y 11.ª ed. a cargo de Jähnke, Laufhütte, Odersky, 1994.

LEMPP, R.
— *Jugendliche Mörder. Eine Darstellung an 80 vollendeten und versuchten Tötungsdelikten von Jugendlichen und Heranwachsenden*, Berna, Stuttgart, Viena, 1977.

LEONE, G.
— *Tratado de Derecho procesal penal*, Nápoles, 1961, 3 vol., trad. española a cargo de S. Sentís Melendo, Buenos Aires, 1989.

LESCH, H.H.
— «Intervención delictiva e imputación objetiva», trad. española a cargo de J. Sánchez-Vera y Gómez-Trelles, *ADPCP*, 1995, p. 911 ss.
— «Dolus directus, indirectus und eventualis», *JA*, 1997, p. 802 ss.

LICCI, G.
— «Dolo eventuale», *RIDPP*, 1990, p. 1498 ss.

LIEPMANN, M.
— *Die Reform des deutschen Strafrechts. Kritische Bemerkungen zu dem «Strafgesetzentwurf»*, Hamburgo, 1921.

VON LISZT, F.
— *Tratado de Derecho penal*, 20.ª ed., trad. española a cargo de L. Jiménez de Asúa y adiciones de Q. Saldaña, 3.ª ed., Madrid, s/f.
— «Die Behandlung des dolus eventualis im Strafrecht und Strafprozess», en EL MISMO, *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, vol. II, Berlín 1905 (reimp. 1970), p. 251 ss.

LÖFFLER, A.
— *Die Schuldformen des Strafrechts*, vol. I, «Die Entwicklung des geltenden Rechts», Leipzig, 1895.
— «Die Abgrenzung von Vorsatz und Fahrlässigkeit», *ÖZSt*, 1911, p. 131 ss.

LOOS, F.
— «Grenzen der Umsetzung der Strafrechtsdogmatik in der Praxis», en IMMENGA (ed.), *Rechtswissenschaft und Rechtsentwicklung*, Göttingen, 1980, p. 261 ss.
— Comentario a la sentencia del BGH de 16 de julio de 1993 (*JR*, 1994, p. 510 ss), en *JR*, 1994, p. 511 ss.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.
— «La motivación de las sentencias», en *La sentencia penal*, Cuadernos de Derecho judicial, CGPJ, Madrid, 1992, p. 95 ss.

LÖWE, E./ROSENBERG, W.
— *Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz mit Nebengesetzen, Großkomentar*, 24.ª ed., Berlín, 1987.

DE LUCA, G.
— «Il sistema delle prove penali e il principio del libero convincimento nel nuovo rito», *RIDPP*, 1992, p. 1255 ss.

LUCAS, H.
— *Die subjektive Verschuldung im heutigen deutschen Strafrechte*, Berlín, 1883.

LÜDERSSEN, K.
— «Die strafrechtsgestaltende Kraft des Beweisrechts», *ZStW*, 85 (1973), p. 288 ss.

LUZÓN CUESTA, J.M.
— *El recurso de casación penal*, Madrid, 1993.

LUZÓN PEÑA, D.M.
— «Problemas de la transmisión y prevención del SIDA en el Derecho penal español», *PJ*, 23 (1991), p. 87 ss.
— *Curso de Derecho penal. Parte general I*, Madrid, 1996.

MAIER, J.B.J.
— «Política criminal, Derecho penal y Derecho procesal penal», *DP*, 1978, p. 301 ss.

MAIWALD, M.
— «Prova e giudizio: la normativa in materia del Codice Tipo per l'America Latina. Una prospettiva tedesca», en MASSA/SCHIPANI (ed.), *Un «Codice Tipo» di Procedura Penale per l'America Latina*, Padua, 1994, p. 91 ss.

MAPELLI CAFFARENA, B.
— «Entre el homicidio y las lesiones», en DÍEZ RIPOLLÉS (dir.), *Delitos contra la vida e integridad física*, Cuadernos de Derecho judicial, CGPJ, Madrid, 1995, p. 41 ss.

MAQUEDA ABREU, M.L.
— «La doctrina jurisprudencial sobre la imputación subjetiva en los delitos cualificados por el resultado», en JIMÉNEZ VILLAREJO (dir.), *Elementos subjetivos de los tipos penales*, Cuadernos de Derecho judicial, CGPJ, Madrid, 1994, p. 181 ss.
— «La relación "dolo de peligro" – "dolo (eventual) de lesión". A propósito de la STS de 23 de abril de 1990 "sobre el aceite de colza"», *ADPCP*, 1995, p. 419 ss.

MANTOVANI, F.
— *Diritto penale. Parte generale*, 3.ª ed., Padua, 1992.

MÄRKER, K.
— *Vorsatz und Fahrlässigkeit bei jugendlichen Straftätern*, Francfort d.M., Berlín, Berna, 1995.

MARTÍN GARCÍA, P.
— «Problemas procesales del dolo: su prueba», en JIMÉNEZ VILLAREJO (dir.), *Elementos subjetivos de los tipos penales*. Cuadernos de Derecho judicial, CGPJ, Madrid, 1995, p. 200 ss.

MARTÍNEZ ARRIETA, A.
— «La prueba indiciaria», en *La prueba en el proceso penal*, CEJ, Madrid, 1993, p. 53 ss.
— «Algunos aspectos del recurso de casación: la doble instancia y el control casacional», en DEL MORAL GARCÍA (dir.), *Recursos en el orden jurisdiccional penal*, Cuadernos de Derecho judicial, CGPJ, Madrid, 1995, p. 25 ss.

MAURACH, R./ZIPF, H.
— *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Teilband 1. Grundlehren des Strafrechts und Aufbau der Straftat*, 8.ª ed., Heidelberg, 1992. Existe traducción española de la 7.ª ed. (1987) a cargo de J. Bofill Genzsch y E. Aimone Gibson: *Derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, 1994.

MAYER, H.
— *Strafrecht. Allgemeiner Teil (Studienbuch)*, Stuttgart, Berlín, Colonia, Mainz, 1967.

MEYER-GOßNER, L.
— «Typische materiell-rechtliche Fehler in Strafurteilen aus revisionsrechtlicher Sicht», *NStZ*, 1986, p. 49 ss (1.ª parte), p. 103 ss (2.ª parte).

MEZGER, E.
— «Rechtsirrtum und Rechtsblindheit», en *Probleme der Strafrechtserneuerung. E. Kohrausch-FS*, Berlín, 1944, p. 180 ss.
— *Tratado de Derecho penal*, 2.ª ed. alemana (1933), trad. española y notas a cargo de J.A. Rodríguez Muñoz, Madrid, 1946 (tomo I), 1949 (tomo II).

MIR PUIG, S.
— «Por una dogmática penal creadora», en *La sentencia penal*, Cuadernos de Derecho judicial, CGPJ, Madrid, 1992, p. 9 ss.
— *El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho*, Barcelona, 1994.
— «Conocimiento y voluntad en el dolo», en JIMÉNEZ VILLAREJO (dir.), *Elementos subjetivos de los tipos penales*, Cuadernos de Derecho judicial, CGPJ, Madrid, 1995, p. 11 ss.

— *Derecho penal. Parte general*, 4.ª ed., Barcelona, 1996.

MIR PUIG, S. (ed.)
— *Problemas jurídico penales del SIDA*, Barcelona, 1993.

MIR PUIG, S./SILVA SÁNCHEZ, J.M./CASTIÑEIRA PALOU, M.T./FARRÉ TREPAT, E./CORCOY BIDASOLO, M./JOSHI JUBERT, U./BALDÓ LAVILLA, F.
— *Comentarios a la jurisprudencia penal del Tribunal Supremo*, Barcelona, 1992.

MIRANDA ESTRAMPES, M.
— *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*, Barcelona, 1997.

MITTERMAIER, C.J.A.
— *Tratado de la prueba en material criminal*, 10.ª ed. adicionada y puesta al día por P. Aragoneses Alonso, Madrid, 1979.

MONER MUÑOZ, E.
— «El dolo y su control en el recurso de casación», en JIMÉNEZ VILLAREJO (dir.), *Elementos subjetivos de los tipos penales*. Cuadernos de Derecho judicial, CGPJ, Madrid, 1995, p. 139 ss.

MORENO G., L.R.
— «Técnicas modernas en la investigación de los delitos (visión panorámica)», en *La ciencia penal y la política criminal en el umbral del siglo XXI (coloquio internacional)*, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 1998, p. 349 ss.

MORKEL, D.W.
— «Abgrenzung zwischen vorsätzlicher und fahrlässiger Straftat», *NStZ*, 1981, p. 176 ss.

MORSELLI, E.
— «El elemento subjetivo del delito en la perspectiva criminológica», *ADPCP*, 1991, p. 883 ss.

MÜLLER-DIETZ, H.
— «Der Wahrheitsbegriff im Strafverfahren», *Zeitschrift für evangelische Ethik*, 15 (1971), p. 257 ss.

MÜLLER-LUCKMANN, E.
— «Psychologie und Strafrecht», en GRIMM (ed.), *Rechtswissenschaft und Nachbarnwissenschaften*, vol. 1, 2.ª ed., Múnich, 1976, p. 215 ss.

MUMMENHOFF, W.
— *Erfahrungssätze im Beweis der Kausalität*, Colonia, Berlín, Bonn, Múnich, 1997.

MUÑOZ CONDE, F.
— Cfr. HASSEMER.

MUÑOZ CONDE F./GARCÍA ARÁN, M.
— *Derecho penal. Parte general*, 2.ª ed., Valencia, 1996.

MUÑOZ SABATÉ, L.
— *Técnica probatoria. Estudios sobre las dificultades de la prueba en el proceso*, 4.ª ed., Barcelona, 1993.

MYLONOPOULOS, C.
— «Das Verhältnis von Vorsatz und Fahrlässigkeit und der Grundsatz in dubio pro reo», *ZStW*, 99 (1987), p. 685 ss.

NAUCKE, W.
— «Über das Verhältnis von Strafrechtswissenschaft und Strafrechtspraxis», *ZStW*, 85 (1973), p. 399 ss.

NELL, E.L.
— *Wahrscheinlichkeitsurteile in juristischen Entscheidungen*, Berlín, 1983.

NETTELBLADT/GLÄNTZER
— *De homicidio ex intentione indirecta comisso*, 1756.

NEUMANN, U.
— «Funktionale Wahrheit im Strafverfahren», en SCHOLLER/PHILIPPS (ed.), *Jenseits des Funktionalismus. Arthur Kaufmann zum 65. Geburstag*, Heidelberg, 1989, p. 73 ss.

Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission, Bonn, 1959.

Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch, 1.ª ed. a cargo de U. Neumann y W. Schild, Baden-Baden, 1995.

OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E./HUERTA TOCILDO, S.
— *Derecho penal. Parte general. Teoría jurídica del delito*, 2.ª ed., Madrid, 1986.

OEHLER, D.
— «Neue strafrechtliche Probleme des Absichtsbegriffes», *NJW*, 1966, p. 1633 ss.

DE LA OLIVA SANTOS, A./ARAGONESES MARTÍNEZ, S./HINOJOSA SEGOVIA, R./MUERZA ESPARZA, J./TOMÉ GARCÍA, J.A.
— *Derecho procesal penal*, 2.ª ed., Madrid, 1995.

OPP, K.D.
— «Zur Anwendbarkeit der Soziologie im Strafprozeß», en JÄGER (ed.), *Kriminologie im Strafprozeß*, Baden-Baden, 1980, p. 21 ss.

OTTO, H.
— «Der Vorsatz», *Jura*, 1996, p. 468 ss.
— *Grundkurs Strafrecht. Allgemeine Strafrechtslehre*, 5.ª ed., Berlín, Nueva York, 1996.

PAGLIARO, A.
— «Discrasie tra dottrina e giurisprudenza? (in tema di dolo eventuale, *dolus in re ipsa* ed errore su legge extrapenale)», en STILE (ed.), *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza in Diritto penale*, Nápoles, 1991.
— *Principi di Diritto penale. Parte generale*, 4.ª ed., Milán, 1993.

PAREDES CASTAÑÓN, J.M./RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T.
— *El caso de la colza: responsabilidad penal por productos adulterados o defectuosos*, Valencia, 1995.

PÉREZ BARBERÁ, G.E.
— «La prueba por indicios según los distintos sistemas de enjuiciamiento penal. Su repercusión en la casación por agravio formal», *CDJP*, 4-5 (1997), p. 393 ss.

PÉREZ DEL VALLE, C.
— «La prueba del error en el proceso penal», *RDP*, 1994, p. 413 ss.

PÉREZ MANZANO, M.
— «El tipo subjetivo en los delitos de receptación y blanqueo de dinero», en MARTÍNEZ ARRIETA (dir.), *El encubrimiento, la receptación y el blanqueo de dinero. Normativa comunitaria*, Cuadernos de Derecho judicial, CGPJ, Madrid, 1994, p. 221 ss.

PERIS RIERA, J.M.
— *La preterintencionalidad. Planteamiento, desarrollo y estado actual*, Valencia, 1994.

PERRON, W.
— «Vorüberlegungen zu einer rechtsvergleichenden Untersuchung der Abgrenzung von Vorsatz und Fahrlässigkeit», en ESER (ed.), *H. Nishihara-FS*, Baden-Baden, 1998, p. 145 ss.

PETERS, K.
— «Gespräch und Briefwechsel. Zur Methode der Tatsachenerkenntnis in der Strafprozeßlehre», en KOHLMAN y otros (ed.), *U. Klug-FS*, Colonia, 1983, vol. II, p. 539 ss.
— *Strafrechtspflege und Menschlichkeit. Ausgewählte Schriften*, ed. a cargo de W. Küper y K. Wasserburg, Heidelberg, 1988. Trabajos citados:
  — «Strafprozeßlehre im System des Strafprozeßrechts», p. 102 ss.
  — «Die prozeßrechtliche Stellung des psychologischen Sachverständigen», p. 279 ss.
  — «"Übergänge" im Strafprozeß – dargestellt am Grundsatz der freien Beweiswürdigung», p. 377 ss.

PHILIPPS, L.
— «Dolus eventualis als Problem der Entscheidung unter Risiko», *ZStW*, 85 (1973), p. 27 ss.

PLATZGUMMER, W.
— *Die Bewußtseinsform des Vorsatzes*, Viena, 1964.

PORTELLANO DÍEZ, P.
— «Los nuevos delitos contra la propiedad industrial. Reflexiones de un mercantilista», *CPC*, 60 (1996), p. 633 ss.

PRITTWITZ, C.
— «Die Ansteckungsgefahr bei AIDS» (2.ª parte), *JA*, 1988, p. 486 ss.
— «Das "AIDS-Urteil" des Bundesgerichtshofs», *StV*, 1989, p. 123 ss.
— *Strafrecht und Risiko*, Francfort d.M., 1993.
— «Dolus eventualis und Affekt. Ein Beitrag zur Kriminologie des Allgemeinen Teils des StGB», *GA*, 1994, p. 454 ss.

PUIG PEÑA, F.
— *Derecho penal. Parte general*, tomo I, 7.ª ed., Madrid, 1988.

PUPPE, I.
— «Der Vorstellungsinhalt des dolus eventualis», *ZStW*, 103 (1991), p. 1 ss.
— *Vorsatz und Zurechnung*, Heidelberg, 1992.
— «Die Logik der Hemmschwellentheorie des BGH», *NStZ*, 1992, p. 576 ss.

QUERALT JIMÉNEZ, J.J.
— «El dolo y el conocimiento de la antijuricidad», en JIMÉNEZ VILLAREJO (ed.), *Elementos subjetivos de los tipos penales*, Cuadernos de Derecho judicial, CGPJ, Madrid, 1994.

QUINTANO RIPOLLÉS, A.
— *Tratado de la Parte especial del Derecho penal*, 2.ª ed. puesta al día por C. García Valdés, Madrid, 1978.

QUINTERO OLIVARES, G./MORALES PRATS, F./PRATS CANUT, M.
— *Curso de Derecho penal. Parte general*, Barcelona, 1996.

RAMOS MÉNDEZ, F.
— *El proceso penal. Lectura constitucional*, 3.ª ed., Barcelona, 1993.

RASCH, W.
— *Tötung des Intimpartners*, Stuttgart, 1964.
— «Der Stellenwert des Tatverhaltens bei der psychologisch-psychiatrischen Begutachtung», en GERCHOW (ed.), *Zur Handlunganalyse einer Tat*, Berlín, Heidelberg, Nueva York, Tokio, 1983, p. 46 ss.

REYES ALVARADO, Y.
— *La prueba indiciaria*, 2.ª ed., Bogotá, 1989.
— «Fundamentos teóricos de la imputación objetiva», *ADPCP*, 1994, p. 933 ss.

RIVES SEVA, A.P.
— «La estafa de polizonaje. Estudio de la doctrina, legislación y jurisprudencia», *AP*, (1) 1994, p. 265 ss.

RODRÍGUEZ DEVESA, J.M./SERRANO GÓMEZ, A.
— *Derecho penal español. Parte general*, 16.ª ed., Madrid, 1993.
— *Derecho penal español. Parte especial*, 17.ª ed., Madrid, 1994.

RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T.
— *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, Madrid, 1994.
— Cfr. PAREDES CASTAÑÓN.
— «Problemas de responsabilidad penal por comercialización de productos adulterados: algunas observaciones acerca del "caso de la colza"», en MIR PUIG/LUZÓN PEÑA (coord.), *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, Barcelona, 1996, p. 263 ss.

ROMANO, M.
— *Comentario sistematico del Codice Penale*, Milán, 1987.

ROMEO CASABONA, C.M.
— «SIDA y Derecho penal», en *Problemas del tratamiento jurídico del SIDA*, Cuadernos de Derecho judicial, Madrid, 1995, p. 67 ss.

ROSS, A.
— *Über den Vorsatz*, Baden-Baden, 1979.

ROXIN, C.
— «Zur Abgrenzung von bedingtem Vorsatz und bewußter Fahrlässigkeit», *JuS*, 1964, p. 53 ss.
— *Política criminal y sistema del Derecho penal*, trad. española a cargo de F. Muñoz Conde, Barcelona, 1972.
— *Strafverfahrensrecht*, 24.ª ed., Múnich, 1995.
— *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, vol. I, 3.ª ed., Múnich, 1997. Versión española de la 2.ª ed.: *Derecho penal. Parte general*, trad. y notas a cargo de D.M. Luzón Peña, M. Díaz y García Conlledo, J. de Vicente Remensal.

ROXIN, C./STREE, W./ZIPF, H./JUNG, H.
— *Einführung in das neue Strafrecht*, Múnich, 1974.

RUDOLPHI, H.J./HORN, E./SAMSON, E./GÜNTHER, H.L.
— *Systematischer Kommentar zur Strafgesetzbuch*, 6.ª ed., Neuwied, Kriftel, Berlín. Parágrafos citados: § 15 (1995), apéndice § 16 (1989).

RUIZ VADILLO, E.
— *Estudios de Derecho procesal penal*, Granada, 1995.

SÁINZ CANTERO, J.A.
— *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, 3.ª ed., Barcelona, 1990.

SAMSON, E.
— «Absicht und direkter Vorsatz im Strafrecht», *JA*, 1989, p. 449 ss.

SANCINETTI, M.A.
— *Teoría del delito y disvalor de la acción*, Buenos Aires, 1991.

SAUER, W.
— *Grundlagen des Strafrechts*, Berlín, Leipzig, 1921.
— *Derecho penal (Parte general)*, 3.ª ed., 1955, trad. española a cargo de J. del Rosal y J. Cerezo, Barcelona, 1956.

SCHAFFSTEIN, F.
— *Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen in ihrer Entwicklung durch die Wissenschaft des gemeinen Strafrechts. Beiträge zur Strafrechtsentwicklung von der Carolina bis Carpzov*, Berlín, 1930-32 (reimp. 1986).
— *La ciencia europea del Derecho penal en la época del humanismo*, trad. española a cargo de J.M. Rodríguez Devesa, Madrid, 1957.

SCHEFFLER, U.
— «J.F.S. von Böhmer (1704-1772) und der dolus eventualis – Kann der große Professor der alten Viadrina dem heutigen Strafrecht noch etwas geben?», *Jura*, 1995, p. 349 ss.

SCHEWE, G.
— *Bewußtsein und Vorsatz*, Neuwied, Berlín, 1967.
— *Reflexbewegung, Handlung, Vorsatz*, Lübeck, 1972.
— «"Subjektiver Tatbestand" und Beurteilung der Zurechnungsfähigkeit», en WARDA y otros (ed.), *R. Lange-FS*, Berlín, Nueva York, 1976, p. 687 ss.
— «Wille und Freiheit – juristische und medizinisch-psychologische Aspekte», en GERCHOW (ed.), *Zur Handlungsanalyse einer Tat*, Berlín, Heidelberg, Nueva York, Tokio, 1983, p. 1 ss.

SCHILD, W.
— «Strafrechtsdogmatische Probleme der Tötung des Intimpartners», *JA*, 1991, p. 48 ss.
— «Vorsatz als "sachgedankliches Mitbewußtsein"», en KÜPER/WELP (ed.), *Beiträge zur Rechtswissenschaft. W. Stree/J. Wessels-FS*, Heidelberg, 1993, p. 241 ss.
— «Der strafrechtliche Vorsatz zwischen psychischem Sachverhalt und normativem Konstrukt», en JAKOB/USTERI/WEIMAR (ed.), *Psyche-Recht-Gesellschaft. Widmungsschrift für Manfred Rehbinder*, Berna, 1995, p. 119 ss.

SCHLEHOFER, H.
— «Risikovorsatz und zeitliche Reichweite der Zurechnung beim ungeschützten Geschlechtsverkehr des HIV-Infizierten», *NJW*, 1989, p. 2017 ss.

SCHMIDHÄUSER, E.
— «Zum Begriff der bewußten Fahrlässigkeit», *GA*, 1957, p. 305 ss.
— «Der Begriff des bedingten Vorsatzes in der neuesten Rechtsprechung des BGH und in § 16 Komm. Entw. StGB Allg. Teil 1958», *GA*, 1958, p. 161 ss.

— «Über Aktualität und Potentialität des Unrechtsbewußtseins», en GEERDS y otros (ed.), *Beiträge zur gesamten Strafrechtswissenschaft. H. Mayer-FS*, Berlín, 1966, p. 317 ss.
— *Vorsatzbegriff und Begriffsjurisprudenz im Strafrecht*, Tübingen, 1968.
— «Die Grenze zwischen vorsätzlicher und fahrlässiger Straftat ("dolus eventualis" und bewußte Fahrlässigkeit)», *JuS*, 1980, p. 241 ss.
— *Strafrecht. Allgemeiner Teil (Studienbuch)*, 2.ª ed., Tübingen, 1984.
— «Strafrechtlicher Vorsatzbegriff und Alltagssprachgebrauch», en HERZBERG y otros (ed.), *D. Oehler-FS*, Colonia, 1985, p. 136 ss.

SCHMIDT, A.
— *Grundsätze der freien richterlichen Beweiswürdigung im Strafprozeßrecht*, Francfort d.M., 1994.

SCHMOLLER, K.
— «Das voluntative Vorsatzelement», *ÖJZ*, 37 (1982), p. 259 ss y p. 281 ss.

SCHÖNKE, A./SCHRÖDER, H.
— *Strafgesetzbuch Kommentar*, 25.ª ed. a cargo de T. Lenckner, A. Eser, P. Cramer y W. Stree, Múnich, 1997.

SCHRÖDER, H.
— «Aufbau und Grenzen des Vorsatzbegriffs», *W. Sauer-FS*, Berlín, 1949, p. 207 ss.

SCHROTH, U.
— «Die Rechtsprechung des BGH zum Tötungsvorsatz in der Form des "dolus eventualis"», *NStZ*, 1990, p. 324 ss.
— «Die Differenz von dolus eventualis und bewußter Fahrlässigkeit», *JuS*, 1992, p. 1 ss.
— *Vorsatz als Aneignung der unrechtskonstituierenden Merkmale*, Francfort d.M., 1994.

SCHÜLER-SPRINGORUM, H.
— «Der "natürliche" Vorsatz. Zu seiner Beurteilung durch Richter und Sachverständigen», *MschrKrim*, 56 (1973), p. 363 ss.

SCHULTZ, H.
— «Eventualvorsatz, bedingter Vorsatz und bedingter Handlungswille», en SEEBODE (ed.), *G. Spendel-FS*, Berlín, Nueva York, 1992, p. 303 ss.

SCHUMACHER, W.
— «Die Tathandlung und ihre Bewertung in psychoanalytischer Sicht», en GERCHOW (ed.), *Zur Handlungsanalyse einer Tat*, Berlín, Heidelberg, Nueva York, Tokio, 1983, p. 61 ss.

SCHUMANN, H.
— «Zur Wiederbelebung des "voluntativen" Vorsatzelements durch den BGH», *JZ*, 1989, p. 427 ss.

SCHÜNEMANN, B.
— «Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger Kommentars und des Wiener Kommentars» (1.ª parte), *GA*, 1985, p. 341 ss.
— «Introducción al razonamiento sistemático en Derecho penal», en SCHÜNEMANN (comp.), *El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales*, introducción, trad. española y notas a cargo de J.M. Silva Sánchez, Madrid, 1991, p. 31 ss.
— «Die Objektivierung von Vorsatz und Schuld im Strafrecht», *Chengchi Law Review*, 50 (1994), p. 259 ss.

SEGURA GARCÍA, M.J.
— *Derecho penal y propiedad industrial*, Madrid, 1995.

SERRA DOMÍNGUEZ, M.
— *Estudios de Derecho procesal*, Esplugues de Llobregat, 1969.

SESSAR, K.
— *Rechtliche und soziale Prozesse einer Definition der Tötungskriminalität*, Friburgo d.B., 1981.
— Comentario a la sentencia del BGH de 30 de abril de 1986, en *StV*, 1988, pp. 94-95.

SILVA SÁNCHEZ, J.M.
— «Observaciones sobre el conocimiento "eventual" de la antijuricidad», *ADPCP*, 1987, p. 647 ss.
— «Recensión a *Schünemann, GA, 1985*», *ADPCP*, 1987, p. 537 ss.
— «Consideraciones dogmáticas y de política legislativa sobre el fenómeno de la "conducción suicida"», *La Ley*, 3 (1988), p. 970 ss.
— *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Barcelona, 1992.
— «Sobre los "movimientos reflejos", "actos en cortocircuito" y "reacciones automatizadas"», en MIR PUIG y otros (cfr. *supra*), p. 11 ss.
— *El nuevo Código Penal: cinco cuestiones fundamentales*, Barcelona, 1997.
— «Política criminal en la dogmática: algunas cuestiones sobre su contenido y límites», en SILVA SÁNCHEZ (ed.), *Política criminal y nuevo Derecho penal. Libro homenaje a Claus Roxin*, Barcelona, 1997, p. 17 ss.
— «Criterios de asignación de responsabilidad en estructuras jerárquicas», en BACIGALUPO ZAPATER (dir.), *Empresa y delito en el nuevo Código penal*, Cuadernos de Derecho judicial, CGPJ, Madrid, 1997, p. 9 ss.

SILVA SÁNCHEZ, J.M./BALDÓ LAVILLA, F./CORCOY BIDASOLO, M.
— *Casos de la Jurisprudencia Penal con comentarios doctrinales. Parte general*, 2.ª ed., Barcelona, 1997.

SOBRAL, J./ARCE, R./PRIETO, A. (ed.)
— *Manual de Psicología jurídica*, Barcelona, 1994.

SPENDEL, G.
— «Wahrheitsfindung im Strafprozeß», *JuS*, 1964, p. 465 ss.
— «Zum Begriff des Vorsatzes», en KÜPER y otros (ed.), *K. Lackner-FS*, Berlín, Nueva York, 1987, p. 167 ss.

STEIN, F.
— *El conocimiento privado del juez*, Leipzig, 1893, trad. española a cargo de A. de la Oliva Santos, Madrid, 1990.

STEIN, U.
— «"Gewißheit" und "Wahrscheinlichkeit" im Strafverfahren», en WOLTER (ed.), *Zur Theorie und Systematik des Strafprozeßrechts*, Neuwied, Kriftel, Berlín, 1995, p. 233 ss.

STRATENWERTH, G.
— «Dolus eventualis und bewußte Fahrlässigkeit», *ZStW*, 71 (1959), p. 51 ss.
— *El futuro del principio jurídico-penal de culpabilidad*, versión castellana de E. Bacigalupo Zapater con la colaboración de A. Zugaldía Espinar, Madrid, 1980.
— *Strafrecht. Allgemeiner Teil I. Die Straftat*, 3.ª ed. Colonia, Berlín, Bonn, Múnich, 1981. Existe trad. española de la 2.ª ed. (1976) a cargo de G. Romero: *Derecho penal. Parte general I. El hecho punible*, Madrid, 1982.

STRENG, F.
— «Psychoanalyse und Strafrecht», *MschrKrim*, 59 (1976), p. 77 ss.

SZWARC, A.J. (ed.)
— *AIDS und Strafrecht*, Berlín, 1996.

TAMARIT SUMALLA, J.M.
— «La tentativa con dolo eventual», *ADPCP*, 1992, p. 515 ss.

TASSI, S.
— *Il dolo*, Padua, 1992.

TORÍO LÓPEZ, A.
— «Indicaciones político criminales sobre la imputación subjetiva», en *Estudios Jurídicos. Libro conmemorativo del Bicentenario de la Universidad de La Laguna*, La Laguna, 1993, tomo II, p. 1009 ss.
— «Acción peligrosa y dolo – Perspectivas jurisprudenciales y legislativas», en JIMÉNEZ VILLAREJO (dir.), *Elementos subjetivos de los tipos penales*, Cuadernos de Derecho judicial, CGPJ, Madrid, 1995, p. 157 ss.

TOZZINI, C.A.
— *Dolo, error y eximentes putativas (desde el punto de vista de la Psicología de la forma)*, Buenos Aires, 1964.

TRIFFTERER, O.
— *Österreichisches Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Viena, Nueva York, 1985.

URRA PORTILLO, J.
— «Confluencia entre Psicología y Derecho», en URRA PORTILLO/VÁZQUEZ MEZQUITA (comp.), *Manual de Psicología forense*, Madrid, 1993, p. 1 ss.

VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C.
— *Nuevo Código Penal comentado*, Madrid, 1996.

VÁZQUEZ SOTELO, J.L.
— *Presunción de inocencia del imputado e íntima convicción del tribunal,* Barcelona, 1984.

VEGAS TORRES, J.
— *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*, Madrid, 1993.

VENTURA PÜSCHEL, A.
— «Sobre el conocimiento de algunos elementos del tipo en los delitos especiales», *PJ*, 29 (1993), p. 161 ss.

VEST, H.
— *Vorsatznachweis und materielles Strafrecht*, Berna, Francfort d.M., Nueva York, París, 1986.
— «Zur Beweisfunktion des materiellen Strafrechts im Bereich des objektiven und subjektiven Tatbestandes», *ZStW*, 103 (1991), p. 584 ss.

DE VICENTE REMENSAL, F.J.
— «Error sobre la edad y error sobre otros elementos típicos en los delitos contra la honestidad: exposición y crítica de la posición jurisprudencial», *PJ*, 8 (1987), p. 75 ss.

VOLK, K.
— «Strafrechtsdogmatik, Theorie und Wirklichkeit», en Art. KAUFMANN y otros (ed.), *P. Bockelmann-FS*, Múnich, 1979, p. 76 ss.
— *Wahrheit und materielles Recht im Strafprozess*, Constanza, 1980.
— «Dolus ex re», en HAFT y otros (ed.), *Strafgerechtigkeit. Arthur Kaufmann-FS*, Heidelberg, 1993, p. 611 ss.
— «Kausalität im Strafrecht», *NStZ*, 1996, p. 106 ss.

WAIDER, H.
— «Die Bedeutung der praesumtio doli für die Strafrechtsentwicklung in Deutschland», *JuS*, 1972, p. 305 ss.

WALTER, M.
— «Die subjektive Struktur der Handlung und Strafrecht», *KrimJ*, 1981, p. 207 ss.

VON WEBER
— «Ueber die verschiedenen Arten des Dolus», *NACR*, 1825, p. 549 ss.

WEIGEND, T.
— «Zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit», *ZStW*, 93 (1981), p. 657 ss.

WELZEL, H.
— *Derecho penal alemán. Parte general*, 11.ª ed., trad. española a cargo de J. Bustos y S. Yáñez, 4.ª ed., Santiago de Chile, 1993.

WENING
— «Ueber die Vermuthung des bösen Vorsatzes nach dem römischen Rechte», *NACR,* 1818, p. 194 ss.

WESSELS, J.
— *Strafrecht. Allgemeiner Teil: die Straftat und ihr Aufbau*, 26.ª ed., Heidelberg, 1996.

VON WICK, A.
— «Beiträge zur richtigen Auffassung des Wesens des Vorsatzes», *ACR*, 1857, p. 572 ss.
— *Ueber Vorstaz und Absicht*, Rostock, 1866.

Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch, ed. a cargo de E. Foregger y F. Nowakowski, 20.ª entrega a cargo de F. Nowakowski, Viena, 1984.

WOHLERS, W.
— «Generelle Kausalität als Problem richterlicher Überzeugungsbildung», *JuS*, 1995, p. 1019 ss.

WOLFF, E.A.
— «Die Grenzen des dolus eventualis und der willentlichen Verletzung», en LACKNER y otros (ed.), *W. Gallas-FS*, Berlín, Nueva York, 1973, p. 197 ss.

ZAFFARONI, E.R.
— *Manual de Derecho penal. Parte general*, 6.ª ed., Buenos Aires, 1997.

ZIEGERT, U.
— *Vorsatz, Schuld und Vorverschulden*, Berlín, 1987.

ZUGALDÍA ESPINAR, J.M.
— «La demarcación entre el dolo y la culpa: el problema del dolo eventual», *ADPCP*, 1986, p. 395 ss.

ÍNDICE

Nota Preliminar 9

Abreviaturas empleadas 11

Prólogo 15

Introducción 17

PRIMERA PARTE
SOBRE EL CONCEPTO DE DOLO

I Cuestiones básicas 25
I.1. Regulación del dolo en el Derecho vigente 27
I.2. El castigo de los comportamientos delictivos dolosos 32
I.3. La clasificación tripartita del dolo 44

II Retrospectiva: la teoría de la voluntad y la teoría de la representación 53
II.1. El *dolus indirectus* 54
II.2. De *Feuerbach* a *Horst Schröder* 59
A) La teoría del consentimiento 60
B) La teoría de la probabilidad 66
C) Otras perspectivas 71
II.3. El «insostenible» consentimiento y la «insostenible» probabilidad 75

III El «consenso divergente» 83
III.1. El «Caso de la correa de cuero» *(Lederriemenfall)* 83
III.2. El planteamiento de las teorías cognitivas 88
III.3. La confianza en la no realización del tipo 97
A) El «contar con» y el «tomar en serio» 99
B) El «conformarse» y el «aceptar» 103
C) La racionalidad de la confianza 105
D) Balance 108

III.4. La voluntad de evitación 109
III.5. La decisión contra el bien jurídico 112
III.6. Las claves del consenso 121

IV Las «voces discordantes» 127
IV.1. Lógica emocional y dolo 128
IV.2. Intentos de objetivación 133
A) Planteamiento: el «Caso del virus del SIDA» 133
B) Imputación subjetiva y habituación al riesgo 137
C) El peligro descubierto como criterio de distinción .. 142
D) Peligro de dolo « peligro de imprudencia 147
E) Balance 151

V Recapitulación 155
V.1. Búsqueda de denominadores comunes 156
A) Puntos de unanimidad en el consenso divergente 156
B) ¿Ulteriores elementos en la definición de dolo? 157
C) La representación necesaria para el dolo 162
V.2. Concepto intelectual de dolo: requisitos básicos 165
V.3. Puntos problemáticos de una concepción intelectual del dolo 168
A) Ausencias irracionales de representación de riesgo: ¿privilegio a la irracionalidad? 168
B) Riesgos mínimos no permitidos: ¿castigo al escrupuloso? 170
C) ¿Simple no atribución de la capacidad lesiva? 171
D) Concepto intelectual de dolo y delitos de peligro concreto 173
V.4. Conclusión provisional 175

Excurso: sobre la tripartición del dolo 177

SEGUNDA PARTE
SOBRE LA «DETERMINACIÓN DEL DOLO»

VI Introducción 189
VI.1. Planteamiento del problema y principales propuestas para su resolución 189
VI.2. Legitimidad y aplicabilidad de los conceptos jurídico-penales 192
VI.3. Trascendencia del problema 199

VII La concepción psicológica: «determinación del dolo» como averiguación de un fenómeno psicológico 205
VII.1. Planteamiento 205
VII.2. Legitimidad de la concepción psicológica 207

VII.3. Los métodos de averiguación del conocimiento como fenómeno psicológico 212
A) El recurso a las ciencias empíricas 213
A.1. Planteamiento 213
A.2. Ciencias empíricas y concepto jurídico-penal de dolo 217
A.3. Ciencias empíricas y constatación del conocimiento 220
A.4. Aportaciones concretas 225
A.5. Balance 230
B) La confesión del acusado 232
C) La prueba de indicios 237
C.1. Cuestiones generales 239
C.2. Las reglas de experiencia (premisa mayor) 247
C.3. Los hechos previamente probados (premisa menor) 253
C.4. ¿Realidad psicológica a través de indicios? ... 257

VIII La concepción psicológica: visión crítica 259
VIII.1. Aplicabilidad de la concepción psicológica 259
VIII.2. La «determinación del dolo»: interpretaciones mayoritarias 261
VIII.3. La convicción judicial como respuesta a los problemas de aplicabilidad del concepto de dolo: crítica 268
VIII.4. Balance 271

IX Las concepciones normativas 275
IX.1. Planteamiento 275
IX.2. Perspectiva histórica 277
IX.3. Las concepciones normativas del dolo en la actualidad 287
A) Aspectos de la discusión: concepto de dolo y «determinación del dolo» 287
B) Concepciones normativas de la determinación procesal del dolo 290
B.1. Cuestiones generales: el objetivo de la prueba en el proceso penal 291
B.2. Concepciones normativas sobre la «determinación del dolo» 295
a) Panorámica doctrinal 295
b) Posturas normativas en la jurisprudencia del Tribunal Supremo 300
IX.4. Aspectos problemáticos de las concepciones normativas 302
A) Problemas de legitimidad 303

A.1. Planteamiento 303
A.2. Intentos de superación 307
a) El planteamiento de *Georg Freund* 307
b) Otros planteamientos 313
B) Los criterios de atribución 317
IX.5. Balance 320

X Una nueva perspectiva: el sentido social como criterio de determinación del conocimiento exigido por el dolo 323
X.1. Planteamiento 323
X.2. Asunción de riesgos mediante el recurso al sentido social 328
A) Hechos probados no coincidentes con la realidad e instrumentalización 329
B) Sentido social y reducción de riesgos 332
C) Ciencias empíricas y sentido social 333
C.1. Ciencias empíricas y reducción de riesgos 335
C.2. Atribución del dolo y estados pasionales 337
X.3. Legitimación del sentido social como criterio de «determinación del dolo» 341
X.4. Criterios de atribución del conocimiento a partir del sentido social 345
X.5. Conclusiones 352

TERCERA PARTE
SOBRE LA ATRIBUCIÓN DEL CONOCIMIENTO

XI Introducción 357
XI.1. Planteamiento 357
XI.2. Reglas de imputación: ¿concepto o determinación procesal del dolo? 362
A) Criterios generales 362
B) El estado de la cuestión en la jurisprudencia española 366
XI.3. Cuestiones metodológicas 374

XII Los conocimientos mínimos 379
XII.1. Planteamiento 379
XII.2. Repercusiones prácticas de los conocimientos mínimos 383
XII.3. Conocimientos mínimos y «socialización exótica» 387
XII.4. Conocimientos mínimos y desconocimientos irracionales del riesgo 390
XII.5. Conocimientos mínimos y estructura del delito 392

XIII Las transmisiones previas de conocimientos 403
XIV La exteriorización del propio conocimiento 411
XIV.1. Planteamiento 411
XIV.2. Clases de exteriorizaciones según su ubicación temporal 412
XIV.3. Exteriorizaciones explícitas y exteriorizaciones por actos concluyentes 416
XIV.4. Exteriorizaciones patológicas 420

XV Las características personales del sujeto como fuente de atribución de conocimientos 425
XV.1. Criterios generales 425
XV.2. Criterios para una correcta imputación basada en las características personales del sujeto 429
XV.3. Las delegaciones del conocimiento 434
XV.4. El problema de la imprudencia dirigida en supuestos de delegaciones de conocimientos 439

XVI La imputación del correcto «conocimiento situacional» 443
XVI.1. Cuestiones generales 443
XVI.2. Criterios de imputación del «conocimiento situacional» 445
XVI.3. Imputación del «conocimiento situacional reflexivo» 450

XVII La integración de los conocimientos previamente imputados en un juicio de concreta aptitud lesiva: determinación del dolo del resultado 455
XVII.1. Planteamiento 455
XVII.2. Criterios generales 460
A) ¿Una única regla? 460
B) Criterios generales para la fijación de la base objetiva 462
XVII.3. Conductas «especialmente aptas» para producir un resultado lesivo 468
A) Especial aptitud lesiva e integración de riesgos 469
B) Problemas específicos 476
XVII.4. «Conductas neutras» desde el punto de vista de su aptitud lesiva 484
A) La imputación del juicio de concreta aptitud lesiva en las conductas neutras 487
A.1. Conductas neutras y exteriorización del conocimiento 487
A.2. Captación de la proximidad del resultado lesivo 490
A.3. Imputación del juicio de concreta aptitud lesiva y dinámica comisiva 492

B) No imputación del conocimiento en conductas neutras 496
B.1. La irracionalidad de los medios 497
B.2. El comportamiento posterior del acusado .. 503
XVII.5. Dolo de peligro concreto / dolo de lesión 509

Excurso: imputación del conocimiento e intensidad del conocimiento 513

Conclusiones 519
1. Resumen 519
2. Repercusiones prácticas 524

Bibliografía citada 531

UNIDAD III: AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

1) JAKOBS, Günther, “El ocaso del dominio del hecho. Una contribución a la normativización de los conceptos jurídicos”, traducción de Manuel CANCIO MELIÁ, en JAKOBS, Günther / CANCIO MELIÁ, Manuel, El sistema funcionalista del Derecho penal, Grijley, Lima 2000, pp. 195 ss.

2) ROXIN, Claus, Autoría y dominio del hecho en Derecho penal, traducción de la sexta edición alemana por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Madrid 1998.

UNIDAD III: AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

1) JAKOBS, Günther, "El ocaso del dominio del hecho. Una contribución a la normativización de los conceptos jurídicos", traducción de Manuel CANCIO MELIÁ, en JAKOBS, Günther / CANCIO MELIÁ, Manuel, El sistema funcionalista del Derecho penal, Grijley, Lima 2000, pp. 195 ss.

Begehungsdelikt Pflichten entwickelt werden können, die sich phänotypisch als Rettungspflichten darstellen, sachlich freilich auch hier nichts anderes sind als Pflichten, nicht durch die Gestalt der eigenen Organisation eine andere Person zu schädigen.

Da die Ingerenz beim Unterlassungsdelikt als vorangehendes Verhalten, dessen Vollzug ein Sonderrisiko beansprucht, Grund für ein *Gebot* an den Täter ist, das ihn ohne das vorangegangene Verhalten nicht träfe, muß unter Ingerenz beim Begehungsdelikt ein Verhalten zu verstehen sein, durch dessen Vollzug wiederum ein Sonderrisiko beansprucht wird, und wegen dieses Verhaltens muß dem Täter ein nachfolgendes Verhalten *verboten* werden, das er ohne das vorangegangene Verhalten vollziehen dürfte, zumindest nicht bei ansonsten drohender Strafe aus einem Begehungsdelikt unterlassen müßte. Es geht also um Fälle, in denen ein Vorverhalten der beschriebenen Art sich zu einer Schädigung auswächst, wenn ein bestimmtes anderes, an sich erlaubtes Verhalten nachfolgt. Beispielhaft, wer eine andere Person unvorsichtigerweise stößt, so daß diese zu fallen droht, muß sie festhalten: ein *Gebot*; wenn die fallende Person nach dem Arm des Unvorsichtigen greift, um sich selbst festzuhalten, darf dieser ihn nicht wegziehen: ein *Verbot*, das phänotypisch der Rettung dient, sachlich freilich nichts anderes ist als die Sicherung der gestoßenen Person vor bösen Auswirkungen des Stoßes.

C. Ergebnis

Die Ingerenzhaftung ist also systematisch gut abgesichert, ja theoretisch zwingend, und auch die praktische Handhabung durch den Bundesgerichtshof kann grosso modo durchaus befriedigen. Eine Beschränkung auf rechtswidriges Vorverhalten ist zu eng; jeder muß haften, der ein Sonderrisiko gegenüber dem Opfer beansprucht hat.

EL OCASO DEL DOMINIO DEL HECHO: UNA CONTRIBUCIÓN A LA NORMATIVIZACIÓN DE LOS CONCEPTOS JURÍDICOS *

Prof. Dr. Günther Jakobs

I. TESIS

El dominio del hecho es en la moderna teoría de la codelincuencia la característica de la autoría; en la terminología de ROXIN, quien es autor de la monografía más importante sobre el concepto del dominio del hecho, ha refinado y afianzado las conclusiones obtenidas durante más de 35 años[1] y además las ha sometido a discusión en lugar destacado[2], el dominio del hecho aparece en las formas del dominio de acción (esto es, dominio de quien comete directamente)[3], del dominio de voluntad (es decir, como dominio del autor mediato)[4] y como dominio funcional (es decir, como dominio del coautor)[5]. Como precursores, sobre cuyo trabajo

---

* Título original: "Tatherrschaftsdämmerung. Ein Beitrag zur Normativierung rechtlicher Begriffe" (manuscrito). Traducción de Manuel Cancio Meliá (Universidad Autonoma de Madrid).

[1] *Täterschaft und Tatherrschaft*, 1963, 7ª edición, 1999.

[2] LK-ROXIN (*Leipziger Kommentar*, ed. a cargo de JÄHNKE *et al.* 11ª edición, 8ª entrega, 1993), §§ 25 a 27.

[3] *Täterschaft*, p. 127.

[4] *Täterschaft*, pp. 142 y ss.

[5] *Täterschaft*, pp. 275 y ss.

pudo en parte construir el suyo ROXIN, han de mencionarse tres importantes penalistas[6]. En primer lugar está WELZEL, para quien es señor del hecho aquel que configura un hecho por medio de su voluntad de realización que dirige el curso de modo planificado, lo que significa que ejecuta personalmente el hecho o complementa como cotitular de la decisión común de ejecutar el hecho las aportaciones al hecho de los demás con su propia contribución[7]. Sigue GALLAS, quien, argumentando desde la comisión propia, denomina señor del hecho a quien "tiene... la obra en su mano"[8]. Finalmente, no puede faltar el nombre de MAURACH, quien es autor de las definiciones más comunes, incluso, *sit venia verbo,* más abocadas del dominio del hecho, que en la actual elaboración del tratado por GÖSSEL rezan, prácticamente sin modificaciones, así: el dominio del hecho es el "tener entre manos, abarcado por el dolo, el curso típico de los acontecimientos", y este dominio ha de corresponder a cualquiera "que pueda, al arbitrio de su voluntad, detener, dejar continuar o interrumpir la realización del resultado global"[9].

Sin embargo, los estudios de ROXIN tuvieron junto a la sistematización, realizada con extraordinaria diferenciación, la precisión y el afianzamiento de la teoría del dominio del hecho un ulterior resultado, que considero más sensacional, mucho más poderoso en su potencial de desarrollo y, al estar orientado normativamente, también más moderno: el descubrimiento de los delitos de deber[10] (trato los delitos de propia mano como sub-categoría de éstos y no me referiré de modo específico a ellos en lo que sigue). Existen delitos –que son los delitos especiales en sentido estricto, no sólo en cuanto a la formulación- cuyo autor no queda caracterizado por el dominio, sino por un deber que tiene como contenido una aportación positiva a otra persona o a una institución estatal, como, por ejemplo, la Administración de Justicia. Parece claro que no se trata de la configuración general de la sociedad, sino de formas especiales, esto es, de la configuración de ámbitos parciales. En estos delitos, organice

---

[6] Cfr. la exhaustiva exposición en ROXIN, *Täterschaft* pp. 60 y ss., 68 y ss.; BLOY, *Beteiligungsformenlehre*, pp. 192 y ss.

[7] *Strafrecht*, 11ª edición, 1969, § 15 I 1; ya IDEM, *ZStW* 58 (1939, pp. 491 y ss, 543.

[8] *Materialien zur Strafrechtsreform*, tomo I, pp. 121 y ss., 128, 133, 137; *Beiheft ZStW* 1957 pp. 3 y ss., 13.

[9] MAURACH-GÖSSEL, *Strafrecht* AT, 2ª parte, 7ª edición, 1989, § 47 n.m. 85.

[10] *Täterschaft*, pp. 352 y ss., 695 y ss.

el sujeto obligado positivamente mucho, poco o nada – en la medida en que pueda evitar la realización del tipo, siempre responde como autor. Mencionaré como ejemplo la administración desleal por parte de los padres del patrimonio de sus hijos que les ha sido confiado: serán autores de la administración desleal cuando se apropien ellos mismos de manera no permitida de la fortuna de sus hijos, cuando animen a su amigo a llevar a cabo la apropiación o cuando no hagan nada a pesar de observar que el amigo se apropia del patrimonio *sua sponte*. Del mismo modo, un fiscal comete un delito de encubrimiento a título de autor cuando hace desaparecer las diligencias de investigación dirigidas contra su amigo, cuando induce o ayuda a que se produzca tal desaparición o cuando no interviene viendo como otro suprime el expediente.

Por lo tanto, el dominio del hecho no es el único criterio para la determinación de la autoría; junto a éste está el deber especial (y el carácter de ser cometido de propia mano, que, como se ha dicho antes, no será objeto de ulterior mención). Pero ¿cómo puede construirse un concepto unitario de autor con un dominio y un deber?. A esto se suma la problemática de cómo han de integrarse los delitos de omisión en el concepto. ROXIN ha emprendido una solución a través del concepto de la "figura central", llenándolo de contenido mediante "un recorrido, acompañándola de cerca, a lo largo de la estructura fracturada y entrelazada de múltiples formas del objeto"[11], entendiendo este procedimiento como método dialéctico. Pero ¿cómo sería si el parentesco entre delito de deber y delito de dominio fuera más estrecho, si detrás del criterio del dominio del hecho se ocultara algo normativo comparable a la infracción de deber? Transformaré la pregunta en tesis –la atribución normativa es de superior jerarquía que el dominio; éste en todo caos determina la cantidad de una intervención delictiva- e intentaré explicar esta tesis y hacerla plausible.

II. COMISIÓN PROPIA

Comienzo con el último en actuar, con el que comete él mismo o de propia mano. ¿Por qué tiene dominio? La respuesta parece ser palmaria: tiene dominio porque decide definitivamente acerca de la producción o

[11] *Täterschaft*, p. 529, siguiendo la explicación de NICOLAI HARTMANN de la dialéctica en HEGEL.

no producción de la realización del tipo, dicho con mayor exactitud, porque sólo puede organizarse una libertad general de comportamiento si las personas al menos han de responder de las consecuencias directas, no medidas por otros, de su conducta. Se trata, por lo tanto, del sinalagma de libertad de comportamiento y responsabilidad por las consecuencias, que constituye una configuración básica y asentada de la sociedad que abarca a *todas* las personas, y, en este sentido, una institución social que abarca a todos. Por lo tanto, al principio de la imputación no está un dominio fáctico, sino una institución, y ello no sólo en los delitos de deber, sino también en el caso de los deberes –como suelo denominarlos- en virtud de competencia por organización.

El que una persona deba responder de las consecuencias directas de su conducta no significa que todo lo causado directamente se considere también una consecuencia imputable del comportamiento; por el contrario, la causación ha de producirse a través de un comportamiento no permitido en esa medida, es decir, en lo que se refiere a esa causación. Esto está completamente fuera de discusión en los aspectos principales. Dicho con un ejemplo: quien por deseo de su vecino lleva a cabo un taladro en la casa de éste, en el lugar exacto indicado por él, y alcanza y destruye una conducción eléctrica, ha destruido directamente, pero falta un comportamiento no permitido, puesto que ha actuado a riesgo del vecino.

No es admisible una inferencia que parta de la causación directa para determinar el carácter no permitido del comportamiento. Respecto de los casos que aquí interesan, referidos al sujeto que actúa en último lugar, o, como también se suele formular, de quien comete él mismo, de ello sigue que en primer lugar ha de determinarse si el último acto genera un riesgo no permitido, y, en caso afirmativo, por razón de qué riesgo de qué causación específica. Esta determinación no parece generar mayor dificultad; debe examinarse si el comportamiento se considera negativo o indiferente en la valoración jurídica escrita o –a falta de ésta- en la valoración social consolidada y determinante, y, en su caso, por razón de qué peligros es valorado de modo negativo.

En esta determinación, sin embargo, ha de tenerse en cuenta lo siguiente: el Derecho escrito o la estructura jurídica no escrita de la sociedad no siempre atribuyen el dominio de un riesgo en todo caso al último, especialmente, no lo hacen cuando éste sólo por casualidad estaría en condiciones de evitar la producción de un daño, sino que se lo atribuyen al siguiente sujeto competente, que puede ser el penúltimo o el sujeto que está en tercer lugar antes del último; en el caso acabado de referir,

por ejemplo, el vecino. En el caso de la imputación a título de mérito, esto es del todo evidente. ¿A quién se le ocurre elogiar a quien pone un disco de música en el aparato reproductor (¡último!) por la calidad de la composición, o al camarero (o, incluso, a sí mismo – la ingestión es lo último) por un sabroso plato? Y en la imputación a título de reproche las cosas no son distintas, y por ello, la afirmación de que es autor en todo caso quien realice el tipo como último, incluso de propia mano, no aporta nada; viendo sólo el movimiento de la propia mano y el subsiguiente curso no se sabe si la mano realiza algo o sólo causa algo. ¿Quién castiga al repartidor de periódicos por un artículo que supone traición, quién al técnico del aparato reproductor por el contenido pornográfico de la película, quién al cartero por las injurias en una postal? Aunque los últimos en cada caso, el repartidor de periódicos, el técnico, el cartero, sepan de qué se trata, por haberse ocupado del contenido de las obras a comunicar, estas consecuencias directas de sus respectivos comportamientos no les atañen en nada; pues este conocimiento puede ser, en todo caso, un conocimiento casual, y, por ello, sólo se obtendrían éxitos casuales si se vincularan deberes a estos conocimientos, mientras que un recurso al penúltimo o al anterior sujeto, al editor del periódico, a quien explota el cine, a quien ha escrito la postal, resuelve el problema desde la raíz.

Actuar en último lugar, comisión propia, comisión de propia mano, todos estos conceptos, por tanto, no coinciden con la causación directa, tampoco cuando ésta es consciente, sino que ello requiere de manera adicional la atribución de la causación al ámbito de responsabilidad del causante, esto es, un elemento normativo. El dominio sin competencia no es de interés ni jurídico-penalmente ni en los demás aspectos de la vida social. Cuando no existe un deber del último de ocuparse de las consecuencias, un conocimiento que a pesar de ello concurra sólo puede ser un conocimiento causal, especial, que coloca al último en exactamente la misma posición que cualquiera tiene en caso de disponer de conocimientos casuales: en caso de que amenace una catástrofe debe procederse a la correspondiente prevención mediante la conducta adecuada –so pena de realización de un delito de omisión de socorro-; por lo demás, falta *per se* la concurrencia de deber alguno.

Enunciaré un ulterior ejemplo respecto de esta cuestión: un trabajador de una empresa química tiene el cometido de verter el contenido de un tanque a un río cuando se den ciertas condiciones exactamente definidas. Concurren esas condiciones, pero el trabajador sabe con base en una conversación entre dos ingenieros que escuchó de modo casual que en el

tanque se hallan residuos cuyo vertido se encuentra prohibido como delito de contaminación de aguas. Si el trabajador lleva a cabo, a pesar de ello, el vertido del contenido del tanque, no es él quien comete un delito de contaminación de aguas, sino los ingenieros a quienes les incumbe la calidad del líquido. Puesto que sólo los ingenieros están en condiciones de llevar a cabo una reducción del peligro competente, más que meramente casual, sólo ellos son los afectados, en consecuencia, por el correspondiente deber.

Intentaré ofrecer un primer resumen. No resulta posible determinar la comisión propia, la comisión de propia mano, recurriendo exclusivamente al dominio, sin la atribución de conducta y consecuencia. Esto no significa que el último siempre sea autor cuando se produce la atribución (éste es el entendimiento más extendido, sin embargo, en lo que se refiere a la interpretación del Derecho penal alemán vigente), sino sólo que, en la medida en que intervengan junto a él otras personas, al menos es partícipe en el hecho. Dicho de otro modo: hasta el momento, aquí se ha expuesto el componente normativo de la comisión directa; concurriendo este componente, en un ulterior paso hay que fundamentar aún cuándo hay autoría y cuándo –interviniendo varios- participación. Dicho de nuevo con otra formulación: ya se intuye que el dominio es una cuestión de la medida de la calificación de la intervención, una cuestión cuantitativa, mientras que la cuestión cualitativa -¿quién responde?- no se determina en función de la concurrencia de dominio, sino en función de la atribución del comportamiento y de las consecuencias. A quien pretenda llevar a cabo una sistematización completa, además se le impone la cuestión de cómo ha de plantearse la cuestión cuantitativa en el ámbito de los delitos de deber, ámbito en el que ésta aún no ha sido formulada. Volveremos también sobre este problema al final.

III. CODELINCUENCIA

A. División de trabajo

Al abordar ahora la codelincuencia en cuanto comisión de *un* delito por parte de varias personas, en primer lugar debe analizarse, en continuación de las reflexiones acerca de la comisión de propia mano, cuándo una causación junto con otros conduce a una realización del tipo, es decir, cuándo la causación no sólo acontece, sino también resulta imputable a los "intervinientes" – quienes sólo por ello se convierten en copartícipes en sentido estricto. La respuesta habitual cuando se inquiere por el principio fundamental de esa imputación, y con ello, por el

fundamento de la pena por codelincuencia, es que se trata de la causación de la acción de ejecución, y, con ello, del resultado típico, estando aún sometida a discusión la disyuntiva de si el centro de gravedad se encuentra en la causación de la acción de ejecución o en la causación del resultado. Fuera como sea, para lo que aquí interesa ello no es decisivo; pues de igual modo que en el caso de la comisión de propia mano la mera causación no fundamenta competencia por el curso lesivo –como antes se ha expuesto-, una mera causación tampoco puede ser suficiente en el caso de la codelincuencia.

En lo que se refiere a riesgos mínimos o que de otro modo son evidentemente permitidos, ello está en el momento actual ya prácticamente fuera de discusión. Dicho con un ejemplo: quien presta a su vecino un cuchillo no se encuentra obligado a comprobar si éste pretende matar a alguien. Precisamente este riesgo no permitido de la codelincuencia es probablemente el problema individual más tratado en relación con la teoría de autoría y participación en la bibliografía en lengua alemana de los últimos años[12], si bien hasta el momento sólo se ha alcanzado consenso en cuanto a que se trata de un problema.

Ha de partirse del principio, configurador de toda sociedad de libertades, de autorresponsabilidad, en el sentido de *exclusiva* autorresponsabilidad, lo que significa que todos responden de las consecuencias de su comportamiento, pero sólo, en cada caso, el sujeto que lo realiza. Para esta determinación, como antes se ha expuesto respecto de la comisión propia, no todas las consecuencias causadas son consecuencias imputables, sino sólo aquellas cuya producción debe tener

---

[12] JAKOBS, *ZStW* 89 (1977), pp. 1 y ss.; IDEM. *Strafrecht AT*, 1ª edición, 1983, 24/13 y ss.; SCHUMANN, *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen*, 1986, pp. 54 y ss.; FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, 1988, pp. 295 y ss.; ROXIN, *Tröndle-Festschrift*, 1989, pp. 277 y ss.; IDEM, *Miyazawa-Festschrift*, 1995, pp. 501 y ss., 512 y ss.; IDEM, *Salger-Festschrift*, 1995, pp. 129 y ss.; MEYER-ARNDT, *Wistra* 1989, pp. 281 y ss.; NIEDERMAIR, *ZStW* 107 (1995), pp. 507 y ss. (considerando no permitido prácticamente cualquier riesgo); WOLFF-RESKE, *Berufsbedingtes Verhalten als Problem mittelbarer Erfolgsverursachung*, 1995; SCHILD-TRAPPE, *Harmlose Gehilfenschaft*, 1995; HASSEMER, *Wistra* 1995, pp. 41 y ss., 81 y ss.; RANSIEK, *Wistra* 1997, pp. 41 y ss.; TAG, *JR* 1997, pp. 49 y ss.; OTTO, *Lenckner-Festschrift*, 1998, pp. 193 y ss. y otros; las últimas aportaciones hasta el momento son las de WOHLERS, *SchwZStr* 117 (1999), pp. 425 y ss., con lteriores referencias; AMELUNG, *Grünwald-Festschrift*, pp. 9 y ss. (muy restrictivo a la hora de considerar que concurre un riesgo permitido).

en cuenta el sujeto que actúa en el rol en el que se encuentre; con ello, quedan excluidas, por ejemplo, todas las consecuencias hacia las cuales deriva otro sujeto de modo arbitrario el suceso del que responde el primero. Un ejemplo: si un juez sigue desarrollando un determinado proceso a pesar de la amenaza de unos terroristas de asesinar a un ministro si el proceso continúa, no por ello el asesinato del ministro –al menos en lo que se refiere a esta razón- se convierte en asunto del juez.

Si se parte del contenido comunicativo de una conducta, del principio de autorresponsabilidad sigue que todos han de responder del contexto de significado de su comportamiento, y que para ello no tienen por qué tener en cuenta en qué contexto coloquen otras personas de modo arbitrario esa conducta. En el ejemplo acabado de mencionar, la realización del proceso significa una manifestación del Estado de Derecho y no una actividad de fomento del homicidio de un ministro, aunque haya terroristas –pues sus atribuciones de sentido no son determinantes- que entiendan lo acontecido de otra manera. De modo completamente paralelo, en el ejemplo planteado respecto de la comisión propia, el vertido del líquido contenido en el tanque por el trabajador de la industria química no significa nada para la calidad del agua, ya que no es él quien ha de tomar decisiones al respecto, mientras que la correspondiente inactividad de los ingenieros sí tiene significación a este respecto. Parece claro que sólo puede llegar a haber codelincuencia si alguien ejecuta una conducta cuya continuación en una realización del tipo no ha de entenderse como puro arbitrio del sujeto que ejecuta, sino como inherente al comportamiento anterior, dicho de otro modo, su ejecución debe significar que no sólo ese comportamiento inicial, sino también el comportamiento de continuación realizado por el ulterior actuante, son asunto del autor y, en este sentido, deben serle atribuidos.

En la codelincuencia se trata de una modalidad especial del reparto de trabajo, concretamente, de un reparto de trabajo que vincula en vez de aislar; veamos que significa esto: el reparto de trabajo puede producirse de tal manera que una persona deba aportar una determinada prestación a otra, debiéndose ocupar sólo de cumplir con los requisitos de esa prestación. Esto es lo que sucede en la mayoría de los casos de la vida diaria: el vendedor de un automóvil responde de la calidad de éste, pero no de la conducción a velocidad superior a la permitida o bajo la influencia de bebidas alcohólicas realizada por el adquirente (aunque quizás la prevea con seguridad, al conocer al comprador como calavera); el conductor de un taxi debe conducir con seguridad, pero no está obligado a ocuparse de lo que el cliente haga en el punto de destino; el suministrador

de interruptores eléctricos ha cumplido con su deber si los aparatos funcionan perfectamente, y no es asunto suyo que el receptor los introduzca en aparatos del hogar bien o mal diseñados o quizás construya con el último interruptor un juguete eléctrico para su hijo o un artefacto explosivo contra su enemigo. Lo que hay de común entre los intervinientes en estos casos queda limitado al intercambio de prestaciones con una definición fija; por lo demás, las personas siguen aisladas. En una sociedad altamente compleja, habituada al reparto de tareas, la limitación de lo común, acabada de esbozar, a un intercambio de prestaciones –sin considerar el ulterior desarrollo- es presupuesto de una constitución de libertades, es decir, que sigue siendo compleja; pues de lo contrario se produciría un asfixiante control y vigilancia mutuos. La libertad tiene como presupuesto la separación de roles, es decir, la interrupción de la responsabilidad en el límite del rol propio de cada uno.

B. Vinculación a pesar de reparto de trabajo

1. Fundamentos

La situación es diversa en el ámbito de aquel reparto de trabajo que produce una vinculación: en este campo, los intervinientes no sólo han de responder de sus prestaciones, sino también del ulterior desarrollo de los acontecimientos, por ejemplo, de haberle hecho posible al receptor de la prestación la realización de una determinada conducta. Un ejemplo inocuo: si tres personas adultas comparten una vivienda, y la primera regala a la segunda las notas de las piezas para piano de Schönberg, no podrá argüir contra las protestas, generadas a continuación, de la tercera persona contra el docetonismo que sólo suministró las notas, y que lo demás no es asunto suyo; pues parece claro que al regalar notas debe responder también de su uso típico. La situación sería distinta si la primera persona hubiera obtenido las notas por encargo de la segunda; en tal caso, podría argumentar que las consecuencias de su favor de amistad no le atañen.

¿Cómo puede determinarse cuándo se trata de un reparto de trabajo con efecto de aislamiento y cuándo de un reparto de tareas que vincula? La respuesta en realidad no es difícil, aunque en el caso concreto pueda discutirse acerca de la determinación de los límites. El interviniente queda vinculado con quien actúa después si (y en la medida en que) su contribución no sólo haya causado esta conducta, sino también ostente el significado objetivo de hacerla posible. Esto último es el caso cuando se encuentra en *un solo* contexto con el actuar posterior, y puede entrar en

ese contexto por dos vías: en primer lugar, al colocarlo el propio interviniente en él de modo no esotérico, sino de manera objetivamente comprensible, y, en segundo lugar, al llevar a cabo una prestación que de modo estereotipado forma parte del contexto del comportamiento subsiguiente.

En lo que se refiere a la primera modalidad, el interviniente no sólo realiza una prestación que le cuadra al sujeto que actúa a continuación, sino que el primer sujeto se ocupa de que cuadre, lo que significa que toma, hablando en términos ejemplificativos, él mismo la medida de la acción subsiguiente y la toma como punto de orientación, es decir, que determina los datos de su contribución en función del posterior desarrollo delictivo. Y es que no es lo mismo que alguien obtenga para otro un plano de la ciudad o que afirme por sí mismo que no es posible llevar a cabo un robo en una entidad bancaria sin un estudio exacto de la zona y entregue a los autores un plano de la ciudad, que alguien hable de pasada de que su vecino está ausente o que frente a la pregunta de si conoce una casa abandonada, indique la de su vecino, que alguien muestre cómo huele el ácido cianhídrico cuando se le pregunta por ello o que aconseje a un asesino que hace uso de veneno que añada sustancias que modifican el olor, etc.; dicho a modo de resumen, no es lo mismo que alguien, sin orientarse con base en el ulterior desarrollo de carácter delictivo, ejecute una conducta de por sí neutral, que es desviada hacia lo delictivo por quien actúa a continuación, o que genere él mismo la conexión con el posterior acontecer delictivo tomándolo como punto de referencia.

Que pueda producirse un distanciamiento frente al contexto delictivo tiene como presupuesto que concurran condiciones más o menos habituales para el propio contexto de actuación, dicho de otro modo, que exista un entorno en el que todos desempeñen su papel y dejen a los demás el suyo. Si el entorno es caótico, desaparecen tales expectativas. Dicho con un ejemplo: quien vende artículos del hogar, no está obligado a suspender la venta de cuchillos a compradores que se comportan de manera normal aunque en la ciudad se produzca una manifestación no pacífica. Pero si penetran sujetos de aspecto poco recomendable en la tienda y exigen rápidamente la entrega de un cuchillo de grandes dimensiones, afirmando que les da igual el precio, ya no concurren las condiciones de la separación de roles, ya que el comprador en esa situación no sólo aparece como comprador, sino al mismo tiempo como participante en una futura reyerta.

En el caso de la segunda de las modalidades en las que se genera algo en común, el partícipe presta una contribución que está prohibida

per se por razón de su peligrosidad, al menos abstracta. Por ejemplo, entrega a personas no habilitadas para recibirlos armas o materiales radioactivos o veneno, o presta un automóvil que no cumple las condiciones de uso en el tráfico rodado, o un automóvil que sí las cumple a una persona ebria, etc. En estos casos, la prestación es definida por el propio Derecho en el sentido de que conlleva el riesgo de un ulterior desarrollo delictivo, y quien lleva a cabo tal prestación, en correspondencia es ubicado jurídicamente en comunidad con el ejecutante. Estas prestaciones se reconocen por el hecho de que está jurídicamente prohibido llevarlas a cabo; frecuentemente, la mera prestación, sin consideración de ulteriores desarrollos, habrá de ser castigada como delito de peligro abstracto o como multada en cuanto infracción administrativa, sin que ello, sin embargo, sea más que una clarificación de la prohibición.

Mientras que en el reparto de tareas con efectos de aislamiento lo común se limita a un intercambio de prestaciones, en el caso del reparto de trabajo que vincula, lo común abarca también lo que suceda a continuación: el sujeto que ejecuta, ejecuta la obra de todos los intervinientes, no sólo la suya propia. Dicho de otro modo: los partícipes conforman junto con el ejecutor una persona colectiva cuya obra es la ejecución. Por consiguiente, la accesoriedad no debe ser entendida en el sentido de que alguien se apoya en un injusto ajeno –una así llamada teoría de la participación en el injusto, que debería castigar también al *agent provocateur*, ya que el autor principal al menos realiza un injusto de tentativa-, sino que el partícipe comete por medio de la mano del ejecutor, es decir, comete también en el acto de ejecución un injusto propio. *El partícipe responde jurídico-penalmente porque la ejecución es, a causa del reparto de trabajo vinculante, también la suya.*

Una vez que esto se ha visto con claridad, es decir, que la ejecución no es sólo ejecución de quien ejecuta –el desnudo naturalismo de la propia mano-, sino ejecución de todos, decae la razón para destacar la ejecución por el hecho de que sólo los que ejecutan deben calificarse como autores, mientras que no deben serlo los partícipes en la fase anterior: todos los intervinientes ejecutan, con independencia de quién sea la mano que se mueva para ello.

Sin embargo, ciertamente, una contribución prestada durante la ejecución prácticamente nunca podrá ser distanciada del contexto delictivo, mientras que idéntica prestación, llevada a cabo con anterioridad, puede considerarse una prestación neutral. Como ya se ha expuesto, la separación de roles tiene como presupuesto un entorno que

no sea caótico, es decir, que no se halle ya caracterizado por quebrantamientos de rol. Dicho con un ejemplo: quien presta a su vecino, cuya debilidad por los robos con fuerza en las cosas conoce, un destornillador pesado, se mantiene en su papel de ciudadano amable con sus vecinos y, por consiguiente, distanciado de los ulteriores desarrollos. La situación es distinta, sin embargo, para quien entrega a otro, que está manipulando violentamente la puerta de una casa ajena, ese mismo destornillador. En cuanto más se intensifique el quebrantamiento del rol por parte del ejecutor, menos alguien que preste una contribución podrá mantenerse en sus trece de que no se trata de nada distinto de un suceso normal. Esta constatación no tiene nada que ver con un mayor dominio en el estadio de ejecución; frente a una participación en el ámbito previo, no es que se incremente el dominio, sino que se genera con mayor facilidad responsabilidad por el ulterior desarrollo delictivo, por lo que, correspondientemente, con mayor facilidad la ejecución se convierte en propia.

Todos los intervinientes generan con su conducta una razón para que se les impute la ejecución también como ejecución suya. En esta medida, aún no se habla de la distinción entre autores y partícipes, sino sólo de la vinculación con otros, de lo común, del colectivo. Frente a la cuestión que se plantea en este punto, relativa a quién entre los intervinientes tiene el dominio del hecho, la respuesta sólo puede ser la siguiente: el colectivo. Esta respuesta no debe entenderse en el sentido de que el hecho que es dominado es el acontecer desde el primer acto preparatorio hasta la ejecución. De lo único que se trata aquí es del hecho típico, es decir, de la ejecución del hecho. Ahora bien, esta ejecución parece estar dominada exclusivamente por el sujeto que ejecuta, y éste es el modo de ver las cosas de una extendida teoría, que en todo caso convierte a los intervinientes en la ejecución (y sólo a éstos) en autores, es decir, que quiere atribuirles el dominio del hecho en exclusiva. Esto ya en sí mismo es problemático, incluso difícilmente puede resultar coherente. Cuando son varios los que ejecutan, por ejemplo, en el robo con violencia, es *uno* el que ejerce violencia y el *otro* el que se apodera de la cosa, se afirma, tienen un dominio del hecho común, "funcional". Incluso la antigua teoría formal-objetiva hubiera afirmado la concurrencia de autoría, al existir al menos ejecución de propia mano respecto de uno o de varios de los elementos del tipo. Ahora bien, debería asumirse que en cuanto dominio ostentado de propia mano sólo hay un dominio parcial, mientras que aquellos elementos que realiza en cada caso el respectivo otro no son susceptibles de ser imputados en virtud del dominio ejercido

personalmente, sino sólo en virtud de lo común, por el actuar de un colectivo. Quien no quiera limitarse a los autores únicos, no puede evitar de ningún modo la imputación de elementos de la acción de ejecución que no han sido realizados por el propio sujeto. Pero si es que existe la posibilidad de imputar a título de autor partes de la ejecución que son llevadas a cabo por parte de otro, no hay razón alguna para limitar esa imputación a título de autor a los intervinientes en la ejecución. ¿Por qué no también al jefe de la banda, que ya no interviene en la fase de ejecución?

2. *¿Posición especial de la ejecución?*

Dejaré de momento de lado la respuesta a esta última cuestión e intentaré describir con mayor exactitud el así llamado dominio de los ejecutores. En primer lugar, es innegable en cuanto dominio negativo: los sujetos que ejecutan pueden omitir la ejecución del hecho. Pero incluso en el supuesto de que no pudieran ser sustituidos por otros intervinientes, la posibilidad de omitir no fundamenta el dominio del acontecer positivo. También puede parar el hecho un cooperador imprescindible, dicho con mayor exactitud, podría parar su preparación, e incluso un sujeto que nada tiene que ver con el hecho, que podría inmiscuirse o llamar a la policía, dispone de esa capacidad. Más aún: aunque se limite la idea de la capacidad de evitar a las personas *obligadas* a evitar, ello convertiría por injerencia en dominio del hecho la situación del menos importante de los partícipes que pueda evitar durante la ejecución o después.

El suceso que acontece positivamente es dominado por los ejecutores exactamente en aquella medida en la que lo con configuren, y no lo dominan en la medida en que esté previamente configurado por parte de los demás intervinientes. Un ejemplo al respecto: alguien mata a otro en una casa con un arma de fuego; la pistola y la llave de la casa se las ha suministrado otro, quien también ha averiguado el momento adecuado para cometer el hecho. Una vez hecha la aportación del otro, queda predeterminado el marco en el que puede acontecer el hecho: cuál es la víctima que hay que matar dónde deriva de la prestación de la llave y del arma, y el momento en el que esto ha de suceder, de la indicación del momento adecuado. El ejecutor mismo determina mediante su hecho desde un principio que es él quien ejecuta, cómo exactamente acontezca el disparo y otros aspectos, pero todo ello en un marco que se encuentra positivamente predeterminado. Quizás el sujeto que ejecuta podría variar el marco, pero si no lo hace, pues aprovecha en esa medida una configuración ajena y no la domina personalmente – quizás podría dominar, pero esto se queda en hipótesis.

Por consiguiente, si no se pregunta por quién hubiera podido evitar el hecho –puede que sean muchos los sujetos que estén en esa situación, incluso aunque se introduzca una limitación a las personas *obligadas* a evitar; y, por otro lado, si hay preparado un sustituto, ni siquiera el ejecutor hubiera podido evitar el hecho-, sino se plantea la cuestión de quién es el que ha configurado el hecho tal y como es, se obtiene como respuesta que sobre el ejecutor recae exactamente aquello que no se halla configurado ya, en cuanto marco, por los demás intervinientes. Frecuentemente, esto será mucho, y en el caso individual puede ser muy poco: el asesino al que el partícipe sólo ha comunicado cuándo está en casa la víctima, configura casi todo personalmente, pero quien no hace otra cosa que animar con un ¡salud! a la víctima de un asesinato por medio de veneno a que beba del líquido emponzoñado en una ocasión que ha sido arreglada por otros etc., sólo tiene un dominio positivo limitado.

Con lo expuesto hasta ahora probablemente ya haya quedado claro qué es lo que quería decirse antes al afirmar que es el colectivo el que domina la ejecución: los intervinientes antes de la ejecución han fijado el marco, o, cuando éste es variable, al menos lo han propuesto, y los ejecutores lo rellenan. Lo que derive de ello es la realización concreta del tipo, compuesta de marco y relleno, siendo el relleno del marco precisamente la ejecución del hecho, que se ajusta al marco y que por ello es también ejecución de aquellos que han creado el marco. En este sentido, permítaseme el ejemplo, una representación de teatro es una representación de los actores, pero también del director, del encargado del escenario, etc., esto es, la obra de un colectivo.

Intentaré clarificar lo dicho con otro ejemplo ajeno al Derecho penal: después de la construcción de una planta, decisiva para la economía nacional, de producción completamente automatizada de complejos aparatos, el presidente del país pone en marcha la planta apretando un botón en el marco de un acto solemne. ¿A quién se le ocurriría designar por causa de ese pequeño movimiento de un dedo al presidente como productor principal de los aparatos, como autor de la producción? Es que el marco prefijado sólo deja margen para una configuración mínima. Ahora bien, se impone la cuestión de por qué la realización de una actividad tan secundaria es encomendada a un presidente. La respuesta se ha ofrecido ya antes: una contribución durante la ejecución, y con mayor razón la ejecución misma, significa una solidarización con las consecuencias; el presidente no declara con su movimiento del dedo que domina la producción, sino que está a favor de que se produzca y que presta una mínima contribución a ello. Cabe encontrar símbolos de

significación similar también al principio de una obra común; un símbolo extra-penal es la colocación de la primera piedra, el ejemplo paralelo en Derecho penal la inducción.

3. *Cantidades de dominio del hecho*

La cuestión del dominio del hecho, de acuerdo con lo expuesto hasta el momento, no es otra cosa que la cuestión de la cantidad de intervención, es decir, en el caso de sujetos que intervienen en la fase previa, la cuestión de en qué medida determinan el marco de la ejecución, y, con ello, la ejecución misma, o, en el caso de los ejecutores, la cuestión acerca del margen de configuración que aún permite el marco. Por lo tanto, sólo hay un más o menos de dominio del hecho de los intervinientes, y no una clasificación de los intervinientes en función de que exista una intervención con dominio del hecho o una intervención sin dominio del hecho. Incluso el menor de los intervinientes tiene un dominio del hecho –aunque, precisamente, sea pequeño-, un jirón del todo, en la medida en que su contribución siquiera determine en alguna medida el marco de la ejecución y con ello ésta misma – y de lo contrario no existe codelincuencia, sino sólo una tentativa de ésta. Desde esta perspectiva, la separación entre autoría y participación (inducción y complicidad) no es una distinción entre tipos de codelincuencia claramente diferenciados, sino, por el contrario –y especialmente en la separación de autoría y complicidad- sólo es una ordenación –que no puede ser muy exacta- en función de cantidades de intervención, y, con ello, de dominio del hecho: ¿quién configura más bien lo característico y quién más bien lo accesorio? Los primeros son autores, los segundos cómplices. Dominio del hecho tienen los dos, como acaba de decirse, uno mucho y el otro poco. Brevemente: no se trata de si habrá imputación, sino de la preparación de la medición de la pena.

A la hora de llevar a cabo la necesaria cuantificación, frecuentemente sucederá que las contribuciones ubicadas en un estadio muy inicial de la fase previa, a causa de la vaguedad de los contornos del suceso que suele existir aún en esa fase, pesen menos que aquellas hechas en la ejecución, y ésta última frecuentemente dejará tanto margen de maniobra que quien la lleve a cabo responderá con seguridad como autor. Pero esto no necesariamente tiene por qué ser así. Una maquinaria delictiva minuciosamente preparada, como, por ejemplo, un artefacto explosivo instalada debajo de la calzada de una calle, puede que configure prácticamente todo, y la detonación final, a realizar por medio de un mando a distancia, que quizás tiene lugar en cumplimiento de una orden

y que en caso de necesidad puede ser llevada a cabo por otro sujeto prácticamente sólo admite una configuración negativa: cabe la posibilidad de omitir (pero también se podría haber omitido la preparación de la maquinaria). Para que no se malinterprete lo dicho: no es que cada uno de los intervinientes responda de lo que él ha configurado –esto sería una responsabilidad por un fragmento de tipo-, sino por razón de la comunidad con los demás en relación con el hecho en su conjunto, fundamentada en la configuración, lo que significa que responde de la ejecución que realiza el tipo; sólo que con mayor o menor intensidad dependiendo del peso de su aportación.

Por ello, no existe responsabilidad antes de la realización del tipo, incluyendo la del tipo de tentativa. La gracia de la contribución en la fase previa está precisamente en que fundamenta la pertenencia al colectivo, convirtiendo por ello la ejecución por mano ajena en ejecución propia. Esta relación suele denominarse accesoriedad cuantitativa, referida al progreso del delito, lo que, sin embargo, no debe entenderse en el sentido de que se produce una vinculación a una ejecución ajena –la responsabilidad por injusto ajeno es un concepto imposible-, sino en el sentido de que lo decisivo es el progreso del emprendimiento común, esto es, la ejecución por parte del colectivo. Incluso en el caso de una intervención en un delito especial propio, concurriendo ejecución de propia mano del sujeto obligado por el deber especial, ésta es al mismo tiempo la ejecución propia del *extraneus* (de quien no se ve afectado por el deber especial), aunque ello con la peculiaridad de que el tipo presenta al menos un elemento que sólo puede realizar la mano del *intraneus*. Dicho con un ejemplo: también de los ciudadanos normales se espera que no cometan prevaricación; pues entre los ciudadanos y los jueces no existe una diferencia de casta, sino sólo en relación con la función desempeñada dentro de una sociedad homogénea. Pero los ciudadanos normales sólo se encuentran en situación de cometer una prevaricación cuando se unen a un juez.

A la inversa, no habrá realización del tipo cuando la ejecución tiene lugar por parte de una persona que no está en condiciones de realizar el tipo, es decir, en el caso del homicidio o de las lesiones, por parte de la propia víctima competente. Por consiguiente, sin una especial disposición legal –y ésta falta en Alemania- la intervención en una autolesión llevada a cabo de modo responsable, especialmente, en un suicidio, no es injusto, porque, precisamente, falta una ejecución típica que pudiera ser una ejecución propia del colectivo.

4. Omisión

Con la cuantificación de la cuestión del dominio del hecho, al mismo tiempo, se abre la vía para resolver la problemática de la participación en la omisión y mediante omisión, en la medida en que se trate de una omisión contraria a los deberes derivados de organización, es decir, cuando el omitente sea competente en cuanto titular de un determinado ámbito de organización y no en cuanto titular de un *status* específico (no como padre, madre, policía, juez, etc.). En primer lugar, hay que preguntar si el omitente se vincula mediante su omisión, o si, por el contrario, la omisión se presenta como conducta neutral. Nadie está obligado a modificar activamente el estado actual de su organización por la sola razón de que otros quieran aprovechar ese estado para una conducta delictiva. Dicho con un ejemplo: nadie está obligado a eliminar las piedras de su jardín porque otros se dispongan a usarlas como proyectiles contra terceros que pasan por el lugar, nadie debe exigir que se le devuelva una navaja de bolsillo que ha prestado porque el receptor la quiera usar para cometer delitos de lesiones o porque la maneje de modo imprudente, etc. Pero cuando el estado de organización tiene el significado de fomentar una conducta delictiva, debe ser modificado; esto sucederá con frecuencia, en particular, en lo que se refiere al manejo de objetos peligrosos que no son de libre acceso. Dicho de nuevo con un ejemplo: ha de evitarse que una pistola mal guardada sea usada por otros para fines delictivos, que el automóvil propio, mal cerrado, sea conducido por un sujeto ebrio, etc.

Si existe la vinculación, con ello se constata una intervención en la configuración del hecho, y, si así se quiere formular, al menos un pequeño dominio por omisión. Para la determinación de la medida no hay que averiguar a continuación cuándo hubiera debido intervenir el omitente, llevando a cabo el salvamento, y, en particular, no es *per se* autor por omisión quien estuviera en condiciones de salvarlo todo en cuanto último en intervenir, como ya se ha expuesto antes –esto depende de casualidades en el desarrollo de los hechos-, sino hay que determinar qué es lo que lo vincula al colectivo. Si esta vinculación consiste en hacer posible el uso de una cosa peligrosa, se encuentra en la misma situación que quien hizo entrega de la cosa; si se trata de la omisión de advertir a la víctima, se halla en la misma situación de otro que eliminó las prevenciones de la víctima escéptica, tranquilizándola, y cuando se junten varios elementos, la co-configuración en algún momento pasa a ser determinante, y entonces concurre coautoría por omisión, pudiendo ocurrir también que se ensamblen el actuar y el omitir de una misma persona: alguien permite

que otro se haga con una pistola, no advierte a la víctima, contraviniendo su deber, a pesar de haber acordado con ella que lo haría, y además distrae mediante actos positivos a la policía, llevándola a otro lugar, etc.

De modo paralelo a lo que sucede en el delito de comisión, ha de evitarse denominar la omisión que no es en sí misma ejecución como injusto; es contraria a deber en el sentido de que constituye la razón para imputar la ejecución como ejecución que también pertenece al omitente. Esto, de nuevo, cabe observarlo con claridad con ayuda de las reglas de la así llamada accesoriedad cuantitativa. Dicho con un ejemplo, quien ha prometido cerrar la puerta de una nave, pero omite hacerlo para posibilitar el acceso a unos ladrones, no responde si no se produce una tentativa de robo; en tal caso, el colectivo se queda atascado en la preparación del hecho. Por consiguiente, no se plantean problemas específicos en la omisión. Más aún: con base en la posibilidad de la equiparación de comisión y omisión se percibe con especial claridad que la cuestión fundamental de la codelincuencia es la de la posición de garantía, la de una competencia, y no la de la diferenciación entre autores y partícipes. La cuestión fundamental, por lo tanto, es quién forma parte del colectivo, o, lo que es lo mismo, quién es garante, a quien le incumbe que determinadas configuraciones del mundo no acaben en una ejecución del hecho. Respecto del delito de comisión se ha mostrado que la posición de garantía, es decir, la competencia, no concurre *per se* ni siquiera en quien actúa en último lugar, y que no concurre cuando no le atañe que otros hayan dado una configuración al mundo en la que la última acción ha de comportar consecuencias negativas. Como ejemplo se mencionó el caso de un trabajador de una empresa de la industria química que sólo es competente respecto de la apertura y del cierre de una vía de vertido, pero no de la calidad del líquido vertido. Que esta persona no sería garante en caso de estar la válvula abierta, es decir, que no tendría el deber de cerrarla ante la salida de líquidos que son lesivos del medio ambiente, es palmario.

Si se reconoce la posibilidad de una mezcla de contribuciones activas con contribuciones por omisión y además se cambia el punto de mira del dato fáctico del dominio a la medida de la competencia, ello probablemente conducirá a una considerable facilitación de la imputación de delitos cometidos en empresas, en la medida en que la competencia se desplaza de los ejecutores a la dirección de la empresa: responsabilidad en función del rango y no en función de la medida de los movimientos de los dedos. Han de quedar fuera de consideración las cuestiones de detalle.

5. Conclusión, consideraciones complementarias

Resumo lo expuesto hasta el momento: a cualquier interviniente le incumbe en cuanto miembro del colectivo la ejecución en el marco configurado para ella. Que cometa o omita es indiferente: en todo caso, la ejecución infringe su deber, aunque sea por mano ajena. Una vez que se ha comprendido esta especialización de las reglas de imputación relativas al comportamiento común y en régimen de reparto de tareas, la ejecución pierde toda posición especial en la fundamentación de la competencia en la relación interna del colectivo. Ciertamente, la ejecución es la que constituye hacia fuera el quebrantamiento del Derecho, esto es, la arrogación de organización ajena, y por ello no hay hecho sin ejecución, o, dicho con mayor exactitud, sólo la ejecución es un hecho; pero hacia dentro sigue siendo una prestación más, aunque sea la última, junto con otras que la han precedido en el tiempo; y puede suceder que las prestaciones anteriores, dependiendo de las circunstancias, caractericen al hecho con mayor claridad de lo que lo hace el último acto. En tal caso, puede que lo adecuado sea penar al ejecutor a título de cómplice. La intervención a título de autor en una complicidad pierde su aparente carácter contradictorio una vez que se ha percibido que se trata de una prestación colectiva en la que puede ocurrir que la determinación del marco pese mucho y el último acto poco. Resulta evidente que los límites no son estáticos, como siempre sucede respecto de las cuantificaciones.

En la práctica, y esto probablemente haya contribuido a oscurecer la cuestión, las ejecuciones de mínima relevancia son escasas[13]. ¿A quién se le pide, a pesar de no haber aportado nada hasta el momento, que ejecute el último movimiento? Para eso hay que ser, como se mencionó antes como ejemplo, presidente de un país. Pero que estas ejecuciones de relevancia mínima sean escasas no cambia en nada la cuestión decisiva, y ésta es la siguiente: ¿a quién incumbe la configuración de la ejecución en el marco que existe?, y la respuesta es que a todos los intervinientes si es que han intervenido, es decir, si han prestado una contribución que los incluye en el colectivo, uniendo de este modo con las prestaciones de los demás. *Infracción colectiva del deber*, éste es el concepto fundamental del que aquí se trata.

---

[13] Y en los dos casos más conocidos de la jurisprudencia alemana en los que se trató a los ejecutores como cómplices, RGSt 74, pp. 84 y ss. –caso de la bañera- y BGHSt 18, pp, 87 y ss. –caso Stachinskij- no cabe decir que se trate de ejecuciones de relevancia mínima.

Hasta el momento se ha hablado de intervención o codelincuencia, sin poner en claro, como se habrá percibido, si se trata de conductas dolosas o no dolosas; en esta medida, no hay nada que añadir: el establecimiento de un colectivo es un proceso que, como ya se esbozó antes, depende de qué significado produzca una persona mediante su conducta, y una persona produce significado y no es mera naturaleza aunque se conduzca de modo imprudente. Dicho con un ejemplo: el no custodiar en lugar cerrado un arma de fuego constituye participación mediante omisión en un homicidio por comisión aunque el titular no se haya representado nada, de modo gravemente imprudente, y ello incluso aunque quien dispara de modo igualmente imprudente pensara que no estaba cargada. No puedo abordar los detalles, ya que el recurso necesario a la teoría de la imputación objetiva, así como a la teoría del dolo, rompería cualquier marco temporal adecuado. Me limitaré por ello a la referencia de que he expuesto por escrito las cuestiones de detalle hace no demasiado tiempo[14].

IV. AUTORÍA MEDIATA

1. Competencia primaria por el comportamiento

La autoría mediata, de la que me ocupo a continuación –al principio, dejando fuera de consideración al instrumento justificado- no es otra cosa que una autoría directa disfrazada: el sujeto que actúa interviene en un círculo de organización ajeno, lo único que sucede es que aquello que desde la perspectiva del genotipo es mera naturaleza, se presenta desde el punto de vista fenotípico como conducta de una persona, esto es, como comportamiento del así llamado instrumento. Por consiguiente, "instrumento" es –más adelante se ofrecerá una fundamentación más exacta– naturaleza con apariencia humana, de modo que no lo es el sujeto que ocupa una posición subordinada en un aparato organizado de poder, y no lo es quien ejecuta con dolo, pero sin intención, o faltándole algún otro elemento de cualificación. El uso de un instrumento es el empleo de las fuerzas instrumentales de otra persona, pero, precisamente, de las fuerzas instrumentales *no responsables*. Dicho en términos extremos: que alguien azuce a un perro o a un sujeto ebrio contra una víctima es indiferente. Sin embargo, el paralelismo no se plantea con tanta sencillez; pues mientras un animal no puede conducirse de modo responsable, al estar excluido, en cuanto animal, por completo del círculo de las personas

[14] JAKOBS, *GA* 1996, pp. 253 y ss.

en Derecho, respecto del sujeto ebrio puede plantearse la cuestión de si la ebriedad no es exclusivamente asunto suyo. Por lo tanto, vuelve a aparecer un problema normativo: no es el mero uso del carácter de naturaleza del instrumento, y, en este sentido, no es un dominio lo que conduce a la autoría mediata, sino la competencia por lo hecho por el instrumento.

Ahora bien, en el caso acabado de plantear, nadie dudará de la responsabilidad del hombre de atrás; pues ha instigado al borracho, y una instigación genera en todo caso responsabilidad por las consecuencias, se trate de un hecho del que ha de responderse o de una reacción de la que no se responde. Con esto, queda formulada la primera de las tres posibles razones de la competencia respecto de un caso individual. Formulándola en términos generales, la razón es la siguiente: es competente por la *conducta* del instrumento quien presta una contribución que vaya más allá de lo socialmente adecuado, de lo neutral, llevando a cabo una aportación específica a que el instrumento ejecute una determinada conducta lesiva. Esto, a su vez, como ya se ha expuesto respecto de la intervención en el hecho de ejecutores responsables, puede suceder de dos maneras, en primer lugar, prestando una contribución adaptada al comportamiento lesivo –así en el caso de la instigación de un sujeto ebrio- y, en segundo lugar, mediante una contribución a la que le es inherente su uso para un comportamiento lesivo, así, por ejemplo, por el hecho de dejar libremente accesible un arma que requiere de licencia (o quizás incluso está prohibida, de modo que no admite licencia) o un veneno sometido a limitaciones en su comercio (o que incluso esta fuera de todo comercio), etc. Dicho de otro modo, quien presta una contribución que en el caso de un ejecutor responsable supondría intervención en la ejecución, es autor mediato cuando el receptor de la prestación carece de responsabilidad (recuérdese, dejando de lado al instrumento justificado).

Cabría objetar a lo expuesto que ésta es una afirmación sorprendente, puesto que no cabe siquiera comparar la situación en el caso de la codelincuencia con la que concurre en la autoría mediata: lo común, el colectivo que es el actor en la codelincuencia falta precisamente en el caso de la autoría mediata, y actor es únicamente el autor mediato. Tan cierto como es esto, tan poco cambia el hecho de que se trata de un comportamiento con el significado de conducir hacia la realización del tipo; en el caso de la codelincuencia, mediante la formación de un colectivo, en el caso de la autoría mediata, mediante el desencadenamiento, generador de un riesgo no permitido, del curso. La razón por la que se imputa la ejecución de un sujeto responsable a un partícipe como ejecución que también es suya, es idéntica al riesgo no

permitido que crea aquel que no hace uso de personas responsables, sino de la naturaleza. Dicho con un ejemplo: si el propietario de una colección de armas entrega a un visitante una pistola, considerando éste, errando de modo inevitable –como el propietario sabe o ha de saber–, que el arma está descargada, el propietario es autor mediato de lo que suceda, del mismo modo que sería partícipe del hecho del visitante si el conocimiento de la peligrosidad del arma fuera asunto de éste. Para alcanzar este resultado, no se necesita la idea del dominio; por el contrario, una vez aclarada la competencia se ha aclarado todo lo necesario.

¿Cuáles son los elementos especiales en el caso de un instrumento justificado? Comenzaré con el caso básico de la ayuda para la defensa frente a riesgos que *ex post* se ven confirmados. La doctrina habitual afirmaría que se trata de una participación en un hecho justificado, lo que no es erróneo en cuanto conclusión, pero no alcanza a identificar el núcleo de la cuestión: ya la conducta del partícipe se produce en el contexto justificante, y por ello significa a su vez una participación en la defensa frente a un ataque. Por lo tanto, no sólo falta un hecho principal antijurídico, sino falta ya una participación en tal hecho. Dicho de otro modo, quien interviene en una defensa es tan instrumento como lo es quien ejecuta la defensa.

La decisión es más intrincada cuando se mezclan justificación y error. Ejemplo: un policía que lleva a cabo una detención ajustada a Derecho, con base en una sospecha suficiente, es auxiliado por un ciudadano que sabe que la sospecha no es más que eso, una sospecha que no se ajusta a la realidad; o alguien alcanza a otro que es atacado con un arma simulada un arma de verdad, a pesar de haberse dado cuenta que el arma con la que se lleva a cabo el ataque es simulada. En estos supuestos, en todo caso, no es instrumento el partícipe cuando su conocimiento superior forma parte de su rol, es decir, no constituye un conocimiento especial (y dejaré aquí de lado otras constelaciones de casos): cualquiera, menos el sujeto atacado, puede observar que el instrumento que se le ha colocado en el cuello no es un cuchillo, sino una regla de plástico, y a pesar de ello alguien da al atacado una pistola cargada. Esto sucede fuera del contexto justificante; quien entrega el arma de fuego no es también un instrumento, y ejecuta una acción que le vincula con el ulterior desarrollo: autoría mediata.

2. Competencia por la condición de instrumento

Baste lo anterior respecto de la competencia por el *comportamiento* de un instrumento. En el ámbito de la segunda de las razones de

competencia, el autor mediato no se encuentra directamente vinculado a la conducta del instrumento, sino que debe responder de ésta porque ha organizado la *condición de instrumento* de éste, y, a través de ello, de modo mediato también la conducta. Desde un principio debería estar claro que una mera causación de la condición de instrumento no basta. Un ejemplo al respecto: intento eliminar la grave plaga de pulgón que aqueja mis flores rociándolas con agua salada, lo que mi vecino, como sé, inmediatamente imita, con la consecuencia, que yo sí he previsto, y él no, de que sus flores (o las de su arrendador), como las mías, mueren. Mientras no haya nada más, en particular, mientras no haya dado al vecino garantía alguna, es asunto suyo si imita mi conducta. Ya en varias ocasiones se ha hecho referencia a la regla básica conforme a la cual la mera causación de la conducta de otro, aunque sea causalidad previsible, no basta en una sociedad de libertades para fundamentar competencia por esa conducta; de lo contrario, se generaría una situación de espionaje mutuo y un sistema de tutorización que asfixiaría toda libertad.

La competencia del hombre de atrás por causación de un defecto de imputación sólo puede generarse si la causación supone un riesgo no permitido, esto es, lesiona el derecho de la víctima de no sufrir tal configuración del mundo. Este es el caso cuando el autor mediato desorienta de modo no permitido al instrumento o no revoca, de modo no permitido, una desorientación existente, o lo coloca de modo no permitido en una situación de justificación, atacándolo antijurídicamente, o lo coacciona mediante una amenaza de muerte para que realice una determinada conducta, o lo embriaga mediante engaño, etc., brevemente: colocándolo de modo no permitido en una situación en la que queda excluida la imputación a su persona. Quien convierte personas en naturaleza responde de lo que la naturaleza pueda hacer.

A este ámbito pertenecen los casos clásicos de autoría mediata, especialmente, aquellos del así llamado dominio por conocimientos superiores y del dominio por coacción. Pero no es decisivo el dominio, sino la competencia. ¿Qué es lo que domina aquel autor mediato que para impulsar sus negocios declara con dolo eventual que cierta esencia por él vendida carece totalmente de efectos nocivos? Se trata de un conglomerado de vagas posibilidades de lo que en algún momento puede generarse como consecuencia lesiva, dependiendo del arbitro de los compradores, que no puede ser calculado. Y a pesar de ello el vendedor responde de lo que pueda producir.

Más aún, para la determinación de la autoría mediata por medio de un instrumento inmerso en error no ha de cuestionarse si éste tiene

conocimientos deficientes, sino si es considerado ignorante. Es el lado normativo, no el lado psíquico (fáctico) el que resulta decisivo. Esto ocurre cuando a pesar de que el instrumento dispone de conocimientos, no forma parte de su rol introducirlos en su actuación. Dicho con un ejemplo: un estudiante de ingeniería de puertos, canales y caminos que trabaja en las vacaciones de peón de albañil pregunta al oficial cómo ha de almacenar determinados materiales; el oficial da instrucciones precisas, que el estudiante cumple, a pesar de que sabe con base en sus estudios que el material se estropeará siendo tratado de ese modo. Sus conocimientos de estudiante no forman parte de su rol como trabajador, y en ese rol no tiene que supervisar al oficial. Por lo tanto, es considerado ignorante; la competencia corresponde al oficial, cuya condena por daños en autoría mediata fracasará, en todo caso, en el lado subjetivo del hecho. De modo completamente paralelo, en el supuesto en el que se amenaza con un peligro para los familiares del instrumento, para la exculpación de éste no es decisivo que sienta temor por el bienestar de sus familiares tanto como por el suyo propio, sino si la eliminación del riesgo es un comportamiento que pueda ser atribuido a su rol como familiar.

Los ejemplos acabados de exponer ponen en claro, eso cabe esperar, frente a quién debe conducirse de modo generador de un riesgo permitido el autor mediato: frente a la víctima. Ciertamente, en casi todos los casos en los que no ocurre que el instrumento de todos modos es la única víctima, ya que sólo se lesiona a sí mismo, al menos potencialmente es una víctima junto con otras víctimas, de manera que también frente al instrumento debe producirse una conducta que genera un riesgo no permitido. Pero en el ejemplo del estudiante que trabaja de peón, es ante todo el propietario del material a almacenar quien tiene derecho a que las personas que lo manipulen no sean informados incorrectamente; o la víctima sobre la que apunta su arma otro tiene derecho a que no se le haga creer a éste que el arma está descargada cuando en realidad sí lo está; y un médico que informa de modo deficiente a su sustituto lesiona un derecho del paciente que sufre a consecuencia de ello un tratamiento defectuoso. Resumiendo, esto no significa otra cosa que las víctimas potenciales tienen derecho a no ser atacadas por el autor mediato, aunque el ataque se produzca en el plano fenotípico por personas, con tal de que tenga lugar en cuanto al genotipo por la naturaleza.

3. Competencia independiente de la conducta, delimitaciones

Pasemos ahora a la tercera razón de competencia por un defecto de imputación en el ejecutor. Se trata de la competencia *independiente* de

una conducta específica respecto de la protección de niños, adolescentes no responsables y personas con enfermedades o defectos psíquicos. A estas personas sólo se les puede ofrecer una integración en la sociedad si todos tienen en cuenta su situación de inferioridad, y por ello cualquiera debe tenerla en cuenta. Quien deja a unos niños una caja de fósforos, se convierte en autor mediato del incendio; quien entrega a una persona aquejada de una enfermedad mental una botella de aguardiente, responde como autor mediato de su autolesión, etc. No es necesario seguir explicando el panorama. Muy probablemente, los detalles se vean configurados en función de las peculiaridades culturales de una sociedad, pero el núcleo de la cuestión está claro.

En el ámbito de la autoría mediata –y también en el caso de la competencia independiente de la conducta, competencia por la protección de personas desvalidas- siempre se trata de tener en cuenta un defecto de imputación concurrente en un sujeto que actúa con posterioridad. Desde esta perspectiva, no puede haber autoría mediata cuando concurra una conducta posterior plenamente responsable, puesto que sólo la causación a través de la naturaleza es una causación directa; y tampoco es necesario que esa autoría mediata exista, puesto que la producción con otras personas responsables puede constituir, a su vez, si se da un nivel suficiente de participación en la configuración, (co-)autoría. El jefe de la banda que lo es no sólo nominalmente es (co-)autor, y por ello no hay necesidad alguna de convertirlo artificialmente en autor mediato por el desvío del dominio de aparatos organizados de poder. Por mencionar el ejemplo más actual: los miembros del Consejo Nacional de Defensa de la extinta y así llamada República Democrática Alemana no fueron autores mediatos –como ha fallado el Tribunal Supremo Federal- de las muertes en la frontera de ciudadanos que huían hacia la República Federal de Alemania, sino coautores.

Finalmente, en lo que se refiere al instrumento doloso pero sin intención y al instrumento doloso sin cualificación, estas figuras son debidas a una dogmática que ha llegado a ser sencillamente escolástica: después de que se alcanzara la conclusión de que un instrumento presenta un defecto de imputación, se constató que también en el caso de estas figuras la imputación es de algún modo deficiente, sin darse cuenta de que el defecto no hay que buscarlo en falta de personalidad de los intervinientes, sino en una formulación restrictiva del tipo. El autor que se apodera de la propiedad como instrumento del hombre de atrás que actúa con intención, esto es travestismo jurídico – todo es correcto, pero está destinado para otra cosa. Sólo se ve superado por la pretendida

autoría mediata de quien ayuda a la ejecución del suicidio, que es atípico. Y es que la competencia y la realización del tipo son dos cosas distintas.

4. Condición parcial de instrumento

Finalmente, respecto de la autoría mediata se abordarán constelaciones de casos en las que el instrumento no pierde por completo su cualidad de persona, por ejemplo, porque yerra de modo *evitable* acerca de la realización del tipo o del injusto correspondiente a su comportamiento, o entra en un estado de mera imputabilidad *reducida* o, siendo un instrumento coaccionado, se equivoca de modo *evitable* no viendo una salida al dilema sin intervenir en bienes ajenos, etc. También en el caso de una justificación *parcial*, el instrumento mantiene parte de su responsabilidad.

Excluiremos desde un principio aquellos casos en los que faltan conocimientos porque la situación no interesa a la persona por razones que jurídicamente no tienen ningún efecto de exoneración: indiferencia frente a los hechos o frente al ordenamiento jurídico. En estos casos, debería imputarse a la persona lo ejecutado por ella sin restricción alguna (lo que es el caso, de acuerdo con el Derecho penal alemán vigente, en lo que se refiere a quien es indiferente frente al ordenamiento, pero no en el caso de quien es indiferente frente a los hechos, o, dicho con mayor precisión, indiferente frente a elementos pertenecientes al tipo; sin conocimiento actual de la realización del tipo, el Derecho penal alemán en todo caso impone una pena por comisión imprudente, mucho más reducida, por regla general, que la que corresponde al hecho doloso; § 16 párr. 1° StGB*). No puede decirse que se trate de un instrumento, a falta de un defecto jurídicamente relevante, y materialmente, respecto de los que intervengan junto al sujeto concurrirá en todo caso una participación en el hecho del sujeto indiferente (participación que de acuerdo con el Derecho alemán se *denomina* autoría mediata, puesto que en el ordenamiento alemán queda excluida la

* El § 16 StGB dispone lo siguiente: "**Error sobre elementos del hecho.** (1) Quien en el momento de cometer el hecho desconoce una circunstancia que forma parte del tipo legal, no actúa con dolo. Queda incólume la punibilidad por comisión imprudente. (2) Quien en el momento de cometer el hecho supone erróneamente que concurren circunstancias que cumplirían el tipo de una Ley más beneficiosa, sólo puede ser penado por comisión dolosa con base en esta Ley más beneficiosa" (n. del t.).

participación en hechos no dolosos). Dicho con un ejemplo: quien juega con otro al fútbol en una galería comercial no es autor mediato de los inevitables daños en el escaparate de una de las tiendas aunque haya pensado en la posible consecuencia conociendo la indiferencia del otro; materialmente se trata de coautoría.

Por lo demás, es decir, fuera de la indiferencia, y dentro de la imprudencia típica y de las competencias correspondientemente reducidas, no hay razón alguna por la que deba optarse por autoría mediata o por participación en el hecho de quien aún es responsable: en la medida en que en la reducción de la competencia se muestre la naturaleza, puede concurrir autoría mediata, y, al mismo tiempo, participación, en la medida en que la competencia residual admita la creación de una comunidad personal. Deben concurrir –como es natural- también los demás requisitos tanto de la autoría mediata como de la participación.

La concurrencia conjunta de autoría mediata y participación genera consecuencias dogmáticas respecto del comienzo de la tentativa. Poner en marcha la naturaleza supone comienzo de la tentativa, la colaboración con un sujeto responsable es aún una labor previa dirigida a un comienzo de tentativa por parte del colectivo. Por consiguiente, en el caso de la doble concurrencia la tentativa comenzará en dos momentos distintos, y eso, de hecho, es correcto: que actúe un sujeto con competencia reducida y que de esa reducción deba responder el autor, en esa medida, en cuanto autor mediato, se externaliza mediante la salida del sujeto de responsabilidad reducida, es decir, del sujeto parcialmente instrumento, de la organización del autor mediato parcial, mientras que el emprendimiento común recién llega más tarde a ese estadio. En la práctica, el comienzo de la tentativa se determinará con base en la línea de imputación que resulte ser la más fuerte.

V. INFRACCIÓN DE UN DEBER

¿Qué ha quedado del dominio del hecho? Para quien actúa solo, no es necesario; éste siempre es señor del hecho, de modo que en esa medida, el dominio del hecho sólo supone una reformulación del actuar único. El problema en este ámbito no es el del dominio del hecho, sino que el problema se formula mediante la pregunta por la competencia por el ulterior desarrollo. Esta competencia puede faltar en casos límite, concretamente, cuando el último en actuar típicamente no tenga capacidad para dominar el riesgo relevante.

La situación no es distinta en lo que se refiere a la autoría mediata. El autor mediato es siempre señor del hecho respecto de la prestación del instrumento (si bien ésta –cosa que aquí queda fuera de consideración- puede constituir a su vez una mera prestación de cómplice: complicidad mediata); por lo tanto, de nuevo se trata de una mera reformulación de la autoría mediata. Ésta es una autoría directa disfrazada, disfrazada porque la persona que actúa fenotípicamente después del autor genotípicamente es naturaleza. El problema es determinar cuándo el hombre de atrás es competente por la configuración de esa naturaleza – cuando anime específicamente a que se configure de ese modo, o cuando deba responder de esa naturaleza, o cuando, en el caso de niños, enfermos y débiles mentales, deba al menos tener en cuenta esa naturaleza. La idea del dominio del hecho no contribuye en nada a la solución.

Cierto residuo lo encuentra el dominio del hecho en la codelincuencia: aquí existe un más o un menos de dominio del hecho, que en su conjunto sólo es poseído por el colectivo. Que en todo caso corresponda una cantidad superior a quienes ejecutan directamente, como dispone el Derecho penal alemán de acuerdo con la interpretación más extendida, no puede asegurarse teóricamente, aunque en la práctica sea el supuesto más común. Previa a la *cuantificación* es la cuestión de quién es interviniente y quién presta una contribución neutral que no lo vincula con el colectivo, es decir, no convierte en también suya la ejecución. La respuesta a esta cuestión decide acerca del salto *cualitativo* entre el interviniente y quien –precisamente- no interviene.

Menos el residuo acabado de mencionar, cuya justificación para el delito de comisión no pretendo poner en duda, el dominio del hecho puede ser disuelto en un concepto normativo, precisamente en el de competencia, y en el caso del delito de omisión ha de recurrirse directamente a la competencia y a la medida de ésta, ya que falta el dominio actual: el omitente podría y debería dominar el salvamento, pero no lo hace. Esta reconducción del problema a competencias y a la medida de éstas alimenta la esperanza de que el parentesco entre los delitos de dominio, que yo prefiero denominar –y ahora la razón debería ser evidente- delitos por competencia en virtud de organización y los delitos de deber sea más estrecho que el existente entre hecho –y el dominio no es más que un dato fáctico- y deber.

Si el concepto central es el de la competencia, y el dominio sólo se refiere a cuestiones cuantitativas, entonces es prácticamente palmaria la siguiente vinculación entre los así llamados delitos de dominio y los delitos de deber:

El sinalagma de libertad de comportamiento y responsabilidad por las consecuencias, la institución elemental de cualquier sociedad de libertades, fundamenta la competencia de toda persona por que su círculo de organización no lesione a otra persona. Que la lesión se produzca a través de la persona sola, o a través de un instrumento humano, es decir, con mediación social en el plano fenotípico, pero en el plano genotípico en última instancia por ella únicamente, o, por el contrario, conjuntamente con otras personas, es indiferente: en todo caso, ha de responderse de la ejecución, aunque no se lleve a cabo de propia mano. Si son varias las personas que intervienen, cabe diferenciar para determinar la responsabilidad en función de la medida de la competencia, y ello, además, tanto en caso de actuar positivo como de omisión, en la medida en que la omisión derive de competencia por organización, es decir, en lo principal, como infracción del deber de aseguramiento en el tráfico, del deber derivado de asunción así como del deber derivado de injerencia.

Junto con este ámbito de los deberes negativos, es decir, de los deberes de no lesionar a otras personas mediante la configuración de la organización propia, existen deberes positivos para la mejora de la situación de otras personas o para la realización de instituciones estatales; estos son deberes, sin embargo, que en cuanto deberes positivos tienen como presupuesto, necesariamente, un autor que desempeñe un rol especial: los padres frente a sus hijos, funcionarios, jueces y otros. La infracción de esos deberes positivos da lugar a los delitos de deber, como se esbozó al principio de esta ponencia. En los delitos de deber, la autoría no se infiere del dominio del hecho, ya que su contenido no es la usurpación de libertad ajena, al menos no lo es *per se*, sino la falta de cuidado por una persona o una institución del Estado, dicho de otro modo, la competencia por no mejorar su situación.

Con esto queda identificada la línea de unión: lo decisivo es la competencia; en los delitos en virtud de competencia por organización, una competencia por el empeoramiento de otra organización (infracción de un deber negativo), y en los delitos de deber, una competencia por no mejorar la situación (infracción de un deber positivo, lo que –desde luego- abarca el empeoramiento).

Los así llamados delitos de dominio son delitos comunes; por ello puede haber en ellos reparto de tareas. Los delitos de deber son delitos especiales. Puede que haya reparto de tareas, el sujeto afectado por el deber especial puede pedir sugerencias y dejarse ayudar, pero lo característico es la separación de roles: todo obligado por el deber especial

y sólo él es el obligado, y quebranta su deber ya por medio de la más mínima aportación activa o por la menor omisión. Esto, desde luego, no significa que su infracción del deber siempre pese más que las aportaciones de personas externas. Dicho con un ejemplo: cuando unos *extranei* convencen a un administrador de un patrimonio, que ya está en estado de senilidad y sólo presenta una imputabilidad reducida, para que administre de modo desleal, puede ser que la competencia de aquellos sea más intensa que la suya. Y con mayor razón puede suceder en el caso de varias infracciones de deberes especiales que conducen a una realización del tipo que entre los distintos sujetos que infringen sus respectivos deberes haya que diferenciar en una medida que se corresponda con la distinción entre autores y partícipes en los delitos comunes. Dicho también en este caso con un ejemplo, cualquier funcionario penitenciario debe ocuparse de que los internos no se fuguen; pero si todos miran hacia otro lado, el injusto del director, autorizado a emitir instrucciones, probablemente sea *ceteris paribus* superior al del último de los subordinados. Con ello se ha dado respuesta a la cuestión planteada al principio de qué es lo que es el elemento análogo a la cuantificación en función de la medida del dominio del hecho en los así llamados delitos de dominio: la jerarquía de los obligados.

He llegado al final. Como Vdes. han percibido, no pongo en duda que en las infracciones de los deberes derivados de competencia por organización quepa encontrar grandes señores y figuras marginales, o, si así se quiere, señores del hecho y hombrecillos del hecho; pero dudo que eso sea algo más que una diferencia cuantitativa, del mismo modo que en el ámbito de los delitos de deber, la diferenciación en la jerarquía de sujetos de mayor rango y de menor rango sólo conduce a una diferencia cuantitativa en el deber. Quien asuma esto, puede volver a vincular los delitos comunes, es decir, los así llamados delitos de dominio, y los delitos especiales, los delitos de deber: en todo caso se trata de la fundamentación de competencias, sea por el empeoramiento de una situación, sea por no mejorarla.

UNIDAD III: AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

2) ROXIN, Claus, Autoría y dominio del hecho en Derecho penal, traducción de la sexta edición alemana por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Madrid 1998.

CLAUS ROXIN

AUTORÍA Y DOMINIO DEL HECHO EN DERECHO PENAL

Traducción de la séptima edición alemana
por Joaquín Cuello Contreras
y José Luis Serrano González de Murillo
(Universidad de Extremadura)

Prólogo de
Manuel Cobo del Rosal

MARCIAL PONS, EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES, S. A.
MADRID 2000 BARCELONA

Quedan rigurosamente prohibidas, sin la autorización escrita de los titulares del «Copyright», bajo las sanciones establecidas en las leyes, la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio o procedimiento, comprendidos la reprografía y el tratamiento informático, y la distribución de ejemplares de ella mediante alquiler o préstamo públicos.

© Claus Roxin, *Täterschaft und Tatherrschaft,* 7.ª edición, 1999
Walter de Gruyter & Co.

© Joaquín Cuello Contreras
José Luis Serrano González de Murillo

© MARCIAL PONS
EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES, S. A.
San Sotero, 6 - 28037 MADRID
☎ 91 304 33 03

ISBN: 84-7248-794-6
Depósito legal: M. 28.902-2000

Fotocomposición: INFORTEX, S. L.

Impresión: CLOSAS-ORCOYEN, S. L.
Polígono Igarsa. Paracuellos de Jarama (Madrid)
MADRID, 2000

A mi mujer
y a Lucio y Olga Monaco

PRÓLOGO

Constituye para mí un motivo de gran satisfacción presentar hoy la traducción de la obra del Prof. Dr. Claus ROXIN, Autoría y dominio del hecho, *que, a principios de los años sesenta, fue su trabajo de habilitación para acceder a la Cátedra de Derecho penal. Dicha obra se publicó en alemán en 1963 y, posteriormente, ha sido objeto de diferentes actualizaciones hasta llegar a seis ediciones, con la finalidad de reflejar la evolución de la doctrina científica y jurisprudencial alemanas sobre los problemas de la autoría en los últimos treinta años, como el propio autor subraya en el* Prefacio *a esta traducción al español. Y antes de nada debo felicitar, muy cordialmente, al Prof.* CUELLO CONTRERAS *y al Dr.* SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO *por haber llevado a feliz término una traducción, tan sumamente ardua, como también hicieron en su día con la obra de Günther* JAKOBS, Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación, *publicada igualmente por Marcial Pons (Madrid, 1997). Felicitación, pues, por tan minucioso y delicado trabajo, y gratitud por el mismo. Es mucho más noble realizar una traducción al español, que no «tijeretear» obras de idioma extranjero, haciendo como si fueran suyas las ideas desarrolladas en aquéllas. La actividad de traducción la he calificado de noble y la segunda es, desde luego, como mínimo, indecente.*

La verdad es que el Prof. Claus ROXIN *no necesita ninguna presentación para los cultivadores de la Ciencia penal española. Su pensamiento es muy conocido a través de aquellos que continuamente le citaban y asumían sus tesis desde hace más de cuarenta años, así como por los numerosos discípulos españoles que el Prof.* ROXIN *ha tenido la generosidad de acoger en su Cátedra de Derecho penal de la Universidad de Múnich. Debo destacar, sin duda, que, por tratarse de una verdadera autoridad de la Ciencia penal, el Prof.* ROXIN *fue investido, hace pocos años, Doctor* honoris causa, *entre otras, por la Universidad Complutense de Madrid, a propuesta del Departamento de Derecho penal, al que pertenezco. Un doctorado* honoris causa *en modo alguno convencional, ni nada que se le parezca, pues lo fue por méritos propios y por su amplio y fructífero magisterio en la Ciencia de los delitos y de las penas, sin olvidar tampoco sus trabajos sobre Derecho procesal penal.*

Sin entrar en este momento en concretos detalles con respecto al pensamiento jurídico-penal del Prof. Roxin en la Ciencia penal del siglo xx, sin duda debe destacarse que haya prestado continua atención al desarrollo de una dogmática penal precisa que, al mismo tiempo, se conciba conforme a la idea de fin, es decir, de la Política Criminal, que, sólo tras él, dejó de ser la acompañante fiel y crítica de la dogmática para pasar a ocupar un punto focal de su elaboración, inspirando a categorías tenidas hasta entonces por puramente lógicas (todo lo más orientadas a vagas ideas de valor) como las fundamentales de la tipicidad, la antijuricidad y la culpabilidad, y sobre todo esta última, a la que él, como nadie, ha sabido renovar (en esa dirección) en numerosos trabajos.

Con independencia de la profundidad de su pensamiento jurídico-penal, asimismo debe subrayarse que, en todas sus obras, ha practicado la llamada Elegantia iuris criminalis Scientia, *con lo que ha conseguido una gran claridad, exclusiva de aquellos que dominan los problemas y la materia, lo que, desde luego, ha contribuido, indudablemente, a la expansión y persuasión de sus contribuciones científicas.*

La oportunidad de esta traducción, muy dificultosa, dada su extensión, para una monografía (probablemente la causa de que hasta ahora nadie se hubiera atrevido con ella), se deduce del hecho de que, además de representar el culmen de la versión de la obra de Roxin al castellano (era la única obra importante de Roxin que faltaba por traducir), es demostración de que el pensamiento dogmático o es exhaustivo y detallado, conforme a principios claros llevados hasta sus últimas consecuencias en el caballo de batalla de la exégesis legal y la aplicación por los Tribunales, o no es nada. Puede afirmarse, en síntesis, que del Prof. Roxin, en Alemania o España, donde quiera que se le lea como representativo de lo mejor de la mejor doctrina penalista, siempre se dirá que introdujo la Política criminal en el seno de la dogmática brillantemente, es cierto; pero en lo que se le tratará de emular es en escribir una obra como Autoría y dominio del hecho. *Y se admirarán ambas cosas.*

De Autoría y dominio del hecho *del Prof. Roxin puede decirse que hay un antes y un después en la problemática abordada. El Prof. Roxin, ya en la temprana fecha de su primera edición, 1963, puso orden en una materia como la autoría que, pese a su importancia y significado práctico, estaba llena de contradicciones doctrinales y jurisprudenciales. El hecho de que, con posterioridad, el autor asumiera la ardua labor, insólita en una monografía, de proceder a actualizaciones periódicas de su obra en los aspectos doctrinal y jurisprudencial no ha hecho sino engrandecerla.*

En cuanto al método, al que el autor otorga un papel muy importante y numerosas páginas, acierta plenamente, siendo ésa probablemente la clave de su éxito, al situarse sobre unas premisas atentas a la vez a los aspectos ontológicos y valorativos de la materia, sólo de cuyo buen ensamblaje depende el correcto tratamiento del asunto, diríamos que de todo asunto jurídico-penal,

especialmente importante en materia de autoría y participación, donde el legislador no puede ni debe forzar estructuras del ser, en este caso la intervención de varios en un hecho (delictivo), pero sí someter y explicar desde lo que es la normación de la realidad por el Derecho penal y sus fines. El hecho de que, a su vez, la materia de la autoría esté interrelacionada con prácticamente todos los restantes capítulos de la teoría del delito desde la perspectiva de la autoría da cuenta de la magnitud de la obra.

El Prof. Roxin es el artífice de los cuatro criterios, decisivos desde entonces, para sistematizar la autoría, inspirados, a su vez, en el macroconcepto, ya entonces existente pero de contenido raquítico y contradictorio, del dominio del hecho, *constituidos por el dominio de la acción (para los delitos de propia mano o autoría directa), dominio de la voluntad y del conocimiento (para la autoría mediata) y dominio funcional (para la coautoría).*

Por lo que se refiere a la autoría mediata, una de las problemáticas más difíciles y amplias de la teoría del delito, la aportación de Roxin es gigantesca en extensión y profundidad, siendo en ella más claro todavía el antes y el después del Prof. Roxin, pues con su distinción entre el dominio de la voluntad y el dominio del conocimiento y la introducción, dentro del primer bloque, del principio de la responsabilidad como criterio de imputación del autor, ha determinado la exégesis doctrinal y jurisprudencial posterior, en la que ha alentado, muestra de su grandeza, un debate que ha ido más allá de lo que él se propuso. Y, en cuanto a la coautoría, puede decirse categóricamente que sólo él ha logrado delimitar, lo que antes no ocurría pese a su importancia práctica, la autoría de la participación, punto, éste, en el que ha sido aceptado unánimamente.

*Al Prof. Claus Roxin se le debe también, siendo bastante conocido por ello, el haber sabido desentrañar la problemática de la autoría en los delitos consistentes en la infracción de un deber, y las consecuencias a deducir de ello, habiéndose anticipado, en un alarde de ingenio, a cuestiones que posteriormente, con la creciente funcionalización del Derecho penal, se han derivado de la paulatina y a mi juicio criticable introducción en los Códigos penales de este tipo de delitos, en los que tanto lo comete quien actúa como quien no impide que otro lesione el bien jurídico, siendo en ambos casos autor (*nunca *mero partícipe). Como asimismo ha sabido encontrar, en íntima relación con lo anterior, una explicación a las peculiaridades de la autoría en los delitos de omisión, en la línea expuesta unos años antes por Armin Kaufmann, y a la problemática de la participación activa en estos delitos en brillante polémica con este último autor citado.*

No obstante, existen afirmaciones muy concretas en el pensamiento del Prof. Roxin que, por nuestra parte, no podemos compartir, como son la muy dudosa solución que ofrece para la autoría en el caso del autor directo que actúa con dolo pero sin intención, o su intento, que creemos fallido, de fundamentar una autoría mediata en base a aparatos organizados de poder, y

que sólo son pequeñas objeciones que sólo corroboran la muy relevante, y desde luego brillante culminación de sus propósitos.

Por último, quiero expresar mi gratitud a la Editorial Marcial Pons, y muy especialmente a don Juan José Pons, por la generosa y amable acogida para aquellas propuestas de publicación que, como ésta, viene editando en clarísimo beneficio de la Ciencia penal española y una mejor aplicación del Derecho penal español, pues no se olvide que, si la primera tiene alguna finalidad, es la de conseguir decisiones judiciales más justas, como desde siempre he venido insistiendo.

Manuel COBO DEL ROSAL
Catedrático de Derecho Penal
y Presidente del Instituto de Crimonología
de la Universidad Complutense de Madrid

PREFACIO

Es para mí un honor, en el terreno científico, y un motivo de gran alegría, que mi trabajo de habilitación para la cátedra sobre «Autoría y dominio del hecho» aparezca ahora en español. Esta obra se publicó ya en 1963, pero se ha ido actualizando para adaptarse al desarrollo de la doctrina y la jurisprudencia mediante un apéndice renovado y aumentado en seis ediciones (la última, de 1994), reflejando así la evolución de la doctrina alemana de la autoría en los últimos treinta años.

En ese período, la obra ha ejercido algún influjo en la doctrina de la autoría en Alemania (así como en otros países), y espero que sea provechosa para la ciencia penal y para los juristas españoles. El art. 28 del nuevo Código Penal español se asemeja mucho a la regulación del Derecho alemán. Creo, pues, que en la interpretación de los respectivos preceptos tendremos problemas comunes y elaboraremos soluciones comunes o al menos pondremos en práctica un fructífero intercambio de ideas. Al respecto puede prestar esta obra una modesta contribución, y me alegraría sobremanera que encontrara una amable acogida en el lector español.

Quisiera manifestar mi agradecimiento a mis estimados colegas CUELLO CONTRERAS y SERRANO GONZÁLEZ, que han asumido el arduo trabajo de la traducción, culminándolo en plazo bastante breve. Asimismo, agradezco a la editorial Marcial Pons (Madrid) por incluir esta obra en su programa editorial y a mi editorial alemana (Walter de Gruyter) por su colaboración siempre magnífica, también en esta oportunidad.

Múnich, octubre de 1998.

Claus ROXIN

NOTA DE LOS TRADUCTORES

Si bien no se han incorporado a la obra anotaciones de Derecho penal español, por juzgarlo innecesario, sí se ha añadido la traducción, normalmente a pie de página, de los preceptos del Código Penal alemán (tanto el anterior como el actual), cuyo tenor literal se ha considerado necesario tener presente para una completa comprensión del texto. Allí donde bastaba, simplemente se ha indicado entre paréntesis el contenido del respectivo precepto.

Queremos expresar nuestra gratitud al Prof. COBO DEL ROSAL, por cuya mediación pudo iniciarse una fructífera línea de colaboración con esta prestigiosa editorial, y a Juan José Pons, editor, por haber acogido esta obra señera entre sus publicaciones jurídicas. De la favorable acogida por el público de habla española da prueba la publicación de esta segunda edición, realizada a partir de la séptima alemana.

Joaquín CUELLO CONTRERAS
Catedrático de Derecho Penal
Universidad de Extremadura

José Luis SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO
Profesor Titular de Derecho Penal
Universidad de Extremadura

PRÓLOGO A LA SÉPTIMA EDICIÓN ALEMANA

La séptima edición de Autoría y dominio del hecho *es la última que pude culminar en mis años de servicio activo, que concluía en el otoño de 1999. Esta obra, que se publicó por vez primera en mi toma de posesión en Gotinga en 1963 me ha acompañado, pues, desde el principio hasta el fin de mi actividad docente y me va a seguir ocupando como profesor emérito.*

Al igual que en ocasiones anteriores, sólo he reelaborado la «Parte final» (pp. 589-758), pero de manera tan exhaustiva que ha llegado a alcanzar la extensión de una monografía. Por una parte, ello se debe a la evolución de la jurisprudencia. La sentencia BGHSt *40, 218 recogió la figura jurídica, desarrollada por mí (pp. 269 ss.), del «dominio de la voluntad en virtud de maquinarias de poder organizadas», dando lugar así a ulteriores sentencias relativas a la autoría mediata y a gran número de tomas de posición doctrinales. Todo ello había que procesarlo y valorarlo críticamente. Por otra parte, la doctrina de la autoría y la participación, en general, ha vuelto a experimentar en los últimos años una gran animación. El dominio del hecho, el principio de la autonomía, los delitos de infracción de deber, los de propia mano y planteamientos absolutamente divergentes son objeto de nuevos debates. He intentado reflejar estas tendencias y, tomando postura, estimular la controversia científica. También se documenta y analiza profusamente la jurisprudencia de los últimos años. Así pues, la obra no sólo contiene mi "antigua" concepción, sino que también refleja el estado actual de la doctrina de la autoría.*

La sexta edición de esta monografía ha aparecido publicada, a finales de 1998, bajo el título de Autoría y dominio del hecho en Derecho penal, *traducida al español por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo (editorial Marcial Pons, Madrid y Barcelona). Agradezco a todos los que lo han hecho posible, principalmente, como es natural, a mis traductores. Cabe esperar que así se vea impulsado el debate internacional, ya en curso, sobre la autoría y la participación.*

Me siento agradecido asimismo a quienes me han ayudado en esta nueva edición: Ante todo, a mis Ayudantes, el Dr. Harald Niedermair, imprescindible redactor y consejero, así como Christoph Knauer; también a mi secretaria, Moni-

ka Seebeck, así como a mis estudiantes colaboradores, especialmente a Verena Sabaß, pero también a Michael Rothärmel y Tobias Zwingler. Debo agradecer asimismo a la Dra. Dorothee Walther, a cuyo ejemplar cuidado está desde hace ya muchos años esta obra en la editorial De Gruyter.

Múnich, abril de 1999

Claus ROXIN

PRÓLOGO A LA SEXTA EDICIÓN

La quinta edición estaba agotada ya desde el verano de 1993. Con cierto retraso, puedo presentar, por fin (treinta y un años después de haber aparecido la primera), la sexta edición. El apéndice, actualizado y ampliado de nuevo (pp. 587-714), trata la evolución de la jurisprudencia relativa a la delimitación entre autoría y participación, continuando el análisis de ediciones anteriores, relativo a las sentencias de la posguerra, mediante una exposición comentada de todas las sentencias del Tribunal Supremo Federal (BGH) dignas de mención, de los años 1989 a 1993. Por desgracia, en esta labor no pude tener en cuenta, debido a razones editoriales, la Sentencia de 26 de julio de 1994 (AZ: 5 StR 98/94), en la que por vez primera asume la figura jurídica, desarrollada por mí, de la «autoría mediata en virtud de aparatos de poder organizados» (cfr. *al respecto en esta obra pp. 267-278, 691 ss.). Asimismo, en la medida en que lo han permitido las limitaciones de espacio, he intentado evaluar críticamente los nuevos esfuerzos de la doctrina que en estudios monográficos se ha ido ocupando crecientemente de la teoría de la autoría.*

Por su colaboración en preparar esta nueva edición he de expresar mi agradecimiento ante todo al Profesor Christian Jäger.

Múnich, abril de 1994

Claus ROXIN

PRÓLOGO A LA QUINTA EDICIÓN

La cuarta edición se agotó con más rapidez que la segunda y la tercera, reflejándose así la creciente actualidad que la delimitación entre autoría y participación ha ido ganando en los últimos años. No sólo se han dedicado al tema varias monografías nuevas, sino que el BGH *ha dictado en los últimos cinco años más sentencias (algunas innovadoras) relativas a las formas de participación que en los veinte años anteriores. Con esta evolución, que —en conjunto— muestra la creciente importancia de la doctrina de la autoría también en la praxis, he polemizado en la «parte final de 1989» (pp. 546-665), nuevamente elaborada, que en consecuencia ha resultado notablemente más extensa que las partes finales de las ediciones precedentes. En cambio, el cuerpo de la obra (pp. 1-545), como siempre, ha permanecido intacto.*

Agradezco sinceramente su ayuda en la preparación de esta edición a mis colaboradores, ante todo a los Dres. Aristotelis Charalambakis y Manfred Heinrich, así como a los Sres. Frank E. Bertling, Hans Neft, Harald Niedermair y Hans Schlüter.

Múnich, abril de 1989

Claus ROXIN

PRÓLOGO A LA CUARTA EDICIÓN

El 1 de enero de 1975 entró en vigor una nueva Parte General de nuestro Código penal. El único precepto que se ocupa de las formas de aparición de la autoría, el nuevo § 25 StGB, sin embargo, no ha hecho envejecer la presente obra. Por el contrario, después de que el legislador haya codificado, esbozándolas, la autoría directa, la autoría mediata y la coautoría de la forma que ya subyacía en los primeros Proyectos desde 1959 y que asimismo se preconizaba desde el principio en esta monografía, en absoluto ha perdido significado el esfuerzo por concretar y configurar en cuanto a su contenido estas tres figuras jurídicas, así como su delimitación con respecto a la participación. La presente exposición incluso ha ganado actualidad, porque el nuevo precepto, al igual que ya se establecía en la fundamentación del Proyecto de 1962, del mismo tenor literal en este aspecto, da «espacio a la idea del dominio del hecho» y probablemente a la larga abra el camino para que también la jurisprudencia se desligue de la subjetivista teoría del animus *en favor del principio del dominio del hecho, al que aquí se considera determinante.*

En esta cuarta edición, al igual que ya en la tercera, se ha suprimido el capítulo undécimo original. Por lo demás, contiene en sus pp. 1-545 el texto intacto de las tres primeras ediciones. He renunciado a "reelaborar", porque ello siempre entraña, en monografías, una injerencia en la sustancia, debido a que la armonía de la concepción original suele resentirse por retoques posteriores o por excursos ulteriores. En lugar de ello, me pareció más fructífero actualizar el libro con arreglo a la legislación, jurisprudencia y doctrina más recientes, mediante un epílogo añadido (pp. 546-635), relativamente pormenorizado. En éste, no sólo he interpretado la nueva situación legislativa y continuado el análisis de la jurisprudencia de nuestro alto Tribunal hasta la fecha, sino que me he esforzado por presentar a grandes rasgos la evolución doctrinal de los veinte años transcurridos desde la primera edición, y por polemizar con ella mostrando mi aprobación o desacuerdo, contribuyendo así a hacer avanzar el diálogo sobre los problemas aún controvertidos de este ámbito jurídico.

Agradezco sinceramente a la Sra. Romy Gebhart por la revisión del epílogo y del índice de materias.

Múnich, noviembre de 1983

Claus Roxin

PRÓLOGO A LA PRIMERA EDICIÓN

La presente obra quedó concluida, en sus partes esenciales, en la primavera de 1962. Sin embargo, fue posible aprovechar para la publicación la doctrina y la jurisprudencia de hasta el 1 de enero de 1963 (en casos concretos, incluso posterior).

He de expresar mi agradecimiento más sincero a quienes me han apoyado en mis esfuerzos; en primer lugar, mi estimado maestro Heinrich Henkel, que ha dirigido mi formación científica con bondad e implicación siempre afectuosas; asimismo, a la Deutsche Forschungsgemeinschaft, por cuya generosa ayuda ha sido posible la impresión y rápida publicación de esta obra. De aquellos que han estado a mi lado al realizar la labor querría mencionar por su nombre únicamente a dos: Al Asesor Judicial Dr. Rudolphi, que ha realizado principalmente el trabajo en el índice de materias, y a mi esposa, que me ha dado muchos y válidos consejos de fondo y que ha soportado casi en solitario el engorro de corregir las pruebas.

Gotinga, junio de 1963

Claus ROXIN

§ 1. INTRODUCCIÓN

El Código penal alemán (StGB) vigente distingue, con respecto a los sujetos que intervienen en el delito, entre autores, inductores y cómplices (§§ 47 ss.), y asimismo en el Derecho penal futuro va a mantenerse esa división trimembre (*cfr.* §§ 29 ss. del Proyecto de 1962). A pesar de una amplia jurisprudencia y de una doctrina inabarcable que se remonta hasta el pasado siglo, a pesar del rico material de la práctica y de numerosas y sutiles teorías, sin embargo, hasta hoy no se ha conseguido delimitar satisfactoriamente estas formas de participación entre sí. «La teoría de la participación [1] es el capítulo más oscuro y confuso de la ciencia penal alemana», se lamentaba KANTOROWICZ [2] ya en 1910; BINDING [3] hizo propia esa frase poco después y todavía en la sesión de la Gran Comisión de Derecho penal de 3 de febrero de 1955 se refería Richard LANGE [4] a la expresión para explicar las posturas absolutamente contrapuestas que surgieron en el debate.

Irreconciliables se opusieron las posturas a lo largo de decenios. El Tribunal del Imperio (RG) se mantuvo imperturbable hasta el final en la llamada teoría subjetiva de la participación [5], desarrollada por él ya en las primeras sentencias, forzando así a la doctrina a una crítica de vehemencia poco común. Aunque, por ejemplo, Max Ernst MAYER [6] tildó a esta teoría de «tergiversación sofística de la ley imposible de superar», y BELING [7] la calificó de «puro producto de la fantasía, situada al margen de la ley y que en sus resultados a menudo la fuerza», y aunque ROSENFELD [8] ya consideró en 1930 que no merecía la pena refutarla, la jurisprudencia ni siquiera tomó nota de los múltiples argumentos de sus críticos. Por otra parte, tampoco ninguna

[1] En sentido amplio, incluyendo a la autoría, tal como se caracteriza en el epígrafe del capítulo tercero.

[2] *Aschaffenburgs Monatsschrift (= Monatschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform),* año 7.º, 1910, p. 306.

[3] *Abhandlungen,* p. 253.

[4] Cfr. *Actas,* t. 2.º, p. 96.

[5] Fundamentales son las sentencias *RGSt,* 2, 160-164; 3, 181-182.

[6] *Lehrbuch,* p. 402.

[7] *Gerichtssaal,* t. 101, 1932, p. 10.

[8] *Frank-Festgabe,* II, p. 169.

de las numerosas opiniones heterogéneas pudo imponerse en la ciencia penal a la larga [9].

En este frente casi inmóvil sólo en los últimos veinticinco años ha vuelto a verse animación. La teoría del «dominio del hecho final» preparada por LANGE [10], desarrollada ampliamente por primera vez por WELZEL [11] en sus *Estudios acerca del sistema del Derecho penal* y luego articulada especialmente por GALLAS [12], se encuentra desde entonces en el centro de la discusión. Encontró en seguida numerosos partidarios en la doctrina, y actualmente puede calificarse casi de dominante [13]. También el BGH ha asumido el término «dominio del hecho» en varias sentencias [14], reflexionando incluso sobre si no habrá que hacer prevalecer a esta teoría sobre la teoría subjetiva, dominante desde siempre en la jurisprudencia [15]. Las propias Exposiciones de Motivos de los últimos Proyectos de Código penal trabajan con el criterio del dominio del hecho [16], ni que decir tiene que sin querer fijar en la ley esta teoría.

Sin embargo, tampoco faltan voces escépticas. Así, por ejemplo, opina ENGISCH [17] que el concepto de dominio del hecho no lleva significativamente más allá que otras ideas afines, más antiguas; BAUMANN [18] dice que «no se ha hallado en el dominio del hecho un criterio novedoso y autónomo»; HARDWIG [19] considera que el concepto de dominio del hecho no es «el punto final de la agudeza teórica», y SCHWALM [20] entiende que la sustitución de la «voluntad de autor» por el «dominio del hecho» supone simplemente un cambio entre conceptos igualmente carentes de contenido. Precisamente en las últimas deliberaciones de la Comisión de Derecho penal la opinión resignada de que nunca se vaya a encontrar una delimitación viable de las formas de participación ha vuelto a propiciar que se reclame el concepto unitario de autor [21].

Este estado de cosas justifica abordar directamente el ámbito de problemas en su conjunto y examinarlo a fondo de nuevo, incluyendo los conocimientos adquiridos en los últimos decenios. Obedece a la importancia que ha alcanzado la teoría del dominio del hecho y a la circunstancia de que

[9] Cfr. al respecto pormenorizadamente *infra* pp. 52-77.
[10] *Der moderne Täterbegriff,* 1935.
[11] *ZStW,* t. 58, 1939, pp. 537 ss.
[12] *Gutachten,* 1954, pp. 121 ss.; número especial Atenas, 1957, pp. 3 ss.
[13] Al respecto, con pormenores, *infra,* pp. 87-88.
[14] Al respecto, la recopilación, *infra,* pp. 109-125.
[15] Cfr. *BGHSt,* 8, 395.
[16] Cfr. Proyecto de 1958, p. 36; Proyecto de 1960, p. 139; Proyecto de 1962, pp. 147-48.
[17] *ZStW,* t. 66, 1954, p. 383.
[18] *JZ,* 1958, p. 232.
[19] *GA,* 1954, p. 353.
[20] *Actas,* t. 2.º, p. 89.
[21] SCHWALM, *loc. cit.,* p. 90; KRILLE, *Actas, loc. cit.,* p. 99.

hasta ahora no se le ha dedicado ninguna valoración monográfica pormenorizada, que esta teoría —su posición en la evolución de la doctrina de la autoría y el alcance de sus puntos de partida— haya de acaparar en esa tarea el mayor espacio. De todos modos, la labor no puede limitarse a ella, pues dado que se trata de estudiar los conceptos de autoría y participación necesitan atención también todas las demás teorías, en tanto que sigan teniendo trascendencia.

De ahí surge una dificultad para la exposición. En efecto, como la doctrina sobre el tema, desde comienzos del siglo pasado, es casi inabarcable por su magnitud, no resulta posible ni razonable reflejar con igual extensión absolutamente todo lo que se ha dicho, para sólo después de una historia doctrinal tan extenuadoramente amplia como enmarañada agregar la propia opinión. La exhaustividad de las fuentes sólo se ha perseguido al tratar el dominio del hecho. En lo demás ha habido que cribar todo el material histórico, teniendo presente qué es lo que aún hoy brinda puntos de partida provechosos para la doctrina de la autoría y es esencial para entender su evolución. Por eso es necesario elaborar al principio del tratado algunos puntos de vista metodológicos rectores en la determinación del concepto de autor y que puedan ofrecer un baremo para ordenar y clasificar todas las posturas, que por su multiplicidad confunden. Así, en el estudio no están separadas la exposición de la historia doctrinal, la crítica realizada de la mano de parámetros superiores y la evolución de un concepto de autor adecuado, derivado de ahí, sino que están entretejidos, de manera que cada parte sirve simultáneamente a los tres fines y la solución propugnada se va desvelando a lo largo de la exposición, conforme avanza el curso de las ideas. El que tal modo de proceder sea fructífero o no bien puede demostrarlo el texto que sigue.

Anticipemos dos indicaciones materiales más: el tratamiento del concepto criminológico de autor no forma parte del tema de este estudio. Y se ha renunciado a investigar en capítulo aparte el Derecho comparado, dado que en este ámbito ya existen varias exposiciones esmeradas aparecidas en los últimos tiempos [22].

[22] DIETZ, *Täterschaft und Teilnahme im ausländischen Strafrecht,* 1957; STRAUB, *Täterschaft und Teilnahme im englischen Strafrecht,* 1952; BENAKIS, *Täterschaft und Teilnahme im deutschen und griechischen Strafrecht,* 1961.

CAPÍTULO PRIMERO

PUNTOS DE PARTIDA METODOLÓGICOS

Para determinar el concepto de autoría y delimitarlo con respecto a las demás formas de intervención cabe emprender distintas vías, que influyen en el resultado en cierta medida, que se detallará más adelante. Así pues, a fin de no incurrir en planteamientos unilaterales acríticos y de no excluir de entrada determinadas soluciones individuales hay que ser consciente del método seguido en el modo de proceder.

El problema de la autoría nunca ha estado en el centro de interés del debate sobre la metodología jurídico-penal. Y, sin embargo, también en este aspecto parcial de la dogmática es posible rastrear los giros a los que se ha visto sometido el pensamiento jurídico-penal bajo el influjo de las corrientes de las ciencias culturales.

§ 2. TEORÍAS CAUSALES DE LA AUTORÍA

Los primeros decenios de vigencia del Código penal alemán coincidieron con el positivismo naturalista, que sometía las ciencias del espíritu a las ideas de las ciencias naturales y pretendía reducir los fenómenos jurídicos a meros cursos causales y a concatenaciones causales de diversas clases [1]. Lo cual significa, trasladado a la doctrina de la autoría y la participación, que el Derecho penal se ocupa de las distintas personas intervinientes en un delito primordialmente desde el punto de vista de su aportación causal a producir el resultado.

Acerca de este extremo existía amplio acuerdo, al margen de la diferencia de resultados. Von BAR no hizo más que formular la concepción básica de aquella época al escribir [2]: «La doctrina de la participación... cabe con-

[1] Cfr., con respecto a los fundamentos histórico-intelectuales, WELZEL, *Naturalismus und Wertphilosophie*, pp. 1-40.

[2] *Die Lehre von Kausalzusammenhange*, 1871, p. VII.

siderarla como aplicación específica de la doctrina de la causalidad.» Los principales representantes de las teorías subjetivas y objetivas, vivamente enfrentadas, v. BURI y BIRKMEYER, coincidían en que únicamente el concepto causal podía conducir a resolver la problemática de la autoría y la participación. «La doctrina de la causalidad es clave para resolver la participación», escribía v. BURI [3], y BIRKMEYER, en su monografía de amplio alcance [4], daba por sentado sin más que «la doctrina de la participación tiene como base científica la doctrina de la causalidad».

Como es evidente, este punto de partida metodológico deja margen para soluciones completamente distintas. Cabe clasificar las concepciones, defendibles a partir de éste, en dos grandes grupos que se distinguen en que o bien se consideren equivalentes todas las condiciones del resultado, o bien se crea poder reconducir cada una de las formas de participación a distintas formas de causación.

Para la primera concepción, que sostiene la equivalencia de todas las condiciones, es obvio negar la diferencia entre autores, cómplices e inductores y partir del concepto unitario de autor. Así leemos, por ejemplo, en v. LISZT, aún en la última edición a su cargo [5]: «Del concepto de causa se deriva que cualquiera que, al aportar una condición del resultado producido, participa en éste, ha causado el resultado; que como todas las condiciones del resultado son equivalentes, no existe diferencia conceptual alguna entre cada uno de los que participan en la producción del resultado...» La única solución coherente a partir de ahí, esto es, la renuncia a establecer distintas formas de participación, estaba descartada por la diferenciación plasmada en la ley. El concepto unitario de autor, pues, sólo era posible mantenerlo como exigencia *de lege ferenda*. Lo cual venía ilustrado por HEIMBERGER [6], que al margen de las exigencias político-criminales de la escuela de LISZT, derivaba la autoría unitaria únicamente de la doctrina causal, deduciendo de ésta: el legislador «no puede obligarme a distinguir allí donde me falta la capacidad de distinguir».

Sobre la base del Derecho vigente, si se quería permanecer fiel al planteamiento causal, coherentemente sólo quedaba la posibilidad de desplazar al aspecto subjetivo las diferencias entre las formas de participación [7], pues si sólo se tenía en cuenta el curso causal —por mor de la ley, de la que se partía— y se consideraban equivalentes todas las condiciones, el aspecto objetivo del hecho no ofrecía en absoluto posibilidad de distinguir entre distintos partícipes.

[3] *Über Kausalität und deren Verantwortung,* 1873, p. 102.

[4] *De Lehre von der Teilnahme und die Rechtsprechung des Deutschen Reichsgerichts,* 1890, p. 5.

[5] *Lehrbuch,* 21.ª y 22.ª eds., 1919, p. 204.

[6] *Mitteilungen,* pp. 534-540 (538).

[7] El propio v. LISZT, como es sabido, no ha ido por ese camino.

Por eso, el método causal, sobre la base de la teoría de la equivalencia, tuvo que conducir, hasta cierto punto de modo forzoso, a la teoría subjetiva de la participación, tal como con tan gran éxito —es sabido— la desarrolló von BURI [8]. Cuando éste dice que la teoría subjetiva no reconoce una relevante diferencia de la eficacia (del autor [9] y del cómplice), hasta el punto de «que su propia existencia está condicionada por la equivalencia de la efectividad del autor y del cómplice» [10], ello pone de relieve que para él su teoría de la participación debe su razón de ser exclusivamente a su teoría causal.

También en la jurisprudencia se encuentra esta derivación de la teoría subjetiva a partir del método causal. Una sentencia de 1881 [11], fundamental para la práctica posterior, señala que no puede existir diferencia entre cómplices y coautores y que el cómplice tendría que ser siempre coautor «si la diferencia tuviera que deducirse de la índole objetiva de la actividad exteriorizada en común. Por eso, la diferencia entre participación y coautoría sólo puede ser subjetiva, basada en la diferencia de la voluntad del coautor y de la del partícipe». Nunca ha aparecido en la jurisprudencia una fundamentación de la teoría subjetiva divergente de este punto de partida. Así pues, resulta curioso que una teoría que aún hoy mantiene —al menos formalmente— el BGH se haya obtenido metodológicamente por un camino que hoy no se duda en calificar de inviable.

Pero también las teorías objetivo-materiales surgieron sobre la base de una consideración causal pura, aun cuando en el fondo sean absolutamente opuestas a la teoría de la equivalencia. Pues cuando se creyó que era posible encontrar diferencias causales entre las condiciones del resultado, distinguiendo así entre causa y condición, a partir del punto de partida metodológico ya dado, estas diferencias se tuvieron que convertir en base de la delimitación entre autoría y participación. De esta manera surgieron las teorías objetivas que distinguían entre clases y grados de causalidad, cuya exposición pormenorizada no es aquí necesaria [12].

Ahora bien, tanto si se delimita la autoría de la participación, a partir del planteamiento causal, según puntos de vista subjetivos u objetivos, como si se rechaza en absoluto la posibilidad de distinguir, hoy ya ha pasado a la historia el método causal concebido en tales términos. Está ya fuera de discusión que la categoría de la causalidad, por más que los fenómenos del mundo exterior le estén sometidos, no puede aportar nada a la comprensión de relaciones jurídicas de sentido y significado. El que alguien sea

[8] Por primera vez en *Zur Lehre von der Teilnahme an dem Verbrechen und der Begünstigung,* 1860.

[9] Del autor *(Täter)* en lenguaje actual.

[10] *GA,* t. 17.º, 1869, p. 234.

[11] *RGSt,* 3, 181 ss. (182).

[12] La mejor panorámica sobre las distintas concepciones la ofrece PERTEN, pp. 11-34; cfr., para lo demás, la polémica con las teorías objetivo-materiales, *infra* pp. 56-59.

autor o partícipe sólo puedo decirlo si capto el sentido de los preceptos que parten de esta distinción. Bien es cierto que la consideración causal puede hacerme entender la concatenación de los sucesos exteriores, pero sobre su significado jurídico no puede aportarme nada. Es ciega al sentido y a los valores.

Sin embargo, esta mirada retrospectiva a los primeros decenios de la teoría de la participación presenta algo más que interés histórico, pues pone de manifiesto que un principio metodológico no facilita sólo *una* solución, sino que puede conducir a resultados sumamente distintos. Por otra parte, enseña que el método tampoco es indiferente, no pudiéndosele pasar por alto, ya que de entrada abre el camino para descubir muchas otras posibilidades de solución. Así, por ejemplo, no es concebible desde el planteamiento causal determinar el concepto de autor según criterios tales como los del merecimiento de pena, la intensidad de la energía criminal, el dominio final del curso del suceso o el contenido de sentido social. Ni siquiera vienen en consideración tales vías de pensamiento.

Y aún enseña esta breve exposición que cuanto menos un método admite *una* sola solución tanto menos es incorrecto un resultado sólo porque se haya obtenido a través de vías metodológicamente incorrectas. Resulta prematuro considerar, como ha ocurrido con frecuencia, que la teoría subjetiva está ya refutada por el mero hecho de que emprendiera su desfile triunfal bajo la enseña del dogma causal. Empero, puede representar una solución correcta desde otros puntos de partida. Asimismo, es posible que de las diferencias causales que han conducido a las numerosas teorías objetivas algunas puedan aparecer como significativas también desde un enfoque de valoración jurídica o de inquisición de sentido. A esta luz se ahondará más adelante en estas diferenciaciones causales [13].

§ 3. TEORÍAS TELEOLÓGICAS DE LA AUTORÍA

Desde los años veinte del presente siglo están superados definitivamente en la ciencia jurídica los modos de pensar naturalístico-causales. Se apelaba a la independencia de las ciencias culturales con respecto a las ciencias naturales y se desarrollaron métodos propios de las ciencias del espíritu a fin de solucionar los problemas jurídicos. En el ámbito del Derecho penal alcanzó influencia decisiva la Escuela neokatiana, en su vertiente de la llamada Filosofía de los valores de Alemania suroccidental [1], que distinguía entre el reino del ser (concebido empíricamente y exento de valores) y el reino de los valores que surgen de lo dispuesto por el ser humano, concibiendo los fenómenos culturales como producto de la transformación de la realidad exenta de valores por parte del espíritu humano, que instituye sentido y finalidad. A partir de ahí, los principios de regulación y los significados jurídicos no han de deducirse de la realidad, sino que precisamente se le añaden a ésta por medio de la formación de conceptos dominada por la idea de finalidad. Así, «la totalidad de los objetos accesibles al Derecho se reviste a la vez con un tejido teleológico» [2] y los fenómenos jurídicos aparecen como «productos de la formación de conceptos de las ciencias culturales» [3]. «Los conceptos exentos de valoración... pierden su carácter naturalístico, experimentando una transformación teleológica, específicamente jurídica, en conceptos plenos de valoración» [4]. El método teleológico-normativo inició su marcha triunfal [5].

[13] *Vid. infra* pp. 56 ss.

[1] Fueron decisivos especialmente los estudios metodológicos de RICKERT y la *Rechtsphilosophie* de LASK.

Y pronto se descubrió la inidoneidad del planteamiento causal para determinar los conceptos de autoría y participación. Max Ernst MAYER manifestó ya en 1915 [6] que éste se hallaba «en contradicción... con todas las buenas mentes del pensamiento metodológico...; lo que para la consideración causal es igual, puede ser distinto para la teleológica; lo que sólo tiene un sentido para las ciencias naturales puede tener varios para las ciencias culturales». Pocos años después también señaló MEZGER [7], al tratar cuestiones de participación, que de la «equivalencia, epistemológico-lógica, de todos los eslabones de una cadena causal psicofísica» no debe deducirse su «equivalencia valorativa jurídica», y que la teoría subjetiva de la participación deduce «incorrectamente la igualdad teleológica de las condiciones a partir de la igualdad causal». La distinción entre las diferentes formas de autoría y participación sólo es posible alcanzarla por la vía de la valoración jurídico-normativa de las aportaciones individuales al hecho [8].

Esta posición básica metodológica modificada se impuso rápidamente en el tratamiento de la teoría de la participación. Paul MERKEL [9] subrayó: «La causalidad... no desempeña papel alguno en la distinción entre coautoría y complicidad»; WEGNER [10] criticó «la atención unilateral a la cuestión de

[2] LASK, p. 316.

[3] *Op. cit.*, p. 308.

[4] MITTASCH, *Die Auswirkungen des wertbeziehenden Denkens*, p. 31.

[5] También influyeron en la evolución la *Psychologie des emotionalen Denkens* de Heinrich MAIER y la jurispruencia de los intereses, desarrollada en el terreno del Derecho civil. No es éste el lugar de describir en detalle los orígenes del método teleológico. Cfr. al respecto SCHWINGE, *Teleologische Begriffsbildung im Strafrecht*, 1930; WELZEL, *Naturalismus und Wertphilosophie Im Strafrecht*, 1935; MITTASCH, *Die Auswirkungen des wertbeziehenden Denkens in der Strafrechtssystematik*, 1939.

[6] *Lehrbuch*, 1915, p. 390.

[7] *Deutsche Strafrechts-Zeitung*, 1912, p. 206; cfr. asimismo más tarde *Lehrbuch*, 2.ª ed., 1933, pp. 443 y 444.

[8] Así más tarde en el *Lehrbuch*, 2.ª ed., p. 444.

[9] *Zur Abgrenzung von Täterschaft und Beihilfe*, 1925, p. 16; cfr. asimismo *Grundriß*, 1927, p. 173.

[10] «Teilnahme», en *Reform des Strafrechts*, 1926, p. 105.

la causación», y hacia el año 1930 todos los grandes tratados profesaban una solución teleológica de la problemática de la participación [11].

Quien por vez primera acometió la tarea de desarrollar de modo completo el concepto de autor sobre la base de tal método normativo-teleológico fue Eberhard SCHMIDT, en su fundamental monografía sobre *La autoría mediata* [12]. Dado que se trata de un trabajo representativo de esta dirección metodológica, que en los años sucesivos ha determinado ampliamente el debate, al menos han de señalarse sus ideas básicas.

SCHMIDT parte de que los conocimientos jurídico-penales han de obtenerse mediante "consideraciones normativas" y elabora con claridad la contraposición metodológica de su doctrina con respecto al "planteamiento cognoscitivo-naturalístico" de la doctrina antes dominante [13]. «Se empecina en el planteamiento ontológico cognoscitivo quien en la .... determinación conceptual de la autoría acentúa más o menos exclusivamente un determinado modo de ser del comportamiento. Pero ello es así sobre todo en aquellos que determinan el concepto de autor con auxilio de la causalidad y distinguen autoría y participación por medio de la consideración causal» [14]. Así pues, enlazando con anteriores autores, pone de manifiesto la inidoneidad de la consideración causal y plantea entonces la pregunta decisiva: «¿Qué puntos de vista normativos han de conformar el punto de partida para la doctrina jurídica de la autoría y la participación orientada a ideas valorativas?» [15].

Llega a resolver este problema considerando que el legislador formula los tipos «para anunciar juicios de valor sobre lesiones de bienes jurídicos». Lo que da a un modo de conducta la característica esencial es la "lesión de intereses" que determina [16]. De ahí deduce SCHMIDT que, aun cuando el Derecho positivo no se manifestase en absoluto sobre el problema de "autoría y participación", «cualquiera que lleva a cabo antijurídica y culpablemente una realización de tipo y con ella (materialmente hablando) una lesión de un bien jurídico, debería ser declarado autor» [17]. Resulta indiferente al respecto que emprenda por sí mismo una acción coincidente con la descripción típica o que dé lugar a ella, pues en ambos casos determina igualmente una lesión de bien jurídico.

Así se obtiene un (llamado) «concepto extensivo de autor» [18], en el que, como SCHMIDT señala, se incluirían, "evidentemente", también el "inductor" y el "cómplice" del Derecho actualmente vigente. Pero como la ley distingue

[11] Cfr. MEZGER, *loc. cit.;* v. LISZT-SCHMIDT, 26.ª ed., p. 335, nota 16; FINGER, *Strafrecht,* 1932, p. 544; Rob. v. HIPPEL, *Deutsches Strafrecht,* t. 2.º, 1930, pp. 45 y 46.
[12] *Frank-Festgabe,* t. II, 1930, pp. 106-133.
[13] *Loc. cit.,* p. 106.
[14] *Loc. cit.,* p. 108.
[15] *Loc. cit.,* p. 114.
[16] *Loc. cit.,* p. 117.
[17] *Loc. cit.,* p. 117.
[18] La expresión fue acuñada por ZIMMERL, *ZStW,* t. 49, 1929, p. 40.

al inductor y al cómplice del autor, hay que armonizar el "concepto general de autor" con el Derecho positivo. Mientras que el tratamiento especial del cómplice tiene fundamento material debido a la escasa peligrosidad de su comportamiento con vistas al bien jurídico lesionado, la distinción entre inductor y autor es exclusivamente doctrinal [19], pero con todo ha de realizarse igualmente, en consideración al tenor literal de la ley, y según criterios objetivos.

Así pues, SCHMIDT llega al resultado de que todo aquel que causa una lesión típica de bien jurídico, si no es inductor o cómplice, ha de ser declarado autor. La autoría directa se distingue de la mediata en relaciones externas, sin importancia jurídica. Por eso no reconoce delitos de propia mano y señala que todos los tipos pueden cometerse en autoría mediata [20]. Si A determina al enfermo mental B a tener acceso carnal con su hermana (de B), A es autor mediato del delito de incesto [21]. También los padres del asesino, según SCHMIDT, al engendrarlo, han realizado el tipo de asesinato del § 211 StGB, pues desde luego han determinado una lesión de bien jurídico [22], y quien induce a otro al suicidio, comete un homicidio en autoría mediata [23], pues ha determinado la muerte de una persona y, debido a la impunidad de la inducción al suicidio, no puede responder como inductor.

No se va a abordar aquí el contenido material de estas teorías. Desde puntos de vista metodológicos resulta particularmente notable que el concepto extensivo de autor, obtenido mediante un planteamiento valorativo, con abandono expreso del naturalístico-cognoscitivo, apenas se distinga del concepto unitario de autor del método causal. Así vuelve a ponerse de manifiesto que un método incorrecto no tiene que conducir forzosamente a un resultado defectuoso. Por otra parte, sin embargo, también se hace notar que un método como el teleológico —aun suponiéndolo correcto— no garantiza necesariamente un resultado acertado. Pues aunque MEZGER asumió en seguida el concepto extensivo de autor en su Tratado y manifestó una «plena concordancia metodológica» con Eberhard SCHMIDT [24], otros partidarios del planteamiento normativo llegaron a resultados completamente distintos.

Así, por ejemplo, BELING, el principal representante de la teoría objetivo-formal, se declaró partidario de la formación exclusivamente teleológica de conceptos [25] en pormenorizadas reflexiones metodológicas, enlazando con

[19] *Loc. cit.,* p. 118.
[20] Con la excepción, en Derecho positivo, del § 160 StGB; cfr. en detalle loc. cit., pp. 128 ss.
[21] *Loc. cit.,* p. 130.
[22] *Loc. cit.,* p. 119, nota 1; de esta consecuencia tan aventurada el propio SCHMIDT pronto se apartó; cfr. *Militärstrafrecht,* 1936, p. 41. Ahora niega la realización del tipo, al no tratarse de una condición adecuada de la muerte.
[23] *Loc. cit.,* p. 125.
[24] Cfr. *Lehrbuch,* 2.ª ed., p. 426, nota 3.
[25] Cfr. BELING, *Methodik der Gesetzgebung,* 1922, pp. 2 ss., en especial p. 16.

Heinrich MAIER y LASK. Y sin embargo, sostenía que autor sólo es aquel que ha realizado la acción típica de un modo acorde con el sentido del lenguaje común. Llegó a este resultado preguntando —consecuentemente, desde la perspectiva metodológica— qué quería decir el legislador cuando por ejemplo hablaba de «matar a una persona» [26]; después exponía las consecuencias, inadmisibles a su juicio, a las que conduciría entender aludida toda causación de muerte, y deducía que el legislador diría "indudablemente": «eso no lo he querido yo en absoluto». Más bien, diría «con toda seguridad que tenía presente otra imagen mental mucho más concentrada, que se refería justo a la del sentido del lenguaje común, al hablar de "matar a una persona", de "cruzar un puente", de "perjurio", etc.» [27].

También GRÜNHUT, cuyos trabajos metodológicos han contribuido esencialmente al triunfo del planteamiento normativo en Derecho penal [28], se mantuvo en el concepto restrictivo de autor para los delitos dolosos [29], polemizando con SCHMIDT; HEGLER [29a] combinó, por la vía del modo de proceder teleológico, la teoría objetivo-formal con su "teoría de la preponderancia", pensada para esclarecer la autoría mediata; GOETZELER [30], por el contrario, desde los mismos fundamentos metodológicos, llegó por su parte a un concepto extensivo de autor, enlazándolo, a diferencia de Eberhard SCHMIDT, con una teoría subjetiva de la participación.

Sin embargo, estos resultados tan heterogéneos revelan, a la vez, falta de método. La idea de que hay que determinar el concepto de autor con auxilio de un planteamiento valorativo no arroja conclusión alguna sobre con arreglo a qué criterios ha de llevarse a cabo esta valoración. Tal debilidad no se ponía de manifiesto con tanta claridad en el ámbito tradicional del método teleológico, esto es, en la interpretación del tipo, pues para el bien jurídico protegido en un precepto penal se encuentran casi siempre en la ley puntos de apoyo suficientes, y una interpretación orientada al bien jurídico conducirá aquí, por lo general, a resultados satisfactorios. Por el contrario, al distinguir entre autoría, inducción y complicidad no son evidentes en absoluto los puntos de vista valorativos de la ley. Existe ahí el peligro de que todos, inadvertidamente, interpreten la ley contaminándola con su propia opinión. Si el planteamiento teleológico conduce de este modo a resultados enteramente arbitrarios es inútil como método, ya que el valor de un método reside precisamente en que abra el paso a ciertas soluciones concretas, no dejándolo abierto a cualquier posibilidad imaginable. Así pues, un planteamiento normativo puede ser de utilidad en este ámbito sólo si se indica a la vez una vía por la que encontrar los criterios valorativos correctos.

[26] *Op. cit.*, pp. 95 ss.

[27] *Op. cit.*, p. 96.

[28] *Begriffsbildung und Rechtsanwendung im Strafrecht*, 1926; «Methodische Grundlagen der heutigen Strafrechtswissenschaft», *Festgabe für Frank*, t. i, pp. 1-32.

[29] *JW*, 1932, pp. 366 ss.

[29a] *Festgabe für Richard Schmidt*, 1932, pp. 73-75, nota 35.

[30] «Der Ideengehalt des extensiven (intellektuellen) Täterbegriff und seine Auswirkungen», *SJZ*, 1949, párrafos 837-846.

No obstante, esta tarea la han descuidado del todo aquellos que han elaborado la doctrina de la autoría desde puntos de vista teleológicos. Así, por ejemplo, sorprende que Eberhard SCHMIDT crea poder zanjar el problema con auxilio del concepto de bien jurídico. Sin embargo, es correcto que los tipos —entre otras funciones— sirven a la tutela del bien jurídico, pero no está claro por qué este concepto ha de ofrecer la clave para resolver los problemas de las autoría y la participación. Además, se pone de manifiesto que SCHMIDT no consigue con ayuda de estos criterios hallar algún sentido en la distinción entre autoría y participación. A pesar de lo cual se encuentra además fuera de su ámbito de ideas someter a comprobación crítica este punto de vista valorativo, rector para él. El incuestionable empleo del concepto de bien jurídico cabe aclararlo históricamente a partir del hecho de que el método teleológico siempre aparecía estrechamente hermanado con el concepto de bien jurídico como criterio de interpretación [31]. Pero tendría que haber investigado antes si cabe trasladar sin más este punto de vista, que se elabora al hilo de la interpretación del tipo, a la problemática de la autoría como baremo de valoración.

Con todo, este empleo acrítico de un punto de vista valorativo apenas fundamentado se encuentra también en BELING, que llega al resultado opuesto. Bien es cierto que se esfuerza por refutar el concepto extensivo de autor a partir de sus consecuencias, pero entonces llega por las buenas a la conclusión de que el legislador pretende atenerse "indudablemente" y "con toda seguridad" en su distinción al sentido del lenguaje común. Aquí se sustituye la fundamentación por la expresión rimbombante. Sin embargo, se deja de considerar que el legislador tiene abiertas muchas otras posibilidades de valoración. Además, BELING no permite aclarar qué puntos de vista valorativos materiales se ponen de manifiesto verdaderamente al atender al sentido del lenguaje común. Así pues, también en su caso la verificación de los propios puntos de vista valorativos está más allá del conocimiento metodológico.

Lo cual lleva al siguiente resultado: aun cuando se considere en general como método adecuado para la ciencia el planteamiento orientado al fin de la ley, sin embargo requiere aún, para conducir a resultados útiles, de complemento por medio de una labor encaminada a la obtención de baremos valorativos, cuyo desarrollo hasta ahora en general se ha descuidado. Evidentemente la cuestión de si el pensamiento normativo (aun cuando se lo aplique de la manera indicada) abre o no el camino a una concepción adecuada a la esencia de la materia jurídica, y en qué medida, sólo cabe estudiarla

[31] Cfr. al respecto, sintetizando, el estudio de SCHWINGE relativo a *Teleologische Begriffsbildung im Strafrecht*, 1930.

con más detalle al hilo del debate acerca de las siguientes corrientes metodológicas.

§ 4. TEORÍAS ONTOLÓGICAS DE LA AUTORÍA

En los años treinta de este siglo, con la superación del neokantismo en la Filosofía pasó a primer plano también en la ciencia jurídica un nuevo modo de considerar que rechazaba contemplar la materia jurídica como mero resultado de la configuración de un material informe por medio de conceptos jurídicos valorativos y que, en cambio, creía poder descubrir ya en los propios ámbitos materiales regulados por el Derecho principios de ordenación deducibles únicamente a partir de la materia jurídica.

Se trataba de corrientes netamente distintas, aun cuando no enteramente sin relación entre sí:

Los representantes de la llamada «Escuela de Kiel» [1] creían poder concebir el concepto de delito y los fenómenos jurídicos por la vía de una "observación intuitiva del ser" y por medio de una "consideración global y concreta"; DAHM [2] señaló que los conceptos de la ciencia jurídica son «a la vez reproducciones de una realidad plena de sentido... que no sólo representa la materia prima para la formación de conceptos jurídicos, sino que ya le prescribe el camino a seguir, dentro de ciertos límites».

Carl SCHMITT desarrolló, bajo la influencia de la teoría de las instituciones de Maurice HAURIOU, su teoría del «pensamiento de ordenamiento concreto» [3], según la cual el ordenamiento jurídico no se crea —como suponía la teoría normativa— mediante una suma de reglas, sino que la regla, a la inversa, no es sino componente de un ordenamiento ya dado en el pueblo [4].

WELZEL [5], apoyándose en las investigaciones ontológicas de Nicolai HARTMANN, criticó «la separación (emprendida por la Escuela suroccidental alemana) del ámbito conceptual jurídico abstracto con respecto a la realidad» [6]. Para él, los conceptos jurídicos no son «configuraciones metodológicas de un material amorfo, sino descripciones de un ser configurado ónticamente» [7].

[1] Cfr. simplemente DAHM y SCHAFFSTEIN, *Methode und System des neuen Strafrechts,* 1938 (= ZStW, t. 57, pp. 225 ss.). Crítica, asimismo, en lo sucesivo: SCHWINGE-ZIMMERL, *Wesensschau und konkretes Ordnungsdenken im Strafrecht,* 1937; SCHWINGE, *Irrationalismus und Ganzheitsbetrachtung in der deutschen Rechtswissenschaft,* 1938.

[2] *Op. cit.,* p. 13.

[3] Cfr. su obra *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens,* 1934.

[4] *Op. cit.,* p. 13.

[5] *Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht,* 1935; acerca de los orígenes filosóficos de su concepción, cfr., por lo demás, ahora las propias consideraciones de WELZEL en *Das neue Bild,* 4.ª ed., 1961, pp. IX ss.

[6] *Op. cit.,* p. 62.

[7] Ésta y la siguiente cita: *Op. cit.,* p. 74.

«El ser tiene en sí, *ab initio,* ordenamiento y configuración, no es que los reciba prestados de formas ideales, y asimismo el ser social de la persona está en ordenamientos originarios..., que no es que sean trasladados sólo por medio de actos conceptuales teóricos a un ser informe.»

Para la problemática que aquí interesa estas teorías tendrían que llevar a determinar el concepto de autor no atendiendo al fin de la norma, sino recurriendo a estructuras ontológicas o formaciones de sentido previas al ordenamiento jurídico. Tal consideración ya fue tenida en cuenta por BELING y, partiendo de la base de su dirección epistemológica teleológica, condenada como «método trastocado de determinar conceptos». «Se supone que los conceptos "autor, autor mediato, inductor, partícipe" están ya ahí, y que sólo hace falta captarlos correctamente» [8]. La diferencia entre ambas concepciones se pone de manifiesto claramente cuando prosigue diciendo que, por el contrario, «el método correcto es aquel que concibe los conceptos como conceptos funcionales en el sentido del fin del legislador. Sin esto, nunca se podría despejar la falta de claridad entre los pretendidos contenidos de conceptos y la niebla que los envuelve... Es de esperar que no haga falta especial acicate para que el legislador no se deje imponer las quimeras de "autor, inductor, partícipe" como realidades supuestamente ya existentes, que entonces serían dueñas de sus preceptos, sino que primero fije lo que quiere materialmente y después acuñe los conceptos racionalmente de modo que tengan su dignidad dada en feudo por él mismo» [9].

No obstante, precisamente estas concepciones rechazadas previsoramente por BELING estaban en la línea del nuevo método. Obviamente, no todos sus defensores fueron por este camino. Así, por ejemplo, Carl SCHMITT rechazó en general la diferenciación entre las formas de participación [10] señalando: «La separación de "conceptos generales", como... complicidad, con respecto a los delitos concretos... ya no nos parece hoy una clarificación terminológica..., sino más bien una abstracción artificiosa y absurda que quiebra los hechos vitales naturales y realmente existentes» [11], prueba concluyente de que, ya sea a partir de un planteamiento causal, teleológico o que atienda a los ordenamientos concretos, es posible llegar, con medios metodológicos absolutamente distintos, al mismo resultado: el concepto unitario de autor.

También DAHM se ocupó al principio menos de la delimitación entre las distintas formas de participación que de la tipología de autores independientes de ella. Así, al tipo legal corresponde un «determinado tipo de autor, que ha de ser captado en su esencia, pero que por lo mismo no puede concebirse sólo a través de consideraciones racionales sobre fina-

[8] *Methodik,* p. 107.

[9] *Op. cit.,* pp. 107 y 108.

[10] Con todo, para la inducción no ha subrayado esto expresamente.

[11] *Op. cit.,* p. 60.

lidad» [12]. Para mí, ladrón es «quien es ladrón por su esencia. La esencia del hurto no se agota con la suma de sus elementos» [13]. No resulta posible aquí abordar con más detalle estos intentos, carentes de utilidad para distinguir entre autoría y participación.

Los primeros puntos de partida para una teoría basada en relaciones objetivas previamente dadas, sobre la distinción de las diversas formas de participación, se encuentran en la obra de LANGE sobre el moderno concepto de autor [14], de gran trascendencia para el desarrollo ulterior. Materialmente, LANGE llega al resultado de que para averiguar quién es autor «en caso de participación causal de varios en un hecho punible hay que preguntar: ¿de quién es obra el delito?» [15], solución cercana a la posterior doctrina del dominio del hecho, en la que ha influido [16].

Esta obra se encuentra, metodológicamente, entre el planteamiento teleológico y otro más ontológico. LANGE se apoya, para su "fundamentación metodológica" [17], en expreso giro contra el planteamiento naturalístico-cognoscitivo, en las teorías normativas elaboradas por GRÜNHUT, MEZGER y Erik WOLF, hablando de su «aprobación sin reservas del método aplicado por SCHMIDT» [18]; pero después critica a fondo el concepto extensivo de autor desarrollado por Eb. SCHMIDT y llega a la idea de que «el concepto de autor (ha de formarse) al margen de los preceptos de Derecho positivo sobre la participación», de que el concepto de autor que él descubre es «también válido para cualquier otro sistema» que trabaje con tipos [19] y que en el Proyecto de Código penal que critica hay «formas de auténtica autoría que resultan degradadas a formas de participación no autónomas de modo internamente incoherente» [20], opinión que sólo se entiende si se advierte en los conceptos "autor" y "partícipe" un sentido independiente de las ideas sobre finalidades del legislador.

WELZEL ha sido quien por vez primera ha intentado llevar a la práctica un concepto "ontológico" —si cabe expresarlo así— de autor en estado puro. Ya en uno de sus primeros trabajos [21] había manifestado "notables reparos" frente a la opinión de que el "concepto 'autor' sea valorativo" [22], señalando que las diferencias determinantes para la distinción entre autoría y participación se encuentran «en las diferencias ontológicas y de categoría entre las respectivas acciones» [23], de manera que en el ámbito de la teoría de la participación no es posible «pasar de largo ante los planteamientos... ontológicos». De esta obra no se desprende a qué resultados materiales conduciría tal modo de considerar.

[12] DAHM, en DAHM y SCHAFFSTEIN, *Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft*, 1935, p. 104.
[13] *Grundlagen*, p. 102; luego estructurado en *Der Tätertyp im Strafrecht*, 1940.
[14] *Der moderne Täterbegriff und der deutsche Strafgesetzentwurf*, 1935.
[15] *Op. cit.*, p. 36, y *passim*.
[16] Cfr. al respecto *infra* p. 51.
[17] *Op. cit.*, pp. 7 ss.
[18] *Op. cit.*, p. 21.
[19] *Op. cit.*, p. 67.
[20] *Op. cit.*, p. 75.
[21] «Über Wertungen im Strafrecht», en *GS*, t. 103, 1933, pp. 340-347.
[22] *Op. cit.*, p. 341.

Como tampoco cabe obtener al respecto puntos de apoyo en su monografía sobre *Naturalismo y Filosofía de los valores*, publicada dos años después y básica para su toma de posición metodológica. Sólo aborda cuestiones relativas a la teoría de la acción y del tipo. Pero también ahí [24] remarca expresamente WELZEL, aludiendo a la posición de Eb. SCHMIDT, que él podría haber puesto de manifiesto su orientación epistemológica ante la posición intelectual de la filosofía de los valores igualmente al hilo de los problemas relativos a autoría y participación.

Sólo en 1939 desarrolló WELZEL por primera vez, en su *Estudios sobre el sistema del Derecho penal* [25], de modo general y amplio su hoy tan influyente "teoría final de la autoría", sobre la base de su doctrina de la acción y conectando con los resultados alcanzados por Richard LANGE. Como es sabido, parte de que el concepto de "acción" ontológicamente dado, no susceptible de modificación a través de ideas teleológicas del legislador, consiste en la dirección del curso causal por medio de la voluntad humana finalista. A tenor de lo cual para él la autoría es «la forma más amplia de dominio final. El autor final es señor de su decisión y de la ejecución de ésta y así señor de "su" hecho, que configura, consciente del fin, en su existencia y forma de ser concreta. Bien es verdad que el inductor y el partícipe tienen también cierto dominio del "hecho", pero sólo sobre su participación. El hecho como tal está sometido sólo al dominio final del autor. Por eso, la participación de éstos es sólo participación en un hecho *ajeno*. El inductor instiga el hecho ajeno y el partícipe lo apoya, pero el dominio final sobre éste, el dominio sobre la decisión y su ejecución real sólo lo tiene el autor» [26]. La posición metodológica básica de WELZEL se revela claramente cuando prosigue: «La diferencia estructural entre autoría y participación no reside en preceptos de Derecho positivo, sino en estas manifestaciones esenciales del actuar final dentro del mundo social»; más aún: «Ni siquiera la ley positiva puede eliminar estas diferencias básicas, porque no son productos de un legislador, sino manifestaciones reales del ser comunitario ya dado» [27]. No vamos a ocuparnos ahora de los pormenores de esta teoría; baste la referencia a sus presupuestos metodológicos.

[23] Esta cita y las siguientes, *op. cit.*, p. 345.
[24] *Op. cit.*, p. 88.
[25] *ZStW*, t. 58, 1939, pp. 494, 500, 501 y 537 ss.
[26] *Op. cit.*, p. 539.
[27] *Op. cit.*, p. 539 y 540.

Partiendo de LANGE y WELZEL, pronto también DAHM [28] intentó que su teoría del tipo de autor rindiera frutos para la distinción de las formas de participación. Señala que la distinción entre autoría, inducción y complicidad cabe «facilitarla considerando en qué medida los partícipes ponen de manifiesto el tipo de autor» [29]. Pero por lo general a esta imagen tradicional de autor responde sobre todo aquel «en que el delito aparece como obra suya, aquel que tiene el dominio del hecho».

Mientras que WELZEL orienta su concepto de autor a la estructura de la acción, ontológicamente ya dada y por tanto inamovible, HARDWIG [30] se propone determinar quién es autor en función del «contenido de sentido y de imputación jurídico-social» del hecho. Aunque metodológicamente se desenvuelve en la misma línea que WELZEL, no parte de estructuras materiales fijas, sino, en su lugar, del contenido social dado de las formas de cooperación. Con arreglo a su teoría, el hecho ha de «integrarse en un ámbito social concreto, junto con las líneas normativas que complementan a dicho ámbito». [31] A fin de indagar este contenido valorativo social, recurre al lenguaje común, del que cree que «se basa en principios, por inseguros que sean, que sirven para abarcarlo» [32]. Así desarrolla su concepción —y esto es metodológicamente muy característico, porque pone de manifiesto la falta de puntos de vista valorativos específicamente jurídicos— en relación con casos no jurídicos. Un ejemplo, en el que un marido y una mujer trabajan en un jardín, lo interpreta HARDWIG [33] así: «Si el jardín sirve para el recreo y esparcimiento de ambos, los dos esposos trabajan juntos», esto es, en cierta medida son coautores. «Pero si el marido es una persona aficionadísima a la jardinería, mientras que su mujer por lo general se suele preocupar muy poco del jardín, entonces la mujer se limita a ayudar al marido»; así pues, el marido es autor y la mujer cómplice. «Si el marido es agricultor y forma parte de las tareas de la mujer ocuparse del huerto, entonces el marido se limita a ayudar al trabajo de su mujer»; de este modo, aquí la mujer sería "autor" y el marido "partícipe". HARDWIG aplica sin reparos tal planteamiento igualmente a la problemática jurídica, pues «también el Derecho es un fenómeno social» [34]. Así, al delimitar la participación de la coautoría, se expresa en los siguientes términos: «Si quisiéramos dar una aclaración más precisa sobre el significado del concepto de prestar ayuda en el sentido del § 49 StGB, podríamos decir fundadamente que el legislador

[28] *Der Tätertyp im Strafrecht*, 1940, pp. 54-57.
[29] *Op. cit.*, p. 54.
[30] *GA*, 1954, pp. 353-358.
[31] *Op. cit.*, p. 356.
[32] *Op. cit.*, p. 354.
[33] *Op. cit.*, p. 355.
[34] *Op. cit.*, p. 356.

no ha entendido, ni querría haber dado a entender, más que lo que se entiende comúnmente, y con sentido, por "ayudar"» [35].

No hay más intentos de aclarar el concepto de autor a partir de la captación de fenómenos jurídicamente previos. De hecho, también las concepciones de WELZEL y HARDWIG establecen los polos entre los cuales puede simplemente moverse tal planteamiento. La estructura final dada con la naturaleza humana, vinculada a ella inescindiblemente y válida para todas las épocas, por una parte, y las posiciones valorativas de la comunidad, oscilantes y sometidas a cambios, por otra parte, suponen ambas datos previos del Derecho, pero al mismo tiempo ponen de manifiesto toda la envergadura de este planteamiento metodológico.

El quid es, cuando se parte —sin verificarlo— del principio metodológico desde el comienzo, constatar en estos intentos algo similar en los de los representantes de un modo de considerar puramente teleológico: en la multiplicidad de los datos jurídicos previos falta la idea (y la fundamentación determinante) de por qué precisamente éstos y no otros datos ontológicos han de ofrecer la clave para resolver los problemas de la participación.

Así, por ejemplo, no resulta en absoluto evidente, como da a entender WELZEL, que a partir de la teoría de la acción quepa deducir clave alguna para la delimitación de las formas de participación. Aun cuando se parta de que la estructura ontológica de la acción reside en la supradeterminación final del curso causal y aun cuando además se conceda —lo cual no está desde luego exento de discusión— que el legislador, al menos en los delitos dolosos de comisión, sólo puede someter al juicio de antijuricidad realizaciones de tipo dolosas finales, sin embargo no queda claro cómo es que de este criterio puede derivarse una delimitación de las formas de participación, pues como para WELZEL la finalidad es idéntica al dolo y como obviamente también inductores y cómplices han de obrar dolosamente en relación al resultado típico, precisamente de la finalidad no se desprende diferencia alguna entre los copartícipes. Ya JESCHECK señaló que «la finalidad no puede equipararse aquí simplemente al dolo, pues justo éste lo tiene el mero partícipe» [36]. Sin embargo, no aclara WELZEL cómo podría modificar algo en esto el concepto de finalidad y mediante qué estructuras materiales quedarían esbozadas tales diferencias. Por otra parte, dejando al margen el elemento final y atendiendo sólo al concepto de dominio del hecho, al decaer la teoría de la acción como fundamento, falta la aclaración de por qué el legislador ha de estar vinculado necesariamente a este elemento. Así pues, tales cuestiones requieren ulterior clarificación.

También el intento en HARDWIG está expuesto a las mismas objeciones. Así, cuando asume que el legislador quiere considerar como complicidad

[35] *Op. cit.*, p. 358.
[36] *SchwZStr*, 1956, p. 234.

todo aquello «que comúnmente y con sentido se entiende por ayudar», resulta curioso que se centre unilateralmente en la relación entre los intervinientes y no primordialmente en la realización del tipo, que ocupa el primer plano en el tenor de la ley. Por ejemplo, idea el supuesto en que el asesino A, para truncar en su germen la investigación contra él, se lleva el cadáver del depósito, en común con su amigo B, que está al corriente del asesinato [37]: pues bien, HARDWIG cree que, consistiendo el tipo del § 168 * en la sustracción prohibida de un cadáver, «nada se opondría a hablar de que B ha auxiliado a A a llevarse el cadáver». Propone, pues, considerar a B no como coautor, sino como cómplice, a pesar de haber realizado el tipo entero. Ahora bien, es dudoso que si el legislador hubiera querido admitir ya una distinción con arreglo al uso lingüístico previo no haya considerado autor más bien a aquel que, según la interpretación razonable atenta al uso lingüístico habitual, «aleja un cadáver de la posesión de la persona autorizada al respecto», y que, por tanto, actúa de conformidad con el tenor literal del § 168, acomodándose así directamente a la conminación penal acuñada para el autor. ¿No satisfaría mejor una distinción obtenida de este modo a partir del sentido del lenguaje usual, los modelos de autor tradicionales, como partiendo de fundamentos metodológicos similares, por ejemplo, DAHM [38] ha reconocido expresamente, y como mantiene a fin de cuentas claramente la teoría objetivo-formal? En todo caso, HARDWIG no fundamenta por qué el contenido de imputación jurídico-social del hecho ha de estar ligado precisamente a la interpretación tradicional del concepto de prestar auxilio y no a otro criterio cualquiera. Y justo de ello depende el poder de convicción de esta teoría.

Naturalmente con estas reflexiones nada queda dicho sobre el contenido material de las concepciones esbozadas y sobre la utilidad del planteamiento metodológico. A tal problema tendremos que referirnos más adelante.

§ 5. EL CONCEPTO DE AUTOR COMO SÍNTESIS DE PLANTEAMIENTOS CAPTADORES DE SENTIDO Y DETERMINANTES DE FINES *

La cuestión fundamental de si en la delimitación entre autoría y participación ha de partirse de un método que capte el sentido y la estructura, ha de decidirse, a mi juicio, no unilateralmente, en el sentido de una u otra de las direcciones teóricas, pues por más que la consideración de la materia jurídica pueda presentarse, en exageración polémica, antitéticamente,

[37] *GA*, 1954, 356 y 357.

* § 168 del anterior StGB: «El que indebidamente alejare de la posesión de la persona legitimada un cadáver, parte de él o sus cenizas...»

[38] *Der Tätertyp im Strafrecht*, p. 55.

bien como un material informe, que únicamente recibe su configuración a través de la captación y de la relación a fin, o bien, por el contrario, como conjunto de significado articulado en sí mismo con sentido, la ciencia jurídica necesita la síntesis de ambos métodos. Ninguno de ambos puede desarrollarse exclusivamente en rigurosa pureza. Lo cual rige tanto en general como en particular para el tema aquí tratado, poniéndose de manifiesto que las concepciones opuestas son correctas y a la vez no lo son en tres sentidos.

I. Las materias de la regulación jurídica no reciben su contenido de sentido del legislador, del juez o del investigador, sino que éste es algo previo, dado a través de legalidades y estructuras de desarrollo ontológicas, éticas y —en sentido lato— sociales. Ahí reside lo correcto del método captador de la esencia y el sentido y lo incorrecto del puro pensamiento teleológico.

Pero depende del arbitrio del legislador y de sus criterios valorativos cuál de las numerosas diferenciaciones previas, dadas, quiere convertir en base de su regulación. Ahí reside lo correcto del modo de proceder teleológico y lo incorrecto de una consideración que pretenda ligar al legislador a determinados datos previos.

Este hecho tampoco nunca lo han apreciado del todo los representantes de las distintas direcciones metodológicas, si bien a menudo lo han considerado problemático.

1. Así, ya LASK —quien por vez primera ha hecho fructífera de modo general la Filosofía de los valores sudoccidental alemana para la metodología de la ciencia jurídica— señaló lo difícil que es mantener a raya en todos los frentes "la idea básica copernicana" —esto es, la idea de que los significados no residen en las cosas, sino que son impresas en éstas por el hombre— [1]. Incluso admite que tampoco el metodólogo podrá sustraerse a «reconocer a la vez en la disciplina primitiva de la materia, ya encontrada por él, labores previas de la actividad científica» [2], extrayendo la conclusión: «El hecho de la elaboración precientífica veda considerar como material de las ciencias culturales sin más la realidad directamente dada. Entre ésta y el fin último que la ciencia persigue se introduce más bien, casi siempre, a semejanza de un producto semielaborado, un mundo referido ya a significados culturales, y esta realidad cultural compleja, no la original —exenta de cualquier referencia valorativa— es la que llega a ser materia de las ciencias culturales» [2]. También LASK se ha dado cuenta de que la —por él denominada— formación precientífica de conceptos «en ningún lugar desempeña un papel tan relevante como en el ámbito jurídico» [3]; en este

[1] *Rechtsphilosophie*, p. 309.

[2] *Op. cit.*, p. 309.

[3] *Op. cit.*, p. 315.

contexto habla precisamente de una «acomodación del Derecho a su sustrato», en la que resulta importante «que los hechos de la vida brindan ya una materia típicamente configurada, o sea, lista para la regulación jurídica» [4].

También el segundo representante principal de esta corriente doctrinal, Gustav RADBRUCH, se ha ocupado toda su vida del problema de si ha de llevarse a cabo estrictamente el llamado "dualismo metodológico" (propugnado por él como punto de partida), esto es, la noción de que a partir de datos ontológicos no pueden derivarse proposiciones de deber ser. Ya en su monografía sobre *Idea jurídica y materia jurídica* [5] llega al resultado de que la materia del Derecho es «el dato prefigurado por medio de conceptos sociales» [6]. Y prosigue: «Estos conceptos sociales son de índole prejurídica, pero corresponden a conceptos jurídicos, o mejor dicho: a ellos corresponden conceptos jurídicos, hasta cierto punto tenazas prensoras conceptuales del ordenamiento jurídico, acomodados a la figura de los hechos sociales en la medida de lo posible, para aprehenderlos y poder llegar al tratamiento jurídico.» También en su *Filosofía del Derecho* alude a la «determinación material de la idea» [7], señalando: «... de hecho existe la posibilidad psicológica de divisar la materia en la idea y a partir de ella... Lo mismo significa que el jurista decida sobre la "naturaleza de las cosas"» [8]. En este punto, RADBRUCH prosigue en sentido restrictivo: «Pero tal localización de la idea en la materia, que está destinada a formarla, es un acierto fortuito de la intuición, no un método del conocimiento»; sin embargo, ello no obsta para que los datos prefigurados reclamen consideración y, como él mismo manifiesta en otro lugar [9], "atenúen" el dogma del dualismo metodológico [10].

2. Por otra parte, tampoco los representantes de la concepción con arreglo a la cual la formación jurídica de conceptos sólo tiene que reproducir datos ontológicos articulados con sentido, pueden negar la influencia de la valoración del legislador independiente de ellos. Así, en WELZEL y sus discípulos se ha impuesto la idea de que las llamadas "estructuras lógico-objetivas" ciertamente representan datos previos ontológicos, inmodificables para el legislador, pero que generalmente pertenece a la valoración del legislador a cuál de esas estructuras quiere vincular su regulación. Por eso señala también WELZEL [11]: «Estas verdades eternas de la esfera lógico-objetiva sólo

[4] P. 324.

[5] *Archiv für Rechts- und Wirtschafsphilosophie*, t. 17, 1923/24, pp. 343-350.

[6] *Op. cit.*, p. 349.

[7] 5.ª ed., 1956, p. 98.

[8] *Op. cit.*, pp. 98 y 99.

[9] *Arch. f. Rechts- und Wirtsch.phil.*, loc. cit., p. 344.

[10] En uno de sus últimos artículos sobre «Die Natur der Sache», *Laun-Festschrift*, p. 162, ha llegado incluso a retractarse de esta limitación.

[11] *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, 2.ª ed., p. 198.

pueden vincular al legislador "relativamente", a saber, en función de cuáles de ellas elige como base...», y STRATENWERTH [12] llega al resultado de que las estructuras lógico-objetivas son «datos ónticos que, desde determinado punto de vista, resaltan en tanto que esenciales»; pero la elección de este punto de vista es por lo general asunto de decisión valorativa del legislador. Un poco más allá sólo llega Armin KAUFMANN, cuando señala que un hecho óntico es "dato previo" en el sentido de una estructura lógico-objetiva cuando suscita necesariamente (esto es, sin posibilidad de elección del legislador) una valoración [13], y sin embargo KAUFMANN sólo aprecia al parecer tales estructuras en la doctrina de la acción y del injusto, de manera que para la problemática aquí debatida no resulta diferencia con respecto a las concepciones acabadas de mencionar.

Otro tanto ocurre cuando se sitúan los datos previos no tanto en estructuras ontológicas inalterables, sino más bien en una prefigurabilidad de la materia jurídica por contenidos de significado sociales, pues no es posible negar que hay contextos de sentido sociales de múltiples clases distintas y que, por lo general, depende de criterios valorativos del legislador cuál de ellos quiere considerar jurídicamente determinante.

3. Por consiguiente, también en la teoría de la autoría el camino correcto reside en resaltar los criterios valorativos determinantes o —visto desde la otra parte— las diferenciaciones previamente dadas que orientan la regulación legal. Ya *supra* se señaló lo poco que se ha tenido en cuenta a esta necesidad [14]. Lo cual pone de manifiesto no sólo el recurso al concepto causal prolongado por espacio de decenios, y metodológicamente incorrecto, sino también que el empleo unilateral y acrítico de criterios tan heterogéneos como los de lesión de bien jurídico, lenguaje común, merecimiento de pena, peligrosidad, estructura final, etc. [15] —por mencionar sólo algunos de ellos al azar—, no deja de ser no vinculante y arbitrario en tanto que no se indica por qué y hasta qué punto se basa en ellos la regulación legal. Aquí, los baremos han de extraerse de la ley y concretamente de los preceptos de la Parte General sobre autoría y participación, así como de los tipos de la Parte Especial. No es conveniente, en cambio, proceder deductivamente, esto es, imponer un concepto de autor, obtenido de cualquier modo, a todas las manifestaciones del delito, tales como hechos dolosos e imprudentes, delitos de comisión y de omisión y a los tipos concretos, en parte de índole absolutamente diversa. En tal modo de proceder se da el peligro de que hay fenómenos que resultan violentados y aspectos individuales que resultan absolutizados; error que se comete muchas veces, como se pondrá de mani-

[12] *Das rechtstheoretische Problem der «Natur der Sache»*, pp. 17 ss.

[13] *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, p. 17.

[14] Cfr., sin embargo, las observaciones incidentales y acertadas de SCHAFFSTEIN, *ZStW*, t. 56, 1937, p. 149.

[15] Cfr. al respecto pormenorizadamente en seguida *infra* pp. 52-56.

fiesto en adelante [16]. Más bien, se investigarán todos estos fenómenos teniendo en cuenta individualizadamente la índole de las distintas materias de regulación, si bien con arreglo a puntos de vista metodológicos unitarios [17].

II. También desde otro segundo punto de vista se pone de manifiesto que ambas concepciones se complementan necesariamente entre sí y que dejar de tener en cuenta uno de ambos aspectos impide una regulación con sentido.

1. Así, cuanto menos se presente como *tabula rasa* no estructurada el espacio social a regular por el legislador, menos factible es dar prevalencia a un planteamiento que se atenga a las "ordenaciones concretas" recordando al legislador que asuma la ordenación "natural" previa sin ulterior configuración conceptual. A tal efecto, todas las imágenes prejurídico-sociales tienen perfiles muy poco claros.

Por demostrarlo ya con un ejemplo de la doctrina de la autoría: podría sustentarse la opinión (que de hecho se sustenta a menudo) de que ciertamente el legislador puede delimitar las formas de participación con arreglo a sus criterios valorativos y de que es adecuado recurrir sin más a datos previos sociales —como las gráficas ideas tradicionales de autor, inductor, cómplice, o el tan mencionado uso común del lenguaje—. Al final ello desembocaría, por lo general, en una teoría de la autoría (por así llamarla) ontológico-social.

Pero es fácil comprender que sería excesivamente unilateral y que no serviría de gran ayuda en los casos difíciles al que busca el Derecho [18]. Así, por mencionar un ejemplo cualquiera, nunca cabría aclarar, invocando criterios lingüísticos o contenidos de significado sociales, la cuestión de si el que contrata a un matón para un asesinato es autor mediato, coautor o inductor.

Más bien sólo se podrían resolver tales cuestiones de delimitación si el legislador o —ante el silencio de éste— el juez o el científico, de la mano de criterios finalistas y valorativos que han hallado expresión en la ley, precisan el concepto y continúan configurándolo. Lo cual no sólo ocurre aquí, sino en todos los conceptos jurídicos si se quiere que sean útiles para la aplicación: en los "márgenes" se trata de "formaciones" de conceptos legislativos, judiciales o científicos que no son meras reproducciones de prefiguraciones extrajurídicas, sino que siempre representan un producto del espíritu configurador científico y no muestran correspondencia directa alguna con el ámbito de las estructuras sociales previas.

[16] Cfr. pp. 52 ss.

[17] Cfr. las consideraciones *infra* pp. 127 ss.

[18] La cuestión, con respecto a los problemas especiales del concepto de dominio del hecho, se volverá a abordar con detalle *infra*, cfr. pp. 134-136.

Así pues, en la periferia de los conceptos jurídicos queda campo libre para la formación conceptual autocreativa de un material (en esos términos) sin configurar. Por eso, en este sentido limitado tiene razón la Doctrina sudoccidental alemana.

2. Pero, por otra parte, también la ordenación con sentido del ser previa al Derecho afirma su lugar frente a un planteamiento unilateralmente valorativo, pues en la medida en que los ámbitos fronterizos de las figuras jurídicas se presentan como creaciones conceptuales específicamente jurídicas, es erróneo someter el núcleo del concepto, renunciando a la virtualidad estabilizadora de articulaciones previas, dadas, a un tratamiento puramente "normativo". Tal proceder necesariamente está descaminado.

Por demostrarlo precisamente de la mano de la doctrina de la autoría: desde el punto de vista de un método orientado teleológicamente de modo unilateral, es evidente prescindir por entero de la índole (supuestamente naturalística) de los sucesos que tienen lugar en el mundo exterior y determinar el fenómeno "autor" con ayuda de un concepto pronunciadamente valorativo como el del "merecimiento de punición". Un criterio de ese estilo es en realidad independiente de todas las formas de articulación prejurídica, pues difícilmente cabe esclarecer con validez absoluta que determinado comportamiento exterior sea siempre más merecedor de punición que otro.

Por tal camino se ha vuelto a adentrar más recientemente ROEDER [19], en estrecha conexión con los esfuerzos metodológicos de Eb. SCHMIDT y MEZGER. Como era de esperar, llega al resultado de que no cabe verificar un merecimiento de punición reducido (determínese como se determine) del "cómplice" o "inductor". Quien no toma parte en la ejecución, como por ejemplo el que proporciona una complicada máquina destructora, desde luego puede hacer menos, pero ser más merecedor de punición que el que realiza la acción ejecutiva de apretar la palanca [20]. Por eso, ROEDER llega a exigir un concepto de autor que abarque todas las formas de participación, incluidas inducción y complicidad, al que denomina "exclusivo".

Aquí lo equivocado no es la consecuencia, sino el punto de partida. Los conceptos jurídicos cuyo núcleo no se basa en elementos estructurales aparentes y ontológicos no permiten delimitaciones claras y se deshacen en la indefinición. Lo cual les hace inaprovechables de entrada para la tarea aquí emprendida, pues cuando se pretende delimitar entre sí las formas de participación no se puede elegir un criterio que por su propia naturaleza no pueda cumplir tal cometido. El peligro de indeterminación, señalado también en el planteamiento contrario, unilateralmente llevado a cabo, amenaza aquí por ambos lados.

[19] *ZStW*, t. 69, pp. 223 ss. y 229.

[20] *Op. cit.*, p. 234.

Se pone así de manifiesto en qué consiste la función autónoma del método captador de sentido: en proporcionar a las figuras jurídicas un centro inamovible, ofrecer a la conformación conceptual claros puntos de apoyo e impedir un entreveramiento indiscernible de los contenidos conceptuales, algo que acaba por aparecer forzosamente en una valoración que no se puede llevar a cabo nunca unitariamente, no vinculada a estructuras previas y por eso más o menos arbitraria. En esto tienen razón los representantes de las teorías ontológico-sociales de la autoría frente a los que preconizan un modo de proceder exclusivamente valorativo.

III. Finalmente, de un tercer modo, si se quiere entender del todo los fenómenos jurídicos, han de vincularse inseparablemente entre sí el método creador de sentido y el captador de sentido.

Y es que sería incorrecto pensar que los contenidos de sentido sociales previos, dados, salen al encuentro del legislador y de la ciencia, precisamente en el ámbito del Derecho, como resultados listos e inalterables. Por el contrario, las conformaciones sociales resultan influenciadas a su vez por fines legislativos y conocimientos científicos. En la medida en que, por ejemplo las concepciones tradicionales de "autor", "inductor" y "cómplice" surten efecto en los criterios valorativos del legislador, estas concepciones resultan a su vez afectadas por los contenidos de significado que el legislador, en virtud de sus propósitos, pretende vincular con ellos. También en esa medida, los conceptos jurídicos representan, por eso, una síntesis inescindible de actividad de captar sentido y de conferirlo.

No existe aquí, pues, como pensaban muchos representantes de la Filosofía de los valores sudoccidental alemana, una imbricación estructural de ser y deber ser en el sentido de que el ser exento de valoración y las ideas finalistas de los sujetos empíricos se vincularan entre sí, pero tampoco ocurre que un ser prejurídico con contenido valorativo prefigure por sí solo los contenidos del ordenamiento jurídico; más bien los contenidos de significado previos y los establecimientos de valoración creadores de sentido se interpenetran de manera que se produce entre ellos una interacción continua y el resultado no se presenta como una estructura fija, sino como la resultante de un proceso, en evolución incesante, de influencia recíproca. No es éste el lugar adecuado para desarrollar esta idea ni continuar perfilándola para analizar el "espíritu objetivo" en el ámbito de la ciencia jurídica.

§ 6. EL AUTOR COMO FIGURA CENTRAL DEL ACONTECER EN FORMA DE ACCIÓN

Si a partir de las consideraciones precedentes quisiéramos formular un principio orientador para determinar el concepto de autor podríamos decir: el autor es la figura central del acontecer en forma de acción.

Naturalmente, no se trata de una descripción del contenido de la autoría, sino de un criterio formal, de un punto de partida metodológico que desbrozaría el camino a la síntesis en varias capas, desarrollada *supra*, entre la consideración ontológica y la teleológica en una fórmula concretable.

La expresión elegida ha de entenderse, pues, sobre este trasfondo, deduciéndose entonces lo siguiente: el concepto de "figura central" designaría por una parte el punto de vista legal determinante para la delimitación, pero por otra parte también un baremo de diferenciación prejurídico claramente aprehensible.

Apenas me parece discutible que el legislador valora del modo siguiente *: describe al autor por medio del concepto de "ejecutar" (§ 47 StGB), al inductor mediante el "determinar al hecho" (§ 48 StGB) y a la complicidad mediante el "auxiliar" (§ 49 StGB). Los tres modos de conducta se refieren, según el tenor de la ley, a un hecho concreto. Cuando uno se representa tal acontecer de la acción, sólo cabe entender los §§ 47-49 StGB en el sentido de que el legislador concibe al ejecutor como punto de referencia y figura clave del suceso delictivo, mientras que al que determina y al que auxilia los imagina fuera del centro, agrupados en torno al autor.

Desde los otros planteamientos, que atienden a los contextos de sentido prejurídicos, el concepto de la "figura central" significa el recurso a una idea plástica, que anida en la conciencia común: el autor, el coautor o el autor mediato son las figuras principales del suceso; el inductor y el cómplice están en los márgenes. Así pues, se trata de una y la misma cosa, aun cuando desde distinto punto de vista. Si es que cabe hablar de una "esencia" previa, dada, de la participación, ésta consiste en que el partícipe se apoya en la figura central del autor, lo cual encuentra expresión jurídico-positiva en la accesoriedad perfilada "lógico-objetivamente".

Obviamente, con ello —por subrayarlo una vez más— aún no se dice nada de a través de qué criterios de contenido ha de colmarse el concepto de figura central. Lo cual puede ser distinto con arreglo a los criterios valorativos del legislador, según la estructura del comportamiento subyacente y de los tipos individuales, y requerirá análisis posterior detallado. Sólo entonces será posible también desarrollar el concepto, fijarlo hasta en sus ramificaciones, reproducir los contextos de significado prejurídicos en su forma concreta y verificar el calado del concepto de la mano de ejemplos prácticos.

---

* § 47 StGB: «**Coautoría.** *Si varios ejecutan una acción punible en común se castigará a cada uno como autor.*»

§ 48.1 StGB: «**Inducción.** Se castigará como inductor al que hubiere determinado dolosamente a otro a la acción conminada con pena cometida por éste mediante promesa, amenaza, abuso de ascendiente o violencia, mediante creación o favorecimiento intencionados de un error u otros medios.»

§ 49.1 StGB: «**Complicidad.** Se castigará como cómplice al que conscientemente hubiere prestado auxilio, mediante hechos o consejos, al autor para cometer el delito o crimen conminado con pena.»

Mientras no sea así, la idea directriz formal tiene que seguir siendo necesariamente oscura, pues sólo puede servir de guía en la dotación de contenido del concepto mediante criterios objetivos, pero no producir estos elementos mediante deducción conceptual.

De todos modos, no debe subestimarse la importancia de tal planteamiento, ya que va a desplegar en lo sucesivo una eficacia acentuadamente selectiva en el debate de los distintos conceptos de autor y de las teorías sobre la participación. En relación con ello se consagrará el más amplio espacio a la investigación de hasta qué punto puede resolver la cuestión de la autoría un concepto de dominio del hecho estructurado hasta en los detalles de la mano de los criterios de que aquí se parte.

II. Previamente al examen crítico de las distintas teorías de la participación cabe descartar de entrada algunas teorías de la autoría relevantes en la historia doctrinal, por ser erróneas ya en su planteamiento, según el resultado hasta aquí obtenido de nuestra investigación:

1. Ha de rechazarse el concepto "secundario" de autor. En él se trata de intentar obtener al autor, dada la cooperación de varios, mediante un procedimiento de "sustracción": «Es autor aquel que no es partícipe» [1].

Por el contrario, el planteamiento aquí esbozado fuerza a verificar la autoría "primariamente". La figura central del suceso consistente en acción es un fenómeno accesible a la observación directa. El rodeo *(Umweg)* que pasa por negar la participación lleva a extraviarse *(Irrweg),* pues de ningún modo cabe decir que alguien, por el simple hecho de no darse los requisitos de la inducción ni de la complicidad, tenga que ser autor. ¡Piénsese simplemente en el ocasionamiento no doloso de delitos de propia mano! La determinación conceptual secundaria llevada a la práctica consecuentemente degradaría el concepto de autor a mero cajón de sastre [2]. Lo que para nosotros forma el punto de partida metodológico, la figura clave del suceso delictivo, se convertiría en un concepto de recogida (articulado por una simple negación y no constituido por medio de ningún criterio de contenido) para las formas de cooperación no incluibles en otro lugar.

La necesidad de un concepto primario de autor la ha destacado por ver primera LANGE [3], siendo hoy doctrina dominante [4]. Sin embargo, la posición contraria aún la defiende BOCKELMANN [5], quien de todos modos desmiente a medias su profesión del concepto secundario de autor, al subrayar que no ha de entenderse su opinión en el sentido de que «allí donde no

[1] En tal sentido la formulación de BOCKELMANN, *Untersuchungen,* p. 76, nota 106.

[2] Así ya LANGE, *Mod. Täterbegriff,* p. 6.

[3] *Mod. Täterbegriff,* pp. 5 y 6; *ZStW,* 63, p. 504; KOHLR.-LANGE, 42.ª ed., ante § 47, I, p. 158.

[4] SCHÖNKE-SCHRÖDER, 10.ª ed., III, ante § 47, p. 233; SAX, *MDR,* 54, p. 69, nota 31; cfr. asimismo el Proyecto de 1962, p. 149.

[5] *Untersuchungen,* p. 76, nota 106; p. 102, nota 57.

hay participación ha de haber automáticamente autoría» [6]. Lo único que pretende es aludir a la necesidad metodológica de que el dominio el hecho de un ejecutor —que considera como criterio de la autoría— «no debe afirmarse antes de que haya la seguridad de que no la tiene otro (en su caso, no sólo otro)» [7]. Dominar el hecho es ante todo estar libre de dominio ajeno.

Sin embargo, ni siquiera en esta forma restringida debe dársele la razón, ni metodológica ni materialmente, pues la opinión de BOCKELMANN de que no es posible determinar la autoría de un interviniente primaria y positivamente se contradice con su propia aceptación de que la eventual autoría única de otro cabe verificarla directamente. Ciertamente es correcto que uno sólo puede ser autor cuando otro no es autor único. Pero esto no tiene nada que ver con la determinación secundaria de la autoría, sino que supone simplemente aplicar el principio de no contradicción. Y en cuanto al resultado tampoco tiene razón BOCKELMANN, en tanto que —si bien aquí sólo anticipadamente— es posible afirmar [8]: también el que ejecuta un hecho bajo el dominio de otro puede actuar como autor, aun cuando quizá exculpado.

Quedamos, pues, en que el concepto de autor ha de determinarse primariamente.

2. Ha de rechazarse asimismo el concepto extensivo de autor.

Ya se ha descrito *supra* la forma del concepto extensivo de autor históricamente más trascendente [9]. La polémica en torno a él, que a comienzos de los años treinta dominó el debate sobre la teoría de la participación, ha decrecido en la actualidad, sin que ninguna de ambas posturas se haya impuesto. Los defensores de la teoría del dominio del hecho se oponen a él; los que propugnan en principio la teoría subjetiva están ora a favor [10], ora en contra [11] de él. El BGH, en ocasiones, lo ha empleado expresamente, como por ejemplo al señalar: «Quien causa el resultado del tipo penal legal, es autor, siempre que no se opongan a ello preceptos especiales» [12].

No es necesario reproducir todos los argumentos que se han esgrimido a favor y en contra del concepto extensivo de autor [13]. Al margen de las objeciones materiales que se derivan de descuidar todos los elementos per-

[6] *Op. cit.,* p. 77, nota 106 de la p. 76; p. 102, nota 57 *in fine.*

[7] *Op. cit.,* p. 102, nota 57.

[8] En profundidad al respecto *infra* pp. 153 ss.

[9] Cfr. pp. 25-27.

[10] Así, por ejemplo, MEZGER, *StuB,* AT, 9.ª ed., § 86 II, pp. 229 ss.; LK, 8.ª ed., nota 3 ante § 47.

[11] Así SCHRÖDER, SCHÖNKE-SCHRÖDER, 10.ª ed., III, 2, ante § 47, p. 223.

[12] *BGHSt,* 3, pp. 4-7.

[13] Cfr. al respecto ZIMMERL, *ZStW,* t. 49, 1929, pp. 39-54; BRUNS, *Kritik der Lehre vom Tatbestand,* 1932; GRÜNHUT, *JW,* 1932, pp. 366 ss.; BÄHR, *Restriktiver und extensiver Täterbegriff,* 1934; LONY, *Extensiver oder restriktiver Tätebegriff?,* 1934; LANGE, *Moderner Täterbegriff,* 1935; GOETZELER, *SJZ,* 1949,

sonales del comportamiento del autor hace falta aquí demostrar brevemente que estas teorías se hacen acreedoras al rechazo ya a partir de los puntos de partida metodológicos *supra* desarrollados, y ello por varios motivos:

a) Esta tesis de que según las ideas del legislador en principio es autor todo aquel que causa un resultado típico, claramente no atina con el punto de vista decisivo para la valoración legislativa, pues si el Derecho positivo distingue entre autores, inductores y cómplices, es imposible buscar el sentido de esta distinción (y lo peculiar del concepto de autor) en el único elemento que caracteriza a todos los intervinientes *por igual*: haber causado el resultado. Más bien es evidente que el legislador, al delimitar, quiso atender precisamente a la distinta índole de la cooperación en tal suceso.

Por eso las formas de participación distintas que debe aclarar el concepto de autor necesariamente han de quedar confusas para la teoría extensiva, por lo cual tanto las teorías subjetivas como las objetivas, con las cuales ha de conectarse, para satisfacer lo dispuesto en la ley, se yuxtaponen a ella sin interrelación y requieren fundamentación independiente, divergente del principio rector. A partir de la idea básica de la teoría extensiva no queda nada claro por qué la inducción y la complicidad son necesarias como causas de atenuación de la pena si a la luz de una consideración teleológica todo acto de realización del resultado resulta ser equivalente.

Así pues, ya la alusión a las ideas finalistas del legislador contradice este concepto de autor.

b) Pero la teoría extensiva también nivela las diferencias de significado previas en favor de un contexto de sentido lógico-abstracto. El autor, como figura central, descrita plásticamente, del suceso en forma de acción, se convierte en un mero causante de lesiones típicas de bienes jurídicos. Lo que conduce, de permanecer fiel al planteamiento extensivo, a una imagen de autor que desfigura las concepciones naturales: quien coopera en el suicidio de una persona que actúa responsablemente aparece en todo caso como autor de un homicidio [14]; el cuidador (y siendo consecuente, incluso la cuidadora) que auxilia a dos enajenados para que mantengan relaciones homosexuales se convierte en autor del tipo de actos deshonestos entre hombres del § 175 StGB [15]; los padres del asesino son, por su parte, autores del tipo de asesinato [16]; el *extraneus* que determina con engaño a un funcionario a cometer no dolosamente un delito especial es autor del delito de funcionario [17].

párrafos 837-846; GALLAS, *Gutachten,* pp. 122 ss.; ROEDER, *ZStW,* t. 69, 1957, pp. 223-268; así como el artículo de Eb. SCHMIDT citado *supra* y los grandes tratados y comentarios.

[14] Eb. SCHMIDT, *Festgabe,* II, pp. 124 ss.; cfr. ya *supra* p. 26.

[15] Cfr. SCHMIDT, *op. cit.,* p. 124, en relación con p. 119.

[16] SCHMIDT, *op. cit.,* p. 119, nota 1; *vid.,* no obstante, *supra* p. 27, nota 22.

[17] Cfr. al respecto, con buen criterio, LANGE, *Mod. Täterbegriff,* pp. 29 ss.

Se pone aquí de manifiesto que un modo de considerar unilateralmente normativo-abstracto, que prescinde conscientemente del suceso externo supuestamente "naturalístico" (en realidad, estructurado ya en el ámbito prejurídico), con sus referencias sólo mentales no deja apreciar ya orden comprensible alguno en la delimitación de las formas de participación.

c) Finalmente, el concepto extensivo de autor ha de rechazarse también porque sólo puede dar lugar, al aplicarlo en la práctica, a una forma «secundaria» de determinar el autor, cuya insuficiencia metodológica ya fue puesta de relieve *supra*.

Bien es cierto que LANGE [18] le reconoce justamente lo correcto de su punto de vista principal, en tanto que el concepto de autor se obtiene aquí de manera autónoma y no por medio de "conclusiones *a contrario* a partir de preceptos relativos a participación". Pero esto sólo es así en teoría, pues dado que la teoría extensiva *de lege lata* debe conformarse con una delimitación de las formas de participación derivada de otros puntos de vista, para la autoría sólo quedan los supuestos en que no se dan las "causas de atenuación de la pena", inducción y complicidad. Muy claramente lo pone de manfiesto el caso del BGH *supra* citado, en el que se trataba de una detención ilegal determinada por una denuncia conscientemente falsa [19]. Después de basarse ahí el BGH en el concepto extensivo de autor comprueba si se dan inducción o complicidad, y prosigue entonces: «Estas posibilidades quedan en este caso descartadas. *Por eso* la acusada es autora mediata de la detención ilegal.» Es el mismo procedimiento que lleva a la punibilidad de cualquier participación en el suicidio: el que coopera es autor de un homicidio únicamente porque su aportación causal no encaja ni en la inducción *ni en la complicidad*.

No hace falta más fundamentación de que por esta vía se coloca cabeza abajo el punto de partida metodológico de que el autor es la figura central del suceso de la acción.

3. Han de rechazarse todas las teorías que pretenden determinar el concepto de autor con arreglo al "merecimiento de pena", la intensidad de la energía criminal o criterios similares. Tales planteamientos, últimamente destacados por ROEDER [20], por lo demás han servido a menudo en la teoría de la participación para distinguir sus formas.

Su incorrección se deriva no sólo de la circunstancia, expuesta *supra* [21], de que un punto de partida puramente normativo como éste hace diluirse todos los criterios de delimitación en lo indefinido y de que al cabo los

[18] Mod. Täterbegriff, p. 15.

[19] *BGHSt,* 3, 5.

[20] *ZStW,* t. 69, 1957, pp. 226 ss.; asimismo, cabe encuadrar en este contexto la tesis recientemente establecida por PIOTET, *ZStW,* t. 69, 1957, pp. 23-42, de qué autor es «quien lleva la responsabilidad total o principal por la realización de los elementos sustanciales del delito».

[21] Cfr. pp. 41-42.

hace inviables. Tampoco tiene, evidentemente, en cuenta los criterios valorativos del legislador, pues si el Derecho positivo equipara inductor y autor en cuanto a punición, e incluso prevé para el cómplice la misma pena máxima, el sentido de la delimitación no puede residir en suponer que el partícipe es en general menos merecedor de pena que el autor.

Por este motivo también es incorrecto que se siga intentando introducir, al interpretar, consideraciones sobre determinación de la pena en la teoría de la participación [22]. Un partícipe que se ha mantenido en segundo plano y al que no puede considerarse de ningún modo como figura central puede merecer no obstante la pena más grave: pero si se le quisiera considerar autor por eso, se llegaría a una "criminologización" de las formas de participación no concorde con la esencia de la dogmática penal ni con el sentido de la delimitación aquí debatida.

Al igual que con la formación de los tipos, también en la distinción de las formas de participación el legislador persigue el fin de limitar desde criterios del Estado de Derecho el poder punitivo: la causación de un resultado típico no tiene que castigarse sin más sino sólo cuando tiene lugar en forma de autoría, inducción o complicidad [23]. De la idea, procedente de la misma raíz, de prevenir frente a tendencias de Derecho penal de la voluntad surge también la graduación de la punibilidad en la autoría, la inducción o la complidad intentada. Pero éstas son consideraciones que no tienen que ver en absoluto con la medida de la pena del caso particular. Aun cuando en el Derecho futuro hubiera que introducir para la complicidad una atenuación obligatoria de la pena (cfr. §§ 31, pár. 2, inciso 2, 64, pár. 1, núm. 1, del Proyecto de 1962), ello habría que entenderlo sólo en el sentido de que del carácter periférico de la cooperación se deduce un merecimiento de pena atenuado en general, pero no a la inversa, como si el legislador quisiera considerar como cómplice [24] a aquel que en el caso particular ha incurrido en menor culpabilidad, y precisamente por eso. Lo cual es imposible ya porque también en una conminación penal reducida en un cuarto (cfr. § 64, pár. 1, núm. 2, Proyecto 1962) un cómplice puede resultar castigado *in concreto* más gravemente que el autor.

Además, si se hiciera servir de directriz para la delimitación a las consideraciones sobre merecimiento de pena concretas, no se acertaría con el sentido de una reducción obligatoria del marco penal, como lo prevé el Derecho futuro para la complicidad, pues la "cooperación del cómplice, más alejada", de la que la Exposición de Motivos del Proyecto habla con absoluto acierto, es una causa de atenuación de la pena objetiva, conectada

[22] El propio GALLAS, *Actas*, p. 69, pone en relación las teorías de la participación y de la determinación de la pena.

[23] En este sentido asimismo muy clara la Exposición de Motivos gubernamental del Proyecto de 1962, p. 147.

[24] Cfr. la Exposición de Motivos del Proyecto de 1960, p. 142; Proyecto de 1962, p. 151.

al hecho, independiente de las demás reglas de determinación de la pena esencialmente subjetivas y personales. Si se quisiera articular la doctrina de la participación, a pesar de lo expuesto, de modo que la autoría se basase en el merecimiento de pena general, determinada por las circunstancias más diversas, se ocultaría la *ratio* de esta causa de atenuación, que sería sustituida por la fórmula nada expresiva de que los hechos menos merecedores de pena han de castigarse más atenuadamente, una idea que, de puro evidente, no necesita de la teoría de la participación para imponerse.

Es de claridad meridiana: aquí reside una fuente (difícil de cegar) de errores básicos en el tratamiento de la problemática de la participación, que ha contribuido esencialmente a confundir la materia. En lo sucesivo se volverá a incidir en ello.

4. Han de rechazarse las "teorías de la peligrosidad".

La idea de que el autor se distingue del partícipe en la mayor peligrosidad de su comportamiento desde siempre ha desempeñado un importante papel en la doctrina de la autoría. Lo cual es predicable no sólo de las numerosas (así llamadas expresamente) "teorías de la peligrosidad" [25] y su más amplio desarrollo en la teoría de PERTEN [26], fundamentada del todo en esta base; también encuentran su contenido normativo en esta idea básica la concepción de KOHLER [27], que distingue en función de la intensidad de la cooperación, o la conocida teoría de BIRKMEYER [28], con arreglo a la cual autor es aquel que aporta la condición "más eficaz". Además, se ha intentado justificar también casi todas las demás teorías en el principio de peligrosidad [29]. No es posible, sin embargo, analizar aquí con detalle las distintas teorías.

Y tampoco es necesario, puesto que, por una parte, en tanto que intentan describir la peligrosidad mediante criterios firmemente perfilados, se tratarán a la vez en lo sucesivo; pero, por otra parte, en este fraccionamiento inabarcable se evidencia la inutilidad dogmática de este punto de vista.

Lo cual se pone de manifiesto en dos aspectos: si se intenta dar un fundamento normativo a una concepción que hace depender la diferencia entre autoría y participación de determinadas circunstancias objetivas o subjetivas mediante el principio de la peligrosidad, no se acierta precisamente en el contenido esencial de tal distinción, pues resulta fácil señalar, y a menudo se ha demostrado, que no existe elemento alguno captable con exactitud cuya realización garantice necesariamente una mayor peligrosidad en comparación con las aportaciones de otros al hecho. El sujeto de detrás,

[25] Cfr. la panorámica en PERTEN, *Die Beihife zum Verbrechen*, pp. 34-40.

[26] *Op. cit.*, pp. 62 ss.

[27] *Studien*, t. I, pp. 92 ss.

[28] *Ursachenbegriff und Kausalzusammenhang; Die Lehre von der Teilnahme.*

[29] Cfr., por ejemplo, la controversia entre HEGLER, *Festgabe für R. Schmidt*, p. 74, y Eb. SCHMIDT, *Frank-Festgabe*, II, p. 118, que conduce a resultados opuestos.

la figura marginal menos ostensible para el acontecer externo de la acción, no obstante puede ser el más peligroso de entre todos los intervinientes. Por eso han fracasado todos los intentos de esta índole, conduciendo meramente a la resignada exigencia de un concepto unitario de autor.

Si, por otra parte, se renuncia por completo a determinar elementos generales, y se considera autor a aquel que, en el caso concreto, se destaca de los demás por la peligrosidad de su aportación, se obtiene un concepto puramente normativo, que se encuentra en el mismo escalón que el de "merecimiento de pena" y que no satisface las exigencias que han de plantearse en este ámbito, según se expuso *supra*, a la formación de conceptos. Con este modo de proceder no sólo se diluyen las articulaciones con contenido previas, sino que se priva a las valoraciones legislativa y judicial de sus puntos de apoyo objetivos, dejándolas a merced de la arbitrariedad inverificable. Además, tal distinción no tiene en cuenta los criterios valorativos de la ley, lo cual se deriva de lo que se señaló *supra* acerca de la medida de la pena y de lo incorrrecto del concepto criminologizante de autor.

Las teorías de la peligrosidad no brindan, pues, ya a partir de sus fundamentos metodológicos, puntos de partida aprovechables para resolver la problemática de la autoría.

CAPÍTULO SEGUNDO

LAS DOCTRINAS DE LA AUTORÍA PREVIAS A LA TEORÍA DEL DOMINIO DEL HECHO

Las tomas de posición doctrinales relativas a la delimitación entre autoría y participación son inabarcablemente numerosas. Enumerarlas por completo requeriría por sí solo un grueso compendio. De todos modos, al margen de esta dificultad técnica, tal tarea tampoco valdría la pena, porque muchas de estas aportaciones sólo tienen ya interés histórico o bien se limitan a revestir con terminología nueva conceptos conocidos. Por eso, nos limitaremos a las opiniones que han ejercido mayor influencia y siguen ofreciendo en la actualidad puntos de partida útiles para resolver el problema que nos ocupa, teniendo en cuenta principalmente a los autores representativos de cada posición. Sólo con el fin de ejemplificar se recurrirá a la bibliografía del siglo pasado y a otros ordenamientos jurídicos.

La agrupación de teorías, necesaria a efectos didácticos, no puede dejar de ser arbitraria hasta cierto punto y vinculada a circunstancias históricas, pues no existe parámetro alguno de articulación comprensivo de todas las distinciones relevantes. No resulta recomendable clasificar con arreglo a criterios metodológicos, porque, como ya se ha señalado, un mismo punto de partida metodológico a menudo conduce a resultados contrapuestos, o una misma solución en cuanto a los efectos prácticos puede obtenerse a partir de fundamentos absolutamente distintos. Por eso parece lo más adecuado, a efectos de la comprensión, renunciar a agrupaciones nuevas e inusuales y enumerar, yuxtaponiéndolas bajo sus denominaciones habituales, las teorías formadas en el curso de décadas con arreglo a criterios muy diversos.

En tal labor el punto de partida principal no reside en proporcionar una exposición histórico-dogmática por sí misma o reunir una vez más los manidos argumentos contra cada teoría; más bien se trata de situar las distintas concepciones en relación con el estado actual de la doctrina de la autoría, de resaltar los contenidos suyos que perduren en la actualidad y de hacer que sus ideas acertadas resulten fructíferas para una solución propia.

§ 7. TEORÍA OBJETIVO-FORMAL

Esta concepción considera —atendiendo a su núcleo, al margen de sus variantes— autor a aquel que ejecuta por sí mismo total o parcialmente las acciones descritas en los tipos de la Parte Especial; todos los demás son sólo inductores o cómplices.

Recibió su nombre de BIRKMEYER [1], pero de hecho es bastante más antigua. Ya en el siglo XIX contaba con numerosos defensores [2]; fue ganando entonces terreno hasta convertirse en doctrina dominante entre 1915 y 1933. Le dieron renombre los grandes dogmáticos BELING [3], Max Ernst MAYER [4] y LISZT [5]; también el "Proyecto Oficial" de 1925 se basaba, frente a la jurisprudencia entonces dominante, en la teoría objetivo-formal [6]. En torno a 1930 la siguieron los tratados entonces más trascendentes, los de de Eb. SCHMIDT [7], MEZGER [8], Robert v. HIPPEL [9], FINGER [10] y ALLFELD [11], los compendios de Paul MERKEL [12] y VAN CALKER [13], así como la propugnaron expresamente numerosos penalistas como WEGNER [14], ZIMMERL [15], HEGLER [16], ROSENFELD [17], GRÜNHUT [18] y Graf zu DOHNA [19]. Pero para entonces ya había superado su punto culminante. Mientras que sigue prevaleciendo en Austria [20], Francia [21] y en el espacio jurídico anglo-americano [22], en cambio en Alemania no ha ganado ningún representante destacado más. Expresamente sólo se defiende ya en

[1] «Teilnahme», en *Vergleichende Darstellung,* 1908, p. 21.

[2] Cfr. las detalladas indicaciones de BRIKMEYER, «Teilnahme», 1890, p. 97, nota 144.

[3] *Die Lehre von Verbrechen,* 1906, pp. 408 ss.; *Grundzüge des Strafrechts,* 10.ª ed., 1928, pp. 29-31.

[4] *Allgemeiner Teil,* 2.ª ed., 1923, pp. 380 ss.

[5] *Lehrbuch,* 22.ª ed., 1919, p. 211.

[6] Lo cual resultaba de las pp. 25-27 de la Exposición de Motivos; en el Proyecto de 1927 vuelve a atenuarse esta clara toma de posición, cfr. su Exposición de Motivos, p. 29.

[7] v. LISZT-SCHMIDT, *Lehrbuch,* 1.er vol., 1932, pp. 334 y 335.

[8] *Strafrecht,* 2.ª ed., 1933, p. 444.

[9] *Deutsches Strafrecht,* 2.º vol., 1930, pp. 453 ss.; *Lehrbuch des Strafrechts,* 1932, p. 163.

[10] *Strafrecht,* 1932, pp. 543 y 545 ss.; con algunas limitaciones, pp. 546-47.

[11] MEYER-ALLFELD, *Allgemeiner Teil,* 9.ª ed., 1934, pp. 219 y 220.

[12] *Allgemeiner Teil,* 1927, pp. 172-174; también aquí pequeñas limitaciones, *op. cit.,* p. 174; cfr. asimismo la obra de MERKEL, *Zur Abgrenzung von Täterschaft und Beihilfe,* 1925, y *Frank-Festgabe,* II, 1930, pp. 134 ss.

[13] *Strafrecht,* 4.ª ed., 1933, pp. 7-80.

[14] «Teilnahme», en ASCHROTT-KOHLRAUSCH, *Reform des Strafrechts,* 1926, pp. 102-119.

[15] *ZStW,* t. 49, 1929, pp. 30-54.

[16] *RGR.*-Praxis, 1929, p. 307; *Festgabe für Richard Schmidt,* 1932, p. 74.

[17] *Frank-Festgabe,* II, 1930, pp. 161-187.

[18] *JW,* 1932, pp. 366 ss.

[19] *Der Aufbau der Verbrechenslehre,* 4.ª ed., 1950, pp. 59 y 60.

[20] Cfr. DIETZ, pp. 67 y 68, con datos concretos.

[21] Cfr. DIETZ, pp. 19 ss. y 28 ss., con bibliografía.

[22] STRAUB, p. 66, y DIETZ, pp. 89, 90 y 94, coinciden en representar la postura de que únicamente el llamado *principal in the first degree* que ha llevado a cabo personalmente acciones ejecutivas se encuadra en el concepto de autor del Derecho inglés.

el Tratado de WEGNER [23], pero ahí se trata simplemente de perseverar en una teoría desarrollada con anterioridad.

A pesar de este declive vinculado al surgimiento de la teoría del dominio del hecho, la teoría objetivo-formal presenta también para el observador actual ventajas muy notables. No sólo evita los defectos del planteamiento causal, sino que se mantiene felizmente en el medio entre el modo de considerar exclusivamente valorativo y el simplemente captador de sentido. El asesino que le clava el puñal a la víctima en el pecho; el ladrón que arrebata las joyas del cofre forzado y se da a la fuga; el testigo que, con la mano alzada, jura en falso... son todas figuras plásticas, situadas en el punto central del acontecer del hecho, cuyo modo de actuar se destaca llamativamente, para el observador imparcial, del de los demás intervinientes.

Al mismo tiempo hay razones fundadas para que esta teoría resalte una diferencia de significado estimada determinante por el legislador, pues que las descripciones típicas abarquen en primer lugar (y quieran asignar el predicado valorativo "autor") *a aquel* que ejecuta por sí mismo las acciones ahí descritas es una evidencia que casi se impone y a la que las teorías defendidas en la actualidad aún deben tener en cuenta. Pero mientras lo que por ejemplo en la teoría subjetiva de la autoría representa un cuerpo extraño, aquí ocupa, fundadamente, el centro de la delimitación.

Debe añadirse que esta concepción —lo que obviamente nunca se ha advertido correctamente en su peculiaridad— se denomina "objetiva" sin razón; ¡precisamente tiene en cuenta del modo más amplio el elemento subjetivo-final, después tan acentuado! El delincuente sexual del § 176, el incendiario del § 306, el envenenador del § 229 StGB... aparecen ante nosotros como personas que actúan finalmente, dirigiendo el curso del hecho de propia mano. También en una época en la que nadie pensaba aún en considerar al dolo como elemento del tipo, sin embargo los defensores de la teoría objetivo-formal, al pretender distinguir al coautor del cómplice, sólo han considerado autor, en el delito doloso, a aquel que realiza la acción típica de modo final. Además, esta teoría puede tener en cuenta incluso las intenciones, actitudes y tendencias especiales del autor, en la medida en que el legislador las ha declarado relevantes al incorporarlas a la descripción del delito. En tanto que consigue captar acciones vivas en lugar de pálidas abstracciones, se revela como precursora inmediata de la teoría del dominio del hecho.

De acuerdo con lo cual no está del todo justificado el reproche que LANGE [24], desde el punto de vista del método teleológico, dirigía a BELING, como principal defensor de la teoría objetivo-formal, en el sentido de que hace depender el juicio sobre la autoría «de una peculiaridad de la cadena

[23] Pp. 249-255.

[24] *Der moderne Täterbegriff,* p. 16.

causal, de la índole externa de la acción..., es decir, de distinciones que, consideradas jurídicamente, son fortuitas». Y cuando GALLAS [25], como representante de la teoría del dominio del hecho, señala que la teoría objetivo-formal, «en tanto que en las descripciones de acciones de los tipos ve descripciones de sucesos causales, no es capaz de aclarar cómo es que en estas descripciones se contiene un baremo valorativo independiente con respecto a la causalidad del hecho», acierta en cuanto a la teoría causal de la acción, pero no en puridad en cuanto a la teoría objetivo-formal, de la que acabamos de ver que desde el principio tiende a superar el planteamiento causal. En realidad, se acomoda mejor a una teoría final del tipo, y cuando la doctrina antes dominante, a partir del concepto tradicional de acción, llega a ella, incurre en cierta contradicción; pero el fallo se encuentra en la doctrina de la acción, no en la de la autoría.

Obviamente, la teoría objetivo-formal también presenta puntos flacos que impiden hoy asumirla sin modificaciones. El defecto más claro consiste en su incapacidad para explicar el fenómeno de la autoría mediata. Muchos partidarios suyos han intentado arreglárselas sin esta figura jurídica y resolver *de lege ferenda* la "penosa laguna de casos merecedores de punición" [26] limitando la accesoriedad. Pero esta vía no sólo está cerrada para el principal supuesto de aplicación, el actuar mediante un instrumento no doloso, por el hecho de que la jurisprudencia hoy exija para la participación un hecho principal doloso; por esa vía se convertiría fraudulentamente una manifestación de genuina autoría en forma de participación; que el tan mentado médico que, a través de una enfermera no sabedora, haga administrar una inyección letal, es genuino autor, lo mantiene hoy unánimente la doctrina, no necesitando aquí más fundamentación [27].

También BELING, como principal representante de la teoría objetivo-formal, combate la equiparación entre inducción y autoría mediata [28]; pero cuando señala que la autoría mediata no supone "problema alguno" [29] porque "el lenguaje común" no vacila en afirmar que aquel que se ha servido de otro como instrumento, ha "matado", "hurtado", etc. [30], sacrifica el principio básico de la teoría objetivo-formal: emprender personalmente la acción ejecutiva, en aras de una excepción, lo que ciertamente garantiza un resultado correcto, pero es imposible de fundamentar correctamente sobre la base de esta teoría, pues el lenguaje común permite llamar asesino a aquel que

[25] *Actas de la Comisión de Derecho penal*, pp. 125 y 126; análogamente *ZStW*, 1957, número especial Atenas, p. 9.

[26] GRÜNHUT, *JW*, 32, 366.

[27] Característico es también que, por ejemplo, VAN CALKER, p. 83, y otros hablan aquí simplemente de autoría "ficticia".

[28] *Methodik*, pp. 99-102.

[29] *Methodik*, p. 102.

[30] *Grundzüge*, p. 30, § 18 V.

hace matar a su enemigo por medio de un asesino a sueldo, si bien aquí y en otros supuestos análogos la teoría objetivo-formal niega la autoría.

Pero tampoco la coautoría cabe explicarla del todo mediante la teoría objetivo-formal. WEGNER [31] idea el supuesto en que el varón A y la mujer B han decidido envenenar a C, y en que A mezcla el veneno en la sopa mientras que B despliega todos los atractivos de su oratoria para distraer a C del extraño sabor de la sopa. En su opinión, A es autor y B cómplice. Tampoco BELING [32], en el ejemplo en que A entrega a B un cuchillo, que éste clava en el corazón a X, al que C está sujetando, tiene reparos en considerar a A y C como meros partícipes. No obstante, estas soluciones no convencen. Cuando en el caso del envenenamiento A y B cooperan en plano de igualdad y sus aportaciones al hecho se complementan de modo que sólo juntas pueden producir el resultado, su comportamiento forma, con vistas al fin pretendido, una unidad de sentido que no cabe escindir sin arbitrariedad en distintas categorías jurídicas. Precisamente el lenguaje común, tan ensalzado por los partidarios de la teoría objetivo-formal, no titubearía en decir que A y B han matado conjuntamente a C. Otro tanto cabe afirmar del ejemplo de BELING.

Tampoco es aceptable que el legislador haya querido valorar de modo distinto un suceso de tal índole, que es unitario para una consideración captadora de sentido. Cuando el § 47 StGB exige para la coautoría que "varios ejecuten conjuntamente una acción punible", en ningún caso está queriendo decir que cada uno tenga que ejecutar el tipo por entero, pues en este caso cada uno sería de todos modos autor según la teoría objetivo-formal, y resultaría superfluo un precepto regulador de la coautoría. Pero tampoco hay argumento que explique con claridad por qué sólo va a haber "ejecución en común" cuando cada uno de los intervinientes ha realizado un elemento del tipo. Si dos ladrones penetran en una vivienda no cerrada con llave y uno de ellos toma la caja fuerte, mientras que el otro cubre las salidas, éste es sólo cómplice; pero si, en el mismo caso, ambos han escalado por la ventana, son coautores, porque entonces el segundo ha realizado un elemento del tipo (escalamiento). Éstos son resultados absurdos, contingentes, aquí realmente "formales" y no fundamentables mediante criterios materiales. Así no puede haber valorado el legislador. Más bien es evidente que ha querido justo lo contrario de lo que hace la doctrina objetivo-formal: no contemplar aisladamente las aportaciones al hecho de los intervinientes individuales, sino como una unidad, captando como (co-)autores a cada uno de los que actúan conjuntamente. Pero sobre esto volveremos a tratar con más detalle [33].

[31] *Strafrecht*, p. 252.

[32] *Grundzüge*, pp. 29 y 30.

[33] Cfr. *infra* pp. 303 ss.

En resumen, hay que señalar: la fortaleza de la teoría objetivo-formal reside en que entiende el hecho individual en su totalidad como acción con sentido social, situando a aquel que ejecuta por sí mismo, como autor, en el centro de su consideración. Sus defectos consisten en que desde su punto de partida no cabe entender la autoría mediata y en que en el tratamiento de la coautoría se llega a un deshilachamiento (absurdo e insatisfactorio incluso por su resultado) de un proceso unitario en actos individuales sin relación entre sí.

§ 8. TEORÍAS OBJETIVO-MATERIALES

Bajo esta denominación no sólo se reúnen, como en conexión con BIRKMEYER [1] ha ocurrido muchas veces, las teorías basadas en las diferencias causales, sino también aquellas otras orientadas en lo material predominantemente a criterios objetivos.

I. TEORÍA DE LA NECESIDAD DE LA APORTACIÓN CAUSAL. ("TEORÍA DE LA NECESIDAD")

Se trata de una idea muy antigua, nunca olvidada del todo y que sigue apareciendo una y otra vez hasta la actualidad, de que al que realiza una aportación imprescindible al hecho, sin la cual éste no se habría podido ejecutar, hay que equipararlo al que ejecuta el hecho de propia mano. Ya FEUERBACH [2] distinguió entre autores [3] y cómplices en función de que hubieran aportado una causa principal o accesoria, incluyendo en el concepto de autor al llamado "cómplice principal" que contribuye al hecho despejando obstáculos, sin lo cual a los demás les hubiera resultado imposible cometer el delito [4].

Esta distinción era antaño muy común y se impuso en numerosas codificaciones nacionales y extranjeras [5]. Asimismo, afirmó su posición durante mucho tiempo en los tratados procedentes de mediados del siglo pasado. Así, todavía en 1895 señala BENER [6]: «Cómplice principal llama la doctrina a aquel cómplice que aporta un auxilio sin el cual, como él sabe, el delito no se habría podido ejecutar; puede tratársele como coautor.»

[1] *Vergleichende Darstellung*, p. 21.
[2] *Lehrbuch*, 14.ª ed., §§ 44 y 45, pp. 80 ss.
[3] Término en el que se entenderían incluidos, en el lenguaje actual, autor e inductor.
[4] *Op. cit.*, p. 80; cfr. acerca del significado de esta distinción en la regulación anterior, por lo demás, MITTERMAIER en FEUERBACH, nota IV, *op. cit.*, pp. 82 y 83.
[5] Cfr. amplios datos en PERTEN, p. 14, nota 26.
[6] *Lehrbuch*, 17.ª ed., p. 165.

De entonces acá la teoría del cómplice principal no ha desempeñado ningún papel importante; sólo VON BAR la asumió una vez más en 1907, situándola en el centro de su delimitación [7]. Pero su idea principal nunca se ha olvidado. Sin que ninguno de los autores subsiguientes volviera a enlazar con ella expresamente, no obstante ha seguido ejerciendo influencia soterrada y reapareciendo de vez en cuando bajo distintas variantes.

Así, por ejemplo, LIEPMANN [8] consideró autor a aquel que aporta la "condición decisiva". Sobre el cómplice señala: «Su comportamiento no es decisivo para el resultado, de manera que eliminando su actividad simultáneamente decayera a la vez algún elemento del tipo delictivo, sino que simplemente propicia en el sentido de que por medio de él se aumenta la posibilidad de que otros cometan.»

También BAUMGARTEN, al margen de sus predecesores, ha convertido esta teoría en eje de su delimitación [9]. Según su teoría, autor es «aquel cuya acción no puede suprimirse mentalmente sin que la comisión del delito quede cancelada para siempre jamás; cómplice, aquel que, omitiendo su acción, sólo habría conseguido que el delito no se hubiera cometido, en cuanto a momento y circunstancias de detalle, tal como se cometió» [10].

Más tarde vuelve a aparecer la idea en KOHLRAUSCH [11]. Al desarrollar la concepción de que uno es autor en la medida en que su acción iba dirigida internamente al resultado «y fue unida a la consciencia de lo imprescindible que era para éste» ahí se abre paso subrepticiamente, bajo ropaje subjetivo, la teoría de la necesidad.

Incluso el BGH le ha rendido homenaje, pues en su más importante sentencia sobre participación [12] basó la autoría de aquel que había realizado el hecho de propia mano "con voluntad de partícipe", entre otras razones, en la de que el sujeto actuante «había tenido una influencia decisiva (en el hecho): sin él no habría podido ocurrir de la manera prevista».

También en las codificaciones extranjeras sigue estando presente la teoría de la necesidad. Así, por ejemplo, con arreglo al art. 14 del Código penal español de 23 de diciembre de 1944 [13], son autores también "los que cooperan a la ejecución del hecho con un acto sin el cual no se hubiere efectuado"; en términos muy similares, el art. 61 del Código penal uruguayo considera

[7] *Gesetz und Schuld*, t. II, 1907, p. 603.
[8] *Einleitung in das Strafrecht*, 1900, p. 70.
[9] *ZStW*, t. 37, 1916, pp. 526 ss.
[10] *Op. cit.*, p. 529.
[11] *ZStW*, t. 55, 1936, p. 394.
[12] *BGHSt*, 8, pp. 393-399 (398); asimismo después *BGHSt*, 14, pp. 128 y 129.
[13] Citado por el apéndice legislativo en DIETZ, p. 133. [Por su parte, el art. 28, párrafo segundo, del actual Código penal regula la llamada cooperación necesaria en parecidos términos: «También serán considerados autores: (...) *b)* Los que cooperan a su ejecución (*scl.*, del hecho) con un acto sin el cual no se hubiere efectuado». *N. de los T.*]

coautores, entre otros, a «los que cooperan en la ejecución, ya en un acto preparatorio, ya en una acción ejecutiva, mediante un hecho sin el cual el delito no se hubiere podido cometer» [14].

De hecho, estas ideas tienen incluso para el observador moderno una importancia no subestimable, pues cuando alguien aporta una condición sin la que el delito no se habría producido, en él reside —considerándolo *ex ante*— la decisión sobre si el hecho va a tener lugar o no; tiene en sus manos si se realiza la ejecución o no. Pero precisamente este elemento no sólo sitúa al sujeto actuante en el centro del acontecer, por lo general, para la consideración natural. También coincide ampliamente con los criterios preeminentes para la doctrina del dominio del hecho hoy dominante. Cuando aquí, por ejemplo, se caracteriza al autor por «tener en sus manos el curso del acontecer típico» [15] o porque su programa "pone en sus manos" el resultado [16], cuando el BGH señala que «curso y resultado del hecho dependen también decisivamente de su voluntad» [17], todo ello lo suscribiría un representante de la teoría de la necesidad.

El punto de partida obtenido de esta manera seguirá siendo esencial para nuestra concepción. Y es que mientras que, como hemos visto, la teoría objetivo-formal fracasa en la coautoría, por escindir el hecho ejecutado conjuntamente en actos individuales sin relación entre sí, esta teoría parte precisamente de la interconexión necesaria de las acciones de cooperación. Así, da cuenta mucho mejor que la teoría objetivo-formal de lo que, sobre la base de su significado dado, se presenta como "ejecución conjunta", esto es, de la imbricación de las distintas aportaciones al hecho conducentes al fin común.

Sin embargo, la teoría de la necesidad resulta inútil como criterio general de delimitación, debido a su punto de partida causal, metodológicamente incorrecto, pues será pura casualidad que coincidan en todos los supuestos la existencia o ausencia de causalidad "necesaria", en el sentido de esta teoría, con las diferencias de significado jurídicamente determinantes, de ningún modo vinculadas a la categoría de la causalidad. Y de hecho no es ése el caso. Ni el coautor tiene que haber realizado siempre una aportación causal "necesaria" ni aquel que la ha realizado es en todo caso coautor, como resulta fácil demostrar.

Si dos personas sustraen una cosa en común es imposible negar la coautoría aduciendo que de faltar uno el otro habría tomado la cosa por sí

[14] Citado por DIETZ, *op. cit.*, p. 136.

[15] MAURACH, *AT*, 2.ª ed., pp. 492 y 517.

[16] GALLAS, *Gutachten*, p. 128.

[17] *JR*, 1955, p. 305; citado de pasada por WELZEL, *Lehrbuch*, 7.ª ed., pp. 98 y 99; análogamente, *BGH*, *MDR*, 1954, p. 529 (reseña de HERLAN); *BGHSt*, 8, pp. 393-399 (396). Cfr. en profundidad la panorámica incluida *supra* pp. 109-125.

solo. Si eso es aplicable a ambos, nunca podría decidirse quién de ellos es autor y quién cómplice, por no mencionar que no proporciona justificación racional de por qué no pueden ser coautores ambos.

Y por otra parte, si, por ejemplo, un farmacéutico se ha limitado a proporcionar el abortivo necesario para el hecho, no resulta evidente que tenga que ser coautor sólo por eso, aun cuando conste que sin él no se habría podido ejecutar el hecho, pues la iniciativa y la decisión última y determinante sobre la comisión del delito corresponde al comprador. Además, difícilmente cabrá hablar de la "ejecución conjunta" requerida por la ley cuando el sujeto sólo interviene en la fase de preparación.

Pero ante todo este criterio sería poco viable. En efecto, aun cuando se parta de lo que piensen los partícipes, a menudo éstos no pueden saber si una aportación es "necesaria" o no. Por ejemplo, en nuestro supuesto, los que coactúan probablemente nunca sepan si el abortivo lo habrían podido obtener en otro sitio, e incluso quizá el tribunal nunca podrá verificarlo, de manera que tales casos quedan sin solución para esta teoría.

Además, de ningún modo convence que la decisión sobre la forma de participación del farmacéutico tenga que depender de si —lo que el comprador no puede saber— otro farmacéutico habría estado disponible para proporcionar el abortivo. No se trata aquí de una solución obtenida a partir de la realidad de las cosas, sino simplemente de una consecuencia proveniente de un punto de partida metodológicamente incorrecto.

Por último, también el ámbito de aplicación de esta teoría se limita a la distinción entre coautoría y complicidad, no sirviendo para distinguir la autoría, la autoría mediata y la inducción. Si, por ejemplo, alguien persuade a otro para que cometa un delito, a lo que el autor no habría llegado *motu proprio*, no pasa de ser inductor, aunque haya aportado una condición "necesaria". Al respecto reina hoy unanimidad.

Así pues, el alcance de esta teoría se revela a fin de cuentas insuficiente. El desarrollo de sus puntos de partida fructíferos quedará reservado para la solución que aquí se elaborará.

II. TEORÍA DE LA COOPERACIÓN ANTERIOR Y SIMULTÁNEA AL HECHO ("TEORÍA DE LA SIMULTANEIDAD")

La distinción entre *concursus antecedens*, *concomitans* y *subsequens*, esto es, entre participación previa, simultánea y posterior, fue ya puesta de relieve por los juristas italianos del medievo y aplicada profusamente en el Derecho común junto a otros criterios de distinción. La participación posterior, hoy ya no reconocida como tal participación, queda descartada para nuestro estudio. Lo importante es que se consideraba a la cooperación durante el

hecho como forma de participación especial, comparable a la actual coautoría, mientras que la cooperación previa a la ejecución coincidía aproximadamente con el concepto moderno de complicidad.

Distinciones en tal sentido se encuentran con mucha frecuencia hasta la primera mitad del siglo pasado [18] y han influido en varias codificaciones regionales [19]. Tras la entrada en vigor del nuevo Código penal se recurrió a ellas, al principio sólo particularmente para delimitar coautoría y complicidad [20], y con el mayor ahínco por parte de FUCHS [21], que considera coautor al que "toma parte delictivamente en la ejecución de cualquier manera, aun subordinadamente" [22]; según su doctrina, la complicidad se limita al auxilio previo al hecho.

Esta "teoría de la simultaneidad" apenas halló más partidarios con posterioridad, hasta que en 1908, sobre la base de sus estudios comparatistas preparatorios de la proyectada reforma del Derecho penal, BIRKMEYER [23] la retomó e incluyó en su propuesta legislativa [24]. A la iniciativa de BIRKMEYER siguió el llamado Contraproyecto de 1911, cuyo § 31 establecía: «Se castigará como autor a aquel que coopere en la ejecución de la acción punible a él imputable o determine la ejecución por parte de otro...» También en la jurisprudencia temprana del Tribunal del Imperio (*Reichsgericht*, RG) resuena ocasionalmente la distinción aquí formulada [25].

Aún impera en el Derecho angloamericano, donde pervive hasta hoy la clasificación (transmitida por la jurisprudencia medieval italiana) en auxilio previo, simultáneo y posterior al hecho, distinguiéndose, junto al *principal in first degree*, que ejecuta personalmente la acción típica, el llamado *principal in the second degree* y el *accesory before the fact*. Por *principal in the second degree* se entiende el sujeto que no comete el delito personalmente, pero que sí está presente cuando éste se comete y auxilia al *principal in the first degree* ("a person, who does not commit a crime himself but is present at the time when the crime is commited and assists the principal in the first degree"), mientras que el *accessory before the fact* es la persona que está ausente cuando se comete el delito, pero solicita, aconseja, ordena o instiga a otro para que lo cometa ("who is absent at the time when a crime is commited, but procures, counsels, commands or abets another to commit it") [26]. Así pues, el *principal in the second degree* coincide con el coautor

[18] Cfr. la bibliografía más amplia en BIRKMEYER, *Vergl. Darstellung*, p. 19, nota 1.
[19] Con más detalle BIRKMEYER, *op. cit.*, p. 20, nota 2; p. 30, nota 1.
[20] Al respecto BIRKMEYER, *op. cit.*, p. 20, nota 4.
[21] *GA*, t. 29, 1881, pp. 170-178.
[22] *Op. cit.*, p. 175.
[23] *Vergl. Darstellung*, pp. 19 y 20, 59 y 60, 150-152.
[24] *Op. cit.*, p. 150.
[25] Cfr. las sentencias recopiladas en BIRKMEYER, «Teilnahme», pp. 199-201.
[26] CROSS-JONES, *An Introduction to Criminal Law*, 2.ª ed., 1949, pp. 63-65, citado por STRAUB, *Täterschaft und Teilnahme im englischen Strafrecht*, 1952, p. 15.

de la doctrina alemana aquí referida [27], y el *accesory before the fact* comprende al inductor y al cómplice.

También en algunas otras codificaciones extranjeras se equipara a la autoría la cooperación en la fase ejecutiva. Así, por ejemplo, el art. 61, núm. 3, del Código penal uruguayo de 1932 llama coautores, entre otros, a «aquellos que cooperan directamente en el momento de la consumación» [28], y el art. 46, párrafo 1.*b)*, del Código penal griego de 17 de agosto de 1950 impone la pena de la autoría a «aquel que ha prestado ayuda directa y dolosamente al autor durante la ejecución del hecho principal» [29].

Esta "teoría de la simultaneidad" sigue teniendo importancia para el Derecho alemán actual. No es que el que actúa con anterioridad a la ejecución del hecho tenga que ser menos merecedor de pena o menos peligroso; ya se ha aludido *supra* a la inutilidad de tales criterios. El mayor valor de esta teoría reside más bien en que puede asumir los principios fructíferos de las teorías objetivo-formal y de la necesidad sin incurrir en su unilateralidad.

Con la teoría objetivo-formal coincide en que sitúa en el centro de la delimitación a los partícipes directos en la ejecución del hecho. Pero no se ata al criterio puramente formal de tener que realizar un elemento típico, sino que entiende el concepto de la "ejecución conjunta" de una manera que da cuenta mucho mejor de su significado que la cooperación simultánea y concorde en la comisión del hecho. No tiene inconveniente —por retomar nuestro ejemplo— en considerar coautores a la mujer que con su charla distrae del mal sabor del café y al hombre que sujeta al que va a ser apuñalado.

Pero también da cuenta esta teoría del núcleo acertado de la teoría de la necesidad, como ya apreció FUCHS al escribir sobre la delimitación temporal por él preconizada [30]: «La ejecución es totalmente independiente de la voluntad del partícipe; a pesar de su actividad *anterior* al hecho (apreciar la ocasión favorable, conseguir los instrumentos, preparar el veneno, suministrar el combustible, atraer a la víctima a un lugar solitario), al final depende únicamente de la voluntad del autor que el delito se cometa, que la lesión del bien jurídico se produzca o no.» Aquí se entiende correctamente que por lo general sólo el partícipe directo en la ejecución "tiene en sus manos" el suceso. Lo que coincide con lo que hoy escribe GALLAS [31], desde la perspectiva de la teoría del dominio del hecho: «No basta la participación en el planeamiento

[27] Resulta discutible si el coautor queda incluido en el concepto de autor del Derecho inglés, pero es irrelevante en este contexto; cfr. BIRKMEYER, *Vergl. Darstellung*, pp. 91 ss.; DIETZ, pp. 94 y 95; STRAUB, pp. 63-67.
[28] Citado por el apéndice legislativo en DIETZ, p. 136.
[29] Citado por el apéndice legislativo en DIETZ, p. 134.
[30] *GA*, t. 29, 1881, p. 177.
[31] *Gutachten*, p. 137.

o preparación del hecho. El coautor debe, más bien, tomar parte también en el *ejercicio* del dominio del hecho» [32]. Conforme a lo cual el farmacéutico de nuestro ejemplo, que simplemente facilita el abortivo, no es sino cómplice.

De este modo se evitan las consecuencias doctrinarias de la teoría de la necesidad, sin dejar de lado su elemento más importante para el observador actual, la concepción del autor como la figura central que decide por sí sola o conjuntamente el hecho. Además, se deduce que también esta teoría contiene ya importantes elementos de la teoría del dominio del hecho, ahora dominante, que más tarde se analizará con detalle.

Pero por otra parte, también la teoría de la simultaneidad es demasiado esquemática. Su poder de convicción se basa sólo en que sobre el que coopera activamente en la ejecución del hecho por lo general recae la posición central que hace aparecer al hecho como obra común. Y donde no es así, se convierte en absurda. Si, por ejemplo —por tomar un supuesto de BAUMGARTEN— [33], un sujeto facilita al falsificador, durante la acción de falsificar, su estilográfica o el tintero, no cabe descubrir ni criterio normativo ni distinción prejurídica que justifique que se le considere coautor sólo porque ha realizado su aportación, totalmente subordinada, en el momento de la ejecución. Aquí, tanto la teoría objetivo-formal como la de la necesidad llevan a resultados con más sentido.

Ni siquiera cabe entender por qué el tan renombrado miembro de la banda de ladrones que se queda vigilando tiene que ser coautor en todo caso, como suponen sin reparos tanto FUCHS [34] como los autores del Contraproyecto [35], mientras que aquel que ha atraído a la víctima al lugar solitario del crimen, con astucia y alevosía, ya no puede ser coautor [36], porque su actividad ha concluido antes de los golpes mortales de su cómplice. Una delimitación puramente temporal en tales términos se queda excesivamente en lo externo, no penetrando en los criterios materiales. Lo cual se pone de manifiesto también en que desde este planteamiento no es posible explicar la figura de la autoría mediata, pues precisamente al utilizar a un instrumento que actúe de buena fe, el autor mediato por lo general no va a actuar en el momento de la ejecución del hecho.

Así pues, también el valor de la teoría de la simultaneidad se limita a ofrecer, en los supuestos típicos, un punto de partida susceptible de desarrollo. Pero como criterio general de delimitación es inadecuado.

[32] De todos modos, la cuestión es muy controvertida entre los partidarios de la teoría del dominio del hecho y será tratada más en profundidad, cfr. *infra* pp. 321 ss.

[33] *ZStW*, t. 37, 1916, p. 529.

[34] *Op. cit.*, p. 176.

[35] *Op. cit.*, p. 51.

[36] Cfr. al respecto FUCHS en la obra citada *supra*, p. 151.

III. CAUSALIDAD FÍSICA Y CAUSALIDAD PSÍQUICA

Una teoría que sigue apareciendo con múltiples variantes en la historia de las teorías de la participación distingue entre autores y partícipes en función de que la cadena causal puesta en marcha haya conducido al resultado directamente o sólo a través de la acción independiente de otro. En el primer caso se da autoría; en el segundo, participación.

Una delimitación así se encuentra ya en FEUERBACH [37], que distingue entre eficacia directa e indirecta de la acción y señala: «(La acción) surte efecto directamente cuando la lesión del bien jurídico es el objeto inmediato de su eficacia, cuando es a la propia lesión del bien jurídico inmediatamente... a la que se dirigen todas sus manifestaciones. Surte efecto indirectamente cuando el objeto inmediato de la eficacia no es la propia lesión del bien jurídico, sino el favorecimiento de la eficacia directa de otro para la lesión del bien jurídico. El sujeto de aquella acción se llama autor del delito...; el de ésta, partícipe...». Distinciones en tal sentido entre causalidad directa e indirecta aparecen con cierta frecuencia en la ciencia penal del siglo XIX.

La distinción, en cierta medida modificada y de una forma más influyente en años siguientes, se encuentra más tarde en LOENING [38]. Con arreglo a su teoría, caracteriza al coautor, frente al cómplice, que aquél tiene que abrir «un curso causal hacia el resultado independiente, no sólo conducente a éste a través de la actividad de otro, sino en plano de igualdad con él»; le siguen WUTTIG [39] y GOETZ [40].

Una variante muy curiosa e independiente de esta teoría la representa Arnold HORN en su monografía, hoy completamente olvidada, sobre «Conceptos de causalidad y de efectividad» [41]. También parte de un llamado concepto de causa "natural". Causante, y por tanto autor, es el que aporta una condición que realiza el resultado directamente y no sólo a través de otro; la actividad del partícipe, por el contrario, es aquella «que, antes de la resolución del autor sobre si va a servirse de ella, se detiene causalmente, no pudiendo saltarse la voluntad de éste» [42].

Hasta aquí concide su teoría con las antes mencionadas, pero diverge de éstas al hablar de una "ampliación" del concepto de causalidad natural por efecto de la voluntad [43]. Enseña que la "imagen causal [se modifica]

[37] *Revision*, 2.ª parte, 1806, p. 244; de todos modos, vincula este criterio con el del interés propio (cfr. p. 245), sobre el que se volverá al tratar la teoría subjetiva.

[38] *Grundriß*, 1885, p. 94.

[39] *Fahrlässige Teilnahme*, 1902, pp. 97 ss.

[40] *Grenzziehung zwischen Mittäterschaft und Beihilfe*, 1910, especialmente pp. 45 ss.

[41] *Gerichtssaal*, t. 54, 1897, pp. 321-385.

[42] *Op. cit.*, p. 373.

[43] *Op. cit.*, p. 347.

por medio de la intervención rectora de la psique», en tanto que de ese modo la aportación de una mera condición se convierte en *dominium causae*, en dominio sobre el curso causal [44]. La causalidad natural sería, pues, la «sierva de la voluntad; obedeciendo a ésta, a la *domina causae,* debe desplegar su efecto en el lugar prescrito y en el momento asignado» [45].

Ahora bien, HORN no sólo considera autor al causante natural, sino también al *dominus causae*, atribuyendo el dominio sobre el curso causal también a aquel que para la ejecución del hecho se sirve de otro que actúa con voluntad no libre o sufriendo un error [46]. Por el contrario, rechaza expresamente el *dominium causae* y, por tanto, la autoría cuando tercia la libre voluntad de un tercero. «Somos conscientes de que no controlamos la espontaneidad de nuestra voluntad, de que no podemos tener en cuenta sus futuras decisiones como el modo de operar una fuerza de la naturaleza...» [47].

El partícipe, por otra parte, actúa con la consciencia «de no poner directamente una *causa (naturale)* y de no ser *dominus causae*, sino de dejar al arbitrio de otro la relación causal y el *dominium causae*. Deja al criterio de otro la decisión de si el resultado va a producirse. Pero este contenido de voluntad suyo no está formado arbitrariamente, sino que se deriva de la situación fáctica objetiva, y así un partícipe que objetivamente, dadas las circunstancias, sólo aporta una actividad de partícipe, no puede convertirse en coautor por sus meros pensamientos, intereses y motivos, al igual que una persona... por el mero tinte subjetivo de su *dolus* tampoco puede verse degradada del papel de coautor al de cómplice» [48].

Todo esto se ha citado tan prolijamente para poner de manifiesto que aquí —bajo el ropaje causal y provista de toda clase de adornos que inducen a confusión y que he preferido dejar de lado— se anticipa la teoría del dominio del hecho en sus rasgos esenciales junto con su crítica a la teoría subjetiva de la participación. También el elemento final se pone de manifiesto claramente al acentuarse la "intervención rectora de la psique", e incluso el concepto del "dominio del hecho" se encuentra prefigurado al pie de la letra en el término *dominium causae*. Esta teoría pasó inadvertida en su momento —en la época de esplendor de la metodología causal, a la que está sujeto el propio HORN—, no ejerciendo influencia. Cuán poco fue entendido entonces su auténtico contenido se aprecia en las críticas incomprensivas de HERGT [49] y PERTEN [50].

[44] *Op. cit.,* p. 351.
[45] *Op. cit.,* p. 352.
[46] *Op. cit.,* p. 365.
[47] *Op. cit.,* p. 368.
[48] *Op. cit.,* p. 375.
[49] *Die Lehre von der Teilnahme,* 1909, pp. 108-110.
[50] Pp. 23-26.

PERTEN, por su parte, aporta una variante propia de la distinción originaria entre causalidad directa e indirecta. Para él, a la autoría pertenecen en principio todas aquellas «acciones que en general son adecuadas para producir el resultado sin que tenga que añadírsele una posterior acción dolosa ajena» [51]; además, pretende, sin consideración a este criterio, incluir en el concepto de coautoría «varias co-actividades dolosas simultáneas de peligrosidad directa» [52]; también reconoce la autoría mediata por medio de un instrumento inimputable, al par que rechaza el "instrumento doloso" [53].

La que más conocida ha llegado a ser es la teoría de FRANK, asimismo perteneciente a este entorno, que distingue entre causalidad física y psíquica. Sin embargo, para los llamados "delitos de mera actividad", que describen una acción determinada, FRANK sigue la teoría objetivo-formal. Únicamente en los delitos de resultado, como, por ejemplo, el § 222 StGB, que vinculan la conminación con pena sólo con el resultado, con independencia de cómo se produzca, señala FRANK: «La autoría pertenece al ámbito de la causalidad física; la participación, al de la psíquica» [54]. A las dificultades que de ahí se derivan para el entendimiento de la autoría mediata se sustrae FRANK diciendo [55]: «Si existe una voluntad interpuesta, pero no es libre o no es consciente de la causalidad de la acción, la causalidad ya no es —de acuerdo con la terminología que aquí se sigue— psíquica, y por tanto, resulta posible la autoría.» Por el contrario, no reconoce el concepto del instrumento doloso.

Huelga señalar que en todos estos intentos aparece reflejada la teoría de la "interrupción del nexo causal", antes muy extendida. Lo cual explica que al imponerse en general la teoría de la equivalencia, a comienzos de los años treinta, tampoco encontrara más adeptos la distinción entre causalidad directa e indirecta, física y psíquica, en la teoría de la participación.

Su síntesis última y más concentrada, la de GARLAND [56], aparece ya bajo el ambicioso nombre de "teoría fenomenológica" [57]. Conecta con la teoría de LOENING [58] y distingue entre «eficacia colateral y descendente, en función de que dos series de condiciones, independientes entre sí, coincidan en un resultado o bien una condición surta efecto en el resultado a través de otra» [59]. La coautoría es «siempre eficacia colateral; la complicidad, siempre eficacia descendente especialmente implicada».

No se profundizará aquí en las diferencias existentes entre estas teorías, que en todo caso tienen en común considerar como punto de vista esencial

[51] *Op. cit.,* p. 95.
[52] *Op. cit.,* p. 106.
[53] *Op. cit.,* p. 141.
[54] *Kommentar,* ante § 47, II.
[55] Loc. cit.
[56] En su *Lehrbuch,* 2.ª ed., 1932.
[57] *Op. cit.,* p. 192.
[58] Cfr. p. 191, nota 1.
[59] *Op. cit.,* pp. 190 y 191.

para delimitar autoría y participación el que entre la acción y el resultado medie o no la voluntad de otro. De hecho aquí está comprendido un criterio extraordinariamente importante incluso para el estado actual de la doctrina de la autoría, pues —como dice HORN con toda razón— no es posible saltarse la voluntad de una persona que actúa libremente. El otro decide si el hecho conduce al resultado, asume la posición central, desplazando a la periferia a los demás, que sólo a través de él pueden influir en el resultado.

Es fácil apreciar que este punto de vista también desempeña un importante papel para la teoría del dominio del hecho, lo cual en parte se ha resaltado expresamente; así, por ejemplo, señala GALLAS [60] que ha de negarse el dominio del hecho «donde el que actúa directamente es autor responsable... Visto así... el dominio del hecho mediante la utilización de otro como instrumento encuentra su límite allí donde el Derecho considera libre el hecho del que actúa directamente». En términos análogos apunta WELZEL [61]: «Quien determina a un autor al hecho es siempre sólo inductor, no pudiendo convertirle en autor el tener la voluntad de tal.» El parentesco aquí existente permite comprender que HORN, precisamente partiendo de una distinción causal hallada por esta vía, pudiera llegar a una teoría que anticipa en gran medida la idea del dominio del hecho.

Por otra parte, esta distinción presenta puntos flacos difíciles de soslayar, en que se refleja la "asepsia valorativa" del planteamiento causal. Por eso incluso ya los autores *supra* mencionados completaron esta distinción con otros puntos de vista. Es evidente que no cabe explicar la autoría mediata a través de la distinción entre causalidad directa e indirecta, física o psíquica. Por notables que sean las reflexiones de HORN sobre la "intervención rectora de la psique", en absoluto tienen que ver —como él señalaba— con el concepto de causalidad. En ese punto tiene razón PERTEN al objetar: «Pero, ¿cómo es posible... que la importancia causal de una condición para el resultado... se vea aumentada por el hecho de responsabilizar a su autor?» [62]. A similares reparos está expuesto el intento de FRANK de integrar la autoría mediata en la causalidad física. Aquí resulta de todo punto evidente que la diferencia esencial entre autoría mediata y participación no reside en el ámbito causal.

Pero también al determinar la coautoría fracasa en muchos casos esta distinción. Así, por ejemplo, ni siquiera los partidarios de distinguir entre causalidad directa e indirecta han conseguido esclarecer si el sencillo supuesto en que alguien sujeta a la víctima del asesinato ha de calificarse como de complicidad o de coautoría [63]. Como sigue sin estar clara la solución si se

[60] *Materialien*, p. 134.
[61] *SJZ*, 1947, apartado 650.
[62] PERTEN incluye todos los elementos subjetivos en la culpabilidad.
[63] Cfr. WUTTIG, p. 101; GOETZ, p. 49; PERTEN, p. 30.

piensa, una vez más, en el ya varias veces citado supuesto de la envenenadora charlatana. ¿Se da aquí causalidad directa o indirecta, física o psíquica? Parece más aceptable lo segundo, lo que descartaría la coautoría. Pero el resultado es insatisfactorio; y sobre todo no se comprende por qué hay que hacer depender la solución de una distinción meramente formal. En los casos de mera división del trabajo en la ejecución conjunta del hecho una distinción así opera arbitrariamente, porque falta, de entrada, su contenido material: la dependencia de la libre resolución de otro, que mantiene en sus manos la decisión sobre si el hecho se va a producir. Sin embargo, es también objetable su punto de partida, pues en lugar de resaltar la imbricación de las partes del hecho, limita la coautoría a cursos causales independientes entre sí, modo de proceder que conduce a un aislamiento de los actos individuales semejante al de la teoría objetivo-formal [64].

Esta objeción afecta también a los casos que según esta teoría deben atribuirse claramente al ámbito de la participación. Si dos personas incendian un inmueble de manera que uno pone al alcance del otro astillas encendidas, que éste arroja a la casa, resulta absurdo hacer depender la calificación de si se da coautoría o complicidad de que el que ha encendido las astillas y las ha puesto al alcance del otro también haya arrojado por sí mismo —aunque sólo sea por una vez— una astilla directamente a la casa.

Así pues, también esta teoría comparte los defectos de las antes debatidas: un punto de partida útil se absolutiza acríticamente, porque se omite remitir una distinción formal a su contenido de sentido determinante para la doctrina de la autoría y consiguientemente clarificar los límites de sus posibilidades de aplicación.

IV. TEORÍA DE LA SUPREMACÍA DEL AUTOR ("TEORÍA DE LA SUPREMACÍA")

Con independencia uno de otro, pero del mismo modo en lo esencial en cuanto al contenido, DAHM [65] y Richard SCHMIDT [66] han desarrollado la concepción de que la coautoría y la complicidad no han de distinguirse en función de elementos determinados, organizables en general, sino con arreglo a si, considerando las circunstancias del caso concreto, se da una relación de equivalencia (coordinación) o de subordinación y supremacía.

Define DAHM [67]: «Quien toma parte con otro en la lesión de un bien jurídico es coautor si su comportamiento, con arreglo a la situación objetiva completa, verificable valorando todas las circunstancias del caso particular,

[64] Cfr. *supra*, pp. 55-56.
[65] *Grundriß*, 2.ª ed., 1931.
[66] *Op. cit.*, p. 43.
[67] *Op. cit.*, p. 161.

se [presenta] como equivalente (coordinado) al otro comportamiento, con vistas a la lesión del bien jurídico; cómplice, si su comportamiento, en las mismas circunstancias, aparece como subordinado»; mientras que Richard SCHMIDT señala [68]: «Se da coautoría... cuando, a partir de las circunstancias del caso, tanto en el tipo de cooperación, a juicio de un observador externo (objetivamente), como según el tipo de formación de la resolución a partir del propio parecer del partícipe (subjetivamente), las aportaciones al hecho son equivalentes. Complicidad se da cuando, a partir de las circunstancias, tanto para el observador objetivo como para el propio partícipe, la aportación al hecho de uno se presenta como limitada y subordinada.»

Esta teoría, llamada por DAHM [69] "objetivo-popular", ofrece evidentes ventajas frente a las debatidas hasta ahora. Evita los defectos de una concepción formal, generalizadora y que, por tanto, no puede dejar de ser unilateral. El punto de vista de la supremacía y la subordinación proporciona un baremo sumamente elástico, que deja amplio margen para la individualización. Por otra parte, tampoco incurre en el riesgo de la completa vaguedad, que convierte en inidóneos para la delimitación a conceptos puramente normativos como el de la peligrosidad. El que se dé relación de equivalencia o de subordinación no es cuestión de enjuiciamiento subjetivo, sino que resulta susceptible de concreción con auxilio de puntos de vista objetivos.

Esta teoría no ha hallado adeptos en la formulación aquí expuesta. Pero materialmente se presenta como precursora directa de la teoría del dominio del hecho. Describir —por decirlo con DAHM— [70] el comportamiento del autor como "el dominante en la situación global" o mediante el concepto del "dominio del hecho" no representa diferencia apreciable alguna. Y con la formulación de que entre varios coautores existe una "relación de coordinación" no se dice sino que se les atribuye una parte igual en el dominio del hecho. Como consecuencia de este estrecho parentesco entre las teorías de la supremacía y del dominio del hecho, resulta posible emprender un examen crítico detallado de las teorías de DAHM y Richard SCHMIDT conjuntamente con el análisis, que se abordará *infra*, del concepto del dominio del hecho.

Hay algo que, sin embargo, cabe adelantar: los conceptos de coordinación y subordinación ciertamente producen una orientación útil para la delimitación entre autoría y participación, pero no dan más de sí, pues conceptualmente hay numerosos supuestos críticos en los que precisamente es dudoso si se da una relación de supremacía o de subordinación. Una teoría basada en esta distinción debería, pues, para ser llevada a la práctica, elaborar al menos los baremos rectores sobre los cuales se fundamentaría la delimitación en los supuestos concretos.

[68] *Op. cit.*, p. 43.
[69] *Op. cit.*, p. 42.
[70] *Op. cit.*, p. 42.

Sin embargo, ello no se ha conseguido. «No hay elemento abstracto que caracterice un comportamiento en todo caso o bien sólo típicamente, como el dominante en la situación global», advierte DAHM [71], mientras que señala Richard SCHMIDT [71]: «No es posible aportar ningún rasgo distintivo determinado apreciable.» Es evidente que una concepción en tal sentido deja al juez en la estacada en todos los supuestos problemáticos. El propio DAHM confiesa que su planteamiento objetivo-popular es "impracticable" y deja "amplio espacio al arbitrio judicial". Incluso prosigue: «Quien considere que la falta de practicabilidad es motivo suficiente para rechazar la formación jurídica de conceptos descartará esta distinción» [72].

Pero en realidad aquí se pone de manifiesto también un defecto metodológico, pues aun admitiendo que para la delimitación de autoría y participación pueden llegar a ser relevantes todas las circunstancias del caso concreto, el baremo con arreglo al cual debe medirse su importancia tiene que ser necesariamente más general. Y ello no se consigue tampoco con esta teoría. Por el contrario, el punto de vista de la supremacía/subordinación, del que parte, es excesivamente general. Al renunciar de entrada a ulterior concreción de este baremo se capitula ante la auténtica tarea que se le plantea a la formación de conceptos en la ciencia jurídica.

Así pues, esta teoría no pasa de ser un punto de partida aprovechable.

§ 9. TEORÍAS SUBJETIVAS

Es común a las teorías subjetivas el distinguir, en la delimitación entre autoría y participación, no según criterios objetivos situados en el mundo exterior, sino sólo intrapsíquicos, como la voluntad, la intención, los motivos y actitudes de los partícipes. Es posible encontrar aquí una serie de puntos de vista para distinguir. Vamos a seguir la clasificación tradicional en los dos grandes grupos formados por las teorías del dolo y del interés. Las primeras distinguen en función de la clase de voluntad; las segundas, con arreglo a si el hecho se cometió en interés propio o ajeno.

I. TEORÍAS DEL DOLO

Al igual que las concepciones objetivas, también éstas se remontan a comienzos del siglo XIX [1]. Todas ellas distinguen entre la voluntad de autor y la voluntad de partícipe, de naturaleza heterogénea. Con todo, la mayor parte de ellas renuncian a profundizar en la diferencia entre esas voluntades,

[71] *Op. cit.*, p. 161.
[72] *Op. cit.*, p. 43.
[1] Cfr. BIRKMEYER, *Vergl. Darstellung*, p. 24, con bibliografía; PERTEN, pp. 41-50.

de manera que no queda claro a qué resultados prácticos lleva esta delimitación. Destacan, en tanto que perfiladas hasta cierto punto, las teorías que —en infinidad de variantes— atribuyen al partícipe, en contraposición al autor, una voluntad dependiente, subordinada; parten de que el partícipe se hace dependiente del autor al dejar la ejecución del hecho al criterio de éste.

En este sentido, diferenció ya WÄCHTER [2] en función de «la intención del sujeto actuante: querer directamente el propio delito, frente a los casos en que uno quiere simplemente apoyar el delito de otro, siéndole al menos indiferente si el autor lo ejecuta o no». Análogamente, HÄLSCHNER [3] estima que el partícipe se propone «su actividad auxiliar sólo dando por sentado que el autor cometerá el delito por decisión propia y libre».

También en época posterior siguieron encontrando defensores estas teorías. Así dice, por ejemplo, JANKA [4]: «El autor hace depender la producción del resultado delictivo de su propia resolución...; el partícipe... no se propone la acción de realización, sino que la hace depender de una resolución ajena (la del autor)...» SCHWARTZ [5] señala que el partícipe deja a criterio del autor que se produzca o no la consumación. También BINDING [6] propugna una teoría subjetiva en lo esencial, y su discípulo NAGLER [7] manifiesta que el partícipe quiere «actuar sólo si el autor realiza su propósito antijurídico, y en esa medida». A veces también se encuentra la formulación de que el autor es aquel que, en caso necesario, emprendería la acción típica en persona [8].

El representante más influyente de la teoría del dolo fue v. BURI, que en numerosas monografías enseñó [9]: «Lo distinto del autor con respecto al partícipe sólo cabe individualizarlo en la independencia de la voluntad de autor y la dependencia de la de partícipe. El partícipe quiere el resultado sólo si el autor lo quiere, y si el autor no lo quiere, tampoco él. La decisión de si el resultado se va a producir o no debe, pues, dejarla a criterio del autor.»

En la forma acuñada por v. BURI, la teoría del dolo ha ejercido decisiva influencia en la jurisprudencia del RG. Se encuentra en su formulación clásica

[2] *Lehrbuch*, I, 1825, p. 147.
[3] *Gem. Deutsches Strafrecht*, I, p. 376.
[4] *Österreich. Strafrecht*, 2.ª ed., 1890, p. 148.
[5] *Kommentar*, 1914, § 47, núm. 5; § 49, núms. 2a y 5.
[6] Cfr. simplemente la muy pormenorizada exposición sobre «Las tres formas básicas del sujeto delictivo» en *Abhandlungen*, t. I, pp. 251-401, y la breve síntesis en *Grundriß*, 8.ª ed., 1913, pp. 149 ss., 59 y 162 s.
[7] *Die Teilnahme am Sonderverbrechen*, 1903, p. 125.
[8] Cfr., por ejemplo, TJABEN, *GA*, 42, p. 228; v. BAR, *Gesetz und Schuld*, t. II, pp. 606 y 607.
[9] Cfr. simplemente *Die Kausalität und ihre strafrechtlichen Beziehungen*, 1885, p. 41; en términos muy semejantes, *Abhandlungen*, 1862, p. 117.

en la básica sentencia RGSt 3, 181 ss., donde se dice [10]: «Si el autor quiere llevar a la consumación su propio hecho, pero el partícipe sólo quiere apoyar un hecho ajeno, el del autor, sólo cabe aquí hallar el sentido de que el partícipe únicamente puede tener una voluntad dependiente de la del autor, al subordinar su voluntad a la del autor, dejando a criterio de éste si el hecho se va a consumar o no. Frente a esta voluntad dependiente del partícipe, el coautor no reconoce voluntad superior a la suya. Más bien su voluntad es de igual categoría que la de los demás coautores, y, ciertamente, según su parecer, el delito ha de materializarse con la cooperación de éstos, sin que no obstante considere tales voluntades como determinantes de la propia.»

La teoría del dolo, en esta forma, ha pervivido hasta hoy. BOCKELMANN [11], su defensor más importante de la actualidad, considera que el criterio decisivo para la delimitación reside «en un hecho psíquico concreto: la subordinación del dolo concebido por el partícipe con respecto al del autor principal»; para caracterizar esta subordinación se refiere expresamente a las formulaciones de la sentencia *supra* mencionada. Tampoco puede pasar inadvertida la semejanza de esta teoría con la del dominio del hecho. BOCKELMANN [12] llega a considerarlas idénticas a ambas cuando escribe: «Lo que distingue el dominio del hecho del autor del del partícipe es precisamente la peculiaridad psíquica que caracteriza a éste, consistente en la subordinación de su dolo a una decisión del hecho ajena.» En sentido contrario se manifiesta expresamente GALLAS [13] —con razón, como veremos—; pero la circunstancia de si alguien ha "dejado a criterio" de otro la ejecución del hecho o si no reconoce "otra voluntad superior a la suya" es indudablemente un punto básico para determinar el dominio del hecho [14].

En realidad, la teoría del dolo facilita una aportación extraordinariamente importante para resolver la problemática de la autoría. Es absolutamente inmerecida la mala fama que siempre ha padecido, como todas las teorías subjetivas. Así, ha conseguido abarcar distintos puntos de partida de las teorías objetivas, significativas y susceptibles de desarrollo, bajo la fórmula, vuelta hacia lo subjetivo, del "dejar a criterio", sin poner en peligro la concreción y practicabilidad de las soluciones. Lo que caracteriza al que ejecuta el hecho por sí mismo (teoría objetivo-formal), al que realiza una aportación imprescindible al hecho (teoría de la necesidad), al que coopera en el acto ejecutivo (teoría de la simultaneidad) o realiza una condición conducente directamente al resultado (teoría de la causalidad física): lo que forma el contenido material de todas estas teorías, oculto tras ropajes formales y causales, es precisamente lo que, globalmente considerado, la teoría del dolo

[10] *Op. cit.*, pp. 182 y 183.
[11] *Strafrechtliche Untersuchungen*, p. 76.
[12] *Op. cit.*, p. 77, nota 106.
[13] *Materialien*, pp. 131 ss.; número especial Atenas, pp. 26 y 27.
[14] Pormenorizadamente cfr. *infra* pp. 102 ss., pp. 109 ss., y *passim*.

resume en una fórmula lacónica cuando señala que el autor "no reconoce otra voluntad superior a la suya", mientras que el partícipe «deja a criterio (del autor) si el hecho va a llegar o no a la consumación». La figura dominante del autor y el fenómeno —de él dependiente— del partícipe encuentran aquí una forma gráfica de expresión.

Es sabido que en su jurisprudencia posterior el RG prácticamente nunca ha mantenido los principios de la sentencia citada. Mediante la fórmula, casi siempre esquemática y aplicada sin fundamentación, de que el autor ha "querido el hecho como propio" —un modo de hablar que el propio RG considera [15] "mera expresión sin sentido aprehensible"—, esta jurisprudencia ha caído en descrédito con razón. Max Ernst MAYER [16] la tildó de "tergiversación sofística extrema de la ley" y "la confusión más grave de la jurisprudencia dominante", mientras que BELING [17] la llama «simple producto de la fantasía, que se aparta de la ley y al final a menudo la fuerza burdamente». Estas duras palabras que nuestro dogmático más notable dedica a la teoría subjetiva afectan más bien a la aplicación arbitraria y desorientada de la fórmula del *animus* desprovista de sentido que a la teoría del dolo interpretada en el sentido señalado *supra*. En cambio, ésta ofrece (si uno no se aparta de la línea que conduce, a través de v. BURI y RGSt 3, 181 ss., a BOCKELMANN) una solución que supone un significativo avance con respecto a lo unilateral de las teorías objetivas.

Naturalmente también la teoría del dolo está expuesta a varias objeciones. Su mayor flaqueza consiste en que traza los límites de modo exclusivamente subjetivo, lo que históricamente se explica —al menos desde v. BURI— por el punto de partida causal. Las distinciones subjetivas convencen en tanto que el suceso que tiene lugar en el mundo físico se corresponde con la voluntad de los partícipes; sólo cabe preguntarse por qué esta teoría en tales casos formula subjetivamente lo que también se puede distinguir objetivamente. Pero en tanto que los sucesos externos y la dirección de voluntad interna de los partícipes no puedan reducirse a un común denominador, el enjuiciamiento puramente subjetivo conduce a soluciones peregrinas. Así, por ejemplo, si dos personas realizan conjuntamente un hecho, dejando internamente cada una la ejecución a criterio de la otra, tendrían que ser ambas sólo partícipes, y faltaría el autor. Este resultado grotesco, pero apenas evitable a partir de un punto de partida puramente subjetivo, incluso ha forzado recientemente a BOCKELMANN [18] a modificar la teoría del dolo. Ahora mantiene que la delimitación subjetiva al menos no debe «entrar en contradicción con el enjuiciamiento que la situación fáctica objetiva impone». Pero así se abandona en realidad la teoría subjetiva, pues si los pensamientos del

[15] *RGSt*, 15, pp. 295-303 (303).
[16] *Lehrbuch*, p. 402.
[17] *GS*, t. 101, 1932, p. 10.
[18] *Strafrechtliche Untersuchungen*, p. 120.

partícipe sólo se tienen ya en cuenta en tanto que no contradigan la situación fáctica objetiva, el criterio de delimitación decisivo se halla en el ámbito objetivo.

Otro tanto es predicable de otra consecuencia de la teoría del dolo: se ve forzada a considerar únicamente como partícipe a aquel que ejecuta la acción típica solo, pero internamente subordinándose a otro. Esta solución, que el RG no ha vacilado en asumir —por ejemplo, en el famoso caso de la bañera— [19], ignora por completo la importancia de la parte externa del hecho y con razón se ve hoy unánimamente —incluso por el BGH [19a]— rechazada. Ya en el siglo XIX se advirtió este "talón de Aquiles de la teoría subjetiva de la participación" [20], e incluso en época posterior se han continuado apoyando en este argumento los oponentes a la teoría del dolo. «La teoría del dolo fracasa irremediablemente en que tiene que considerar partícipe a aquel que comete la acción principal (por ejemplo, matar) con voluntad subordinada», leemos en v. LISZT [21]; FRANK [22] prosigue la argumentación, e incluso BOCKELMANN [23] admite hoy: «El que vierte sangre con sus propias manos no puede lavarse las manos en la inocencia.» Pero así se abandona una vez más el punto de partida subjetivo.

Así pues, tampoco la teoría del dolo ofrece una solución definitiva a la problemática de la autoría.

II. TEORÍA DEL INTERÉS

La distinción entre autores y partícipes en función del interés en el resultado desempeñó ya tempranamente importante papel junto a las teorías del dolo e imbricada de diversas formas con ellas. Este enfoque aparece ya en el primer FEUERBACH [24], se vuelve a encontrar en HENKE [25], KÖSTLIN [26] y GEIB [27], e incluso v. BURI [28] atendió en ocasiones —en parte conectando con la teoría del dolo— a que «el cómplice no puede tener interés independiente alguno en la causación del delito» [29].

[19] *RGSt*, 74, 85.
[19a] Lo cual es válido al menos para la sentencia básica *BGHSt*, 8, pp. 393-399; cfr. *infra* núm. X, pp. 106 ss.; en la sentencia sobre el agente soviético Staschynskij, no publicada aún al cierre del manuscrito, parece iniciarse una vuelta a la teoría del dolo extrema; cfr. al respecto *infra* pp. 149 ss.
[20] Cfr. al respecto BIRKMEYER, *Lehre von der Teilnahme*, 1890, pp. 40-44.
[21] *Lehrbuch*, 22.ª ed., p. 211, nota 10.
[22] *Kommentar*, ante § 47, II.
[23] *Untersuchungen*, pp. 120 y 121.
[24] *Neue Revision*, II, p. 245.
[25] *Handbuch*, I, p. 288.
[26] *Neue Revision*, § 130, pp. 448 ss.; § 135, pp. 465 ss.
[27] *Lehrbuch*, II, p. 318.
[28] Cfr., por ejemplo, *Die Kausalität und ihre strafrechtlichen Beziehungen*, 1885, p. 64.
[29] Cfr. sobre todo ello BIRKMEYER, «Teilnahme», 1890, pp. 35-40, donde se reproducen las citas aludidas.

Con posterioridad no consiguió más partidarios, habiendo podido considerarla BIRKMEYER en 1907 [30] como "científicamente superada". Sólo mucho después resucitó en la jurisprudencia del RG, que declaró en el ya citado "caso de la bañera" [31]: «El que alguien quiera o no el hecho como propio se rige primordial, si bien no exclusivamente, por el grado de su interés en el resultado.» También el BGH ha empleado repetidamente la fórmula del interés, de modo especialmente claro en una sentencia de la Sala II de lo Penal de 25 de junio de 1954, donde establece [32]: «Es posible valorar el interés del autor en el hecho como indicio de si quiso el hecho como propio o de si sólo quiso favorecer un hecho ajeno.» Sin embargo, también se encuentran sentencias que son mucho más moderadas al tener en cuenta el interés [33].

En realidad, la fórmula del interés no va más allá en su significado que la teoría del dolo. Su valor reside en proporcionar un indicio tangible de la "subordinación de la voluntad" requerida por la teoría del dolo, previniendo el deslizarse en curvas formales. Si alguien carece de todo interés propio en la ejecución de un hecho cabe suponer que deja su realización a criterio del otro en cuanto auténtico interesado. A esta estrecha relación obedece que la teoría del interés haya aparecido en ocasiones a lo largo de su evolución imbricada casi indisolublemente con la teoría del dolo.

Pero ahí reside también su límite. Si se independiza el punto de vista del interés y, a pesar de faltar la subordinación, se pretende negarle a alguien la cualidad de autor sólo porque actúa en provecho de otro, la delimitación deviene sin más incorrecta; por una parte, debido a que es imposible que el legislador haya querido que el autor único quede impune sólo porque haya actuado en interés de otro (ello lo ponen de manifiesto ya preceptos como los §§ 216 y 263 *, en los que se ha incluido en la descripción del tipo el actuar por otro). Por otra parte, porque ni la importancia de la aportación al hecho ni la posición del autor en la ejecución del hecho concreto se ven influidos por sus motivos; cuando, por ejemplo, alguien ha realizado un aborto, con seguridad es importantísimo para determinar la pena si lo ha hecho en interés propio o ajeno, por precio o por compasión; pero para la realización del tipo y el enjuiciamiento de la autoría es irrelevante. Si por ello se pretendiera considerar sólo como partícipe al asesino a sueldo que ya ha recibido su pago y por eso al ejecutar el hecho actúa sólo en

[30] *Vergl. Darstelllung,* p. 28.

[31] *RGSt,* 74, 85.

[32] *BGHSt,* 6, pp. 226-229 (229).

[33] Cfr., por ejemplo, *BGHSt,* 8, pp. 393-399 (396).

* § 216.1 StGB: «**Homicidio a ruego.** Si alguien ha sido determinado a matar por el ruego expreso y serio de la víctima, ha de imponerse pena de prisión no inferior a tres años.»

§ 263.1 StGB: «**Estafa.** El que, con la intención de alcanzar para sí mismo o para tercero un beneficio patrimonial antijurídico, perjudica el patrimonio de otro provocándole un error mediante el fingimiento de hechos falsos o la deformación de hechos verdaderos....»

interés del que lo contrató, la teoría del interés operaría en realidad —por decirlo con la sarcástica expresión de DAHM— [34] como "teoría de la salvación del facineroso".

Así pues, sólo a renglón seguido de la teoría del dolo es aplicable la teoría del interés. Si se tiene en cuenta esta limitación del ámbito de aplicación, comparte las ventajas de la teoría del dolo y facilita su aplicación práctica. Pero también está expuesta a las mismas objeciones que ella.

§ 10. TEORÍAS MIXTAS

Esta claro que los numerosos criterios para determinar la autoría que se han aportado en esta panorámica no siempre aparecen en estado puro, sino que desde siempre se hallan entremezclados en doctrina y jurisprudencia. Las posibilidades de combinación son prácticamente ilimitadas. Cabe enlazar la teoría objetivo-formal con la teoría del dolo, o con criterios objetivo-materiales, mezclar entre sí los distintos criterios objetivo-materiales o conectarlos con la teoría subjetiva, alcanzando así construcciones nuevas, artificiosamente complicadas. Ya se ha aludido *supra,* al exponer los distintos puntos de vista de delimitación, a la vinculación de las distintas diferenciaciones. Si aquí se citan brevemente algunas de estas teorías, se hace más en aras de ilustrar que con pretensión de exhaustividad.

Como ejemplo de teoría pluralmente mixta sirva la de STÜBEL [1], procedente nada menos que de principios del siglo pasado. Parte de la realización de propia mano de un elemento del tipo [2] —teoría objetivo-formal— [3], pero añadiendo después todas las demás aportaciones al hecho realizadas "en y durante" la ejecución [4] —teoría de la simultaneidad—, reuniendo estos dos supuestos bajo el concepto de la "participación próxima" o de la "autoría física" [5] —teoría de la causalidad física y psíquica—. Sin embargo, también de los supuestos de participación alejada, en los que sólo se da la cooperación en la preparación, STÜBEL pretende incluir en el ámbito de la autoría a aquellos cuya acción se manifiesta como causa necesaria del resultado —teoría de la necesidad.

Mientras que en ésta se entremezclan varias teorías objetivas, también se encuentran numerosísimas teorías mixtas subjetivo-objetivas. Así, TJABEN [6]

[34] *Täterschaft und Teilnahme,* p. 34.

[1] En su obra *Über den Tatbestand der Verbrechen...,* 1805; en otra posterior, *Über die Teilname mehrerer Personen an einem Verbrechen,* 1812, se inclina por la teoría del autor unitario.

[2] *Op. cit.,* p. 34.

[3] Las denominaciones incluidas entre guiones se han añadido aquí y en lo sucesivo con finalidad aclaratoria.

[4] *Op. cit.,* p. 36.

[5] *Op. cit.,* pp. 31, 32, 34 y 37.

[6] *GA,* t. 42, 1894, pp. 218-229.

propone imponer la pena de la autoría a aquel que ejecuta una acción típica (teoría objetivo-formal) y además a todos los cooperadores que tienen *animus auctoris*, en tanto que éstos, llegado el caso, no vacilarían en tomar parte personalmente en la acción típica (teoría del dolo); combinación que se sigue empleando aún hoy en doctrina y jurisprudencia, al fundarse ciertamente en la teoría subjetiva, pero en caso de ejecución de la acción típica, admitiendo la autoría sin tener en cuenta la índole de la voluntad. De forma algo distinta, HAUPT [7] propone considerar siempre autor al que realiza la acción típica, y siempre partícipe al que sólo coopera en la preparación, pero aplicando la teoría del dolo en el espacio intermedio [8]. Con arreglo a la variante v. BAR [9], es siempre autor el que lleva a cabo la acción típica (teoría objetivo-formal), pero además «el que con el propósito de, llegado el caso, realizar personalmente aquella actividad que producirá la consumación de la acción punible, toma parte en la ejecución de dicha acción punible» (teorías del dolo y de la simultaneidad); por último, aquel que, con la intención de prestar auxilio al autor, lleva a cabo una actividad sin cuya concurrencia la acción típica previsiblemente no se habría perpetrado (teoría de la necesidad) [10].

Finalmente, también a la doctrina subjetiva defendida por la jurisprudencia se la ha llamado a veces teoría "mixta", porque el *Reichsgericht* requería para la autoría, junto a la voluntad de autor, determinable de modo puramente subjetivo, alguna clase de cooperación exterior objetiva, aun cuando sólo en la preparación y de la forma más insignificante [11].

No es necesario profundizar en cada una de estas teorías, pues sus elementos integrantes ya los hemos expuesto y evaluado. Todas las teorías mixtas presentan la gran ventaja de evitar, merced a la combinación de distintos puntos de vista, las exageraciones de los planteamientos llevados hasta el final consecuentemente. No obstante, existen bastantes objeciones prácticas y metodológicas contra ellas.

La dificultad práctica de tales teorías reside no ya en que operan de modo demasiado complicado e inmanejable —eso habría que asumirlo—, es que tampoco garantizan necesariamente resultados correctos, pues si se restringe el espacio de aplicación de un criterio a determinados ámbitos una teoría así sigue expuesta, en el espacio restante, a las mismas objeciones que antes, mientras que el punto de vista distintivo al que se recurre suplementariamente grava a las soluciones además con los puntos flacos propios.

[7] *ZStW*, 15, pp. 202-214 y 569-597; en términos muy semejantes hoy de nuevo Hellmuth MAYER, *Lehrb.*, pp. 299 ss.; cfr. con detalle *infra* pp. 108-109.

[8] Cfr. *op. cit.*, p. 596.

[9] *Gesetz und Schuld*, t. II; pp. 602 ss.; cfr. asimismo la propuesta legislativa sintética en p. 610.

[10] *Op. cit.*, p. 610.

[11] Cfr., por ejemplo, *RGSt*, 3, pp. 181-183; 268-269; 177-179; 9, 3-10; 75-78; 14, 28-32; 15, 295-303; 26, 351-353; 28, 304-307; 35, 13-17.

Esta reflexión conduce a la problemática metodológica de un procedimiento combinatorio en tal sentido, consistente, como resulta fácilmente colegible de los ejemplos mencionados *supra*, en cierta arbitrariedad ecléctica del resultado perseguido en cada caso. Cabe mezclar los elementos de las numerosas teorías antes debatidas de modos totalmente distintos. Sería posible seguir desarrollando fácilmente de esta manera toda una serie de "nuevas" teorías concebibles. Agitando de manera ligeramente distinta el caleidoscopio de los puntos de vista van surgiendo otras combinaciones divergentes. Pero las teorías así conseguidas conservan algo de fortuito y de arbitrario. Lo cual se debe a que a estas combinaciones les falta la necesidad inherente a las concepciones unitarias. No resulta nada claro por qué una solución tiene que ser así y no de otro modo. Yuxtaponer inconexamente distintos planteamientos intelectuales no deja de ser un inseguro procedimiento de ensayo y error. El procedimento correcto reside más bien en descubrir, a partir de la multiplicidad de la materia jurídica y de los grupos de problemas, los puntos de vista unitarios, que en su despliegue dan lugar seguramente a soluciones diferenciadoras, cuya diversidad no obstante se funde en una unidad consecuente lógica y dogmáticamente.

CAPÍTULO TERCERO

EVOLUCIÓN Y ESTADO ACTUAL DE LA TEORÍA DEL DOMINIO DEL HECHO

§ 11. ORÍGENES DE LA TEORÍA DEL DOMINIO DEL HECHO

I. EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO DE "DOMINIO DEL HECHO"

Fue HEGLER el primero que empleó en Derecho penal la expresión "dominio del hecho". En su monografía de 1915 sobre *Los elementos del delito* [1] introduce en numerosos lugares [2] el término "dominio del hecho" o "dominio sobre el hecho" como concepto básico de la sistemática del Derecho penal. Pero HEGLER aún no anuda a esta palabra el contenido que hoy tiene. Bien es verdad que considera ya el dominio del hecho como elemento de la figura del autor o, más exactamente, del sujeto del delito, pero lo entiende referido sólo a los requisitos materiales de la culpabilidad jurídico-penal, o sea, imputabilidad, dolo e imprudencia, así como la ausencia de causas de exculpación. Según HEGLER [3], actúa culpablemente sólo el que tiene en este sentido "pleno dominio del hecho", esto es, quien como autor imputable y no coaccionado ha sido "señor del hecho en su concreta manifestación" [4]. También atribuye tal dominio del hecho al autor imprudente, donde consistiría en la «falta de la voluntad de evitar el hecho tal como es, aun cuando era de esperar tal repercusión» [5], idea sobre la que se profundizará *infra*.

Pero para delimitar autoría, inducción y complicidad HEGLER no emplea el criterio del dominio del hecho en lugar alguno, si bien existen ciertas relaciones entre su empleo del concepto y el actual en dos sentidos.

En primer lugar, con su concepto de "requisitos de la culpabilidad" se describen elementos del dominio del hecho esenciales según una concepción

---

[1] *ZStW*, t. 56, 1915, pp. 19-44 y 184-232.
[2] *Op. cit.*, pp. 184-223, en total más de treinta veces.
[3] Cfr. *op. cit.*, pp. 184, 186 y 190.
[4] *Op. cit.*, p. 207.
[5] *Op. cit.*, p. 210.

aún hoy muy difundida. Por ejemplo, WELZEL atribuye el "pleno dominio el hecho" [6] sólo a aquel que no sufre error ni está sometido a coacción [7].

Pero ante todo la formación del conceptos de HEGLER se ajusta también a la moderna teoría del dominio del hecho perfectamente para fundamentar la autoría mediata, pues ésta se da precisamente en los casos en que al instrumento (dado que actúa inimputablemente, bajo error o coaccionado) le falta en definitiva el "dominio del hecho", en la terminología de HEGLER, mientras que el sujeto de detrás cumple estos requisitos y aparece por tanto como "señor del hecho". HEGLER no extrajo esta consecuencia expresamente en el trabajo mencionado, sino quince años después en su monografía *Zum Wesen der mittelbarer Täterschaft* [8]. En ella desarrolla su conocida doctrina, con arreglo a la cual la esencia de la autoría mediata reside en la «supremacía» del sujeto de detrás, señalando en este contexto que si el ejecutor obra inculpablemente o de modo sólo imprudente, el que ocasiona es autor porque o es "pleno señor del hecho" o —dada la imprudencia— tiene el "dominio del hecho más intenso" [9].

Con esta dilucidación de la autoría mediata a través de la idea del dominio del hecho se anticipa (no sólo terminológica, sino también materialmente) uno de los principales logros de la posterior teoría del dominio del hecho de WELZEL. En ocasiones hasta en la actualidad se limita su ámbito de aplicación a la autoría mediata. Así señala, por ejemplo, ENGISCH [10] que en la teoría del dominio del hecho se trata más bien de una descripción plástica «de los casos típicos de autoría mediata dolosa», pero que no supone avance alguno con respecto a ideas análogas más antiguas, aludiendo así expresamente a la teoría de la supremacía de HEGLER.

Conectando con HEGLER, también aparece el concepto del dominio del hecho en FRANK [11] y GOLDSCHMIDT [12]. Sin embargo, ambos no asumen los principios que de aquí se derivan para la teoría de la autoría, sino que sólo se ocupan del dominio del hecho en el marco del concepto de culpabilidad [13].

Para delimitar autoría y participación el concepto de dominio del hecho pronto lo hizo fructificar por primera vez Hermann BRUNS [14]. Naturalmente, también él parte de otro principio. Su idea básica es que la autoría —bien

[6] Cfr. *Lehrbuch*, 7.ª ed., p. 90.
[7] Análisis crítico *infra*, pp. 153 ss.
[8] «Esencia de la autoría mediata», *RGR-Praxis*, t. 5, 1929, pp. 305-321.
[9] *Op. cit.*, p. 308.
[10] *ZStW*, t. 66, 1954, p. 383.
[11] *Kommentar*, 18.ª ed., 1931, ante § 51, II, p. 136.
[12] «Normativer Schuldbegriff», en *Frank-Festgabe*, I, pp. 429, 431 y 442.
[13] En este sentido el concepto se sigue encontrando posteriormente en ocasiones, por ejemplo en BOCKELMANN, *Studien*, 1.ª parte, 1939, p. 42.
[14] *Kritik der Lehre vom Tatbestand*, 1932. La obra, obviamente, no está influenciada por HEGLER, a quien en todo caso no cita en este contexto.

sea en el hecho doloso, bien en el imprudente— presupone al menos la posibilidad de dominio del hecho [15]. Tal dominio del hecho sólo concurre, a su juicio, cuando la acción es adecuada en general «para ocasionar resultados del género del producido» [16]. Así puede decir, sintetizando: «La autoría se basa en la posibilidad del dominio del hecho inherente desde el principio al comportamiento» [17]. Con ayuda de este criterio puede descartar del ámbito de la autoría el famoso ejemplo escolar en el que alguien echa a un vagabundo en plena tempestad para que le fulmine un rayo. Aquí se utiliza, pues, la idea del dominio del hecho para introducir la teoría de la adecuación en Derecho penal [18]. Más adelante se debatirá hasta qué punto es correcto y susceptible de desarrollo este punto de partida, que en todo caso nada aporta directamente para distinguir las formas de participación.

BRUNS también aplica su idea en principio sólo a la delimitación entre dolo e imprudencia consciente al señalar [19]: «La medida del dominio del hecho realmente ejercido aporta... el criterio de distinción entre dolo e imprudente consciente»; también se profundizará *infra* en este punto de vista. Pues bien, después de haber hecho depender el castigo del hecho omisivo de la posibilidad de dominio del hecho, pasa a analizar las distintas formas de intervención diciendo [20]: «La posibilidad de dominio del hecho en la forma descrita en el tipo reproduce el baremo de imputación objetiva para las acciones del autor. En la determinación y en el auxilio falta el dominio del hecho desde el punto de vista del resultado final. Por eso estas formas de comportamiento humano están tipificadas como modalidades de participación. En comparación con la autoría mediata, poseen menor contenido de injusto y constituyen causas de extensión de la pena. El dominio del hecho compartido fundamenta coautoría.»

Estas consideraciones las suscribirían también los actuales representantes de la teoría del dominio del hecho, y reflejan correctamente la idea básica de delimitación entre autoría, inducción y complicidad con arreglo a esta teoría, empleando el concepto de dominio del hecho en un sentido aún válido. Sin embargo, no cabe señalar a BRUNS como fundador de la teoría del dominio del hecho. Para serlo, sus reflexiones son demasiado incidentales y están demasiado poco desarrolladas. En ningún lugar define o describe lo que ha de entenderse por "dominio del hecho", pues el concepto, desarrollado por BRUNS, del "dominio del hecho posible" (= adecuación) es distinto y no aplicable para delimitar las formas de participación, dado que tanto inductor como cómplice aportan igualmente condiciones adecuadas con vistas

[15] *Op. cit.*, pp. 72 y 73.
[16] *Op. cit.*, p. 73.
[17] *Op. cit.*, p. 72.
[18] Cfr. el propio BRUNS, *op. cit.*, p. 73: «Aquí se inicia la idea de la adecuación.»
[19] *Op. cit.*, p. 71.
[20] *Op. cit.*, p. 75.

al resultado. Tampoco explica BRUNS en ningún sitio los efectos prácticos de su concepción. De todos modos, sus consideraciones constituyen una contribución, notable y hasta hoy no agotada del todo, a la historia de la idea del dominio del hecho.

Tres años después de BRUNS quien vuelve a emplear el concepto de dominio del hecho es Hellmuth v. WEBER [21], a fin de arrojar luz sobre el "capítulo más desalentador" [22] de la dogmática penal, el de la participación. V. WEBER, frente a los demás que utilizaron esta expresión antes de él, se sirve de la idea del dominio del hecho para justificar la teoría subjetiva. Traspone esta fórmula, hasta entonces entendida objetivamente —si bien en sentidos distintos—, al ámbito subjetivo, señalando [23]: «Autor es quien realiza el hecho con voluntad de dominio del hecho propio.» Correlativamente, autor mediato es quien «se sirve de otra persona que a su vez actúa sin voluntad de dominio del hecho». Con este giro hacia lo subjetivo se inicia un camino por el que se sigue moviendo, como después se expondrá, la jurisprudencia del BGH. Sin embargo, v. WEBER no aclara ni ejemplifica su concepto de dominio del hecho.

Poco después, Eb. SCHMIDT (en una pequeña monografía sobre la autoría en los delitos castrenses) [24] intenta continuar perfilando su concepto extensivo de autor mediante la idea del dominio del hecho. Se propone conectar el punto de partida extensivo con la teoría subjetiva y con el principio del deber, especialmente importante en este ámbito. Así, dice [25]: «Sólo existe conducta de autor allí donde la disposición intencional del sujeto actuante le hace aparecer como señor del hecho...» [26] y: «... es seguro que la disposición intencional que entraña el dominio del hecho... presupone la posición de deber específicamente militar» [27].

También se encuentra varias veces este concepto en forma algo modificada y latinizada ya antes del origen de la auténtica teoría del dominio del hecho. Baste recordar los conceptos, *supra* [28] debatidos, de *dominus* y de *dominium causae* de Arnold HORN y el criterio de la conducta dominante en la situación global de DAHM. La formulación de la idea con mucho más importante, y casi coincidente en cuanto a contenido con la hoy dominante teoría del dominio del hecho, es la de LOBE [29], que en su crítica de la jurisprudencia del RG manifiesta que en lugar del *animus auctoris* habría de requerirse

[21] En su obra *Zum Aufbau des Strafrechtssystems*, 1935.
[22] *Op. cit.*, p. 24.
[23] *Op. cit.*, p. 26.
[24] *Die militärische Straftat und ihr Täter*, 1936.
[25] *Op. cit.*, p. 10.
[26] *Op. cit.*, p. 11.
[27] Sobre el contenido material de las ideas aquí desarrolladas, pormenorizadamente *infra*, pp. 412 ss.
[28] Pp. 63-66, 67-69.
[29] *Einführung in den allgemeinen Teil des Strafgesetzbuches*, 1933.

el «*animus domini*, conectándolo con el correlativo *dominare* en la ejecución del hecho» [30]. Sobre el contenido material de esta teoría se volverá *infra*.

Por fin, en 1939 aparece el concepto de dominio del hecho en WELZEL [31], que enlaza por vez primera la idea de dominio del hecho con la doctrina de la acción, derivando de ésta una "autoría final" basada en el criterio del dominio del hecho. «La autoría final es la forma más amplia de dominio del hecho final», dice WELZEL [32].

A partir de ahora, el concepto del dominio del hecho se cuenta entre los activos sólidos de la dogmática penal, y ello esencialmente con el contenido y configuración que recibieron de WELZEL. De ahora en adelante su destino ya no forma parte de la historia, sino del estado evolutivo actual.

Llama la atención que de todos los autores mencionados en esta panorámica, ninguno se refiera a los demás, sino que todos ellos hayan llegado independientemente a formar este concepto. También es curioso que los puntos de partida dogmáticos que han conducido a la evolución del concepto de dominio del hecho sean absolutamente diferentes: la teoría de la culpabilidad en HEGLER, la de la adecuación en BRUNS, la justificación de la teoría subjetiva de la participación en VON WEBER, la critica a ésta en LOBE, la idea de deber en Eb. SCHMIDT, el concepto causal en HORN y, finalmente, la doctrina de la acción en WELZEL. La circunstancia de que todas estas teorías independientes entre sí converjan en el concepto de dominio del hecho y fuercen a consecuencias semejantes para la problemática de la participación pone de manifiesto que esta idea no representa el descubrimiento de un solo autor, sino que estaba flotando "en el aire", a la espera sólo de elaboración y desarrollo amplios.

II. ORÍGENES DOGMÁTICOS Y DE CONTENIDO DE LA TEORÍA DEL DOMINIO DEL HECHO

1) Las consideraciones precedentes han puesto de manifiesto lo difícil que resulta proporcionar una auténtica historia dogmática de la teoría del dominio del hecho. El inicio de su avance hasta convertirse en la concepción hoy casi dominante se remonta a WELZEL; pero las características del concepto proceden de HEGLER, y su contenido material puede rastrearse hasta los comienzos de las teorías de la participación. Ya se ha aludido repetidas veces *supra* a que (y a hasta qué punto) todas las teorías tratadas en la panorámica histórica —desde la concepción objetivo-formal, pasando por los distintos criterios objetivo-materiales hasta la teoría subjetiva— albergan

[30] *Op. cit.*, p. 123.
[31] En sus «Studien zum System des Strafrechts», *ZStW*, t. 58, 1939, pp. 491-566.
[32] *Op. cit.*, p. 539.

determinados elementos (distintos en cada caso) de la idea del dominio del hecho, si bien sólo de forma velada. Todas ellas integran los cimientos de la teoría del dominio del hecho, que aparece como síntesis afortunada de los puntos de partida hasta entonces inconexos y como coronación de una larga evolución dogmática. Lo cual se pondrá aún más de manifiesto al tratar los representantes actuales de esta teoría y en la crítica que se expondrá de la teoría del dominio del hecho [33]; pero me da la impresión de que las consideraciones metodológicas e históricas precedentes harán ya aparecer claro tal juicio.

2) Evidentemente, la mayoría de las teorías debatidas sólo contienen en cada caso vestigios de la posterior teoría del dominio del hecho, no pudiendo considerarse globalmente como precursoras suyas. Semejanzas en la concepción general sólo se encuentran, como se mostró *supra*, en Arnold HORN, en la teoría de la supremacía de DAHM y Richard SCHMIDT y, por último, en la teoría del dolo, tal como está representada en v. BURI, en RG 3, 181 ss., y en la actualidad de nuevo en BOCKELMANN.

Sin embargo, hay una teoría a la que aún no se le ha prestado atención; la concepción de LOBE, que no se presenta como precursora sino como primera formulación cabal de la idea del dominio del hecho.

LOBE [34] parte de una crítica a la doctrina del RG del *animus auctoris*, enlazando a ésta la siguiente reflexión [35]: «Lo esencial para la autoría no es... sólo la existencia de una *voluntad con el contenido* de cometer el hecho como propio, sino que la realización de esta voluntad debe tener lugar de manera que el hecho *se ejecute bajo su dominio*; que la voluntad también domine y dirija la ejecución tendente a su realización... Quién es autor se determina, por tanto, con arreglo a estos *dos* elementos *subjetivo-objetivos*... Se posibilita así también una delimitación suficiente de la participación con respecto a la autoría. En la *participación falta el dominio* de la acción ejecutiva, encaminada a realizar el resultado, siendo esta acción más bien desencadenada y dominada por la voluntad de *otro*...» [36]. En este contexto habla LOBE del «*animus domini* en conexión con el correspondiente *dominare* al ejecutar» como criterio de la autoría [37].

Aquí aparecen ya expuestas concisamente las ideas básicas, aún válidas, de la teoría del dominio del hecho. También se hacen fructificar, si bien a menudo aún de la mano de la teoría subjetiva, para resolver las cuestiones de participación. No obstante, se suele considerar como fundador de la teoría del dominio del hecho a WELZEL y no a LOBE, lo cual obedece a razones

[33] Cfr. asimismo la síntesis, *infra* pp. 352 ss.
[34] *Einführung in den allgemeinen Teil des Strafgesetzbuches*, 1933.
[35]
[36] La cursiva es de LOBE.
[37] *Op. cit.*, p. 123.

históricas. Y es que WELZEL fue el primero en otorgar efectividad a esta teoría, coadyuvando a que finalmente se impusiera, mientras que la aportación de LOBE, en su tiempo, no llegó a ejercer influencia alguna. Pero desde luego carece de justificación que hoy ni siquiera se cite a LOBE en parte alguna [38].

3) El propio WELZEL no enlazó con LOBE, que quizá ni siquiera le fuera conocido. Tampoco se refiere a ningún otro de los autores que antes de él habían aplicado el concepto de dominio del hecho en la teoría de la participación. Tampoco emplea como materiales para su doctrina las heterogéneas teorías objetivas y subjetivas de la participación existentes en su tiempo.

Ya señalamos su punto de partida metodológico [39]: reside en el alejamiento con respecto al normativismo neokantiano, con su separación del ser y el valor, y el giro hacia lo ontológico, a la concepción de la autoría y la participación como las «manifestaciones características del actuar final dentro del mundo social» [40]. Obtiene así el contenido material de su distinción, por un lado, a partir del concepto final de acción por él desarrollado, y por otro, de los principios de la monografía de Richard LANGE, ya citada *supra* [41], sobre el "concepto moderno de autoría".

En detalle, de la primera conformación de su teoría del dominio del hecho resulta, resumiéndola, la siguiente imagen:

Así como en la doctrina de la acción hay que distinguir entre la realización final del delito doloso y las causaciones "ciegas" con respecto al resultado de los tipos imprudentes, también hay que distinguir nítidamente la autoría dolosa de la imprudente. No existe un concepto común de autor. El autor imprudente es "simplemente concausa del resultado producido" [42]. Dado que todas las causas son equivalentes, tampoco es posible distinguir entre autoría y participación en los delitos imprudentes [43]. Para ellos es, pues, determinante el concepto extensivo de autor, el principio de autoría unitaria.

Por el contrario, en el ámbito del actuar final, esto es, en los delitos dolosos, rige un concepto final de autor. Autor es sólo el que tiene el dominio final del hecho [44]. WELZEL desarrolla entonces su teoría sólo en términos muy generales. Señor del hecho y, por tanto, autor es aquel que, consciente del fin, lo configura en su existencia y forma de ser; inductores y cómplices

[38] Con la excepción del *Leipziger Kommentar*, 8.ª ed., observación preliminar 4a ante § 47, p. 244 (MEZGER).
[39] Cfr. *supra* pp. 32-34.
[40] *ZStW*, t. 58, 1939, p. 539.
[41] Cfr. p. 15.
[42] *Op. cit.*, p. 538.
[43] *Op. cit.*, pp. 539 y 540.
[44] *Op. cit.*, p. 539.

tienen dominio sobre su participación, pero no sobre el hecho mismo [45]. En otro lugar [46] señala que en el dominio del hecho se trata de la «simple realidad de que la persona puede poner en práctica la configuración del futuro (de la causalidad) con arreglo a un fin que se señala... No la vaga voluntad de autor, sino el efectivo dominio del hecho final es lo que constituye el criterio esencial del dominio del hecho. Así, incumbe el dominio del hecho a aquel que ejecuta su resolución con vistas a un fin». Para WELZEL [47] la coautoría es «la ejecución, distribuida entre varias personas, de actos parciales, interrelacionados finalmente, de una resolución de actuar sustentada conjuntamente por todos. El dominio del hecho corresponde ahí a todos conjuntamente...». Así pues, sólo puede ser coautor aquel que es "cosustentador de la resolución del hecho" [48]. Siendo así, basta para fundamentar la coautoría incluso una mera acción de auxilio en la realización del delito, por cuanto que «emprender las acciones ejecutivas constituye para los ejecutores al propio tiempo la realización común de la resolución del hecho adoptada conjuntamente por parte del que auxilia» [49]. Para aclarar lo cual WELZEL remite a la figura de la división del trabajo: «Al igual que la resolución y la ejecución del hecho las sustentan todos, la distribución de la aportaciones al hecho entre los distintos sujetos decididos a cometerlo es una mera cuestión de funcionalidad; el hecho, globalmente, es el hecho de todos juntos» [50].

Pero WELZEL no considera al "dominio final del hecho" así caracterizado como el criterio necesariamente único de la autoría. Más bien entiende que la autoría a menudo también depende "en todo su contenido con sentido social" de otros "elementos personales del autor", como, por ejemplo, los requisitos objetivos del autor (funcionario, comerciante, soldado, etc.) y los elementos subjetivos de la autoría, como el ánimo de lucro o la tendencia lasciva [51]. Sólo si se dan también estos requisitos tiene el autor «el dominio del hecho más amplio, en sentido no meramente final, sino también social». Allí donde el tipo comprende tales requisitos de la autoría, objetivos o subjetivos, «sólo cuando se reúnen esos tres requisitos del autor existe autoría. Aquel a quien le falta uno de ellos queda necesariamente descartado como autor...» [52].

Tras haber progresado del dominio del hecho final al social exige para la autoría, en una serie de delitos, «además de los tres requisitos ya mencionados, la comisión "de propia mano"» [53]. Pero este cuarto elemento de

[45] *Op. cit.*, p. 539.
[46] *Op. cit.*, pp. 542 y 543.
[47] *Op. cit.*, p. 549.
[48] *Op. cit.*, p. 551.
[49] *Op. cit.*, pp. 551 y 552.
[50] *Op. cit.*, p. 552.
[51] *Op. cit.*, p. 543.
[52] *Op. cit.*, p. 543.
[53] *Op. cit.*, p. 548.

la autoría se yuxtapone inconexamente a los otros tres y no se pone en relación con el concepto de dominio del hecho.

La evolución subsiguiente se basa en esta primera forma básica de la teoría del dominio del hecho. Abordemos ahora la exposición de su estadio actual.

§ 12. REPRESENTANTES DE LA TEORÍA DEL DOMINIO DEL HECHO EN LA ACTUALIDAD

I. WELZEL

WELZEL [1] sigue propugnando su teoría del dominio del hecho en la forma originaria sin modificaciones sustanciales. Ha abandonado el concepto de dominio "social" del hecho, pero sigue enumerando como los tres requisitos de la autoría al dominio final del hecho, así como a los requistos subjetivos y objetivos [2]. Tampoco en la exposición del concepto aparecen divergencias dignas de mención.

Sólo al caracterizar la coautoría desplaza el acento, algo más que antes, de la acción ejecutiva al carácter común de la resolución del hecho. Ahora dice expresamente que "también el que meramente prepara o auxilia en términos objetivos" es coautor, si cabe considerarlo como "cosustentador de la resolución común del hecho", esto es, cuando tiene conjuntamente con los demás la voluntad incondicionada de realización [3].

WELZEL coincide, pues, con la jurisprudencia del RG en cuanto que, en su caso, propugna que basta incluso una participación insignificante en la ejecución del delito para estimar el dominio del hecho y, consiguientemente, la autoría. La diferencia reside sólo en que WELZEL sustituye el vago criterio de la voluntad de autor por el requisito de que el autor tiene que ser "cosustentador de la resolución del hecho". «El *minus* en la coparticipación tiene que compensarse con el *plus* de la prueba especial de la coparticipación especial en la resolución del delito» [4].

No cabe dejar de advertir que de este modo WELZEL, con su teoría del dominio del hecho, se aproxima a la teoría del dolo, pues su exigencia de que el autor ha de tener la «voluntad incondicionada de realización» equivale materialmente a las formulaciones de partidarios de la teoría del dolo de que el autor "no reconoce otra voluntad superior a la suya", o de que "llegado el caso, emprendería la acción personalmente" [5]. También la caracterización

[1] *Lehrbuch*, 7.ª ed., pp. 89-99.
[2] *Op. cit.*, p. 90.
[3] *Op. cit.*, p. 98.
[4] *Op. cit.*, p. 98.
[5] Cfr. al respecto *supra* pp. 69-71.

que la teoría del dolo descubre para el partícipe de que "deja a criterio del autor la ejecución del hecho" no significa sino que al partícipe le falta la "voluntad incondicionada de realización".

Por su contenido material, la teoría del dominio del hecho de WELZEL se presenta, pues, como evolución ulterior de la teoría del dolo, lo que ha reconocido el propio WELZEL al llamar al principio a su concepción "teoría subjetiva ampliada" [6], diciendo sobre ella: «Si el sentido de la teoría subjetiva se entendiera con tal contenido material, cesaría la oposición que suscita» [7]. Así se explica también que BOCKELMANN haya considerado idénticas su teoría del dolo y la teoría del dominio del hecho [8]. Por eso no me parece correcto que BAUMANN [9], aludiendo con razón a las relaciones entre la teoría del dominio del hecho y la teoría del dolo, considere precisamente a WELZEL como defensor de una delimitación puramente objetiva.

Con más claridad que en los supuestos de distinción entre coautoría y complicidad, la autonomía de la teoría del dominio del hecho de WELZEL se revela en la relación entre inducción y autoría, donde se remite a un criterio objetivo al rechazar la posibilidad de existencia de "autor de detrás del autor": «La autoría mediata por medio de un sujeto actuante directo que a su vez es autor, resulta un despropósito. Quien determina a un autor a un hecho no es sino inductor, y no hay voluntad de autor que pueda convertirlo en autor» [10]. Consiguientemente, en el caso (tan discutido entre los partidarios de la teoría del dominio del hecho) en que uno se aprovecha del error de prohibición de otro, no reconoce autoría mediata [11]. Sólo cabría considerar como excepción, no fundamentable desde sus principios, los casos en que el sujeto de detrás suscita intencionadamente el error de prohibición para que se cometa el delito.

II. MAURACH

También MAURACH llega a su teoría del dominio del hecho sobre la base de la teoría final de la acción. Al igual que WELZEL, sólo emplea la idea del dominio del hecho como criterio de la autoría en los delitos dolosos.

Para él, el dominio del hecho es «el mantener en las propias manos, abarcado por el dolo, el curso del hecho típico». Dominio del hecho lo tiene todo cooperador que puede impedir o hacer continuar, a su albedrío,

[6] *SJZ*, 1947, apartado 648.
[7] *Loc. cit.*, apartado 650.
[8] Cfr. al respecto *supra*, p. 71.
[9] *JZ*, 1958, p. 231, nota 12; *Lehrbuch*, 2.ª ed., p. 444.
[10] *SJZ*, 1947, apartado 650.
[11] *Um die finale Handlungslehre*, p. 30, nota 34.

la realización del resultado total; es «configuración del hecho sustentada por la voluntad» [12].

A diferencia de WELZEL, que propugna excluir estos casos del ámbito de la autoría, MAURACH considera que también hay "dominio del hecho" y por tanto autoría mediata en el sujeto de detrás cuando el ejecutor actúa dolosa y culpablemente, por ejemplo, en el caso en que uno hace que su esclavo sexual cometa delitos, sin que en el "instrumento" se den los requisitos de los §§ 51, 52 StGB [13] *; reconociendo, pues, la figura del "autor de detrás del autor".

Si un sujeto comete un hecho dolosamente, pero sin consciencia de la antijuricidad, MAURACH propugna asimismo considerar como coautor —de nuevo contrariamente a WELZEL— al que ocasiona el hecho, porque se da cuenta de la situación jurídica, y no sólo en caso de error inevitable, sino también cuando se desconoce evitablemente la prohibición [14].

Para determinar la coautoría MAURACH no da importancia al carácter común de la resolución del hecho, puesto en tan primer plano por WELZEL, a la "voluntad incondicionada de realización". Su criterio general para el dominio del hecho, el "mantener en las propias manos el curso del hecho típico", le sirve también para caracterizar la coautoría [15]. A tal efecto, según su teoría —frente a la de WELZEL—, no es necesariamente exigible alguna cooperación en la ejecución del hecho mismo, aunque sea en la fase de preparación o de modo insignificante. MAURACH reconoce expresamente la posibilidad de coautoría "intelectual", diciendo [16]: «Por tanto, coautor es aquel que, sin poner manos a la obra, supervisa el curso del hecho, dirigiéndolo; inductor, aquel cuya aportación al hecho llega hasta determinar a cometer el hecho al aún no decidido; cómplice, aquel cuya cooperación se limita a reforzar al que está decidido a cometer el hecho, y con tal resultado estos dos últimos "dejan de su mano" el hecho.» Por eso para él es coautor el jefe que dirige desde lejos la intervención de los miembros de su banda.

Los dos criterios suplementarios de la autoría a que WELZEL alude —los elementos de la autoría objetivos y subjetivos— no los enumera MAURACH como elementos autónomos del concepto de autor. Únicamente cita de pasada

[12] *Lehrbuch, Allg. Teil (AT)*, 2.ª ed., p. 517; casi literalmente en el mismo sentido, *op. cit.*, p. 492.
[13] *Op. cit.*, p. 495.
* § 51 StGB: «**Inimputabilidad.** No concurre acción punible cuando el autor, en el momento del hecho, debido a trastorno mental, a perturbación patológica de la actividad mental o a debilidad mental, es incapaz de comprender lo ilícito del hecho o de actuar con arreglo a tal comprensión.»
§ 52 StGB: «**Constreñimiento debido a situación coactiva.** No concurre acción punible cuando el autor ha sido constreñido a llevarla a cabo mediante violencia irresistible o amenaza, a él mismo o a una persona allegada, de peligro para la vida o la integridad física, no evitable de otro modo.»
[14] *Op. cit.*, p. 503.
[15] *Op. cit.*, p. 517.
[16] *Op. cit.*, p. 517.

que en los delitos especiales y de propia mano está limitado en cierto modo el círculo de autores idóneos [17].

Globalmente, cabe señalar que MAURACH desarrolla la idea del dominio del hecho de modo aún más puro y amplio que WELZEL. Especialmente su teoría se muestra como absolutamente independiente de la teoría del dolo. Para la coautoría no basta la voluntad incondicionada de realización en el instante de la resolución común del hecho —criterio puramente subjetivo—, sino que es necesaria la dirección reguladora del curso del hecho, o sea, un factor configurador del hecho y objetivamente más aprehensible. Por otra parte, MAURACH puede renunciar a toda acción externa de auxilio como presupuesto de la coautoría, mientras que en WELZEL este requisito ha quedado, como vestigio de la primera jurisprudencia del RG [18], sin clara relación con la idea del dominio del hecho.

También al determinar la autoría mediata llama la atención que MAURACH se desligue de cualquier criterio fijado inflexiblemente —como, p. ej., el principio de que está excluida la autoría mediata a través de un instrumento que actúe de manera plenamente delictiva— en favor de una concepción más elástica que atiende, no a la valoración jurídica del ejecutor directo, sino a las relaciones de poder fácticas. Sin embargo, MAURACH deja sin explicar cómo es posible concebir jurídicamente que en los casos de instrumento que actúa de manera plenamente delictiva el ejecutor y el sujeto de detrás "tengan en sus manos" al mismo tiempo el curso del hecho.

Al margen de esta cuestión, sobre la que se debatirá más tarde, ha de señalarse que la teoría de la participación de MAURACH, si bien se basa en el concepto final de acción, representa un desarrollo de la idea del dominio del hecho totalmente independiente, y en gran medida divergente de WELZEL en cuanto a los resultados.

III. GALLAS

Su tercera manifestación la ha encontrado la teoría del dominio del hecho en los trabajos de GALLAS [19]. A diferencia de WELZEL y MAURACH, para GALLAS la teoría objetivo-formal (1) representa el punto de partida de sus consideraciones. A ésta la conecta con la doctrina final de la acción (2), con la idea de la adecuación (3) y con un concepto "normativo" (permítaseme la expresión) de dominio (4), hasta formar una síntesis que supone una teoría del dominio del hecho totalmente original.

[17] *Op. cit.*, pp. 493, 516 y 197-199.

[18] Que, como es sabido, requería una cooperación, del género que fuere, en la ejecución del hecho; cfr. *supra* p. 76, nota 11.

[19] Principalmente *Täterschaft und Teilnahme,* Materialien zum Strafrechtsreform, t. 1.º, Gutachten der Strafrechtslehrer, 1954, pp. 121 ss.; «Die moderne Entwicklung der Begriffe Täterschaft und Teilnahme», en número especial de la *ZStW,* 1957, pp. 3 ss.

1. Núcleo y germen de su solución es, para GALLAS, el concepto restrictivo de autor. Así señala: «La teoría objetivo-formal tiene... razón, en definitiva, al determinar la autoría como realización de la acción típica y al considerar a la tipicidad como elemento distintivo entre la acción del autor y la del partícipe» [20].

2. A la teoría objetivo-formal la enlaza GALLAS con el concepto final de acción. Lo que es una acción de sustracción, dice, no puede determinarse si se reduce su esencia a la mera causación de un desplazamiento posesorio. Desde este ángulo, también la mera determinación a sustraer o el auxilio a tal efecto son acciones de sustracción. Por el contrario, considerando la acción de sustracción como comportamiento dirigido finalmente, entonces esta actividad tiene «una individualidad inconfundible que hace posible distinguirla del mero favorecimiento de la comisión del hecho. Incluso sustraer tiene otro sentido que el de auxiliar al que sustrae, en la sustracción...». Así llega al siguiente resultado: «En el ámbito de los delitos de mera actividad, autoría y participación no pueden distinguirse en tanto que aportaciones causales al resultado, pero sí como acciones de distinto contenido de sentido» [21]. A partir de este empleo del concepto de finalidad se explica también que GALLAS, como todos los demás representantes de la teoría del dominio del hecho, sólo distinga entre autoría y participación en los delitos dolosos [22].

3. Además, GALLAS vincula esta "teoría objetivo-final" [23] (así llamada por él) con la idea de la adecuación, al igual que desde semejantes bases lo habían hecho ya BRUNS [24] y Richard LANGE [25]. Así excluye del ámbito de la autoría los supuestos de desvío esencial con respecto al curso causal imaginado y el del tío acaudalado al que se le hace viajar en avión con la esperanza de que perezca en un accidente para heredar de él, al no ser posible aquí ya hablar de dominio final del curso del hecho por parte del sujeto actuante [26].

4. Si GALLAS se ha movido hasta ahora en el entorno de una teoría objetivo-formal modificada, a partir de aquí utiliza la idea del dominio del hecho para flexibilizar y ampliar en cuanto a su contenido el concepto de autor al que había llegado. Así, por ejemplo, en los delitos de resultado como el § 212 StGB —a diferencia de en los delitos de mera actividad— propugna no entender caracterizada la acción típica ya por la realización final del resultado, pues también el inductor y el cómplice actúan de modo final; más bien comete, para él, una "acción de matar" en el sentido del

[20] Número especial, p. 10.

[21] *Gutachten,* p. 126.

[22] Cfr. número especial pp. 18 ss.; *Gutachten,* pp. 125-130.

[23] Número especial, p. 13.

[24] Cfr. al respecto *supra,* pp. 80-82.

[25] *Moderner Täterbegriff,* pp. 42 ss. y 46 ss.

[26] Número especial, pp. 16 y 17.

§ 212 StGB «sólo aquel que procede según un programa cuya realización "pone en sus manos" la realización del resultado de muerte» [27], esto es, aquel que tiene el dominio del hecho. Este criterio, obtenido en los delitos de resultado, lo traslada GALLAS luego también a los delitos de mera actividad, como, por ejemplo, el § 242 StGB. Aunque aquí la acción de sustracción sólo final se distingue de las demás formas de participación ya en su sentido social, GALLAS, en interpretación extensiva del tipo, pretende considerar como "acción de sustracción" también el originar un desplazamiento posesorio no de propia mano, si el que origina tiene el dominio del hecho. Así señala acerca del jefe de la banda, que se limita a dirigir el "golpe" en el lugar del hecho: «Ciertamente él no pone manos a la obra; pero su presencia y función directiva están tan vinculadas al hacer de los compinches, y son tan decisivas a tal efecto, que también él contribuye a dominar el hecho, apareciendo por eso como co-*perpetrador* en la acción de sustraer» [28]. Del mismo modo explica GALLAS la autoría mediata. El autor mediato domina al ejecutor directo de manera que debe considerársele como ejecutor de la acción típica. Estos casos de dominio del hecho no de propia mano, que sobrepasan el ámbito de las teorías objetivo-formales, están «aludidos conjuntamente de modo tácito» por el legislador [29].

Llama la atención que el concepto de dominio del hecho que emplea GALLAS como «baremo para la interpretación "flexible" del comportamiento típico» [30] recibe en él un pronunciado carácter referido a valores. Subraya expresamente que «no debería pasarse por alto el componente valorativo en el concepto del dominio del hecho» [31]. De ahí extrae varias consecuencias de gran importancia práctica:

En los delitos de propia mano y en los tipos con elementos de la autoría objetivos y subjetivos, el *extraneus*, aun cuando ejerza influencia decisiva sobre el suceso, no puede tener el dominio del hecho ya porque no le es accesible el "específico contenido delictivo del hecho" [32]. Así pues, quién tiene el dominio del hecho no se decide necesariamente en función del grado de dominio sobre el curso causal, sino también con arreglo al sentido jurídico de los distintos tipos. GALLAS incluye así en el concepto de dominio del hecho elementos que WELZEL precisamente había excluido y yuxtapuesto a éste y que Maurach no había tenido en cuenta.

De esta referencia a valores del concepto de dominio del hecho deduce GALLAS, profundizando en la contraposición material directa con MAURACH, que no resulta posible la autoría mediata a través de un ejecutor que actúe

[27] *Gutachten*, p. 128; cfr. asimismo número especial, pp. 11-13.
[28] Número especial, p. 14.
[29] *Gutachten*, p. 133; número especial, p. 15.
[30] Número especial, p. 14.
[31] Número especial, p. 13.
[32] *Gutachten*, p. 133; número especial, pp. 13 y 14.

culpablemente y sea punible como autor. No niega GALLAS que en tales supuestos —piénsese en intensas relaciones de dependencia sociales, o en la esclavitud sexual citada por MAURACH— pudiera darse un dominio "fáctico" por parte del sujeto de detrás. Así, reconoce que cabe «concebir situaciones en las que el sujeto de detrás, en virtud de su superioridad personal o social, ejerza sobre el ejecutor directo una presión tan intensa que éste, considerándolo de modo puramente fáctico-psicológico, aparezca como "dominado" por aquél» [33]. Sin embargo, no se da ahí "dominio del hecho en sentido jurídico". Lo cual se desprende de que nuestro ordenamiento jurídico está «orientado a los conceptos de libertad y responsabilidad y, consiguientemente, de modo ético-social» [33]. Y es que, visto así, «el dominio del hecho por medio de la utilización de otro como instrumento debería hallar su límite allí donde el Derecho considera el hacer del que actúa directamente como libre y, por tanto, fundamentador de responsabilidad personal, puesto que, medido por el baremo de esta ordenación de valores, un comportamiento no puede aparecer a la vez como libre y como dominado por otro, es decir, como no libre» [34]. Se pone así de relieve con toda claridad cómo GALLAS eleva el concepto de dominio del hecho desde la esfera ontológica a la normativa.

Pero esta normativización de su criterio de la autoría no sólo le sirve a GALLAS para negar el dominio del hecho "jurídico" a pesar del dominio fáctico-psicológico por parte del sujeto de detrás, sino que con su ayuda llega también, a la inversa, a afirmar el dominio del hecho allí donde falta el dominio fáctico. Tal es el caso en el llamado instrumento doloso no cualificado. Mientras que WELZEL y MAURACH no prestan atención al problema y —por recurrir al caso con mayor importancia práctica— castigan por autoría mediata sin más al funcionario que induce a un *extraneus* a un delito propio de funcionario, GALLAS entiende que «el sujeto de detrás no "domina" aquí al ejecutor directo, no sirviéndose de él como "instrumento"» [35]. No obstante, también GALLAS admite la autoría mediata y el dominio del hecho por parte del sujeto de detrás, basándose en que la naturaleza jurídica del hecho como delito depende aquí únicamente de la cualificación del sujeto de detrás. Así se convierte el acto de inducción en ejercicio del dominio del hecho. El propio GALLAS se da cuenta de que con ello se están forzando demasiado los límites del concepto de dominio del hecho cuando señala: «Naturalmente, se trata de una forma comisiva *sui generis* que se aproxima más a la coautoría que a la autoría mediata, al menos en el significado tradicional de ésta, que atiende al dominio sobre el ejecutor directo» [36].

[33] Número especial, p. 16; prácticamente en los mismos términos, *Gutachten*, p. 134.
[34] *Gutachten*, p. 134.
[35] *Gutachten*, p. 135.
[36] *Gutachten*, p. 136.

Si en esta medida la referencia a valores ha conducido a modificar el concepto de dominio del hecho, en la delimitación entre coautoría y complicidad se destaca, junto a ellas, más el punto de partida objetivo-formal de su teoría. Así, para GALLAS, a diferencia de WELZEL, incluso dado el carácter común de la resolución del hecho, no basta cualquier cooperación externa para fundamentar el dominio del hecho. Más bien sólo vienen en consideración aquellas acciones que son equivalentes a la comisión de propia mano, y por ello, interpretando flexiblemente, pueden considerarse aún como acciones típicas en sentido jurídico. Entre ellas no se incluyen la participación en la fase de preparación, de manera que GALLAS señala: «Quien se limita a sondear la oportunidad para cometer el hecho o a procurar los instrumentos necesitados a tal efecto no obra como codominador del hecho, sino sólo como partícipe, aun cuando haya tomado parte en el acuerdo previo» [37].

Esta panorámica tendría que ser algo más detallada para resaltar la variabilidad de la idea del dominio del hecho y las diferencias metodológicas y materiales de la teoría desarrollada por GALLAS con respecto a las de WELZEL y MAURACH. Desde el punto de vista metodológico es especialmente notable la concepción de GALLAS por haber sido el primero en intentar volver a relacionar el concepto ontológico de dominio del hecho, desarrollado en su día por WELZEL en acentuada contraposición a la teoría "normativa" de la autoría, con una sistemática del delito orientada teleológicamente. Desde una perspectiva más amplia, los trabajos sobre la participación forman para GALLAS sólo una parte de sus esfuerzos, que se extienden a toda la teoría del delito, de «encontrar una síntesis entre los nuevos impulsos, que debemos al finalismo, y ciertos resultados irrenunciables de las fases evolutivas precedentes de nuestra ciencia, determinadas por las ideas de valor y de fin»; tarea que él mismo, fuera del contexto de la teoría de la autoría, pero de modo materialmente válido para ésta, ha llamado «auténtica exigencia de la situación dogmática actual» [38].

También llama la atención que GALLAS, a diferencia de WELZEL, quien más bien se aproxima a la teoría del dolo, presente a su teoría del dominio del hecho como "flexibilización" de la teoría objetivo-formal conectada con la doctrina final de la acción [39]. Desde esta concepción ampliamente objetiva se explica también que tome posición expresamente en contra de la teoría del dolo defendida por BOCKELMANN [40], aunque éste no pueda apreciar ninguna diferencia esencial entre su teoría y la del dominio del hecho [41]. Tales

[37] *Gutachten*, p. 137.

[38] *Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen*, p. 47.

[39] Por eso no tiene razón BAUMANN cuando en *Lehrb.*, 2.ª ed., p. 444; *JZ*, 58, p. 231, nota 1, señala que GALLAS se queda «en el ámbito de la teoría del *animus*, o al menos en el de la teoría del dolo».

[40] *Gutachten*, p. 131.

[41] Cfr. *Strafrechtliche Untersuchungen*, p. 77, 101 y 118-122.

divergencias se derivan del margen de variación del concepto de dominio del hecho, que en sus distintas caracterizaciones se orienta a criterios ora objetivos, ora subjetivos.

IV. Richard LANGE

En su monografía sobre el "moderno concepto de autor", ya citada varias veces, LANGE defendía una teoría subjetiva modificada, en la que WELZEL se inspiró para el desarrollo posterior de su teoría del dominio del hecho [42]. Hoy LANGE se encuadra a sí mismo entre los partidarios de esta teoría al señalar: «En la cuestión de la autoría... ha de verificarse siempre si el sujeto actuante ha tenido y ejercido el dominio del hecho» [43].

LANGE llama a su teoría "objetivo-material", conectando con MAURACH, y confiesa amplia coincidencia con GALLAS, cuyos criterios de finalidad, adecuación y dominio del hecho también utiliza. Lo cual no nos debe hacer olvidar que LANGE, a pesar de esta conversión terminológica a la teoría del dominio del hecho, ha seguido fiel a su teoría originaria en cuanto al contenido, llegando a una manifestación extremadamente subjetiva de la idea del dominio del hecho.

En la determinación de la coautoría LANGE parte de la teoría subjetiva, pero matiza que lo decisivo no es ya la cuestión de si el autor ha querido el hecho como propio, sino sólo la de si a éste se le puede imputar en virtud de la aportación al hecho sustentada por su voluntad. Tal imputación no es posible si esta voluntad es "mera suposición o ficción", sino que tiene que ponerse de manifiesto mediante el dominio del hecho [44]. Pero LANGE considera suficiente, como acción ejecutiva —coincidiendo con la jurisprudencia del RG—, ya la actuación externa más insignificante (por ejemplo, fortalecimiento, mediante consejos, de la voluntad del autor), así como el comportamiento que, aisladamente, sólo sería un acto preparatorio, no punible [45].

En la delimitación de autoría mediata e inducción LANGE avanza mucho más en la subjetivización que los demás defensores de la teoría del dominio del hecho. Así, sobre la esencia de la autoría mediata señala que «para cualquiera es causante el que actúa en asunto propio, y aquellos de los que se sirve son sus instrumentos, tanto si por su parte son responsables a título de autores como si no» [46]. Esta consecuencia ya la habían rechazado expresamente WELZEL y GALLAS; MAURACH la había limitado a los casos

[42] Cfr. al respecto ya *supra*, p. 32, 85., y *ZStW*, t. 58, 1939, pp. 494 y 500.

[43] KOHLRAUSCH-LANGE, 42.ª y 43.ª eds., ante § 47 I, 4, p. 160.

[44] 42.ª y 43.ª eds., ante § 47, p. 173.

[45] 42.ª y 43.ª eds., ante § 47 I, II.

[46] 42.ª y 43.ª eds., ante § 47 I 5, B 1, p. 161.

de intensa dependencia social y personal, en tanto que LANGE pretende atribuir el dominio del hecho a todo aquel que determina a un autor plenamente responsable a cometer un delito con tal de que se trate de un "asunto propio" del causante. Sobre esta base no sólo llega LANGE sin reparos a aceptar la autoría mediata en los casos de instrumento doloso no intencional, sino que reconoce incluso la figura del instrumento-partícipe doloso elaborada por la jurisprudencia del RG. Así, en el famoso "caso de la bañera" [47] propugna ciertamente castigar como autora a la hermana que ahogó al recién nacido de propia mano, pero considerando a la vez como autora mediata a la madre, cuya aportación se había limitado a rogar a aquélla que cometiera el hecho. Al explicar esta solución con las siguientes palabras: «El dominio del hecho del que determina depende aquí de su dirección de voluntad», se pone de manifiesto con claridad que el dominio del hecho aparece empleado como criterio puramente subjetivo, intrapsíquico, no distinguiéndose apenas de la voluntad de autor de la jurisprudencia primera —aun cuando LANGE se distancie de ésta—. A partir de ahí se comprende asimismo que WELZEL integre a LANGE entre los defensores de la teoría subjetiva de la participación, que él rechaza [48], en tanto que LANGE considera "errónea" e "incomprensiva" a esta caracterización [49]. Tales confusiones se explican por los distintos contenidos que cada autor atribuye al concepto de dominio del hecho y que, bajo aparente coincidencia, han ido empujando la teoría en su conjunto a la imprecisión cambiante.

Junto a esta diferencia fundamental caracteriza además a la teoría de la autoría de LANGE el que (coincidiendo con GALLAS y a diferencia de WELZEL) incluya en el concepto de dominio del hecho la realización de propia mano en ciertos delitos, así como los elementos de la autoría objetivos y subjetivos. «Allí donde se requieren cualificaciones de autor, éstas pertenecen también al dominio del hecho», dice [50], fundamentándolo en que sólo el *intraneus*, en los delitos de propia mano, puede obrar típicamente, y en los delitos de funcionarios, sólo él puede dominar la maquinaria administrativa.

En resumen, cabe señalar que la teoría del dominio del hecho de LANGE, frente a las concepciones de WELZEL, MAURACH y GALLAS, presenta notables diferencias, y a pesar de denominarla LANGE objetivo-material, se aproxima mucho a una teoría subjetiva atenuada.

[47] *RGSt*, 74, 84.
[48] *Lehrbuch*, 7.ª ed., p. 94.
[49] *Op. cit.*, I, 1 ante § 47, p. 159.
[50] *Op. cit.*, I, 4 ante § 47, p. 160.

V. OTROS REPRESENTANTES DE LA TEORÍA DEL DOMINIO DEL HECHO

1. NIESE

NIESE, en un pequeño trabajo sobre la importancia práctica de la doctrina final de la acción [51], se ha declarado partidario de la teoría del dominio del hecho, dándole un giro innovador, no defendido por ningún autor más.

Parte de que en lugar de la dirección de los intereses subjetivos debe aparecer el "dominio final del hecho", al que llama "criterio objetivo" [52]. Este dominio del hecho no sólo presupone, con arreglo a su teoría, que la voluntad esté dirigida subjetivamente a la producción del resultado, «sino también que el agente *domine* la realización del resultado por medio del empleo, consciente del fin, de los medios elegidos, es decir, de la dirección final de la causalidad en el mundo exterior». El poder sobre el hecho así caracterizado, que forma según NIESE la esencia del dominio del hecho, se da siempre que alguien realiza un tipo de propia mano, pero por lo demás sólo cuando el cooperador, aun cuando en concreto no actúe, sin embargo estaría psíquicamente en condiciones de realizar el tipo de propia mano si quisiera. Así, en el ya varias veces citado "caso de la bañera" NIESE propugna castigar a la madre de la criatura ahogada sólo como inductora; no ha podido ahogar por sí misma al niño en la bañera, porque le han faltado las fuerzas "como consecuencia del parto recién superado". Por eso ha tenido que dejar a criterio de la voluntad de su hermana que ésta realice o no el hecho. Este "dejar a criterio", este sometimiento de la voluntad a la del autor caracteriza objetivamente la relación del comportamiento del partícipe con el del autor.

NIESE aclara su concepción con otro ejemplo más, diciendo: «Quien... quiere apedrear los cristales de la ventana de su vecino y le pide a otro que lo haga, porque él no alcanza desde fuera de la valla, no puede pasar de ser inductor al delito ajeno de daños, porque sólo el otro tiene el dominio final, aun cuando rompa los cristales para el inductor.»

Induce a confusión que NIESE hable con énfasis de una delimitación "objetiva" cuando los conceptos que emplea de "dejar a criterio de" y de "sometimiento a la ajena voluntad del autor" los toma prestados de la teoría del dolo, subjetiva. También su exigencia de que el que coopera, para poder ser autor, tenga que estar en condiciones de ejecutar el delito personalmente, recuerda de entrada formulaciones que se encuentran en los partidarios de la delimitación subjetiva; por ejemplo en v. BAR, cuando considera que

[51] *DRiZ*, 1952, pp. 21-24.
[52] Esta cita y las siguientes, *op. cit.*, p. 23.

el coautor se caracteriza por el dolo de «llegado el caso, emprender por sí mismo la actividad que traiga la acción punible a la consumación» [53].

La divergencia decisiva de NIESE con respecto a las teorías subjetivas reside en que, a diferencia de éstas, no hace depender el sometimiento a decisión ajena y la renuncia a la ejecución propia del hecho de la decisión volitiva del sujeto, sino de sus posibilidades físicas, esto es, de un criterio puramente objetivo. Ahora bien, no queda claro si NIESE se atiene en su distinción sólo a este punto de vista, o sea, si para él la madre del recién nacido y el vecino envidioso de sus ejemplos serían autores si ya hubieran tenido, *ceteris paribus*, suficientes fuerzas para realizar el hecho personalmente. Si fuera así, a fin de cuentas difícilmente cabría llamar "objetiva" a su teoría, pues la madre y el vecino se convertirían entonces en autores por su mera voluntad de realizar, aun sin haber ni siquiera cooperado en la ejecución del hecho. Pero si NIESE propugna hacer depender la existencia de dominio del hecho de otros requisitos, en todo caso no los nombra. Por tanto, debe quedar abierta la cuestión de si la suya es una delimitación "objetiva", como cree.

Sea como fuere, la idea de aprovechar como criterio del dominio del hecho el punto de vista del "poder sobre el hecho" en el sentido aquí descrito, es absolutamente original y requerirá de análisis detenido.

2. SAX

SAX [54] lleva a cabo sus reflexiones a partir de la teoría objetivo-formal [55]. Para él es autor, en primer lugar, quien realiza el tipo directa y característicamente, siendo irrelevante que tenga o no "voluntad de autor" o "dominio consciente del hecho". Sólo en los partícipes "que no ejecutan característicamente el comportamiento típico" [56], por ejemplo, sólo espían, el dominio del hecho suple la falta de comisión de propia mano. «Para fundamentar su responsabilidad por autoría es necesario recurrir a la relación subjetivo-objetiva con la actividad del ejecutor, a fin de compensar el déficit de realización característica del tipo» [56]. Al señalar aún SAX que «estos criterios de contenido no pueden servir para formar el concepto general de autor, sino sólo para especificar con vistas a la autoría formas de participación equívocas en su manifestación» [57], se revela con claridad que la teoría del dominio del hecho aparece para él sólo como complemento de la teoría objetivo-formal.

[53] *Gesetz und Schuld*, t. II, p. 610; cfr. al respecto ya *supra*, p. 69.
[54] *ZStW*, t. 69, 1957, pp. 430 ss.
[55] Si bien él no emplea esta expresión.
[56] *Op. cit.*, p. 433.
[57] *Op. cit.*, pp. 432 y 433.

Sin embargo, en cuanto a los resultados prácticos SAX no está orientado tan por completo objetivamente. A la coautoría la denomina autoría mediata recíproca, admitiendo su existencia cuando varios realizan su hecho punible cooperando en división del trabajo y cada uno domina conjuntamente de modo consciente el actuar de los demás [58]. Pero un dominio en tal sentido puede darse en el apoyo puramente psíquico [59]. Bajo qué requisitos es ése el caso no se colige de lo que SAX manifiesta.

En la delimitación del ámbito de la autoría mediata SAX reconoce sin más al instrumento no cualificado y al doloso no intencional [60]. Además, en el instrumento punible como autor, a diferencia de WELZEL y GALLAS y coincidiendo con MAURACH, admite el dominio del hecho de aquel que determina «en el caso de que el sujeto de detrás sea el que mueve los hilos del suceso conscientemente para la ejecución mediata de su propio delito» [61].

Globalmente, la teoría de SAX aparece como una variante de la teoría del dominio del hecho situable entre las concepciones de GALLAS y MAURACH.

3. BUSCH

BUSCH [62] sustenta una teoría del dominio del hecho orientada subjetivamente, que para él se presenta como "precisión" [63] de la fórmula del *animus* conocida por la jurisprudencia. La emblemática indeterminación del concepto "voluntad de autor" la completa y precisa mediante la idea del dominio del hecho. Por eso dice: «Quiere el hecho como propio sólo aquel que lo ejecuta sobre la base de su propia decisión, bien sea personalmente, bien por medio de quien se somete a su voluntad. El dominio del hecho distingue a la autoría de la mera participación. El partícipe deja la ejecución del hecho a la decisión de otro.» Esta teoría, al margen de algunas salidas de tono hipersubjetivas [64], es idéntica a la concepción mantenida por el RG en jurisprudencia constante. Su justificación dogmática reside en la doctrina final de la acción.

Es evidente que la teoría del dominio del hecho de BUSCH coincide materialmente con la teoría del dolo, tal como quedó plasmada gráficamente

[58] *Op. cit.*, p. 436.
[59] *Op. cit.*, p. 434.
[60] SAX aduce, junto al instrumento "doloso sin intención", el simplemente "sin intención", distinción que no acabo de entender; no puede aludirse a una persona interpuesta no dolosa, pues SAX menciona autónomamente al instrumento de buena fe; tampoco el Proyecto, al que él se refiere, ofrece punto de apoyo alguno para tal distinción.
[61] *Op. cit.*, p. 434.
[62] *Moderne Wandlungen der Verbrechenslehre*, 1949.
[63] Esta cita y las siguientes, *op. cit.*, p. 18.
[64] Aduce las sentencias *RGSt*, 71, 364 y 74, 85 (caso de la bañera).

en la sentencia RGSt 3, 181 ss., y como hoy es defendida, por ejemplo, por BOCKELMANN. Se trata, pues, de una teoría limitadamente subjetiva.

4. VON WEBER

Más allá en la subjetivización va VON WEBER, quien ya antes de WELZEL había empleado el concepto de la "voluntad de dominio del hecho" para interpretar la teoría subjetiva defendida por él [65]. En su *Compendio de Derecho penal alemán* [66] desarrolla aún más esta teoría, diciendo [67]: «La autoría es... dominio del hecho. Reside en el dolo, en la decisión del autor. El autor piensa y actúa como ejecutor, determinando el que tenga lugar o no la comisión y cómo.»

Ciertamente estas oraciones contienen aún ciertos elementos objetivos, pues que alguien actúe como ejecutor y determine si se comete o no el hecho es algo que se dirime con independencia de lo que él piense. Pero VON WEBER no saca pleno partido a esta idea. Cuando explica que la autoría reside en el dolo, que el autor se "concibe" a sí mismo como ejecutor, y cuando, finalmente, trata a la autoría bajo el epígrafe *El tipo subjetivo,* se pone de manifiesto que tiene presente una doctrina puramente subjetiva de la autoría, dentro de la cual algunos matices objetivos aislados representan cuerpos extraños no acabados de asimilar.

Al exponer las consecuencias prácticas de su teoría, se desprende la misma impresión. VON WEBER es el único representante de la teoría del dominio del hecho que aprueba la sentencia del *Reichsgericht* en el "caso de la bañera" [68], o sea, que propugna negar la autoría en la comisión del hecho de propia mano, libre y dolosa, si al agente le falta la "voluntad de dominio del hecho" porque se ha sometido internamente del todo al que le ha determinado. Correlativamente, VON WEBER considera que se da autoría mediata cuando alguien, para ejecutar el hecho, recurre a auxiliares "que toman parte sin voluntad de autor" [69]. Ciertamente, añade que hay que ser cautos a la hora de admitir mera participación a pesar de haberse ejecutado el hecho de propia mano [70], observación que alude a que el peso objetivo de la aportación al hecho para él no carece por completo de importancia; pero también aquí se trata sólo de una matización incidental y no de una limitación general del planteamiento subjetivo.

Así, la teoría de la participación de VON WEBER se presenta como una variante extremadamente subjetiva de la teoría del dominio del hecho.

[65] Cfr. al respecto *supra,* p. 82.
[66] 2.ª ed., 1948.
[67] *Op. cit.,* p. 65.
[68] *Op. cit.,* p. 67.
[69] *Op. cit.,* p. 65.
[70] *Op. cit.,* p. 67.

5. LESS

LESS [71] parte de un caso particular: el problema de la autoría mediata a través de un instrumento que actúa de conformidad a Derecho. Al intentar resolverlo mediante el criterio del dominio del hecho [72] llega a algunas ideas generales sobre el concepto de autor. Especialmente notable es que, en contraposición a los numerosos subjetivistas que defienden esta teoría, llama "circunstancia externa" [73] al dominio del hecho, estimando que este elemento, de emplearlo para articular el concepto de autor, va a "tener por consecuencia una alteración estructural del concepto de delito" [74]. Propugna incluir el dominio del hecho, "como elemento externo del tipo", entre los requisitos de la tipicidad, junto con la causalidad. «De entre las realizaciones de voluntad que condicionan el resultado sólo podrá dar lugar a tipicidad aquella que lo hace ser no un desenlace causal, sino verdaderamente un resultado del sujeto actuante, aquella que lo somete a su dominio, que lo hace ser fruto de su influencia sobre el curso causal.»

Con un concepto de tipo así formado, LESS se propone, del mismo modo que ya antes Hermann BRUNS, LANGE y GALLAS, resolver el problema de los cursos causales inadecuados. El que en plena tempestad echa de casa a otro que, después, justo como deseaba, resulta fulminado por un rayo, para él no realiza el tipo objetivo del homicidio ya porque junto a la causalidad falta el necesario dominio del hecho.

Cómo surtiría, por lo demás, efectos prácticos un concepto objetivo de dominio del hecho en tales términos no cabe deducirlo ni de las indicaciones más reveladoras de LESS.

6. JESCHECK

JESCHECK [75] sostiene una teoría del dominio del hecho que no está orientada subjetiva ni objetivamente de manera acentuada, sino que representa una síntesis de elementos de las teorías objetivo-formales, objetivo-materiales y subjetivas. Señala JESCHECK: «La teoría del dominio final del hecho me parece que lleva a cabo una fusión feliz entre todos estos puntos de vista, de los cuales cada uno de por sí es correcto, pero también, aisladamente, unilateral» [76]. Por desgracia, no detalla JESCHECK cómo ha de concebirse

[71] *JZ,* 1951, pp. 550-552.
[72] Esta cuestión concreta se abordará en detalle más adelante.
[73] *Op. cit.,* p. 551.
[74] Esta cita y las siguientes, *op. cit.,* p. 552.
[75] *SchZStr.,* año 71.º, 1956, pp. 226-243.
[76] *Op. cit.,* p. 234.

esta fusión, sino que se conforma con las caracterizaciones de WELZEL, MAURACH y GALLAS.

Pero JESCHECK se distingue de los demás partidarios de la teoría del dominio del hecho en que basa este elemento en un nuevo concepto de finalidad. Piensa que la finalidad no debe «equipararse aquí simplemente al dolo..., pues también lo tiene el mero cómplice» [77]. Más bien, requiere, sumándose a NOWAKOWSKI [78], que el interviniente, para tener dominio del hecho, se perciba a sí mismo como "sujeto del delito". Lo cual es un "especial elemento de sentimiento" o, como JESCHECK dice con ENGISCH [79], un "elemento de la mentalidad", perteneciente al ámbito de la culpabilidad, de manera que para él autor y cómplice se distinguen no sólo en el contenido de injusto, sino también en el grado de culpabilidad [80].

Más adelante se volverá sobre estas ideas, nada más que sugeridas por JESCHECK, de enriquecer el concepto de dominio del hecho con un nuevo elemento subjetivo y enlazarlo con la teoría de la culpabilidad.

§ 13. TEORÍAS Y ENFOQUES AFINES

I. BOCKELMANN

Ya se ha aludido repetidas veces a la teoría de la participación de BOCKELMANN en otro contexto [1], de manera que aquí bastará con un breve resumen.

BOCKELMANN, rechazando la doctrina final de la acción, partió de una teoría del dolo revitalizada, en conexión con la sentencia RGSt 3, 181 ss. [2]. Estimaba que la diferencia entre autor y partícipe se encuentra en que el partícipe "deja [el hecho] a criterio" del autor, en que "somete" su propio propósito a la decisión ajena. Quien no lo hace, o sea, aquel cuya decisión no depende de la de otro, es autor; así llega BOCKELMANN a un concepto "secundario" de autor [3]. Mientras que por lo demás hoy se da por sentado unánimemente que el concepto de autor es autónomo e independiente de los de inducción y complicidad, BOCKELMANN lo determina de manera exclusivamente negativa: «Autor es aquel que no es partícipe» [4].

[77] *Op. cit.*, p. 234.
[78] Cfr. al respecto *infra* pp. 104-106.
[79] *ZStW*, t. 66, 1954, p. 385.
[80] Cfr. al respecto *op. cit.*, pp. 234, 235 y 236.
[1] Cfr. *supra* pp. 44-45.
[2] En su obra *Über das Verhältnis von Täterschaft und Teilnahme*, 1949; ahora en *Strafrechtliche Untersuchungen*, pp. 31-87.
[3] *Strafrechtliche Untersuchungen*, p. 76.
[4] *Op. cit.*, p. 76, nota 106. Al respecto críticamente *supra*, pp. 44-45.

A pesar de sus fundamentos diversos, la teoría del dolo de BOCKELMANN coincidió en gran medida ya en su forma originaria, en cuanto a los resultados, con la teoría del dominio del hecho de WELZEL, y se vio influida intensamente por ésta [5]. Tan estrecha afinidad fue posibilitada por el hecho de que el propio WELZEL sustentase una forma de teoría del dominio del hecho que hacía concesiones relativamente generosas a las teorías subjetivas.

Más tarde [6] BOCKELMANN ha asumido el concepto del dominio del hecho. Ahora [7] señala que la delimitación entre autoría y participación sólo es posible de manera que «se atribuya la autoría a aquel que tiene el "dominio del hecho", esto es, que domina... el hacer»; materialmente se mantiene en la delimitación subjetiva, que no asigna importancia decisiva al peso de la aportación externa al hecho. Así propugna, coincidiendo con WELZEL pero en contra de GALLAS, que cuando se da resolución común del hecho, para fundamentar la coautoría basta incluso la cooperación en acciones preparatorias. «El empleado del banco que acuerda con un ladrón profesional robar la caja fuerte de manera que *él* se va a informar de cuándo está la caja repleta y entre qué momentos no hay que contar con que aparezca el vigilante, mientras que el otro llevará a cabo el robo con fractura, no sólo comete inducción y complicidad en el robo, sino que es coautor», sostiene BOCKELMANN [8].

En su último artículo sobre teoría de la autoría [9] BOCKELMANN abandona incluso su delimitación estrictamente subjetiva que hasta entonces defendía. Ahora reconoce que «una consideración que atienda exclusivamente a los procesos psíquicos no siempre lleva a una delimitación convincente» [10], estableciendo que «las peculiaridades por las que se distinguen autoría y participación no pueden buscarse únicamente en el aspecto del hecho externo ni en el interno. Sólo resultan de la imbricación de factores objetivos y subjetivos» [11]. Este giro conduce en la práctica a que BOCKELMANN considere en todo caso autor a aquel que realiza el tipo de propia mano «aun cuando esté bajo influencia ajena, quizá hasta el punto de que suponga estar ejecutando la decisión de otro» [12], y que, a la inversa, castigue como partícipe a aquel que no toma parte en la ejecución del hecho aun cuando no haya dejado a criterio del otro la ejecución del hecho [13].

[5] Cfr. *op. cit.*, p. 76, nota 106.
[6] «Nochmals über das Verhältnis con Täterschaft und Teilnahme», *GA*, 1954, pp. 193 ss.; en la actualidad, *Strafrechtliche Untersuchungen*, pp. 88-108.
[7] *Strafrechtliche Untersuchungen*, p. 101.
[8] *Op. cit.*, p. 101, nota 54.
[9] *ZStW*, t. 69, número especial Atenas, pp. 167 ss.; en la actualidad, *Strafrechtliche Untersuchungen*, pp. 109-125.
[10] *Strafrechtliche Untersuchungen*, p. 120.
[11] *Op. cit.*, p. 122.
[12] *Op. cit.*, p. 120.
[13] *Op. cit.*, p. 121.

El propio BOCKELMANN dice que esta concepción coincide "ampliamente" con la teoría del dominio el hecho [14]. Lo cual es correcto. A la vista de las múltiples variantes distintas de esta teoría no hay reparo en reconocer a la delimitación desarrollada por él como forma autónoma de la teoría del dominio del hecho.

II. NOWAKOWSKI

También NOWAKOWSKI [15] mantiene una concepción muy próxima a la teoría del dominio del hecho. De la mayoría de los partidarios de ésta se distingue en que rechaza la doctrina final de la acción y en que entiende que no cabe hallar criterios de delimitación en el curso del suceso objetivo. Señala [16]: «Lo imprescindible de la aportación al hecho, la influencia configuradora sobre el desenlace del hecho no deciden nada», y mantiene que tampoco es posible «demostrar que una actividad externa sea la sustentadora del desvalor central, esencial» [17].

De lo cual deduce: «Negando esta posibilidad, no cabe sino sustentar una teoría subjetiva» [18]. En esta teoría subjetiva inserta entonces NOWAKOWSKI la idea del dominio del hecho en una forma que se asemeja a la teoría del dolo, pero personalizada mediante la consideración de elementos de "sentimiento". Autor es «el que toma parte en el hecho con la consciencia de su propio dominio del hecho; partícipe, el que lo hace con la consciencia de que existe ajeno dominio del hecho» [19], dice, y lo aclara así: «Si varios intervienen en un hecho, a menudo no todos se sienten responsables en igual medida. Consideran a uno de ellos como el auténticamente decisivo, el señor del hecho, y al hecho como obra de éste. A él le atribuyen la responsabilidad principal, percibiéndose a sí mismos como corresponsables de manera atenuada, secundaria... Eso es el *animus socii*. Quien, por el contrario, se siente como el decisivo, el señor del hecho, y al hecho como obra propia, actúa con *animus auctoris*. La diferencia reside en el sentimiento de autor». Sobre este "sentimiento de autor" manifiesta NOWAKOWSKI [20] que «como realidad psíquica es indiscutible, aun cuando en la valoración de los hechos objetivos no tenga fundamento racionalmente confirmable». Se trata de un «acento vivencial, un elemento de la disposición anímica, una impresión psíquica».

[14] *Op. cit.*, p. 122.
[15] Por extenso, «Täterschaft und Teilnahme», *JZ*, 1956, pp. 545-559; concisamente en *Das österreichische Strafrecht in seinen Grundzügen*, p. 95.
[16] *JZ*, 1956, p. 548.
[17] *Op. cit.*, p. 546.
[18] *Op. cit.*, p. 546.
[19] *Grundzüge*, p. 95.
[20] *JZ*, 56, p. 546.

Aunque NOWAKOWSKI subraya repetidas veces que su delimitación es "puramente subjetiva", sin embargo, vuelve de repente, mediante un rodeo, a una limitación objetiva. Así, en la determinación del "sentimiento de autor" que él requiere para la autoría no atiende a «si el agente experimenta realmente el hecho como propio, sino a si sobre la base de lo que percibe cabría esperar y exigir eso de él, según un baremo objetivo» [21]. Jurídicamente relevante no es que el autor haya querido o no el hecho como propio, sino «que el autor lo haya querido con una percepción con arreglo a la cual tuvo que sentirlo como propio».

Mediante este giro hacia lo normativo, concebido por NOWAKOWSKI simplemente como baremo de valoración objetivo para esclarecer diferencias puramente intrapsíquicas, también se traslada hacia lo objetivo el propio sustrato de la valoración, pues si en realidad el "sentimiento de autor" no concurre, no cabe basar el juicio supletorio de que tendría que haber concurrido en un dato psíquico —que aquí desde luego falta—, sino sólo en el peso objetivo de la aportación al hecho. Ciertamente NOWAKOWSKI intenta eludir esta consecuencia diciendo que en estos casos hay que acudir «a principios empíricos psicológicos generales» [22]. Sin embargo, ello no sirve de gran ayuda, pues si al aplicar la pena de autor a pesar de que falte el "sentimiento de autor" no se quiere incurrir en una mera presunción de culpabilidad, no puede atenderse a si este sentimiento está presente en los demás por lo general, sino sólo a si es irrelevante debido a la posición objetivamente dominante del agente.

La originalidad dogmática de la teoría de NOWAKOWSKI reside en destacar la cuestión de la autoría con respecto a los planos del tipo y del injusto y tratarla como puro problema de culpabilidad. Para él, la voluntad de dominio del hecho caracterizada por el sentimiento de autor es «un elemento normativo de la culpabilidad» [23]. Y puesto que en este "acento del sentimiento" aprecia también un "elemento de la disposición anímica", la temática aquí abordada se encuentra en relación directa —aunque NOWAKOWSKI no repare expresamente en este paralelismo— con el problema de los llamados "elementos de la disposición anímica", que en los últimos años han estado en el centro del interés dogmático y cuyo significado no puede considerarse que haya quedado definitivamente esclarecido. Sobre ello se volverá a tratar más adelante. También en el desarrollo de una teoría de la autoría marcadamente normativa, como ya se encuentra sugerida en GALLAS, reside un problema material y metodológico necesitado de ulterior análisis.

En cuanto a los resultados prácticos, la teoría subjetivo-normativa de NOWAKOWSKI no se distingue esencialmente de las teorías del dominio del

[21] *JZ*, 56, p. 547.
[22] *Grundzüge*, p. 95.
[23] *Grundzüge*, p. 95.

hecho. El propio NOWAKOWSKI señala que los elementos de la autoría y de la participación son «aquí y allí los mismos, con la única diferencia de que se tienen en cuenta unas veces objetivamente y otras meramente como percepciones» [24]; por grande que sea la contraposición teórica, para la praxis apenas se derivarán consecuencias. Dado que obviamente los propios partidarios de la teoría del dominio del hecho llegan a soluciones bastante divergentes, ha de resaltarse que la coincidencia sólo se produce con los defensores de esta teoría más orientados subjetivamente. Así, NOWAKOWSKI propugna considerar coautor a aquel que contrata a un asesino profesional, aun cuando él no coopere en la ejecución del hecho ni en lo más insignificante [25], resultado que ni GALLAS, MAURACH, WELZEL ni BOCKELMANN suscribirían.

En todo caso, en el debate sobre la teoría del dominio del hecho no puede pasarse por alto la autónoma y sugestiva teoría de NOWAKOWSKI.

III. OTROS AUTORES

1. También BAUMANN llega en definitiva a una solución próxima a la teoría del dominio del hecho [26]. Bien es cierto que la rechaza porque piensa que con el concepto de "dominio del hecho" no «se ha encontrado un criterio independiente que no tenga ya raíces en la teoría objetivo-formal ni en la subjetiva» [27]. Pero materialmente apenas se distingue BAUMANN de los partidarios de la teoría del dominio del hecho orientados subjetivamente, pues busca su solución «en la línea de un nuevo contenido de la fórmula del *animus* y, por tanto, en una nueva configuración de la teoría del dolo», propugnando emplear como baremo material el *animus auctoris*, «la voluntad de dominio del hecho propio». «Según lo cual, lo determinante sería, dada la irrelevancia de la clase de aportación al hecho, que el agente haya querido o no dominar el hecho en su ejecución. La voluntad de dominio del hecho (y no el dominio del hecho objetivo como tal) sería indicio de la voluntad de autor; la voluntad de cooperar en un hecho punible dominado por otro, o de provocarlo, de la voluntad de partícipe.»

Se trata aquí de una forma de teoría del dolo cuya estrecha afinidad con la teoría del dominio del hecho ha quedado resaltada repetidamente en el curso de nuestra exposición; ya las concepciones de Richard LANGE, VON WEBER, BUSCH, BOCKELMANN y NOWAKOWSKI se encuentran en esta línea. BAUMANN es más radicalmente subjetivo que, por ejemplo, BOCKELMANN y

[24] *JZ*, 56, p. 549.
[25] *JZ*, 56, p. 549.
[26] *JZ*, 58, pp. 230 ss.; *Lehrb.*, 2.ª ed., pp. 436 ss. y 444 ss.
[27] *JZ*, 58, p. 232, al igual que las citas siguientes. Análogamente en *Lehrb.*, 2.ª ed., p. 445, donde, sin embargo, conecta la teoría subjetivizada del dominio del hecho con la teoría del interés.

NOWAKOWSKI (con sus limitaciones objetivas o normativas) sólo en tanto que declara sencillamente "irrelevante" la clase de aportación al hecho. Pero entonces tendría que plantearse la pregunta que ya hace decenios se planteó contra la teoría del dolo no limitada, y que recientemente ha hecho dar cierto giro a BOCKELMANN [28], la de cómo ha de decidirse cuando ninguno de los intervinientes tiene voluntad de dominio del hecho. Si no se considera posible un caso así y, por ejemplo, se le atribuye esta voluntad siempre al ejecutor directo [29], el peso de la aportación objetiva al hecho vuelve a recibir, mediante un rodeo, la relevancia que de entrada se le negó [30].

2. SAUER [31] ciertamente evita el término "dominio del hecho" en la determinación del concepto de autor y tampoco polemiza con esta teoría, pero llega a una concepción semejante cuando define [32]: «Autor es aquel que desde un juicio objetivo (no según su imagen del hecho o su voluntad) pasa por ser creador, *auctor* y *dominus.*» Los conceptos "creador", "auctor" y "dominus" no cabe distinguirlos del de "señor del hecho". En cuanto a los efectos prácticos de su teoría, no obstante, se muestran en SAUER peculiaridades en tanto que plantea distintas exigencias a la cualidad de autor en función de la clase de delito. Así, propone abordar la delimitación entre autoría y participación en los delitos de aprovechamiento más según puntos de vista subjetivos, y en los delitos de impulso y de ataque más según criterios objetivos [33]. El concepto de autoría mediata lo rechaza absolutamente [34].

3. MEZGER [35] parte en esencia de la teoría del dolo, pero la limita matizando que no es la percepción del ejecutor la que decide sobre la voluntad de autor, sino que ha de atenderse al "sentido objetivo" de lo que éste comete voluntariamente [36]. Los criterios con arreglo a los cuales cabe determinar ese "sentido objetivo" de la acción, decisivo para la autoría, no los indica MEZGER, que se conforma con señalar que aquel que ejecuta el hecho de propia mano es siempre autor. «Lo determinante no es... cómo considera el agente su hacer, sino lo que su hacer es.» En peculiar contradicción con lo cual MEZGER reconoce la figura de la autoría mediata a través del instrumento-partícipe doloso [37]. Aquí da por supuesto precisamente lo que antes

[28] Cfr. *supra*, p. 104.
[29] Como hace manifiestamente también BAUMANN, *Lehrb.*, 2.ª ed., p. 445.
[30] Por lo demás, no cabe estar de acuerdo con la concepción de BAUMANN de que la teoría de GALLAS se mantiene «aún en el marco de la delimitación subjetiva», mientras que WELZEL discurre por «sendas puramente objetivas» (*op. cit.*, p. 231). La panorámica expuesta *supra* muestra que la teoría del dominio del hecho de GALLAS es más objetiva que la de WELZEL.
[31] *Allgemeine Strafrechtslehre*, pp. 205 ss.
[32] *Op. cit.*, p. 209.
[33] *Op. cit.*, p. 210.
[34] *Op. cit.*, p. 213.
[35] *KLB*, 9.ª ed., pp. 222 ss.
[36] *Op. cit.*, p. 231; asimismo *LK*, § 47, 2b.
[37] *Op. cit.*, p. 233; *LK*, § 47, 9b, bb.

rechazaba: que aquel que ejecuta el hecho de propia mano, faltándole la voluntad de autor, sólo puede ser partícipe.

Aunque así no quede clara del todo la forma en que MEZGER pretende modificar la teoría del dolo por medio de puntos de vista objetivos, y aunque no tome postura expresamente en ningún lugar acerca de la teoría del dominio del hecho, no sería errado suponer que su concepción se equipara a la de los partidarios de teorías del dominio del hecho inclinadas a la teoría subjetiva. En favor de lo cual habla también la circunstancia de que él mismo caracterice a su opinión como "teoría de la participación mixta subjetivo-objetiva" y se remita a su coincidencia con Richard LANGE [38].

4. Hellmuth MAYER [39] es, entre los autores actuales, el único que sustenta una teoría marcadamente mixta. La delimitación entre autoría y participación surge, para él, de combinar la concepción objetivo-formal, la teoría de la simultaneidad y la teoría subjetiva. De acuerdo con lo cual autor es sólo aquel que toma parte personalmente en la ejecución; la cooperación en la fase preparatoria sólo puede llevar, siempre, a castigar por participación. A su vez, entre los que cooperan en la ejecución hay que distinguir: autor es quien tiene *animus auctoris*; los demás son partícipes, salvo que realicen personalmente la acción típica; en este caso son autores al margen de su dirección de voluntad [40].

La teoría de Hellmuth MAYER muestra en sus resultados bastantes coincidencias con una teoría del dominio del hecho orientada más objetivamente. Al excluir completamente las acciones preparatorias del ámbito de la autoría coincide con GALLAS (naturalmente, no con la mayoría de los demás partidarios de la idea del dominio del hecho); al afirmar incondicionadamente la autoría en la comisión de propia mano, coincide con la teoría del dominio del hecho; pero ante todo se aproxima a ésta en la determinación de la voluntad de autor al decir que el partícipe se encuentra «bajo la dirección de la voluntad por parte del autor» y es «predominantemente dependiente de otro», mientras que el coautor se destaca por «una parte aproximadamente igual en la voluntad» [41]. MAYER destaca, al debatir la teoría del dominio del hecho, lo acertado de entender «que el partícipe no tiene dominio sobre la voluntad del autor, y en esa medida... carece del dominio propio sobre el hecho» [42].

5. SCHRÖDER [43], por último, no está tan lejos de la teoría del dominio del hecho como suele suponerse merced a su rechazo tajante de esta teoría.

[38] *LK*, ante § 47, 4.
[39] *Lehrbuch*, pp. 299 ss.
[40] *Op. cit.*, p. 314.
[41] *Op. cit.*, p. 314.
[42] *Op. cit.*, p. 305.
[43] SCHÖNKE-SCHRÖDER, 10.ª ed., ante y en § 47.

Señala que «no es posible delimitar satisfactoriamente el concepto de dominio del hecho», que está «orientado unilateralmente a la autoría mediata», pero que no puede explicar el fenómeno del instrumento doloso y al final fracasa en la coautoría, porque aquí cada uno sólo tiene dominio sobre su parte del hecho [44].

Sin embargo, la teoría subjetiva que profesa es absolutamente afín a la teoría del dominio del hecho que rechaza; no sólo porque SCHRÖDER parta de la teoría del dolo, remitiéndose expresamente a BOCKELMANN, y caracterice a la complicidad por la «subordinación de la aportación al hecho propia al plan ajeno del hecho» [45], sino también porque desarrolla en muchos aspectos con elementos objetivos esta doctrina, basada de por sí en la idea del dominio del hecho. Así señala que, a pesar de que concurra voluntad de partícipe, ha de estimarse la autoría «allí donde el peso de determinadas acciones no se vea esencialmente disminuido por la mera voluntad de partícipe, como, por ejemplo, cuando se realizan todos los elementos típicos, o en los tipos en que, como la estafa o la extorsión, puede considerarse plenamente típica incluso la actuación altruista». A la inversa, a pesar de la voluntad de autor, difícilmente cabe hablar de «autoría» allí donde la influencia de un interviniente sobre si va a ejecutarse el hecho, y cuándo y cómo, es tan insignificante que el curso del suceso no depende de él.

Al atender aquí SCHRÖDER, al margen de la voluntad de autor, al peso objetivo de la acción, haciendo decidir a la verdadera influencia sobre el curso del suceso, ya no cabe apreciar diferencia práctica alguna entre su concepción y la teoría del dominio del hecho. No obstante, los reparos que SCHRÖDER esgrime contra la fundamentación teórica de la autoría mediata en los casos de instrumento doloso y de la coautoría, merecen tenerse en cuenta y de hecho se debatirán más adelante en profundidad [46].

§ 14. LA IDEA DEL DOMINIO DEL HECHO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO FEDERAL (BGH)

La jurisprudencia del BGH relativa a la delimitación entre autoría y participación ofrece una imagen poco unitaria. Mientras que el BGH, en los primeros años de su existencia, partía con frecuencia de concepciones puramente subjetivas y determinaba la autoría (enlazando con el RG) [1] empleando una vacua fórmula del *animus* o recurriendo a la teoría del interés, junto a ello, desde los años cincuenta ha ido introduciéndose crecientemente en

[44] VIII, 5b, ante § 47.
[45] Esta cita y las siguientes: VIII, 5c, ante § 47.
[46] Cfr. *infra*, pp. 278 ss. y 302 ss.
[1] Cfr. al respecto ya *supra* p. 75; una completa recopilación de la jurisprudencia del BGH hasta el tomo 8.º la proporciona KALTHOENER, *NJW*, 1956, pp. 1662-1665, a quien nos remitimos.

la jurisprudencia la idea del dominio del hecho, que aparece en muy distintos contextos semánticos. Mientras que a veces sirve, como "voluntad de dominio del hecho", para dotar de contenido a la fórmula del *animus*, en otras sentencias se la utiliza para limitar y completar la teoría subjetiva con criterios de delimitación objetivos. Resulta en particular la siguiente evolución:

I. La primera sentencia que invoca la teoría del dominio del hecho es una de la Sala III, de 21 de noviembre de 1950 [2]. En ella, el BGH plantea someramente la cuestión de si es posible considerar sólo como cómplice a aquel que con su comportamiento ha realizado completamente el tipo objetivo y el subjetivo de una acción punible, opinando: «Aun cuando por motivos jurídicos no se niegue esta posibilidad con carácter absoluto, presupondría que el agente subordina por entero su voluntad a la de otro y que está con éste en una relación que deja a este otro el pleno dominio del hecho, a pesar de la realización completa de todos los elementos típicos con el propio comportamiento.»

Aquí ciertamente se concibe subjetivamente el concepto de dominio del hecho en tanto que sirve para revitalizar el antiguo criterio de la subordinación de la teoría del dolo. Pero al mismo tiempo la sentencia aporta cierta objetivización frente a la doctrina seguida hasta entonces. Y es que la confesión vacilante y limitada de que sea posible la participación a pesar de haber cometido de propia mano el hecho sólo cabe interpretarla en el sentido de que desde luego el BGH no se conforma, para negar la autoría, con el capricho subjetivo incontrolable de cometer el hecho "no como propio", requiriendo en lugar de esto un acto, exactamente verificable, de subordinación psíquica.

Llama la atención que se emplee aquí el concepto del dominio del hecho para justificar una concepción por lo demás rechazada por casi todos los restantes partidarios de esta teoría y más tarde por el propio BGH, invocándola precisamente a ella: que aquel que realiza el tipo completo culpablemente y de propia mano sin embargo puede no tener la cualidad de autor.

II. Una sentencia —un poco posterior— de la Sala IV, de 13 de febrero de 1951 [3], se encuentra en la misma línea por su contenido, pero elude la expresión "dominio del hecho" y en su formulación se mantiene en el marco de la teoría del dolo. El acusado de este caso, oligofrénico, parece, según el BGH, «no haber obrado por la voluntad propia de perpetrar el hecho, sino haber subordinado su voluntad a la de su superior, presente en el lugar de los hechos, de tal manera que incluso la realización [4] plena del tipo objetivo por su parte —circunstancia que por lo general habla en favor de la coautoría— aconseja enjuiciar el hecho como participación».

[2] *NJW*, 1951, pp. 120-131 (120).
[3] *NJW*, 1951, p. 323.
[4] En el texto de la sentencia se dice "incurrir" *(Verwirkung)* en lugar de "realizar" *(Verwirklichung)*, seguramente debido a una errata.

III. En calidad de principio, la idea del dominio del hecho se emplea para corregir exageraciones subjetivas por vez primera en la famosa sentencia de la Sala I, de 12 de febrero de 1952 [5]. En ella se trataba de la cuestión de si se podía castigar por homicidio por omisión a una esposa que no impidió el suicidio de su marido. «Por lo general, el obligado a auxiliar tiene el dominio de la situación pleno o al menos en gran parte, pudiendo darle un giro decisivo mediante su intervención» [6], señala el BGH, que prosigue: «Si la omite, incumpliendo su deber, frente a esta omisión es irrelevante la reserva subjetiva de no querer la muerte como consecuencia de la propia causación.» Así pues, aquí se declara irrelevante la falta de *animus auctoris* frente al dominio objetivo del hecho.

La frase siguiente lo subraya aún más: «Esta reserva no puede fundamentar "dolo de partícipe" porque su presupuesto jurídico, la subordinación a una voluntad ajena, es irrelevante en función de la especial situación de deber y a la vista del dominio objetivo.» Así no sólo se deja de lado, como en las dos primeras frases, el vago elemento de la "voluntad de autor" en favor del criterio del dominio del hecho, sino que se declara "irrelevante" incluso la subordinación a la resolución ajena, de decisiva importancia para la teoría del dolo, "a la vista del dominio objetivo del obligado", lo que constituye una interpretación de la idea del dominio del hecho de acentuada orientación objetiva.

Ahora bien, las dos frases siguientes vuelven a confundir. Al decir el BGH: «No hay que atender a qué sentido atribuye el obligado caprichosamente a su inactividad, sino a qué sentido ha realizado con respecto al curso del suceso. Por eso en un caso así se da dolo de autor», suscribe una teoría subjetiva moderada, como la de, por ejemplo, MEZGER, cuando establece que lo decisivo es lo querido, pero en su significado objetivo. El BGH no tiene aquí en cuenta que la «subordinación a la ajena voluntad de autor» supone un hecho psíquico que nada tiene que ver con qué «sentido el obligado atribuye... a su inactividad». A pesar de la cauta vuelta a la teoría subjetiva, con su "dolo de autor", sin embargo el BGH parece creer que sostiene una concepción original con respecto a la doctrina existente hasta entonces, puesto que concluye observando: «El que aquí resida o no una idea jurídica general, por lo demás también relevante para delimitar autoría y participación, puede quedar sin dilucidar.»

Con toda su inseguridad y su ir a tientas, esta sentencia no deja de ser sumamente curiosa en dos aspectos. En primer lugar, la idea del dominio del hecho se utiliza en el ámbito de los delitos de omisión con discreta limitación a éste, lo cual resulta importante porque Armin KAUFMANN, decidido partidario de la doctrina final de la acción, años después [7] declara impo-

[5] *BGHSt*, 2, pp. 150-157.
[6] *Op. cit.*, p. 156; asimismo en lo sucesivo.
[7] En su obra *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, 1959.

sible la aplicación de la teoría del dominio del hecho (y consiguientemente la distinción entre autoría y participación) precisamente para los hechos omisivos. Por eso, esta cuestión requerirá aún tratamiento minucioso. En segundo lugar, ha de reseñarse que el BGH —al menos en una frase, especialmente destacada— utiliza la idea del dominio del hecho para considerar irrelevante la subordinación a ajena voluntad de autor, mientras que en la sentencia mencionada al principio, e incluso en sentencias posteriores, sirve precisamente para justificar este criterio, procedente de la teoría del dolo.

IV. Una sentencia de la misma Sala, dictada al año siguiente [8], retorna a la teoría subjetiva, prescinde completamente del concepto de dominio del hecho y sólo mantiene alguna relación con esta teoría en la medida en que interpreta la "voluntad de autor", invocando expresamente la sentencia RG 3, 181 ss., en el sentido de la teoría del dolo, con la que también coinciden ampliamente los representantes de la teoría subjetiva del dominio del hecho. En ella se dice: «Partícipe.... es aquel cuya voluntad depende de la de otro, esto es, aquel que subordina su voluntad a la de otro interviniente en tanto que deja a criterio de éste si ha de llegarse o no a la inducción» [9]. Al observar el BGH expresamente que la decisión en cada caso depende «de la índole de la voluntad del interviniente» se pone de manifiesto cuánto se afana la Sala I, a diferencia de la sentencia precedente, BGHSt 2, 150 ss., por volver a enlazar con la tradición jurisprudencial.

V. Una curiosa síntesis entre la teoría del dolo y una teoría del dominio del hecho orientada objetivamente se intenta en una sentencia de la Sala V, de 15 de junio de 1954 [10], de notable influencia sobre la evolución posterior. En este caso un peón, conjuntamente con su patrón (porque éste le había prometido repartir las ganancias), había robado ganado y lo había llevado al matadero de su patrón. Para decidir la cuestión de si el peón es coautor o cómplice son insuficientes «fórmulas como la de que "el acusado ha querido el hecho como propio y no ha tenido sólo voluntad de partícipe"», observa el BGH.

Pero así no se está criticando la teoría subjetiva, sino sólo la vaguedad de la jurisprudencia del *Reichsgericht*, pues el BGH prosigue, en la línea del más estricto subjetivismo: «Para distinguir entre coautor y partícipe no ha de atenderse a la clase de aportación externa, sino a la dirección interna de voluntad.»

Naturalmente, al caracterizar esta "dirección interna de voluntad" el BGH va a parar sin darse cuenta a cauces de una delimitación más bien objetiva, diciendo: «Coautor es sólo aquel que tiene una relación interna tan intensa

[8] Sala I, de 16 de abril de 1953, *MDR*, 53, pp. 400 y 401 (reseña de DALLINGER).
[9] En la que se trata de la delimitación entre coautoría y complicidad en la inducción.
[10] Reseña de HERLAN en *MDR*, 1954, pp. 529 y 530.

con el curso y el resultado del hecho que ambos dependen decisivamente de su voluntad. Un co-dominio del hecho en tal sentido es presupuesto de la coautoría.» Fiel a su punto de partida puramente subjetivo, el BGH habla aquí sólo de la intensa relación "interna" con el curso y el resultado del hecho; pero no queda claro cómo el dominio sobre el curso del hecho puede deducirse a partir de una relación meramente "interna" cuando la relación "externa" con el curso y resultado del hecho no se corresponda con ella.

El BGH vuelve entonces al antiguo criterio de la teoría del dolo, al elemento de la subordinación de la voluntad, pero hace depender su existencia de la circunstancia objetiva de «si la superioridad social, la edad más avanzada y la experiencia delictiva del patrón tuvieron importancia determinante».

Por último, asimismo rechaza con claridad la teoría del interés, al considerar el BGH irrelevante la participación del obrero acusado en las ganancias sobre la base de que también puede existir participación por precio. Lo más curioso es que el BGH torna poco después al punto de vista recién abandonado, describiendo la posición del patrón con la expresión de que "tenía el principal interés en el hecho".

A pesar de todas estas vacilaciones confusas entre los distintos puntos de vista, sin embargo, cabe extraer como idea directriz de la sentencia el esfuerzo por, de una parte, mantenerse en la delimitación subjetiva, pero, de otra parte, determinar la voluntad de autor de la mano de criterios objetivos concretos (como la superioridad social, la edad, la experiencia criminal, el poder decisorio sobre los detalles del hecho, etc.). Ahora bien, cabe dudar que tal procedimiento sea realmente tan subjetivo como se quiere hacer creer, pues si se distingue entre voluntad de autor o de partícipe con arreglo a criterios objetivos, igualmente podrían utilizarse estos puntos de vista objetivos como baremos de distinción sin necesidad de dar el rodeo por la voluntad de autor.

VI. Al año siguiente —el 17 de mayo de 1955— la Sala V profundizó y modificó los razonamientos a los que acabamos de aludir [11]. Dice aquí el BGH: «Lo decisivo es... la dirección interna de voluntad de los intervinientes... La expresión común de que coautor es aquel que quiere el hecho "como propio" llama a engaño. Esta dirección de voluntad no es un hecho interno que el juzgador pueda verificar de manera que lo vincule. Más bien se trata aquí de un enjuiciamiento valorativo, para el cual es punto de apoyo esencial en qué medida el interviniente co-domina el curso del hecho, de manera que el curso y el resultado del hecho dependen decisivamente también de su voluntad.»

[11] *JR*, 1955, pp. 304-305.

Esta sentencia se distingue en dos aspectos de la anterior, con la que enlaza externamente. En primer lugar, extrema la línea divisoria entre el punto de partida puramente subjetivo y la orientación por elementos distintivos objetivos. Suena casi paradójico que el BGH de entrada establezca que lo decisivo es "la dirección interna de voluntad", pero después observe que eso no es un "hecho interno". En vano se pregunta uno qué ha de entenderse por una "dirección interna de voluntad" que no constituya un "hecho interno".

En segundo lugar, en esta sentencia se encuentra por vez primera el giro hacia lo normativo. Al señalar el BGH que la delimitación entre autoría y participación constituye un "enjuiciamiento valorativo", en el que el dominio del curso del hecho representa un punto de apoyo esencial, está abandonando casi por completo la distinción subjetiva que proclamó unas pocas frases antes, en favor de una teoría del dominio del hecho normativo-objetiva, del estilo de la de GALLAS. Ya se hizo constar *supra* que así se hace volver al ámbito del método teleológico el concepto de dominio del hecho ontológico que surge al principio, con WELZEL, en contraste con el normativismo.

VII. Al margen de estas tendencias objetivadoras, la Sala II vuelve a emplear, en una sentencia dictada poco después [12], la idea del dominio del hecho para justificar una teoría del dolo extremadamente subjetiva. En ella se señala, acerca de un caso de contrabando conjunto en el seno de una banda [13]: «La autoría se distingue de la participación no en la aportación externa al hecho, sino sólo en función de la dirección de voluntad interna de los intervinientes. En particular, también puede ser partícipe aquel que realiza personalmente todo el tipo. Sin embargo, la realización propia del tipo completo es por lo general un indicio importante de la voluntad propia de dominio del hecho y, por tanto, de la autoría. Pero cabe concebir supuestos en que un interviniente, a pesar de la conexión y del actuar conjunto con otros contrabandistas..., no tenga voluntad propia de domino del hecho, se subordine totalmente a la voluntad de otro y sólo pretenda favorecer el contrabando ajeno, de mala gana, mediante auxilio secundario. Un contrabandista con tal dirección de voluntad sólo es partícipe del autor principal, aunque realice su aportación al hecho en el seno de una banda.»

Resulta notable que también esta sentencia, aun cuando declare irrelevante la "aportación externa al hecho" y propugne expresamente que decida "*sólo* la dirección de voluntad", sin embargo al final vuelva a puntos de apoyo objetivos, pues ¿por qué menciona el BGH que el cómplice sólo quería prestar "auxilio secundario" si no ha de atenderse en absoluto a la "aportación externa al hecho"? ¿No habría que decidir igual, desde el punto de partida

[12] De 21 de junio de 1955, en *BGHSt*, 8, pp. 70-75.
[13] *Op. cit.*, p. 73.

de esta sentencia, si realizase la principal aportación al hecho, pero sometiéndose a la resolución ajena?

También aquí vuelve a ponerse de manifiesto que si se pretende derivar la dirección de voluntad concebida subjetivamente a partir de factores objetivos no puede uno declarar irrelevante la configuración externa del curso del hecho sin incurrir en contradicciones. Pero si se considera el peso objetivo de la aportación al hecho, no se puede mantener una concepción subjetiva con tanta pureza como le gustaría al BGH. Tampoco queda claro cómo es posible que la realización de propia mano del tipo completo, de la que parte la sentencia, se vaya a presentar como "auxilio secundario". ¿Acaso se puede hacer algo más que realizar el tipo completo personalmente?

Así pues, tampoco esta sentencia se sustrae a la crisis en que ha incurrido la teoría subjetiva de la participación debido a la introducción del concepto de dominio del hecho.

VIII. Una mezcla peculiar de teorías se encuentra en una sentencia de la Sala I, de 4 de junio de 1955 [14]. El hecho consistía en que el acusado había emprendido una tentativa de aborto, a consecuencia de la cual había nacido un niño vivo. El recién nacido fue asfixiado en seguida por la abuela paterna, en presencia del acusado, que no hizo nada para evitarlo.

El tribunal estimó que al acusado le incumbía un deber de evitar el resultado por el hacer precedente. Lo dudoso era si debía hacérsele responder a título de autor o de partícipe. Al respecto señala el BGH: «La cuestión de si existe autoría o sólo participación se responde con arreglo a la actitud interna del acusado con respecto al hecho y al resultado. A tal efecto hay que tener presente la dirección de voluntad, el dominio del hecho y el interés en el resultado del hecho a la vista del alcance de la realización del tipo propia. En la muerte del niño estaba especialmente interesada K. (la abuela paterna). En el recurrente (el acusado) podía tener importancia que para él siempre era de temer que el cadáver podría llevar a que se descubriera la maniobra abortiva.»

Así pues, se yuxtaponen aquí dos criterios de delimitación subjetivos y dos objetivos; por un lado, la "dirección de voluntad" (que ha de entenderse en el sentido de la teoría del dolo) y el interés; por otro lado, el dominio del hecho y el alcance de la realización del tipo. De la circunstancia de que estos cuatro elementos sólo tendrían importancia para la "actitud interna" del acusado se colige que el BGH, también en esta sentencia, cree mantenerse en el marco de la teoría subjetiva.

Sin embargo, aquí (al igual que en las sentencias precedentes) ya no cabe hablar de una teoría subjetiva de la participación en sentido tradicional. Más bien se trata de una combinación de puntos de vista subjetivos y objetivos

[14] *LM*, núm. 10, ante § 47.

totalmente distintos. En esto es particularmente poco clara la presente sentencia, al no proporcionar en absoluto indicios de en qué relación jerárquica se encuentran estos elementos tan heterogéneos, en la determinación de la autoría. ¿Qué ocurre cuando un sujeto posee el dominio del hecho, pero no interés en él; cuando tiene la dirección de voluntad necesaria para la autoría, pero no ha tomado parte en la ejecución del hecho; cuando actúa con interés en el hecho, pero sin dominarlo? La sentencia le deja a uno *in albis*. En el caso concreto, el BGH parece atender primordialmente al interés; pero la necesidad de que así sea no se deduce de la sentencia.

Por lo que se refiere al concepto del dominio del hecho, llama la atención que aquí (aun cuando bajo la forma subjetiva de voluntad de dominio del hecho) aparezca no como elemento único de la autoría, sino como criterio individual junto a otros (al parecer) elementos de la coautoría concebidos en plano de igualdad.

IX. En una sentencia de 10 de enero de 1956 la Sala V [15] vuelve a reafirmar sus anteriores resoluciones [16], señalando a modo de resumen [17]: «La coautoría y la complicidad se distinguen en que el autor quiere el hecho como propio y el cómplice lo quiere como ajeno. Como ha reiterado esta Sala, sólo a partir de todas las circunstancias cabe indagar la disposición de cada interviniente con respecto al hecho.»

Así pues, esta sentencia permanece en la idea básica, ya desarrollada, de que la voluntad de autor ha de deducirse de las circunstancias objetivas del hecho.

X. El mismo día [18] pronuncia la Sala V otra sentencia de capital importancia para la evolución de la doctrina de la autoría, porque se dirige contra la sentencia del *Reichsgericht* en el famoso "caso de la bañera". La frase más destacada de la sentencia establece [19]: «Quien mata a otra persona de propia mano es autor incluso si actúa bajo la influencia y en presencia de otro y en interés de éste (en contra de RGSt 74, 84).»

El BGH intenta armonizar sus consideraciones —como ya antes, también aquí— con la teoría subjetiva que mantiene como principio, y, mencionando la que denomina teoría del dominio del hecho "objetivo-final" u "objetivo-material", aludiendo a WELZEL, GALLAS y MAURACH, no la rechaza expresamente, pero elude polemizar con ella, considerando que también la teoría subjetiva, bien entendida, conduce aquí al mismo resultado. En el caso de que se ocupa, el acusado, dotado de voluntad débilmente desarrollada y escasa resistencia, se había «sentido» en la vida casi siempre "como instrumento", además estaba sometido a una mujer y había matado al marido de ésta, obedeciéndola, en su presencia y en su exclusivo interés.

Para fundamentar su concepción de que el acusado era autor del asesinato y no sólo partícipe, de entrada el BGH no desarrolla ningún enfoque esencialmente nuevo, sino que remite en gran medida a su Sentencia de 17 de mayo de 1955 [20], cuyas ideas repite casi literalmente. También ahora dice que la voluntad de autor no es un simple hecho interno, sino que ha de averiguarse valorativamente y que para ello un punto de apoyo esencial es saber en qué medida el interviniente co-determinó el curso del hecho. A la circunstancia de en interés de quién resulta el hecho no se le confiere importancia esencial.

Pero en dos puntos importantísimos difiere la Sala V de sus sentencias anteriores, obviamente sin dar a entender esa diferencia. Mientras que la Sentencia de 5 de junio de 1954 [21] seguía atendiendo a si el acusado que tomó parte en la ejecución del tipo «se había subordinado enteramente a la voluntad de su patrón y había dejado a éste decidir si los hechos se iban a ejecutar y cuándo», el BGH ya no menciona tal punto de vista; comprensiblemente, pues tal subordinación plena a la ajena voluntad de autor se daba aquí y habría tenido que llevar a calificar de mera complicidad. Pero como con los conceptos de subordinación de la voluntad y de "dejar a criterio" —cuya concurrencia en nuestro caso también se afirmaría— se alude a los criterios decisivos de la teoría del dolo, la renuncia a ellos significa abandonar en la práctica la teoría subjetiva. En todo caso no se comprende fácilmente qué queda de subjetivo en una concepción en tales términos si se prescinde del único elemento distintivo psíquico que hoy sigue teniendo importancia. Por el solo hecho de que un concepto de autoría obtenido a partir de circunstancias objetivas se caracterice por la «voluntad de autor» no se llega a una teoría subjetiva de la participación.

Asimismo es notable y característica la evolución que la valoración de la aportación externa al hecho experimenta en la sentencia de la Sala V. En la primera sentencia, de 15 de junio de 1954 (*supra*, núm. V), aún se dice categóricamente que no ha de atenderse «a la clase de la aportación externa al hecho». De forma algo atenuada, la Sala repite el 17 de mayo de 1955 (*supra*, núm. VI) que no debe tenerse en cuenta «desde luego esencialmente la clase de aportación externa al hecho». Pero ahora dice el BGH, para fundamentar la autoría del acusado, en abierta oposición con lo anterior, que su "voluntad de autor" se colige «de las circunstancias captadas por su percepción. El acusado emprendió la acción de matar de propia mano a la víctima y llevó a cabo esta aportación al hecho especialmente importante» [22]. Así pues, aquí se infiere la autoría a partir de la especial importancia

[15] *BGHSt*, 8, pp. 390-392.
[16] *MDR*, 54, 529; *JR*, 55, 304; *vid. supra*, núms. V y VI.
[17] *Op. cit.*, p. 393.
[18] De 10 de enero de 1956; *BGSt*, 8, pp. 393-399.
[19] *Loc. cit.*, p. 393.
[20] *JR*, 55, pp. 304-305 (*supra*, núm. V).
[21] *MDR*, 54, 529 (*vid. supra*, núm. V).
[22] *Op. cit.*, p. 398.

de la aportación al hecho, precisamente lo que antes se había considerado irrelevante. Pero así abandona la Sala V, tras el criterio de la subordinación de la voluntad, otra idea directriz de la teoría subjetiva.

Otra circunstancia más que el BGH aduce en favor de la autoría del acusado es de naturaleza objetiva. Ésta se sigue de que sin él el hecho no podría "haber ocurrido de la forma prevista" [23], llevándose así a cabo un claro préstamo de la teoría de la necesidad [24].

La significación básica de esta sentencia reside en su alejamiento con respecto a la teoría subjetiva. De que se trata de un cambio en la jurisprudencia no parece haber sido consciente el propio BGH, que sigue llamando subjetiva a su doctrina y evitando cualquier indicación de que la sentencia represente algo nuevo en su jurisprudencia. Más bien, en cuanto a la formulación conecta estrechamente con anteriores sentencias. Las dos divergencias esenciales con respecto a la jurisprudencia recaída hasta la fecha —renuncia al criterio de la subordinación de la voluntad; en su lugar, consideración intensificada de la aportación externa al hecho— no se ven subrayadas en ninguna parte. Además, el BGH, incluso para la solución práctica del caso, discute que medie diferencia con sentencias anteriores, aun cuando hay tres que afirman la posibilidad de mera complicidad a pesar de la plena realización del tipo, precisamente sobre la base de la idea del dominio del hecho [25]. Con respecto a las dos primeras sentencias el BGH señala que se trataba de relaciones jerárquicas castrenses en las que la situación pudiera ser distinta; la tercera sentencia la pasa por alto tácitamente, sin darse cuenta de que la Sala II había declarado en ella, sin matización: «En particular puede ser también cómplice el que realiza el tipo completo personalmente» [26].

La discrepancia que se patentiza así entre el contenido material y la justificación teórica hace difícil calibrar el efecto que esta sentencia pueda aún tener en la evolución futura de la jurisprudencia.

XI. De manera muy incidental empleó poco después la Sala II el concepto de dominio del hecho [27]. En la tesis de esta sentencia el BGH señaló que el partícipe en un motín de presos sólo podía ser castigado con pena de prisión por el § 122.3 StGB si había realizado de propia mano las violencias que dan lugar a la agravación. Para fundamentarlo, la Sala argumenta que de lo contrario el partícipe estaría en peores condiciones que el coautor (que no ha empleado violencia) del motín, «aunque su aportación, por faltarle el dominio del hecho, tenga menos peso» [28].

[23] *Op. cit.*, p. 398.
[24] Cfr. al respecto *supra* p. 57.
[25] *NJW*, 51, pp. 120 y 121; *NJW*, 51, 323; *BGHSt*, 8, pp. 70-75 (*supra*, núms. I, II y VII).
[26] *BGHSt*, 8, p. 73.
[27] Sentencia de 13 de abril de 1956, *BGHSt*, 9, pp. 119-121.
[28] *Op. cit.*, p. 121.

Esta observación entiende el concepto de dominio del hecho en sentido objetivo. Por lo demás, la mención es demasiado incidental como para permitir extraer conclusiones.

XII. Más sugestiva es la sentencia de la misma Sala de 6 de julio de 1956 [29]. Se trata aquí del famoso juicio en el que el BGH, frente a su jurisprudencia anterior, abrazó la concepción de que inducción y complicidad presuponen un hecho principal doloso. Para fundamentar esta doctrina el BGH recurre a la necesidad de delimitación segura entre autoría y participación. Señala al respecto [30]: «Ciertamente es correcto que ha de atenderse a la dirección de la voluntad del interviniente. Pero para determinarlo el punto de vista decisivo es en qué medida contribuye él a dominar el curso del hecho: que el curso y el resultado del hecho dependan o no decisivamente de su voluntad. Sin embargo, la voluntad de autor como voluntad de dominar el curso del hecho no es concebible sin dolo. Según lo cual el que determina sólo puede "querer el hecho como ajeno" cuando aquel al que se ha determinado tiene voluntad de autor. No es posible subordinarse a una ajena voluntad de autor cuando ésta no existe en absoluto. Lo mismo cabe decir de la relación entre autoría mediata y complicidad.»

Aquí vuelve a entenderse la idea del dominio del hecho completamente en el sentido de la teoría del dolo: quien se subordina internamente a una voluntad ajena no domina el curso del hecho y por eso es sólo partícipe. Lo curioso es que esta argumentación, cortada a la medida de la problemática de la accesoriedad, conduce a un concepto de autor secundario. No porque la esencia de la autoría lo requiera hay que dominar finalmente el curso del hecho para ser autor, sino que porque la participación se caracteriza por la subordinación a la voluntad ajena han de requerirse secundariamente, para la autoría, el dolo y la falta de subordinación interna.

Esta solución coincide plenamente con la teoría del dolo de BOCKELMANN. Con respecto a las tendencias objetivadoras de la jurisprudencia reciente no toma postura esta sentencia. De todos modos, tampoco existía en el caso de partida base para ello, pues el resultado pretendido —que la participación sólo es posible si se da un hecho principal doloso— cabe fundamentarlo ya claramente sobre la base de la teoría del dolo.

XIII. En absoluta contradicción con las tendencias evolutivas de la jurisprudencia hasta ahora apreciables se encuentra una sentencia de la Sala V de 10 de enero de 1958 [31]. En efecto, mientras que el BGH se oponía —y muchas veces expresamente— a una fórmula del *animus* vacía, aquí utiliza incluso el término de "voluntad de dominio" en ese sentido. En esta sentencia se trataba de que, en el curso de una algarada, varios jóvenes habían realizado

[29] Sala II, *BGHSt*, 9, pp. 370-385.
[30] *Op. cit.*, p. 380.
[31] *MDR*, 1958, p. 139; reseña de DALLINGER.

abusos sexuales sobre una mujer tendida en el suelo. El acusado A, a tal fin, ya se había abierto paso e inclinado sobre la mujer cuando el abuso le fue impedido por un tercero. Aunque su propia acción no había pasado de tentativa, el BGH le castigó por delito consumado del § 176.1.1 StGB. En su fundamentación siguió al tribunal *a quo*, que había llegado al resultado de que «A había querido como propia la actividad de los co-inculpados». La voluntad de A de practicar abusos sexuales sobre la mujer no excluye que A hubiera querido como propios los abusos de los co-inculpados, esto es, que hubiera actuado con voluntad de co-dominio del hecho.

Es fácil apreciar cómo aquí la "voluntad de dominio del hecho" se convierte en pura fórmula, pues en el supuesto de hecho no cabía hablar de que el "curso y resultado" de los abusos anteriores dependieran de algún modo de la voluntad o del comportamiento exterior de A. Él no había tomado parte en ellos de ningún modo. Ni siquiera se comprende en qué consistiría su interés propio en los resultados de los demás. Su coautoría, en la que además ya es dudosa la propia existencia de resolución conjunta [32], cabría apoyarla todo lo más en una vaguísima "aprobación interna" del suceso, que igualmente se encuentra en inductores y cómplices y que por tanto no puede proporcionar criterio de distinción alguno. Así, la sentencia reanuda tendencias de la juriprudencia superior en cuya superación el BGH se había esforzado en la mayoría de sus resoluciones.

XIV. Un supuesto de hecho muy peculiar resulta tratado en la sentencia de la Sala IV de 23 de enero de 1958 [33]. Tres ladrones, armados con pistolas, habían intentado irrumpir por la noche en una tienda de comestibles. Pero fueron descubiertos y forzados a huir. Habían acordado que usarían las armas de fuego si surgía el peligro de que capturaran a uno de ellos. Al oír pasos a su espalda uno de los fugitivos —M— creyó que se trataba de un perseguidor y disparó con dolo de matar a la figura que corría detrás de él. En realidad era su cómplice P, que también huía, y en cuya camisa remangada se detuvo la bala.

El BGH debía decidir si P, que por poco resulta abatido, había de responder como autor de la tentativa de asesinato sobre su propia persona. La Sala así lo estimó, fundamentando su opinión, de entrada, en una teoría puramente subjetiva, en el sentido de la tradicional fórmula del *animus* del *Reichsgericht*. P había «querido causar conjuntamente el delito como propio» [34], lo cual «está suficientemente fundamentado una vez verificado que había acuerdo sobre el uso de armas para evitar la posible captura y que existía comunidad de peligro de los tres coautores, basada en ese acuerdo, que en cierta medida "obligaba" a M a disparar».

[32] Sobre la cuestión de cómo ha de enjuiciarse la coautoría aquí, desde un concepto de dominio del hecho bien entendido, cfr. *infra* pp. 306 ss.

[33] *BGHSt*, 11, pp. 268-272.

[34] Esta cita y las siguientes: *loc. cit.*, p. 272.

A estas consideraciones el BGH añade otra fundamentación absolutamente independiente que se sirve de la idea del dominio del hecho. Dice: «P participaba, también en el momento en cuestión, del dominio del hecho. Habría podido, dada la proximidad de sus dos compinches, dirigir en cualquier momento la actuación de éstos, pidiéndoles no disparar esta vez, en contra de lo acordado, a los perseguidores. El que no lo hiciera hasta que se realizó el disparo fundamenta su corresponsabilidad también con respecto al que le hirió a él mismo.»

La sentencia aporta, frente a la jurisprudencia anterior, dos nuevos puntos de vista notables.

En primer lugar, la idea del dominio del hecho no se emplea para justificar la teoría subjetiva y en estrecha conexión con la teoría del dolo, sino yuxtapuesta a la concepción subjetiva. Así, se entiende a la teoría del dominio del hecho como teoría objetiva y autónoma, quedando abierta la cuestión de si la primacía le corresponde a ella o a la concepción subjetiva.

En segundo lugar, en esta sentencia se emplea la teoría del dominio del hecho por primera y hasta entonces única vez en la misma forma de la teoría de la participación de MAURACH. La idea, decisiva para el BGH, de que P habría podido "dirigir" a sus compinches en cualquier momento "y pedirles que no disparasen" remite a la teoría de MAURACH de que el dominio del hecho se caracteriza por el mantener en las propias manos el curso del hecho y por residir en cualquier cooperador que pueda, «en función de su comportamiento, continuar la realización del hecho, impedirla o interrumpirla» [35].

El que la fundamentación de la sentencia se apoye realmente en un criterio factible y aplique acertadamente la idea básica de MAURACH ya es cuestión distinta, sobre la que se volverá más adelante [36]. Sea como fuere, la sentencia muestra al BGH de camino hacia el reconocimiento de una teoría del dominio del hecho orientada objetivamente.

XV. En todo caso, la misma Sala volvía, en su siguiente sentencia relativa a la doctrina de la autoría [37], a un concepto de dominio del hecho concebido de manera absolutamente subjetiva. Se dilucidaba en ella, como en BGHSt 2, 150 ss. (*supra* núm. III), la no evitación de un suicidio. El acusado había asistido, impertérrito y sin intervenir, al suicidio por ahogamiento de su suegra en un estanque.

La fundamentación mediante la que el tribunal niega la autoría del acusado contrasta llamativamente con la argumentación de la Sala I en la anterior

[35] *AT*, 1.ª ed., p. 504; a esta obra se refiere expresamente asimismo el BGH (ahora *AT*, 2.ª ed., p. 492).

[36] Sobre este punto y sobre la sentencia en su conjunto, cfr. *infra*, pp. 315 ss. y 336 ss.

[37] Sala IV, de 15 de mayo de 1959, en *BGHSt*, 13, pp. 162-169.

sentencia BGHSt 2, 150 ss. Allí, el BGH había basado la autoría del omitente de modo totalmente objetivo considerando que tenía «el pleno dominio sobre la situación, o al menos gran parte de él», «habiendo podido darle el giro decisivo mediante su intervención». A lo cual añadía que «la subordinación a voluntad ajena es irrelevante, a la vista del dominio objetivo del obligado». Pero precisamente en este punto de vista basa el BGH su nueva decisión, señalando: «El material probatorio habla en favor de que el acusado no quiso dominar el suceso conducente a la muerte de su suegra, llevado a cabo autónomamente por ésta, de que le faltó, pues, la "voluntad de autor". Tal voluntad es necesaria incluso en la comisión por omisión de una muerte a ruego» [38]. La Sala IV también se distingue nítidamente de la sentencia anterior, al señalar que ésta «podría materializar el peligro de que la ausencia de conminación penal propia en el Derecho penal alemán para la participación en el suicidio ajena se compensara mediante la aplicación extensiva del concepto de autor también a aquellos intervinientes en el suicidio a los que les falta la voluntad de dominio del hecho» [39]. De las consideraciones ulteriores se deduce que el BGH entiende la voluntad (ausente) de dominio del hecho en el sentido de la teoría del dolo como "subordinación a ajena voluntad de autor".

Por peculiar que parezca que la misma Sala en tan breve plazo conciba a la teoría del dominio del hecho en una ocasión como componente de la concepción subjetiva y en otra como teoría objetiva, independiente frente a aquélla, da que pensar si esta divergencia no se explicará por la naturaleza del objeto sometido a decisión en el segundo caso, un delito de omisión. Bien es cierto que la Sala I (*supra* núm. III) desarrolló, precisamente en un supuesto de omisión paralelo, un concepto objetivo de dominio del hecho; pero ésa es la cuestión, si la posibilidad a la que ahí se recurre, de "dar al suceso el giro decisivo", proporciona un criterio ojetivo del dominio aprovechable, pues la posibilidad de evitar el resultado —y no de otra cosa se trata— la tendrán también el inductor y el cómplice. Así pues, un concepto de dominio del hecho en tales términos no facilitaría criterio de delimitación alguno con respecto a la participación. Si no se quiere llegar —como en definitiva y con otra fundamentación sostiene actualmente Armin KAUFMANN— a un concepto extensivo de autor es evidente que ha de tornarse, en el ámbito de los hechos omisivos, a la teoría del dolo en aras de un restricción del círculo de autores, como ha hecho aquí la Sala IV [40].

XVI. En contraposición, la Sala IV apoya la siguiente sentencia importante [41] en los principios de la sentencia BGHSt 8, 393 ss., que posibilitan

[38] *Loc. cit.*, p. 166.
[39] *Loc. cit.*, p. 167.
[40] Cfr. con respecto a esta cuestión, pormenorizadamente, *infra*, pp. 527 ss.; específicamente sobre esta sentencia, pp. 529 ss.
[41] *BGHSt*, 14, pp. 123-132 (128 y 129), de 3 de febrero de 1960.

una teoría objetiva del dominio del hecho desligada de la teoría del dolo. Se trataba de un caso en el que dos funcionarios de los Ferrocarriles Federales fueron acusados de cohecho grave por haber concedido ayuda indebida a varios candidatos en concursos de méritos.

El BGH cita literalmente las tesis de la sentencia anteriormente mencionada, estableciendo que la presencia o ausencia de interés propio no desempeña en absoluto papel decisivo [42]. Al fundamentar la autoría en el caso concreto se desliga por completo de la conexión a la "dirección de voluntad interna" y remite al "principio de división del trabajo": «Con arreglo a los hechos probados, entre G. y H. existía un estrecho acuerdo; ambos trabajaban mano a mano. G. fue quien hizo posible en varios casos la relación de los concursantes con H. La medida de su intervención... fue considerable; sin ésta no habrían podido suceder los hechos del modo previsto.»

La idea de la división de papeles, el énfasis en la aportación externa al hecho y el recurrir a la teoría de la necesidad contienen elementos de un concepto de coautoría que podría conducir a una solución desubjetivada en lo esencial. Y sin embargo, el BGH nunca había asumido esta posibilidad [43].

XVII. La siguiente sentencia de la Sala V [44] vuelve a tratar un supuesto de omisión de impedir un suicidio. La acusada había permanecido impasible viendo cómo su prometido, debido a una discusión, se había colgado de la hoja de una ventana. Ni siquiera cuando ya colgaba inconsciente había intervenido, aunque la salvación aún resultaba posible.

El supuesto es esencialmente análogo al de la sentencia BGHSt 2, 150 ss. [45]. También la solución del BGH, que califica de autoría por omisión, se apoya en las mismas consideraciones, esto es, en el dominio del hecho derivado de la posibilidad de salvación. Sólo externamente atiende la sentencia a la "voluntad de autor", pues este criterio, conectando con anteriores sentencias (cfr. *supra* núms. VI, X), se determina directamente "de modo valorativo" basándose en el hecho de que la acusada poseía "el dominio del hecho pleno y exclusivo".

De esta manera se vuelve a abandonar la teoría del dolo, empleada por la Sala IV en el segundo caso de suicidio (*supra* núm. XV) para limitar la responsabilidad. Y es que, como a la acusada le había sido "indiferente" la muerte del hombre, dado que había subordinado su voluntad a la de él, habría habido que absolverla. No es aceptable el intento del BGH de ocultar esta contradicción considerando que únicamente existe voluntad de subordinación cuando se deja que se produzca el suicidio por respeto a

[42] Cinco líneas más abajo la sentencia vuelve a referirse, no obstante, a que el interés del acusado en el resultado del hecho fue "considerable".
[43] Cfr. con respecto a esta sentencia *infra*, p. 323.
[44] De 5 de julio de 1960, *MDR*, 1960, pp. 939 y 940.
[45] *Supra* núm. III, p. 111.

la voluntad ajena de quitarse la vida, pero no cuando se permanece inactivo sólo por indiferencia. Precisamente la indiferencia absoluta frente al hacer de otro es el indicio más seguro de que se ha "dejado a criterio" de otro el que tenga lugar o no el hecho.

Abarcando conjuntamente las fundamentaciones de las tres sentencias mencionadas relativas a suicidios, no cabe sustraerse a la impresión de que el BGH para la solución de cada caso se ha dejado llevar por consideraciones sobre merecimiento de pena sin clara concepción dogmática. Los criterios sobre la autoría a los que recurre con distinto significado parecen servir aquí más bien para justificar *a posteriori* decisiones procedentes de otras fuentes [46].

XVIII. La última (hasta la fecha) sentencia del BGH relativa a la autoría [47] intenta por vez primera arrinconar la influencia hasta ahora ostensible del principio del dominio del hecho sobre la jurisprudencia. El supuesto de hecho consistía en que tres acusados, K., St. y S., querían hacer un gran viaje en coche, sirviéndose para ello de uno robado, pero "tenían muy poca experiencia y además no sabían conducir", por lo que encargaron a S. el robo del coche, que éste ejecutó solo.

El BGH sostiene la opinión de que K. y St., que no tomaron parte en absoluto en la ejecución, fueron coautores del hurto. Aprecia, con todo, que no ejercieron co-dominio del suceso: «Después de que se separaran de S. ya no pudieron dirigir su hacer» [48]. Sin embargo, esto sería jurídicamente irrelevante, porque el dominio del hecho sólo es un punto de apoyo de la coautoría, que puede basarse en otras circunstancias.

A la vista de los criterios materiales en los que el BGH basa la coautoría, es evidente que celebra aquí su resurrección la jurisprudencia del *Reichsgericht* (por lo demás condenada por el BGH), consistente en la mezcla de la teoría formal del *animus* con puntos de vista de la teoría del interés. Bien es cierto que en esto la sentencia se apoya en anteriores sentencias del BGH, cuando se remite a que la voluntad de autor ha de «dilucidarse valorativamente sobre la base de todas las circunstancias» [49].

Sin embargo, de todas las circunstancias aquí sólo dos se declaran decisivas. En primer lugar, según el BGH basta para la coautoría «la cooperación psíquica... de manera que el coautor apoye al compinche ejecutor mediante un consejo anterior a la ejecución... o refuerce su voluntad de sustraer, con tal que quiera co-causar todo el resultado del delito como propio» [50]. Lo cual únicamente puede querer decir que lo que distingue a la coautoría

[46] Acerca de la problemática global, pormenorizadamente, *infra*, pp. 527 ss.
[47] *BGHSt*, 16, pp. 12-15; Sentencia de la Sala IV, de 10 de marzo de 1961.
[48] *Op. cit.*, p. 15.
[49] *Op. cit.*, p. 13.
[50] *Op. cit.*, p. 14.

de la complicidad psíquica —no a otra cosa se alude con el "reforzamiento de la voluntad de sustraer"— es la "voluntad de co-causación propia", elemento al que después no se dota de contenido. Por eso no debe extrañar que el BGH aduzca como segundo punto de vista que la aportación del inculpado al hecho baste «en función de su clase, a la vista de que se ha verificado el interés propio de ambos, para calificar de coautoría» [51]. Lo cual confirma lo que ya es sabido desde hace tiempo: que cuanto menos contenido se confiera a la voluntad de autor, más pasa a primer plano el criterio del interés propio.

La sentencia pone de manifiesto, con todo su extremo subjetivismo, secuela de la teoría del dolo, que aún no cabe hablar de que la jurisprudencia reconozca con carácter general la idea del dominio del hecho. Habrá que esperar para ver si va a seguir siendo un criterio aislado o bien ha de valorarse como indicio de que vuelve a la praxis la influencia de la teoría del dominio del hecho [52].

Si se quisiera, para concluir, anclar la jurisprudencia del BGH relativa a la teoría del dominio del hecho a una postura claramente perfilada o al menos señalar una línea evolutiva coherente, se estaría ante una tarea irrealizable, pues hasta ahora no han encontrado respuesta dos cuestiones decisivas para la jurisprudencia: en primer lugar, sigue sin estar claro si (y hasta qué punto) ha de recurrirse a la idea del dominio del hecho en la determinación de la autoría; precisamente las últimas sentencias del BGH vuelven a considerar posible la autoría sin dominio del hecho. Y en segundo lugar no cabe deducir claramente de la jurisprudencia (allí donde emplea el concepto de dominio del hecho) mediante qué criterios ha de llenarse de contenido dicha idea. Los elementos subjetivos y objetivos se encuentran meramente yuxtapuestos de manera cambiante.

En conjunto, la jurisprudencia sobre la doctrina de la autoría, que desde hace decenios ha sido objeto de viva crítica, se ha hecho en la posguerra aún más insegura de lo que lo era antes. Lo cual supone un estado cuya

[51] *Op. cit.*, p. 14.
[52] La sentencia de la Sala III, dictada de entonces acá (octubre de 1962) contra el agente Staschynskij, parece determinar un retorno al subjetivismo extremo del "caso de la bañera" (*RGSt*, 74, 84). Al cierre del manuscrito (noviembre de 1962) la sentencia no se ha publicado aún. Sin embargo, de las informaciones de prensa se colige que el acusado, según los hechos estimados probados por el BGH, asesinó alevosamente con una pistola de veneno, de propia mano y sin auxilio ajeno, a dos políticos exiliados por orden de una potencia extranjera. Aun cuando se negaron expresamente los requisitos del estado de necesidad penal y desde luego el acusado tuvo la posibilidad de entregarse antes del hecho a las autoridades alemanas, el BGH le condenó sólo como cómplice del asesinato, del cual se considera autores a los superiores extranjeros (desconocidos) que impartieron las órdenes.

Esta sentencia, en la que de entrada cabe dudar ya de que se exijan los propios requisitos de la participación de la teoría unilateralmente subjetiva —la falta de interés propio en el resultado— parece querer renovar la antigua jurisprudencia del RG. Cabe pensar, pues, que la penetración de la idea objetiva del dominio del hecho en la jurisprudencia no va a pasar de ser episódica.

superación va a constituir, incluso tras la reforma penal, una de las principales tareas dogmáticas de la doctrina y de la praxis. Sin embargo, no merece censura la jurisprudencia por sus oscilaciones, ya que ésta se limita a reflejar una situación científica por aclarar y demuestra que la evolución aún está en curso. Si un día llega a alcanzarse la necesaria clarificación, gran parte del mérito le corresponderá al BGH, que mediante sus renovados esfuerzos ha encontrado valiosos puntos de partida para un adecuado concepto de autor. Los numerosos puntos de vista a los que recurre para resolver esta problemática requerirán más adelante de detallada valoración crítica.

CAPÍTULO CUARTO

FUNDAMENTOS ESTRUCTURALES DEL CONCEPTO GENERAL DE AUTOR

NOTA PREVIA

El análisis del estado actual de la teoría del dominio del hecho, al que se ha dedicado el capítulo tercero, ha arrojado una imagen confusa. Esa teoría indudablemente ha conseguido desplazar a segundo término a las demás teorías de la participación; hoy casi no quedan autores que no trabajen de una forma u otra con la idea del dominio del hecho. Pero por otra parte no se ha alcanzado claridad alguna acerca de qué ha de entenderse en concreto por "dominio del hecho"; más bien —desde las cuestiones dogmáticas básicas y de teoría jurídica a los resultados prácticos— entre los partidarios de esta teoría se discute casi todo. Por eso no es posible añadir aquí ahora mismo una toma de posición crítica sobre la teoría del dominio del hecho: a tal efecto consta en escasa medida el objeto de discusión.

Pero aún hay un segundo motivo que nos impide la crítica prematura. Una estimación valorativa presupone, si uno no quiere perderse en detalles inconexos, una concepción propia suficientemente asentada, que posibilite verificar la corrección de las distintas concepciones de autoría y dominio del hecho. Pero aún no contamos con puntos de vista firmes para el enjuiciamiento que excedan las meras directrices metodológicas.

Estas dos dificultades nos plantean dos tareas. En primer lugar, a partir de las distintas opiniones sobre la forma y el contenido del dominio del hecho, hay que extraer una concepción de la que podamos decir que determina este concepto de la manera en que debe comprenderse correctamente, pues sólo si sabemos con exactitud qué contenido le corresponde con propiedad al concepto de dominio del hecho podemos juzgar acertadamente el valor epistemológico y los límites de esta teoría. Y en segundo lugar tenemos que desarrollar un concepto general de autor que nos permita tomar postura con respecto a las concepciones divergentes que existen, incluso entre los

partidarios de la teoría del dominio del hecho, acerca del contenido de este concepto y de la mayoría de las cuestiones concretas.

La exposición que sigue se basa en la idea de que las dos tareas descritas en realidad son idénticas, puesto que sólo se alcanza un concepto "correcto" de dominio del hecho cuando éste es útil como concepto general de autor. No hay otra piedra de toque para su aptitud. Por eso, en la búsqueda del contenido del dominio del hecho siempre está implícita la del concepto correcto de autor. Lo que se diga, pues, en este capítulo acerca de los fundamentos estructurales del concepto de autor que configuremos, posee validez general para la teoría general de la autoría. Al efecto, nuestra solución se habrá de desarrollar en constante debate con doctrina y jurisprudencia.

Todo esto no significa, naturalmente, que el concepto adecuado de dominio del hecho tenga que explicar todos los problemas de la doctrina de la autoría y que a su vez no necesite más crítica. Tal suposición, que dan por sentada la mayoría de los actuales partidarios de esta teoría, ignora la circunstancia de que el carácter poliédrico de la materia jurídica puede requerir además que se recurrra a otros puntos de vista aún por encontrar. Ello necesitará de análisis más detenido en conexión con el tratamiento de la doctrina del dominio del hecho.

Al desarrollar los fundamentos del concepto general de autor, al que aún tenemos que aproximarnos, podemos enlazar con el resultado que han arrojado las consideraciones metodológicas del comienzo de esta obra. Con arreglo a éstas, el autor es la figura central, la clave del suceso en forma de acción. Así de entrada para el "dominio del hecho" únicamente cabe tener en cuenta una acepción que satisfaga estos requerimientos: sólo cabe considerar como "señor del hecho" a la figura central del concreto suceso de la acción.

Así no se ha conseguido, obviamente, más que un punto de referencia, pues qué circunstancias son las que hacen a alguien señor del hecho, o sea, figura clave del curso del hecho, y cómo han de determinarse estos elementos en el caso concreto, es la cuestión que decide sobre el valor dogmático y la utilidad práctica del concepto.

§ 15. EL DOMINIO DEL HECHO COMO CONCEPTO INDETERMINADO

Como primera posibilidad de emplear el concepto de dominio del hecho se ofrece la idea de renunciar por completo a elementos determinables y decidir la cuestión de quién tiene el dominio del hecho en cada caso en función de una visión global de todas las circunstancias del supuesto de hecho concreto.

Tal modo de proceder no es en absoluto raro y cabe encontrarlo —patente o encubiertamente— en la doctrina y en la jurisprudencia como método muy apreciado de manejar los conceptos.

I. LA DOCTRINA

Ya DAHM y Richard SCHMIDT proceden de esta manera cuando, para explicar su criterio de la supremacía, muy próximo a la idea de dominio del hecho, indican: «No hay ningún elemento abstracto que caracterice a un comportamiento en todo caso, o bien sólo típicamente, como el dominante en la situación global» [1], y: «No es posible deducir una determinada característica visible» [2]. De modo análogo pretende HARDWIG [3] basar su decisión "en la consideración global del hecho", señalando: «"Interés", "de quién es asunto (o cometido) algo", "*animus auctoris et socii*", "dominio del hecho" y fórmulas semejantes sólo pueden dotarse de vida en la situación concreta.»

Pero llama la atención incluso en muchos partidarios de la teoría del dominio del hecho que, aun cuando emplean continuamente el concepto de dominio del hecho, no dicen gran cosa sobre su contenido. Lo cual parece basarse en la idea de que no es posible proporcionar datos abstractos más exactos y de validez general y que lo gráfico de esta fórmula ya aporta un apoyo suficiente para la valoración judicial.

Incluso en WELZEL y GALLAS, que forman parte de la doctrina fundadora de la teoría del dominio del hecho, se advierte una extraña vaguedad e inconcreción de sus indicaciones sobre el contenido de este concepto. Así, por ejemplo, WELZEL, en su primer trabajo sobre doctrina de la autoría, introduce el concepto de buenas a primeras y sin explicación, como si su contenido se comprendiera por sí solo [4]. Más adelante dice que el dominio del hecho le corresponde a aquel que lleva "a ejecución *su* decisión de voluntad con vistas al fin" [5], aclaración que no sirve de mucho, porque se acomoda igual de bien al inductor y en los casos dudosos no aporta solución alguna.

También GALLAS se manifiesta de forma sumamente oscura al decir [6]: «Los métodos empleados por el autor tienen que ser apropiados para hacer aparecer la ejecución del resultado típico como obra suya y a él en esa medida como "señor del hecho"... El baremo que ahí se emplea cabe expresarlo gráficamente como "dominio del hecho", siempre que se sea consciente

[1] DAHM, *op. cit.*, p. 42.
[2] R. SCHMIDT, *op. cit.*, p. 161; cfr. en general *supra*, pp. 67-69.
[3] *GA*, 1954, pp. 358 y 355-56.
[4] Cfr. *ZStW*, t. 58, 1939, pp. 491-566 (539).
[5] *ZStW*, *op. cit.*, p. 543; *SJZ*, 1947, apartado 650.
[6] *Gutachten*, p. 128.

de que en este concepto se unen elementos objetivos y subjetivos, de que es resultado de una consideración final y valorativa a un tiempo.» También aquí se explica el dominio del hecho a través de sí mismo más que describirlo en sus elementos conceptuales.

El único ejemplo que GALLAS aporta con fines aclaratorios no contribuye a clarificar su concepción. Dice: «Una acción de matar no la comete ya quien aporta dolosamente cualesquiera condiciones para el resultado de muerte, sino más bien sólo quien procede según un programa cuya realización "pone en sus manos" el resultado de muerte.» Examinada más de cerca, esta expresión no representa sino una repetición de la idea de dominio del hecho con otras palabras. La cuestión es precisamente cuándo cabe decir que alguien tiene el resultado "en sus manos", esto es, que tiene el dominio del hecho. Pero a tal efecto no se encuentran en GALLAS elementos definidos.

Ciertamente, WELZEL y GALLAS, al tratar numerosos problemas individuales, aportan indicaciones concretas acerca de si existe o no autoría; pero queda por decidir de qué manera se obtienen estos resultados a partir del concepto de dominio del hecho. Tampoco aquí es posible sustraerse a la impresión de que las soluciones se han obtenido con ayuda de la imagen-guía del "dominio del hecho" y de un sentimiento general de equidad de manera no verificable racionalmente. Cuando recientemente CLASS [7] formula con respecto a la teoría del dominio del hecho el juicio global de que estos «esfuerzos por delimitar autoría y participación son cláusulas generales en forma de lemas que en cuanto a contenido expresan menos que las formulas del *animus auctoris* y del *animus socii*», no hace justicia a las posibilidades de esta teoría. Pero sí se acierta en lo que se refiere a las tendencias descritas, que podrían llevar a desarrollar un concepto indeterminado a partir del dominio del hecho.

II. LA PRAXIS

También la jurisprudencia del BGH presenta claros rasgos de una doctrina de la autoría inconcreta. Lo cual se pone de manifiesto no sólo en el empleo de criterios heterogéneos cambiantes y muchas veces caprichosos y confusos. Ello se debe especialmente a la fórmula que aparece continuamente de que la autoría «ha de dilucidarse valorativamente... sobre la base de todas las circunstancias» [8]. Y es que se deja por lo general en manos del juez decidir cuáles de entre la infinidad de circunstancias del caso singular han de tenerse en consideración y con arreglo a qué baremos han de "valorarse". Coherentemente, criterios como el del "dominio del hecho", el "interés", la "subordinación interna" y la "aportación externa al hecho" se señalan siempre

[7] «Generalklauseln im Strafrecht», en *Festschrift für Eb. Schmidt*, 1961, p. 126, nota 20.
[8] Cfr. simplemente *BGHSt*, 8, p. 396 (*supra* núm. x, pp. 116 ss.).

sólo como "puntos de apoyo", dejando sin contestar cuál es el primordial y si podrían ser determinantes aún otros puntos de vista. Es evidente que el juez, en una jurisprudencia así sobre la autoría, va a determinar con arreglo a sentimientos y a justificar su decisión *a posteriori* con alguno de los muchos criterios disponibles. Incluso en algunas sentencias del BGH no ha de desterrarse la sospecha de que podrían haberse producido de esta manera.

Sobre la forma en que los Tribunales inferiores manejan el concepto de dominio del hecho no existe aún suficiente material. De todos modos, son suficientemente sugestivas las recomendaciones de la Comisión Plenaria Jurídico-Penal de Prácticos relativas a los métodos usuales para determinar la autoría por parte de los Tribunales. Así, por ejemplo, SCHWALM [9] ha señalado que, según la jurisprudencia, y al margen de todas las teorías, se consideraría autor «a aquel que cupiese valorar como decisivo en función de la totalidad de las circunstancias externas e internas, y como cómplice a aquel que se valorase como subordinado. De este modo, al autor, después de que como tal le ha evidenciado una consideración global, se le supone la voluntad de autor, y al partícipe la voluntad de partícipe. Así pues, la fórmula del *animus* no sirve sino para camuflar la valoración judicial basada en una consideración global... Que el BGH trabaje en la actualidad a veces con el dominio del hecho no nos parece hasta ahora un progreso, sino sólo un cambio de conceptos. En lugar de la fórmula del *animus* se emplea la del dominio del hecho». Se pone así de manifiesto la renuncia a un contenido conceptual aprehensible en favor de un acto valorativo no analizable.

La propensión de la jurisprudencia a la "consideración global" la han confirmado otros prácticos. En conexión con SCHWALM ha manifestado KRILLE [10] que «nosotros, en la praxis, al margen de las fórmulas elaboradas en la teoría jurisprudencial, en realidad partimos de una consideración global....», y también VON STACKELBERG [11] se ha inclinado a la idea de que «actualmente en la praxis a menudo está en primer plano una consideración global, a partir de la cual sólo posteriormente cabe obtener diferenciaciones».

Está claro que el concepto de dominio del hecho se presta a tal propensión de la praxis más que una teoría subjetiva, pues mientras que ésta —aunque sea de manera formalizada— de todos modos enlaza con realidades psíquicas, el "dominio del hecho" puede concebirse fácilmente como concepto valorativo puro, no susceptible de verificación.

[9] *Niederschriften (Actas)*, p. 89.
[10] *Niederschriften*, p. 99.
[11] *Niederschriften*, p. 100.

III. CAUSAS DE ESTA EVOLUCIÓN

Antes de que decidamos sobre si una idea de dominio del hecho así entendida puede formar un fundamento útil de la doctrina de la autoría, resulta aconsejable considerar esta evolución en un marco algo más amplio, en que resalten con mayor nitidez su alcance y significado.

Ya en 1938 escribió SCHWINGE una obra sobre *Irracionalismo y consideración global en la ciencia jurídica alemana*, en la que achaca a las corrientes filosóficas entonces en boga los intentos de sustituir la subsunción lógica exacta por una "consideración global" de contenido sentimental e irracional, criticando su penetración en la ciencia penal. En ningún lugar se refiere a la doctrina de la autoría. Pero el alejamiento, dominante y amplio en la jurisprudencia y ya también en la doctrina, con respecto a criterios de la autoría claramente establecidos y en especial la praxis actual (descrita por expertos de prestigio) sobre la libre "consideración global" judicial, que se sirve de la teoría como disfraz de un acto valorativo en realidad irracional, concuerdan con la tendencia ahí descrita en parte hasta en su formulación. Sin embargo, sigue siendo problemática su vinculación con corrientes filosóficas concretas. Ésta no puede demostrarse claramente ni siquiera para los casos tratados en su momento por SCHWINGE, y en la doctrina de la autoría no hay, en cualquier caso, puntos de apoyo para hablar de influencia directa por parte de concepciones filosóficas.

Más correcto sería contemplar el fenómeno que aparece al determinar el concepto de autor en el contexto más amplio que recientemente, por ejemplo, HENKEL [12] ha descrito y demostrado como un proceso de "individualización" del Derecho extendido a todos los ámbitos jurídicos. De este modo se describe el esfuerzo que se aprecia por doquier de preferir la justicia del caso concreto a la regulación por medio de descripciones conceptuales taxativas, que sirven a la seguridad jurídica, pero que pueden conducir en casos individuales atípicos a resultados demasiado rígidos y, por tanto, no equitativos.

HENKEL, que ilustra esta evolución con multitud de ejemplos, no menciona la problemática de la autoría. No obstante, nuestra panorámica histórica sobre las teorías de la participación defendidas hasta la teoría del dominio del hecho muestra que precisamente lo unilateral de todos los criterios concebibles de modo exacto y lógico y su incapacidad para dar cuenta de todas las plurales manifestaciones de la vida en sus formas individuales, han impedido el reconocimiento general de estas teorías [13]. Corresponde por tanto al afán conceptual de posibilitar una solución equitativa para cada concebible

[12] *Recht und Individualität*, 1958.

[13] Cfr. *supra*, pp. 52 ss., especialmente pp. 53-56, 57-59, 71-73.

caso individual el conformarse también en la doctrina de la autoría con un concepto general abstracto como el del "dominio del hecho" y prescindir de una determinación del contenido del concepto más precisa, en favor de la valoración judicial individual. «La probabilidad de ejercer efecto lo individual sobre la decisión concreta del caso particular es mayor cuanto más abstracto sea el concepto legal», dice HENKEL [14], concluyendo: «Al utilizar el legislador tales "conceptos necesitados de complementación" transmite al encargado de aplicar la ley la indicación o la autorización de tener en cuenta aquellos elementos peculiares del caso concreto que se sustraen al enjuiciamiento previo generalizador del legislador» [15]. Este aserto general se ajusta también plenamente al concepto de dominio del hecho en el sentido en que aquí se entiende.

El desplazamiento del acento desde el Derecho de la ley al Derecho de los jueces, de la norma con validez general a la decisión del caso concreto, caracteriza, pues, un proceso de transformación que cabe advertir en toda la evolución de la moderna teoría de la interpretación [16]. Vistas así las cosas, ya no extrañará que estas tendencias hayan penetrado también en la doctrina de la autoría. Aunque ello no se destaque expresamente en ningún lugar, cabe aventurar la aseveración de que el éxito de la teoría del dominio del hecho seguramente se deba en parte a que este concepto no opone resistencia (a diferencia de, por ejemplo, la teoría objetivo-formal dominante hasta los años treinta) al desfile triunfal de la individualización y deja amplio margen —salvo que se le restrinja mediante reducción a elementos conceptuales fijos— a la resolución judicial del caso concreto.

IV. TOMA DE POSTURA

El que la evolución global aquí sólo esbozada sea o no asumible es evidentemente discutido [17]. En definitiva, se trata de la contradicción, subyacente a la propia idea del Derecho, entre las exigencias de la seguridad jurídica y la justicia del caso concreto, que nunca podrá resolverse por completo. No es éste el lugar adecuado para tratar el problema con amplitud; pero ello es tanto menos necesario cuanto que probablemente no será posible una solución igualmente válida para todos los casos [18]. Aquí debe bastar

[14] *Op. cit.*, p. 27.

[15] *Op. cit.*, pp. 28 y 29.

[16] Para el ámbito del Derecho penal, cfr. asimismo DAHM, *Die Zunahme der Richtermacht im modernen Strafrecht*, 1931.

[17] Compárense, simplemente, los esfuerzos de la Escuela del Derecho Libre y la obra de ISAY sobre *Rechtsnorm und Entscheidung*, 1929, por una parte, con DROST, *Das Problem einer Individualisierung im Srafrecht*, 1930; HEDEMANN, *Die Flucht in die Generalklauseln*, 1933; la obra de SCHWINGE citada *supra* y, recientemente, CLASS, «Generalklauseln im Strafrecht», *Fest. für Eb. Schmidt*, 1961, pp. 122 ss., por otra parte; conciliando, HENKEL, *op. cit.*

[18] Cfr. HENKEL, *op. cit.*, p. 23.

abordar sólo para el concepto de autor esa cuestión aún no planteada en este ámbito básicamente. Surge entonces la siguiente imagen:

Un concepto de dominio del hecho que —orientado a la directriz del autor como figura central— sin verificar más elementos conceptuales se tuviera que llenar de contenido sólo a la vista del concreto supuesto de hecho tendría la ventaja de posibilitar una decisión justa, acomodada a la individualidad del caso concreto; pero tendría la desventaja de que (como ya hoy en parte ocurre en la praxis judicial, según los datos indicados *supra*) la teoría de la participación se convertiría, en términos generales, en feudo de Derecho judicial y, dada la poca claridad de los baremos a aplicar, sufriría una considerable merma la seguridad jurídica.

La reconsideración crítica enseña que en estos casos las desventajas serían superiores a la ganancia práctica. Para fundamentarlo es necesaria una reflexión que excede algo a la interpretación del concepto del dominio del hecho, si bien concisa e inevitablemente simplificadora de la problemática general, que muestra lo siguiente:

Bien es cierto que en todos los terrenos jurídicos se emplean conceptos indeterminados en gran cantidad; pero ello ocurre con razón, a mi juicio, sólo en tres grupos de casos: los conceptos de contenido cambiante (1), los conceptos formados pre-jurídicamente (2) y los principios regulativos (3).

1. Llamo "conceptos de contenido cambiante" a aquellos cuya regulación remite el legislador a la convicción popular, que está en continua transformación, convirtiéndola en directriz de su intervención. Constituyen ejemplos la cláusula general de policía (§ 14 Ley Administrativa de la Policía) y el concepto de injuria (§ 185 StGB). Aquí el legislador *tiene que* recurrir a conceptos indeterminados: la idea dominante en la población sobre aquello que es presupuesto indispensable de la ordenada convivencia humana —y que, por tanto, conforma el orden público— o la concepción sobre qué modos de comportamiento menoscaban la pretensión social de respeto del individuo (esto es, son injuriosos) se transforman continuamente y muestran también divergencias en función del lugar. Piénsese en los cambios de las costumbres relativas a la indumentaria y al baño en los últimos cincuenta años, o en la distinta valoración, social y geográfica, de la blasfemia. Como el legislador pretende aquí adaptarse al fluir de la concepción general, sería inútil un concepto estático, de contenido fijo; el concepto indeterminado constituye la única posibilidad de dar cuenta de la dinámica de las valoraciones sociales.

2. Un concepto está formado prejurídicamente cuando toma su contenido de ámbitos extrajurídicos del ser y de la vida, asumiéndolo el legislador en su regulación [19]. Cuando a tal efecto hay que emplear conceptos indeterminados, ello ocurre en dos ámbitos: en las concepciones sociales consolidadas relativas a "normas culturales" y en el terreno de la ética. Los supuestos de la primera categoría pertenecen en parte a la vez a los "conceptos de contenido cambiante" acabados de tratar; pero sólo en parte, pues hay normas culturales de considerable persistencia. Por el contrario, los valores éticos no cambian. El ordenamiento moral es —al menos en sus principios rectores— inmutable [20]. Constituyen ejemplos conceptos como la "dignidad humana" en Derecho público (art. 1 de la Constitución: GG), las "buenas costumbres" en Derecho civil (§§ 242, 826 BGB) o la "reprobabilidad" y la "mala fe" en Derecho penal (§§ 240, 170 c StGB).

[19] En este contexto no es relevante la cuestión tan trillada de si (y hasta qué punto) al ser asumidos en la ley, los conceptos quedan dotados de "envoltura normativa".

Puede que aquí los conceptos indeterminados conduzcan con frecuencia a inseguridad jurídica, pero su empleo aparece no obstante como admisible porque el recurrir a convicciones generales afianzadas y a principios morales brinda baremos a la jurisprudencia que son verificables objetivamente, previenen el arbitrio falto de norte y además resultan imprescindibles en la fundamentación ético-social del Derecho.

3. Los conceptos regulativos, cuya especialidad la ha destacado con claridad por vez primera HENKEL [21], se caracterizan —a diferencia de los dos grupos antes mencionados— por no ofrecer baremos ni jurídicos ni extrajurídicos para su complementación. El mejor ejemplo lo constituye el concepto de "exigibilidad", que aparece en muchos lugares del ordenamiento jurídico; es "plenamente exento de valoración" [22], formal y sin contenido. «Cuando el legislador utiliza una cláusula regulativa ello no significa creación de norma, sino, por el contrario, renuncia a la norma, negación de la norma legal, indicando que a partir del caso concreto desarrolle la norma el juez.»

Está claro que con tales conceptos regulativos no se pueden formar conceptos jurídicos. Su ámbito de aplicación es, por eso, mucho más reducido; se limita a posibilitar una resolución justa del caso concreto sólo en los espacios marginales no codificados de conceptos que por lo demás poseen nítidos contornos. Así, por ejemplo, los presupuestos del deber de impedir el resultado en los delitos de omisión impropia han sido elaborados por la ciencia de manera relativamente clara, y donde esto no se ha conseguido tendrá que ocurrir en el futuro. Pero siempre va a quedar un ámbito marginal no captable conceptualmente en el que la decisión puede y debe ajustarse

[20] Cfr., por ejemplo, *BGHSt*, 6, pp. 46-59 (51-52); desde luego es dudoso que el supuesto ahí tratado sea apto para demostrar este principio. Naturalmente no cabe aquí tomar postura acerca de la cuestión de si los valores éticos son entes absolutos, apriorísticos, válidos por sí mismos, o si su ser y su vinculatoriedad se derivan del orden divino de la creación o si se trata simplemente de convicciones culturales, relativamente estables frente a las cambiantes costumbres, propias del ámbito jurídico occidental (y así, en sentido más amplio a su vez, de normas culturales).

[21] «Zumutbarkeit und Unzumutbarkeit als regulatives Rechtsprinzip», en *Mezger-Festschrift*, 1954, pp. 249-309.

[22] Esta cita y las siguientes, HENKEL, *op. cit.*, p. 303.

a los datos del caso concreto con auxilio del principio de exigibilidad [23]. Tal es el caso del deber de cuidado en los delitos imprudentes y de la tensión de la consciencia en el error de prohibición. Aquí y en muchos otros casos, intercalando el concepto de exigibilidad, se delega una exigua zona al enjuiciamiento judicial del caso concreto.

Por el contrario, sería material y metodológicamente incorrecto pretender determinar el núcleo de un concepto con auxilio de un principio regulativo, por ejemplo —como es sabido que ha ocurrido muchas veces—, considerar a la inexigibilidad como causa autónoma de exclusión de la culpabilidad. Por esa vía las causas individuales de exención de culpabilidad, codificadas y elaboradas por la dogmática, resultarían niveladas y toda la doctrina de la culpabilidad iría a parar al espacio exento de Derecho. Lo mismo cabe afirmar de todos los demás conceptos dogmáticos.

Si intentamos extraer, a partir de estas ideas, las conclusiones pertinentes para la determinación del concepto de autor, resulta que éste no se encuadra en ninguno de los tres grupos mencionados.

1. El dominio del hecho no es un concepto de contenido cambiante; quién, de los que intervienen en un hecho, es autor, quién inductor y quién cómplice, cabe resolverlo según los mismos principios en el pasado, en el presente y en el futuro. Por eso no existe razón para formar un concepto de dominio del hecho indeterminado, susceptible de acomodación a modificaciones continuas.

2. El concepto de autor tampoco está formado prejurídicamente en medida suficiente. Ciertamente, enlaza con ciertos datos sociales; pero por esa vía sólo se llega hasta el punto en el que nos quedábamos al principio con nuestras consideraciones metodológicas: el concepto de autor como la figura central del suceso en forma de acción, concepción en la que coinciden planteamientos ontológicos y teleológicos. Hasta aquí tienen razón todos los que creen poder obtener, a partir de "la concepción natural del pueblo", puntos de apoyo para determinar el concepto de autor [24]. Por eso, acertadamente dice, por ejemplo, WEGNER [25], para rechazar el concepto extensivo de autor ya a la vista de la idea social de autor: «Cómo se reiría... la banda de ladrones si la abuela ciega del tabernero pretendiera jactarse de que ha "colaborado" en el reciente y famoso robo con espectacular escalamiento por la fachada, sólo porque ella ha anudado la escala de cuerda.» Todo esto ya se ha señalado *supra* y, por tanto, huelga repetirlo [26].

[23] Cfr. al respecto HENKEL, «Das Methodenproblem bei den unechten Unterlassungsdelikten», en *Festschrift für Tesar, MSchr Krim,* 1961, pp. 17 ss., quien no obstante trabaja más ampliamente aquí con lo regulativo.

[24] Cfr. al respecto, por ejemplo, SCHWINGE, *Militärstrafgesetzbuch,* 1944, p. 89.

[25] *Allgemeiner Teil,* p. 249.

[26] Cfr. *supra,* pp. 45 ss.

Pero más allá no alcanza la posibilidad de recurrir a un concepto de autor preformado en la convicción de la generalidad. Basta con plantearse algunas cuestiones conocidas, que no dejan de aparecer, como, por ejemplo: si quien contrata a un asesino a sueldo es inductor, coautor o autor mediato; si quien coopera únicamente en la fase de preparación puede ser no obstante coautor; si el instigar a una persona que actúa dolosa y culpablemente, pero de modo dependiente, ha de encuadrarse en la autoría o en la inducción —cuestiones que también se discuten entre los partidarios de la teoría del dominio del hecho— para apreciar que observando la "concepción popular" no se acerca uno ni un paso a la solución.

Ya en el pasado han fracasado una y otra vez innumerables intentos de este género, que pretendían llegar a un concepto "social" de autor orientándolo al lenguaje común. Ha sido HARDWIG [27] el último en intentar revitalizar un método de tal género [28]. Sus propios ejemplos muestran, sin embargo, lo problemático de la empresa. Así dice, por ejemplo: «La ordenación social es... el punto de vista que sustenta los principios del enjuiciamiento... Un ejemplo lo ilustrará con claridad. Debido a la escasez de mano de obra, un terrateniente se decide... a cooperar personalmente en las labores agrícolas.» A HARDWIG no le parece «absurdo afirmar que el terrateniente ha ayudado a sus obreros en las labores agrícolas». Es cierto que puede afirmarse eso, pero suponiendo que el trabajo realizara un tipo penal; entonces no sería posible considerar sólo cómplice al terrateniente que realiza el tipo de propia mano y además se encuentra en relación de superioridad con respecto a sus obreros. Ello no sólo contradiría todas las demás concepciones y nuestra teoría de la "figura central", sino que ni siquiera daría lugar a un concepto popular de autor [29].

Tampoco es difícil de advertir por qué tiene que faltar necesariamente la suficiente preformación social del concepto de autor. Ésta existe sólo allí donde el ordenamiento jurídico se refiere a la ley moral o a modos de conducta sociales institucionalizados. Lo que infringe las buenas costumbres y la dignidad humana lo dicen el sentimiento jurídico y la conciencia; el individuo se familiariza con las reglas del juego sociales mediante su continuo ejercicio. Pero a la pregunta de si alguien es coautor o cómplice, autor mediato o inductor, ni el sentimiento jurídico ni la conciencia encuentran respuesta, dado que aquí se sustancia un problema de mayor o menor merecimiento de pena o reprobabilidad [30]. Y el código del enjuiciamiento social guarda asimismo silencio, puesto que se trata de una delimitación de conceptos para la cual en la concepción de la generalidad sólo se encuentran

[27] *GA,* 1954, pp. 353 sas.

[28] Cfr. al respecto, en contexto algo distinto, con más ejemplos, ya *supra,* pp. 34-36.

[29] Hasta qué punto en la concepción de HARDWIG reside un enfoque correcto se abordará *infra,* cfr. p. 416.

[30] Cfr. al respecto *supra,* pp. 47-48 ss.

modelos cuando están vinculadas a normas convencionales de conducta, que en este ámbito por supuesto no existen.

Resulta, pues, que el hecho de que el concepto de autor no esté preformado socialmente no es casual, sino que reside en la propia naturaleza de las cosas.

Por eso, si se quisiera entender el "dominio del hecho" como concepto indeterminado, no referible a ulteriores elementos concretos, habría que permanecer forzosamente en la directriz (elaborada *supra*) para la valoración judicial. Sin embargo, eso sería muy poco. Un punto de partida metodológico ofrece ciertamente la posibilidad de elaborar un concepto dogmáticamente útil, pero no puede suplir a este concepto.

De donde se deduce que un concepto indeterminado de dominio del hecho no podría justificarse por la preformación social de su contenido.

3. Tampoco tiene sentido el concepto de dominio del hecho como principio regulativo, necesariamente sin contenido (aquí podría aparecer como directriz, en la fórmula vacía de la figura central), lo cual se deriva forzosamente de la limitada función de los principios regulativos, descrita *supra*: deben posibilitar una resolución justa del caso concreto en los márgenes, ya no susceptibles de codificación, de conceptos por lo demás con nítidos contornos. Por el contrario, el concepto de dominio del hecho ocupa el centro de la doctrina de la autoría.

Tampoco desde este punto de vista es, pues, adecuado formar un concepto indeterminado de dominio del hecho. Cuestión distinta es si parece aconsejable mantener abiertas, junto a un núcleo conceptual captable con exactitud, exiguas zonas marginales que se complementarían por medio de un concepto indeterminado de dominio del hecho ya no reducible. Sobre ello se volverá más adelante.

De este modo queda demostrado que la concepción del "dominio del hecho" como concepto indeterminado no aporta ninguna solución defendible. Ciertamente, puede que en el ordenamiento jurídico aparezcan conceptos indeterminados fuera de los supuestos mencionados; no es éste el lugar de debatir tal cuestión. En cualquier caso, no podrían servir de modelo de la formación científica de conceptos. Más bien se trata, la mayoría de las veces, de los supuestos realmente cuestionables de la "huida hacia la cláusula general", condenada por VON HENDEMANN con un juicio global quizá demasiado indiscriminado, de un síntoma de cansancio que puede conducir al "ablandamiento" del Derecho, a la "inseguridad" y al "arbitrio" [31]. De todos modos resulta significativo que de los prácticos que han dado cuenta de la propensión de la jurisprudencia hacia una consideración global extremadamente individualizadora, desligada de todo concepto fijo, ninguno haya preconizado este método. Por el contrario, todos se han retirado hacia el concepto unitario de autor con resignación un tanto desolada. SCHWALM [32] se ha planteado expresamente la cuestión «de si el legislador va a seguir delegando en la praxis de tal manera en el futuro. Me parece dudoso» —dice— «que así se vaya a conseguir en los próximos años, tan pronto, la clarificación que no se pudo alcanzar en los pasados ochenta años», y señala para concluir [33]: «No voy a negar que personalmente siento inclinación por la regulación del autor unitario, porque, en mi congoja sobre la evolución en su conjunto, me parece una solución simpática.» KRILLE, a partir de la experiencia de la praxis, ha extraído la conclusión de que, dado que nunca se va a encontrar un criterio adecuado, habría que renunciar "al fraccionamiento conceptual" [34], y asimismo asevera STACKELBERG [35] con toda franqueza: «El modo de proceder de la teoría del autor unitario me parece más sincero.»

Todo esto pone de manifiesto que un concepto indeterminado de dominio del hecho no sólo sería insatisfactorio metodológica y dogmáticamente, sino también inútil para su utilización práctica, y dejaría desorientada a la jurisprudencia. Por eso tiene que buscarse otra vía para dotar de contenido al concepto de dominio del hecho.

[31] Cfr. al respecto HEDEMANN, *op. cit.*, pp. 58 ss. y 66 ss.

§ 16. EL DOMINIO DEL HECHO COMO CONCEPTO FIJADO

El modo de proceder más evidente para obtener un concepto de dominio del hecho claramente captable consiste en entenderlo como concepto "fijado". De concepto "fijado" cabe hablar cuando su definición puede referirse a elementos individuales determinados, que son captables por la vía de un acto de subsunción objetivamente verificable y con ayuda de los cuales es posible resolver sin más todo supuesto concreto mediante un procedimiento deductivo.

Evidentemente, no se puede esperar desde el principio una fijación de exactitud matemática. Son extremadamente raros los conceptos accesibles a un procedimiento de resolución judical "exento de valoración". Pero donde comienza la esfera "normativa", donde se trata de fenómenos que, trascendiendo la verificación empírica de hechos propia de las ciencias naturales, se encuadran en el ámbito de lo comprensible sólo espiritualmente, los conceptos pierden su univocidad absoluta. No es que los conceptos se vean aquí expuestos a la valoración judicial subjetivamente arbitraria, pues también

[32] *Niederschriften*, p. 89.
[33] *Op. cit.*, p. 91.
[34] *Op. cit.*, p. 99.
[35] *Op. cit.*, p. 100.

los fenómenos comprensibles espiritualmente se captan de modo objetivo. Pero su falta de cuantificabilidad permite a menudo formular juicios muy distintos. De todos modos, materialmente existe una diferencia considerable entre un concepto "indeterminado" de dominio del hecho en el sentido *supra* señalado y una concepción que diseccione el "dominio del hecho" en elementos determinados, de perfiles nítidos, aun cuando estos componentes puedan presentar ciertas influencias normativas. Esta notable diferencia de grado de determinación justifica que en lo sucesivo hablemos de un concepto "fijado".

Fijar el concepto de dominio del hecho mediante criterios rígidos, a ser posible descriptivos y accesibles al enjuiciamiento judicial puramente cognoscitivo, tampoco parece, sin embargo, una vía transitable para resolver la problemática. Lo cual se debe a una serie de razones teóricas y prácticas:

I. ARGUMENTOS CONTRARIOS DE ORDEN METODOLÓGICO

Las diversas teorías objetivas de la participación que se han sostenido predominantemente en la ciencia hasta surgir la teoría del dominio del hecho perseguían una forma de delimitación conceptual que definiera con exactitud y que fuera lo más precisa posible y aplicable directamente en cada caso concreto. Ello se basaba (más o menos conscientemente) en distintas consideraciones, a saber: la idea, aún operativa en el último cuarto del siglo pasado (por influencia del positivismo naturalístico), de que se podía y debía asimilar en la medida de lo posible la formación de conceptos del ámbito de las ciencias del espíritu al de las ciencias naturales exactas; pero también la idea, que se remonta a la Ilustración, de que es adecuado y posible limitar al juez, en aras de la seguridad jurídica y como mera "máquina de subsumir", a la aplicación de un sistema normativo sin lagunas, que ofrezca solución a todos los supuestos concebibles.

Hoy pertenece al dominio público de la metodología jurídica que tales fines no son alcanzables, ni siquiera dignos de perseguirse. No es éste el lugar de exponer cómo y por qué, de entonces acá, se ha llegado a ideas nuevas y distintas en todo el ámbito de la ciencia jurídica [1]. Tenemos que limitarnos a la doctrina de la autoría, como ejemplo concreto de esa evolución global. De todos modos, ya desde esta perspectiva amplia aparece el concepto fijado de dominio del hecho como una solución desde el principio problemática.

[1] Acerca del reciente estado del debate, cfr. pormenorizadamente y en profundidad LARENZ, *Juristische Methodenlehre,* 1960; asimismo HENKEL, *Recht und Individualität.*

II. ARGUMENTOS CONTRARIOS DE ORDEN HISTÓRICO-DOGMÁTICO

En realidad, las teorías objetivo-formales y objetivo-materiales, en cuanto que pretendían delimitar las distintas formas de participación mediante criterios conceptualmente captables con claridad, rígidamente fijados, se revelaron insuficientes. Huelga profundizar más en ello; la revista, realizada *supra*, de las distintas teorías de la participación ha aportado al respecto una prueba, por así decirlo, empírica [2]. Incluso allí donde estas teorías ofrecían puntos de partida acertados, dentro de sus limitaciones, la aplicación uniforme de un mismo concepto a supuestos de hecho absolutamente dispares condujo a violentarlo, algo que necesariamente tenía que favorecer el movimiento contrario, esto es, la tendencia a la individualización y con ello el concepto indeterminado de autoría [3].

Ya sobre la base de estas experiencias prácticas no hay que suponer que en el futuro aún pueda conseguirse lo que desde comienzos del siglo pasado se ha intentado una y otra vez en vano: encontrar un concepto de autor fijado que garantice en la aplicación a cualquier caso de la realidad soluciones adecuadas en el sentido de los principios desarrollados al comienzo [4]. Formar "nuevas" teorías por combinación de puntos de vista determinados y de contornos precisos no supone tarea difícil; pero ya se ha puesto aquí de manifiesto por qué tal proceder no puede conducir al resultado [5].

III. ARGUMENTOS CONTRARIOS DERIVADOS DE LA ESENCIA DE LA AUTORÍA

Al margen de los conocimientos deducibles de la historia dogmática de la doctrina de la autoría también una advertencia teórica permite comprender por qué un concepto fijado de dominio del hecho no puede aportar ninguna delimitación satisfactoria de las formas de participación. Existen para ello varios motivos, relacionados entre sí.

1. Innecesariedad de abstracción esquematizadora

La fijación conceptual —aunque sea descriptiva sólo hasta donde se pueda— entraña necesariamente abstraer. Un concepto de autor que se determine mediante una definición según las reglas de la subsunción tiene que

[2] Cfr. al respecto en detalle *supra,* pp. 52 ss.; asimismo, p. 132, nota 13, con más bibliografía.
[3] Cfr. al respecto *supra,* p. 132.
[4] *Supra,* pp. 36 ss.
[5] *Supra,* pp. 75-77.

dejar de lado necesariamente las circunstancias concretas del caso individual, dado que debe aplicarse a *todos* los supuestos de hecho.

Ahora bien, tal delimitación abstracta no tiene por qué suponer un inconveniente en todos los casos. Ello depende de la función que le competa a un concepto en el marco del ordenamiento jurídico. Los preceptos del Derecho civil, por ejemplo, sobre la adquisición de buena fe, tienen por fin adoptar una regulación clara, fácilmente abarcable, en aras de la seguridad del tráfico jurídico. Cierta esquematicidad, que sobrepase las peculiaridades del caso concreto, es aquí inevitable e incluso adecuada.

En la delimitación entre autoría y participación, sin embargo, la cuestión es distinta. Los puntos de vista de ordenación y los intereses en la confianza no están aquí en juego. Más bien, la diferenciación tiene que dar cuenta, en la medida de lo posible, de los grupos de casos tan diversos que existen. Debe poseer una cercanía a la realidad que no es alcanzable mediante una fórmula abstracta. Esto se deriva, si se me permite la expresión, de la "naturaleza de las cosas", y ahí reside, al margen de toda la experiencia práctica de las distintas teorías, el motivo de la insuficiencia de cualquier concepto fijado de dominio del hecho.

2. Imposibilidad de fijar elementos de sentido

Hay otro motivo más: un concepto jurídico es tanto más preciso y más apropiado para la subsunción judicial cuanto más descriptivo, esto es, cuanto más se refiere a objetos perceptibles sensorialmente, computables y mensurables, susceptibles de ser averiguados mediante un sencillo juicio de verificación y en esa medida "exentos de valoración". Así pues, cumpliría el ideal del concepto fijado de dominio del hecho una definición que remitiera la autoría a elementos exclusivamente descriptivos. Lo cual se ve favorecido por la circunstancia de que el concepto de autor —como ya sabemos— no se debe volatilizar en lo normativo, sino mantener su nitidez mediante la imagen-guía de la figura central.

Por otra parte, el fenómeno jurídico del autor —como igualmente ya se mostró al comienzo de esta obra— sustenta un contenido de significado deducible de los datos previos y de las valoraciones legales. Las circunstancias que convierten a alguien en figura clave del suceso de acción son numerosísimas y su conocimiento requiere un acto de comprensión espiritual. Pero todo comprender exige algo más que un mero juicio de verificación. Es materia de las ciencias naturales verificar de modo exento en valoración. Sin embargo, el *sentido* del fenómeno del que nos ocupamos no suele caber exactamente en realidades empíricas. Por eso los elementos conceptuales descriptivos por sí solos no pueden captar el contenido de significado de los procesos a articular mediante las formas de participación. Y también

porque, de otra parte, sólo éstos son claramente fijables, hay que suponer que un concepto de dominio del hecho estrictamente fijado no se ajusta del todo a la esencia de las cosas.

3. Peligro de que el concepto jurídico no se ajuste siempre al contenido material

Por último, no debe perderse de vista que una fijación sin lagunas conduciría a la jurisprudencia de conceptos en el peor sentido. No es que el Derecho penal pueda permitirse renunciar a los conceptos precisos; justamente por eso un concepto de autor de contenido indeterminado no puede favorecer la resolución de la problemática. Pero cuando se fija el "dominio del hecho" a través de elementos absolutamente claros hay que deducir la solución, en todas las situaciones que surjan, a partir del concepto una vez fijado, en lugar de extraerla del contenido de significado de los fenómenos cambiantes de la realidad. Si, por ejemplo, se sabe, acertadamente, que alguien que aporta una condición necesaria para el resultado por lo general va a asumir un papel especialmente importante en el suceso de la acción y por eso va a ser señor del hecho y autor, no obstante es incorrecto aferrarse luego al concepto de las condiciones necesarias, y a partir de él, con rígida coherencia, pretender deducir la solución para todas las cuestiones que surjan, al margen de si el resultado sigue o no correspondiendo al sentido original de la distinción [1]. En tal modo de aplicarlo, el concepto desplegaría el efecto de destruir el sentido. No se pueden resolver problemas mediante simples derivaciones a partir de conceptos. Esto ya está fuera de discusión en la actualidad.

Pero como una fórmula fija, omnicomprensiva y omnilateral, sólo es aplicable en el modo de proceder mencionado *supra*, o sea, es inevitable incurrir en el método de la jurisprudencia de conceptos, existen objeciones notables en contra de un concepto fijado de dominio del hecho.

De todo lo cual se deduce que tampoco un concepto fijado de dominio del hecho puede conducir a una delimitación adecuada de las formas de participación.

§ 17. EL DOMINIO DEL HECHO COMO CONCEPTO ABIERTO

I. LOS CONCEPTOS ABIERTOS

Tras haber fracasado los dos métodos opuestos de verificación de la autoría hasta ahora debatidos, un tercer camino sólo puede buscarse entre

[1] Cfr. al respecto con más detalle *supra*, pp. 58-59.

esos extremos. Lo que significa que hay que encontrar un procedimiento con ayuda del cual quepa complementar en su contenido el concepto de dominio del hecho de una manera que por una parte dé cuenta de los cambiantes fenómenos vitales, y por otra parte también pueda alcanzar una gran medida de determinación. Además, debe permitir someter a una regulación generalizadora las formas básicas que aparecen una y otra vez en la multiplicidad de los grupos de casos, y al mismo tiempo ofrecer la posibilidad de valoración justa de los casos concretos que escapan a la normación abstracta.

Alcanzar estos fines tan distintos sólo es posible concibiendo el dominio del hecho como concepto —permítaseme la expresión— "abierto". Un concepto así de dominio del hecho se caracteriza, frente a las dos formas posibles de configuración hasta ahora debatidas, por dos peculiaridades:

1. El procedimiento descriptivo como primer elemento del concepto abierto

En lugar de una definición exacta o de un concepto indeterminado se aporta una *descripción*.

La definición sólo puede conducir a un concepto de dominio del hecho fijado con todos los defectos expuestos *supra*. Lo cual es predicable, en primer lugar, de una definición conceptual exacta en sentido técnico, que implica fijar el contenido del concepto indicando el *genus proximum* (el concepto genérico superior) y la *differentia specifica* (la diferencia caracterizadora de la especie) [1]; así, por ejemplo, según estas reglas podría definirse el autor de la teoría objetivo-formal como quien causa un resultado típico, realizándolo de propia mano. Pero también es válido para cualquier otra clase de definición que —por decirlo con LARENZ— [2] delimite un concepto «estrictamente mediante la indicación exhaustiva de sus elementos en todo caso imprescindibles». Pues si se abstraen de las distintas manifestaciones de la vida los elementos que aparecen en todas ellas, esto llevará forzosamente, en la determinación de la autoría, a los inconvenientes de cualquier concepto fijado de dominio del hecho que ya se señalaron antes: a los peligros de alejamiento de la realidad y de vaciamiento de sentido y a la jurisprudencia de conceptos.

En cambio, la descripción presenta la ventaja de poder ajustarse a los cambiantes casos concretos. Cuando, por ejemplo, se dice: tiene dominio del hecho quien hace *a), b), c),* etc., no se subordinan forzosamente los

[1] Cfr. sobre ello simplemente, por ejemplo, METZKE, *Handlexikon der Philosophie,* apdo. 3.º, p. 64.

[2] *Juristische Methodenlehre,* p. 343. El término, empleado por LARENZ a este propósito, de "tipo abierto" se asemeja también por lo demás a nuestros "conceptos abiertos". No es posible aquí analizar las diferencias concretas.

distintos supuestos de hecho a los mismos elementos sin consideración a su peculiaridad, sino que, por el contrario, la descripción se amolda al contenido de sentido de los casos divergentes. No es que a las relaciones de sentido se les encasquete una fórmula —que por lo general las oculta— unitaria, sino que la descripción sigue, con sus elementos distintos cada vez, los datos previos estructurados en cada caso de modo distinto. De ahí no puede surgir una yuxtaposición caprichosa, pues cada eslabón de la descripción sigue referido a la idea del dominio del hecho, que en su esencia se habrá de detallar más, como común centro de sentido.

Está claro que una descripción así puede ser sensiblemente más próxima a la vida que una meramente abstracta; que en esa medida puede dar cuenta de las relaciones de sentido hasta donde es posible, y que se mantiene lejos de la jurisprudencia de conceptos, evitando así todos los defectos de un concepto fijado de autor.

Por otra parte, sin embargo, se encuentra en absoluta oposición con el empleo, debatido al principio, de un concepto indeterminado de autor. Mientras que éste favorece una inseguridad jurídica absolutamente desorientada, niega la respuesta a cuestiones concretas debido a su indeterminación y nivela la tipicidad y nitidez de situaciones reales precisas mediante una oscura consideración "global", la descripción puede mantenerse próxima a los fenómenos, consiguiendo así una notable exactitud y sustrayéndose a todos los defectos del concepto indeterminado.

Como la descripción no delimita el concepto de autor mediante fórmulas, nunca está definitivamente concluida. Por ejemplo, es concebible que en el curso de la evolución se descubran formas de cooperación hasta ahora desconocidas, o se las cree mediante la introducción de nuevos tipos. Para estos casos no se tiene ya prevista la solución. Con la mera subsunción bajo un supraconcepto, como posibilitaría y requeriría un concepto fijado de autor, no se adelanta nada. Más bien hay que disponerse a complementar la descripción ajustada a los datos materiales del caso. Obviamente, los modelos estructurales que han resultado del análisis de otros grupos de casos pueden prestar al respecto servicios auxiliares. A menudo será posible prolongar cautelosamente las líneas allí esbozadas. No obstante, cabe hablar aquí de concepto "abierto" en el sentido de que no va a ser posible una "indicación exhaustiva de sus elementos en todo caso imprescindibles" y de que no va a estar cerrado a admitir nuevos elementos de contenido.

Vistas así las cosas, aparece bajo otra luz el hecho al principio sorprendente de que los numerosos defensores de la teoría del dominio del hecho no hayan conseguido definir este concepto de manera suficiente. El fracaso de estos esfuerzos no supone un defecto que pusiera en evidencia, por ejemplo, la inutilidad de este concepto de autor, sino que expresa unas leyes objetivas más profundas. Por ello, el peso del debate con estas teorías debe recaer sobre lo que propugnan acerca de los problemas concretos.

2. La inclusión de principios regulativos como segundo elemento del concepto abierto

En segundo lugar, el concepto abierto, tal como se le entiende aquí, se caracteriza por que la descripción, ciertamente, por una parte delimita con precisión los casos típicos en la intervención de varios en el delito, permitiendo así acceder a un enjuiciamiento generalizador, pero, de otro lado, por que, allí donde lo impredecible de las posibles circunstancias veda cualquier solución generalizadora, mediante el empleo de principios regulativos, deja abiertos para la valoración judicial ciertos huecos. "Regulativo" se entiende aquí como "orientativo" [3]. La función de tales principios ya se señaló *supra* [4], en conexión con HENKEL: cuando en la determinación del concepto de autor en cualquier ámbito vital que ha de captarse mediante la descripción, la multitud de elementos del supuesto de hecho con relevancia para la determinación del dominio del hecho es tan grande que se sustrae al enjuiciamiento anticipado generalizador, el legislador o bien el creador del concepto tienen que conformarse en este lugar con una directriz y para lo demás dejar al encargado de aplicar el Derecho el enjuiciamiento del caso concreto de la mano del principio regulativo dado. Debido a las lagunas que surgen de este modo, en la descripción comprensiva de lo demás, cabe hablar en este segundo sentido de concepto "abierto".

Es evidente que un proceder así se aleja aún más del método del concepto fijado de autor y posibilita un enjuiciamiento con aún menos abstracción que el que permite el procedimiento descriptivo. Por otra parte, no existe peligro de retroceder al concepto indeterminado [5], pues cada ámbito vital a regular jurídicamente suele contener tantos elementos tipificables que ya su captación completa presta al concepto contornos precisos. Además, delimitando estrictamente el ámbito de aplicación del principio regulativo, una directriz permite una decisión bastante segura en este ámbito limitado incluso cuando la solución se hace depender de la consideración del caso concreto.

En lo sucesivo se expondrá cómo han de manejarse al aplicar el Derecho los métodos, esbozados aquí en sus líneas fundamentales, para dotar de contenido al concepto de autor, a qué resultados llevan, cuándo, pues, en una palabra, se da dominio del hecho y cuándo no. Esta prueba práctica de nuestro programa teórico pondrá de manifiesto asimismo la utilidad del procedimiento elegido y contestará cuestiones que puedan haber quedado abiertas en la exposición, necesariamente breve, de los fundamentos metodológicos.

[3] Cfr. METZKE, *Handlexikon der Philosophie*, p. 255.
[4] Cfr. *supra*, p. 135.
[5] Cfr. al respecto ya *supra*, pp. 135 y 138-139.

II. PERSPECTIVA PREVIA

Con arreglo a lo señalado, no podemos dominar la problemática desarrollando "por anticipado" desde la directriz de la figura central un concepto de dominio del hecho; por decirlo así, no podemos, sin conocer el contenido del paréntesis, sacar el concepto delante del paréntesis y después aplicarlo a los casos concretos. Más bien tenemos que internarnos desde el principio en la diversidad de la materia, registrar las distintas formas de la intervención en el suceso delictivo que se encuentran empíricamente y describir para cada grupo de casos individualmente cómo surte efecto la idea del dominio del hecho. Si después estas descripciones muestran algún modelo estructural ello debe resultar del trabajo sobre la materia jurídica y ponerse de manifiesto al final de la investigación dedicada al concepto del dominio del hecho.

Para penetrar en la materia escogemos un prodecimiento que se apoya en la distinción tan común entre autoría única, autoría mediata y coautoría. En primer lugar, indagamos qué influencia ejerce la medida de realización del tipo de propia mano sobre la autoría (dominio de la acción), después nos preguntamos si (y hasta qué punto) uno puede ser autor sin intervención propia en la ejecución del hecho, en virtud de su poder de voluntad (dominio de la voluntad), y por último, analizamos en qué medida un interviniente, cuando ni emprende la acción típica ni ejerce poder de voluntad sobre el actuar de otros, por su sola colaboración con éstos puede llegar a ser figura central del suceso (dominio del hecho funcional). A este agrupamiento, cuya eficacia se evidenciará en el curso de la exposición, responden los tres capítulos siguientes.

CAPÍTULO QUINTO

EL DOMINIO DE LA ACCIÓN

§ 18. LA REALIZACIÓN DEL TIPO DE PROPIA MANO, DOLOSA Y LIBRE

En este grupo de casos relativamente fácil anticipemos el resultado: quien, no coaccionado y sin ser dependiente de modo superior a lo socialmente normal, realiza todos los elementos del tipo de propia mano, es autor. En todos los supuestos imaginables tiene el dominio del hecho.

Se trata aquí del prototipo de la autoría, de la manifestación más evidente de la figura central, de un supuesto en que coinciden incuestionablemente la "concepción natural de la vida" y la valoración del legislador. No puede dominarse un hecho de manera más clara que cuando lo realiza uno mismo; no se puede mantener en las propias manos de modo más firme que cuando se actúa de propia mano.

La obviedad de esta idea se basa no sólo en la evidencia no reflexiva de un aserto así, sino que cabe fundamentarla también, en términos puramente dogmáticos, por la seguridad con la que se puede indagar la naturaleza de la autoría individual a partir de la ley. Pues teniendo en mente al autor individual, no cabe discutir que el legislador, en sus descripciones típicas, describe también al autor. Sólo aquel que realiza todos los presupuestos del injusto allí establecidos es autor, y cuando los realiza lo es sin excepción. Si uno se mantiene firme en este fundamento incontestable no hay argumento de peso en favor de que hubiera que modificar algo en este resultado cuando también han cooperado otras personas en el hecho. La aportación de éstas puede valorarse como se quiera, pero en cualquier caso el que realiza el tipo de propia mano no deja por eso de coincidir con la descripción legal del autor en un ápice.

Todas la teorías que llegan a otros resultados parten de presupuestos que ya se consideraron erróneos más arriba. Pues ciertamente es verdad que el que actúa de propia mano puede no ser el principal responsable

en sentido moral o criminológico. Puede haber otro, que le ha instigado y ha ocasionado que cometa el delito, que quizá urdió el plan entero y recabó todo el provecho, y que puede merecer una pena superior. Pero de esto no se trata —como ya sabemos— [1] en la determinación de la autoría: para el hecho, tal como aparece en forma de acción, el que ejecuta por completo, libremente y de propia mano, sigue siendo la figura central dominante. Ahí reside el contenido de verdad imperecedero de la teoría objetivo-formal [2]. Por eso, el concepto de dominio del hecho sólo puede formularse de manera que comprenda estos casos en cualquier forma imaginable.

Desde el punto de vista del método que aquí se persigue hay al respecto una ventaja especial: que el legislador nos ahorra buena parte del trabajo. Sus descripciones de hechos, que para nosotros representan a la vez descripciones de autores, son —en parte gracias al refinado de la interpretación científica— todo lo plásticas y exactas que resulta posible. Refiriéndonos a ellas, podemos otorgar gran proximidad a la vida al concepto de autor sin complicarlo. La constatación generalizadora de que el que actúa libre y dolosamente es siempre autor, cumple, pues, todos los requisitos (que ya señalamos) de la formación de conceptos descriptivos, sin que se pierda la necesaria manejabilidad para la aplicación práctica.

Sobre esta conclusión existe hoy unanimidad. Incluso Von Weber, único representante de la teoría del dominio del hecho (como es lógico, orientado subjetivamente) que no obstante admite la posibilidad de mera complicidad por falta de "voluntad de dominio" del que actúa directamente, la limita al caso de que el ejecutor "lleve a cabo el hecho meramente al servicio del autor, subordinado plenamente a la voluntad de éste" [3]. En contra de Von Weber, incluso esas situaciones no pueden justificar otro juicio, pues si alguien ejecuta un hecho sin coacción, por sí mismo, los motivos que le hayan impulsado no pueden mermar su dominio sobre el curso del suceder de la acción ni menoscabar su posición central en la ejecución.

Por eso ha de rechazarse la reciente sentencia del BGH en el caso Stachynski [3a], en el cual el acusado había perpetrado de propia mano, por completo, dos asesinatos, si bien al servicio de quienes desde lejos daban las órdenes. No es imaginable en absoluto un dominio más amplio sobre el suceder de la acción. Cuando el BGH transmuta mediante interpretación el comportamiento de autor que ejecutó por sí solo y libremente en complicidad, sobre la base de la obcecación política del acusado, está creando una causa de atenuación de la pena no contenida en la ley. Al margen de lo cual la sentencia es también sumamente objetable desde el punto de vista político-criminal,

[1] Cfr. al respecto con más detalle *supra*, pp. 41-42 y 46-50.

[2] Al respecto *supra*, pp. 52-56 (53).

[3] *Grundriß*, 2.ª ed., p. 67; cfr. *supra*, pp. 100-101.

[3a] Cfr. al respecto *supra*, p. 125, nota 52.

porque puede servir para exonerar en gran medida a todos aquellos que sin coacción ponen en práctica los fines criminales de una potencia estatal.

También se evidencia especialmente en este caso lo incorrecto, dogmática y metodológicamente, de una concepción del autor en tales términos. Si autor es sólo aquel que aparezca como "responsable principal" desde puntos de vista políticos y personales, el concepto de autor se convierte en una cláusula general indeterminada, a la que únicamente la "consideración global" del juez puede dotar de contenido. Incurre así en la falta de contornos que ya condujo a la crisis de la doctrina de la autoría en la práctica judicial descrita *supra* [3b]. Si se quisiera dar el paso a que en general sobre autoría y participación decidieran consideraciones sobre merecimiento de pena dependientes de las circunstancias personales del partícipe, ya sería en vano todo trabajo dogmático en teoría de la autoría [3c]. Lo pertinente sería entonces optar por el concepto unitario de autor y en las circunstancias atenuantes prescindir en general de la pena superior prevista para el asesinato. Si lo que se pretende no es eso, sino permanecer fiel a una teoría autónoma de la autoría, esta nueva sentencia del BGH, que equivale a una solución así, merece una desaprobación tan resuelta como la que en su momento se dirigió a la "sentencia de la bañera" del RG [3d].

La idea de que el que ejecuta el hecho directa y libremente y de propia mano en todo caso es autor se ha impuesto ostensiblemente en los últimos años, también más allá del ámbito de la teoría del dominio del hecho, entre los partidarios de casi todas las demás teorías. El propio BGH se había sumado a ella expresamente [4], y excepción hecha de las situaciones de obediencia a órdenes políticas y militares, presumiblemente va a mantener esta posición. No obstante, no debe subestimarse, para la solución de este caso, el valor epistemológico de una teoría del dominio del hecho apoyada en la descripción típica del hecho, que prescinde de tendencias subjetivas, pues hay algunas sentencias del BGH que parten de la postura contraria [5]. Además, este caso académico muestra que es incorrecta la opinión expresada repetidamente por el BGH de que para la determinación de la autoría ha de atenderse sólo a la "dirección interna de voluntad" [6] y de que el alcance de la aportación externa al hecho es absolutamente irrelevante [6]; y ello no sólo desde el punto

[3b] Pp. 130-131 y 138.

[3c] Cfr. al respecto, con carácter general, *supra*, pp. 41-42 y 47-49.

[3d] A fin de prevenir malentendidos hay que señalar que al estimar la autoría del ejecutor aún no se está diciendo que el sujeto de detrás no sea quizá igualmente autor. Esta cuestión se abordará más adelante.

[4] *BGHSt*, 8, pp. 393-399; *supra*, pp. 116-118 (núm. x).

[5] Sala IV, de 13 de febrero de 1951, *NJW*, 51, p. 323, *supra*, p. 110 (núm. II), y ante todo Sala II, de 21 de junio de 1955, *BGHSt*, 8, pp. 70-75, *supra*, pp. 114-115 (núm. VII); acerca del caso Staschynskij, *supra*, p. 125, nota 52.

[6] Cfr. la Sentencia de la Sala V, de 15 de junio de 1954, *MDR*, 54, pp. 529 y 539, *supra*, pp. 112-113 (núm. V), donde se enlaza esta concepción con la idea del dominio del hecho; Sala II, de 21 de junio de 1955, *BGHSt*, 8, pp. 70-75, *supra*, pp. 114-115 (núm. VII).

de vista de la teoría del dominio del hecho, sino con carácter absoluto, pues la autoría se rige por el hacer y no por las ideas del cooperador que no han tenido efectos.

De donde se deduce además que aun habiéndose intentado una y otra vez justificar el resultado conseguido en este caso sin dificultad por la teoría del dominio del hecho, a partir de una teoría puramente subjetiva —también lo considera posible el BGH en la mencionada sentencia— [7], todos estos intentos están condenados al fracaso. Lo cual es evidente para la teoría del interés, pero también lo es para la teoría del dolo, pues es incorrecta la afirmación tan repetida de que aquel que ejecuta el hecho por sí mismo no puede subordinarse totalmente a otro, de que por tanto ha de tener la "voluntad de dominio del hecho" y "querer el hecho como propio". Ciertamente tiene que actuar dolosamente; pero este dolo no puede satisfacer a una teoría subjetiva, puesto que también lo tiene el partícipe; además, no tiene nada que ver con la subordinación de la voluntad requerida por la teoría del dolo. Pero es que además una subordinación interna plena será incompatible con la ejecución externa del hecho por uno solo, lo cual viene puesto de manifiesto ya en el caso resuelto por el BGH en que el esclavo sexual de una mujer estranguló, por orden de ésta, a su marido [8]. Así pues, se equivoca el BGH cuando cree haber resuelto el problema con ayuda de una teoría subjetiva. El hecho, ya demostrado *supra* [9], de que pese a profesar la teoría subjetiva tuvo que recurrir en realidad a una delimitación objetiva para poder dirimir correctamente el caso, recibe a esta luz el carácter de necesidad ineludible. Si no se quiere abandonar la teoría subjetiva, la única consecuencia posible es la postura de VON WEBER; también BOCKELMANN tiene toda la razón al reconocer en esta sentencia el quebrantamiento de la teoría subjetiva [10].

Precisamente en un caso concreto tan fácil se pone de manifiesto lo fructífero de un concepto de dominio del hecho concebido de este modo. Bien es cierto que tanto la teoría objetivo-formal como la objetivo-material llegan aquí al mismo resultado, pero éstas han de rechazarse por otros motivos [11]. Ahora bien, una teoría subjetiva —sea de la clase que sea— no puede dar cuenta en absoluto de este arquetipo de la autoría.

Naturalmente este caso sencillo enseña que aquí no se trata de un concepto de dominio del hecho puramente objetivo, pues al hablar de la realización de propia mano de todos los elementos típicos nos estamos imaginando un comportamiento dirigido finalmente. En los hechos no dolosos la situación

[7] *BGHSt*, 8, pp. 393 ss.; al respecto con detalle *supra*, pp. 116-118 ss. (núm. x).

[8] Sobre las circunstancias concretas de este caso *supra*, p. 116.

[9] Pp. 117-118.

[10] *Strafrechtl. Unters.*, pp. 120 y 121; cfr. con más detalle *supra* en el texto, p. 104.

[11] Al respecto, más en concreto, *supra*, pp. 51-69.

es muy distinta [12]. Al menos en esto hay que dar la razón a WELZEL, MAURACH y GALLAS cuando hablan de un concepto de dominio del hecho "final". No obstante, sigue estando justificado llamar criterio objetivo de la autoría a la realización del tipo de propia mano, pues la diferencia reside, en esta forma de delimitación, en lo objetivo, dado que dolosamente también actúa el partícipe.

§ 19. LA REALIZACIÓN TÍPICA DE PROPIA MANO, DOLOSA Y NO LIBRE

I. LOS CASOS DE COACCIÓN

1. Estado del debate

Nos internamos por un terreno dificultoso y controvertido al plantearnos la cuestión de si también tiene dominio del hecho aquel que realiza el tipo completo de propia mano y dolosamente, pero que se encuentra coaccionado por otro o por una situación de peligro que se cierne sobre él, ya se den los requisitos de los §§ 52 y 54 StGB *, ya se trate de una situación análoga al estado de necesidad.

Comencemos por el supuesto extremo del estado de necesidad exculpante, ya que si aquí hay dominio del hecho, será aún más fácil afirmarlo en los casos de menor intensidad de la coacción, que no eximen de pena al sujeto actuante.

WELZEL defiende la postura de que el estado de necesidad coactivo excluye la autoría del que actúa directamente [1]. Al respecto cabe encontrar cambios en la fundamentación de esta concepción. Al principio, WELZEL defendió la opinión de que el coaccionado actúa sin el dominio final del hecho porque en tales casos bien es verdad que está presente "el conocimiento del tipo (o la consciencia del resultado), pero falta la voluntad de realización propia", esto es, el "dolo de tipo" [2]. De la teoría discrepante "de que el que actúa

[12] En este sentido, la imprudencia consciente vuelve a presentar, con respecto a la inconsciente, problemas particulares, que se abordarán más adelante.

* § 52 StGB: «**Constreñimiento debido a situación coactiva.** No concurre acción punible cuando el autor ha sido constreñido a llevarla a cabo mediante violencia irresistible o amenaza, a él mismo o a una persona allegada, de peligro para la vida o la integridad física, no evitable de otro modo.»

§ 54 StGB: «**Estado de necesidad.** No concurre acción punible cuando la acción, fuera de los supuestos de legítima defensa, se cometió en un estado de necesidad no provocado y no evitable de otro modo, para salvar de un peligro actual la vida o la integridad física del autor o de persona allegada.»

[1] Así, al parecer, también BOCKELMANN, *Strafrechtl. Unters.*, pp. 120 y 121, nota 20; expresamente en contra de la autoría del ejecutor directo, de nuevo, v. UTHMANN, *NJW*, 1961, p. 1908.

[2] *Lehrb.*, 5.ª ed., pp. 82 y 83; *MDR*, 1949, p. 373; *SJZ*, 1949, apdo. 650.

directamente es siempre autor" opinó que "en su rígido objetivismo distorsionaría las situaciones reales" [3].

Recientemente WELZEL [4] atribuye al coaccionado un dominio del hecho menor, que denomina "inferior" y "subordinado" [5]. Sin embargo, en el fondo nada ha cambiado en su concepción, pues sigue manteniendo que el coaccionado "actúa sin voluntad de realización propia", y sobre todo entiende que este dominio del hecho "subordinado" no basta para fundamentar autoría. Como antes, WELZEL llama a la acción del coaccionado simple "auxilio inculpable" [6]. Así pues, esta peculiar forma de dominio del hecho "subordinado" es materialmente sólo una clase de participación. Terminológicamente la expresión no resulta muy afortunada, ya que si se considera al dominio del hecho como criterio de la autoría, induce a confusión que su concurrencia —aunque sea atenuada— en este caso fundamente sólo participación. Pero el resultado (exclusión de la autoría) es muy claro.

En cambio, GALLAS defiende la postura de que en tales casos «el ejecutor... es autor, pues lleva a cabo dolosamente la acción típica por sí mismo y por eso ejerce, ya *per definitionem*, el dominio del hecho requerido para el autor del tipo delictivo en cuestión» [7]. GALLAS tilda de "no comprensible del todo" [8] [9] a la fundamentación aducida por WELZEL en favor de la opinión contraria, de que el coaccionado obra "sin voluntad de realización propia".

No es difícil advertir que en el enjuiciamiento de este caso concreto se refleja la contraposición entre la teoría del dominio del hecho de WELZEL (y BOCKELMANN), orientada más subjetivamente, y la concepción de GALLAS, más inclinada a la teoría objetivo-formal. Es la postura de GALLAS —al principio minoritaria— la merecedora de aprobación, y ello por varias razones.

2. Argumentos en favor de la autoría del agente

No acierta WELZEL al decir que el coaccionado actúa sin voluntad de realización propia, pues como la voluntad de realización no significa otra cosa que la finalidad del agente y ésta es para WELZEL idéntica al dolo, tendría que admitir en consecuencia que el coaccionado obra sin dolo. De hecho, en la quinta edición de su manual hablaba expresamente en estos

[3] *MDR*, 1949, p. 373.
[4] *Lehrb.*, 6.ª ed., pp. 88 y 89; 7.ª ed., pp. 90 y 91.
[5] 6.ª ed., p. 88; 7.ª ed., p. 91.
[6] 6.ª ed., p. 89; 7.ª ed., p. 91.
[7] *Gutachten*, p. 133.
[8] *Gutachten*, p. 133, nota 42.
[9] Como GALLAS, en definitiva, Armin KAUFMANN, *Unterlassungsdelikte*, p. 165, nota 187, que, sin embargo, a diferencia de GALLAS, no considera al sujeto de detrás como autor mediato, sino como «inductor y, por lo general, también coautor». Al respecto, más adelante.

casos de falta de "dolo de tipo" [10]. De donde se deduciría que quien comete un delito en estado de necesidad exculpante actuaría no dolosamente, algo que no sostiene nadie más y ni siquiera WELZEL. Llevando la idea hasta el final, se llegaría al resultado de que la presencia de cualquier causa de exclusión de la culpabilidad haría decaer simultáneamente el dolo, consecuencia que desquiciaría a la teoría de la culpabilidad y con ella a toda la doctrina final de la acción, algo que WELZEL no puede haber pretendido.

Estas objeciones se dirigen, naturalmente, en principio sólo contra la fundamentación aducida por WELZEL. Notablemente más plausible es el contenido material de su tesis, que sólo puede residir, según creo, en la reflexión de que el "pleno" [11] dominio del hecho requiere algo más que la realización del resultado dolosa y de propia mano, que más bien sólo cabe hablar de "dominio" auténtico sobre el hecho y, por tanto, de autoría cuando la voluntad del agente, que dirige el curso del hecho, es "libre" y no se encuentra presionada por coacción. No obstante, ni siquiera en esto cabe aprobar la concepción de WELZEL. Lo cual se deriva de los siguientes aspectos:

a) *No cambia la configuración del curso del hecho*

La violencia o la intimidación con peligro para la vida o la integridad física ciertamente motivan al agente a que obre, pero esta fuerza impelente no surte efecto en la configuración del curso conducente al resultado. Al margen de los casos de *vis absoluta*, que impiden la presencia ya de una acción en sentido penal y que no tienen nada que ver con las causas de exclusión de la culpabilidad, el agente domina el suceso, tanto si está coaccionado como si no, en igual medida.

De ningún modo cabe decir, por ejemplo, que bajo la presión del peligro se vea anulada o al menos mermada la posibilidad de llevar a cabo la resolución de actuar dirigida conforme a plan. Por el contrario, será frecuente que el peligro redoble las fuerzas y el agente domine la situación con más seguridad que sin ese impulso.

Piénsese en el caso en que alguien, para salvar de la muerte a su hijo, secuestrado por unos gángsteres, comete un asesinato por orden de los secuestradores, o un robo en una joyería. Ciertamente aquí el sujeto actuante está disculpado por el § 52 StGB. Pero no puede negársele el pleno dominio del hecho, puesto que la ejecución fue sólo obra suya, y si, por ejemplo, se hubiera decidido a cometer el hecho por propia iniciativa, éste no habría transcurrido en absoluto de modo distinto.

[10] 5.ª ed, p. 82, última línea.
[11] Así la 6.ª ed., p. 88; 7.ª ed., p. 90; con anterioridad, el dominio del hecho, simplemente; materialmente se alude en ambos casos a la "autoría".

b) *Naturaleza de la autoría mediata*

En segundo lugar, la opinión contraria se basa en una interpretación errónea de la autoría mediata. Cuando WELZEL y los demás partidarios de esta postura hablan de falta de autoría en el que actúa directamente, la razón para ello reside obviamente en la idea de que el que ejecuta el hecho —dado un estado de necesidad coactivo— a su vez está dominado por otro. Entonces WELZEL cree poder fundamentar la autoría del sujeto de detrás sólo si se la niega al "sujeto de delante". «La autoría mediata por medio de un ejecutor directo que a su vez es autor es un absurdo», reza su premisa [12], de la que se deduce naturalmente la conclusión que extrae para el ejecutor.

Sin embargo, el punto de partida no es correcto. No es éste el lugar oportuno para profundizar en la esencia de la autoría mediata. Pero cabe señalar, anticipándolo, que justo al contrario la posibilidad de autoría mediata en estos casos se basa esencialmente en que el ejecutor domina el curso de la acción. Si fuera de otro modo, no cabría pensar que el dominio sobre el agente le procurara al sujeto de atrás directamente el dominio del propio hecho. Por expresarlo con una parábola: si un rey sojuzga a un virrey rebelde, sólo habrá conseguido por esa vía dominar la provincia de éste si el virrey a su vez tiene a la provincia bajo su poder. De no ser así, todo el operativo carecería de sentido y el rey tendría que conquistar la provincia "de propia mano".

c) *Consideraciones sistemáticas*

Esta postura de WELZEL también le hace entrar en conflicto con los fundamentos sistemáticos de su doctrina de la autoría. Así concibe la autoría como componente del injusto. En su Tratado señala, ya en las consideraciones preliminares a los parágrafos en que trata la doctrina de la autoría [13]: «La doctrina de la autoría pertenece a la del injusto, porque ya el injusto es de naturaleza personal. La teoría de la culpabilidad determina luego qué autor es responsable de su injusto.»

Pues bien, cuando WELZEL asigna al estado de necesidad el efecto de excluir el dominio del hecho o bien el "pleno" dominio del hecho y, por tanto, de excluir la autoría, ello cabe concebirlo suponiendo que o el dominio del hecho es un elemento de la culpabilidad o que el estado de necesidad excluye, con el dominio del hecho, al mismo tiempo el injusto. Por el contrario, representa una contradicción insalvable que WELZEL por una parte asigne la doctrina de la autoría al ámbito del injusto y por otra haga que entrañe

[12] *SJZ*, 1949, apdo. 650.
[13] 7.ª ed., p. 89.

la negación de la autoría una circunstancia que él mismo considera como causa de exclusión de la culpabilidad.

La única solución posible desde los fundamentos del sistema welzeliano reside en admitir que en un supuesto de hecho como éste el ejecutor directo ciertamente tiene dominio del hecho, pero comete el delito sin culpabilidad. Es autor, pero un autor inculpable.

Naturalmente ese argumento sólo tiene significado dentro del sistema, no pudiendo convencer a aquel que considere a la doctrina de la autoría realmente como problema de la culpabilidad o al estado de necesidad como causa de justificación. Estas cuestiones sistemáticas de gran calado se volverán a tratar en profundidad más adelante [14].

d) *Significado de las causas de exclusión de la culpabilidad*

Por último, la idea de WELZEL entraña, también en el ámbito de los §§ 52 y 54 StGB, consecuencias sumamente peculiares que difícilmente se ajustan a los fundamentos dogmáticos de la ley. Así, el § 54 StGB sería superfluo, pues los §§ 52 y 54 StGB coinciden en que el autor se ve forzado a actuar por la presión de una situación de peligro. Ahora bien, si en los casos del § 52 StGB al sujeto actuante le falta el dominio del hecho y la autoría, en el § 54 StGB debe ocurrir lo mismo. Si ello da la extraña impresión de que aquí hubiera que admitir un delito doloso en el que no hubiera autor, admitirlo supondría además degradar el § 54 StGB a la falta de significado, pues si en tales casos la punición ya decayera por falta de autor y, por tanto, del "centro de acción personal del injusto" [15], no se necesitaría el § 54 StGB. Es más, la significación autónoma del § 52 StGB se limitaría al ámbito de la complicidad. El que obra en estado de necesidad coactivo no sería, de entrada, autor, sino sólo cómplice del sujeto de detrás, y únicamente su complicidad se vería disculpada por el § 52 StGB. De hecho WELZEL habla aquí expresamente, como ya vimos, de "complicidad inculpable" [16].

Realmente el legislador no puede haber pretendido esto. En cualquier caso parece más cercano a la realidad admitir que los §§ 52 y 54 tienen la función de disculpar a un autor que obra antijurídicamente.

e) *Consideraciones relativas a la accesoriedad*

Finalmente, también consideraciones dogmático-prácticas hablan en favor de atribuir la autoría al coaccionado. Y es que en caso contrario no sería

[14] Cfr. pp. 327 ss.
[15] *Lehrb.*, 7.ª ed., p. 89.
[16] *Lehrb*, 7.ª ed., p. 91.

imaginable la participación, de mantenerse el principio de accesoriedad. No obstante, existe una necesidad objetiva de reconocerla, y ello no sólo en el § 54 StGB, sino también en los casos del estado de necesidad coactivo. Piénsese en el caso en que los viajeros A, B y C son secuestrados por unos bandidos, cuyo cabecilla amenaza de muerte a B si no mata a A. Al principio, B se niega, pero luego, persuadido por C, se resuelve a ejecutar el hecho. ¿Por qué, debido a que el cabecilla sea autor mediato, no va a poder ser C inductor? [17]. En todo caso, WELZEL tendría que aprobar esta calificación, ya que él considera posible también la inducción a una persona coaccionada en los términos del § 54 StGB [18], lo cual, a su vez, no estaría en armonía con la opinión de que el que obra coaccionado no es autor.

A la vista de todas estas circunstancias, habrá que considerar demostrado que también quien realiza el tipo de propia mano constreñido por coacción es autor en todo caso y posee el pleno dominio del hecho. La postura contraria, como hemos visto, no sólo forzaría el contenido material del concepto de dominio, sino que tampoco daría cuenta de la esencia de la autoría mediata, del requisito de coherencia sistemática, del significado autónomo de las causas de exclusión de la culpabilidad y de la problemática de la accesoriedad. Además, da impulso —quiéralo o no— a la tendencia de considerar autor al "principal culpable" en sentido criminológico o de acuñar en términos dogmáticos consideraciones sobre determinación de la pena.

Ya se puso de manifiesto más arriba [19] que éste no puede ser el sentido de la doctrina de la autoría.

De este resultado cabe extraer una conclusión más: si la realización de propia mano de un tipo en estado de necesidad disculpante no obsta para la autoría del agente, con mayor razón es señor del hecho y autor el que comete un delito en persona bajo una presión motivacional socialmente inadecuada, pero no excluyente de la culpabilidad. Así pues, estos supuestos no requieren tratamiento individualizado.

II. LA REALIZACIÓN DEL TIPO DOLOSA Y EXENTA DE COACCIÓN, PERO DISCULPADA

Así también se tiene preparado el terreno para contestar a la cuestión de cómo ha de tratarse, en el marco de la teoría del dominio del hecho, al inimputable, al menor, al que yerra sobre el carácter prohibido del hecho o al que está disculpado (fuera de los casos de estado de necesidad). Todos ellos, si actúan de propia mano y son capaces de realizar acciones dolosas

[17] Para fundamentación más en detalle, cfr. *infra*, pp. 170 ss.
[18] *Lehrb.*, 7.ª ed., p. 164.
[19] *Supra*, pp. 47-49.

en el sentido de la teoría de la culpabilidad, tienen el pleno dominio del hecho y son autores (si bien inculpables). La fundamentación resulta —*mutatis mutandis*— de las consideraciones expuestas más arriba acerca de los supuestos de estado de necesidad.

Para el caso de falta de consciencia de la antijuricidad —y en tanto que se mantenga la teoría de la culpabilidad— se añade un argumento más, puesto que a partir de sus fundamentos es indiscutido e indiscutible que al que obra sufriendo error de prohibición se le puede castigar como autor único doloso. Y en esta autoría del que yerra no puede cambiar nada por el hecho de que, dado un curso del hecho por lo demás igual, el que entrevé la situación jurídica haya ocasionado la comisión del delito por parte del agente que nada sospecha.

Ha de señalarse al respecto que afirmar, también en estos casos, la autoría del que obra directamente no prejuzga la respuesta a la cuestión de si la persona que eventualmente interpone a otro en el caso concreto es autor o partícipe. Así pues, aquel que induce a un niño, a un enfermo mental o a quien sufre error de prohibición, puede ser perfectamente autor mediato, según la postura que aquí se mantiene. Sobre ello se volverá más adelante [20]. Somos conscientes de que en esto nos oponemos frontalmente a WELZEL, con arreglo a cuya teoría, ya citada, la autoría mediata a través de un ejecutor que a su vez sea autor supone un "absurdo" [21].

§ 20. LA REALIZACIÓN DE PROPIA MANO Y DOLOSA DE ALGUNOS ELEMENTOS DEL TIPO

I. LA REALIZACIÓN DE MODALIDADES DEL DELITO Y LA REALIZACIÓN DE LA ACCIÓN TÍPICA

1. Estado de la cuestión

La cuestión de si se tiene el dominio del hecho en todas las circunstancias cuando no se realiza el tipo completo, pero sí alguno o varios de sus elementos, ha sido debatida escasamente hasta ahora [1]. MAURACH se manifiesta en sentido claramente afirmativo al señalar [2]: «No puede invocar haber tenido simple dolo de partícipe el que realiza un elemento del tipo... Quien realiza un elemento del tipo actúa con dominio del hecho merced a una presunción legal irrebatible: el hecho mata al hombre.» Análogamente, WELZEL [3] pro-

[20] Cfr. *infra*, pp. 216 ss. y 257 ss.; para fundamentarlo, *vid.* de momento *supra*, pp. 156-157.
[21] *SJZ*, 1947, apdo. 650.
[1] La sentencia *BGHSt*, 8, pp. 393-399 (*supra* pp. 116-118 ss., núm. x), que atribuye en general el carácter de autoría al homicidio de propia mano, no aborda la cuestión.
[2] *AT*, 2.ª ed., p. 516.
[3] *Lehrb.*, 7.ª ed., p. 98; asimismo, H. MAYER, *Lehrb.*, p. 315.

pugna considerar siempre autor a aquel que «sobre la base del plan común del hecho lleva a cabo una acción ejecutiva en sentido técnico» [4]. Por el contrario, MEZGER [5] y SCHÖNKE-SCHRÖDER [6] limitan la calificación de autoría necesaria a la realización de todos los elementos del tipo.

2. ¿Basta la realización de cualquier elemento del tipo?

La postura de que ya la realización de cualquier elemento típico convierte al agente en co-titular del dominio del hecho quizá vaya demasiado lejos. Seguramente en tales casos se dará autoría del agente porque la realización de una circunstancia del hecho vincula al ejecutor, ya desde la perspectiva de la figura legal del delito, tan estrechamente con el suceso que no va a podérsele negar que ocupe la posición central y, por tanto, la calificación de coautor [7]. Pero no tiene por qué ser así sin excepción.

Piénsese en el caso en que varios pretenden hurtar algo de la explanada vallada de una fábrica y dejar a uno de guardia, después de haber escalado la verja. El que queda de guardia puede desde luego ser coautor. Los partidarios de la teoría del dominio del hecho sostienen por lo general que en el enjuiciamiento de este tipo de funciones hay que atender a las circunstancias del caso concreto [8]. Si en cambio damos por supuesta la coautoría sin comprobar los detalles, no es muy convincente que en el ejemplo indicado haya que considerar autor al que se queda vigilando *eo ipso*, sin verificar las circunstancias de detalle, desviándonos de la regla, sólo porque también haya entrado con escalamiento en el espacio cerrado, realizando así un elemento del tipo.

Tal procedimiento sería demasiado formal y esquemático, y ello tanto desde el punto de vista de la valoración del legislador (a) como de la captación imparcial del sentido de los hechos que aquí aparecen (b).

a) Por lo que respecta a las intenciones del legislador, es seguro que al crear sus tipos cualificados no ha tenido en cuenta la delimitación entre autoría y participación. Ciertamente la descripción *completa* del delito se refiere al autor, como ya hemos visto. Pero no hay argumento en favor de que el legislador considere suficientemente significativo cualquier elemento típico individual como para caracterizar por sí solo la autoría. Antes al contrario, buen número de circunstancias agravantes —piénsese simplemente en las innominadas— están orientadas tan evidentemente a consi-

[4] Parece ser que se alude a la realización de cualquier elemento del tipo, no sólo de la acción típica en sentido propio, como se desprende de cotejar con *LB* (7.ª ed.), pp. 168 y 169.

[5] *LK*, 8.ª ed., § 47, nota 2b, p. 251.

[6] 10.ª ed., ante § 47, VIII, 5c, p. 246.

[7] Más adelante se abordarán en concreto los criterios aquí determinantes.

[8] Cfr. GALLAS, *Gutachten*, p. 137; MAURACH, *AT*, 2.ª ed., p. 517 (§ 49, II, C, *in fine*).

deraciones sobre merecimiento de pena que por eso mismo no poseen significado alguno para la doctrina de la autoría. Así pues, no cabe suscribir la postura de MAURACH, que en caso de realización de un elemento del tipo supone sin más una presunción legal irrebatible de autoría, por no hablar de que la autoría ha de basarse en la posición real del interviniente en el suceso de la acción y no en meras presunciones.

b) El mismo resultado obtenemos apartándonos de la ley y atendiendo únicamente al contenido de sentido de los fenómenos externos. Aquel que, en nuestro ejemplo, se queda vigilando en la explanada de la fábrica puede ser coautor o no serlo. Pero es evidente que el juicio sobre esta cuestión no puede depender de si la vigilancia se realiza a este o a aquel lado de la verja, pues ello se rige por los datos espaciales y materiales y para los partícipes supone una mera cuestión de eficacia que carece de la menor influencia sobre la posición del cooperador en el suceso completo. Si el vigilante es coautor, desde luego no lo es porque haya realizado un elemento del tipo; más bien obedecerá a otros criterios, que se tratarán más adelante [9]. Así pues, la distinción que se atuviera al punto de vista mencionado sería un "sinsentido" desde el punto de vista de la propia realidad.

3. El significado de la acción típica

Por otra parte, sería a su vez demasiado estricto pretender considerar necesariamente decisivo para la delimitación del dominio del hecho el alcance de la aportación externa al hecho sólo en los casos en que el agente realiza de propia mano el tipo completo. Y es que de la pluralidad de elementos del tipo se destaca un grupo que caracteriza el curso del hecho en especial medida: la verdadera acción típica, que ha de separarse del lugar, del tiempo y de las demás modalidades del delito; esto es: el sustraer, matar, envenenar, engañar, amenazar, etc. A mi juicio, quien realiza estas acciones personalmente es siempre autor, aun cuando se haya sometido en su interior a otro, coopere en interés ajeno y no realice en persona otros elementos del tipo. Por continuar con nuestro ejemplo: aunque sólo uno de los ladrones escale la verja y abra luego la puerta desde dentro, de manera que los demás accedan al recinto sin escalamiento, todos ellos, en tanto que simplemente sustraen objetos, son autores de hurto cualificado [10]. Esta postura se justifica por la idea de que la acción ejecutiva describe el núcleo delictivo del tipo en cuestión, de manera que su realización impulsa al agente innegablemente al centro del acontecer típico, confiriéndole el dominio del hecho.

[9] Cfr. al respecto, por extenso, *infra*, pp. 310 ss.

[10] Se presupone que el robo con escalamiento —en contra de *RGSt*, 24, pp. 86-89— no es delito de propia mano y que se da el tipo subjetivo. Las cuestiones ahí existentes se abordarán *infra* en detalle; cfr. pp. 369 ss. y 443 ss.

Así pues, hay que distinguir: quien lleva a cabo por sí mismo la acción ejecutiva típica es siempre autor. Quien realiza otro elemento del tipo no es ya por eso autor. La cuestión de si es coautor ha de contestarse con arreglo a otros puntos de vista, a los que ahora no vamos a referirnos en este contexto.

II. EL ERROR SOBRE ELEMENTOS DE LA SITUACIÓN RELEVANTES PARA EL INJUSTO

Distinta es la cuestión en los supuestos en los que el sujeto actuante, por no entrever adecuadamente el supuesto de hecho, supone erróneamente circunstancias excluyentes del injusto. El que obra, por ejemplo, en legítima defensa putativa nunca es autor del § 212 StGB (homicidio), aun cuando haya abatido a otro voluntariamente, realizando así dolosamente y de propia mano un elemento esencial del tipo.

Lo cual se deriva de la doctrina del error: si se atribuye eficacia excluyente del dolo a tal representación errónea, para la cuestión de la autoría se deduce que no cabe atribuir el dominio del hecho característico del autor doloso a quien actúa de este modo. Sólo cabe llegar a solución distinta si, con la teoría estricta de la culpabilidad —como entre los partidarios de la teoría del dominio del hecho sostienen WELZEL, MAURACH, NIESE y, con ciertas modificaciones, también GALLAS— [11] se estima aquí error de prohibición.

No es posible en este lugar tratar con más profundidad las cuestiones conexas, relativas en lo esencial a la doctrina del tipo y del error. En otro lugar [12] me he ocupado de ello en profundidad y debo remitirme a esa obra en lo que respecta a la fundamentación de la teoría limitada de la culpabilidad. El debate doctrinal surte efectos prácticos en la doctrina de la autoría sólo en la medida en que el dominio del hecho del que actúa directamente en estos casos abre la posibilidad de castigar al que da lugar a esa actuación como inductor en lugar de como autor mediato. En tanto que al dirimir esta cuestión surjan aspectos especiales, que trasciendan la doctrina del error, se tratará de ellos al debatir la autoría mediata. A ese lugar nos remitimos también desde aquí [13].

[11] Con respecto a GALLAS, cfr. *ZStW*, t. 67, pp. 27 ss. y 45 y 46, nota 89.

[12] En mi obra *Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale*, Hamburgo, 1959; asimismo en *MSchr Krim (Tesar-Festschrift)*, pp. 211 ss.

[13] Cfr. *infra*, pp. 228 ss.

CAPÍTULO SEXTO

EL DOMINIO DE LA VOLUNTAD

Entre las cuestiones más debatidas desde siempre se encuentra la de si (y cómo) es posible y fundamentable que pueda ser autor aquel que no ha ejecutado el hecho por sí mismo. Para los partidarios consecuentes de la teoría objetivo-formal el fenómeno de la comisión "mediata" del delito no ha pasado de ser un caso de autoría "impropia" o "ficticia", de la que se esperaba, introduciendo la accesoriedad limitada, poder volver a encuadrarla en el ámbito de la inducción. Inversamente, la teoría extensiva pudo fácilmente someter estos casos a su concepto de autor, circunstancia que contribuyó decisivamente a su nacimiento y difusión; pero sólo lo consiguió al precio de nivelar todas las formas de participación, lo que consecuentemente habría tenido que conducir al concepto unitario de autor.

En esta situación, la teoría del dominio del hecho —preparada por la teoría de la preponderancia de HEGLER— debió estimarse como un progreso decisivo, pues permitía concebir como auténticos casos de autoría los supuestos típicos de autoría mediata (como, por ejemplo, la realización del resultado mediante la creación de un estado de necesidad coactivo o el aprovechamiento de un error), sin poner en peligro la delimitación con la participación y sin reducir la autoría a una mera causación. Así se explica que incluso autores como ENGISCH o SCHRÖDER, que se enfrentan con escepticismo a la teoría del dominio del hecho, reconozcan en este punto su utilidad [1].

En efecto, ya la circunstancia de que la figura jurídica de la autoría mediata, aunque durante decenios apenas se pudiera fundamentar, se haya reafirmado frente a todas las teorías, indica que está basada en una razón objetiva independiente de todas las construcciones, es decir, que no constituye un mero supuesto vergonzante de inducción y que consiste en algo más que en la causación común a todas las formas de participación. También nuestro principio metodológico de la figura central apunta en la misma direc-

[1] ENGISCH, *ZStW*, t. 66, 1954, p. 383; SCHRÖDER, en *Schönke-Schröder*, 10.ª ed., VIII, 5, b, ante § 47, p. 245.

ción, pues una coacción o el empleo de aquel que está sufriendo un error convierte al sujeto de detrás en la figura clave del suceso de modo distinto a que si se hubiera limitado a determinar o simplemente a aconsejar. Es evidente que aquí, al igual que en los casos de dominio de la acción, la idea del dominio del hecho resume en una fórmula una solución válida y correcta. Naturalmente, lo decisivo reside en determinar cómo se llena de contenido con vida este concepto. Nuestra exposición va a poner de manifiesto que precisamente en este ámbito los partidarios de la teoría del dominio del hecho en la mayoría de las cuestiones —cuando las han debatido— obtienen resultados absolutamente divergentes. La coincidencia no llega mucho más allá de la fórmula indeterminada del dominio, que lo único que significa es lo sabido desde siempre.

Antes de abordar las cuestiones concretas debemos tener presente que las situaciones que aquí vienen en consideración se distinguen esencialmente desde el punto de vista estructural del "dominio de la acción" tratado más arriba. Mientras que allí la realización de la acción típica de propia mano fundamenta la autoría, aquí se trata de casos en los que falta precisamente la "acción" ejecutiva del sujeto de detrás y el dominio del hecho sólo puede basarse en el poder de la voluntad rectora. Por eso, allí donde haya que afirmar el dominio del hecho hablamos de "dominio de la voluntad" en el autor.

Intentando apreciar algún orden en la pluralidad de sus manifestaciones tradicionales resultan distintos grupos de casos: el dominio del hecho en virtud de poder volitivo configurador del curso del hecho cabe imaginarlo mediante la utilización de un agente no libre, es decir, ejerciendo una considerable presión motivadora sobre el ejecutor (§ 21); también, si el sujeto de detrás se sirve de quien sufre un error, o sea, se encuentra en situación de superioridad intelectual *in concreto* con respecto al que obra directamente (§ 22); asimismo, si se da la combinación de elementos de superioridad psíquicos e intelectuales, como la que existe en la relación con menores o enfermos mentales (§ 23); además, en los casos hasta ahora poco tratados en que el sujeto de detrás, con auxilio del poder superior de un aparato organizativo que tiene a su disposición, domina el curso del suceso (§ 24); por último, ha de comprobarse si las figuras (que no dejan de aparecer en doctrina y jurisprudencia) del llamado "instrumento doloso" pueden justificarse mediante la idea del dominio del hecho (§ 25).

Esta clasificación un poco burda, al abordar una descripción más precisa, va a hacer aparecer una pluralidad de más variedades que requerirán tratamiento singular. Sólo en el curso de esas disquisiciones puede ponerse de manifiesto si hay elementos estructurales de la autoría que subyazgan con carácter unitario a las variadas manifestaciones de posible dominio de la voluntad y permitan una síntesis generalizadora.

§ 21. EL DOMINIO DE LA VOLUNTAD EN VIRTUD DE COACCIÓN

Aquí los casos necesitan ulterior diferenciación: en primer plano se encuentra el supuesto académico del estado de necesidad coactivo (I); a su lado, aparecen algunos casos particulares del ámbito del estado de necesidad simple, § 54 StGB (II); asimismo, el estado de necesidad supralegal exculpante (III), las situaciones análogas al estado de necesidad (IV) y algunas relaciones de obediencia militar (V).

I. EL ESTADO DE NECESIDAD COACTIVO (§ 52 StGB)

1. Dominio del hecho del coaccionante y del coaccionado

Allí donde se reconoce la autoría mediata se encuadra en ella este caso. Y —anticipando el resultado que en seguida va a fundamentarse— con razón: Si en un estado de necesidad coactivo buscamos la figura central del suceso en forma de acción y la persona que "tiene en sus manos" el curso del hecho, este criterio se ajusta perfectamente al sujeto de detrás. Bien es verdad, como hemos visto, que también el ejecutor directo tiene dominio del hecho [1]. Pero en ello no hay contradicción, como cree WELZEL. Más bien esta apreciación es la que pone de manifiesto de qué manera en este grupo de casos el poder de la voluntad, sin intervención de propia mano en la realización, puede entrañar el dominio del hecho. Y es que el que coacciona domina directamente sólo al coaccionado. Sólo porque el coaccionado, a su vez, merced a su actuar, tiene en sus manos el curso del hecho, domina el sujeto de detrás el propio hecho. Puede afirmarse que el dominio de la voluntad sobre el titular del dominio de la acción fundamenta el dominio del hecho.

Ésta no es una autoría compartida, como la que entraña la coautoría, sino una plena autoría doble [2]. Contemplando la realización del tipo, ambos intervinientes se encuentran en el centro, sobre la base de criterios de imputación contrapuestos; uno, en virtud de su hacer; el otro, en virtud de su poder de voluntad, es decir, porque en la acción del ejecutor directo está surtiendo efecto como factor impulsor y configurador la voluntad del sujeto de detrás. Así pues, ha de contestarse afirmativamente la tan debatida cuestión de si existe el autor de detrás del autor.

---

[1] Cfr. al respecto y sobre lo siguiente *supra*, pp. 153-159.

[2] En términos semejantes, si bien no con la misma fundamentación, GALLAS, *Gutachten*, pp. 133 ss.

2. La influencia volitiva no es dominio de la voluntad

Ahora bien, cuanto más clara sea la estructura de un "dominio de la voluntad" así, en el que se interpone el dominio de la acción por parte de otro, más requiere ulterior precisión el *contenido* de este concepto, pues al igual que en el "dominio de la acción" (que está caracterizado ampliamente por medio de la descripción típica), aquí tampoco podemos dejarnos llevar por la plasticidad del término "dominio de la voluntad". Más bien ha de indicarse en concreto con qué requisitos cabe hablar de que alguien "domina" al ejecutor, avanzando así hasta situarse en el centro del suceder.

Al efecto hay que señalar en principio que "dominio del hecho" no significa lo mismo que "influencia volitiva". No todo aquel que ejerce influjo más o menos intenso sobre la resolución del que ejecuta directamente domina ya por eso el hecho, puesto que tal influencia la tienen igualmente el inductor y el cómplice que corrompen al agente y le apoyan con consejos. Si no se quiere degradar hasta lo insignificante la participación, apartándose de las metas en que pensó el legislador, ha de interpretarse el concepto de "dominio" como puede entenderse con arreglo simplemente al tenor literal y al contenido de sentido social: hay que limitarlo a los casos en que la decisión determinante y última sobre lo que debe ocurrir reside en el sujeto de detrás. Siempre que al ejecutor directo le quede libertad de decidir, la influencia del sujeto de detrás no puede ascender al "dominio" cuya existencia, de acuerdo con la teoría del dominio del hecho, debe constituir un requisito de la autoría.

Este excluir la influencia de la voluntad del ámbito del "dominio", exigido tanto por la teleología de la ley como por los contextos de sentido previos dados, veda considerar el estado de necesidad coactivo como mera manifestación de un concepto de dominio del hecho más amplio, comprensivo también de la determinación común. Por eso, cuando LANGE [3] habla de «dominio del hecho» en la «determinación a otro que realiza el tipo dolosamente, a pesar de tener éste también voluntad de autor», y cuando aduce como «ejemplo canónico» la tan citada sentencia RGSt 74, 84 [4], en la que considera autora mediata a la madre que determinó, se basa en un entendimiento incorrecto del concepto de dominio del hecho que no da cuenta de la esencia del dominio de la voluntad. Sobre ello se volverá a tratar en otros contextos.

3. Criterios del dominio de la voluntad

En la delimitación del dominio de la voluntad se plantea, sin embargo, otra cuestión importante, la de cuándo puede admitirse, en el caso concreto,

[3] KOHL-LANGE, 42.ª y 43.ª eds., ante § 47, 5, B, 2, f, p. 162.
[4] Cfr. al respecto *supra*, pp. 73, 74, 101 y 116.

que la voluntad "última" y "determinante" reside en el sujeto de detrás. La admisión acrítica de que en todas las situaciones disculpadas con arreglo al § 52 StGB el sujeto de detrás "domina" al coaccionado requiere de verificación cuidadosa y no puede darse por supuesta como algo evidente.

¿No ocurre más bien que el coaccionado podría haber soportado la violencia o la intimidación que se le infligía, incumbiéndole a él la decisión última sobre lo que debía ocurrir? Aun dando por sentado que bajo la presión del peligro de muerte cabe llegar a reacciones instintivas de pánico [5] cercanas a la inimputabilidad, en las que ha de rechazarse el carácter de "decisión" personal, por otra parte, tampoco puede negarse que hay muchos casos en que le queda al coaccionado la posibilidad de decidir libremente. Imagínese que el coaccionado esté decidido a morir, o que el peligro afecte a un allegado, o piénsese que determinados grupos de personas (soldados, bomberos, etc.) están jurídicamente obligados a soportar peligros graves, exigencia que carecería de sentido si no tuvieran la posibilidad de optar por un comportamiento conforme a la norma.

A partir de consideraciones análogas, recientemente Armin KAUFMANN [6], en conexión con otra serie de autores [7], ha deducido que, dados los requisitos del estado de necesidad, no se ve «afectada la capacidad de formar la voluntad conforme a la norma» [8]. En este contexto no aborda cuestiones de participación, pero después sustenta, sin fundamentarla, la postura de que el sujeto de detrás que coacciona, con arreglo a la teoría del dominio del hecho, es "siempre inductor" [9] [10]. Cabe suponer que esta postura, no defendida por ningún otro partidario de la teoría del dominio del hecho, es consecuencia de la libertad de decisión del coaccionado, que, en su opinión, sigue existiendo.

Esta tesis parece poner en serias dificultades a la teoría del dominio del hecho, pues aun considerando demasiado unilateral la postura de KAUFMANN y esgrimiendo que hay situaciones en las que el coaccionado ya no puede adopar decisión libre alguna —así ocurrirá en casos de tormento prolongado—, el problema sigue existiendo para los demás supuestos. Así pues, no siendo raro que en el estado de necesidad coactivo el agente tenga aún "en sus propias manos" la decisión última sobre lo que va a ocurrir, difícilmente puede rechazarse la idea de que no existe dominio del hecho del sujeto de detrás en el sentido antes caracterizado.

[5] Cfr. al respecto BRAUNECK, *GA*, 1959, p. 269, que lo considera como "imagen típica" del estado de necesidad.
[6] *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, pp. 153 ss. (en lo sucesivo, *UD*).
[7] Cfr. KAUFMANN, *UD*, p. 154, nota 162.
[8] *UD*, p. 155.
[9] *UD*, p. 165, nota 187.
[10] Cómo es que KAUFMANN, que rechaza expresamente la autoría mediata, puede llegar al resultado de que junto a la inducción se da "por lo general también coautoría" no se colige de sus escasas indicaciones. Posiblemente se alude a los supuestos en que el que coacciona tambien coopera de propia mano en la ejecución.

Si se extrae esa conclusión, hay dos consecuencias entre las que optar: o bien puede llegarse al resultado de que, frente a la opinión casi unánime de doctrina y jurisprudencia, en el estado de necesidad coactivo no puede admitirse con carácter general la autoría mediata del sujeto de detrás, sino que hay que verificar caso por caso en qué medida el coaccionado poseía la capacidad para decidir autónomamente, de manera que se dará, en función de ello, autoría o inducción, o bien, de pretender mantenerse en admitir autoría mediata sin excepciones, debería llegarse a la idea de que los problemas de autoría del estado de necesidad coactivo no cabe solucionarlos satisfactoriamente mediante la teoría del dominio del hecho, frente a todas las concepciones mantenidas hasta ahora. Así pues, sería incorrecta o bien la postura, afianzada desde hace tiempo, de la autoría mediata, o bien la propia teoría del dominio del hecho.

Obviamente, la alternativa se plantea solamente si es cierta la premisa, esto es, si el dominio de la voluntad por parte del sujeto de detrás es exclusivamente una cuestión que se dirime psicológicamente. Esta concepción, que en lo sucesivo nos va a salir al encuentro con más frecuencia aún, convertiría la verificación procesal del dominio de la voluntad en asunto de peritos psicólogos, de manera que obtendríamos un concepto de dominio del hecho "propio de las ciencias naturales".

La cuestión de si un "poder" psíquico en tal sentido puede indagarse con suficiente seguridad y las dificultades dogmáticas, ya citadas, que entrañaría este proceder, se van a citar sólo de pasada. Lo determinante es que una formación de conceptos así es incorrecta ya desde el punto de partida metodológico: los datos empíricos (aquí, la demostrable presión motivacional de determinadas situaciones) son ciertamente esenciales para la regulación jurídica, porque prestan obviedad y cercanía a la realidad al concepto de dominio del hecho; pero no pueden determinar el contenido del "dominio" por sí solos, ya que el significado jurídico de un suceso no puede obtenerse del mero dato psíquico, sino sólo por la referencia a los contextos de sentido legales. Así pues, debe llegarse aquí a una síntesis de ambos modos de considerar, cuyos requisitos se han expuesto *supra* [11] en general para la teoría de la autoría, los cuales ahora se trata simplemente de aplicar al caso concreto.

Entonces se deduce que el concepto de dominio de la voluntad no ha de entenderse en primer lugar psicológicamente, sino interpretarse sobre la base de las experiencias existentes acerca de la capacidad de resistencia humana contra la violencia y la intimidación, de manera que satisfaga la figura rectora de la ley. Si partimos de que el legislador quiere considerar autor a la figura central del suceso de la acción y si suponemos además que la idea del dominio del hecho atribuye esta posición central a aquel que tiene "en sus manos" el suceso, debemos consiguientemente preguntarnos

[11] Pp. 36-42.

si la ley nos proporciona puntos de apoyo sobre cuándo entiende realizados estos requisitos. Tales puntos de apoyo existen efectivamente, puesto que si el legislador exime de responsabilidad al ejecutor directo —con independencia de su situación anímica en el caso concreto— y le permite sustraerse a la pena por la vía de la resistencia mínima, ello sólo cabe entenderlo en el sentido de que en esta situación considera el suceso en manos del sujeto de detrás y le hace colocarse juntamente en la posición central del curso de la acción. Por tanto, el legislador, cuando la presión motivacional ha alcanzado, conforme a la experiencia, cierta intensidad, cambia de punto de vista y atribuye la responsabilidad sólo al sujeto de detrás, que se convierte así en figura principal del suceso de la acción. A mi juicio, es indudable que la ley se basa en esta concepción.

También es de todo punto adecuado materialmente entender el concepto de dominio de manera que se integre en esta concepción. No hay norma social previamente dada que nos obligue a concebirlo de modo psicologizante, de tal manera que sea aplicable sólo cuando se dé la plena falta de voluntad del ejecutor. Más bien parece absolutamente razonable hablar de "dominio" (en armonía con la idea básica de la ley) allí donde la influencia del sujeto de detrás es de tal género que el Derecho penal exime de responsabilidad al que actúa directamente. Así pues, el concepto de dominio de la voluntad no está orientado a la situación psíquica, sino a la responsabilidad, categoría que, por los motivos expuestos, es capaz de dar cuenta mejor del sentido jurídico del acontecer que un procedimiento meramente psicologizante. La decisión "determinante" y, consiguientemente, el dominio de la voluntad, tal como ha de entenderse con arreglo a la ley, reside, pues, en el sujeto de detrás no sólo cuando al agente ya no le es posible, desde el puro punto de vista psíquico, una decisión autónoma, sino cuando el Derecho penal ya no la exige de él.

Para nuestro procedimiento descriptivo cuanto antecede tiene a su vez la consecuencia feliz de que podemos recurrir a la conformación que el principio de responsabilidad ha experimentado en el marco del § 52 StGB, por medio de la ley, la jurisprudencia y la doctrina. De ahí se derivan soluciones meticulosamente diferenciadas: si, por ejemplo, ciertos grupos de personas o aquellos que han llegado a una situación de estado de necesidad por propia culpa tienen que desplegar mayor resistencia para verse exculpados, hay que plantear entonces mayores exigencias al dominio de la voluntad. Así pues, un comportamiento que en otro caso daría lugar a autoría mediata, aquí quizá sólo fundamente inducción. Con toda razón tiene lugar aquí, a pesar de la misma acción psíquica, distinto enjuiciamiento: el que quien determina se encuentre en el centro del acontecer o no, no se rige exclusivamente por criterios psicológicos, sino que depende de si al agente se le exime de responsabilidad merced al sujeto de detrás. Nuestra solución permite simultáneamente (con auxilio del principio regulativo de la exigi-

bilidad, que desempeña una papel relevante en la eximente del § 52 StGB) mantener abierta una zona marginal para la valoración judicial de casos individuales también en la delimitación entre autoría mediata e inducción.

Por último, en este supuesto relativamente sencillo de autoría mediata se manifiesta también un fenómeno al que ya se aludió *supra* [12] en general: que precisamente la elaboración judicial de los datos previos empíricos a su vez vuelve a ejercer influencia en los fundamentos materiales de la valoración jurídica, lo que aquí significa que repercute en la situación psíquica de los intervinientes. Y es que si el coaccionado no tiene por qué temer consecuencias penales va a seguir al sujeto de detrás más sin voluntad propia que si el temor a la punición le forzara a emplear toda su capacidad volitiva. En el primer caso, pues, el dominio sobre otro será a menudo más fácil, en términos puramente fácticos, que en el segundo. También desde este punto de vista se evidencia como razonable la correlación entre desplazamiento de responsabilidad y dominio de la voluntad.

De ahí se obtiene el resultado de que aquel que simplemente ejerce sobre el agente directo influencia más o menos intensa, no tiene el dominio en sentido jurídico, porque se mantiene la responsabilidad en el ejecutor. Pero a quien influye en otro de manera que éste *de iure* se ve exonerado de responsabilidad, ha de considerársele titular del dominio de la voluntad. Así pues, en el estado de necesidad coactivo el sujeto de detrás (en contra de Armin KAUFMANN y coincidiendo con la doctrina dominante) ha de ser considerado en todos los casos aquí debatidos como señor del hecho y autor mediato.

Esta interpretación del concepto del dominio del hecho, la única que se ajusta a los fundamentos legales, va a conducir en lo sucesivo a relevantes descubrimientos.

4. Supuestos de participación en el estado de necesidad coactivo

Sin embargo, la postura aquí mantenida no excluye en absoluto la posibilidad de participación incluso en el marco del § 52 StGB. Basta con que recurramos al ejemplo ya aducido *supra* [13]: A, B y C son capturados por una banda cuyo cabecilla D amenaza de muerte a B si no mata a A. B se niega al principio, pero luego se ve persuadido por C a decidirse a realizar el delito.

En estos casos, B actúa de modo exculpado; pero no merced a C, sino en virtud de la situación de necesidad creada por D. Por esta razón tampoco existe motivo para que el legislador considere a C como figura clave del suceso, junto a D. El exiguo espacio que aún le quedaba a B para decidir

[12] P. 42.
[13] P. 158.

autónomamente, a pesar de la intimidación de D, no fue ulteriormente reducido por C, de manera que la decisión de realizar el hecho por parte de B, sobre la base de la situación ya existente, ha de ser considerada como "libre" en relación con C. Por eso C sólo puede ser inductor.

Esta solución, evidente asimismo para el sentimiento jurídico [14], sólo es posible, de entrada, si se sigue el concepto de dominio del hecho aquí desarrollado en entender que B es igualmente autor [15], apartándose además del concepto estrictamente psicológico del dominio de la voluntad, puesto que resaltando exclusivamente el "poder" anímico es difícil de imaginar que B haya actuado, en relación con un solo hecho, a la vez "libremente" y "no libremente". Ante todo, cabría objetar que B, si sólo se sintió movido a realizar el tipo por la persuasión de C, precisamente había resistido frente a D, demostrando así su "libertad", mientras que sólo al final cedió ante las palabras de C. Pero no se trata de esto, pues la situación coactiva fue creada por D, y eso sólo basta para hacer aparecer a B como dominado por él, al margen de cómo éste se situara al respecto internamente.

II. EL ESTADO DE NECESIDAD SIMPLE (§ 54 StGB)

Aquí no va a aparecer por lo general el problema de la autoría mediata, porque el agente no se ve en la situación coactiva por una persona sino por la fuerza de los acontecimientos. Sin embargo, algunos casos particulares han de examinarse con más detalle desde el punto de vista del dominio del hecho, y son los dos siguientes:

1. La realización dolosa de un estado de necesidad del § 54 StGB

Alguien introduce dolosamente a otro en una situación en que se dan los requisitos del § 54 StGB, al objeto de determinarlo a cometer un delito. Por ejemplo, ocasiona el hundimiento de un bote a fin de que el más fuerte de los dos tripulantes aparte de un empujón al más débil de la tabla de Carnéades, capaz de mantener a una sola persona a flote, abocándole a una muerte segura.

Aquí hay que estimar la autoría mediata. El supuesto está muy próximo al estado de necesidad coactivo; incluso, con una interpretación generosa (¿coacción mediante fuerza irresistible?), cabría subsumirlo en el § 52 StGB. Pero sea como sea, en cualquier caso el sujeto de detrás ha manipulado el suceso y conducido al agente directo a una situación que limita la libertad de decisión

[14] En definitiva, también MAURACH, *AT*, 2.ª ed., § 48, II, C, p. 502.
[15] Al respecto, pormenorizadamente, *supra*, pp. 153-159.

de tal manera que el legislador le exime de responsabilidad por esa decisión. Así pues, el dominio de la voluntad reside en el sujeto de detrás [16].

2. El ocasionamiento del hecho o el auxilio, concurriendo una situación de necesidad

El segundo supuesto, más importante en la práctica, es el de aquel que aprovecha una situación de necesidad no creada por él para conseguir un resultado que desea a través de aquel que experimenta la situación de necesidad, bien sea determinando el comportamiento de éste, bien sea auxiliándole. Por modificar una vez más el caso de Carnéades original: un náufrago ha conseguido salvarse aferrándose a una tabla que sólo puede sustentarle a él. Un tercero determina a otro náufrago a arrebatar la tabla al primero o le auxilia a tal efecto, por ejemplo proporcionándole un arma.

Se discute a qué solución lleva la teoría del dominio del hecho en este supuesto. Para GALLAS, hay autoría mediata [17]: «La preponderancia del sujeto de detrás subsiste aun cuando éste no la consiga por sí mismo, sino que sólo la aproveche: el ejecutor directo, como consecuencia de la situación de necesidad..., no es capaz de contraponer a la tentación por parte del sujeto de detrás la resistencia que de él se exige en los demás casos y por eso está "en sus manos"» [18]. Ciertamente añade que cabe preguntarse por la exculpación incluso del sujeto de detrás cuando éste actúa en interés del que se encuentra en estado de necesidad [19]; pero esto no modifica nada el hecho de que para GALLAS este supuesto, por su estructura, debe encuadrarse en la autoría mediata.

Por el contrario, WELZEL [20], MAURACH [21] y BOCKELMANN [22], sin fundamentarlo particularmente, dan por sentado que para la teoría del dominio del hecho aquí existe un caso de mera participación.

A mi juicio, el resultado correcto se encuentra en el justo medio:

[16] En definitiva, asimismo, GALLAS, *Gutachten,* p. 134; MAURACH, *AT,* 2.ª ed., § 48, II, C, p. 502.

[17] *Gutachten,* p. 134.

[18] GALLAS señala además que de la regulación estrictamente accesoria de la inducción se desprende que aquí se da autoría mediata tambien según la valoración legal, partiendo de la situación jurídica existente con anterioridad al Reglamento (VO) de 29 de mayo de 1943. A la vista de la situación jurídica actual, sin embargo, no se aprecia bien el significado de este argumento, pues en la valoración del legislador ahora determinante se renuncia precisamente a la necesidad de hecho principal culpable, de manera que en esta medida nada se opondría a estimar inducción.

[19] *Op. cit.,* nota 44; la cuestión es igualmente muy controvertida, pero no de importancia decisiva para la problemática de la autoría; en pro de la exclusión general de responsabilidad del sujeto de detrás, MAURACH, *AT,* 2.ª ed., § 33, III, 5, A, p. 310; en favor de castigar al *extraneus,* por el contrario, la doctrina dominante cfr., por ejemplo, KOHL-LANGE, 42.ª y 43.ª eds., § 54, I, 4; WELZEL, 7.ª ed., p. 164; BOCKELMANN, *Untersuchungen,* p. 86; SCHÖNKE-SCHRÖDER, 10.ª ed., § 54, III, 5, p. 331.

[20] *Lehrb.,* 7.ª ed., p. 164.

[21] *Lehrb., AT,* 2.ª ed., § 48, II, C, p. 502.

[22] *Untersuchungen,* p. 86.

a) *La incitación al autor en estado de necesidad*

Si el tercero meramente incita a uno a que se salve a costa de otro y si éste hace caso del consejo, ha de negarse el dominio del hecho por parte del que determinó. Bien es verdad que el ejecutor actúa sin posibilidad de decisión "libre" en el sentido de la ley; pero de la responsabilidad penal no se le exime por el dominio del sujeto de detrás, sino a causa de la fuerza de las circunstancias externas, no sometidas al control del instigador. La situación en la que uno sólo puede salvar la propia vida a costa de la de otro es completamente independiente con respecto al tercero, y sólo ella fundamenta la situación coactiva anímica que entraña la exculpación del agente. Pero como el dominio del hecho presupone que el dominio de la voluntad resida en el sujeto de detrás, éste no puede darse cuando la presión motivacional no surge de él, sino de otras circunstancias.

De todos modos, tiene razón GALLAS al señalar que el incitado va a ceder a la "tentación" del sujeto de detrás en su situación de necesidad mucho antes de lo que lo haría en otro caso. Pero ello no importa: si el agente no estuviera disculpado, las sugestiones del sujeto de detrás, que carecen de influencia sobre la situación externa, no podrían exonerarlo de responsabilidad. Así pues, aquí no se corresponden la exclusión de responsabilidad del agente y la responsabilidad del sujeto de detrás por la situación coactiva. En esta medida el ejemplo coincide con el caso de participación en el § 52 StGB tratado *supra* [23]. En términos puramente fáctico-psicológicos puede ocurrir, naturalmente, que una incitación le dé al que vacilaba en su decisión justo el empujón que le faltaba. Pero ya sabemos que el dominio de la voluntad, correctamente entendido, no depende de eso.

b) *La modificación de la situación en favor del autor en estado de necesidad*

No obstante, de otro modo ocurre cuando el tercero es el que procura al que ha incurrido en situación de necesidad sin proponérselo la posibilidad de ponerse a buen recaudo a costa de otro; cuando, por ejemplo, pone a su disposición una pistola para poder abatir al que tiene la tabla y que en otro caso no estaría en peligro. El supuesto merece un tratamiento especial, porque aquí la intervención no carece de importancia para la situación externa, sino que modifica la situación objetiva al dar a quien se encuentra en peligro la posibilidad (que hasta entonces no tenía) de realizar el delito en estado de necesidad. Así, la situación se aproxima al § 52 StGB. Mientras que allí el propio sujeto de detrás pone en peligro al ejecutor, haciéndole elegir entre realizar un tipo delictivo o padecer daños, aquí, aprovechando

[23] Cfr. pp. 170-171.

una situación de peligro preexistente, le sitúa justamente ante la misma alternativa. Ahí reside a la vez la divergencia decisiva con respecto al supuesto antes tratado, en el que tuvimos que negar al tercero el dominio del hecho. Bien es verdad que en ambos casos el peligro ha surgido sin intervención del sujeto de detrás, pero cuando el instigador no altera la situación externa, ya preexiste el peligro para la víctima del estado de necesidad y, por tanto, la situación interna de conflicto que puede entrañar la exculpación por el § 54 StGB. Por el contrario, aquí es creada por el sujeto de detrás. Esta circunstancia lo convierte en titular del dominio de la voluntad, pues el tercero coloca al agente directo en una situación en la que éste, sin ser penalmente responsable de su decisión, se ve determinado a un homicidio antijurídico. La decisión determinante para la postura aquí defendida, esto es, la única por la que ha de responderse ante el foro del Derecho, y consiguientemente el dominio del hecho, residen en el sujeto de detrás. Modificando la situación externa, mediante lo cual se procura una preponderancia con respecto al otro, el sujeto de detrás hace las veces del destino, exactamente igual que si, sin dar el rodeo por el autor en estado de necesidad, interviniera él personalmente y abatiera al náufrago ya seguro a fin de procurar la tabla de salvación al otro náufrago.

Este juicio es independiente de la cuestión de los motivos por los que haya actuado el sujeto de detrás. Éste posee el dominio de la voluntad tanto si quiere perjudicar a su enemigo sirviéndose del que está disculpado por el estado de necesidad como si sólo pretende salvar a su amigo. En uno y otro caso ha ocasionado la muerte de una persona por su poder de voluntad. Seguramente el segundo caso ha de enjuiciarse más benignamente; pero también entonces el tercero, en aras de su amigo, ha matado a otro, arrogándose una función de juez sobre la vida y la muerte que no le incumbe [24]. Aun cuando se pretendiera, con GALLAS, admitir la exculpación también del sujeto de detrás —lo que es difícil de fundamentar en la ley y a mi juicio ni siquiera es político-criminalmente deseable—, seguiría siendo autor mediato (si bien disculpado), puesto que ha creado la posibilidad de una realización típica en la que el agente ya no es capaz de decidir responsablemente.

Igualmente es irrelevante, en este contexto, que el tercero tenga voluntad de autor o de partícipe en el sentido de la teoría del dolo. Aunque deje el uso de la pistola "a discreción" de aquel al que se la entrega, "subordinándose" así a la resolución de éste, sigue siendo titular del dominio de la voluntad, pues el agente, al que sitúa ante la alternativa ineludible, ya no puede adoptar decisión libre alguna a la que el sujeto de detrás pudiera someterse con eficacia jurídica. Aquí se pone de manifiesto que una teoría

[24] Cfr. con respecto a esta problemática, asimismo, WELZEL, 7.ª ed., p. 164, y BOCKELMANN, *Untersuchungen*, p. 86.

del dolo entendida de modo puramente subjetivo psicologiza en exceso y que la teoría del dominio del hecho no coincide necesariamente en los resultados con aquélla no sólo en el ámbito del dominio de la acción, sino también al enjuiciar el dominio de la voluntad.

Así pues, concluimos que quien proporciona a quien ha incurrido en una situación de necesidad sin proponérselo, la posibilidad de salvarse a costa de otro mediante un delito disculpado con arreglo al § 54 StGB es autor mediato; quien, sin modificar la situación externa, en un estado de necesidad preexistente hace surgir en un interviniente la resolución de cometer una acción punible del § 54 StGB, o le presta al efecto auxilio psíquico, es sólo partícipe. Esta solución coincide, en el primer período, con la posición sustentada por GALLAS en contra de WELZEL, MAURACH y BOCKELMANN; en el segundo período, en cambio, da la razón a la concepción dominante entre los partidarios de la teoría del dominio del hecho, en contra de GALLAS.

III. EL ESTADO DE NECESIDAD EXCULPANTE SUPRALEGAL

Aquí cabe enumerar los supuestos que tanto han ocupado a la praxis en la última posguerra en el marco de los llamados procesos por eutanasia: médicos oficiales cooperaron en la muerte antijurídica de algunos pacientes, enfermos mentales, para salvar a los demás. De no haber cooperado, los habrían matado a todos [25]. O bien, si se pretende excluir de este lugar a los casos de obediencia debida: un ferroviario evita una colisión que amenaza producirse y en la que con seguridad van a morir muchas personas, cambiando las agujas y dirigiendo el tren a una vía secundaria, donde atropella —como prevé el ferroviario— a unos cuantos obreros [26].

1. La creación dolosa de un estado de necesidad exculpante supralegal

Suponiendo que otro haya producido conscientemente —con conocimiento de todas las circunstancias— la situación en la que el ferroviario sólo podría evitar la colisión mediante el cambio de agujas, ¿cómo ha de valorarse su conducta? Y ¿cómo ha de enjuiciarse a los sujetos de detrás que pusieron a los médicos en la tesitura de dejar morir a todos los pacientes o cooperar en la muerte de algunos?

Ha de estimarse autoría mediata. Tanto si el ferroviario o los médicos, de haberse abstenido de toda intervención en el suceso, habrían quedado impunes, como si hubieran sido culpables de un delito omisivo, en ambos

[25] *OGHSt*, 1, pp. 321-343; 2, pp. 117-135.

[26] El supuesto se debe a WELZEL, *ZStW*, t. 63, p. 51.

casos, estando exculpada la acción que han llevado a cabo, como preconiza la doctrina dominante [27], entonces no responden, y la decisión determinante (según los criterios en que aquí nos basamos), esto es, el dominio de la voluntad, reside en el sujeto de detrás.

Estos casos muestran, desde el punto de vista de la teoría del dominio del hecho, algunas peculiaridades hasta ahora no apreciadas, pues si suponemos que el autor directo puede sustraerse a la responsabilidad penal permaneciendo inactivo, y si excluimos asimismo la idea de relaciones de subordinación compulsivas, sólo cabe hablar de "coacción" a los sujetos actuantes en la medida en que el sujeto de detrás los pone en una situación de conflicto moral. Un caso así no puede localizarse psicológicamente en el mismo plano que los tratados hasta ahora, puesto que el poder del instinto de conservación, que allí surtía efecto, reduce más o menos la posibilidad de decidir libremente, traspasa las inhibiciones morales e impulsa al autor a lesionar el bien jurídico. Por el contrario, aquí ocurre a la inversa: el autor, omitiendo cualquier intervención, no tiene que temer en absoluto por su propia persona. Así pues, los impulsos psíquicos, como no deja de confirmar la experiencia, tenderán más bien a dejar seguir su curso a los acontecimientos, manteniéndose uno mismo al margen.

No obstante, si el autor actúa, tiene que imponer una decisión de conciencia (que surge del núcleo moral de su personalidad y en esa medida es absolutamente suya y "libre") superando la resistencia indolente de los niveles más bajos de su personalidad. Así pues, no es "no libre" en el sentido en que cabe admitirlo en los casos antes debatidos. Sería de todo punto erróneo querer equiparar la voz de la conciencia con la compulsión volitiva derivada del instinto de conservación.

De ahí se deduce, para la teoría del dominio del hecho, que no es posible hablar de dominio de la voluntad del sujeto de detrás en sentido psicológico. La autoría mediata del sujeto de detrás sólo cabe fundamentarla *per se* —y aquí se pone de manifiesto todo el alcance de los criterios elaborados *supra*— haciendo corresponder el "dominio de la voluntad" con el concepto de la responsabilidad jurídica. El legislador exime al autor directo (pues autor lo es ya en virtud de su dominio de la acción) no por razones psicológicas, sino porque respeta su decisión libre por motivos ético-sociales. Esta exoneración de consecuencias penales se concede al agente a causa de la situación creada por el sujeto de detrás. Por eso, en éste reside la última decisión por la que se ha de responder penalmente sobre lo que ha de ocurrir y precisamente en eso consiste el contenido jurídico de lo que hemos entendido por "dominio de la voluntad".

[27] Cfr. simplemente WELZEL, *Lehrb.*, 7.ª ed., pp. 163 y 164; SCHÖNKE-SCHRÖDER, 10.ª ed., v, 4, c, ante § 51, pp. 308 y 309; BAUMANN, *Lehrb.*, 2.ª ed., pp. 272 y 374; HENKEL, *Mezger-Festschr.*, p. 300.

Si se pretendiera no sólo exculpar, sino incluso justificar al que actúa directamente, o concederle, en lugar de la exculpación, una causa personal de exclusión de la pena (acerca de estas cuestiones no es posible pronunciarse aquí) el resultado no sería distinto, puesto que en cualquier caso se eximiría de responsabilidad penal a causa del sujeto de detrás, lo único que importa a efectos de fundamentar la autoría mediata. De mantener la tesis de la justificación, se daría el clásico supuesto de la autoría mediata a través de un instrumento que actúa de conformidad a Derecho [28]; de mantener la de la causa personal de exclusión de la pena, el ejecutor directo se presentaría como autor culpable. Pero incluso en esta tesis bastaría exonerar al ejecutor de las consecuencias penales de su hacer para impulsar al sujeto de detrás a la posición central del suceso en forma de acción, poniendo "en sus manos", en sentido jurídico, el curso del hecho.

2. La determinación o auxilio a quien actúa en estado de necesidad exculpante supralegal

De manera distinta han de enjuiciarse los supuestos en los que el tercero no ha creado la situación de conflicto, sino que incita al autor en estado de necesidad a cometer un delito o le auxilia a tal efecto. La delimitación entre autoría y participación carece aquí de relevancia práctica, porque, a diferencia de en los §§ 52 y 54 StGB, nadie negará al tercero la exculpación que se concede al autor en estado de necesidad. En efecto, ambos se encuentran en la misma situación en la que hay que optar ineludiblemente. Ambos actúan "libremente" y "no libremente" en la misma medida, no pudiéndose atender, como en los casos correlativos del § 54 StGB, a si el sujeto de detrás posibilita el hecho al ejecutor directo o si sólo lo ha incitado o instigado de otra forma. Más bien, dada la misma situación coactiva, no cabe hablar en absoluto de "dominio de la voluntad" de uno o de otro y, por tanto, tampoco de autoría mediata. En su lugar, cuando en estado de necesidad exculpante supralegal varias personas cooperan para alcanzar un resultado, la distinción entre las diversas formas de participación ha de llevarse a cabo del mismo modo que en la realización de delito común no coactiva. Más abajo se volverán a tratar (y ahí debemos remitir) los criterios decisivos, no abarcables mediante el concepto del dominio de la voluntad [29].

IV. SITUACIONES ANÁLOGAS AL ESTADO DE NECESIDAD

Cabe distinguir aquí tres grupos de supuestos: los casos de constreñimiento psíquico análogos al estado de necesidad, pero no exculpantes (1), el estado

[28] Acerca de tales supuestos cfr. *infra*, pp. 255 s.
[29] Cfr. pp. 303 ss.

de necesidad coactivo para autolesionarse (2) y la realización de un hecho mediante un tercero no coaccionado, que actúa lícitamente (3).

1. La influencia psíquica análoga al estado de necesidad

La cuestión más debatida en el seno de la doctrina del dominio del hecho en el ámbito de la autoría mediata es la de si cabe admitir el dominio del hecho del sujeto de detrás cuando el ejecutor directo se ha visto forzado, no en el sentido del § 52 StGB, pero sí de una manera psicológicamente semejante, que sin embargo no excluye la culpabilidad penal.

Sirva como punto de partida un supuesto de MAURACH un poco abreviado [30]. A determina a la mujer B, fácilmente influenciable y sometida del todo a él sexual y psicológicamente, para que mate a su esposo, amenazándola con abandonarla si no lo hace. No se dan los requisitos de los §§ 51, 52 o 54 StGB.

Aquí MAURACH entiende que «no cabe dudar de la existencia de dominio del hecho y, por tanto, del criterio material de la autoría mediata». También NOWAKOWSKI [31], LANGE [32] y v. UTHMANN [33] admiten la autoría mediata en casos semejantes.

Por el contrario, WELZEL [34] y GALLAS [35] rechazan la posibilidad de autoría mediata en tales supuestos. Para WELZEL la autoría medida presupone básicamente que el ejecutor directo sea un mero "instrumento". Pero la cualidad de instrumento le falta necesariamente, con arreglo a su teoría, si se le puede castigar a él mismo como autor culpable. Otra fundamentación más aduce GALLAS, que ha dedicado especial atención al problema. Admite GALLAS que es posible «pensar, en términos puramente fáctico-psicológicos, en casos en los que el sujeto de detrás, en virtud de su superioridad personal o social, "domina" también el hacer del ejecutor doloso y culpable» [36]. No obstante, señala, el dominio del hecho en sentido jurídico ha de «hallar sus límites allí donde el Derecho valora el hacer del que actúa directamente como un hacer que fundamenta responsabilidad libre y, consiguientemente, personal, pues con arreglo al baremo del mismo ordenamiento valorativo un comportamiento no puede aparecer al mismo tiempo como libre y como dominado por otro, esto es, como no libre».

[30] *AT*, 2.ª ed., § 48, I, A, 2, p. 495.

[31] *JZ*, 1956, p. 549; de todos modos, él habla aquí de coautoría; cfr. al respecto *infra*, pp. 303 ss.

[32] KOHLR.-LANGE, 42.ª y 43.ª eds., ante § 47, 5, B, p. 161. LANGE incluso va mucho más allá en la estimación de autoría mediata; cfr. al respecto ya *supra*, p. 166.

[33] *NJW*, 1961, p. 1908.

[34] *SJZ*, 1947, apdo. 650; al respecto, en otro contexto, *supra*, p. 156.

[35] *Gutachten*, p. 134; número especial Atenas, p. 16.

[36] *Gutachten, loc. cit.*; casi al pie de la letra, en el mismo sentido, número especial Atenas, *loc. cit.*

Es fácil apreciar que se trata también aquí de la polémica, que ya nos es conocida, entre el concepto de autoría mediata puramente psicológico y otro orientado a la responsabilidad jurídica [37]. De nuestras consideraciones precedentes sobre la naturaleza del dominio de la voluntad se deduce forzosamente que también en este caso ha de preferirse esta última postura, en contra de la doctrina dominante. En esto me parece que la fundamentación aducida por GALLAS coincide en su núcleo absolutamente con la postura que *supra* desarrollábamos. El "dominio" lo tiene el sujeto de detrás sólo allí donde la decisión última y determinante le corresponde a él. En el entorno de las situaciones coactivas, tal es el caso cuando el legislador despoja al agente de la responsabilidad por su hacer (y sólo entonces). En todas las demás situaciones sólo se da un mayor o menor influjo del sujeto de detrás, que no obstante deja subsistente la posibilidad de autodeterminación "libre" en sentido jurídico y, consiguientemente, el dominio de la voluntad del ejecutor. Ello se ha expuesto *supra* detalladamente en relación con el supuesto inverso del ejecutor exculpado.

Sin embargo, al margen de estas cuestiones de principio relativas a la valoración del legislador, la opinión contraria brinda una solución de todo punto inviable. En efecto, si pretende vincular al concepto de "dominio" un sentido inteligible y asignar a la inducción significado autónomo, tiene que partir igualmente de que no todo influjo fundamenta el dominio del hecho por parte del que determina [38]. Ahora bien, ¿cómo puede concebirse un "dominio" como criterio psicológico que, por un lado, excluye la posibilidad de actuar de otra manera por parte del dominado y, por otro, no menoscaba ni la imputabilidad ni la responsabilidad del agente? A la Psicología se le plantearían aquí tareas equiparables a la cuadratura del círculo, que obviamente no puede realizar. Así, por evidenciarlo con un supuesto jurídico-penal paralelo, se ha revelado imposible, a pesar de los esfuerzos desplegados, encontrar un criterio psicológico para la "voluntariedad" del desistimiento [39]. A tal efecto, al menos se ha aliviado la tarea atendiendo a la "persona media", mientras que la indagación del "dominio" (si ya se le quiere determinar de manera puramente psicológica) ha de basarse en todo caso en la relación individual.

Y además, si se pretende, como la teoría contraria, dirimir el "dominio" de manera psicológico-fáctica, también habría que hacerlo, coherentemente, en el ámbito de las causas de exculpación propias. Pero allí, como se puso de manifiesto *supra*, madie aún ha sustentado una opinión diferenciadora en tal sentido.

[37] Es característico que v. UTHMANN (*op. cit.*, nota 3), en contra de GALLAS, aduzca que el dominio del hecho es un "concepto ontológico y, por tanto, prejurídico".

[38] Cfr. al respecto *supra*, p. 166.

[39] Cfr. al respecto BOCKELMANN, *Untersuchungen*, pp. 171 ss., que alude con razón a que las sentencias dictadas sobre esta base se "contradicen hasta lo ridículo" (p. 176).

Finalmente, NOWAKOWSKI ha intentado justificar su postura divergente también mediante una consideración "valorativa", señalando que el "influjo relevante" del sujeto de detrás es "equivalente" a la ejecución directa y ha de considerarse como dominio del hecho [40]. Igualmente, atribuye el dominio del hecho al que contrata a un asesino a sueldo [41]. Y, sin embargo, tampoco esta vía conduce a la meta. Bien es verdad que, si pensamos en el supuesto de MAURACH descrito al principio, la energía criminal de A presumiblemente será mayor que la de B. Desde luego, A tiene que ser castigado al menos con el mismo rigor. Pero si esta equivalencia referida a la "gravedad" de la culpa criminal —y no de otra cosa se trata— se quisiera convertir en el criterio del dominio del hecho, habría que pasar a un normativismo completamente desligado de la consideración concreta y a una criminologización del concepto de autoría, lo que, como se señaló *supra* [42], no daría cuenta del sentido de las formas de participación.

Así pues, hay que establecer que las situaciones análogas al estado de necesidad que dejan al agente la responsabilidad por su hacer no procuran el dominio de la voluntad al sujeto de detrás, que no pasa de inductor. En esta medida no hay, pues, "autor de detrás del autor". Ahí reside el núcleo de verdad de esta postura, defendida desde siempre por WELZEL y desacertada en su forma generalizadora [43].

2. El estado de necesidad coactivo para la autolesión

a) *Estado del debate*

Un problema especial se plantea en el —denominado por WELZEL— [44] estado de necesidad coactivo para la autolesión o para el suicidio. En este contexto sólo puede abordarse un pequeño sector del difícil círculo de problemas de la participación en el suicidio. El que quien omite o quien determina a suicidarse a alguien a quien engaña, o a un enfermo mental, o a un menor, o en general a una persona próxima, haya de ser considerado o no como señor del hecho de un homicidio se debatirá *infra* en varios lugares [45]. Aquí se trata únicamente de si puede ser autor en el sentido del § 212 StGB (homicidio) aquel que fuerza a suicidarse a una persona imputable, que aprecia perfectamente la situación, no ligada a él por una especial posición de deber y adulta.

[40] *JZ*, 1956, p. 549, nota 68.
[41] *Op. cit.*, p. 549, notas 65 y 66.
[42] Pp. 41-42 y 47-49.
[43] Sobre supuestos en los que esta tesis conduce a errores cfr. *supra*, pp. 156, 166, así como *infra*, pp.235 ss.
[44] *Lehrb.*, 7.ª ed., pp. 91 ss.
[45] Cfr. pp. 249 ss. y 510 ss.

El tratamiento de este caso es discutido en muchos sentidos. Sobre la base de la teoría del dominio del hecho está claro que la mera determinación a otro a que se suicide no convierte al sujeto de detrás en autor mediato (como ya admitió Eb. SCHMIDT [46], en aplicación consecuente del concepto extensivo de autor). Aunque se vaya más allá y, como exige MEZGER [47] desde el punto de vista de la teoría subjetiva, se requiera, además de la causación, la "voluntad de autor" del que determina, no cabe hablar de "dominio de la voluntad" por parte del inductor [48]. Y mucho menos es posible considerar —con MEISTER— [49] al sujeto de detrás como autor de homicidio cuando éste «ha dificultado al suicida la decisión de apartarse del suicidio, al sopesar éste los pros y los contras», o cuando, «apelando al sentido del deber del que no está enteramente decidido a suicidarse, determina que se suicide».

Entre los partidarios de la teoría del dominio del hecho quien va más lejos es LESS [50], que al parecer propugna considerar suficiente cualquier coacción punible por el § 240 StGB para fundamentar la autoría mediata.

Un grupo intermedio lo forman WELZEL [51], MAURACH y LANGE. WELZEL [52] parece sustentar que se atienda a si concurría una situación correspondiente al § 52 StGB [53]. A ello se opone, sin embargo, que aduzca como ejemplo la sentencia RGSt 26, 242. Esta sentencia no ofrece punto de apoyo alguno para entender que el aprendiz al que su patrón había ordenado comer unos menudillos sin limpiar fuera forzado a hacerlo por los medios coactivos del § 52 StGB [54]. A semejanza de WELZEL, MAURACH [55] propone admitir la autoría mediata del sujeto de detrás al menos cuando «fuerza el suicidio dándose los requisitos del § 52 StGB» [56]. Además, entiende que existe dominio del hecho del que fuerza cuando determina a la víctima a despedirse de la vida creándole una situación desesperada [57]. LANGE [58] habla sólo de que el "inductor", para ser autor mediato, tiene que haberse servido del otro "para ejecutar su propia voluntad de eliminar a éste".

[46] *Frank-Festgabe*, t. II, pp. 124 y 125; le da la razón —pero desde otros fundamentos— HEGLER, *Festgabe für Rich. Schmidt*, pp. 76-78. Con respecto a la "teoría de la preponderancia" de HEGLER en este ámbito cfr. las observaciones que se realizan *infra*, pp. 185-186, en un supuesto en esto muy semejante.
[47] *KLB. BT*, 7.ª ed., 1960, § 5, IV, pp. 12 y 13.
[48] Cfr., junto a nuestras anteriores consideraciones relativas al dominio de la voluntad, simplemente MAURACH, *BT*, 3.ª ed., p. 17.
[49] *GA*, 1953, p. 168.
[50] Así ya en 1935 LANGE, *Der moderne Täterbegriff*, p. 34. Acerca de la influencia de esta obra sobre la teoría del cominio del hecho cfr. *supra*, pp. 34, 85, 95 ss.
[51] *JZ*, 1951, p. 582.
[52] *Lehrb.*, 7.ª ed., pp. 91 ss.
[53] Cfr., asimismo, *OGHSt*, 2, pp. 5-11 (7 y 8).
[54] Razón por la cual, por ejemplo, v. LISZT, *Lehrb.*, 21.ª y 22.ª eds., § 50, nota 5, p. 210, rechaza la sentencia por llevar demasiado lejos.
[55] *AT*, 2.ª ed., p. 504; *BT*, 3.ª ed., p. 17.
[56] *BT*, *loc. cit.*
[57] *Ibidem*.
[58] *Kohl.-Lange*, 42.ª y 43.ª eds., §§ 211-212, V, 1, p. 474.

Los tres se refieren al famoso caso de Hildegard Hoefeld, de catorce años y medio [59], cuyos padres, mediante golpes y amenazas, querían llevarla a la muerte y de hecho ocasionaron que intentase suicidarse. Sin embargo, este ejemplo no es muy apropiado para clarificar la cuestión debatida, pues los padres pueden ser aquí autores de tentativa de homicidio por tres motivos: por la temprana edad de la muchacha, por su posición especial como personas con deber de custodia y por los golpes y amenazas, que satisfacen los requisitos del § 52 StGB. La referencia a esta sentencia no evidencia, pues, en qué circunstancias ha de apoyarse la autoría de los que determinaron.

En resumen, cabe decir que WELZEL, MAURACH y LANGE en todo caso propugnan estimar autoría mediata cuando se da una situación coincidente con el § 52 StGB, pero que también otras coacciones pueden entrañar afirmar el dominio del hecho del sujeto de detrás, sin que hasta ahora se hayan clarificado sus requisitos.

Por el contrario, a una delimitación esencialmente más estricta de la autoría llega KAUN [60], que ha dedicado un amplio trabajo de investigación al tema desde el punto de vista de la teoría del dominio del hecho. Para él, los malos tratos o la amenaza de infligirlos, aun cuando en el caso del § 52 StGB conducirían a la exclusión de la culpabilidad, no deben bastar para fundamentar la autoría del sujeto de detrás. Más bien afirma el dominio del hecho de quien determina sólo cuando los dolores infligidos o amenazados alcanzan tal grado que ya no son soportables para la víctima ni siquiera empleando toda la resistencia que cabe esperar de ella [61]. El límite propone trazarlo allí donde, considerando la constitución individual, psíquica y física del afectado, y las circunstancias particulares del caso concreto, no cabe esperar ya de él resistencia, con arreglo al sentimiento moral general. La amenaza por parte del sujeto de detrás de que va a matar al amenazado o a un allegado suyo, según KAUN, en ninguna circunstancia puede bastar para la autoría mediata [62].

Para fundamentarlo, aduce que si un sujeto, mediante amenaza de muerte, fuera compelido a suicidarse, no se encontraría ante una alternativa que excluyera la decisión libre, pues como las vías entre las que debe optar tendrían que conducir a su muerte, y una no es más espantosa que la otra, puede elegir libremente entre ambas. Y si el amenazado comete incluso suicidio para salvar a un allegado de morir, actúa "virtuosamente en tan alta medida que sería precisamente denigrarlo imputar este hecho al dominio psíquico de un criminal".

[59] Narrado por LANGE, *Mod. Täterbegriff*, pp. 32 ss.

[60] *Die Beteiligung am Selbstmord als strafrechtliches Problem*, tesis doctoral inédita, Hamburgo, 1960.

[61] *Op. cit.*, pp. 45 ss. y 60.

[62] Esta cita y las siguientes, *op. cit.*, pp. 61 y 62.

b) *Toma de posición*

Si intentamos resolver esta cuestión, en gran medida por aclarar, de la mano de los criterios elaborados con respecto a los demás casos de coacción, tendremos que partir de que la coacción que se ajusta a los requisitos del § 240 StGB no basta en todos los casos para admitir el dominio del hecho del sujeto de detrás. Piénsese en el caso en que A amenaza a B con denunciarle por un delito, con descubrir una infidelidad matrimonial o un escándalo societario, o con la ruina económica, si no comete suicidio; ello puede desde luego determinar al suicidio. Pero la decisión última al respecto y con ella el dominio de la voluntad en el sentido de la ley no reside en el que amenaza. Lo cual se deriva forzosamente del hecho de que si la coacción se dirige a un comportamiento típico, el amenazado sigue siendo responsable penalmente en toda su amplitud por su actuación. Al haber excluido *supra* del ámbito de la autoría mediata todos los supuestos "análogos al estado de necesidad" que no reunieran los requisitos de los §§ 52 y 54 StGB, aquí no podemos proceder de otra manera. De donde se deduce que no sólo el § 240 StGB no proporciona criterio apropiado alguno para indagar el dominio del hecho, sino que también ha de negarse cualquier intento de fundamentar la autoría mediata del sujeto de detrás, más allá de los límites del § 52 StGB, "mediante la creación de una situación de desesperación psíquica" o en casos semejantes [63].

Consiguientemente, es evidente entender que hay dominio del hecho del que determina siempre que (pero también sólo cuando) se dan los requisitos del § 52 StGB, esto es, siempre que se ha forzado a suicidarse al afectado mediante violencia irresistible o mediante amenaza con peligro para la vida o la integridad física para él mismo o para un allegado suyo [64]. En favor de lo señalado habla la consideración de que el legislador —como muestra el § 52 StGB— parte de que, de existir estos requisitos, ya no se da una decisión del coaccionado que sea libre por la que tenga que responder jurídicamente y que mantenga, por tanto, el dominio de la voluntad. Sin embargo, la coacción para el suicidio destaca con respecto al supuesto de estado de necesidad coactivo por dos peculiaridades que posiblemente entrañen un enjuiciamiento divergente.

La primera reside en que el suicidio representa una acción que es atípica y, por tanto, no puede fundamentar, de entrada, responsabilidad penal alguna. Así pues, no hace falta, merced a la situación coactiva, despojar al agente de responsabilidad, de manera que no ha de recurrirse a la aplicación directa de la idea que fundamenta la autoría mediata en el § 52 StGB. Pero como

[63] Presuponiéndose siempre, obviamente, que estaba intacta la imputabilidad plena del sujeto. De lo contrario, la solución es distinta. Cfr. al respecto *infra*, pp. 257 ss.

[64] De esta concepción parte asimismo la sentencia *OGHSt*, 2, pp. 5-11 (7 y 8).

los medios coactivos son los mismos y las consideraciones en las que descansa la impunidad del suicida se refieren exclusivamente a su persona, careciendo de influencia sobre el enjuiciamiento del que determina, es posible generalizar sin reparos el principio en que se basa el § 52 StGB, en tanto que la índole especial del resultado coactivo perseguido no se oponga al de aquí.

Lo cual lleva a la segunda y más profunda diferencia entre el estado de necesidad coactivo y la coacción para el suicidio. Mientras que, por ejemplo, allí el autor obra bajo la compulsión del instinto de conservación y en su virtud se ve disculpado, la coacción se dirige aquí, justo a la inversa, a una superación de ese instinto que llega hasta el suicidio (esto es, lo más lejos que es posible). Vistas así las cosas, el suicidio es la decisión volitiva más libre, esto es, la impuesta contra la intensa resistencia de los niveles instintivos, que cabe concebir. En tal enfoque se basa en definitiva también que KAUN, como se indicó *supra*, en tales casos llegue a rechazar tajantemente el dominio del hecho por parte del sujeto de detrás.

Estos reparos no pueden pasarse por alto; sin embargo, creo que admitir la autoría del que determina, cuando se sirve de los medios coactivos del § 52 StGB, facilita la solución correcta también desde el punto de vista de la teoría del dominio del hecho. Lo cual obedece a dos razones:

En primer lugar, un análisis más detallado revela que en estos casos tampoco se está tan lejos como parece de la libertad del suicida, incluso desde puntos de vista psicológicos, siempre que se mida el instinto de conservación, sin referirlo a la situación concreta, por su intensidad (valga la expresión) abstracta. En efecto, si se sitúa al amenazado ante la disyuntiva de dispararse a sí mismo o de que otro le abata, el instinto de conservación no va a hacerle arredrarse de suicidarse, porque su vida la da de todos modos por perdida. Su "libertad" se reduce a elegir el modo de morir, y en este punto la violencia o la amenaza de muerte a menudo ya no hará llegar a la víctima a una decisión razonable, en que sopese serenamente las distintas posibilidades. También la "ausencia de libertad" psíquica es aquí concebible. Y en el caso de que la amenaza se refiera a un allegado ha de tenerse siempre en cuenta (piénsese en la relación entre una madre y su hijo) que el impulso puramente instintivo de salvar y proteger puede ser lo suficientemente intenso como para refrenar la tendencia a la propia conservación y "forzar" al coaccionado a sacrificarse, con independencia de la decisión de su voluntad libre, que en tales situaciones a menudo estará excluida.

Naturalmente, no hay que pasar por alto que para el amenazado, en función de su personalidad, aún puede ser posible, con frecuencia, una decisión "libre" en sentido moral, a pesar de la falta de salidas de la situación coactiva creada por el sujeto de detrás. Uno puede considerar más valeroso y digno darse muerte que dejarse matar. Y quien sacrifica su vida para

salvar la vida de un allegado muchas veces lo hará no psíquicamente constreñido, sino por abnegación y nobleza. En estos supuestos, no obstante, interviene un segundo punto de vista al que ya hemos recurrido *supra* de manera semejante para fundamentar la autoría mediata: el dominio de la voluntad del sujeto de detrás consiste en que coloca a la víctima en una situación ineludible en la que, haga el coaccionado lo que haga y con independencia de cuáles sean en el caso concreto las circunstancias en sus vertientes psicológica y ética, el Derecho le exime de responsabilidad por su actuar y se la imputa al que coacciona. Tal es indudablemente el caso cuando el amenazado, por ejemplo, para salvar a su allegado mata a otro. ¿Por qué iba a ser distinto cuando uno se da muerte a sí mismo con igual finalidad?

Y si alguien prefiere suicidarse a que lo maten ello puede ocurrir de modo (y sólo podría comprobarse en el caso concreto) que le hubiera sido posible psíquicamente la decisión contraria y que quizá éticamente incluso cabría habérsela exigido. Sin embargo, tiene pleno sentido que el ordenamiento jurídico ahorre al juez la tarea (acaso apenas resoluble) de desglosar en el caso concreto lo que hay en la decisión del coaccionado de compulsión no libre y lo que hay de resolución propia libre, ajustada a su personalidad. Dirimir tales situaciones límite no es asunto del juez [65]. El Derecho no espera heroísmos e imputa como obra propia la decisión de suicidarse no al coaccionado, sino al sujeto de detrás, aun cuando los criterios de la imputación psicológica y ética en el caso concreto puedan conducir a resultados distintos. Se vuelve a poner aquí de manifiesto que el concepto de dominio del hecho, pese a su base empírica, no puede entenderse de manera puramente psicológica, ni determinarse, como propugna KAUN en estos casos, en función de principios éticos, sino que lo determinante son las decisiones valorativas jurídicas.

Así pues, nuestra solución reza así: la coacción al suicidio fundamenta el dominio de la voluntad del sujeto de detrás siempre que (pero sólo cuando) éste se sirva de los medios del § 52 StGB.

3. La producción del resultado mediante un tercero no coaccionado que actúa lícitamente

El caso académico es el siguiente: A determina a X, al que quiere quitar de en medio, para que ataque a C con un cuchillo. Pretende conseguir que C mate a X en legítima defensa justificante, como en efecto sucede. ¿Puede castigarse a A por el homicidio doloso de X? [66]

[65] Cfr. al respecto, con carácter general, EVERS, «Existenzphilosophie und rechtliche Pflichtenkollision», *JR*, 1960, pp. 369-372, en polémica con la obra de END, *Existenzielle Handlungen im Strafrecht*, 1959.

[66] Cfr., con respecto a este caso, HEGLER, *Festgabe für Richard Schmidt*, 1932, p. 54; MEZGER, *ZStW*, t. 52, 1932, p. 534.

El problema se discute desde hace decenios [67]. HEGLER le dedicó en 1932 la primera investigación específica, llegando al resultado de que se da autoría mediata. Para fundamentarlo se sirve de su —ya varias veces citada— [68] "teoría de la preponderancia": como el que actúa directamente está justificado por la legítima defensa, pero el que determina no está amparado por ninguna causa de justificación, el sujeto de detrás tiene una "preponderancia en el ámbito de la antijuricidad" que lo convierte en autor mediato [69]. En contra se pronunció MEZGER [70], como último y más renombrado partidario de la opinión discrepante, pero pronto se sumó a la postura antes criticada, si bien con otra fundamentación [71]: dado que la acción en legítima defensa justifica al autor sólo si está dirigida por la voluntad de defensa, el que determina, como a él le falta esa voluntad, tiene que ser autor antijurídico, mientras que el ejecutor directo se ve beneficiado por el § 53 StGB *. Desde entonces, la posibilidad de autoría mediata por medio de un instrumento que obra lícitamente está reconocida en general.

También nosotros vamos a darlo por sentado. Sin embargo, este resultado sólo cabe fundamentarlo de manera realmente satisfactoria integrando el dolo sistemáticamente, en el sentido de la teoría final de la acción, en el tipo, pues como el resultado (en nuestro ejemplo, la muerte de X) es el mismo para ambos intervinientes, el distinto enjuiciamiento penal sólo cabe explicarlo por el hecho de que la justificación no se refiere a la realización causal del resultado, sino a la acción final. También la fundamentación de MEZGER lo admite; en efecto, sólo un comportamiento final dirigido al resultado puede ser sustentado por una voluntad de defensa. Y asimismo HEGLER parte tácita (e inconscientemente) de esta premisa. De otro modo, su argumentación contendría una *petitio principii*, ya que daría por supuesto justo lo que se trata de demostrar: que el hacer del sujeto de detrás puede ser antijurídico, aun cuando el estado exterior realizado sea conforme al ordenamiento jurídico [71a].

Otro intento de explicar la posibilidad de autoría mediata en el actuar lícito del instrumento se debe, recientemente, a JOHANNES [71b]. También él

[67] Cfr., con respecto a la bibliografía anterior, HEGLER, *op. cit.*, pp. 51 ss.; acerca de la evolución reciente, con bibliografía muy amplia, JOHANNES, *Mittelbare Täterschaft bei rechtmäßigem Handeln des Werkzeuges*, 1963.

[68] Cfr. simplemente *supra*, pp. 79-81.

[69] *Op. cit.*, pp. 71-72.

[70] *ZStW*, t. 52, 1932, pp. 549-545.

[71] Cfr. al respecto, en la actualidad, *KLB. AT*, 9.ª ed., § 87, p. 233.

* § 53 StGB: «**Legítima defensa.** I. No concurre acción punible si ésta es constitutiva de legítima defensa.

II. Legítima defensa es la necesaria para repeler una agresión actual y antijurídica a uno mismo o a un tercero.

III. No es punible el exceso en la legítima defensa cuando el autor ha sobrepasado los límites de la defensa por confusión, miedo o pavor.»

[71a] Cfr. al respecto, asimismo, JOHANNES, *Mittelbare Täterschaft*, p. 38, nota 101.

[71b] *Mittelbare Täterschaft bei rechtmäßigem Handeln des Werkzeuges*, 1963.

parte con razón de que sólo cabe admitir el actuar antijurídico del sujeto de detrás si para la fundamentación del injusto no se atiende exclusivamente al resultado, sino que junto a éste se recurre al desvalor de acción, desvalor que es posible juzgar de modo diverso para los distintos intervinientes [71c]. Sin embargo, la distinta naturaleza del desvalor de acción en caso de actuación conforme a Derecho del instrumento, según su postura, no se deriva del distinto fin que se señala cada interviniente; más bien propugna, frente a la doctrina dominante, prescindir de todos los elementos subjetivos de justificación [71d] y determinar el injusto de manera puramente objetiva. En lugar de lo cual el principio de ponderación de bienes, que considera válido "en igual medida para todas las causas de justificación" [71e], conduciría a que las acciones del sujeto de detrás y del intermediario se valoren de modo distinto.

Pero aun aceptando la más que dudosa tesis de que toda justificación se basa en el principio de ponderación de bienes [71f], de todos modos surge el problema de en virtud de qué circunstancias el principio de ponderación de bienes en un caso entraña la licitud de la acción y en otro su antijuricidad, siendo el mismo el resultado, si la distinta relación interna de los intervinientes con el suceso no desempeña papel alguno. No obstante, JOHANNES no responde a esta cuestión decisiva; se limita a señalar que el problema "aún está por resolver" y que por eso «se comprende que la doctrina dominante recurra al criterio de delimitación —si bien erróneo— de la voluntad de obrar o no de conformidad a Derecho» [71g]. En realidad, el problema "por resolver" pone de manifiesto que toda su argumentación carece de base. Por lo demás, no se entiende por qué, en nuestro supuesto de partida, el comportamiento del sujeto de detrás va a ser antijurídico si no hay que atender a su finalidad subjetiva; determinar a una acción amparada por legítima defensa no está prohibido como tal. Por eso, los esfuerzos de JOHANNES por hacer entendible la posibilidad de autoría mediata en todos los supuestos de esta naturaleza, con auxilio de una teoría del injusto puramente objetiva, a mi juicio no han conseguido su objetivo [71h].

Pero con declarar la posibilidad teórica de autoría mediata mediante un instrumento que obre lícitamente, para la teoría del dominio del hecho

[71c] *Op. cit.*, p. 51, y en nota 146.

[71d] *Op. cit.*, p. 48, nota 137.

[71e] *Op. cit.*, p. 44.

[71f] JOHANNES se contradice al señalar, por una parte, que la ponderación de bienes impera «en definitiva también en la legítima defensa» (p. 50, nota 142), mientras que en otro lugar señala que «se sacaría de quicio al § 53 StGB si también a él se le quisiera aplicar el principio de la ponderación de bienes» (p. 23).

[71g] *Op. cit.*, p. 56, nota 156.

[71h] Ahí no se discute que en el supuesto concreto la conformidad a Derecho de la acción efectuada por la persona interpuesta pueda basarse también en elementos objetivo-personales; pero por lo general no puede pasarse sin tener en cuenta elementos subjetivos.

no está resuelto el problema. El punto de partida de MEZGER se revela al respecto inútil, pues se basa en definitiva en la idea de que la causación de un resultado por una acción antijurídica basta para fundamentar la autoría, lo cual es consecuente desde el concepto extensivo de autor, pero la teoría del dominio del hecho no lo comparte. Y asimismo desde el punto de vista de HEGLER, que no sustenta el concepto extensivo de autor [72], en estos supuestos basta la sola antijuricidad para fundamentar la autoría del sujeto de detrás. Por el contrario, para la teoría del dominio del hecho, la acción antijurídica que realiza el resultado debe tener tal naturaleza que permita al sujeto de detrás dominar al curso del hecho.

En esta circunstancia suelen reparar muy poco los partidarios de la teoría del dominio del hecho. Así, por ejemplo, MAURACH [73] mantiene que se da dominio del hecho del sujeto de detrás cuando «en perjuicio del ejecutor, provoca la situación de legítima defensa de éste, para determinarle así a realizar una acción de defensa típica». Igualmente decide LANGE [74]. Al afirmarlo, se pasa por alto que el que determina "tiene en sus manos" el suceso sólo si ejerce el dominio sobre el atacante, pues sólo a través de éste puede el sujeto de detrás forzar al justificado a llevar a cabo justo la acción de defensa que él desea.

Si en nuestro ejemplo A se limita a persuadir a X para que ataque a C, depende exclusivamente de X hacer caso o no; lo que ocurra está sometido, hasta la ejecución de la agresión, a su dominio de la voluntad; A sólo puede confiar en que X le haga caso, pero no puede dirigir el suceso. No le faltaba razón a MEZGER cuando, desde el punto de vista de su posición anterior, dijo [75]: «Si X, como persona plenamente responsable, conociendo plenamente la situación, ataca a C, han de imputársele a él las consecuencias que se deriven de que C haga uso de su legítimo derecho a la defensa.»

Tampoco WELZEL [76] requiere expresamente que el sujeto de detrás domine al atacante. Bien es verdad que el muerto, en el ejemplo de que se sirve, es un débil mental, por lo que viene en consideración una situación de dominio; sin embargo, no queda claro si entiende que esto es requisito necesario de la autoría mediata en tales casos, pues aunque llama "instrumento" del sujeto de detrás al atacante, excluye del ámbito de la autoría mediata sólo los casos en los que la situación de legítima defensa ha surgido sin ninguna intervención del sujeto de detrás.

En cambio, merece suscribirse la posición de SCHRÖDER que, frente a su anterior concepción, recurre aquí a la idea del dominio del hecho para

[72] Cfr. al respecto *Festgabe für Richard Schmidt,* p. 73, nota 35.

[73] *AT,* 2.ª ed., § 48, II, B, 2, a, pp. 501 y 502; cfr. asimismo JOHANNES, *Mittelbare Täterschaft,* p. 41, nota 117.

[74] KOHLR.-LANGE, 42.ª y 43.ª eds., ante § 51, II, 2, pp. 191 y 192.

[75] *ZStW,* t. 52, 1932, p. 535.

[76] *Lehrb.,* 7.ª ed., p. 93.

encontrar la solución [77]: «Sin embargo, el autor sólo domina el hecho en estos casos cuando realiza la propia situación de defensa mediante un instrumento... Pero si el autor determina a otro para que ataque y éste al hacerlo no actúa como instrumento suyo, aquél ya no es señor del hecho en relación con la acción de legítima defensa y no se da autoría mediata.» En el ámbito de los supuestos coactivos —yendo más allá de lo que presumiblemente haría SCHRÖDER— [78] hay que exigir que el sujeto de detrás haya conducido al atacante a una situación exculpante de los §§ 52 o 54 StGB, determinándole así al hecho. Ya se expuso *supra* por qué tales supuestos siempre entrañan el dominio del hecho del sujeto de detrás, pero los casos análogos al estado de necesidad nunca.

No obstante, los supuestos aquí debatidos plantean un problema específico más. En efecto, A, para conseguir el resultado final (la muerte de X), se sirve de dos instrumentos: de X y de C [79]. Cuando, como se exige aquí, A sitúa a X en un estado de necesidad exculpante, por ese solo hecho no está dicho que ejerza al mismo tiempo el dominio del hecho de C. Dado que no actúa sobre C directamente, sólo es director del hacer de éste en tanto que X, a quien él domina, tenga en sus manos a C. No obstante, el que ocurra así puede ser dudoso, y ello por dos motivos:

La objeción más obvia reside en la consideración de que no cabe hablar de que X domine a C si el ataque, completamente en contra de la voluntad de X, acaba con la muerte de éste y C, como auténtico señor de la situación, resulta victorioso en la lucha. Sin embargo, cabe replicar que C, si quiere salvar su vida, necesariamente ha de matar a X (de otro modo, su defensa no tendría éxito) y que este resultado no corresponde ciertamente a la voluntad de X, pero sí al plan del que le ha forzado, A, apareciendo en esa medida como consecuencia del dominio directivo del sujeto de detrás.

La segunda objeción reza que el § 53 StGB, que justifica la actuación de C, no es un supuesto de coacción [80]. El legislador no aprueba la actuación de C porque considere excluida su libre determinación, sino porque ha plantado resistencia al injusto. De ahí no surgen, me parece, dificultades cuando la defensa se origina en una situación que al mismo tiempo exculparía al agente por los §§ 52 o 54 StGB, como ocurre en nuestro ejemplo de partida.

[77] SCHÖNKE-SCHRÖDER, 10.ª ed., observación previa IV, 2, a, p. 235, ante § 47; sin razón en contra suya JOHANNES, *Mittelbare Täterschaft,* p. 24, nota 56.

[78] SCHRÖDER, *loc. cit.,* no se pronuncia al respecto, aduciendo como ejemplos simplemente la utilización de niños y enfermos mentales. Esta concepción no deja de ser bastante curiosa desde su punto de partida, ya que para la autoría mediata sólo requiere la "voluntad de autor" del sujeto de detrás; cfr. IV, 2, b, ante § 47, p. 236; en favor de la autoría mediata en todos los supuestos, por eso, desde fundamentos análogos, asimismo, por ejemplo, BAUMANN, *Lehrb.,* 2.ª ed., p. 448.

[79] En esto igualmente WELZEL, 7.ª ed., p. 93.

[80] Cfr. al respecto sólo HEGLER, *Festgabe für Richard Schmidt,* p. 68; en la actualidad, asimismo, JOHANNES, *Mittelbare Täterschaft,* p. 39, quien debido a esta objeción rechaza sin razón el dominio del hecho del que determina.

En efecto, aunque aquí no se requiera exención de culpabilidad, la situación psíquica del atacado es la misma y puede suponerse sin más que no es capaz ya de adoptar ninguna resolución "libre" (en el sentido de la idea del legislador), de manera que el dominio de la voluntad sobre la acción que condujo a la muerte del agresor X reside en el sujeto de detrás. Lo cual se mantiene incluso cuando objetivamente no haya sido necesaria la muerte del atacante, pero C —tal como quería A—, por confusión, temor o pánico (§ 53.3 StGB), haya sobrepasado, estando disculpado, los límites de lo permitido, realizando así el resultado de muerte.

Pero ¿y si no existe una auténtica situación coactiva, como por ejemplo, si A simplemente fuerza a X a atacar el patrimonio de C y éste entonces, como quería A, abate a X en legítima defensa? ¿Y si no es C, sino el hasta entonces no interviniente D, en auxilio de C, quien mata a X? ¿Puede decirse que A tiene el dominio del hecho (o sea, en este contexto, el dominio de la voluntad) sobre las acciones de C y D, aun cuando ninguno de los dos se encuentra bajo la presión de una coacción exculpante de los §§ 52 o 54 StGB? Aquí puede de nuevo ser útil la idea que más arriba elaboramos y sin la cual la teoría del dominio del hecho en todas partes llevaría a resultados absurdos: que el concepto de dominio no puede estimarse exclusivamente con arreglo a criterios psicológicos y que, sobre la base de la ley, hay que imputar una decisión al sujeto de detrás que determina siempre que se exima de consecuencias penales al agente merced a la situación creada por el sujeto de detrás. Tal es aquí el caso, de manera que, a pesar de las objeciones invocadas, puede afirmarse el dominio del hecho del que determina.

V. LA ORDEN VINCULANTE ANTIJURÍDICA

El último caso de posible autoría mediata a través de un agente que actúa de modo no libre es el de la orden vinculante antijurídica. El problema tiene escasa importancia *de lege lata*, pues con arreglo al § 11.2 de la Ley Militar, las órdenes cuya ejecución entrañe la realización de un crimen o delito no son vinculantes y no pueden ser obedecidas. Si, no obstante, el subordinado las obedece, puede darse autoría mediata, por ejemplo, porque el soldado crea falsamente en su naturaleza vinculante, pero entonces se trata de un caso de error y no de una situación coactiva [81]. Sin embargo, si el soldado ejecuta una orden conociendo su no vinculatoriedad, entonces él mismo es responsable, según el § 33 WehrStrG (Ley Penal Militar), como autor culpable, y la acción del superior se presenta, de acuerdo con los principios desarrollados *supra*, como inducción, al margen de la agravación

[81] Cfr. al respecto *infra*, pp. 216 ss.

de la pena prevista en el § 33 WehrStrG [79a]. Así pues, para la problemática de la que aquí se trata sólo quedarían los casos de comisión de contravenciones.

En este caso, WELZEL admite la autoría mediata del superior [82]. Por el contrario, señala LANGE [83]: «Si el superior ordena cometer una contravención, la orden es vinculante. El soldado ejecutor es autor, y al que ordena ha de castigársele como inductor.»

Merece suscribirse la postura de WELZEL. La opinión sustentada por LANGE sólo es constructivamente posible, a la vista de la accesoriedad limitada, si la acción del subordinado se considera antijurídica, pero disculpada. Pero aun suponiendo eso, el sujeto de detrás tiene el dominio del hecho. Si el soldado debe temer que al negarse a cumplir la orden va a exponerse a consecuencias disciplinarias o penales, su decisión ya no es libre en sentido jurídico. No obstante, tendría que conformarse con tales consecuencias, que no son equiparables sin más a los peligros de los §§ 52 y 54 StGB. En esa medida ha de concederse que el destinatario de la orden no se encuentra en una situación coactiva que impida totalmente la decisión libre de desobedecer. Y desde luego se ignoraría la esencia de la obediencia militar si se concibiesen las acciones de los soldados en general como "no libres" y fundadas en actos coactivos psíquicos. Con todo, del principio de responsabilidad (a estas alturas ya suficientemente conocido) se deduce que el legislador exige al soldado subordinado la ejecución de la orden y lo libera de las consecuencias penales, considerando al que ordena como aquel en quien reside la decisión determinante y con ella el dominio de la voluntad. Y eso es lo que verdaderamente importa. Al respecto, no desempeña papel alguno que se considere la acción del destinatario de la orden como justificada o sólo como exculpada [84]. Todo lo cual no requiere ulterior fundamentación, a tenor de lo expuesto anteriormente.

VI. RESUMEN

El análisis de todos los supuestos coactivos ha dado lugar a una solución unitaria. Una coacción que presta al sujeto de detrás el dominio de la voluntad, convirtiéndolo en autor mediato, se da siempre que (pero sólo cuando) el ordenamiento jurídico exonera al agente de responsabilidad penal por su actuación, merced a la situación creada por el sujeto de detrás. La exposición

[81a] Acerca de que al margen de las relaciones de Derecho público pueda existir autoría mediata, cfr. *infra*, pp. 267 ss.

[82] *Lehrb.*, 7.ª ed., p. 92; asimismo SCHÖNKE-SCHRÖDER, 10.ª ed., II, 4, c, ante § 51, p. 295.

[83] KOHLR.-LANGE, ante § 47, 5, B, 2, h, 42.ª y 43.ª eds., p. 163.

[84] La cuestión sigue siendo controvertida. Cfr. al respecto, básico, STRATENWERTH, *Verantwortung und Gehorsam*, 1958; específicamente sobre esta cuestión *de lege lata*, p. 204, nota 30.

precedente ha puesto de manifiesto que sólo un concepto de dominio del hecho así entendido conduce en los casos de coacción a soluciones con sentido. El resultado se ajusta tanto a los principios rectores del Derecho vigente como a la concepción natural del contenido dado del concepto de dominio. Los criterios desarrollados hacen posible, además, referir las múltiples manifestaciones del dominio de la voluntad en virtud de coacción, desde la casuística de las consideraciones que hemos reflejado, dispersa y que aisla a los distintos grupos de casos, a una estructura jurídica común. En ellos se sigue observando el procedimiento descriptivo, al ir variando las numerosas situaciones de posible exclusión de responsabilidad la configuración del concepto de dominio de manera continuamente cambiante, ajustada a los datos concretos. Asimismo, el concepto está "abierto" para supuestos hasta ahora no advertidos o que se van a añadir por el desarrollo del Derecho: supuestos que —al igual que ocurría en los casos que se han tratado *supra*— han de analizarse considerando las peculiaridades de sus manifestaciones y remitirse, mediante una referencia directa, a la estructura del dominio de la voluntad de una solución autónoma y que no obstante ha de integrarse en el contexto más amplio.

§ 22. EL DOMINIO DE LA VOLUNTAD EN VIRTUD DE ERROR

La situación en que el sujeto de detrás se sirve de un instrumento bajo error para cometer un delito pasa por ser el segundo caso clásico, e indiscutido en lo fundamental, de autoría mediata. Naturalmente, en concreto sólo se han analizado muy poco desde el punto de vista de la teoría del dominio del hecho los distintos tipos de supuestos, quedando mucho por aclarar. Cabe distinguir los siguientes grupos:

El que yerra obra no dolosa e inculpablemente o con imprudencia inconsciente (I); o realiza el tipo con imprudencia consciente (II); el ejecutor actúa dolosamente, pero sin consciencia de la antijuricidad (III) o con suposición errónea de un hecho que excluye la culpabilidad (IV); el que yerra obra, a pesar de su error, típica, antijurídica y culpablemente (V); el ejecutor realiza un suceso que en su persona es atípico o lícito (VI). Asimismo, dentro de los distintos grupos de situaciones son necesarias ulteriores subdivisiones, que se abordarán en lo sucesivo.

I. EL ERROR EXCLUYENTE DEL DOLO, INCULPABLE O CON IMPRUDENCIA INCONSCIENTE

1. El ejectuor obra sin dolo ni culpabilidad

A. *La estructura del dominio de la voluntad cuando se utiliza un instrumento doloso*

Piénsese en el supuesto en que A pide a B encender la luz en un piso, lo que inocentemente hace B, activando así, como había planeado A, en un lugar lejano un explosivo que mata a una persona. O bien, A aconseja a B, que va a emprender un viaje a América, utilizar determinado aeroplano, del que sabe que en el curso del vuelo va a precipitarse a tierra.

En el primer caso el error conduce a dañar a otro, y en el segundo a la muerte del mismo que erró. En ambos casos la doctrina dominante actual aprecia autoría mediata. Al intentar fundamentarlo desde la teoría del dominio del hecho, se manifiesta en seguida que estos supuestos muestran una estructura totalmente distinta a la de las situaciones coactivas antes tratadas. Allí, el dominio de la voluntad se basa en el dominio con respecto al ejecutor directo, que a su vez tiene "en sus manos" la ejecución y por su parte es autor (si bien inculpable). Aquí, en cambio, en ambos extremos la situación es distinta: El que yerra no domina la situación y actúa de manera causal, ciega (a), y el sujeto de detrás tampoco domina al ejecutor de la manera que sabemos que ocurría en la coacción (b). Ambos merecen una breve explicación:

a) *No hay dominio del hecho por parte del que yerra*

Ya se aludió *supra* [1] a que el dominio de la acción que se da forzosamente en la realización de propia mano de todas las circunstancias del hecho requiere el dolo [1a] del ejecutor. Sólo cuando éste existe el sujeto actuante coincide con la imagen rectora de la figura central que el legislador tiene ante los ojos. No el mero causante de un desplazamiento posesorio antijurídico, sino el ladrón que actúa dolosamente; no aquel que determina causalmente el daño patrimonial, sino el estafador que realiza los requisitos subjetivos, son las figuras situadas en el centro del suceso por las descripciones legales. Tampoco cabe discutir que B, que en nuestros ejemplos aporta una condición del resultado de muerte, para un entendimiento con sentido no aparece

[1] Cfr. pp. 152-153.

[1a] Más adelante se debatirá si otro tanto es aplicable (y hasta qué punto) para la imprudencia consciente.

como la figura que domine el curso del hecho, sino que únicamente, en la cadena causal, es un factor condicionante ciego, cuya significación para el curso de la acción no es mayor que la que posee cualquier otra condición del resultado, no pudiendo ser, por tanto, de ningún modo autor según la teoría del dominio del hecho [2].

b) *No hay dominio de la persona del que yerra por parte del sujeto de detrás*

Tampoco cabe hablar de que el sujeto de detrás domine al que ejecuta directamente al modo de los casos de coacción, pues —en nuestros ejemplos— depende del arbitrio de B encender o no la luz o tomar o no un determinado vuelo. Nadie puede forzarles a hacerlo. Más bien se da (si prescindimos del conocimiento más amplio de A y revestimos de terminología jurídica el suceso en otro caso jurídicamente neutro) con seguridad sólo una "inducción" a encender la luz y a utilizar un determinado avión.

c) *La supradeterminación final del curso causal como criterio del dominio de la voluntad*

La cuestión es si en tales circunstancias cabe hablar de dominio del hecho, cómo y en qué reside éste. Para anticipar la respuesta en lo esencial: hay que afirmar la autoría; eso ya está fuera de discusión. El conocimiento superior que caracteriza al sujeto de detrás no puede por sí solo fundamentar dominio del hecho. Pero posibilita una dirección del hecho cuya esencia —a diferencia de en los casos de coacción—, en la utilización de un instrumento que yerra, reside en la "finalidad" del actuar humano [3].

Si el principio del dominio del hecho "final" formulado por WELZEL ha de significar algo más que el que el señor del hecho ha de actuar dolosamente, ello es aquí aplicable. En las situaciones coactivas, para delimitar las formas de participación la finalidad no sirve de nada, pues el inductor, el autor y el cómplice actúan dolosamente en relación con el resultado de igual modo. Sin embargo, en los casos de error, el sujeto de detrás es el único que dirige finalmente el acontecer hacia el resultado. Todos los demás factores que producen el tipo (las circunstancias de la situación externa, las leyes naturales y las formas de conducta humana) las vincula la intervención final del sujeto de detrás de tal manera que mediante su efecto conjunto deben producir el resultado.

[2] A resultados distintos sólo podría llevar el concepto extensivo de autor.

[3] Para determinar la finalidad aquí podemos partir de las ideas básicas (en esta medida indiscutidas) de la doctrina final de la acción. En el transcurso de la obra se mostrará que el concepto de finalidad, no obstante, presenta fundamentos y dimensiones distintos a los que admite la doctrina final de la acción. Pero no es éste el lugar de tratar de ello.

En esta posibilidad de supradeterminación final del curso causal reside, como es sabido, la capacidad específicamente humana de configurar modificaciones de la realidad. Pero también en ella se basa (y ésta es la consecuencia forzosa para la doctrina de la autoría) la posibilidad de imputar a una persona determinada como obra suya un suceso que tiene lugar en la realidad. Allí donde varios obran finalmente, la figura central del acontecer ha de averiguarse según otros criterios (como ya hemos hecho en los supuestos de coacción); pero donde sólo es uno quien, mediante su intervención, encauza el acontecer en dirección al resultado, es siempre él el *spiritus rector*, el titular del dominio de la voluntad. Esto es evidente. No hay que dudar que también el legislador considera al que se sirve de quien yerra de esta manera configurador del curso del hecho y, por tanto, figura central del suceso de la acción. Del mismo modo, del núcleo de la idea de la teoría del dominio del hecho se deduce que ha de considerarse al sujeto de detrás que enlaza los factores causales como aquel que tiene "en sus manos" el acontecer.

Partiendo de estos resultados seguros también se explica por qué en tales casos para el dominio de la voluntad por parte del sujeto de detrás no es necesario el dominio de la persona del ejecutor: el instrumento que sufre error no aparece en el acontecer en su calidad específicamente humana de ser que actúa finalmente, sino que se ve implicado en el plan de hecho determinante como factor condicionante ciego, equiparable a las concausas no humanas. Como sólo cabe dominar a una persona forzando su voluntad, pero aquí esa voluntad reside fuera del resultado, no se requiere el dominio sobre el ejecutor para fundamentar el dominio de la voluntad por parte del sujeto de detrás.

Así se entiende asimismo que pueda faltar la relación psíquica entre el autor mediato y el instrumento. Si, en nuestro ejemplo, A confía en que, incluso sin pedírselo, otro va a encender la luz en el cuarto en cuestión, nada se altera en el enjuiciamiento del caso.

Ciertamente en el plan delictivo del sujeto de detrás se desliza cierta inseguridad en tanto que el instrumento que yerra obra libremente con respecto al resultado extratípico que él persigue (encender la luz, montar en avión). Pero tal inseguridad no es en principio mayor que aquella que está ligada en general al empleo de factores causales. Puesto que el ejecutor no sabe lo que hace, le falta toda inhibición, y el desenlace a menudo no es menos predecible que en el empleo de instrumentos "inertes", cuyo funcionamiento también puede depender de circunstancias imprevisibles diversas.

Merced a esta equivalencia estructural se da aquí en el fondo un supuesto de dominio del hecho "directo" por parte del sujeto de detrás. Tampoco excluye la autoría directa el hecho de que el que ocasiona ponga en movi-

miento un curso causal que continúe su desarrollo autónomamente. Dado que en ninguna parte se exige que el autor directo realice por sí mismo la "última" (en sentido cronológico) condición, podría admitirse aquí precisamente una realización del tipo "de propia mano" y un "dominio de la acción" en el sentido descrito *supra*. En todo caso, cabría dudar que hubiera que hablar de autoría "mediata" sólo porque entre el impulso del sujeto de detrás y el resultado se encuentre un factor causal basado en un comportamiento humano. Pero dado que ésa es únicamente una cuestión terminológica, tendría poco sentido cambiar de nombre este supuesto justamente paradigmático (para la doctrina más extendida) de autoría "mediata". Lo único importante es que el dominio de la voluntad se apoya aquí en un fundamento radicalmente distinto (próximo al dominio de la acción) que en las situaciones coactivas. En desconocer esta relación estructural se basan numerosos errores y confusiones en el tratamiento, hasta hoy, de esta problemática, que se abordará con más detalle más adelante.

B. *Autoría mediata en caso de mero auxilio al instrumento que yerra*

Estas ideas llevan, también con respecto al instrumento doloso, a algunas consecuencias prácticas. De entrada, resulta que la cuestión, antes sobremanera discutida, de si también podría ser autor mediato aquel que no determina a quien actúa no dolosamente a una lesión de bien jurídico, sino que lo auxilia con "voluntad de partícipe" [4], ha de contestarse sin duda afirmativamente. Naturalmente esto rige también para la teoría subjetiva, siempre que siga la teoría del dolo. En efecto, puede "dejarse a criterio" del sujeto que actúa sin dolo la ejecución del hecho, pero no es posible someter su voluntad. La opinión contraria seguiría siendo defendible si acaso desde el punto de vista de la teoría del interés, aún hoy activa en la praxis.

Para la teoría del dominio del hecho el admitir autoría mediata en estos casos se deduce de que el sujeto de detrás es el único que mediante su intervención dirige el acontecer causal hacia el resultado previsto por él. Si A, para gastar una broma, le pide a B un arma supuestamente descargada y B, aun advirtiendo el error de A y sabiendo que está cargada, le deja el arma, este caso tiene la misma estructura que si se la hubiera entregado a A, "determinándolo" así al hecho. La única diferencia apreciable entre ambos supuestos consiste en el distinto influjo sobre la formación de voluntad de A. Precisamente esa heterogeneidad es irrelevante, no obstante, para el análisis desarrollado *supra* de la estructura del dominio del hecho en el supuesto del instrumento doloso, pues la autoría mediata no se basa aquí en la circunstancia de que el sujeto de detrás domine la voluntad del ejecutor

[4] Cfr. al respecto simplemente MEZGER, *Lehrb.*, 3.ª ed., 1949, pp. 429-431; Eb. SCHMIDT, *Frank-Festgabe*, II, pp. 121 ss.

(eso no lo hace así como así, como se mostró antes), sino en que involucra el comportamiento de éste en la cadena causal como factor condicionante causal ciego. Es indiferente de qué manera lo consiga.

Estas tres ideas las desconoce Max Ernst MAYER, que como principal representante de la posición contraria escribe [5]: «Si la acción, suponiendo un ejecutor responsable [6], sería complicidad, no constituye una acción de matar, y, por tanto, tampoco puede llegar a serlo como consecuencia de la exención de responsabilidad del ejecutor.» El error de esta argumentación se descubre fácilmente a la vista de lo ya expuesto: MAYER atiende a que en relación con lo que el ejecutor hace o haría voluntariamente sólo podría darse participación. Lo cual es tan correcto como irrelevante, porque para fundamentar la autoría mediata precisamente no importan las consecuencias del comportamiento perseguidas finalmente, sino sólo las no voluntarias, causales-ciegas.

C. *Autoría mediata en la influencia inesencial sobre el curso causal*

Con lo dicho no queda determinado aún que todo influjo sobre el curso causal en tales casos tenga que conferir el dominio de la voluntad al sujeto de detrás. Así escribe, por ejemplo, NOWAKOWSKI [7]: «Si una realquilada miope pretende administrar a su hijo un analgésico y el casero, a su ruego, le entrega al efecto un vaso de agua, aun habiendo notado que la mujer ha confundido la medicina y está a punto de disolver un veneno letal, a este sujeto de detrás no puede achacársele ni el dominio del hecho ni la voluntad de autor.»

NOWAKOWSKI no explica por qué en estos casos propugna rechazar el dominio del hecho del inquilino. Sin embargo, la razón sólo puede consistir en que dar un vaso de agua se presenta como una condición absolutamente inesencial del resultado. Cabría preguntar: ¿cómo es posible considerar a alguien como figura central del curso de la acción y decir que tiene el acontecer "en sus manos" si sin su intervención el resultado habría sido el mismo? En ese caso la realquilada habría ido ella misma a buscar el vaso de agua.

Es evidente que en este caso la solución ha de buscarse, al igual que la encontramos ya *supra*, en el auxilio a una víctima de estado de necesidad que ha incurrido en peligro sin intervención del sujeto de detrás (§ 54 StGB) [8]. Habíamos iniciado allí una vía intermedia entre las dos posiciones defendidas por los partidarios de la teoría del dominio del hecho, admitiendo el dominio de la voluntad por parte del sujeto de detrás siempre que éste hubiera posi-

[5] *Lehrb.*, p. 377.
[6] Se quiere decir: que actúa dolosamente.
[7] *JZ*, 1956, p. 549.
[8] Cfr. pp. 172-175.

bilitado *in concreto* a la víctima del estado de necesidad la lesión típica del bien jurídico. Correlativamente podemos decir aquí que el dominio del hecho presupone que el que yerrra no habría producido el resultado sin la cooperación del sujeto de detrás. Lo cual supondrá en la práctica que, por lo que respecta al ámbito de la autoría mediata, la teoría de la necesidad ya tratada en la panorámica histórica [9], es decir, la antigua teoría del "partícipe principal", tendría que integrarse en el concepto del dominio del hecho.

En una solución así está también pensando GALLAS (a diferencia de en las situaciones de coacción citadas) en el supuesto del instrumento que actúa sin dolo, puesto que señala [10] que no puede admitirse «sin el menor reparo autoría mediata siempre donde, de haberse cometido el hecho principal dolosa y culpablemente, habría habido participación. Lo determinante es más bien si el interviniente posee dominio del hecho sobre el que actúa sin dolo o inculpablemente. Lo cual habrá de apreciarse en todo caso allí donde dependa de su comportamiento si se comete o no el hecho... Por el contrario, generalmente habrá de negarse el dominio del hecho donde se trate simplemente de una aportación que afecta a las modalidades de comisión del hecho».

No obstante, GALLAS en seguida vuelve a limitar esta posición para los puros delitos de resultado (por ejemplo, §§ 212, 213 y 303 StGB) [11], siempre que al que actúa directamente le falte el dolo: aquí toda aportación causal fundamentaría dominio del hecho. A tenor de lo cual apreciaría autoría mediata en el ejemplo antes mencionado de NOWAKOWSKI. (¿Pero cómo, si en el sujeto de detrás concurren los requisitos del asesinato, que no es un puro delito de resultado?) Con todo, lo importante es que en su concepción no todo influjo sobre el curso causal, faltando el dolo del que obra directamente, fundamenta el dominio del hecho por parte del sujeto de detrás.

También MAURACH [12] propugna abiertamente realizar ciertas distinciones, pues afirma la autoría mediata sólo «en tanto que el elemento determinante del dominio del hecho se aprecie también en estos casos». Pero cuándo ocurre así no se deduce de su exposición.

En cualquier caso, por sugestivas que todas estas diferenciaciones, precisamente desde la idea del dominio del hecho, puedan parecer a primera vista, no resisten una verificación exhaustiva. Siguiendo con el ejemplo de NOWAKOWSKI, no cabe negar que el casero ha conducido el curso causal, tal como se desarrolló *in concreto*, hacia su fin. Pero con ello está ya dada, porque únicamente él advirtió la situación, la estructura básica de la autoría mediata, según los criterios que detallamos *supra*. Esto mismo mantiene

[9] Pp. 56-59.
[10] *Gutachten*, p. 138.
[11] Cfr. número especial Atenas, p. 11.
[12] *AT*, 2.ª ed., § 48, III, 3, p. 504.

con razón WELZEL [13] cuando, sin establecer limitaciones, dice acerca del que auxilia que tiene «el dominio final sobre el resultado, porque dolosamente aprovecha para la producción del resultado la falta de dolo del ejecutor».

De querer negar, no obstante, el dominio del hecho del sujeto de detrás en el influjo "inesencial" del acontecer, sólo cabrá hacerlo incluyendo en la consideración, más allá del suceso concreto, un curso causal hipotético: la reflexión de qué hubiera ocurrido, si... Pero esto es inadmisible, según doctrina general [14]. Y ante todo se trata aquí de un problema que no tiene que ver en absoluto con la autoría mediata, sino que aparece también en cualquier otra realización típica. Quien —en el conocido ejemplo académico— aprieta el botón de la silla eléctrica sin estar autorizado es responsable penalmente, aun cuando el verdugo, en ejercicio de cargo, habría pulsado el botón acto seguido. No hacía mucho el BGH se había pronunciado en un supuesto común de estafa [15] en estos términos: «El curso real de la formación de la voluntad no pierde su esencia ni su significado jurídico porque en su lugar hubiera surgido otro que, sin embargo, no ha surgido.» Así pues, no existe en Derecho penal la "causalidad que se adelanta".

Sea como sea, aquí se trata de un problema general de la imputación que no puede solucionarse unitariamente y con el que no se debería lastrar al concepto del dominio del hecho. Ahora bien, si se excluyen los cursos causales hipotéticos en la valoración penal, entonces también en la determinación del dominio del hecho sólo cabe atenerse al acontecer real. Sólo es posible atender a si el sujeto de detrás ha tenido *in concreto* el dominio de la voluntad, pero no a si también lo habría ejercido si el suceso hubiera transcurrido de otro modo. Lo cual parece tener sentido plenamente también para la doctrina de la autoría. Bien es verdad que el casero de nuestro ejemplo, si no hubiera hecho nada, a pesar de su previsión del resultado, no habría sido castigado por el § 212 StGB, puesto que no le incumbía deber de evitar alguno [16]. Pero si ya interviene activamente en el acontecer, el sentimiento jurídico lo considera (dado que es el único en intervenir conscientemente hacia la producción de una muerte) figura central responsable del suceso.

[13] *Lehrb.*, 7.ª ed., p. 101.
[14] Cfr., con respecto a este ámbito de cuestiones, en tiempos recientes, HEINITZ, *JR*, 1959, pp. 386-388; asimismo, en profundidad, Arthur KAUFMANN, *Festgabe für Eb. Schmidt*, pp. 200-231, que llega a resultados en parte divergentes, pero que en los delitos dolosos igualmente aprecia una causa de atenuación de la pena; el enjuiciamiento de la cuestión de la autoría no se vería modificado por ello. Con respecto a KAUFMANN, cfr. mi artículo en *ZStW*, t. 74, 1962, pp. 411-444.
[15] *BGHSt*, 13, pp. 13-15; asimismo, la sentencia reseñada por DALLINGER en *MDR*, 58, pp. 139 y 140.
[16] Cuestión distinta es si esta concepción de la doctrina dominante es aceptable en supuestos en los que el *extraneus* se convierte, debido a lo que conoce, en juez único sobre la vida y la muerte.

Ello es aplicable en general. Para la distinción de GALLAS entre delitos de mera actividad y puros delitos de resultado, en la medida en que los delitos de mera actividad sean comisibles en autoría mediata [17], no soy capaz de descubrir fundamento interno alguno. Las lesiones con armas son seguramente un delito de mera actividad en su terminología, porque no basta la producción final del resultado, sino que se requiere una determinada forma de comisión [18]. Pero ¿por qué no va a bastar para fundamentar autoría mediata el entregar el arma a quien obra dolosamente, que en otro caso la habría tomado él mismo si en el § 212 StGB (homicidio), como el propio GALLAS admite, la misma aportación causal entrañaría el dominio del hecho?

Queda por explicar por qué el procedimiento diferenciador que aquí rechazamos, en el caso del § 54 StGB, al que recurríamos al principio como ejemplo paralelo, sin embargo conduce al resultado correcto. El fundamento reside en que allí el dominio de la voluntad no se basa, como aquí, en la mera supradeterminación del curso causal. Más bien se trata allí de la cuestión de si el que obra directamente se ve exonerado de responsabilidad en virtud de la situación creada por el sujeto de detrás o por otras razones. Y al respecto es de importancia determinante si el tercero le ha procurado la posibilidad de lesionar el bien jurídico o si, sin él, también habría podido producirla. Véase cómo la distinta estructura de la autoría mediata en los supuestos de coacción y de error obliga a adoptar criterios totalmente distintos también aquí.

Por lo demás, si se quisiera defender otra postura, desde la teoría del dominio del hecho no se podría llegar a castigar al casero del ejemplo de NOWAKOWSKI, de exigir, con la doctrina dominante, un hecho principal doloso para la participación [18a]. Sin embargo, éste sería un resultado insatisfactorio, porque el casero, al entregar el vaso de agua a la mujer que sufría error, carga sobre sus espaldas una acción cuya gravedad delictiva antes sobrepasa que queda por debajo de la de la participación en el hecho doloso, incluso desde el punto de vista del merecimiento de pena. Lo cual lo revela el hecho de que también NOWAKOWSKI [19] se plantee, quebrantando por entero su punto de partida, ¿castigar no obstante como autor al sujeto de detrás, recurriendo a la autoría como "suplefaltas" dogmáticamente indefinido.

Así pues, nuestro resultado es del tenor siguiente: todo aquel que ante un sujeto actuante sin dolo e inculpable, a sabiendas de la situación, aporta conscientemente una condición del resultado, es titular del dominio de la voluntad y, por tanto, autor mediato.

[17] Cfr. con respecto a estas cuestiones *infra*, pp. 432 ss., 439 ss. y 444 ss.

[18] Cfr. al respecto GALLAS, número especial Atenas, p. 11.

[18a] Lo que por lo general es acertado en delitos de esta índole; cfr. al respecto en concreto *infra*, pp. 369 ss. y 286 ss.

[19] *JZ*, 1956, p. 549, nota 78.

Con lo cual aún no se quiere decir que, por ejemplo, en nuestro supuesto de partida, simplemente con afirmar con la cabeza o con decir algo el casero, se tenga que convertir en autor de homicidio, pues la idea de la complicidad psíquica, desarrollada en los delitos dolosos, cuya eficacia causal [20] o cuyo valor de favorecimiento ya allí es a menudo bastante discutible, no es posible trasladarla sin más a las acciones no dolosas. Dado que el ejecutor no es consciente de cometer una lesión de un bien jurídico, meras palabras aprobatorias dichas incidentalmente tampoco pueden fundamentar un "fortalecimiento de la resolución del hecho", de manera que en tales casos faltará la causalidad y con ella la finalidad que la rige.

2. El ejecutor actúa con imprudencia inconsciente

Este caso no ofrece, con respecto a los acabados de analizar, ninguna discrepancia en cuanto a la cuestión del dominio del hecho. Bien es verdad que el legislador hace también responsable del resultado al ejecutor allí donde la imprudencia sea punible. Pero la imputación se basa en circunstancias que son irrelevantes para el dominio de la voluntad por parte del sujeto de detrás. Lo que acarrea el juicio de desvalor jurídico al que obra con imprudencia inconsciente es precisamente el hecho de que se ha dejado ajustar al plan del sujeto de detrás como mero factor condicionante debido a una falta de cuidado; dicho de otro modo: que le ha dejado el dominio del suceso por su negligencia, si bien empleando el cuidado debido habría podido interrumpir o redirigir el curso causal conducente al resultado.

La calificación de imprudencia no excluye, pues, el dominio del hecho del sujeto de detrás; antes al contrario, lo requiere precisamente. En efecto, sin la imprudencia del ejecutor el autor mediato no habría podido dominar el acontecer. Así pues, podríamos ampliar el principio que establecíamos *supra* señalando que también aquel que, ante un ejecutor que actúa con imprudencia consciente, aporta una condición del resultado es autor mediato en todo caso.

De esta idea se deduce una consecuencia forzosa para la tan discutida cuestión de la accesoriedad: como en tanto que el ejecutor directo obra inculpablemente o con imprudencia inconsciente, con arreglo a la teoría del dominio del hecho, toda condición, sea de la clase que sea, convierte en autor mediato al sujeto de detrás que entrevé la situación, en estos casos está descartada la participación por este motivo. Así pues, esta solución no se basa en la posición sistemática del dolo ni en admitir que la esencia de la participación consista en surbordinarse a la decisión del hecho ajena

[20] Cfr. al respecto H. MAYER, *Lehrbuch*, pp. 318 y 323.

o que la inducción y la complicidad ya no serían delimitables, sino sólo en el concepto de dominio del hecho debidamente entendido [21].

De este modo, sin embargo, aún no se ha contestado definitivamente a la cuestión de si es posible la participación en un hecho principal no doloso, pues por una parte, incluso para la teoría del dominio del hecho, quedan por analizar los hechos imprudentes conscientes [22], y por otra habrá que investigar si es que en los delitos especiales y en los de propia mano, que generan problemas de accesoriedad especialmente complicados, la idea del dominio del hecho posibilita una delimitación coherente [23].

La única diferencia entre la utilización de un instrumento inculpable y de otro que obre con imprudencia inconsciente reside, para la doctrina de la participación, en que en este segundo caso también el ejecutor puede ser autor, siempre que exista el correspondiente tipo imprudente. Sin embargo, ello carece de influencia sobre el dominio del sujeto de detrás y sobre su fundamentación, pues el "instrumento" en todo caso no es autor del tipo por el que se pune al sujeto de detrás; y en el que le es aplicable a él, su autoría se basa, como se expondrá más adelante, en criterios absolutamente distintos al del dominio del hecho.

II. EL QUE YERRA ACTÚA CON IMPRUDENCIA CONSCIENTE

1. Planteamiento del problema

Si se imagina el caso en que quien obra con dolo directo o bien con dolo eventual determina a otro a un delito imprudente consciente o le auxilia al efecto, para la teoría del dominio del hecho aparece una alteración esencial de la situación problemática. Apenas se ha reparado en esto hasta ahora, pero en seguida se pondrá de manifiesto en cuanto pensemos en los supuestos, antes tratados, del instrumento bajo error. El dominio del hecho del sujeto de detrás se basaba allí siempre en que se servía del otro como intermediario que actuaba de manera causal-ciega. No obstante, precisamente este requisito no está presente en aquel que realiza un tipo con imprudencia consciente. Él advierte la posibilidad del resultado igual que el sujeto de detrás, y en esa medida no actúa, pues, ciegamente y sufriendo un error. Por eso, considerando la realización del tipo que es posible que se produzca, puede decidir libremente sobre si acceder o no a la petición de actuar de un tercero. A la vista de lo cual ¿cabe hablar de "dominio del hecho" por parte del sujeto de detrás?

[21] Sobre los problemas de accesoriedad se volverá a incidir más adelante; cfr. pp. 370 ss.
[22] Sobre ello en seguida *infra, sub* II.
[23] Cfr. al respecto en detalle pp. 383 ss. y 432 ss.

Si procuramos aproximarnos a esta cuestión con los criterios hasta ahora elaborados, resulta que el dominio de la voluntad, necesario para fundamentar la autoría mediata, puede estar estructurado de dos modos: o bien de manera que el sujeto de detrás domina la persona del ejecutor, que a su vez realiza de modo final el resultado (supuestos de coacción), o bien de manera que él, como único que actúa finalmente, dirige hacia el resultado todas las demás aportaciones al hecho exclusivamente causales (los supuestos de error hasta ahora tratados). Así pues, coexisten el dominio de la voluntad en virtud de coacción y el dominio de la voluntad en virtud de finalidad rectora del curso del hecho.

La primera posibilidad está excluida para los casos aquí debatidos, ya que no puede decirse que el sujeto de detrás tenga en sus manos a aquel que obra con imprudencia consciente.

Queda, pues, sólo la cuestión de si se da el dominio de la voluntad en virtud de finalidad configuradora del curso del hecho. Lo cual sólo puede ocurrir si también en caso de imprudencia consciente del ejecutor es posible la dirección final del curso del hecho por parte del sujeto de detrás en el sentido que le hemos dado. La respuesta a esta pregunta depende en primer lugar de si la línea divisoria entre la actuación final y la no final coincide con la distinción tradicional entre dolo e imprudencia, y en especial entre dolo eventual e imprudencia consciente. Así vamos a parar a uno de los ámbitos más discutidos de la dogmática actual, en cuya importancia para la doctrina de la autoría, sin embargo, hasta ahora apenas se ha reparado. No obstante, la solución que aquí se desarrolla presupone una breve exposición crítica de las distintas teorías.

2. Finalidad e imprudencia consciente en la doctrina

Principalmente hay aquí tres soluciones a las que, aun cuando no en relación con la teoría del dominio del hecho, sus partidarios han llegado.

A. *La finalidad comprende también a la imprudencia consciente*

En primer lugar, cabe entender que el que actúa con imprudencia consciente realiza finalmente el tipo al igual que el autor doloso. Esta postura la defendió por primera vez Engisch en su básica crítica de la doctrina final de la acción [24]: «Si alguien obra a la vista de las consecuencias advertidas como necesarias o sólo como posibles, éstas ya no se causan de manera ciega, sino que están incluidas en la supradeterminación con sentido.» De ahí extrae la conclusión de que «en cuanto a la estructura de la acción...

[24] *Kohlrausch-Festschrift*, p. 155.

son homogéneos dolo eventual e imprudencia consciente». Con análoga fundamentación, también GALLAS [25] concluye que «difícilmente cabe evitar el extender el concepto de finalidad a la imprudencia consciente»; a GALLAS se sumaron más tarde NOWAKOWSKI [26] y Arthur KAUFMANN [27].

Partiendo de esta solución se derivan curiosas consecuencias para la autoría mediata. En efecto, si se considera a la realización del tipo con imprudencia consciente como suceso final, ya no cabe decir que el sujeto de detrás supradetermine un simple curso causal; entonces se interpone entre él y el resultado la voluntad final de otro que dirige autónomamente el acontecer posterior, no pudiéndose ya atribuir al sujeto de detrás el dominio del hecho en virtud de finalidad configuradora del curso del hecho (al menos en el sentido usual, el único empleado hasta ahora) [28]. En su lugar habría que reconocer como posible en términos de principio la participación dolosa en una acción imprudente consciente, a la que en el sujeto de detrás habría que aplicar el marco penal del delito doloso. Inversamente, aquel que, con imprudencia consciente, determina a una lesión de bien jurídico no final a quien obra sin dolo e inculpablemente o con imprudencia inconsciente, según el principio del dominio del hecho, tendría que ser autor. Tendría entonces el dominio de la voluntad final en el sentido antes indicado, resultado que se encuentra en contradicción con la doctrina hasta ahora casi unánime en el sentido de que el dominio del hecho no es concebible en el ámbito de los delitos imprudentes [29].

Nadie ha extraído, que yo sepa, las consecuencias aquí sugeridas. Bien es verdad que GALLAS, en sus trabajos sobre la teoría del dominio del hecho, incide repetidamente en su tesis de que la acción imprudente consciente muestra una relación final con el resultado [30]. Pero sólo se ocupa de ello refiriéndose a la cuestión de si la participación es posible en el ámbito del actuar imprudente; ahí considera imaginable admitir la participación en el hecho imprudente, a la que aplicar el marco penal del delito imprudente [31], problema que nada tiene que ver con la cuestión de la autoría mediata en el delito doloso, de la que aquí se trata. No obstante, las consecuencias antes indicadas (¿no hay autoría mediata si el ejecutor directo actúa con imprudencia consciente?) merecen un debate en profundidad desde el punto de vista de esta concepción de la finalidad.

[25] *Gutachten*, p. 128; ZStW, t. 67, p. 43.
[26] JZ, 1958, pp. 338 y 339 en v.
[27] *Das Schuldprinzip*, 1961, pp. 167-170; cfr. ahora asimismo JESCHECK, *Festschrift für Erik Wolf*, 1962, pp. 473 ss.
[28] No obstante, la problemática requiere aquí aún una profundización que trascienda el estado actual del debate; cfr. al respecto *infra*, pp. 212 ss. y 245 ss.
[29] Cfr. al respecto con detalle *infra*, pp. 592 ss.
[30] Cfr. *Gutachten*, p. 128, nota 22, apdo. 130 en nota 29; número especial Atenas, pp. 19 y 22, nota 23a.
[31] Cfr. número especial Atenas, pp. 26-30.

A la solución acabada de examinar se llegaría (no en lo terminológico) si se conectara tal concepto de finalidad con una concepción que ha vuelto al primer plano de la mano de SCHRÖDER [32] y SCHMIDHÄUSER [33]: la de que toda acción en la que el autor se ha representado la posibilidad de lesionar un bien jurídico ha de encuadrarse en el ámbito del dolo eventual. De seguirla, cabe restablecer la identidad entre dolo (natural) y finalidad, de manera que el dominio del hecho en el sentido de finalidad configuradora del curso del hecho sólo lo habrá en el actuar doloso. Simplemente hay que tener claro que así, en definitiva, todas las modalidades de conducta que tradicionalmente se denominan imprudentes conscientes han de integrarse en el ámbito del dolo.

B. *La finalidad comprende sólo la intención, excluyendo el dolo eventual*

Sin embargo, cabe entender el concepto de finalidad en el sentido de que comprenda sólo el resultado pretendido, pero no las consecuencias secundarias, posiblemente nada deseadas y sólo asumidas resignadamente. Tal posición la defiende, por ejemplo, HARDWIG [34], que idea el supuesto en que quien pretende estafar a la compañía de seguros incendia una vivienda para cobrar el seguro, sabiendo que en la casa se encuentra una mujer paralítica que puede perder la vida en el incendio, lo que le es muy desagradable. Si no obstante el incendiario actúa, se da dolo eventual con seguridad. Pero HARDWIG discute la finalidad del comportamiento [35]: «Nuestro estafador no ha dirigido el acontecer a la muerte de la mujer. Por el contrario, ha dejado este suceso en función del curso causal... Que con incendiar la casa haya desencadenado el suceso causal aún no justifica que se hable de dirección de éste.» Y concluye: «Así pues, ya no cabe hablar coherentemente de acción final con respecto al resultado punible.»

También esta teoría reconoce, pues, a la imprudencia consciente la misma estructura de la acción que al dolo eventual, con la única diferencia de que a ambos los encuadra en el comportamiento no final.

Si se admite esto y se parte de la finalidad configuradora del curso del hecho como el criterio del dominio del hecho, se deducen igualmente consecuencias curiosas y originales. Un sujeto de detrás con dolo directo, que determine a un hecho que se comete con dolo eventual, tendría que tener el dominio de la voluntad y ser autor mediato. Por el contrario, manteniendo la coherencia, habría que rechazar la autoría mediata si con dolo eventual se determina a otro, que actúa con imprudencia consciente o incluso sin

[32] *Festschrift für Sauer*, pp. 207-248.
[33] GA, 1957, pp. 305-314; GA, 1958, pp. 161-181.
[34] *Die Zurechnung*, pp. 86 ss.; en esto muy semejante SCHMIDHÄUSER, ZStW, t. 66, 1954, pp. 34-38.
[35] *Op. cit.*, p. 87.

representación alguna del resultado, a un comportamiento que produce una lesión típica de un bien jurídico, pues como según esta concepción el dolo eventual no representa, con respecto al resultado, comportamiento final, ni siquiera puede estar presente la supradeterminación final cuando, por ejemplo, aquel cuyo comportamiento se ocasiona actúa no dolosa e inculpablemente.

C. *La finalidad comprende todas las formas del dolo, excluyendo la imprudencia consciente*

En tercer y último lugar, puede mantenerse que el límite entre dolo eventual e imprudencia consciente se corresponde con una diferencia en la estructura final del comportamiento, de manera que el dolo eventual muestra una relación final con el resultado, relación que falta en la imprudencia consciente. Tal diferencia han intentado demostrarla Armin KAUFMANN [36], STRATENWERTH [37] y WELZEL [38], con distintas fundamentaciones y llegando a distintos resultados.

a) *Armin KAUFMANN*

Armin KAUFMANN defiende la opinión de que el dolo comprende «todas las consecuencias y variaciones cuya producción o concurrencia puede tomarse en consideración como posibles, a no ser que se dirija la voluntad rectora a evitarlas» [39]. Discrepa, pues, de la posición de SCHRÖDER y SCHMIDHÄUSER en no considerar toda representación concreta del resultado como fundamentadora de dolo, sino apreciar imprudencia consciente cuando el autor cuenta con la posibilidad de que se produzca el resultado, pero al mismo tiempo pone en marcha factores contrarios con cuya ayuda intenta dirigir el curso del hecho de manera que no acaezca la consecuencia accesoria imaginada posible [40]. En esta diferencia entre dolo eventual e imprudencia consciente reside para él al mismo tiempo la delimitación entre el actuar final y el no final. Le niega a la imprudencia consciente, tal como la caracteriza, el carácter final: «En efecto, la voluntad de realización no puede estar, por una parte, dirigida a dejar producirse el resultado imaginado posible, y por otra, encaminada, por la forma de actuar, precisamente a evitar el resultado» [41].

[36] *ZStW*, t. 70, 1958, pp. 64-86.
[37] *ZStW*, t. 71, 1959, pp. 51-71.
[38] *Lehrb.*, 7.ª ed., pp. 60-65.
[39] *Op. cit.*, p. 86.
[40] Cfr. *op. cit.*, p. 78.
[41] *Op. cit.*, p. 73.

b) *STRATENWERTH*

A solución esencialmente distinta llega STRATENWERTH. Según su teoría, obra con dolo eventual quien "toma en serio" la posibilidad de que se produzca una consecuencia secundaria no deseada y a pesar de ello actúa. Por el contrario, quien "no toma en serio en un sentido preciso" [42] el peligro que imagina y se comporta "irreflexivamente", actúa sólo con imprudencia consciente.

En ambas formas de conducta se pone de manifiesto, para STRATENWERTH, también la diferencia entre el actuar final y el no final. Para él sólo actúa finalmente aquel que hace "propio" un fin de la acción determinado, y este acto volitivo de hacer propio consiste precisamente en que el autor se decide a una acción, aun tomando en serio la posibilidad de producción del resultado [43]. Por expresarlo con las palabras de STRATENWERTH: «Sólo en tanto que el autor haga propias las posibilidades inherentes a la situación de la acción concreta..., los efectos (en definitiva indefinidos) que van unidos a todo actuar humano... se anticipan en la resolución de actuar del autor: sólo en los peligros tomados en serio tiene que decidir el autor si por ellos va a omitir la acción... Y esta anticipación de las consecuencias que se produce en la resolución de actuar forma el auténtico núcleo de la supradeterminación final. Sólo a través de ella se establece entre la consecuencia y el comportamiento del autor la conexión que hace aparecer esta consecuencia como obra suya» [44].

c) *WELZEL*

También para WELZEL el límite entre dolo e imprudencia reside en la diferencia entre comportamiento final y no final. WELZEL [45] emplea, yuxtaponiéndolas, formulaciones de KAUFMANN y STRATENWERTH sin tomar partido con respecto a las distintas posturas, pero mantiene en lo fundamental una tercera solución autónoma, a tenor de la cual la dirección final se extiende a las consecuencias accesorias sólo «en tanto que el autor haya contado con su producción y las haya incluido asimismo en su voluntad de realización» [46]. Aprecia ese "contar con", coincidiendo con Hellmuth MAYER [47], «cuando el autor atribuye a la producción del resultado más que mera posi-

[42] *Op. cit.*, p. 55.
[43] *Op. cit.*, p. 59.
[44] *Op. cit.*, p. 60.
[45] *Lehrb.*, 7.ª ed., pp. 62-64.
[46] *Lehrb.*, 7.ª ed., p. 30.
[47] *Lehrbuch*, p. 251.

bilidad y menos que probabilidad preponderante» [48]. Las consecuencias con las que el autor ha contado "si emprende el resultado tiene que quererlas realizar eventualmente". Y a la inversa: «Quien al obrar confía en la ausencia de consecuencias, quiere tales consecuencias en tan escasa medida como aquellas otras en las que no piensa (aquí sólo cabe calificar de imprudencia).»

Siguiendo las tesis de Armin KAUFMANN, STRATENWERTH o WELZEL, el sujeto de detrás, si sólo actúa con dolo eventual, en virtud de su supradeterminación final, puede tener el dominio sobre el suceso incluso cuando el ejecutor directo realiza el delito con imprudencia consciente. La presencia de dominio del hecho en el ámbito de los supuestos de error volvería a corresponderse con la línea divisoria entre dolo e imprudencia. Pero como los tres trazan la línea separadora en distinto lugar, siempre quedaría por aclarar con la presencia de qué requisitos materiales habría que apreciar un actuar final, en contraposición con el comportamiento del ejecutor, y con él el dominio del hecho del sujeto de detrás.

3. Toma de posición con respecto a los cinco conceptos de finalidad, desde el punto de vista de la teoría del dominio del hecho

De cuanto antecede se deduce para nuestra investigación que la respuesta a la cuestión de si en quien actúa con imprudencia consciente cabe derivar un dominio del hecho del sujeto de detrás (al igual que en el instrumento no doloso e inculpable o imprudente inconsciente), a partir de la supradeterminación final de un comportamiento sólo causal, dirigido exclusivamente por el tercero; que esa respuesta, decíamos, presupone de entrada acordar qué ha de entenderse por "finalidad" en tales casos. Ya nuestra breve panorámica nos ha conducido a cinco conceptos distintos de finalidad. Con arreglo a ellos, actúa finalmente quien prevé la posibilidad de producción del resultado (ENGISCH, GALLAS, NOWAKOWSKI, Armin KAUFMANN), o sólo quien pretende el resultado (HARDWIG, SCHMIDHÄUSER), o quien aprecia la posibilidad de resultado sin poner en marcha factores contrarios para evitarlo (Armin KAUFMANN), o quien toma en serio la posibilidad de resultado (STRATENWERTH), o quien cuenta con la producción del resultado (WELZEL). ¿De cuál de estos conceptos ha de partirse?

Para ocuparnos de esta cuestión debemos tener claro que las cinco posturas son irrefutables en tanto que utilizan un hecho determinado y distinto en cada caso para caracterizar el término "finalidad". Sin embargo, para nuestra consideración no hay que atender a un concepto de "finalidad en sí" y mucho menos a la distinción entre dolo e imprudencia consciente (que se encuentra en primer plano en las descripciones de que nos hemos ocupado),

[48] Esta cita y las siguientes: WELZEL, *op. cit.*, p. 62.

sino sólo a qué clase de finalidad es la que confiere al que actúa el dominio del hecho. Desde esta perspectiva se deduce el siguiente punto de partida:

La finalidad configuradora del curso del hecho, a la que hemos de atender, debe surtir efecto en la dirección del suceso exterior, pues en otro caso no sería configuradora. Donde exista ese efecto rector se dará también la finalidad en el sentido que aquí importa (al respecto, A); las posiciones volitivas que no influyen el curso causal tampoco tienen nada que ver con la finalidad (B). A partir de estos principios sencillos y difícilmente discutibles cabe derivar dos consecuencias, que suponen el sacrificio de tres de las cinco teorías mencionadas. La controversia con la cuarta postura va a sumarse a ellas (C), de modo que la correcta es la que queda, con cuya ayuda cabe iniciar la solución de la problemática de la autoría.

A. La doctrina de HARDWIG, según la cual sólo se puede hablar de finalidad con respecto a las consecuencias pretendidas de la acción, es demasiado estricta. Si A quiere matar a B y sólo puede lograrlo arrojándole una bomba que al mismo tiempo va a matar a C, que está sentado junto a B, A no persigue en absoluto la muerte de C. Pero no puede negarse que ha dirigido completamente el curso causal que condujo a la muerte de C. Esta dirección por sí sola fundamenta la finalidad configuradora del curso del hecho. No se requiere nada más. Ciertamente ha de reconocerse que el resultado desagradaba a A y que en esa medida ha ocurrido en contra de su voluntad; pero la finalidad no puede depender de lo que "quiso" en este sentido estricto, esto es, de lo que aprobó internamente, sino sólo de lo que ha hecho conscientemente. En otro caso, se llegaría a un concepto de finalidad subjetivista, teñido emocionalmente, que requeriría algo más que la dirección completa del curso causal. Lo cual no se correspondería con la estructura del dominio descrita *supra* para los supuestos de error.

Sin embargo, de admitir que en nuestro ejemplo se da una dirección final porque no hay que atender a que el resultado sea pretendido, entonces también hay que admitirlo cuando la producción de las consecuencias accesorias no deseadas *ex ante* es poco segura. En efecto, la realización de todo plan puede tropezar en la realidad con mayores o menores obstáculos y alberga siempre un factor de inseguridad. De producirse el resultado no puede considerársele como no dirigido ya, porque podría haber ocurrido de otro modo.

Ni siquiera son posibles graduaciones cuantitativas del género de que sólo quepa hablar de dirección final cuando la producción de las consecuencias accesorias no deseadas alcanza cierto grado de probabilidad (así lo sugiere WELZEL), pues cuando la realización del tipo es pretendida, esto es, intencional, se imputa indiscutiblemente al autor la finalidad y el dominio del hecho, aun cuando la producción del resultado fuera *ex ante* improbable. Pero entonces hay que afirmar la finalidad también cuando la lesión del

bien jurídico, prevista y producida por una acción voluntaria, era no deseada y menos probable, puesto que el poder rector del sujeto actuante es el mismo en ambos casos, no influyendo en éste que el resultado sea pretendido o no deseado.

Por eso, cuando alguien obra con la consciencia de que puede que se produzca una consecuencia accesoria insegura y no deseada hay que considerar que el resultado (de producirse realmente) fue dirigido por él en la medida en que el curso causal era dominable, e imputárselo al agente como realización del tipo con imprudencia consciente.

B. Tampoco tienen nada que ver con la finalidad los criterios, empleados por STRATENWERTH y WELZEL, del "tomar en serio", de la "irreflexividad", del "contar con" o del "confiar en", siempre que se la conciba (tal como se sugirió *supra* y como estima básicamente la doctrina final de la acción) como la fuerza que dirige el acontecer causal, pues se trata aquí, como en todas las demás delimitaciones que hacen depender la distinción entre dolo e imprudencia de datos emocionales, de tomas de posición del autor irrelevantes para el curso causal que se desenvuelve en la realidad, cuya dirección final es la que importa. El que para el sujeto la producción del resultado sea esperada, le sea indiferente o confíe en que no va a acaecer, o que la tome en serio o no..., puede tener importancia para el merecimiento de pena, la culpabilidad y el límite entre dolo e imprudencia, pero no tiene el menor efecto en el curso causal, en cuya dirección, basada en la representación del resultado, consiste la esencia de la finalidad.

El propio WELZEL dice con toda razón que "la voluntad final, porque (y en tanto que) configura *objetivamente* [49] el suceso externo..., pertenece a la acción" [50]. Pero entonces no puede hacerse depender su presencia de circunstancias como el "confiar" o el "tomar en serio", puesto que en uno u otro caso la voluntad previsora del autor se manifiesta de igual manera y el curso causal no es dirigido ni un ápice de modo distinto [51].

Así pues, tampoco desde esta perspectiva se puede por menos que estimar que está presente un actuar final cuando el autor aprecia la concreta posibilidad de un resultado y sin embargo dirige el curso causal conscientemente hacia él.

C. En todo caso, falta aún analizar críticamente a Armin KAUFMANN, que para el ámbito de la imprudencia consciente (y, por tanto, desde su punto de vista: de la finalidad ausente) propugna reservar siempre los casos en los que el autor ha puesto en marcha factores contrarios para evitar el resultado accesorio no deseado, pero sí producido. El proceder de KAUFMANN no se ve expuesto a las objeciones que se invocaron *supra* en tanto que él propugna elevar a criterio distintivo entre el actuar final y el no final una diferencia "ontológica", que surte efecto en la dirección del acontecer. Además, es indudable que la finalidad falta en todo caso cuando el autor, sobre la base de los factores contrarios que emplea, llega a suponer que el resultado accesorio no se va a producir debido a que en este caso precisamente no actúa en la consciencia de que el resultado sea posible.

[49] Cursiva de WELZEL.
[50] *Lehrb.*, 7.ª ed., p. 29.
[51] En esto absolutamente coincidente NOWAKOWSKI, *JZ*, 1958, p. 339.

Pero la concepción de KAUFMANN se torna problemática cuando el autor desde el principio duda de si las medidas contrarias que emplea van a impedir el resultado. Basta con modificar ligeramente el ejemplo anterior: A quiere matar a B, que se encuentra sentado a la misma mesa que C, arrojándole una bomba. Como no desea la muerte de C, decide advertirle en el último momento mediante un grito. Lo cual no puede realizar demasiado pronto ni de manera muy llamativa, puesto que en otro caso también B va a ponerse a buen recaudo. Las perspectivas de que la maniobra salvadora consiga su objetivo no son, pues, grandes, como A sabe. Efectivamente, C no entiende el grito y resulta destrozado por la bomba. ¿Por qué habría de negarse aquí la finalidad y el dominio del hecho por parte de A?

Ahora bien, si se parte de que a pesar del empleo de factores contrarios sigue existiendo una probabilidad, por ejemplo, del 80 por 100, de que se produzca el resultado accesorio, no se entiende entonces por qué ha de aplicarse un tratamiento distinto cuando en otro caso el empleo de factores contrarios no fue posible, pero la probabilidad de producción del resultado igualmente era sólo del 80 por 100 o (lo que para KAUFMANN no entrañaría diferencia alguna) a lo mejor sólo del 10 por 100. De un modo o de otro, A previó la muerte de C como consecuencia de su comportamiento con la misma probabilidad. Y ante todo, en realidad no se da ninguna diferencia relevante en la dirección final del acontecer causal, puesto que el empleo de contrafactores no surte efecto. Que la acción se haya desarrollado como lo ha hecho se debe exclusivamente a la dirección por parte de A. Pero entonces (pasando a las consecuencias para la doctrina de la autoría) hay que atribuirle asimismo el dominio sobre el suceso.

Realmente resulta sugestivo en principio cuando KAUFMANN [52] dice que la voluntad de realización no puede estar dirigida, por una parte, a hacer que se produzca un resultado, y por otra, encaminarse justamente a evitarlo a través del modo de actuar. Pero en contra ya ha objetado STRATENWERTH [53] con razón que ciertamente no se puede perseguir a la vez realizar y evitar un resultado, pero en el dolo eventual se trata de la cuestión de si se puede imputar al autor a título de dolo la realización de un resultado, a pesar de que precisamente no lo pretendía. Dicho de otro modo: KAUFMANN iden-

[52] *Op. cit.*, p. 73.
[53] *Op. cit.*, p. 61.

tifica en su demostración inadvertidamente el concepto de finalidad con el de "pretender" (cfr. al respecto *supra* A), aun cuando en los demás casos, cuando no se despliegan factores contrarios, considere final todo actuar en la consciencia de que se produzca un resultado posible, aunque no pretendido.

4. Resultado

Así pues, cabe establecer que se halla en el ámbito de la relación final y, por tanto, es abarcado por el dominio del hecho todo aquel resultado que el autor se haya representado en concreto como consecuencia posible de su actuar dirigido. Por lo que respecta al concepto de finalidad, lo dicho concuerda con la postura original de ENGISCH, que así se revela como correcta frente a los demás ensayos posteriores de soluciones divergentes.

¿Qué se deduce de ahí entonces para la teoría del dominio del hecho y para la delimitación entre autoría mediata e inducción? Dos extremos:

A. *Dado el conocimiento coincidente sobre la probabilidad de resultado: participación*

Si el que actúa y el sujeto de detrás estiman el suceso de la misma manera, esto es, no existiendo diferencia alguna en la vertiente intelectual, no basta para fundamentar autoría mediata la circunstancia de que el comportamiento del ejecutor, sobre la base de cualesquiera puntos de vista "emocionales" o por su actitud moralmente menos reprobable, se valore como imprudente consciente, y la del sujeto de detrás, en cambio, como dolosa. En efecto, el sujeto de delante obra finalmente y tiene el dominio del hecho. Así pues, actúa por propia resolución; el que determina o auxilia, que no entrevé mejor el curso causal que el ejecutor directo, no puede dirigir el suceso más allá de su propio actuar.

Por eso, no es él, sino el ejecutor, quien tiene el curso del hecho en sus manos. La circunstancia de que al que no obra directamente (por ejemplo, en virtud de su mayor indiferencia ante el resultado o incluso porque lo ha pretendido) se le dirija un reproche de culpabilidad más grave, que hace aparecer su actuar como doloso, no puede procurarle el dominio sobre el suceso. Si la realización del tipo fue el fin directamente perseguido con su comportamiento habría que apreciar incluso dolo directo en el sujeto de detrás, sin que él pudiera cuestionar el dominio del hecho del sujeto de delante que entrevé la posibilidad de producción del resultado en la misma medida, pero confiando irreflexivamente en su ausencia. El que para uno el resultado sea sumamente indeseado y para otro bienvenido no influye en absoluto en el dominio del hecho, como se expuso *supra*.

De donde se deduce una importante consecuencia, la de que la posibilidad de participación en una acción imprudente consciente, que para el tercero ha de castigarse por el marco penal del delito doloso, ya no cabe negarla desde el punto de vista de la teoría del dominio del hecho. Nada obsta para ello la circunstancia de que falte un hecho principal doloso, pues o bien se encuadran sistemáticamente sólo en el ámbito de la culpabilidad los datos emocionales con los cuales el dolo trasciende la finalidad de tipo, y entonces se da un hecho típico y antijurídico, que admite incuestionablemente la participación, o se considera, como recientemente hace JESCHECK [54], a estos elementos de la culpabilidad a la vez como "factores del injusto", y entonces tampoco puede ser distinto el resultado, pues si concurren en el tercero los requisitos de la participación (aquí, la cooperación sin dominio del hecho en la realización del resultado), la falta de elementos personales del injusto en el que actúa directamente no puede excluir la punibilidad del sujeto de detrás. Esto se tratará más adelante en profundidad.

A una solución aparentemente semejante llega FRANZHEIM [55], que en los delitos especiales propugna considerar al *intraneus* que actúa con imprudencia consciente como autor y al *extraneus* doloso, no cualificado, como partícipe. Para fundamentarlo indica que «en los delitos imprudentes conscientes el dominio del hecho potencial fundamenta la autoría cuando al dominio del hecho potencial no se opone el dominio del hecho fáctico de otro partícipe». Sin embargo, la coincidencia con la posición aquí desarrollada no va muy lejos, pues en primer lugar FRANZHEIM atribuye al autor imprudente consciente sólo un dominio del hecho "potencial" (o sea, no actual), mientras que aquí partimos de una dirección del suceso real, igual al dolo y por tanto "fáctica" en su sentido, y en segundo lugar, desarrolla su teoría precisamente en los delitos especiales, para los cuales, como se señalará más adelante, son determinantes puntos de vista absolutamente distintos [56].

Siguiendo la concepción de SCHRÖDER y SCHMIDHÄUSER, que asignan al dolo todos los supuestos de representación concreta del resultado, se llegaría no obstante materialmente a los mismos resultados que los que aquí se mantienen para la teoría del dominio del hecho [57]. En efecto, el que actúa con imprudencia consciente (para la doctrina dominante) sería entonces autor doloso, de manera que serían posibles sin más la inducción y la complicidad en tal comportamiento. No es éste el lugar adecuado para tomar postura acerca de lo correcto de esta teoría sobre el alcance del dolo, puesto que no se trata aquí de la separación de dolo e imprudencia, sino del concepto de finalidad configuradora del hecho. Pero un extremo es seguro: si se reconoce la imprudencia consciente en el sentido tradicional, entonces se exige

[54] *Festschrift für Erik Wolf*, 1962, pp. 487 y 488.
[55] *Die Teilnahme an unvorsätzlichen Haupttat*, 1961, pp. 39 y 40.
[56] Cfr. al respecto con detalle pp. 396 ss.
[57] Cfr. ya *supra*, pp. 203-205.

para el dolo más que la mera relación final con el resultado, de manera que las consecuencias expuestas *supra* son inevitables. Ahora bien, no siendo ya determinante la distinción entre dolo eventual e imprudencia consciente para delimitar inducción y autoría mediata (tal como aquí se propugna) ello no significa para la doctrina de la autoría (como cabría pensar en principio) una complicación que confundiera las cosas, sino, por el contrario, una simplificación apreciable, puesto que la cuestión de la autoría se ve aliviada de la problemática dolo-imprudencia, que por la equivocidad de los criterios volitivos empleados hasta ahora se ha debatido sin tregua, y remitida al concepto de la supradeterminación final, que resulta notablemente más claro y fácil de manejar.

Al mismo tiempo, sin embargo esta concepción se ajusta mucho mejor a la imagen rectora de que señor del hecho sólo puede ser aquel que tenga el suceso "en sus manos", puesto que cuando alguien determina a quien actúa con imprudencia consciente, el ejecutor sabe (si entrevé el hecho tan bien como el sujeto de detrás), en la misma medida que éste, que el resultado puede producirse y qué riesgo asume. En esta representación del resultado homogénea reside un motivo inhibidor y ya no es posible emplear al agente como mero factor condicionante y convertirse uno en figura central del suceso de la acción. Si el ejecutor es irreflexivo y confía sin fundamento en la ausencia del resultado, el legislador puede que aprecie en su favor una menor energía criminal y le exima de la pena correspondiente al dolo (la razón reside exclusivamente en su persona y nada tiene que ver con el dominio del sujeto de detrás). Cuando uno advierte las posibles consecuencias de su actuar, su decisión irreflexiva sigue siendo decisión *suya*, y merced a ello no se da dominio del tercero. No me parece correcto lo que señala STRATENWERTH [58] en el sentido de que uno puede distanciarse de las consecuencias de su hacer advertidas como posibles, renunciando a asumirlas, a hacerlas "propias".

B. *Dado el conocimiento más amplio por parte del sujeto de detrás: el problema se traslada a otra sede*

Con lo expuesto hasta ahora se ha respondido a la disyuntiva autoría mediata/participación en la acción ejecutiva imprudente consciente, pero no de modo definitivo, ya que en nuestra solución en favor de la participación hemos dado por supuesto que el sujeto de delante y el de detrás "saben" lo mismo, y únicamente la disposición emocional con respecto al suceso entraña en uno imprudencia consciente y en otro dolo.

Ahora bien, cabe asimismo concebir supuestos en los que el entendimiento del curso causal que se espera es mayor en el sujeto de detrás, que se aprovecha de ello. Así, por ejemplo, puede acontecer que el sujeto de detrás persiga un resultado accesorio no deseado por el ejecutor directo, por lo cual persuade a éste de que el riesgo es reducido, aun sabiendo exactamente que el resultado va a producirse con seguridad. Si el ejecutor sigue siendo consciente de la posibilidad del resultado, pero debido al engaño del sujeto de detrás confía irreflexivamente en que no va a producirse, habría que caracterizar su comportamiento, con arreglo a la doctrina dominante, como imprudente consciente.

[58] *Op. cit.*, pp. 59 y 60.

Surge la cuestión de si sólo es posible apreciar inducción en supuestos de este estilo. ¿O se da autoría mediata? Cabe preparar la respuesta estableciendo dos ideas:

a) *Irrelevancia del límite dolo-imprudencia*

Tampoco puede depender la solución a estos casos de error de dónde se sitúe la frontera entre dolo e imprudencia consciente, ya que el problema se plantea en la misma forma si en nuestro ejemplo (pongamos, porque no haya puesto en marcha factores contrarios o porque se entienda suficiente la representación concreta del resultado) le imputamos al agente su comportamiento a título de dolo.

Lo cual se pone también de manifiesto en casos claros de comportamiento doloso por ambas partes. Si por ejemplo, alguien obra con una representación del 50 por 100 de probabilidades, esto es, contando seriamente con la realización del tipo, se le hará responder por dolo eventual con cualquier teoría; pero si de haber sabido que se iba a producir el resultado habría renunciado a actuar, en estos supuestos se plantea la cuestión de si no hay que considerar autor mediato al sujeto de detrás que le ha engañado acerca de esta circunstancia.

De ahí se deduce que los casos de engaño no es posible aclararlos de modo concluyente en este lugar, en que se trata del significado de la imprudencia consciente para la doctrina de la autoría. Más bien se encuadran mejor en un complejo de problemas mas amplio, que se abordará más adelante [59], y que se ocupa de si también en la acción ejecutiva dolosa y culpable es posible el dominio de la voluntad en virtud de error por parte del sujeto de detrás que sabe más que el autor directo. A ese lugar, pues, debemos remitirnos.

b) *Irrelevancia del límite causalidad-finalidad*

Una idea, que después vamos a dar por sentada, es posible anticiparla ya: si en los casos de error del género descrito, dado el conocimiento más

[59] Cfr. pp. 245 ss.

amplio del tercero, ha de existir autoría mediata, ésta no cabe fundamentarla con el binomio causalidad-finalidad. En efecto, en estos supuestos obra dolosa y finalmente también el ejecutor engañado, de manera que no puede hablarse de supradeterminación de un mero curso causal. Por eso, estos casos no es posible comprenderlos con la forma estructural, hasta aquí elaborada, de la autoría mediata. Cómo hay que continuar ahora se mostrará en lo que sigue de la mano de sencillos grupos de hechos. En relación con ello, podemos volver a ocuparnos del problema (que sigue abierto en este lugar) de si es concebible la autoría mediata, dado un conocimiento más exacto de la probabilidad del resultado.

III. EL QUE YERRA OBRA SIN CONSCIENCIA DE LA ANTIJURICIDAD

1. Error de prohibición propio

A. *Estado de la cuestión*

La cuestión de si (y en qué circunstancias) puede ser autor mediato el que coopera en el hecho de otro que obra sin conocimiento de la antijuricidad es objeto de debate entre los partidarios de la teoría del dominio del hecho.

a) *Welzel*

Welzel [60] niega en la mayoría de los casos el dominio del hecho del sujeto de detrás. Idea un ejemplo en que una mujer se ha trasladado de Alemania central a Alemania occidental y realiza aquí un aborto, en el convencimiento, al que ha llegado a partir de la práctica de su patria, de que el aborto ya no es punible; al respecto señala: «... quien auxilia a la mujer en un aborto así, o la induce, comete complicidad o inducción al aborto (doloso), tanto si la autora ha obrado en ignorancia de la prohibición evitable como inevitable». Una sola excepción reconoce: «únicamente si el sujeto de detrás suscita el error de prohibición del ejecutor directo *intencionadamente* para que se cometa el delito existe autoría mediata del sujeto de detrás (al igual que en aquel que crea deliberadamente una situación de necesidad para un tercero)» [61].

[60] *Um die finale Handlungslehre*, 1949, nota 34, p. 30.

[61] En un comentario a la sentencia *BGHSt*, 4, pp. 355-360; en *JZ*, 1953, p. 763, Welzel propugna, no obstante, estimar inducción también en tal situación diciendo: «Precisamente para este caso se introdujo la limitación de la accesoriedad.» Sin embargo, ocurre que aquí, donde un médico determinó a un colega a revelar indebidamente un secreto, se añade la problemática de la participación, con sede distinta, en los delitos especiales, que se abordará más adelante; cfr. pp. 396 ss., y especialmente con respecto a esta sentencia pp. 400 ss.

b) *Bockelmann*

Por el contrario, Bockelmann [62] propugna apreciar autoría mediata por lo general en caso de error de prohibición evitable e inevitable del que actúa directamente. Sólo admite excepcionalmente la participación cuando el cooperador cree o al menos cuenta con que el ejecutor entrevé la situación jurídica, pues en tales casos «deja a criterio de ese otro, por necesidad, la decisión determinante sobre si el hecho va a producirse» [63].

c) *Maurach*

Más lejos va Maurach [64], que llega, sin indicar excepciones, al resultado de que existe autoría mediata. Dado el error inevitable del ejecutor, habla incluso de un «caso, especialmente claro, de dirección final-dolosa por parte del sujeto de detrás». Si el ejecutor directo se equivocó culpablemente sobre la antijuricidad de su actuar, señala Maurach, podría decidirse en otro sentido de recurrirse «a lo normativo del error de prohibición (el autor directo debió haber advertido el injusto) y no a lo psicológico (no ha advertido el injusto)». Y sin embargo ha de preferirse esta última postura. El dominio del hecho se basa en el mero hecho del error de prohibición, sin que la falta de tensión de la consciencia que se da en el instrumento pueda modificar el enjuiciamiento del sujeto de detrás [65].

d) *Otros autores*

Quot homines, tot sententiae. No son éstas las únicas soluciones posibles e imaginables mantenidas desde la perspectiva de la teoría del dominio del hecho. No obstante, las demás voces de la doctrina llegan a resultados muy poco claros.

[62] *Untersuchungen*, pp. 80-81.

[63] En contra de Bockelmann, cfr., por ejemplo, Oehler, *Festschr. zum 41. Dtsch. Juristentag*, 1955, pp. 270-272; Heinitz, *Festschr. zum 41. Dtsch. Juristentag*, pp. 104 y 105; Tröndle, *GA*, 1956, pp. 144 y 145; Benakis, *Täterschaft und Teilnahme im deutschen und griechischen Strafrecht*, 1961, p. 120.

[64] *AT*, 2.ª ed., § 48, II, D, 2, p. 503.

[65] En otro lugar (*AT*, 2.ª ed., § 53, III, D, 2, b, p. 570) Maurach señala que "en la duda", dándose error de prohibición del autor principal, hay que apreciar no participación, sino autoría mediata del sujeto de detrás. Según ello, siempre tendría que haber también casos de participación fuera de duda; pero no sabemos de qué casos se trataría.

Así, por ejemplo, FRANZHEIM [66] estima que lo que debe decidir es la "intensidad del dominio del hecho". «Si el sujeto de detrás tiene el dominio del hecho y obra sin error de prohibición, su dominio del hecho será por lo general más intenso (y por tanto determinante) que el del sujeto de delante que obra en error de prohibición. Si a pesar del error de prohibición, debido a la especial posición personal y social del sujeto de delante, es más intenso su dominio del hecho que el del sujeto de detrás, el sujeto de detrás es partícipe en el hecho del sujeto de delante.» FRANZHEIM habla, a este respecto, de la "elasticidad y relatividad del concepto de dominio del hecho".

De manera análoga, TRÖNDLE [67] opina que «por lo general —aunque no siempre— se dará autoría mediata cuando un sujeto determina a una acción dolosa... punible a otro, cuya falta de consciencia de la antijuricidad conoce». Sin embargo, calla sobre cuándo podría darse un caso que suponga una excepción a su regla [68]. Con más cautela aún dice BENAKIS [73] que "ha de ponderarse" cuándo el sujeto de detrás aparece como señor del hecho. De las posturas de GALLAS [69], OEHLER [70] y HEINITZ [71] se deduce sólo que consideran posible siempre la participación en un hecho cometido en error de prohibición; no se advierte si esto rige con carácter general o si con ciertos requisitos es posible la autoría mediata.

La razón de esta inseguridad generalizada reside en que la idea del dominio, concebida únicamente como lema plástico del que se trata de derivar consecuencias jurídicas inmediatas, en los ámbitos marginales es demasiado equívoca como para obtener del sentimiento jurídico una reacción segura. Por eso señala acertadamente BENAKIS [72]: «No cabe derivar a partir del criterio del dominio final del hecho una consecuencia forzosa en una u otra dirección.»

Si uno quiere abrirse paso hasta una postura clara parece adecuado (frente a un proceder así, determinado más por el sentimiento individual de equidad) recurrir también aquí a la idiosincrasia estructural de la relación existente entre los intervinientes.

B. *No hay dominio sobre la persona del autor directo*

No se da el dominio sobre la persona del ejecutor, como en los casos de coacción. Bien es verdad que el ejecutor puede estar amparado por una

[66] *Die Teilnahme an unvorsätzlichen Haupttat*, p. 44.
[67] *GA*, 1956, p. 144.
[68] Su referencia a MAURACH no sirve de gran cosa porque la cuestión tampoco se responde ahí.
[73] *Täterschaft und Teilnahme im deutschen und griechischen Strafrecht*, p. 119.
[69] *Gutachten*, p. 148.
[70] Como nota 63 (p. 194).
[71] Como nota 63 (p. 194).
[72] *Täterschaft und Teilnahme im deutschen und griechischen Strafrecht*, p. 120.

causa de exclusión o de disminución de la culpabilidad, pero tal exención de responsabilidad plena o parcial no se le asigna porque se haya encontrado en manos el sujeto de detrás, sino porque el error reduce la reprochabilidad. Aun cuando el sujeto de detrás le haya hecho incurrir en la creencia errónea de que el hecho planeado no está prohibido, el ejecutor es libre de decidir.

Lo cual rige también para el ejemplo de WELZEL: el que la mujer lleve a cabo o no el aborto depende exclusivamente de ella. No me parece acertado que WELZEL establezca un paralelismo entre este caso y los de coacción. Y es que el coaccionado actúa bajo presión: si quiere evitar el peligro que se cierne tiene que hacer lo que le ordena el sujeto de detrás. Pero para quien sufre error de prohibición todas las posibilidades siguen abiertas. No decide en consideración a la persona del sujeto de detrás, sino según su propio deseo. Aun cuando el agente, debido al error de prohibición, considere el hecho planeado como un suceso jurídicamente neutro, no es dominado por el otro.

Por utilizar un símil trivial: si en nuestro ejemplo alguien le propone a la mujer ir al cine (lo que ciertamente constituye una acción jurídicamente neutra), no por ello tiene el dominio del hecho sobre la decisión de ésta. ¿Cómo iba a ser distinto si le aconseja, falseándole la situación jurídica, un aborto y, por tanto, una acción a sus ojos igualmente neutra desde el punto de vista jurídico? Además, desde este planteamiento me parece inconsecuente que WELZEL, en la determinación al hecho, aprovechando un error de prohibición ya existente, aprecie sólo inducción, pues la situación psicológica es la misma en ambos casos para el agente.

Desde estos puntos de vista también cabe esgrimir objeciones contra la argumentación de BOCKELMANN, aunque en lo esencial llegue a resultados opuestos a los de WELZEL. Aun prescindiendo de las objeciones de principio y ahora también compartidas por el propio BOCKELMANN [74], contra la fórmula, tomada de la teoría del dolo, del "dejar a criterio de", sin embargo todavía hay que preguntar si en los casos del error de prohibición el sujeto de detrás no tiene que "dejar el hecho a criterio" del agente. La respuesta surge de lo arriba expuesto: tiene que hacerlo, porque el autor directo (piénsese en el caso del aborto) mantiene la libertad de decidir. En otro caso, cualquier consejo para realizar una acción no prohibida acarrearía para el que incita el dominio del hecho. Ciertamente es correcto que suponer que una acción no está desaprobada por el Derecho puede despejar las inhibiciones y facilitar la decisión, pero este efecto lo tienen igualmente otros modos distintos de persuadir y tentar que se encuadran incuestionablemente en el ámbito de la inducción.

No resulta adecuado, pues, el intento de apreciar en los casos de error de prohibición el dominio de la voluntad por parte del sujeto de detrás

[74] Cfr. al respecto *supra*, pp. 73 y 104.

sobre la base de la ausencia de libertad del agente. Por eso, puede inducir a engaño, en relación con la teoría del dominio del hecho, que BRAUNECK [75] considere al error sobre la antijuricidad "como una pura cuestión de poder", situándola en el mismo escalón que la inimputabilidad. Y es que el autor pudo decidir de otro modo. Simplemente pudo no advertir el injusto de su comportamiento o advertirlo sólo en una medida reducida [76].

C. *Grados de la configuración del hecho con sentido*

Queda por tratar la cuestión de en qué medida, dado el error de prohibición del ejecutor, cabe hablar de que el sujeto de detrás posee el dominio del hecho en virtud de la finalidad configuradora del curso del hecho en el sentido de los casos de error.

Partiendo de la doctrina final de la acción, de entrada se ofrece una solución sencilla: como el conocimiento del injusto sólo afecta a la culpabilidad, y como aquel que simplemente yerra sobre la antijuricidad de su actuación sin embargo actúa finalmente, es autor doloso y, por tanto, sin estar forzado, tiene el dominio de la voluntad, el sujeto de detrás sólo puede ser partícipe. Tal sería también la tesis de WELZEL, con arreglo a la cual la autoría mediata a través de un agente que a su vez es autor representa un "absurdo" [77]. Obviamente el propio WELZEL se contradice al apreciar autoría mediata en la creación intencionada de un error de prohibición.

En realidad, la cuestión no es tan sencilla. Así, ha de preguntarse si la finalidad que procura al agente el dominio sobre el acontecer verdaderamente es independiente en todos los casos de la consciencia de la antijuricidad. Esta cuestión ha de plantearse, pues por lo que respecta a los requisitos intelectuales del dominio del hecho, la dirección final no se agota en absoluto en la mera supradeterminación del curso causal. Si alguien dispara a una persona, a quien ha tomado por un tocón de árbol, ha dirigido el curso causal a donde quería, y, sin embargo, no ha obrado finalmente, por haberse equivocado sobre la cualidad —en sí independiente de la dirección del curso causal— del objeto del hecho. Por eso dice WELZEL [78]: «No hay... acciones finales "en sí"..., sino sólo referidas a las consecuencias señaladas por la voluntad de realización.»

Al respecto, estas consecuencias deben ser abarcadas en todo su contenido típico. El ladrón no sólo tiene que guiar el curso causal hacia la consecuencia

[75] *GA*, 1959, p. 268.

[76] Dado que la cognoscibilidad del injusto es de importancia decisiva para la culpabilidad —si bien no para las relaciones de dominio—, no resulta afectado por las consideraciones expuestas *supra* el intento de BRAUNECK de elevar el elemento del "poder" a criterio material de la culpabilidad.

[77] *SJZ*, 1947, apdo. 650.

[78] *Lehrbuch*, 7.ª ed., p. 31.

externa —sustracción de la cosa—, sino que también ha de saber que la cosa es "ajena" para que a su hacer no le falte el dominio del hecho y la cualidad de acción en el sentido que aquí interesa.

No va a debatirse aquí si tal postura, que equipara la "acción" con la realización del tipo consciente y voluntaria, es adecuada para procurar un concepto básico sistemático antepuesto al plano del tipo, o si el significado de la doctrina final de la acción más bien resida en su innovadora concepción del injusto; en cualquier caso, de esta forma llega WELZEL a un concepto de acción desligado de todo naturalismo, que asume ampliamente el sentido social del acontecer, tradicionalmente dividido en tipo, antijuricidad y culpabilidad, la única que da cuenta también de la esencia de la "finalidad configuradora", que en los supuestos de error fundamenta el dominio del hecho por parte del sujeto de detrás; en efecto, sólo quien ha abarcado intelectivamente todos los elementos del tipo puede dirigir el curso causal de modo ostensible a su realización y de ese modo dominar el acontecer. Sólo de aquí se deriva que el proceso que «desde la resolución, pasando por los impulsos volitivos, conduce al resultado, es una unidad de sentido dispuesta, que se destaca del resto del acontecer causal por el elemento de la disposición del sentido» [79]. Pero con ello se pone también de manifiesto que los conceptos así concebidos de la finalidad y del dominio del hecho son de naturaleza teleológica en la medida en que su alcance depende enteramente de la respectiva idea valorativa del legislador [80].

Pero siendo esto así, me parece incontestable la consecuencia, en principio temeraria, de que hay distintos grados de finalidad y, por tanto, de dominio del hecho en función de la medida de dirección conforme a sentido. Así, no apartándose de la teoría de la culpabilidad, no cabe negar que el conocimiento fundamentador del dolo, de los elementos externos del tipo, no agota (y ni siquiera abarca) el contenido de sentido social del suceso. Lo cual es aplicable, por ejemplo, a la legislación penal especial: si un extranjero, en Alemania, conduce por la izquierda por suponer erróneamente que así está establecido, no obstante actúa dolosamente para la teoría de la culpabilidad; sabe que conduce por la izquierda, faltándole simplemente el conocimiento de que eso está prohibido. Pero sin ese conocimiento también le está oculto el sentido de su conducta. Ciertamente ha dirigido la ejecución de la acción en su curso exterior, pero sólo de manera limitada cabe hablar aquí de dirección con sentido.

Si, sin embargo, se quiere hablar aquí de acción final y, por tanto, de "unidad de sentido dispuesta", hay evidentemente diferencias que conducen, en principio, a la articulación en dos grados del dominio del hecho: para

[79] WELZEL, *ZStW*, t. 51, p. 718; citado por BOCKELMANN, *Untersuchungen*, p. 57.

[80] Cfr. con respecto a estas cuestiones, más en detalle, ROXIN, «Zur Kritik der finalen Handlungslehre», en *ZStW*, t. 74, 1962, pp. 515-561.

el dominio del hecho de primer grado basta el conocimiento de las circunstancias objetivas del hecho, o sea, los presupuestos del injusto, sin que el autor tenga que haber advertido el sentido social, el desvalor, de su comportamiento. El segundo y superior grado del dominio del hecho presupone que el agente ha advertido además el sentido del tipo, o sea, la dañosidad social o la antijuricidad material de su hacer. Únicamente en este segundo grado es posible una configuración del hecho con pleno sentido.

Con ello no se quiere decir que para captar el sentido el tipo se requiera necesariamente o al menos por lo general la consciencia de la antijuridicidad formal: quien maltrata a una persona a su cargo, quien explota a otros usurariamente, quien calumnia o extorsiona, sabe todo lo que el legislador requiere para atribuirle el dominio sobre el hecho sin limitaciones, aun cuando en el caso concreto no sea consciente del quebrantamiento formal de la ley. A posición distinta sólo se llegaría de situar la esencia del delito no en la dañosidad social o en el desvalor de la conducta, sino en la infracción consciente de la voluntad estatal. Sin embargo, esta consideración, que en definitiva hunde sus raíces en el positivismo legal, es incorrecta, y por lo mismo ha de rechazarse también la teoría del dolo pura en el terreno de la teoría del error [81].

Así pues, el dominio del hecho de segundo grado requiere sólo la consciencia de la antijuricidad material, no la de la formal.

En el ámbito del Derecho criminal en sentido propio ocurrirá de manera que ya el conocimiento de las circunstancias del hecho evidenciará para el autor la desvaloración social del su hacer; simplemente, para la teoría del dominio del hecho de dos grados, donde no sea ése el caso, es necesaria además la consciencia de la desvaloración del propio hacer, y únicamente allí donde —como ocurre en el Derecho penal de contravenciones— la desvaloración sólo queda constituida por la prohibición legal, se requiere la consciencia de la antijuridicidad formal para comprender el sentido del tipo y el grado superior de dominio del hecho.

D. *Solución de la problemática*

Llegados a este punto, afirmo que si el ejecutor directo sólo tiene el dominio del hecho de primer grado, pero el sujeto de detrás tiene el de segundo grado, se da un supuesto de autoría mediata. Si ambos intervinientes tienen igualmente el conocimiento del sentido requerido para el dominio del hecho de primer grado o también para el de segundo grado, ha de estimarse participación.

[81] Para fundamentación en detalle, cfr. mi *Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale,* pp. 111 ss. (114-117).

No se comprende fácilmente por qué tiene que ser así, pues conociendo el autor directo simplemente las circunstancias exteriores del hecho realiza estos elementos finalmente. Pero si a partir de ellas no le resulta clara la desvaloración social de su conducta, entonces no capta el sentido de la prohibición y en esa medida actúa "a ciegas". Así pues, precisamente en este punto decisivo para la realización del delito es posible una supradeterminación que convierte al sujeto de detrás, en consideración al contenido de desvalor del suceso, en figura central del curso de la acción y, consiguientemente, en señor de éste.

Yo no vacilaría en hablar aquí de un *plus* de finalidad y, por tanto, también de supradeterminación final, pues entendiendo la finalidad como dirección con sentido del curso causal, también hay que reconocer grados de la captación de sentido y de realización de sentido. Pero obviamente con esta consecuencia no estarían de acuerdo los finalistas, porque así se relativizaría su concepto de acción ontológico e inmodificablemente dado, e incluso (piénsese en el conducir por la izquierda) a veces se le pondría en conexión con la consciencia de la antijuricidad. Tampoco es éste el lugar para abordar tal cuestión sistemática básica en polémica crítica con la doctrina final de la acción [82]; por eso, en los casos de dominio del hecho de grado superior nos conformaremos con hablar de "configuración del hecho con sentido" y de "supradeterminación con sentido".

De este modo resulta la siguiente solución de la problemática: si el ejecutor directo obra en error de prohibición, la cuestión de si el sujeto de detrás que entrevé la situación jurídica tiene el dominio del hecho y es autor mediato no puede contestarse unitariamente. Más bien hay que distinguir: si el autor directo ha advertido la dañosidad social (antijuridicidad material) de su hacer, como será el caso casi siempre en el Derecho penal criminal, en el sujeto de detrás sólo se da participación. Por el contrario, si le falta al agente el conocimiento del contenido de desvalor social, la configuración del hecho con sentido reside en el sujeto de detrás, en tanto en cuanto éste posea ese conocimiento. Tiene el dominio del hecho y es autor mediato, con independencia de si la cooperación, de poseer el ejecutor la consciencia de la antijuridicidad, se presentaría como inducción o como complicidad. En cambio, si también al que determina le falta la consciencia de la dañosidad social del comportamiento al que incita, sólo cabe apreciar, de nuevo, inducción.

De acuerdo con lo expuesto, nuestros ejemplos han de decidirse así: aquel que persuade a un extranjero de que en Alemania se conduce por la izquierda, en todo caso es autor mediato de la acción punible que éste cometa (§ 8, párrafo II, inciso 1, Código de la Circulación), lo cual es aplicable también cuando no ha creado esa idea falsa, sino que, conociendo el error,

[82] De estas cuestiones me he ocupado en detalle en *ZStW,* t. 74, pp. 515 ss., adonde me remito.

se limita a cooperar en el hecho, por ejemplo, prestando su automóvil. Por el contrario, si se trata de dos extranjeros, creyendo ambos que en Alemania se conduce por la izquierda, los dos tienen entonces un conocimiento del mismo grado y se da (suponiendo que se aprecie dolo) un supuesto de participación, al igual que cuando ambos saben que está prohibido conducir por la izquierda.

Si, por otra parte, alguien maltrata a una persona bajo su custodia [§ 223.*b)*], si explota a otro usurariamente (§§ 301-302), si calumnia (§ 187) o extorsiona (§ 253), el sujeto de detrás sólo es partícipe, incluso en los supuestos en que, por ejemplo, ha persuadido al ejecutor directo de que su acción no infringe prohibición alguna. Y ello porque el agente advierte el desvalor social de su conducta, de manera que al sujeto de detrás ya no le es posible una supradeterminación con sentido.

Por último, para el supuesto welzeliano del aborto hay que distinguir: si la mujer oriunda de Alemania central sabía que el aborto se considera en Alemania occidental como moralmente reprobable y dañoso socialmente, entonces tiene (aun no conociendo la prohibición legal) el dominio del hecho de segundo grado, y el sujeto de detrás que la ha instigado a la acción es sólo inductor. Por el contrario, si (por ejemplo, debido a la educación recibida) pensaba que el aborto es útil para la comunidad y está aprobado en general como medio para evitar la superpoblación, el sujeto de detrás, conocedor de la situación jurídica, es autor mediato.

Cuanto más evidente es que no resulta posible una dirección con sentido del curso del hecho cuando el ejecutor directo no comprende el significado de su comportamiento, tanto más necesita nuestro resultado asegurarse hacia la otra parte. Así queda por indagar si viene en consideración una supradeterminación rectora también cuando el ejecutor ha captado el desvalor ético-social de su conducta, pero yerra sobre la antijuridicidad formal o bien sólo sobre la punibilidad. Puede ocurrir que el sujeto de detrás, conociendo la situación jurídica, cree un error así o lo aproveche, determinando al ejecutor a una acción que éste habría omitido de haberla conocido. ¿Acaso no se da también en tal situación el dominio de la voluntad del sujeto de detrás, de manera que la solución correcta consistiría en excluir de entrada la participación, no sólo en el desconocimiento del significado social, sino también en todo error (independiente de aquél) de prohibición, de subsunción o sobre la punibilidad?

Dedicarnos a esta cuestión no supone una ocupación ociosa. Aun cuando estos casos no sean muy frecuentes, desde luego no existen sólo en la fantasía constructiva, sino que pueden ocurrir diariamente en la praxis. Sírvanos como ejemplo una sentencia, recientemente publicada, del BGH relativa a la estafa en apuestas [83]. En el hecho, los inculpados se hacían informar por un cómplice

[83] *BGHSt*, 16, 120-122.

de los resultados de determinadas carreras en hipódromos franceses nada más concluir. En seguida apostaban en las oficinas de apuestas de Berlín, a las que los resultados oficiales tardaban en llegar unos minutos, a los caballos ganadores, embolsándose así mucho dinero.

El BGH ha negado en este caso (frente al RG) la estafa, si bien subrayando expresamente que el hecho supone "una crasa falta de honradez" [84]. BOCKELMANN [85] considera incorrecta la sentencia. Supóngase que el BGH, influido por esta crítica y por motivos político-criminales, va a cambiar de opinión y a decidir en lo sucesivo en sentido contrario. Si entonces alguien, conociendo la reciente jurisprudencia, fingiendo que por existir una laguna legal puede ganarse mucho dinero impunemente en tales apuestas, determina a otro a manipulaciones de este género, nos encontramos ante el clásico supuesto en que alguien que es consciente del desvalor moral y social de su conducta, resulta instigado a actuar únicamente por un error sobre la antijuridicidad formal. ¿Es aquí inductor el sujeto de detrás o más bien, quizá, autor mediato?

A fin de solucionar este problema hay que tener claro que también en una situación así el sujeto de detrás "sabe más" y quizá incluso en el aspecto decisivo para el ejecutor. Pues éste puede que aprecie con exactitud que está abusando de la confianza de la oficina de apuestas e infligiéndole un perjuicio; pero si hubiera tenido clara la punibilidad de su actuación habría omitido el hecho (como hemos dado por supuesto). Así pues, en esta circunstancia, para él determinante, obraba "a ciegas", de manera que en esa medida es posible ciertamente la supradeterminación y dirección por parte del sujeto de detrás. No cabe negar que este supuesto no ha de juzgarse de modo distinto, desde el punto de vista psicológico, que la provocación o aprovechamiento de un error sobre la antijuridicidad material: aquí, como allí, el sujeto de detrás consigue que se realice un hecho por medio de un engaño que psíquicamente surte efecto del mismo modo.

Para fundamentar nuestro resultado de que, a pesar de lo dicho, cuando el ejecutor conoce la antijuridicidad material sólo se da inducción o complicidad, debemos recordar que la delimitación entre autoría mediata y participación en los supuestos de error, al igual que en los de situaciones coactivas, no se deduce de los datos fácticos, sino que hace falta la orientación a los parámetros valorativos del ordenamiento jurídico. Así pues, a errores del mismo efecto psicológico pueden subyacer valoraciones de sentido jurídicas distintas.

Si, por ejemplo, alguien, merced a que se le ha prometido engañosamente una recompensa, se ha dejado impulsar a cometer un delito, el sujeto de detrás ciertamente es sólo inductor, aunque también aquí el agente habría omitido el delito de no haber sido engañado. La razón reside en que tal

[84] *NJW*, 1961, p. 1936; no incluido en la compilación oficial.
[85] *NJW*, 1961, pp. 1934 y 1935 (comentario a la sentencia).

engaño, aun cuando surta efecto psíquicamente, no cambia el sentido de la acción. El contenido de sentido del hecho determinante para la clasificación de la formas de participación y captado por el ejecutor es el mismo tanto si el hecho se habría cometido también sin la recompensa como si no. Por eso, con respecto a la desvaloración jurídica del suceso, la única que importa, no es posible, a pesar del engaño, la supraformación configuradora de sentido del curso de la acción. Lo cual da por supuesto también el legislador, como lo demuestra el hecho de que el § 48 StGB *, entre los medios de la acción, menciona expresamente la «creación o favorecimiento intencionados de un error».

En correspondencia con lo anterior ha de enjuiciarse, dado el conocimiento de la antijuridicidad material, el error sobre la prohibición formal, sobre la subsunción jurídicamente pertinente o sobre la punibilidad. Los modos de conducta descritos en los tipos no son punibles por estar prohibidos, sino porque colisionan intolerablemente con los fundamentos ético-sociales del orden comunitario. Lo cual es aplicable también allí donde, como en el Derecho penal de contravenciones, son las propias normas jurídicas reguladoras las que configuran el valor ordenador social. Por eso la descripción del contenido material de un delito se agota con la reprobabilidad, contraria al orden social, de una actuación. En esto se basa que, según doctrina unánime, al enjuiciar un delito los puros errores de subsunción sean irrelevantes, que en lugar de la subsunción exacta baste la valoración paralela en la esfera del profano y que la ausencia de conocimiento del injusto no exima cuando el autor conoce la antijuridicidad material.

De aquí se deduce para la participación que aquel que ha advertido la anijuridicidad material de su comportamiento ha captado el sentido de su actuar, en tanto que éste influye en la valoración jurídica. Sabe todo lo que ha impulsado al legislador a castigar su conducta y que conforma el contenido de desvalor del suceso. Por eso queda excluida la supradeterminación que aporte sentido. Lo cual cabe aplicarlo a nuestro supuesto de las apuestas: si el sujeto de delante se deja mover a maquinaciones picarescas, éste es un error en el motivo que nada altera en el hecho de que él controla plenamente la dirección configuradora de sentido del suceso, desplazando al sujeto de detrás a la zona marginal de la inducción.

Considerando esta postura a la luz de la doctrina del error, coincide con una variante de la teoría del dolo que requiere para el actuar doloso no necesariamente el conocimiento de la prohibición formal, sino sólo la consciencia de la antijuridicidad material [86]. No obstante, la postura aquí

* § 48.1 StGB: «**Inducción.** Se castigará como inductor al que hubiere determinado dolosamente a otro a la acción conminada con pena cometida por éste mediante promesa, amenaza, abuso de ascendiente o violencia, mediante creación o favorecimiento intencionados de un error u otros medios.»

[86] Cfr. al respecto mi *Offene Tatbestände*, pp. 118 y 119.

desarrollada sobre el alcance de la autoría mediata no está vinculada a esta teoría del error ni a ninguna otra, puesto que se trata de distintos problemas materiales: para la doctrina de la autoría importa la configuración final del curso de la acción, mientras que tiene sentido determinar la pena del dolo con arreglo a la medida de la reprochabilidad, a veces independiente de aquélla.

Así, por ejemplo, creer que la explotación usuraria de los demás supone uno de los fundamentos de nuestro orden económico puede representar una negligencia tan descabellada que la aplicación de la pena del dolo, como propone la teoría de la culpabilidad, aparezca como adecuada. En semejantes ideas se basa que los partidarios de otras teorías, como MEZGER y NOWAKOWSKI, a pesar de la falta de consciencia de la antijuridicidad formal y material, en el caso concreto vuelvan a aplicar la pena del dolo, en tanto que el autor muestre une disposición "hostil al Derecho" [87] o un "sentimiento valorativo incorrecto" [88].

En cualquier caso, esta cuestión es completamente independiente de que le fuera o no posible al sujeto de detrás una dirección con sentido del suceso. Puede que alguien no sea capaz de advertir la dañosidad social de su comportamiento debido a un sentimiento valorativo absolutamente pervertido y el sujeto de detrás pueda supraconfigurar la actuación del agente precisamente a causa de esa falta. En esta medida tiene razón MAURACH: hay que atender no a lo normativo (el ejecutor habría tenido que advertir el injusto), sino a lo psicológico (no ha advertido el injusto); sólo la cuestión de qué criterios materiales fundamentan el injusto y su conocimiento ha de decidirse, trascendiendo lo psicológico, según parámetros valorativos. Ahí se pone también de manifiesto esa imbricación de los modos de considerar teleológico y valorativo tan característica de la formación de los conceptos jurídicos.

Igualmente, sólo hace falta mencionar de pasada que nuestra delimitación, al recurrir a la antijuridicidad material, se desliga de todo rígido esquematismo y mantiene su carácter "abierto" (imprescindible, dada la heterogeneidad de las relaciones en la realidad) en el doble sentido del término: de entrada, es abierta en el sentido de que el cambio de las actitudes valorativas sociales, en la medida en que influye en la antijuridicidad material (piénsese en el reciente desarrollo de la legítima defensa o en el estado de necesidad supralegal), surte efecto en la distinción entre autoría mediata e inducción, de manera que la descripción de lo que el ejecutor debe conocer para que esté descartado el dominio de la voluntad del sujeto de detrás que engaña, nunca está cerrada definitivamente. Pero el concepto de dominio de la voluntad en virtud de error es también abierto en el sentido de que los elementos

[87] MEZGER, *StuB*, I, 9.ª ed., p. 184; *LK*, 8.ª ed., § 59, núm. 17, I, b, p. 499.

[88] NOWAKOWSKI, *ZStW*, t. 65, 1953, pp. 379 ss. (385, 387).

de la desvaloración material, por mucho que su núcleo se base en fundamentos éticos y sociales asentados, nunca son fijables por completo, de manera que en los supuestos límites siempre sigue quedando margen para la valoración judicial de las peculiaridades individuales de cada caso.

Al mismo tiempo, de lo expuesto se deduce que la cuestión de si un error de prohibición es exculpable y en qué medida, no representa un criterio determinante por necesidad de la autoría mediata. Ciertamente cabe afirmar que un error de prohibición sólo va a ser inevitable cuando le esté oculta al autor al menos la desvaloración de su comportamiento; consiguientemente, por lo general puede establecerse que un error exculpante convierte al sujeto de detrás, que lo ha advertido, en titular de un dominio del hecho de superior grado. Pero este enunciado no es válido a la inversa: un error de prohibición que sólo atenúe la culpabilidad o que no exculpe en absoluto no siempre presupone que el agente tenga claro el sentido social de su conducta, pues la no exculpabilidad puede residir también en la incorrección reprobable de su sentimiento valorativo. Con todo, la mayor reprochabilidad del error de prohibición se basará casi siempre en que el autor tenía claro que llevaba a cabo algo materialmente injusto, pues cuanto más claro le llegue esto a su consciencia con más facilidad será, por lo general, evitable el error.

2. El error sobre los presupuestos materiales de causas de justificación

A. *Con independencia de la doctrina del error: autoría mediata del sujeto de detrás que lo ha advertido*

Aún hemos de referirnos a otra consecuencia de la postura que aquí se mantiene: autor mediato es siempre el sujeto de detrás que provoca o aprovecha el error de otro acerca de requisitos materiales de causas de justificación. Quien persuade a otro de que la figura que se encuentra detrás de un arbusto le está apuntando con un arma, determinándole así a abatir al tercero en legítima defensa putativa, o quien a alguien que sufra ese mismo error, conociendo la situación, le procure el arma, es siempre autor mediato. Si se aprecia aquí un error de tipo excluyente del dolo [89], el resultado mencionado se deduce ya de las ideas expuestas, pues el ejecutor no es autor, de entrada, de un delito de comisión [90] y ni siquiera posee el dominio del hecho de primer grado.

Pero si, como entre los defensores de la teoría del dominio del hecho hacen WELZEL, MAURACH y NIESE, se aprecia un error de prohibición, tampoco cambia nada en la autoría mediata para la solución que hemos desarrollado.

[89] Al respecto en detalle mi *Offene Tatbestände*, pp. 119-132, con más bibliografía; asimismo mi artículo en *Monatschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform*, 1961, pp. 211 ss.

[90] Cfr. al respecto ya *supra*, p. 162.

En efecto, aun cuando este "error de prohibición" fuera no disculpable, las circunstancias que el agente se ha representado nunca le pueden proporcionar la consciencia de la dañosidad social, porque excluirían la desvaloración de su conducta. Para el sujeto de detrás con ese conocimiento siempre sería posible, pues, en virtud de la supradeterminación configuradora de sentido, obtener el dominio de la voluntad, convirtiéndose en la figura clave del suceso. Por eso, los propios partidarios de la teoría estricta de la culpabilidad, considerando correctamente la problemática de la autoría, tendrían que llegar a estimar autoría mediata.

B. *Opiniones contrarias*

Curiosamente, en los últimos años precisamente se ha recurrido repetidamente a la doctrina de la participación para evidenciar lo correcto, dogmáticamente, de la teoría estricta de la culpabilidad. Frente a nuestro razonamiento, derivado únicamente del principio del dominio del hecho, de que el error sobre causas de justificación hace siempre autor mediato al sujeto de detrás que advierte la situación, aquí la corrección material de una solución de la participación tendría repercusiones sobre el alcance del dolo.

Así, a la vista del Informe del Ministerio Federal de Justicia al Pleno de la Comisión de Derecho Penal [91], DREHER ha fundamentado su posición de que el error sobre los presupuestos materiales de causas de justificación deja intacto el dolo en la siguiente consideración: «Si se parte, con nosotros, de que no es posible la participación en hechos no dolosos, esto (o sea, la exclusión del dolo) significaría que quien auxilia al que obra en legítima defensa putativa, conociendo él mismo la verdadera situación, no podría ser castigado por complicidad, lo cual sería un resultado muy insatisfactorio.»

Esta idea la ha recogido HIRSCH [92], intentando fundamentarla mediante complicados ejemplos. No podemos pasar por alto este supuesto, construido *ex profeso* para demostrar la opinión contraria. HIRSCH idea en principio el siguiente caso [93]: «La embarazada E simula ante el médico M, consiguiendo engañarle, una patología de las que justifican la interrupción del embarazo. M le extiende unas recetas con las que E ha de recoger algunos medicamentos necesarios para la intervención. El farmacéutico F se los facilita aun sabiendo por su mujer que E ha engañado a M. El médico M lleva a cabo la intervención empleando esos medicamentos.»

Al respecto, señala HIRSCH: «De acuerdo con la teoría de los elementos negativos del tipo, F no podría ser castigado, porque M, como F sabe, imagina

[91] *Niederschriften*, t. 2.º, p. 27; cfr. asimismo *MDR*, 1962, p. 592.

[92] *Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen*, 1960, pp. 326-329.

[93] *Op. cit.*, p. 326.

erróneamente el supuesto de hecho de una causa de justificación, lo que excluiría el dolo de M y ¡la autoría mediata quedaría descartada por falta de dominio del hecho!»

Aún recurre como prueba a un segundo supuesto: «A llega en el preciso instante en que su enemigo B discute violentamente con C acerca de un asunto de vivienda. Piensa que es el momento oportuno para propinar a B una paliza. Por eso le grita a C: "¡Dale!", lo que éste hace sin vacilar. C creía erróneamente que A, al gritar, pretendía avisarle para que se anticipara a un ataque inmediato de B (legítima defensa putativa evitable). A no había pensado en que C sufriera error.» Aquí HIRSCH propugna apreciar inducción consumada, señalando que la posición contraria tendría que dejar impune a A, porque el § 49.*a)* * no es aplicable a los delitos menos graves.

C. *Toma de posición*

a) En el razonamiento de DREHER es incorrecto el propio punto de partida. Aquel que conoce la verdadera situación ya no puede "auxiliar" a quien obra en legítima defensa putativa de manera que su actuación sea valorable como complicidad. Dado que el sujeto de detrás es el único que impulsa un proceso causal cuyos efectos antijurídicos entrevé, no importa el género de su intervención causal. Ante todo es indiferente que su actuación fuera o no valorable como complicidad si el ejecutor hubiera conocido el significado de lo que hacía. Estas cuestiones ya se han discutido *supra* exhaustivamente [94], lugar al que podemos remitirnos.

b) En el primer ejemplo de HIRSCH, el farmacéutico iniciado en el hecho no tiene el dominio de éste. Pero la razón no reside, como señala HIRSCH, en que el médico sea autor de un aborto. La autora es más bien la embarazada E, que para la ejecución del hecho se sirve de M como instrumento de buena fe. Sobre este hecho, el farmacéutico F, suministrando el medicamento, incurre en complicidad. Así pues, no cabe hablar de que, según la teoría de la culpabilidad, no podría castigarse a F. Con arreglo a cualquiera de las teorías sobre el error hay que castigarlo como cómplice de la embarazada y no —como HIRSCH abiertamente admite— del médico, que nada sospecha.

c) El segundo ejemplo es más difícil en tanto que el sujeto de detrás desconoce una circunstancia fundamentadora del dominio del hecho, no entreviendo la situación. Aquí la argumentación de HIRSCH se basa en una premisa que no demuestra, la de suponer que tampoco es posible la inducción a un hecho no doloso cuando el sujeto de detrás cree erróneamente que

* § 49.*a)* «**Inducción fracasada.** El que intentare inducir a otro a cometer una acción conminada como delito grave, será castigado a tenor de los preceptos reguladores de la tentativa (§§ 44 y 45).»

[94] Cfr. pp. 195-197.

el ejecutor obra dolosamente. Pero precisamente esta tesis de partida no es correcta. Por eso decaen también todas las conclusiones, siendo posible la punición por inducción consumada, al margen de si se mantiene una u otra de las teorías de la culpabilidad o incluso la teoría del dolo. Más adelante se fundamentará con más detenimiento, y ahí hemos de remitirnos [95], por qué esto es así y por qué la posibilidad de participación en un hecho principal reputado erróneamente doloso cabe compatibilizarla con la teoría del dominio del hecho.

Pero aun suscribiendo la tesis de HIRSCH en cuanto a las cuestiones de accesoriedad, los resultados injustos que él opone a la teoría limitada de la culpabilidad aparecerían asimismo en su teoría. En efecto, si el error del ejecutor fuera incluso más intenso, si, por ejemplo, frente a lo que supone el sujeto de detrás ni siquiera advirtiera que podría golpear a una persona, de manera que a la aportación al hecho del sujeto de detrás (que conoce la situación) le correspondería un peso objetivamente aún mayor, entonces el que instiga tendría que quedar impune también con arreglo a la teoría estricta de la culpabilidad. Así pues, si se quisiera refutar la teoría limitada de la culpabilidad debido a sus resultados, lo mismo sería aplicable para la teoría mantenida por HIRSCH y para las demás teorías sobre el error.

Consiguientemente, no cabe conceder que el tratamiento penal de las cuestiones de error influya sobre la delimitación entre autoría y participación. La opinión contraria no sólo está sin fundamentar en cuanto a su contenido, sino que también es metodológicamente incorrecta, puesto que en las teorías sobre el error y sobre la participación (como ya se puso de manifiesto al debatir sobre la imprudencia consciente y la ausencia de conocimiento del injusto) se trata de problemas materiales absolutamente distintos, cuya mezcla sin reparos induce a error.

IV. EL SUJETO ACTUANTE SUPONE ERRÓNEAMENTE LOS PRESUPUESTOS DE CAUSAS DE EXCLUSIÓN DE LA CULPABILIDAD

No suceden con demasiada frecuencia casos en los que, dada la suposición errónea de circunstancias que excluyen la culpabilidad, se inmiscuya un sujeto de detrás. No obstante, para aclarar el concepto de dominio del hecho sí tienen importancia.

Volvamos a partir de nuestra situación clásica: en un naufragio A ha conseguido salvarse aferrándose a la tabla de Carneades. B lo abate para poder mantenerse a flote con la tabla él mismo. En realidad, no se daba un estado de necesidad exculpante del § 54 StG, pues ya se acercaba un

[95] Cfr. pp. 287-297.

barco para salvarlos a ambos. En un suceso así el sujeto de detrás, C, que entrevé la situación (porque, por ejemplo, se encuentra sobre un escollo, al que no pueden llegar los otros y desde el que ve acercarse el barco), puede cooperar de distintas formas:

Puede, o bien provocar en B el error sobre la situación de necesidad, afirmando (a sabiendas de su falsedad) que el barco salvador que B espera no está a la vista, o no interviene en el origen del error, pero sí instigando a B para que abata a A para salvarse, o no provoca ni el error ni la resolución del hecho, pero sí posibilita a B que mate a A, lanzándole una pistola.

1. ¿Dominio de la voluntad en virtud de coacción?

Ya se debatió *supra* [96] sobre el tratamiento de tales supuestos cuando verdaderamente existe una situación de necesidad. Al margen de que de las tres posibilidades de cooperación acabadas de describir sólo las dos últimas vienen en consideración, sin embargo la solución a la que entonces se llegó tampoco cabe, por lo demás, trasladarla a los supuestos de error de que aquí se trata. Bien es verdad que la situación psíquica de B es la misma que si la situación de necesidad existiera realmente. Pero como el dominio del hecho no es un puro fenómeno psíquico en los supuestos de coacción [97], el problema se presenta distinto en un punto decisivo, lo que se pone de manifiesto con la siguiente reflexión:

Dada una situación de necesidad existente, apreciábamos el dominio de la voluntad del sujeto de detrás en virtud de desplazamiento de responsabilidad siempre que el legislador, debido a la situación creada por aquél, ya no imputaba el hecho al agente como obra de su voluntad. En la práctica esto conducía a distinguir según que el sujeto de detrás posibilitara el hecho al ejecutor o bien sólo le instigara. Tal distinción cabría adoptarla aquí también. Pero tendría poco sentido, puesto que los casos divergen en que, faltando un estado de necesidad real, es muy discutible y dudoso si ya su suposición errónea por parte del agente exime de responsabilidad (y en qué medida). Ciertamente algunos proponen excluir en tales casos el dolo [98] o al menos la culpabilidad [99]; sin embargo, otra postura muy difundida [100], compartida por el Proyecto de 1960 [101], equipara estos casos en su tratamiento a los del error de prohibición.

[96] Cfr. pp. 171-175.

[97] Cfr. al respecto *supra*, pp. 168 ss., y en lo sucesivo *passim*.

[98] Así el BGH, *BGHSt*, 5, pp. 371-377 (374); MEZGER, *StuB*, I, 9.ª ed., § 68, III, p. 179.

[99] SCHÖNKE-SCHRÖDER, 10.ª ed., § 59, VII, 6, p. 365.

[100] Cfr. WELZEL, 7.ª ed., p. 165, con más bibliografía; MAURACH, *AT*, 2.ª ed., p. 382; cfr. asimismo KOHLR.-LANGE, 42.ª ed., § 52, V, 54 I.

[101] § 40, II, no obstante, con atenuación obligatoria de la pena; el § 20 del Proyecto de 1962 aporta de nuevo una alteración en tanto que ahora decaería la pena por delito doloso, a no ser que se trate de estado de necesidad putativo.

De mantenerla, el agente, no habiendo sido inculpable el error, sigue siendo responsable de su actuación y será castigado como autor doloso (con posible atenuación de la pena), de manera que quedan privadas de valor las consideraciones con las que fundamentábamos la autoría mediata en las situaciones de necesidad auténticas. Lo cual rige incluso para el error inevitable, pues la exención de pena para el autor directo no se produce aquí por la presión coactiva (ésta es igual en todos los casos), sino por haber sido inculpable la representación equivocada. Difícilmente cabría, pues, apreciar el dominio de la voluntad en virtud de coacción.

2. Dominio de la voluntad en virtud de error: el tercer grado del dominio del hecho

De todos modos, no hace falta seguir analizando esta cuestión, porque los supuestos aquí discutidos permiten una solución unitaria, al margen de toda coacción, ya por el error que sufre el agente. Al igual que en las situaciones en las que el ejecutor actúa bajo error de prohibición, también aquí hay que apreciar autoría mediata en virtud de la configuración del hecho con sentido en el sujeto de detrás, merced a su conocimiento más amplio, aun cuando la supradeterminación sea de otra clase.

El problema se presenta muy fácil para aquellos que, en la suposición errónea de circunstancias que excluyen la culpabilidad, hacen decaer el dolo: el sujeto de detrás que obra con dolo es entonces autor mediato exactamente igual que cualquier otro que se sirve de un instrumento doloso. Y sin embargo, tal concepción es difícil de armonizar al menos con la teoría de la culpabilidad.

Pero tampoco importa decisivamente esta cuestión, pues la solución del problema del dominio del hecho no puede hacerse depender aquí, como tampoco en los casos de imprudencia consciente y de error de prohibición, de las controversias en torno a la esencia y alcance del dolo. Partiendo de los dos grados de dominio del hecho que desarrollábamos antes resulta lo siguiente: el autor directo que supone erróneamente los presupuestos de una causa de exclusión de la culpabilidad obra dolosamente en el sentido de la teoría de la culpabilidad; así, tiene dominio de la acción y —al menos en tanto que sigue siendo responsable como autor doloso— también posee el dominio de la voluntad; así pues, es señor del hecho de primer grado. Además, posee el dominio del hecho de segundo grado, pues sabe que hace algo desvalorado, al matar a una persona inocente (aunque sea para salvarse). Si hubiera considerado permitida jurídicamente su acción (esto es, habiendo actuado a la vez en error de prohibición), la confusión de causa de justificación y causa de exculpación nada cambiaría en este juicio.

No obstante, el autor directo no abarca, en nuestros ejemplos, el sentido social de su conducta: es absolutamente distinto ser culpable de asesinato o de homicidio que matar por necesidad a otro para conservar la propia vida. Esta diferencia esencial para la valoración social también es decisiva para el enjuiciamiento jurídico, pues en el primer caso el legislador impone cadena perpetua, mientras que en el segundo renuncia a todo reproche de culpabilidad.

De donde se deduce que la captación del sentido social requiere algo más que el conocimiento de las circunstancias típicas externas (primer grado) y el injusto material (segundo grado): únicamente quien además conoce los elementos de la reprochabilidad jurídica comprende el verdadero significado de su actuación y puede dirigir plenamente el suceso. Ciertamente esta consciencia amplia se dará directamente, por lo general, ya con el conocimiento de la antijuricidad material, del mismo modo que el dominio del hecho de segundo grado casi siempre surge del conocimiento de las circunstancias del hecho; pero en la suposición errónea de elementos que excluyen la culpabilidad la situación es distinta excepcionalmente. Sólo cabe dar cuenta adecuadamente de estos casos reconociendo un tercer grado de dominio del hecho, que requiere la captación del contenido de culpabilidad de la acción que tiene lugar en la realidad. Entonces resulta una graduación triple, en la que el conocimiento de las circunstancias del hecho, del sentido del tipo y del contenido de culpabilidad, por este orden, posibilitan el grado respectivo de la configuración del hecho.

De aquí se deriva, sin más dificultad, la solución de nuestra problemática: si el ejecutor directo sólo tiene el dominio del hecho de segundo grado, porque según su representación de las circunstancias externas le falta la reprochabilidad a su actuación, el sujeto de detrás, en virtud de su conocimiento más amplio, puede utilizar al ejecutor como instrumento de sus planes criminales y mediante su cooperación configurar el suceso en su significado delictivo. Por eso es señor del hecho de tercer grado y autor mediato. Lo cual rige aun cuando, de existir realmente la situación de necesidad, sólo se daría inducción. Si, por el contrario, ambos intervinientes creen que se dan verdaderamente las circunstancias que excluyen la culpabilidad —por ejemplo, si el sujeto de detrás de nuestros ejemplos tampoco sabía que se aproximaba el barco salvador—, la captación de sentido de ambos es del mismo grado, no resulta posible la supradeterminación y el sujeto de detrás sólo puede responder como partícipe.

Aun prescindiendo de la captación constructiva de la problemática aquí desarrollada, esta concepción también resulta evidente con sólo atender a la idea rectora del principio del dominio del hecho, del tener en las propias manos el curso del acontecer, pues las tres variantes del caso coinciden en que el sujeto de detrás, C, favorece conscientemente un suceso que se

basa únicamente, en cuanto al sentido social decisivo para su cualidad delictiva, en su planeamiento previsor. En este punto tales supuestos no deben enjuiciarse de modo distinto que los de empleo de un instrumento que obre no dolosamente o sin la consciencia de la antijuricidad material. Y esta homogeneidad estructural justifica que se aplique el mismo tratamiento: el *plus* de dirección con sentido impele al sujeto de detrás al centro del acontecer delictivo para un enjuiciamiento que capte el significado del suceso. Dicho sencillamente: como asesinato u homicidio aparece el hecho únicamente en la consciencia de C. Por eso, también para la teoría del dominio del hecho tiene éste que ser autor.

Lo que aquí se indicó acerca del ejemplo del § 54 StGB es aplicable *mutatis mutandis* a los supuestos del § 52 StGB y del estado de necesidad supralegal, no resultando, por tanto, necesario analizarlos específicamente.

V. EL QUE YERRA OBRA TÍPICA, ANTIJURÍDICA Y CULPABLEMENTE

Por último, hay supuestos en los que el ejecutor directo obra, con respecto a la realización del tipo planeada por el sujeto de detrás, de modo plenamente delictivo, si bien habiendo sufrido un error sin el cual el delito no habría tenido lugar como ha sucedido. Aquí hay que distinguir dos grandes grupos de supuestos: los de error sobre el "sentido concreto de la acción", que se abordarán en seguida (1) y los de "error sobre el riesgo", que ya anticipamos [102] al investigar la imprudencia consciente (2).

1. El error sobre el sentido concreto de la acción

A. *Sus manifestaciones*

a) *El* error in persona *y fenómenos afines*

El caso más importante afecta a la creación deliberada de un *error in persona*: A acecha en un camino para disparar a B en cuanto aparezca. C se reúne con A. Al ver que se aproxima su enemigo mortal D, tiene la idea de hacer creer a A que se trata de B. Como consecuencia, A abate a D.

También puede formarse el hecho de manera que falte toda relación psíquica entre C y A. A acecha a B con dolo de matar, C lo llega a saber

[102] Cfr. al respecto *supra*, pp. 214-216.

y consigue que su enemigo D pase por ese lugar solitario de noche, de manera que A lo confunde con B y lo mata [103].

Naturalmente tales casos son asimismo posibles en el *error in obiecto* y —con ligeras modificaciones— en el llamado *dolus generalis* [104].

b) *El error sobre presupuestos de la acción relevantes para el hecho*

En este segundo grupo es el error el que provoca el plan del hecho del ejecutor directo: A sabe que B es muy celoso. Para perjudicar a su enemigo C, engaña a B diciéndole que C ha cometido adulterio con su mujer (de B), aconsejando a B que propine a C una buena paliza, como así hace éste.

Tales casos pueden ampliarse, al igual que las situaciones coactivas, introduciendo un segundo intermediario que actúe conforme a Derecho. A quiere perjudicar al celoso B. Le engaña haciéndole creer que C, del que sabe que es campeón de boxeo (lo que B ignora), ha cometido adulterio con la esposa de B. También aquí aconseja a B que le dé su merecido a C. B ataca a C, pero éste le noquea, tal como A quería y esperaba.

También en estos casos del segundo grupo puede A renunciar a cualquier intervención psíquica directa, por ejemplo, poniendo en manos de B indicios falseados para hacerle creer que su mujer le es infiel.

c) *El error sobre presupuestos de cualificaciones*

Por último, el tercer grupo se refiere a casos en los que el ejecutor también actúa de modo plenamente delictivo, pero su error es relevante de otra manera para el tipo penal. Tales casos han dado lugar en muchas ocasiones a sentencias del BGH.

La problemática se expone con la mayor claridad en un suceso que el BGH [105] describe en los siguientes términos: «El 12 de abril de 1945, cuando las tropas americanas acababan de ocupar el pueblo A, el inculpado instó a una patrulla para que detuviera y fusilara al comisario L, acusándole falsamente de haber fusilado a su vez a varios trabajadores inmigrantes. El inculpado pretendía, aprovechando las circunstancias entonces imperantes, que mataran a L sin aparato de proceso y sin que se comprobara la veracidad de sus afirmaciones, lo que efectivamente consiguió. Soldados americanos

[103] Cfr. al respecto SAX, *ZStW*, t. 69, 1957, p. 434.
[104] Con respecto al *dolus generalis*, cfr. el ejemplo *infra*, p. 240.
[105] *BGHSt*, pp. 368-372 (369).

fusilaron a L sin ni siquiera escuchar sus protestas de inocencia, únicamente por la declaración del acusado.»

En otro supuesto [106] el acusado, al acabar la guerra, había hecho creer a antiguos internos en campos de concentración que un tal L era culpable de la muerte de muchos de sus antiguos compañeros. Acto seguido los ex internos habían maltratado gravemente y finalmente matado a L.

Tales supuestos se distinguen de los mencionados en *b)* en un punto: el error del que obra directamente impide la cualificación por asesinato, dejando subsistente sólo un delito de homicidio (§ 212), mientras que en el sujeto de detrás concurren los móviles viles y con ello los requisitos del § 211 (asesinato).

Estos tres grupos de casos apenas han sido investigados hasta ahora desde la perspectiva de la teoría del dominio del hecho.

B. *El* error in persona *y fenómenos afines*

a) *El cuarto grado del dominio del hecho*

Al abordar el supuesto del *error in persona* deliberadamente causado hay que señalar de entrada que no cabe estimar la dirección del hecho fundada en el dominio de la persona del ejecutor y de sus decisiones. A obra libremente con respecto a lo que hace deliberadamente. Depende de su decisión si va a abatir a la figura que se aproxima. En esa medida, el modo de actuar de C representa un típico caso de ausencia de dominio del hecho; en tanto que el suceso está abarcado por el dolo de A, C debe "dejar a criterio" de éste la ejecución.

Pero así aún no está aclarado el problema, como podría estimarse a la ligera, pues si bien no existe el dominio de la voluntad por parte de A, sí puede darse una supradeterminación fundamentadora de dominio con respecto al resultado no querido por A, la muerte de D. Naturalmente, no puede darse un dominio de la voluntad del género del que hasta aquí se ha hablado, pues el ejecutor directo A es señor del hecho de tercer grado. Realiza de modo vidente —en virtud de su dirección de las circunstancias del hecho— el sentido del tipo y los elementos de la reprochabilidad. Su error sobre la identidad de D, al que ha abatido, es irrelevante en esa medida: el § 212 StGB sólo requiere, según su tenor literal y su sentido, como hoy es indiscutido [107], la muerte de cualquier persona, sin que tenga que ser captada su identidad por la mente del sujeto activo.

[106] *BGHSt*, 2, pp. 223-226; el supuesto resulta un tanto atípico al no haber sido abarcado el resultado de muerte por la voluntad del sujeto de detrás.
[107] En sentido distinto al final v. LISZT, *Lehrb.*, 21.ª y 22.ª eds., 1919, p. 171.

Pero si no se centra la atención en el tipo, sino en la acción concreta, las cosas son distintas. En efecto, A ciertamente había advertido el sentido típico de su comportamiento, pero no acertó a realizar el fin planeado de su obrar. Quería disparar a B y mató a D. Esto no lo quería y en esa medida actuó a ciegas. Por otra parte, el sujeto de detrás (C) ha alcanzado su meta, la muerte de D, y ello utilizando una persona que con respecto a este fin concreto fue empleada como instrumento ciego. Así pues, cabe formar (poniendo este caso en relación con los tratados hasta ahora) aún un cuarto grado, el más amplio, de dominio del hecho, consistente en la realización vidente y voluntaria del (permítaseme la expresión) "sentido concreto de la acción".

Indudablemente esta cuarta distinción no es caprichosa, sino ajustada a la realidad de los fenómenos. Incluso el propio A dirá que ha matado a C "sin darse cuenta". Cuestión distinta es si aquello en lo que el sujeto de detrás aventaja al agente en cuanto a comprensión del sentido basta para atribuirle la autoría mediata. Yo creo que sí. Para fundamentarlo cabe esgrimir varias razones.

b) *La relevancia del sentido concreto de la acción para el dominio del hecho*

aa) El tipo es una figura conceptual abstracta, pero el dominio del hecho ha de enjuiciarse con arreglo a las circunstancias concretas. La razón de que para determinar la autoría mediata tenga que llevarse a cabo una mayor individualización o concreción que para verificar el tipo reside en la distinta función de ambas figuras jurídicas.

Que el error de A sobre la identidad de la persona abatida no se tenga en consideración en el tipo se basa en una reflexión del legislador relativa al merecimiento de pena: como para él a toda vida le corresponde el mismo valor, le basta que el autor haya advertido que su víctima es una persona. Si a A se le imputa la muerte de D, es porque de todos modos quería matar a A y porque tanto lo uno como lo otro es cualitativamente igual de reprochable.

La cuestión de la autoría mediata de C, en cambio, nada tiene que ver con el merecimiento de pena de lo que A hizo voluntariamente. Por lo que respecta al contenido de injusto y de culpabilidad, C no aventaja a A. No obstante, para el dominio de la situación concreta sólo importa si C pudo realizar su propio fin, no entrevisto por A, a través de él como instrumento ciego. Y éste es el caso. Si tenemos ante nosotros a D muerto y preguntamos de la voluntad de quién es obra ese resultado, sólo viene en consideración C como configurador de éste. Con respecto a la muerte de D, la situación no difiere de si A hubiera querido disparar a un tocón de árbol y C le hubiera hecho creer que la figura que aparecía a la luz

crepuscular era precisamente un objeto de ese género. La circunstancia de que en nuestro caso A planease también matar, queda fuera de la ejecución concreta de la acción y nada modifica en que sobre ésta únicamente C tenía el dominio. Tal circunstancia basta para considerarle, junto a A, figura central del suceso de la acción.

Así pues, tenemos dos señores del hecho: A es autor en tanto que se trata de la muerte de una persona, esto es, de la realización dirigida del sentido del tipo; C es autor en tanto que se trata de la muerte de D, o sea, de la configuración del sentido concreto de la acción. Él tiene el dominio del hecho de cuarto grado; C sólo el de tercer grado. Por tanto, C es autor mediato.

bb) Otro argumento en favor de que al determinar la autoría mediata hay que atender, trascendiendo el tipo abstracto, al significado del suceso concreto, resulta de la circunstancia de que también las demás formas de participación —inducción y complicidad— requieren una forma de considerar concreta. Si, por ejemplo (piénsese en el caso Rose-Rosahl), el sujeto de detrás E ha encargado a A que mate a B, y éste mata a C como consecuencia de un *error in persona*, E no es inductor de este delito. Lo cual se opone ciertamente a la doctrina dominante, pero ya fue advertido con buen criterio por BINDING [108] y ha sido recientemente vuelto a destacar por BEMMANN [109]. Esta estimación se deduce ya del simple hecho de que si A advierte su error, espera de todos modos a B y lo mata, resulta imposible castigar a E por doble inducción al asesinato.

Pero lo que aquí es correcto también debe valer para la autoría mediata: toda forma de cooperar únicamente puede determinarse de acuerdo con la representación concreta del interviniente [110].

cc) En favor de estimar autoría mediata en el supuesto de supradeterminación referida únicamente al sentido concreto de la acción habla también el hecho de que el contenido delictivo de la acción perpetrada por C no podría dar lugar a otro tipo de responsabilidad penal. En efecto, la inducción no se daba porque A ya estaba antes decidido al hecho. No cabe decir, por ejemplo, que C ha inducido a A a la muerte de D, al principio no pretendida; atendiendo al plan concreto de la acción, hay que apreciar (como ya se mostró *supra*) en todo caso autoría mediata. Y tampoco cabe hablar apenas de complicidad (aunque sólo sea psíquica), pues, en primer lugar, no se comprende en qué residiría aquí el "reforzamiento de la decisión del hecho", y en segundo lugar, no puede apreciarse fácilmente un "favorecimiento" del hecho planeado por A en que C le instigue a matar a

[108] *Normen*, t. III, p. 213.

[109] *MDR*, 1958, pp. 817-822.

[110] El mismo problema surge en la coautoría, donde se seguirá tratando; cfr. pp. 315 ss.

la persona "inadecuada", haciendo fracasar su objetivo incial. Así pues, C no podría ser castigado.

Ciertamente no reside el sentido del concepto de autor en colmar toda laguna de punibilidad (como hace, por ejemplo, la concepción extensiva). Pero ¡aquí se trata de que C podría quitar de en medio a su enemigo D sin que se le pudiera perseguir penalmente! Un resultado tan horripilante, que el legislador es imposible que haya querido, conduciría *ad absurdum* al concepto de autor del que fuera consecuencia.

Con más claridad aún se pone esto de manifiesto en el caso ya mencionado en que falta toda relación psíquica entre C y A, interviniendo C simplemente para hacer introducirse a D en la situación en la que va a morir. Visto desde el plan de C y desde la muerte de D, el supuesto se presenta exactamente igual que si C hubiera matado a D, por ejemplo, aconsejándole que tocase un cable de alta tensión tras hacerle creer que se trata de un cable sin peligro. Así pues, también aquí hay que estimar autoría mediata [111].

Naturalmente, la confusión que sufre el ejecutor directo no tiene por qué deberse a ilusión óptica. Si A no conoce de vista a B, al que pretende abatir, y C le hace creer que D, que se aproxima, es B, el supuesto ha de enjuiciarse del mismo modo.

Con arreglo a los mismos criterios ha de juzgarse la problemática de la participación en el *dolus generalis*. Si A cree haber matado a su víctima y el sujeto de detrás, que advierte que sólo está inconsciente, le aconseja arrojar el "cadáver" al agua para ocultar el delito, donde entonces se produce la muerte, el sujeto de detrás, por ser el único que capta el concreto sentido de la acción del último acto parcial, ha de responder como autor mediato de homicidio, aun cuando con la doctrina dominante se considere a A autor doloso de un delito consumado.

De cuanto antecede resulta que si del silencio de los principales defensores de la teoría del dominio del hecho cabe deducir que en tales casos niegan la autoría mediata, tal resultado no es suscribible; al igual que es demasiado estricto que GALLAS [112] —quizá sin pensar en estos casos— diga que la autoría mediata ha de negarse siempre "allí donde el agente es autor plenamente responsable".

Casi huelga indicar que, según la postura aquí defendida, evidentemente la inducción sólo puede darse cuando el sujeto de delante y de detrás sufren el mismo error.

[111] Así también, con razón, SAX, *op. cit.*

[112] *Gutachten,* p. 134; cfr. asimismo la ya tantas veces citada expresión de WELZEL, *SJZ,* 1947, apdo. 650, de que el autor de detrás del autor es un "absurdo".

C. *El error sobre presupuestos de la acción relevantes para el hecho*

Un poco distintos se presentan los casos del segundo grupo, en los que el sujeto de detrás no desplaza el delito previamente urdido a otra persona o —como en el *dolus generalis*— a otro acto del comportamiento, sino en los que suscita la propia decisión del hecho.

Tampoco estos supuestos de hecho se han abordado hasta ahora apenas, aunque, como han mostrado los años de posguerra, ocurren en la praxis. Partiendo de la solución a la que hemos llegado para el primer grupo de casos cabe deducir fácilmente que aquí tendría que concurrir la autoría mediata con mayor razón, porque el sujeto de detrás no modifica en cuanto al sentido de la acción una decisión ya firme, sino que imprime este sentido a una realización de tipo a la que sin él no se habría llegado.

Pero también surgen reparos. No se da un engaño auténtico sobre la identidad o sobre el efecto concreto de un acto; en nuestro ejemplo de partida B pretendía dar una paliza a C, aun cuando sobre la base de suposiciones erróneas. ¿Acaso la representación incorrecta de B no es sólo un error en el motivo, irrelevante para las relaciones de participación? ¿No habla también en favor de apreciar una mera inducción la circunstancia de que entre los medios enumerados en el § 48 StGB se mencione expresamente el error?

De un análisis más detenido resulta lo siguiente:

a) De la falta de engaño sobre la identidad no cabe deducir necesariamente que deba negarse la autoría mediata. Si (como por lo general es adecuado) se vincula la identidad de una persona a su nombre o a su aspecto exterior, un criterio así no se ajustaría al supuesto de hecho, pues al celoso B de nuestro ejemplo no le importa en absoluto el nombre o el aspecto del apaleado, sino su cualidad de adúltero. Como C es inocente del adulterio, B se equivoca en esa medida sobre el elemento de la identidad decisivo para el suceso concreto de la acción. El hecho no se destaca, pues, en este punto de manera relevante con repecto a los mencionados en el primer grupo de casos.

b) Desde luego se da inducción, pues por lo que respecta al único sentido del tipo comprendido en el § 223 StGB (cometer unas lesiones), B tiene el dominio del hecho y en esa medida el sujeto de detrás, A, sería sólo inductor.

Pero de ahí no cabe deducir sin más que A sólo pueda ser inductor, como WIENERS [113] y KAUN [114] hacen, invocando expresamente la teoría del

[113] *Veranlassung und Unterstützung zum Selbstmord,* 1958, p. 67,

[114] *Die Beteiligung am Selbstmord als strafrechtliches Problem,* 1960, p. 53.

dominio del hecho. En efecto, como ya *supra*, para el sujeto de detrás se trata aquí no del dominio sobre las lesiones cometidas por B, las únicas comprendidas por el tipo abstracto, que hace a B autor doloso y señor del hecho de tercer grado, sino del sentido de la acción concreta. Sin embargo, este sentido decisivo para el hecho sólo era accesible al sujeto de detrás, A, mientras que B no acertó a captarlo: quería castigar a un adúltero, pero en realidad propinó una paliza a una persona inocente, urdida por un malévolo enemigo.

El que la inducción existente en el tercer grado del dominio del hecho simplemente oscurece este supuesto de hecho se pone de manifiesto al suprimir mentalmente el consejo de A e imaginar que éste, conociendo la forma de ser del celoso B, ha confiado en que B, sin instigación, va a dar una paliza al supuesto adúltero. Entonces faltaría la inducción y habría que juzgar del mismo modo la cuestión de la autoría mediata.

c) La objeción de más calado señala que se trata de un mero error en el motivo, pues así como se reconoce que la "creación de un error" mencionada en el § 48 StGB como medio de inducción no obsta para apreciar autoría mediata, también se está de acuerdo en que el supuesto que queda de participación es precisamente el del error en el motivo.

La única duda es lo que ha de entenderse por error en el motivo. Si el sujeto activo no acierta a conseguir el fin que pretendía, no hace falta que además se dé error en el motivo, pues entonces tendrían que incluirse en éste hasta los errores que excluyen el dolo. Es más, cabría añadir todos los errores irrelevantes para la realización del tipo subjetivo. Pero esta solución desconocería el cuarto grado de dominio del hecho y con ello la importancia, expuesta *supra*, de la situación concreta para las relaciones de participación.

Queda entonces sólo la posibilidad de considerar como error en el motivo cualquier idea equivocada que no se refiera al sentido concreto de la acción. Tales errores existen, por supuesto, y tampoco son tan difíciles de delimitar con respecto a las ideas equivocadas sobre el sentido de la acción (en una palabra: errores sobre la acción). Piénsese en el supuesto ya mencionado *supra* en que alguien se deja determinar al delito merced a la engañosa promesa de recompensa. Un error así no cambia el sentido del delito cometido: tanto en uno como en otro caso se trata de matar por avaricia. Por eso el sujeto de detrás no es autor mediato, sino inductor. Lo cual rige en todos los casos en los que alguien se deja mover al hecho por un error sobre circunstancias que se hallan fuera de la realización del delito. Además, vale para cuando el error simplemente refuerza una decisión del hecho preexistente, sin modificar el sentido concreto de la acción, o cuando la idea equivocada se refiere sólo a la prohibición formal, a la subsunción o a la punibilidad, conociéndose el injusto material.

Consiguientemente, siendo posible en principio la distinción entre error en el motivo y error sobre la acción, ya no existen más diferencias relevantes con respecto al primer grupo de casos: debe, pues, estimarse autoría mediata.

También en las variantes complicadas, mencionadas *supra*, de este grupo de supuestos ha de decidirse así. Si un sujeto, sirviéndose de un error sobre el sentido de la acción concreta, ocasiona que otro ataque a un tercero, para que éste lesione o incluso mate en legítima defensa al agresor, existe autoría mediata con ayuda de dos instrumentos (uno que yerra y otro que se ve forzado).

La misma solución resulta cuando la influencia del sujeto de detrás permanece oculta para el agente. Supóngase que en la obra de SCHILLER *Kabale und Liebe,* adaptada a los propósitos de la teoría del dominio del hecho, el virtuoso Ferdinand hubiese proclamado ante Wurm que mataría a su Luise si ésta le fuera infiel. Si entonces Wurm, para quitar de en medio a Luise, hace llegar a Ferdinand una carta falsa que demuestra la infidelidad de Luise, y si Ferdinand acto seguido, como era de esperar, envenena la limonada de Luise, ciertamente Ferdinand es, para el Derecho penal, autor plenamente responsable, y Wurm sería castigado, según la concepción que aquí se mantiene, como autor mediato.

Por consiguiente, todo esto debe ser válido también para formas de cooperación que se presentan externamente sólo como acciones de apoyo. Ahora bien, en estos casos casi siempre existirá participación, porque el propio tercero no entrevea o el sentido concreto de la acción, o la idea equivocada del autor directo.

D. *El error sobre presupuestos de cualificaciones*

Los supuestos del tercer grupo, en los que el error influye incluso en la valoración legal del hecho del agente directo, a partir de los resultados obtenidos hasta ahora no pueden recibir una valoración distinta. Así pues, en los dos casos de que se ocupó el BGH, en tanto que el sujeto de detrás quería realizar el resultado consciente y voluntariamente, ha de estimarse autoría mediata.

De considerar, como el BGH, al tipo de asesinato no como una cualificación (dependiente) del § 212 StGB, sino como un delito independiente [115], esta solución es particularmente evidente, pues los soldados americanos o los ex internos en campos de concentración de nuestros ejemplos han realizado entonces un delito distinto al que se da en la persona del sujeto de detrás. Encuadrando los "móviles viles" del § 211 StGB en el ámbito del injusto

[115] Cfr., por ejemplo, la sentencia ya citada *BGHSt,* 1, pp. 368-372 (370 y 371); asimismo, *BGHSt,* 6, pp. 329-333 (330).

típico, el caso sería paralelo al del ejecutor que obra sin dolo: tanto aquí como allí el agente no realizaría los presupuestos del tipo subjetivo. Sin embargo, la solución del problema de la participación no puede depender de estas delicadas cuestiones dogmáticas. En todo caso los ejecutores han errado plenamente en cuanto al sentido concreto de la acción. Pretendían imponer a asesinos múltiples la pena "justa" y en lugar de ello mataron (considerándolo objetivamente) sin motivo a personas inocentes. Basta esto sólo para convertir al sujeto de detrás en autor mediato en virtud de supra-determinación de sentido.

No obstante, el BGH ni siquiera ha debatido (probablemente por no ver el problema) la posibilidad de apreciar autoría mediata en ninguno de estos casos y sólo ha castigado por la inducción asimismo existente. Y sin embargo, v. WEBER [116] y HARDWIG [117] han llegado a afirmar con razón la autoría mediata en el caso de los soldados. V. WEBER señala que los soldados americanos obran como instrumentos dolosos no intencionados porque el sujeto de detrás tiene la voluntad de dominio del hecho. Lo cual no me parece correcto, pues la voluntad de dominio del hecho la tiene también el agente (que es por sí mismo autor doloso y en esa medida no actúa "sin intención"). Pero cuando v. WEBER, más adelante, dice acerca del que determinó que «todo el hecho aparece como un acto suyo de venganza y por eso su motivo determina la valoración del hecho», en estas palabras resuena la concepción desarrollada *supra*. Con más claridad aún se pone esto de manifiesto en HARDWIG, quien, sin recurrir a la idea del dominio del hecho, señala: «El sentido del hecho, desde la perspectiva del "inductor", es un asesinato... En el sentido de este asesinato los soldados fueron instrumentos.» La coincidencia con nuestra postura es absoluta.

De este resultado se deduce otro: para los casos de que ahora se trata no importa cómo se decida la controvertida cuestión de si los elementos subjetivos del asesinato han de encuadrarse o no entre las "cualidades o relaciones personales" en el sentido del § 50.2 StGB *. Aunque precisamente las mencionadas sentencias del BGH han avivado el debate relativo a esta cuestión, y aunque v. WEBER y HARDWIG sólo llegan a apreciar autoría mediata después de haber negado la aplicabilidad del § 50.2 StGB, no hacía falta dar ese rodeo: aun cuando el "móvil vil" fuera una "cualidad personal", se daría de todos modos autoría mediata. Naturalmente el problema sigue teniendo importancia para los casos en que el que realiza el tipo del § 212 StGB (homicidio) conoce que el sujeto de detrás obra con móviles viles.

[116] *MDR*, 1952, p. 266.

[117] *GA*, 1954, p. 260.

* § 50 StGB: «**Punibilidad autónoma de los partícipes.** II. Las especiales cualidades o relaciones personales que, según establece la ley, agravan o atenúan la pena, o eximen de ella, sólo son de aplicación a aquellos en quienes concurran.»

2. El error sobre el riesgo

Por último, hay que retomar los casos en los que el ejecutor obra típica, antijurídica y finalmente, pero no obstante se equivoca sobre la probabilidad de que el resultado se produzca y es determinado al hecho por el sujeto de detrás, que lo entrevé todo. Por ilustrarlo con un ejemplo: A y B, al trastear en una buhardilla, encuentran una granada sin estallar, de la época de la guerra. A, para no poner en peligro la vivienda del último piso, querría arrojarla en seguida al jardín por el tragaluz, pero teme que estalle al caer, dañando al inquilino C, que se encuentra ahí trabajando. B, que en la guerra sirvió como experto en explosivos, despeja sus reparos diciéndole en su calidad de experto que no es muy probable una explosión. En realidad, sabe que la bomba va a estallar con casi total probabilidad, lesionando o incluso matando a C. Justo lo que él quiere, porque hace tiempo que se lleva mal con C. Además, espera poder impulsar a A a que actúe inmediatamente, al hacerle creer que el peligro es menor. El plan resulta como esperaba. A, que sigue siendo consciente de la posibilidad concreta de que se produzca el resultado, evalúa erróneamente el riesgo y lleva a cabo la acción que causa la muerte de C.

La cuestión de si A debe responder por dolo eventual o por imprudencia consciente cabe contestarla, dependiendo del punto de vista, de manera muy diversa. De todos modos, ya *supra* [118] se puso de manifiesto que (y por qué) la delimitación entre autoría mediata e inducción no puede hacerse depender de ello. Consiguientemente, prescindamos de tales cuestiones controvertidas e intentemos resolver el problema con los criterios del dominio del hecho hasta ahora elaborados.

Resulta entonces, en principio, que el sujeto de detrás B ha entrevisto la conformación del curso causal mejor que A. Sin embargo, este error nada empece en que éste ha realizado el tipo final, antijurídica y culpablemente. La autoría mediata sólo puede existir, por tanto, si (como en el grupo de casos antes tratado) cabe estimar un dominio del hecho de cuarto grado en el sujeto de detrás. Para lo cual haría falta que al acontecer (tal como lo contempla B y tal como lo dirige al resultado, según sus planes) le correspondiera otro sentido de la acción que al comportamiento de A.

Al debatir este problema vamos a comenzar prescindiendo de nuestro ejemplo concreto y a plantear la cuestión de si la estimación incorrecta de la probabilidad del resultado por parte del autor surte efecto en el sentido de la acción, para lo que habrá que evaluar los supuestos que vienen en consideración desde la perspectiva tanto de su estructura psicológica como de su significado jurídico.

[118] Pp. 214-216.

A. *El aspecto psicológico*

En primer lugar, sólo cabe hablar de dirección del acontecer por parte del sujeto de detrás cuando su mayor conocimiento causal influye en la conformación del suceso externo. Lo cual ni mucho menos ocurre en todos los casos. Si, por ejemplo, el ejecutor, A, y el que lo ha determinado, B, persiguen el resultado de igual manera, la mejor orientación de B acerca de la probabilidad de que se produzca el resultado carece de efectos sobre el desarrollo de la acción. Si A hubiera sabido lo que B sabe, el acontecer no se habría conformado de otra manera. Lo mismo ocurre cuando el sujeto de delante ciertamente no persigue el resultado delictivo, pero le es indiferente que se produzca, en la medida en que la magnitud del riesgo no tiene importancia para su decisión. Dicho brevemente: de entrada quedan descartados del ámbito de la autoría mediata todos los casos en que el sujeto de delante no habría obrado de modo distinto de haber tenido el mismo conocimiento que el sujeto de detrás.

En muchos casos de este género ocurrirá que al comportamiento del sujeto de detrás le falte toda relación causal con el resultado. Si en nuestro ejemplo de la granada también A quisiera producir la muerte de C, el engaño de B no habría surtido efecto en el acontecer global: la decisión del hecho la ha concebido el propio A, y ni siquiera se da complicidad psíquica, pues el hacer creer que existe menos probabilidad de resultado puede haber tenido en el comportamiento de A más bien una influencia inhibidora que favorecedora. Está claro que no cabe aquí la autoría mediata, porque ya falta el presupuesto mínimo para la dirección del acontecer por parte del sujeto de detrás, esto es, la causalidad.

En otras situaciones el no ejecutor ha aportado una condición del resultado; así, cuando es B quien suscita en A la idea de matar a C lanzándole una bomba, o cuando le proporciona el explosivo. Pero en tales casos se trata de típica causalidad de inducción y complicidad, que no fundamenta dirección del acontecer y, como es evidente, nada tiene que ver con el superior saber causal del no ejecutor. Así pues, tampoco existe causalidad del engaño en supuestos así.

Contra la postura que aquí se defiende, con arreglo a la cual en ningún caso cabe estimar autoría mediata cuando el autor no habría obrado de modo distinto de haber estimado la probabilidad del resultado en términos parecidos al sujeto de detrás, cabría objetar dos extremos: en primer lugar podría decirse que, atendiendo a lo que habría ocurrido si..., se está recurriendo a la idea de la "causalidad adelantada", de la que se subrayó expresamente *supra* [119] que carece de relevancia para la delimitación entre autoría mediata

[119] Cfr. pp. 197-201.

e inducción. Y en segundo lugar puede surgir la cuestión de por qué en los casos antes tratados hemos estimado *siempre* el dominio de la voluntad, sin examinar si el ejecutor, de haber conocido la situación, habría obrado igual.

Ninguna de estas objeciones es sólida. No obstante, hace falta tomar postura con respecto a ellas, porque se trata de malentendidos de contenido aparentemente evidente, cuya eliminación favorecerá el desarrollo de la idea del dominio de la voluntad exenta de contradicciones, con toda su capacidad de distinguir.

Por lo que respecta, en primer lugar, a la consideración de la causalidad adelantada (esto es, de cursos causales hipotéticos), de tal sólo cabe hablar cuando el efecto causal de una circunstancia concreta está fuera de duda en el curso fáctico del suceso, pero se deja sin considerar esta circunstancia porque el resultado también se habría producido sin ella. Así ocurría en los supuestos, tratados en otro lugar, de influencia "inesencial" en el curso causal [119]; pero aquí no. En efecto, si A, de no haber sufrido error sobre el riesgo, habría obrado igual, falta la causalidad real del engaño, porque no ha sido éste, sino la voluntad de matar, el motivo del hecho. De todos modos, también para indagar el conjunto real de condiciones es necesaria la comparación con un curso causal hipotético, en la cual se elimina o añade mentalmente el factor que hay que verificar, pero ahí reside un elemento general de la teoría de la equivalencia, que no puede servir para fundamentar el reproche de que se está recurriendo aquí a cursos causales hipotéticos [120].

Con lo cual se aclara también la segunda cuestión. Si alguien no capta el contenido de desvalor jurídico de su conducta o ni siquiera el sentido concreto de la acción (tal como se acaba de describir), el problema de lo que habría hecho de haber conocido la situación no puede alcanzar trascendencia para la valoración jurídica, puesto que en todo caso *ha* obrado sobre la base de una motivación que no se ajustó al significado objetivo de su conducta y que, por tanto, permitió la supradeterminación por parte del sujeto de detrás. Cuando los supuestos de error sobre el riesgo han de enjuiciarse de otro modo, el motivo reside en que allí donde la estimación incorrecta de la probabilidad del resultado no ha influido sobre la decisión del agente, el contenido de injusto y de culpabilidad, así como el sentido concreto de la acción, no resultan modificados: si alguien pretende matar a otro de un disparo a gran distancia, carece de importancia —desde cualquier punto de vista— que enjuicie la perspectiva de resultado más o menos correctamente.

[120] Lo cual tampoco queda claro en la sentencia *BGHSt*, 13, pp. 13-15, pues habría tenido aquí que dilucidarse en primer lugar si fue el "cuento" del acusado —o más bien acaso su mera petición de dinero— lo que determinó la disposición patrimonial.

Así pues, la situación psíquica tiene aquí también un significado jurídico al menos en sentido negativo: faltando la causalidad del engaño o la relevancia psíquica del error no debido a engaño, no puede darse la supradeterminación configuradora del hecho ni, por tanto, la autoría mediata.

B. *La significación jurídica del error sobre el riesgo psíquicamente relevante*

Sin embargo, con lo dicho aún no está decidido que se conceptúen como de autoría mediata los casos en los que el engaño sobre la probabilidad de que se produzca el resultado surta efecto en la decisión de actuar del autor directo. Precisamente de este género es nuestro ejemplo de partida: si A hubiera sabido que la bomba iba a estallar con mayor probabilidad, habría omitido el hecho. Así pues, en virtud de su engaño B se ha servido de A (en el punto determinante para su decisión) como de un instrumento ciego. De este modo se dan los requisitos psicológicos del dominio del hecho de superior grado.

Pero ya hemos visto en ocasiones anteriores que esta circunstancia no basta por sí sola para fundamentar autoría mediata. Así, un engaño sobre la punibilidad por parte del ejecutor, conociendo plenamente el contenido de injusto y de culpabilidad, puede motivar, sin que por ello al sujeto de detrás se le atribuya el dominio de la voluntad [121]. Considerando las ideas obtenidas en este contexto, la solución al problema aquí planteado depende de la respuesta a las dos siguientes disyuntivas:

Un ejecutor que es consciente de la posibilidad concreta de realización del tipo, pero que no obstante se decide a actuar debido a una estimación incorrecta de su probabilidad, ¿ha captado el injusto, la culpabilidad y el sentido concreto de la acción de su conducta en la misma medida que el sujeto de detrás, que advierte acertadamente el riesgo o la probabilidad del resultado? ¿O es el no ejecutor el único que realiza dolosamente el pleno significado jurídico del hecho? En el primer caso se da inducción. Por el contrario, de responderse afirmativamente a la segunda cuestión, el superior saber causal de B permite, también según parámetros jurídicos, la supraformación con sentido del acontecer de la acción, que entraña apreciar la autoría mediata.

Es esta última postura la acertada, pues el error sobre el riesgo relevante para la decisión deja intactas la finalidad y la antijuridicidad, y no vela al autor la individualidad y la cualidad del objeto concreto de la acción, pero disminuye el contenido de culpabilidad de su conducta. Si alguien ha realizado un delito con su comportamiento, que habría omitido de haber enjuiciado

[121] Cfr. al respecto en concreto *supra*, pp. 224-226.

el riesgo sin haber sufrido error, obra menos culpablemente que si hubiera llevado a cabo el hecho conociendo correctamente la situación.

Lo cual es evidente para el sentimiento jurídico. Si alguien estima en el 10 por 100 la probabilidad de que con una acción temeraria podría infligir daños a otro y acto seguido se arriesga a emprenderla, su conducta ha de considerarse final, antijurídica y culpable, pero la reprochabilidad es decisivamente menor que si hubiera actuado estimando una probabilidad de lesión del 90 por 100.

En esta idea se basa que las teorías que distinguen dolo e imprudencia en función de la medida de la culpabilidad no puedan renunciar totalmente al criterio de la probabilidad. Allí donde la cuestión del riesgo es relevante para la decisión del autor, la culpabilidad disminuye en la misma proporción en la que la probabilidad de realización del tipo mengua en la mente del agente. Esto cabe ilustrarlo con la imagen de una escala variable, que por arriba linde con el dolo directo y por abajo con la imprudencia inconsciente. Dónde se sitúe la línea divisoria entre dolo e imprudencia (lo que siempre entraña un corte brusco en transiciones graduales) es irrelevante para nuestra consideración, pues tanto en el ámbito del dolo como en el de la imprudencia (se determine de un modo u otro) la culpabilidad se gradúa proporcionalmente a la probabilidad que el sujeto se representó.

Siendo esto así, el sujeto de detrás que provoca o aprovecha un error sobre el riesgo capta el sentido jurídico del hecho mejor que el ejecutor; conoce circunstancias relevantes para la culpabilidad que están ocultas para el agente. El sentido que imprime al acontecer mediante su aportación causal es, también según parámetros jurídicos, distinto a aquel que el hecho tiene a ojos del sujeto de delante. Y tanto si se le va a castigar por comportamiento doloso como imprudente, se da una supradeterminación configuradora de sentido que atribuye al sujeto de detrás el dominio del hecho.

Así pues, nuestro resultado puede resumirse así: donde el engaño sobre la probabilidad de que se produzca el resultado sea causal para la decisión del agente, o donde el conocimiento del riesgo real le habría hecho abstenerse del hecho, la creación o el aprovechamiento de ese error fundamenta la autoría mediata del no ejecutor. Los errores sobre el riesgo del agente que sean irrelevantes para su decisión hacen aparecer la cooperación del sujeto de detrás como participación. Otro tanto ocurre cuando ambos sufren el mismo error (aun cuando sea determinante para sus respectivos comportamientos).

VI. EL QUE YERRA OBRA ATÍPICA O LÍCITAMENTE

Aquí han de tratarse dos grupos de supuestos muy controvertidos: el problema de la autoría mediata a través de un instrumento que obra atí-

picamente, que se presenta principalmente en el suicidio provocado mediante error (1) y la utilización de un instrumento que obra de conformidad a Derecho, como en los clásicos ejemplos de la estafa procesal y de la provocación de una condena penal materialmente injustificada (2).

1. El ejecutor obra atípicamente [122]

Se discute vivamente la cuestión de si es autor de asesinato u homicidio aquel que determina dolosamente a otro, mediante engaño, al suicidio.

Entre los partidarios de la teoría del dominio del hecho, MAURACH [123] propugna estimar autoría mediata en todos los casos de «provocación, en el suicida, de error en el motivo»; como ejemplos menciona los de hacer creer en una enfermedad grave o afirmar que uno se va a suicidar junto a la víctima. También WELZEL [124] habla de que es autor aquel que tiene «el dominio final del hecho del suicidio..., por ejemplo, a consecuencia de engaño». Sobre la clase de engaño no realiza ulteriores precisiones.

Por el contrario, WIENERS y KAUN, autores ambos de monografías sobre la participación en el suicidio desde el punto de vista de la teoría del dominio del hecho, llegan, con independencia uno de otro, al resultado de que en ningún caso se da autoría mediata del sujeto de detrás porque en el que ha sido determinado no se ha excluido «la capacidad de formar una resolución volitiva determinada por su personalidad» [125] y el engañado es capaz de «adoptar libremente la decisión sobre los pros y contras de seguir viviendo» [126].

Por lo demás, se han defendido asimismo soluciones muy distintas [127]. Desde el punto de vista de la teoría del ánimo, antes dominante, se tiende a afirmar la autoría mediata ya por la sencilla razón de que el sujeto de detrás que engaña tiene "voluntad de autor". Sin embargo, para la autoría mediata no se derivan de ahí puntos de partida aprovechables.

Para resolver los supuestos antes mencionados podemos partir del cuarto grado del dominio del hecho. No surgen divergencias fundamentales que excluyeran la aplicación correspondiente (que tuviera en cuenta las peculiaridades del suicidio) de las ideas allí desarrolladas. De donde se deduce:

Las consideraciones de WIENERS y KAUN en el sentido de que el suicida, a pesar del engaño, mantiene en sus manos la libre decisión sobre su vida,

[122] Los supuestos en los que la víctima se quita la vida no dolosamente se abordan en otro lugar *(supra,* pp. 192 ss.) ya en razón del contexto.

[123] *BT,* 3.ª ed., p. 17; en términos muy semejantes, *AT,* 2.ª ed., p. 504.

[124] *Lehrb.,* 7.ª ed., p. 245.

[125] WIENERS, *op. cit.,* pp. 66-67 (66).

[126] KAUN, *op. cit.,* pp. 51-55 (52).

[127] Cfr. la bibliografía en KAUN, p. 55, nota 1.

no obsta para la autoría mediata. Materialmente son correctas en lo esencial (si bien no siempre). Naturalmente, hay errores que colocan a la persona engañada en una situación de compulsión psíquica equivalente a la de los §§ 52 y 54 StGB: así, por ejemplo, cuando en plena guerra alguien hace creer a un militante de la oposición, para quitarle de enmedio, que la Gestapo está a punto de venir a detenerlo y que resulta preferible, para sustraerse a las torturas que cabe esperar, que se quite él mismo la vida. En tales casos ya no cabe considerar (con arreglo a las ideas valorativas del legislador, tal como se plasman en los §§ 52 y 54 StGB) "libre" la decisión de suicidarse del que yerra, y al menos aquí también WIENERS y KAUN tendrían que estimar autoría mediata.

No obstante, en los supuestos normales ocurre que el engañado sigue pudiendo decidir libremente sobre su vida. Si alguien propone a su amante, de la que está harto, quitarse la vida juntos, y luego, una vez que ella se ha matado, se alegra de haberse librado así de ella, la mujer pudo decidir con entera libertad si accedía o no a la propuesta engañosa del hombre. Y tampoco el hacer creer que se padece una grave enfermedad "compele" al engañado a cometer suicidio. Muchos hay que saben que van a morir pronto y sin embargo deciden libremente seguir viviendo.

Pero todo este modo de considerar no acierta en el núcleo de la materia. Reduce el ámbito del dominio del hecho a los supuestos de compulsión y pasa por alto que también el error de quien actúa libremente puede permitir al sujeto de detrás el dominio de la voluntad en forma de supradeterminación configuradora de sentido. No sólo aquí, sino en todos los casos de autoría mediata utilizando un instrumento que yerra, ocurre que el ejecutor obra libremente con respecto a lo que él quiere [128]. Así pues, la cuestión aquí sólo puede ser si un desconocimiento así existe en el "engaño relativo a la vida" [129]. Ciertamente el engañado tiene claro que comete un suicidio. Pero ya sabemos que para la autoría mediata no importa simplemente el conocimiento del resultado externo, sino la comprensión del concreto sentido de la acción.

Sin embargo, el suicida engañado no capta este sentido, lo cual es especialmente cierto si uno (según los argumentos con los que se suele fundamentar la falta de dominio del hecho del sujeto de detrás) considera a la resolución de suicidarse como una decisión "existencial" personalísima, intransferible, que afecta al núcleo íntimo de la personalidad. Efectivamente, concediendo esto, no cabe equiparar un suicidio con los demás, sino que cada uno constituye un acto de libertad único, irrepetible e inaccesible para la generalización racional, que sólo adquiere su sentido a partir de la situación

[128] Cfr. al respecto ya *supra,* p. 193.

[129] FELD, *Die Anstiftung und Beihilfe zum Selbstmord,* tesis doctoral, 1909; citada por KAUN, p. 55, nota 1.

individual del agente y de su motivación. Pero entonces la acción aparecerá como absolutamente sin sentido si se basa en presupuestos que son producto del engaño. Piénsese en nuestros ejemplos: la amante engañada y el enfermo supuestamente incurable se sentirían burlados en cuanto al sentido de su muerte y aparecerían como víctimas ciegas de un taimado plan asesino, mientras que el sujeto de detrás habrá conseguido plenamente el fin de su maquinación: eliminar a una persona que le era molesta. Así pues, considerando que para el dominio de la voluntad basta (como ya se expuso *supra*) la supradeterminación dirigida a la configuración del sentido concreto de la acción, aquí se dará un caso de autoría mediata. Los ejemplos, pues, han de decidirse en el sentido de MAURACH.

A otra solución sólo podría llegarse de considerar que el ordenamiento jurídico no se preocupa de la significación que el suicidio tiene para el individuo. De acuerdo con baremos de enjuiciamiento jurídicos, cada suicidio sería como los demás. Quien se quita la vida ha sabido todo lo que es jurídicamente relevante en el hecho, sin importar bajo qué presupuestos lo haya realizado.

Aceptando esta tesis, habría que rechazar la autoría mediata. No cabe duda de que tal opinión capta en su razonamiento el quid de la cuestión y representa la única antítesis de la postura aquí mantenida. Las alternativas reales en la decisión de nuestro problema no residen (como suele estimarse) en los conceptos de "libertad" y "no libertad" psíquica, sino en los criterios de "igualdad de sentido" y "diferencia de sentido" jurídicas.

Pero también materialmente es bastante obvia la opinión contraria que hemos desarrollado. Incluso debe llegarse forzosamente a ella si se traslada sin reparos al problema del suicidio la solución válida para los tipos penales, como pone de manifiesto un sencillo ejemplo paralelo: si alguien hace creer a otro que padece una enfermedad incurable no para impulsarle a suicidiarse, sino en vez de ello aconsejándole que disfrute en abundancia de la vida que le queda, y que cometa una estafa millonaria para dar una vuelta al mundo con el botín, según la teoría aquí defendida sería una inducción a la estafa y no, por ejemplo, un caso de autoría mediata. ¿Por qué entonces, como muchos mantienen, en el suicidio tendría que ser de otro modo?

La respuesta surge de que en un caso se trata de un delito y en el otro de un hecho atípico. El sentido jurídicamente relevante de un hecho criminal (aquí, de la estafa) viene caracterizado exhaustivamente por el precepto penal con sus requisitos del injusto y de la culpabilidad, y finalmente por la identidad y cualidad del concreto objeto de la acción. Las circunstancias referidas solamente a la persona del agente no influyen en el significado del hecho. Aunque el delincuente sea un enfermo incurable y pretenda dar la vuelta al mundo, su comportamiento no es por ello menos constitutivo de estafa en un ápice. Así pues, en el ejecutor se da el clásico supuesto de

error en el motivo; el sujeto de detrás comete un engaño desencadenante de la acción que, sin embargo, no permite estimar una supraformación configuradora de sentido y por eso ha de conceptuarse como inducción.

En el suicidio, la situación es radicalmente distinta. Dado que no está captado en ningún tipo penal, ninguna norma abstracta establece su sentido. Ya por eso uno puede sentirse inclinado a hacer que se determine por la motivación del agente y a decir: lo que para el suicida, al que se ha privado de la vida con engaño, carece de sentido, para el legislador ha de recibir su significado objetivo a través del plan homicida del sujeto de detrás. Con todo, este resultado cabe fundamentarlo también positivamente a partir de la ética social y de la ley: para un enjuiciamiento que atienda a la contrariedad a la comunidad y que contemple objetivamente, el suicidio de un enfermo incurable ha de valorarse de manera absolutamente distinta que el comportamiento de un sujeto de detrás que mueve astutamente a una persona sana a cometer un suicidio basado en error. Pero ni siquiera hace falta otorgar importancia decisiva a lo expresado, pues ya el solo tratamiento legal del suicidio pone de manifiesto que existe una diferencia de sentido jurídico entre el hacer del suicida bajo error y el del sujeto de detrás vidente.

Así, al considerar el legislador atípico el suicidio (ya sea conforme a Derecho, antijurídico o no prohibido) [130] y dejar impune la participación en él, la razón sólo puede residir en que respeta la decisión personalísima del individuo. Ahora bien, si otro engaña al suicida sobre el sentido individual de su muerte, también debe desplazarse la base de enjuiciamiento jurídica. Lo que ocurre objetivamente no realiza los requisitos de los que partía el sujeto agente y sobre los que el legislador no quiere entrar a discutir. Es un acto ya no cubierto por la consciencia responsable del que se ha quitado la vida, que precisamente por eso presenta en el punto decisivo para la valoración jurídica del suicidio otro sentido distinto al de una muerte elegida libremente conociendo plenamente la situación. Por tal razón existe aquí, también según los baremos jurídicos, una supradeterminación configuradora de sentido que ineludiblemente entraña la autoría mediata del sujeto de detrás.

La distinción, necesaria para delimitar autoría y participación, entre delito y suicidio pone de manifiesto lo incorrecto que sería someter el concepto de dominio del hecho a un esquematismo abstracto y utilizarlo como mero patrón. Por el contrario, abordándolo correctamente, debe asumir todas las peculiaridades concretas de la materia sin perder nada de su validez general.

El resultado acabado de fundamentar tampoco cambia por reparar en que muchos suicidios se basan en una decisión más bien fruto del miedo, de una personalidad inadecuada, surgida de una situación conflictiva momen-

[130] Más bien parece correcta la última concepción, que recientemente ha fundamentado en profundidad GALLAS, *JZ*, 1960, pp. 652-655.

tánea, puesto que en tales casos se destaca la falta de sentido objetiva del suicidio dirigido por el sujeto de detrás con más nitidez aún porque el agente, ya subjetivamente, decide libremente sólo en sentido limitado.

Tampoco hay que temer que nuestra postura pueda conducir a una penalización excesivamente amplia de la participación en el suicidio. En efecto, dado que la decisión de acabar con la propia vida se encuentra entre las más graves que cabe adoptar, debe tratarse de un error que afecte radicalmente a la personalidad de la víctima. Además, el sujeto de detrás, ya en el instante del engaño debe abarcar el suicidio como consecuencia de su acción; si sólo después se da cuenta de que el otro, bajo la impresión de la mentira, va a quitarse la vida, todo lo más cabrá apreciar un delito omisivo, y no es éste entonces el lugar de tratarlo; en cualquier caso, sus presupuestos han de enjuiciarse de otro modo [131].

Como tampoco fuerza la solución aquí defendida a castigar por tentativa cuando el sujeto agente entrevé la mentira o, a pesar del engaño, no se decide a suicidarse. Ésta es simplemente una cuestión de delimitación entre actos preparatorios y tentativa; requiriendo aquí (como en general) la puesta en peligro directa de la víctima [132], habrá que dejar impunes estos casos.

Por último, esta solución tampoco fuerza a estimar homicidio imprudente cuando alguien provoca la muerte de otro mediante engaño de manera no querida, si bien previsible, ya que los criterios por los que se determina la autoría en los delitos imprudentes no quedan establecidos de ningún modo por el tratamiento de los dolosos [133].

De todos modos, también en la cooperación en el suicidio el mero auxilio conociendo el error ha de bastar para castigar el sujeto de detrás. Aquel que, en nuestro ejemplo, pone a disposición de la chica el revólver, aun sabiendo que su amante, al prometerle que se iban a suicidar juntos, sólo pretendía librarse de ella, es culpable de un delito, si bien quizá sólo como cómplice de asesinato [134].

Una última objeción vamos a plantearnos: podría aducirse que con arreglo a la teoría aquí defendida se trataría con más severidad a quien simplemente engaña que a aquel otro que va más allá, no sólo haciendo creer en la circunstancia que da pie al suicidio, sino realizándola efectivamente; en este segundo caso sólo se estimaría la autoría mediata por aplicación de los §§ 52 y 54 StGB.

Sin embargo, ello no supone una auténtica objeción, pues el tratamiento distinto está justificado. Cuando las circunstancias que desencadenan el suicidio concurren realmente, coincide el significado objetivo del hecho con la representación y la voluntad el agente. Siempre que se mantengan la imputabilidad y la libertad de formar la voluntad, el suicida lleva a cabo su decisión más personal, de responsabilidad suya. No de esta decisión, sino de la creación de sus presupuestos ha de hacérsele jurídicamente responsable al sujeto de detrás.

[131] Cfr. al respecto *infra*, pp. 510 ss.

[132] Así el BGH, *BGHSt*, 4, pp. 270-275 (273).

[133] Cfr. al respecto en concreto *infra*, pp. 567 ss.

[134] Acerca del problema, que aquí se añade, de la delimitación entre coautoría y complicidad en caso de dos sujetos de detrás, cfr. *infra*, pp. 303 ss.

2. El ejecutor obra lícitamente

También los casos de utilización de un instrumento que cree erróneamente actuar de conformidad a Derecho —antes muy controvertidos, hoy ya aclarados— [135] han de resolverse sin dificultad con ayuda de los criterios desarrollados *supra*.

Si partimos de los ejemplos principales de la estafa procesal [135a] y de la provocación de condena penal materialmente infundada, el juez engañado ciertamente obra de conformidad a Derecho y es "libre" al adoptar la resolución; no puede, pues, decirse que el juez (mucho menos el juez penal) haya sido "dominado" en sus resoluciones por las partes procesales. También conoce las consecuencias materiales y jurídicas de su actuar; sabe contra quién se dirige la sentencia y qué efectos surtirá. Pero yerra en cuanto al sentido concreto de su comportamiento: cree adoptar una sentencia justa, siendo así que materialmente falla de modo injusto, y en esa medida es un instrumento ciego en manos del sujeto de detrás, quien merced a la supradeterminación configuradora de sentido del acontecer se convierte en autor mediato [135b].

A partir de lo dicho se explica también fácilmente por qué han de resolverse de modo distinto los casos tan debatidos del "desvalor de actitud" trascendente: la esposa y su amigo se quitan de en medio al esposo denunciándole por un grave delito que verdaderamente ha cometido. O bien: el vecino sádico consigue que el padre de un joven travieso le propine a éste una paliza, idónea para educarle [136]. En tales situaciones, falta en el ejecutor

[135] Su problemática general, desde la perspectiva de la teoría del dominio del hecho, ya se ha abordado *supra*, cfr. pp. 186-187.

[135a] Para este supuesto, en la actualidad discute JOHANNES, *Mittelbare Täterschaft*, pp. 14 ss., que se dé autoría mediata; para JOHANNES, el juez no es instrumento, sino —en tanto que es engañado— víctima de la estafa. Pero ésta no es más que una discusión terminológica, pues la estafa requiere dos resultados: una provocación de error y un perjuicio. Ahí el juez es ciertamente víctima de engaño, pero al mismo tiempo instrumento ciego en el perjuicio patrimonial. Por eso no hay razón para tratar este problema de manera metodológicamente distinta que en la condena judicial penal determinada por engaño.

[135b] Esto no lo tiene en cuenta JOHANNES, *Mittelbare Täterschaft*, pp. 40 ss., cuando señala que no cabe aquí fundamentar dominio del hecho y que "es decretado" por los partidarios de esta teoría «exactamente con la misma arbitrariedad que antes el *animus auctoris* por el RG».

[136] Acerca de estos ejemplos, cfr. WELZEL, *LB*, 7.ª ed., p. 94; *SJZ*, 1947, apdo. 648.

directo todo error relativo al sentido concreto de la acción. En ningún caso se pasa de una condena o castigo plenamente conformes a Derecho en lo formal y en lo material. Aun cuando el ejecutor sufra un error sobre los móviles del que le determina, esa idea errónea se encuentra fuera de la ejecución de la acción, careciendo de influencia sobre su significado [137].

VII. RESUMEN

También los múltiples supuestos de error cabe solucionarlos desde la perspectiva de la teoría del dominio del hecho con arreglo a una idea unitaria. Resumido en principios resulta lo siguiente:

1. Las situaciones de error han de separarse claramente de las situaciones coactivas de plurales matices. Mientras que en los casos de coacción la autoría mediata del sujeto de detrás se basa en el dominio (orientado al principio de responsabilidad) de las decisiones volitivas del ejecutor directo, aquí importa la supradeterminación que confiere sentido del comportamiento libremente elegido por el ejecutor.
2. La posibilidad de supradeterminación configuradora se basa en el carácter gradual del dominio del hecho, articulándose (en función del conocimiento de las circunstancias fácticas, de la antijuridicidad material, de los elementos de la reprochabilidad y del sentido concreto de la acción) en cuatro grados, de los cuales el superior respectivo confiere al sujeto de detrás el dominio del hecho sobre el ejecutor directo.
3. El dominio por parte del sujeto de detrás se explica por la circunstancia de que en virtud de su saber más amplio capta con más profundidad el significado social del suceso y consiguientemente es capaz de configurar él solo el sentido del suceso de la acción, dependiendo de la medida de su conocimiento trascendente, pues el ejecutor directo no puede oponer su libre voluntad inhibidora y autónoma a lo que no es accesible para su entendimiento.
4. La solución a la que así se llega es independiente de las distintas teorías sobre el error y de las controversias relativas a la ubicación sistemática del concepto de dolo y al alcance de su contenido.

Esta teoría presenta externamente cierta afinidad con la (ya varias veces citada) "teoría de la preponderancia" de HEGLER [138], al que en el ámbito de la autoría mediata ha de considerársele como precursor de la idea del

[137] En el mismo sentido, en definitiva, desde la perspectiva de la teoría del dominio del hecho: WELZEL, *SJZ*, 1947, apdo. 648; *LB*, 7.ª ed., p. 94; LESS, *JZ*, 1951, p. 551; KOHLR.-LANGE, 42.ª y 43.ª eds., ante § 47, 5, B, 2, h, p. 163; cuando LANGE señala aquí que WELZEL decide en sentido opuesto lo hace, según parece, por error. Como aquí, asimismo, *BGHSt*, 3, pp. 110-119 (114). En otro sentido, OLG BAMBERG, *DRZ*, 1950, pp. 302-303, con comentario discrepante de WELZEL (pp. 303 y 304).

[138] *RGR-Praxis*, t. v, 1929, pp. 305-321.

dominio del hecho [139]. Sin embargo, analizándola más detenidamente, la concepción de HEGLER presenta diferencias notables en la idea básica, en el desarrollo teórico y en los resultados prácticos. Efectivamente, en primer lugar aquí todas las soluciones individuales están referidas al principio del dominio del hecho, comprensivo de todas las formas de autoría, mientras que la idea de la preponderancia de HEGLER se yuxtapone, sin relación, con la teoría objetivo-formal que en lo demás mantiene; en segundo lugar, HEGLER distingue entre la preponderancia en el plano de la antijuridicidad y en el de la culpabilidad, mientras que nuestra postura, al margen de tales cuestiones sistemáticas, se basa en el conocimiento más amplio del sujeto de detrás, que posibilita una superior medida de dirección con sentido; en tercer lugar, la mayor medida de culpabilidad, si no permite dirigir el acontecer, no puede fundamentar (con arreglo a nuestra teoría) la autoría mediata, como pone de manifiesto precisamente el tratamiento de la imprudencia consciente, y finalmente, en cuarto lugar, al margen de los supuestos no controvertidos, apenas se encuentran coincidencias entre ambas teorías en cuanto a los resultados materiales.

§ 23. EL DOMINIO DE LA VOLUNTAD EN LA UTILIZACIÓN DE INIMPUTABLES Y MENORES

Entre los casos principales de autoría mediata se cuentan desde siempre, junto a los de coacción y de aprovechamiento de error, los de empleo de un ejecutor inimputable o menor. En éstos hay que distinguir entre la plena inimputabilidad (I, 1) y la imputabilidad disminuida (I, 2), entre niños (II) y adolescentes (II), entre autodaño y daño a otro (a y b, respectivamente). El tratamiento de la mayor parte de estos casos es controvertido entre los partidarios de la teoría del dominio del hecho.

I. IMPUTABILIDAD DEL EJECUTOR DIRECTO EXCLUIDA O MERMADA

1. El ejecutor es inimputable

Damos por supuesto que el sujeto de detrás responsable coopera en la realización de un delito por parte de un inimputable (a), enlazando con lo cual se debatirá la determinación de inimputables a dañarse a sí mismos, por ejemplo, a suicidarse (b).

[139] Cfr. al respecto ya *supra*, p. 80.

a) *La comisión de delitos por inimputables*

aa) *Estado de la discusión*

En los casos de inimputabilidad GALLAS [1] estima autoría mediata con carácter general, a no ser que la necesidad de comisión de propia mano o la naturaleza del delito especial lo impida. Para fundamentarlo argumenta que el ejecutor «por falta de capacidad de comprender o de querer (no es) capaz de oponer a la tentación proveniente del sujeto de detrás la resistencia que en otro caso se le exigiría», encontrándose por tanto "en manos" de éste [2].

La mayoría de los demás autores llevan a cabo diversas distinciones. WELZEL [3] limita el dominio del hecho del sujeto de detrás a la utilización de «ciertos enfermos mentales sin voluntad que, si bien actúan finalmente, ejecutan sin querer la voluntad ajena»; en otros casos el enfermo mental puede "desplegar una voluntad propia", existiendo entonces participación. MAURACH [4] señala simplemente que también, dada la inimputabilidad del ejecutor directo, puede haber autoría mediata si el sujeto de detrás tiene el dominio del hecho; no se manifiesta sobre cuándo es ése el caso. LANGE [5] afirma la autoría del sujeto de detrás cuando «quiso el hecho como propio». WIENERS [6] atiende a si el inimputable aún pudo adoptar una decisión volitiva personal o no.

Yendo más allá, HARDWIG [7], al parecer en contradicción con GALLAS, estima sólo participación en todos los casos, porque "en el delito doloso sólo importa la voluntad del hecho del autor", y ésta también la tiene claramente el inimputable. No obstante, que el dolo "natural" del agente por sí solo no puede excluir necesariamente la autoría mediata, ya se ha puesto de manifiesto en los supuestos de coacción y en muchos de error.

La imagen global de las opiniones, cuya multiplicidad induce a confusión, muestra que la cuestión dista de estar aclarada. La solución que vamos a desarrollar no coincide con ninguna de las posturas antecedentes. En principio, se va a distinguir en función de si el defecto reside en el elemento intelectual de la inimputabilidad o en el volitivo.

[1] *Gutachten*, p. 134; número especial Atenas, p. 15.
[2] *Gutachten, loc. cit.*
[3] *Lehrb.*, 7.ª ed., p. 92.
[4] *AT*, 2.ª ed., § 48, II, D, 1, p. 503.
[5] KOHLR.-LANGE, 42.ª y 43.ª eds., ante § 47, 5, B, 2, a, p. 162.
[6] *Op. cit.*, pp. 64 y 65.
[7] *Festgabe für Eb. Schmidt*, p. 480.

bb) *El defecto reside en el ámbito intelectivo*

Si el autor, en el instante del hecho, era incapaz de "comprender el carácter no permitido del hecho", el tercero que lo entrevé tiene el dominio del hecho, sea de la suerte que sea su cooperación. Estos casos se solapan con los del error de prohibición [8]. Las reglas que allí se hallaron, relativas al dominio del hecho del sujeto de detrás, han de valer también aquí. Al respecto ha de partirse de que la falta de comprensión en el autor debe referirse siempre, en el caso del § 51.1 StGB, al injusto material, o sea, a la desvaloración social de su conducta [9]. El que alguien sepa con exactitud que comete injusto, pero a pesar de ello, como consecuencia de un defecto mental, no esté en condiciones de advertir la antijuridicidad formal ocurrirá muy pocas veces. De producirse un caso así, el agente en todo caso no quedaría impune por el § 51.1 StGB, porque el legislador exige de todos que omitan cierta acción ya por el hecho de advertir su dañosidad social.

Así pues, si se da en estos casos el requisito de que el autor directo no tenga claro que hace algo materialmente injusto, bien es cierto que posee el dolo en el sentido de la teoría de la culpabilidad y con él el dominio del hecho de primer grado, de manera que puede ser considerado autor (aunque disculpado); pero el sujeto de detrás, tanto si sólo ha determinado al hecho como si lo ha apoyado, en tanto que señor del hecho de segundo grado, es capaz de dirigir con sentido el curso del hecho y es, por tanto, autor mediato. Naturalmente puede que el defecto mental del ejecutor sea tan agudo que ni siquiera esté en condiciones de concebir dolo en sentido natural; entonces el sujeto de detrás tendrá el dominio del hecho con mayor razón.

De manera distinta ocurre únicamente cuando el no ejecutor es imputable, pero sufre igualmente un error sobre el injusto material del hecho. Aun cuando sepa que el ejecutor directo es inimputable, sólo existe aquí participación (punible si es evitable el error), y es que falta cualquier supradeterminación del acontecer, porque tampoco el sujeto de detrás ha aportado la comprensión de sentido necesaria para el segundo grado del dominio del hecho. Ciertamente puede que para él, a diferencia de para el sujeto de delante, el error sea reprochable, pero ello nada cambia en que *in concreto* no tiene el dominio del hecho.

Curiosamente, la doctrina suele pasar por alto la forma de dominio del hecho correspondiente a los casos de error, aun siendo la que presenta menos problemas. Así, acierta WELZEL al decir que también los enfermos mentales pueden desplegar una voluntad propia; pero si el defecto reside en el plano

[8] Cfr. al respecto DREHER, *GA*, 1957, pp. 97 ss.
[9] Así también WELZEL, 7.ª ed., p. 133.

intelectual, la libertad de decidir no obsta para el dominio del hecho por parte del sujeto de detrás. Aquí se ignora (como ocurre con tanta frecuencia) que la estructura del dominio de la voluntad en casos de defectos de comprensión del ejecutor directo es completamente distinta que allí donde reside en la dirección de la formación de voluntad del ejecutor.

cc) *El defecto reside en el ámbito volitivo*

Más difícil es responder la cuestión del dominio del hecho cuando el inimputable tiene claro lo no permitido de su conducta, pero no posee la capacidad de "obrar con arreglo a esa comprensión". Aquí hay que estimar autoría mediata en principio cuando el sujeto de detrás ha sugerido el plan del delito al autor directo, esto es, cuando, de haber sido imputable, se habría dado inducción. En efecto, quien está disculpado por el § 51 StGB * obra aquí dolosamente y con plena comprensión del sentido; puede incluso proceder en la ejecución del delito independiente y cuidadosamente. Pero como le falta toda capacidad de inhibición, no se le puede imputar la decisión del hecho como obra suya. Más bien es no libre en esa medida y (dado que no ha podido resistir el impulso) ha sido dominado, en la formación de la voluntad, por el sujeto de detrás.

Tiene el dominio de la acción en el sentido de la ejecución del tipo dolosa y de propia mano y por eso es autor (disculpado); pero le falta el dominio de la voluntad, que requiere la decisión del hecho personal y de la que responder jurídicamente. Así pues, el caso se encuentra en el mismo plano que las situaciones coactivas antes tratadas. A la eficacia desinhibidora de la situación coactiva le corresponde aquí la incapacidad de inhibición existente desde el principio en el inimputable. Tanto aquí como allí [10] el sujeto de detrás configura el acontecer, porque el agente no puede adoptar una resolución jurídicamente relevante. Por el contrario, no importa nada que el inimputable, al realizar la decisión una vez tomada, pueda conducirse muy final y resueltamente; también en las situaciones coactivas podía ocurrir así, sin que cupiera dudar del dominio del hecho por parte del sujeto de detrás. Por eso no es posible llevar a cabo aquí distinciones, como propugna la doctrina dominante. Más bien, el que determina es siempre autor mediato.

* § 51 StGB: «**Inimputabilidad.** No concurre acción punible cuando el autor, en el momento del hecho, debido a trastorno mental, a perturbación patológica de la actividad mental o a debilidad mental, es incapaz de comprender lo ilícito del hecho o de actuar con arreglo a tal comprensión.»

[10] Una excepción venía representada por el supuesto de la inducción al hecho en estado de necesidad del § 54 StGB, cuyos requisitos no fueron creados por el sujeto de detrás y cuya ejecución no dependía de éste, cfr. *supra*, pp. 173-175. Ahí residía la razón en que la situación coactiva previamente existente no es modificada por la instigación, esto es, en que el apremio motivacional no parte del sujeto de detrás, mientras que aquí precisamente la instigación tiene virtualidad de forzar al autor directo no capaz de inhibición.

En función de otros puntos de vista hay que decidir cuando el inimputable ya ha adoptado la decisión del hecho y el no ejecutor simplemente le auxilia en la realización. Aquí se abren dos posibilidades:

En primer lugar, la cooperación puede ser de suerte que sin ella el hecho no sería posible. Por ejemplo, el enajenado va a volar una casa y otro le procura la bomba. Entonces el sujeto de detrás es autor mediato, pues como la realización del delito depende de él y entre su aportación al hecho y el resultado no existe ninguna otra voluntad responsable, únicamente él tiene el dominio de la voluntad y avanza, junto con el sujeto agente, al centro del acontecer delictivo. Tal solución coincide, en esta medida, con la hallada para el caso del § 54 StGB (estado de necesidad [11]).

Por el contrario, cuando el auxilio no posibilita el hecho, sino que sólo lo favorece o lo modifica en su configuración concreta, la cooperación se encuadra en el ámbito de la participación. Esta excepción me parece forzosa, pues si el sujeto de detrás no tiene el hecho en sus manos porque la ejecución dependa de su aportación, el dominio del hecho en tales casos sólo podría basarse en que la formación de la voluntad en el agente, como consecuencia del impulso proveniente del sujeto de detrás, se presentase como obra de éste. Pero éste precisamente no es el caso cuando el inimputable, independientemente, se ha decidido al hecho. Así pues, sólo ha de estimarse complicidad allí donde alguien le entrega un arma a un enfermo mental, a instancia de éste, para que ataque.

b) *El autodaño de los inimputables*

Con arreglo a análogos criterios debe enjuiciarse la conducta de determinar a un inimputable a dañarse a sí mismo (en el ejemplo más importante en la práctica: ocasionar que se suicide). También aquí hay que distinguir entre los casos de falta de entendimiento y de falta de capacidad de inhibición.

Obviamente, no cabe atender a la "capacidad de comprender el carácter *no permitido* del hecho", pues el suicidio (sea o no antijurídico) de ninguna manera contiene injusto típico, sino que en consecuencia hay que atender a si el inimputable pudo apreciar el valor moral y social de conservar la propia vida [12]. Al respecto, hay que tener en cuenta que la falta de imputabilidad no se puede verificar sin más *in abstracto* para todas las acciones (ello sólo es posible en los auténticos enfermos mentales), debiendo referirse siempre al hecho concreto. Puede ocurrir que alguien, de haber cometido un delito contra bienes jurídicos ajenos, hubiera quedado impune, pero con respecto al suicidio haya de considerársele responsable (y viceversa). No

[11] Cfr. *supra*, pp. 173-175.

[12] En esto de acuerdo KAUN, p. 69.

obstante, esto rige también en general: así, la imputabilidad puede que haya que afirmarla en un hurto simple, mientras que falte en una falsificación documental vinculada a aquél [13]. Teniendo esto presente, cabe aseverar en general [14]: como autor mediato es punible todo aquel que posibilita que otro se autodañe o le determina a hacerlo, siempre que a éste le falte la comprensión del significado moral y social del hecho.

El supuesto en que un sujeto de detrás inimputable obre asimismo sin esta comprensión y por eso sea inductor (impune) apenas va a producirse, no requiriendo análisis más detallado.

Una diferenciación correlativa a las situaciones en que se afecta a bienes jurídicos ajenos ha de llevarse a cabo en los casos en que al sujeto le falta la capacidad de inhibición. Quien le sugiere a una persona así la idea del suicidio es autor mediato, aun cuando la víctima tenga claro el significado y el alcance de su comportamiento. Por el contrario, por lo general sólo se da participación (impune) cuando el agente, siendo plenamente consciente de las consecuencias, sufre una compulsión patológica, adopta él solo la decisión del hecho y el sujeto de detrás le auxilia de algún modo. La autoría mediata se produce en estos casos únicamente cuando el suicida sin ese auxilio no tendría ocasión de quitarse la vida, supuesto que puede darse, por ejemplo, en los hospitales psiquiátricos.

2. El ejecutor obra con imputabilidad mermada

Que yo sepa, nadie se ha pronunciado hasta la fecha sobre la cuestión de si el sujeto de detrás puede poseer el dominio del hecho porque la imputabilidad esté "notablemente mermada", en el sentido del § 51.2 StGB, en el ejecutor. Para proceder correctamente hay que distinguir:

Cuando ocurre que el ejecutor no es plenamente imputable porque su capacidad de comprender el carácter no permitido del hecho ha sufrido una merma, el sujeto de detrás posee el dominio del hecho siempre que conozca con claridad el injusto material del hecho, puesto que sólo ha de atenderse a la capacidad del autor directo de comprender lo no permitido de su acción cuando éste no lo ha comprendido *in concreto*. Ahora bien, como lo "no permitido" en este contexto ha de entenderse en el sentido de la antijuricidad material, el sujeto con imputabilidad mermada es en tal situación señor del hecho de primer grado, pero no de segundo grado, de manera que el sujeto de detrás, por la vía de la supradeterminación "final", ha configurado con sentido el curso del suceso. En esa medida no hay diferencia con los supuestos anteriores, ya tratados con detalle, en los que al

[13] Cfr. MEZGER, *AT*, 9.ª ed., p. 157.

[14] Distinguiendo en este punto KAUN, pp. 66-72.

ejecutor le faltaba por otras razones la consciencia de la desvaloración social de su conducta [15], pudiéndonos remitir a ese lugar.

Por el contrario, se da mera participación cuando el autor directo ciertamente poseía la plena comprensión del significado de su conducta, pero su capacidad de obrar con arreglo a esa comprensión estaba notablemente mermada. Aquí el sujeto de detrás únicamente podría tener el dominio del hecho si el agente no pudiera ya formar una decisión volitiva responsable en sentido jurídico, de manera que su hecho apareciera como obra de la voluntad de aquél. Sin embargo, este requisito no se realiza en la imputabilidad menguada. Por el contrario, la ley da por supuesto que en tales casos el autor puede determinar su voluntad con arreglo a su comprensión (en otro caso, se aplicaría el § 51.1 StGB), y esto solo basta para negar el dominio del hecho al sujeto de detrás. La circunstancia de que para el ejecutor resultaba más difícil la autodeterminación responsable puede, ciertamente, importar para la medida de su culpabilidad [16]; pero nada cambia en la estructura del dominio del suceso. Así pues, aquí siempre hay que apreciar mera participación.

II. EL EJECUTOR DIRECTO ES UN NIÑO O UN ADOLESCENTE

También aquí hay que distinguir en función de que el sujeto de detrás coopere en la comisión de un delito (a) o en un autodaño (b).

a) *El dominio del hecho en los delitos de niños y adolescentes*

El problema del dominio del hecho en la participación en delitos de adolescentes sólo raramente lo aborda la doctrina. MAURACH y GALLAS no aluden a él. WELZEL [17] atribuye tales casos en general al ámbito de la participación, incluso cuando en el autor directo es un menor de catorce años. En su opinión, basta que el niño pueda "desplegar una voluntad propia"; sólo en la "utilización de niños pequeños..., que... ejecutan la voluntad ajena sin voluntad propia", se daría autoría mediata. Si el ejecutor directo es un adolescente, consiguientemente sólo son posibles complicidad o inducción. LANGE [18], por el contrario, considera la «determinación... de un niño o un inmaduro en sentido penal entre catorce y dieciocho años» como caso de autoría mediata, pero sólo si «el que determinó quiso el hecho como propio».

[15] Cfr. pp. 216-228.

[16] MEZGER, *StuB*, 9.ª ed., § 64 *in fine*, 160, habla incluso de mera circunstancia modificativa de la pena.

[17] *Lehrb.*, 7.ª ed., p. 92; en términos semejantes WIENERS, p. 64.

[18] KOHLR.-LANGE, 42.ª y 43.ª eds., ante § 47, 5, B, 2, a, p. 162.

En nuestra opinión, aquí sólo cabe una solución: en los hechos de niños menores de catorce años el sujeto de detrás *que determina* es en todo caso autor mediato; en los de adolescentes, siempre que (pero sólo cuando) el ejecutor no sea penalmente responsable con arreglo al § 3 JGG *. El mero *auxilio* fundamenta autoría mediata cuando la inmadurez penal del agente se basa en falta de capacidad de comprensión. Si al autor directo no le falta la capacidad de comprensión, sino la capacidad de obrar con arreglo a esa comprensión, únicamente se dará autoría mediata del que auxilia cuando posibilite el hecho al ejecutor.

Esta estimación se basa en presuponer que el legislador aquí prescinde de la sanción penal porque los niños (siempre) y los adolescentes (a determinar caso por caso, en función de su desarrollo moral e intelectual) no son suficientemente maduros para "comprender lo ilícito del hecho y obrar con arreglo a tal comprensión" (§ 3 JGG). Partiendo de esta base apenas discutible no puede importar, como señala WELZEL, que el niño esté o no en condiciones de "desplegar una voluntad propia". Pues, ¿de qué le sirve eso si no puede comprender lo ilícito de su hecho? Como suele ocurrir, también WELZEL apoya su argumentación en dar por sentado que la autoría mediata sólo es posible cuando el sujeto de detrás domina la voluntad del agente de manera semejante a la coactiva. En realidad, no se trata aquí en absoluto de eso, sino de un caso de dominio de la voluntad en virtud de supradeterminación con sentido, de una situación en la que el sujeto de detrás se encuentra en un grado de dominio del hecho superior al del ejecutor y en que únicamente él puede configurar el suceso en su sentido desvalorado socialmente, porque el agente no puede acceder a ese sentido y, por tanto, tampoco puede oponerle su voluntad. Así pues, el caso coincide con los tratados antes, en los que el sujeto de detrás se servía de un ejecutor al que le faltaba la consciencia de la antijuridicidad material; a la fundamentación que allí se indicaba hemos de remitirnos [19].

Naturalmente, también puede ocurrir que el niño o el adolescente inmaduro en sentido penal posean ya la comprensión del injusto, pero no puedan obrar con arreglo a esa comprensión. Habiendo determinado un hecho así el sujeto de detrás, o habiéndolo posibilitado, también tiene que ser autor mediato. Bien es cierto que éste no posee un mayor entendimiento del sentido; pero dado que el agente no puede resistir el impulso proveniente del sujeto de detrás, tiene que ser necesariamente no libre en la formación de su voluntad; entonces sólo existe realmente un supuesto (comparable a los de estado de necesidad) de dominio rector de la voluntad. Únicamente no es así cuando

* § 3 JGG (Ley de Tribunales Tutelares de Menores): «**Responsabilidad.** Los adolescentes son penalmente responsables cuando en el momento del hecho son suficientemente maduros, con arreglo a su desarrollo moral e intelectual, como para comprender lo ilícito del hecho y actuar con arreglo a tal comprensión...»

[19] Cfr. *supra*, pp. 216 ss., así como p. 263.

el menor de catorce años o inmaduro penalmente han adoptado la decisión por sí solos y otro les auxilia, sin llegar justamente a posibilitarles la ejecución del hecho. Aquí ha de estimarse mera complicidad, lo cual se basa en las mismas razones válidas para la cooperación en los hechos de inimputables, no siendo necesario repetirlas en este lugar [20].

Por consiguiente, existiendo un supuesto en que el sujeto de detrás tiene conscientemente "en sus manos" el acontecer en virtud de supradeterminación con sentido o de dominio rector de la voluntad, no cabe descartar su autoría porque no quiera el hecho "como propio", tal como LANGE aún estima, conectando con la jurisprudencia inicial del *Reichsgericht*, pues la autoría depende de relaciones de dominio reales y no de posturas del individuo con respecto a ellas.

Por otra parte, en todo caso hay que apreciar sólo participación cuando el adolescente ha advertido lo ilícito de su hecho y es penalmente responsable por completo de éste. En tal caso ni es no libre para formar su voluntad ni ve menoscabada su comprensión del suceso. Nada tiene que ver con las relaciones de dominio en el concreto acontecer que esté sometido a las sanciones especiales del Derecho penal juvenil.

b) *El dominio del hecho en el autodaño de niños y adolescentes*

La cooperación en un autodaño, en especial en el suicidio de menores de edad, tratada desde la perspectiva del dominio del hecho, ha dado lugar a soluciones bien divergentes.

LANGE [21], que atiende en los delitos de niños y penalmente inmaduros a la "voluntad de autor", opina que sólo habrá autoría mediata cuando el autor directo, como en el caso del suicidio, no obre típica ni antijurídicamente. Su fundamentación de esta postura es problemática, puesto que recurre al concepto "secundario" de autor, por lo demás combatido acertadamente por LANGE: se considera a alguien como autor porque no es posible la participación punible.

WIENERS [22] sólo atribuye al no ejecutor el dominio del hecho cuando se trata del suicidio de "niños pequeños que aún no tienen uso de razón". Piensa que esta cuestión ha de separarse estrictamente de la responsabilidad penal de niños y adolescentes. También los menores de catorce años y los penalmente inmaduros suelen ser señores de sus decisiones, de manera que la resolución «lleva la impronta de su personalidad (si bien aún no formada) y está sustentada por ésta» [23].

[20] Cfr. *supra*, pp. 260-261.

[21] KOHLR.-LANGE, 42.ª y 43.ª eds., ante § 47, 5, B, 2, a, p. 162.

[22] *Op. cit.*, p. 64.

[23] *Op. cit.*, p. 66.

También KAUN opina que la cuestión de si hay que negar a niños y adolescentes la posibilidad de decidir responsablemente sobre su propia vida es totalmente distinta de la cuestión de la responsabilidad penal [24]. Pero de ahí extrae la conclusión justamente contraria; la madurez penal "existe ya mucho antes" que la capacidad de comprender el significado del valor moral de la propia vida y de obrar con arreglo a esta comprensión. Hay que negarla sin más hasta los dieciocho años cumplidos, y "con dudas" entre los dieciocho y los veintiún años [25].

Me parece que ambas ideas son excesivas en direcciones opuestas y que la solución debe partir del criterio sobre cuyo rechazo ambas están de acuerdo: de la orientación al concepto de responsabilidad penal. Ciertamente alguien que puede entender lo ilícito del hurto y obrar con arreglo a ese entendimiento no tiene por qué poder adoptar por eso una decisión responsable sobre su propio suicidio. Las dos decisiones son de género demasiado distinto. Pero esto es válido también en general: un asesino adolescente puede quedar impune mientras que habría sido responsable de un hurto. Así pues, en la cooperación en el suicidio de un adolescente hay que dilucidar, correlativamente a como ocurre en la comisión de un delito, si el agente en el caso concreto, con arreglo a su desarrollo espiritual y moral, era suficientemente maduro para comprender el significado de un suicidio y obrar con arreglo a esta comprensión.

Por el contrario, en la cooperación en el suicidio de niños menores de catorce años siempre habrá que estimar dominio del hecho del sujeto de detrás. Responde a la idea básica del § 3 JGG, así como a la experiencia, que los niños de hasta trece años, teniendo en cuenta la falta de desarrollo de sus capacidades espirituales y morales, no pueden decidir sobre su muerte de una manera comparable a la decisión responsable de un adulto. Cuando WIENER [26] —probablemente en conexión con la postura de su maestro, WELZEL, en el caso de comisión de delitos por menores de catorce años— señala que también los niños pueden «ser capaces para formar su propia voluntad», este argumento se basa en el desconocimiento —ya varias veces [27] mencionado— de la estructura del dominio del hecho en tales casos.

Por otra parte, ya no es posible, en los suicidas que han cumplido los dieciocho años, la autoría mediata del no ejecutor que se basase en la minoría de edad del agente (frente a KAUN y MEISTER). Cuando alguien es plenamente responsable de la muerte de otro, con independencia de su estado de desarrollo espiritual y moral, según las ideas rectoras de la ley no puede ser de

[24] *Op. cit.*, p. 73.

[25] *Op. cit.*, pp. 73 y 74; más lejos va MEISTER, *GA*, 1953, p. 167, que presupone con carácter general los veintiún años cumplidos.

[26] *Op. cit.*, p. 64.

[27] Cfr., como última vez, p. 264.

otro modo en el suicidio. El supuesto paralelo del Derecho civil [28] no prueba nada en contra, puesto que allí se trata de la responsabilidad por negocios jurídicos, que ha de juzgarse conforme a puntos de vista completamente distintos a los del dominio del hecho [29].

Sobre la base de estas directrices han de resolverse *mutatis mutandis* los supuestos concretos que surjan, como ya se ha especificado *supra* [30], para el caso de la cooperación en los delitos de adolescentes.

III. RESUMEN

La cuestión del dominio del hecho en la utilización de inimputables y menores ha de resolverse, por tanto, con ayuda de los mismos criterios a los que ya se recurrió para las situaciones de coacción y de error. Aquí se trata de una peculiar zona mixta: el dominio de la voluntad del sujeto de detrás puede basarse o en que (como en las situaciones coactivas) domina la formación de voluntad del ejecutor directo o en que (como en los casos de error) es capaz de dirigir el suceso en virtud de supradeterminación configuradora de sentido. La mayoría de las soluciones incorrectas en este ámbito se derivan de desconocer el doble carácter del posible dominio del hecho en tales casos. De basarse en esta idea, tendría que alcanzarse entre los partidarios de la teoría del dominio del hecho una unidad mayor que la que se ha producido en el tratamiento hasta ahora fragmentario de este grupo de problemas.

§ 24. DOMINIO DE LA VOLUNTAD EN VIRTUD DE ESTRUCTURAS DE PODER ORGANIZADAS

I. SUPUESTOS

El resultado al que hasta ahora ha llegado nuestra investigación pone de manifiesto que el dominio de la voluntad por parte del sujeto de detrás puede basarse en una coacción o en un error del ejecutor. A pesar de la multiplicidad y diversidad de los casos concretos posibles, estas dos estructuras básicas de la autoría mediata son siempre las mismas. Sin embargo, se plantea la cuestión de si con ellas quedan agotadas todas las posibilidades de autoría mediata. Los supuestos de los llamados instrumentos dolosos no cualificados o sin intención que la doctrina dominante encuadra aquí requieren una consideración muy diferenciadora, que se emprenderá más adelante [1].

[28] MEISTER, *GA*, 1953, p. 167.

[29] Por ejemplo, presenta aquí gran importancia la idea de la inexperiencia en los negocios y de la dependencia financiera de los jóvenes (a ello obedecen las normas divergentes de los §§ 110 y 112 BGB); si acaso, es en el Derecho civil donde habría que atender a la capacidad delictiva.

[30] Pp. 263-264.

[1] Cfr. *infra* pp. 278-286, 369-383 y 391-396.

En este lugar se va a tratar en primer lugar otra manifestación del dominio mediato del hecho que hasta ahora no ha sido ni siquiera mencionada por la doctrina ni por la jurisprudencia: el dominio de la voluntad en virtud de maquinarias o estructuras de poder organizadas. Se alude así a los supuestos que en la posguerra han ocupado en creciente medida a la jurisprudencia y que se caracterizan por que el sujeto de detrás tiene a su disposición una "maquinaria" personal (casi siempre organizada estatalmente) con cuya ayuda puede cometer sus crímenes sin tener que delegar su realización a la decisión autónoma del ejecutor. Para ilustrar la problemática piénsese en los procesos contra Eichmann y Staschynski [2], en los que se muestran con gran claridad las especialidades que aquí surgen para la doctrina de la autoría.

Debemos anticipar que somos conscientes de que crímenes de guerra, de Estado y de organizaciones como los que aquí se analizan no pueden aprehenderse adecuadamente con los solos baremos del delito individual [3]. De donde se deduce que las figuras jurídicas de autoría, inducción y complicidad, que están concebidas a la medida de los hechos individuales, no pueden dar debida cuenta de tales sucesos colectivos, contemplados como fenómeno global [4]. Pero ello no nos exime de la obligación de considerar los comportamientos de los intervinientes a título individual en tales hechos también desde la perspectiva dogmática del delito individual, con arreglo a cuyos presupuestos los juzgan predominantemente nuestros Tribunales. Sólo este aspecto de la problemática va a tratarse en lo sucesivo en su significado para la doctrina de la autoría.

II. QUEDAN EXCLUIDOS EL DOMINIO POR COACCIÓN Y POR ERROR

Si uno se pregunta si las autoridades "competentes" para el exterminio de los judíos y el servicio secreto extranjero, en cuyas directivas se escudaba el agente Staschynski [5], son autores mediatos de los asesinatos perpetrados a órdenes suyas, se pone de manifiesto que no se da dominio de la voluntad en virtud de coacción o en virtud de error en estos casos ni en otros típicos

[2] Cfr., con respecto al caso Staschynskij, ya *supra*, p. 125, nota 52, pp. 151 ss.

[3] Cfr. al respecto las acertadas observaciones de JÄGER en sus «Betrachtungen zum Eichmann-Prozess», *MSchrKrim*, 1962, pp. 73-83.

[4] Por eso intenta, por ejemplo, el legislador describir la intervención en tales delitos colectivos con conceptos no empleados en otros lugares, como "miembro", "inspirador" *(Hintermann)*, "cabecilla de la conspiración" (lit., "el que mueve los engranajes", *Rädelsführer*, n. de los t.); cfr., por ejemplo, §§ 128, 129 y 129a StGB (asociaciones secretas o delictivas). No es éste el lugar de analizar estos intentos interesantes, pero que no pasan de sus comienzos, ya que nuestro trabajo debe, por razón de su tema, circunscribirse a delitos individuales concretos.

[5] Quede sin discutir si es materialmente acertado admitirlo, pues no nos importa tanto el caso concreto, cuyas circunstancias pueden no apreciarse con total claridad, como el problema

de este género. Bien es verdad que se ha intentado una y otra vez resolver estos casos con ayuda de las categorías comunes, pero así sólo se ha conseguido velar la problemática.

Por lo que respecta a la coacción, se ha averiguado, investigando la documentación de los procesos de Nuremberg, que no se encontraba "ni un solo caso" en que alguien «hubiera sido fusilado por negarse a cumplir órdenes de fusilar. Lo máximo, una nota desfavorable en el expediente, una negación de ascensos o un traslado. No se han comprobado consecuencias más graves, ni siquiera amenazas de condenar a muerte o de internar en un campo de concentración» [6]. Igualmente, el agente Staschynski tuvo la posibilidad de sustraerse a las órdenes de asesinar entregándose a las autoridades alemanas.

Análogamente ocurre con el hipotético dominio en virtud de error por parte del sujeto de detrás. Ciertamente no es impensable que alguien que mata de propia mano a personas inocentes no comprenda el injusto material de tal conducta debido a su obcecación ideológica. Pero, por lo general, sucederá que el autor directo puede en todo caso acallar la voz de su conciencia con la idea de la superior responsabilidad de quien le da las órdenes. Sin embargo, el simple error sobre la antijuridicidad formal que entonces podría existir no le procura al sujeto de detrás el dominio de la voluntad sobre el acontecer, como ya se expuso pormenorizadamente más arriba [7].

III. LOS FUNDAMENTOS ESTRUCTURALES DEL DOMINIO DE LA ORGANIZACIÓN

Pero, ¿cómo es posible fundamentar entonces la autoría mediata del que da las órdenes si no concurren coacción ni error? Esta cuestión hasta ahora apenas se ha planteado, porque con ayuda de la teoría del *animus auctoris* se podía atribuir fácilmente la voluntad de autor al sujeto de detrás, salvando así todas las dificultades. Pero ésa es una solución sólo aparente, pues ciertamente quienes mueven los hilos de tales organizaciones tienen un interés relevante en el éxito del delito, en el sentido de la teoría subjetiva. Pero eso ocurre también normalmente en los inductores y, por tanto, no puede ser un criterio útil para distinguir inducción y autoría mediata, por no hablar de que una construcción en tal sentido no sería compatible en ningún caso con la autoría del dominio del hecho. Y cuando se dice que en el marco de tales organizaciones el sujeto de detrás no se subordina internamente al ejecutor, que no necesita "dejar a criterio" de éste el suceso,

estructural, para cuyo tratamiento vamos a suponer que los hechos se cometieron, en efecto, únicamente por orden de un servicio secreto.

[6] En tal sentido JÄGER, *MSchrKrim*, 1962, p. 79, remitiéndose a Bauer, Fiscal General de Hesse.

[7] Cfr. pp. 214-228.

naturalmente es cierto. Sin embargo, su fundamento no puede estribar en la toma de posición anímica especial del que da las órdenes, sino sólo en el mecanismo de funcionamiento del aparato en el marco del que se actúa.

Donde se pone de manifiesto que si se pretende verificar la diferencia estructural de estos casos con respecto a los de inducción, también aquí hay que recurrir a distinciones de naturaleza objetiva. Y tales diferencias no se encuentran de hecho. Dejándonos guiar de entrada, sin analizar con demasiado detalle, por un entendimiento previo natural del concepto de "dominio del hecho", es evidente que una autoridad superior competente para organizar el exterminio masivo de los judíos o la dirección de un servicio secreto encargada de perpetrar atentados políticos dominan la realización del resultado de manera distinta a un inductor común. Nadie vacilaría en atribuir a quien da las órdenes una posición clave en el acontecer global, posición que no le corresponde a los meros instigadores en los casos de criminalidad "común".

¿A qué se debe? Contemplando la realidad con más agudeza se pone de manifiesto que este enjuiciamiento distinto se basa en el funcionamiento peculiar del aparato, que en nuestros ejemplos está a disposición del sujeto de detrás. Una organización así despliega una vida independiente de la identidad variable de sus miembros. Funciona "automáticamente", sin que importe la persona individual del ejecutor. Basta con tener presente el caso, en absoluto de laboratorio, del gobierno, en un régimen dictatorial, que implanta un maquinaria para eliminar a los desafectos o a grupos de personas. Si dada esa situación (por expresarlo gráficamente) el sujeto de detrás que se sienta a los mandos de la estructura organizativa aprieta el botón dando la orden de matar, puede confiar en que la orden se va a cumplir sin que tenga que conocer al ejecutor. Tampoco es necesario que recurra a medios coactivos o engañosos, puesto que sabe que si uno de los numerosos órganos que cooperan en la realización de los delitos elude cumplir su cometido, inmediatamente otro va a suplirle, no resultando afectada la ejecución del plan global.

El factor decisivo para fundamentar el dominio de la voluntad en tales casos (que se presenta como la tercera forma de autoría mediata, delimitada claramente con respecto al dominio por coacción y por error) reside, pues, en la fungibilidad del ejecutor. La estructura de esta forma de dominio y su relación con las otras dos formas básicas de dominio de la voluntad cabe incluso anticiparla, llevando a cabo una abstracción en tipos ideales a partir de la pluralidad de los sucesos reales. Si uno se para a reflexionar, por ejemplo, sobre cómo es posible guiar un suceso llevado a cabo por otro sin intervenir directamente, cabe pensar, a mi juicio, únicamente en tres formas: puede forzarse al agente; puede utilizársele como factor causal ciego con respecto a la circunstancia decisiva para la autoría, o el ejecutor tiene que ser, si no está coaccionado ni engañado, cambiable a voluntad.

En este tercer grupo de casos, que es el que aquí nos interesa, no falta, pues, ni la libertad ni la responsabilidad del ejecutor directo, que ha de responder como autor culpable y de propia mano. Pero estas circunstancias son irrelevantes para el dominio por parte del sujeto de detrás, porque desde su atalaya el agente no se presenta como persona individual libre y responsable, sino como figura anónima y sustituible. El ejecutor, si bien no puede ser desbancado de su dominio de la acción, sin embargo es al mismo tiempo un engranaje —sustituible en cualquier momento— en la maquinaria del poder, y esta doble perspectiva impulsa al sujeto de detrás, junto con él, al centro del acontecer.

IV. EL ENJUICIAMIENTO DOGMÁTICO DE LAS RELACIONES DE AUTORÍA EN EL PROCESO EICHMANN

El proceso Eichmann, en el que se ha revelado con especial cuidado una imbricación (en los demás casos difícil de dilucidar) de las partes del hecho individuales, resulta muy apropiado para hacer ver este tipo de dominio de la organización de la mano de un ejemplo concreto. Además, el Tribunal y la defensa mantuvieron aquí distintas posturas en la calificación de las cuestiones de autoría y participación. El análisis más preciso de las razones esgrimidas pone de manifiesto, sin embargo, que ambos captan y describen acertadamente determinados rasgos característicos del dominio de la organización en sus diferencias con respecto a los casos comunes de cooperación, pero que no son capaces de explicar dogmáticamente estos fenómenos de modo pleno.

Así, el defensor de Eichmann señalaba en favor de su cliente [8] que «de haberse negado a obedecer, ello no habría surtido efecto alguno en la ejecución del exterminio de los judíos y por eso no habría importado a sus víctimas. La maquinaría de impartir órdenes habría seguido funcionando como lo hizo después de que mataran a Heydrich. Aquí estriba la diferencia con los crímenes individuales. Frente a la orden del todopoderoso colectivo, el sacrificio carece de sentido. Aquí el crimen no es obra del individuo; el propio Estado es el autor...».

En estas palabras quedan expresadas perfectamente las circunstancias que fundamentan el dominio de la voluntad de las instancias superiores de Eichmann. Efectivamente, es la estructura de la maquinaria, que sigue funcionando con independencia de la pérdida del individuo, lo que hace que se destaque al comportamiento de los sujetos de detrás con respecto a la inducción, entrañando la autoría. Pero la autoría de Eichmann, en tanto que también aparece en relación con las instancias que le son superiores

[8] SERVATIUS, *Verteidigung Adolf Eichmann, Plädoyer* (alegato en defensa de Adolf Eichmann), 1961, pp. 77 y 78.

únicamente como órgano ejecutor, no por ello resulta afectada. La idea del "sacrificio gratuito", por muy importante que sea para la doctrina de la autoría al enjuiciar a quien da las órdenes, con respecto al comportamiento personal del ejecutor desemboca en la vieja (y ya debatida) objeción de la "causalidad adelantada" [9], que carece de significado dogmático tanto en la doctrina de la autoría como en general [10]: quien comete un delito no se ve exonerado de responsabilidad porque de no haberlo hecho él, otro lo habría cometido.

Por otra parte, Eichmann no era sólo ejecutor, sino que también impartía órdenes a subordinados, siéndole, por tanto, de aplicación los criterios que convierten a sus sujetos de detrás en autores mediatos. Este aspecto del caso lo tuvo presente el Tribunal regional de Jerusalén al decir [11] que «la proximidad o lejanía de uno o de otro, de entre estos muchos delincuentes, al que mató realmente a la víctima, no puede influir en absoluto en el alcance de la responsabilidad. La medida de responsabilidad más bien aumenta cuanto más alejado se esté de aquel que con sus manos hace funcionar el arma asesina y más se acerque uno a los puestos superiores de la cadena de mando, a los "inductores", en la nomenclatura de nuestro legislador». El Tribunal, que subraya expresamente que hay que "considerar al inculpado, personalmente, en todo caso como autor de la acción punible", advierte con toda razón que «en estos crímenes de proporciones gigantescas y múltiples ramificaciones..., en los que han participado muchas personas en distintos puestos de la escala de mando (planificadores, organizadores y órganos ejecutores de distinto rango) no es adecuado recurrir a aplicar los conceptos comunes del inductor y del cómplice». Los jueces aluden a la especial dificultad de "definir, en términos técnicos, quién ha auxiliado a quién", y para estimar autoría invocan en definitiva el carácter de estos delitos de "crímenes en masa", que excluye la aplicación de las categorías normales de la participación.

Véase cómo se caracterizan aquí con toda claridad los elementos materiales del dominio de la organización: mientras normalmente ocurre que un interviniente, cuanto más alejado está de la víctima y de la acción típica directa, más queda relegado a la zona periférica del suceso y excluido del dominio del hecho, en estos casos ocurre, a la inversa, que la pérdida de proximidad al hecho se compensa por la medida de dominio organizativo, que va aumentando según se asciende en la escala jerárquica del aparato [12]. Que esta diferencia estructural de los sujetos de detrás con respecto a los ejecutores ya no queda comprendida en la inducción (como sería el caso

[9] Cfr. *supra*, pp. 197-201 (199-200).

[10] Cfr. al respecto, asimismo, mi artículo en *ZStW*, t. 74, 1962, pp. 411 ss. (425-430).

[11] Sentencia contra Adolf Eichmann, *Strafakt* 40/61, versión oficiosa, núm. 197.

[12] Cfr. al respecto, asimismo, JÄGER, *MSchrKrim*, 1962, p. 79.

fuera de las específicas condiciones de tales aparatos) lo ha subrayado el Tribunal con buen criterio.

Sin embargo, cuando para fundamentar la autoría alude a que se trata de "delitos en masa, no sólo por lo que respecta al número de víctimas, sino también en relación con el número de coautores", ése ya no es un punto de vista del todo convincente, pues el solo número de cooperadores no puede transformar a los partícipes en autores. Si acaso, podría mermar la responsabilidad individual. En una situación concreta —por ejemplo, en una "orden del Führer" dada por teléfono a un comando o en el caso Staschynski— sólo hace falta que participen unas cuantas personas, sin que por ello se modifique nada en la autoría del sujeto de detrás debida al modo de funcionar del aparato.

Y la pluralidad de víctimas tampoco es decisiva para la autoría. Así, si en lugar de a todo un grupo de población sólo se persiguiera en cada caso a un individuo, sin embargo, los sujetos de detrás tendrían que ser condenados como autores. También esto se pone de manifiesto en el caso Staschynski: aquí, aunque se trataba de la muerte de sólo dos personas, hay que atribuir no obstante el dominio de la voluntad al servicio secreto extranjero, porque el agente encargado de ejecutar la orden, sin consideración a su comportamiento individual, en principio fue empleado como mera pieza en el plan delictivo concebido al margen de él. Con pérdidas y defecciones hay que contar siempre en organizaciones tales, sin que por ello el mecanismo del aparato quede perjudicado seriamente. Si uno fracasa, otro le va a suplir, y precisamante esta circunstancia convierte al respectivo ejecutor, sin perjuicio de su propio dominio de la acción, al mismo tiempo en instrumento del sujeto de detrás.

V. PROBLEMAS CONCRETOS

1. Autoría y participación en el seno de organizaciones

Cabe afirmar, pues, en general, que quien es empleado en una maquinaria organizativa en cualquier lugar, de un manera tal que puede impartir órdenes a subordinados, es autor mediato en virtud del dominio de la voluntad que le corresponde si utiliza sus competencias para que se cometan acciones punibles. Que lo haga por propia iniciativa o en interés de instancias superiores y a órdenes suyas [13] es irrelevante, pues para su autoría lo único decisivo es la circunstancia de que puede dirigir la parte de la organización que

[13] Por esto tampoco puede excluir la autoría, por ejemplo, en el caso Eichmann, la indicación del defensor de que su defendido fue autónomo sólo en el trabajo rutinario y de que, como informante, simplemente firmó "por oden"; cfr. SERVATIUS, *Plädoyer*, p. 70.

le está subordinada sin tener que dejar a criterio de otros la realización del delito. Con buen criterio puntualiza JÄGER [14] que precisamente en estos casos queda claro «que una acción consistente simplemente en firmar un documento o en llamar por teléfono puede constituir asesinato (y ello también, según el Derecho alemán vigente con carácter absoluto y sin limitaciones)».

Así pues, el dominio del hecho puede afirmarse sin reparos, aun cuando, como subraya con razón, por ejemplo, SERVATIUS [15], en el caso Eichmann el inculpado no coopera "ni al principio ni al final del hecho" y su intervención se limita "al eslabón intermedio". Que de este modo en su caso pueda aparecer una larga cadena de "autores de detrás del autor" no se opone a esa afirmación, pues ya hemos visto en múltiples ocasiones que esta figura jurídica aparece también en otros lugares de la doctrina de la autoría. Y en las situaciones especiales que aquí se discuten precisamente el dominio por parte de la cima de la organización se ve posibilitado precisamente por el hecho de que, de camino desde el plan a la realización del delito, cada instancia sigue dirigiendo gradualmente la parte de la cadena que surge de ella, aun cuando visto desde el punto de observación superior el respectivo dirigente a su vez sólo es un eslabón de una cadena total que se prolonga hacia arriba, concluyendo en el primero que imparte las órdenes.

Naturalmente, no se quiere decir que en los delitos cometidos en el marco de maquinarias de poder organizadas no quepa la complicidad. Cualquier actividad que no impulse autónomamente el movimiento de la maquinaria más bien sólo puede fundamentar participación. Aquel que simplemente interviene aconsejando, quien sin tener mando proyecta planes de exterminio, quien proporciona medios para asesinar... son, por lo general, únicamente cómplices, al igual que el delator que se encuentra fuera de la maquinaria sólo es inductor, porque si acaso puede provocar la decisión de cometer delitos y carece de influencia sobre la evolución ulterior de los acontecimientos. Naturalmente, el modo de actuar de estos partícipes no tiene por qué ser *in concreto* menos reprobable que el de un autor. Pero ya se ha subrayado suficientes veces [16] que ahí no estriba punto de vista determinante alguno para delimitar las formas de participación.

2. Limitación del dominio de la organización a los aparatos al margen de la legalidad

De la estructura del dominio de la organización se deduce que éste sólo puede existir allí donde la estructura en su conjunto se encuentra al margen

[14] *MSchrKrim*, 1962, p. 80.
[15] *Plädoyer*, p. 69.
[16] Cfr. *supra*, pp. 47 ss.

del ordenamiento jurídico, puesto que en tanto que la dirección y los órganos ejecutores se mantengan en principio ligados a un ordenamiento jurídico independiente de ellos, las órdenes de cometer delitos no pueden fundamentar dominio, porque las leyes tienen el rango supremo y normalmente excluyen el cumplimiento de órdenes antijurídicas, y con ello el poder de voluntad del sujeto de detrás.

Así, cuando en un Estado de Derecho una autoridad determina a sus subordinados a cometer delitos o cuando en las Fuerzas Armadas un mando imparte órdenes antijurídicas, ello ha de valorarse siempre, salvo que haya que afirmar la autoría mediata por otras razones, sólo como inducción, pues si todo el aparato se mueve por los cauces del Derecho, "funciona" de la manera requerida por la estructura de dominio descrita únicamente al utilizar las vías preestablecidas por el ordenamiento jurídico. Una instrucción antijurídica no puede poner aquí la organización en movimiento; si es obedecida, no se trata de una acción de la maquinaria de poder, sino de una "iniciativa particular" llevada a cabo eludiendo su modo de funcionar, cuya característica entonces suele ser también la ocultación cuidadosa con respecto a los demás titulares de competencias de la organización. Así pues, en tales casos no se actúa *con* el aparato, sino contra él, quedando excluidos de entrada del ámbito del posible dominio de la organización. Faltan aquí también, con arreglo al suceso externo, todos los presupuestos de la autoría mediata, puesto que el individuo tiene que ser enrolado para el plan delictivo en cada caso como interviniente individual y no cabe hablar de la sustituibilidad a voluntad.

De donde se deduce que para el "dominio de la voluntad por medio de un aparato de poder organizado" en esencia sólo vienen en consideración dos manifestaciones típicas:

a) El caso más frecuente en la práctica será aquel en que los mismos que ostentan el poder estatal, con ayuda de organizaciones subordinadas a ellos, cometen delitos, como ocurría tanto en el Proceso Eichmann como en la sentencia Staschynski, puesto que normalmente sólo el poder estatal puede operar al margen de la ley, e incluso éste sólo puede hacerlo cuando ya no están vigentes las garantías del Estado de Derecho.

Con lo cual no se quiere decir aún que los titulares del poder en Estados totalitarios no estén sometidos igualmente al Derecho. Sólo manteniendo ligados a esos titulares a ciertos valores fundamentales comunes a todos los pueblos civilizados tenemos la posibilidad de declarar delictivas y punibles las acciones de los órganos supremos estatales que violan los derechos humanos. Pero la vinculación jurídica, en tanto que nadie se oponga a quienes tienen el aparato del Estado en sus manos, en la realidad no surte el efecto de contener al poder. Por eso en tales casos se mantiene asegurada la capacidad de funcionamiento del aparato.

b) La segunda forma básica de autoría mediata dentro de estos grupos se refiere a hechos que se cometen en el marco de movimientos clandestinos, organizaciones secretas, bandas de criminales y grupos semejantes. Para que quepa hablar de dominio de la voluntad por parte de los sujetos de detrás en la ejecución de delitos, lo que debe caracterizar a tales formaciones colectivas es no sólo una organización rígida, independiente del cambio de los miembros concretos, sino también una orientación a fines del aparato en su conjunto contraria al ordenamiento jurídico estatal y que vulnere las normas penales positivas. Por expresarlo en forma de lema, debe tratarse de un "Estado dentro del Estado", que se haya emancipado en general en determinadas relaciones con respecto al ordenamiento de la comunidad. Los delitos que aquí vienen en consideración serán los atentados políticos, asesinatos de asociaciones secretas o también (en las bandas de delincuentes comunes) delitos patrimoniales, extorsiones, etc.

Ciertamente tales grupos están expuestos a que la Administración de Justicia impida su labor (a diferencia de la maquinaria estatal que obra delictivamente). A pesar de ello, la estructura de la autoría no es distinta que en el primer caso, pues lo decisivo no es que a la realización de los delitos se puedan oponer resistencias situadas fuera de la estructura organizativa hasta el extremo de que un plan delictivo pueda fracasar *in concreto* por ello. Lo decisivo es más bien que los miembros no obren por propia cuenta, sino como órganos de la cúpula directiva cuya autoridad reconocen.

Cuando un aparato está así estructurado, el criterio característico del dominio de la organización se pone también aquí de manifiesto: la iniciativa puesta en marcha por el sujeto de detrás se realiza con independencia de la persona del ejecutor. Cuando el atentado intentado tres veces tiene éxito a la cuarta vez, el delito ha de imputarse al jefe del movimiento clandestino como hecho *suyo*, pues pudo planear desde el principio la repetición de los intentos tantas veces como fuera necesario, sin que entre su voluntad y el éxito del crimen se interpusiera la decisión determinante de un individuo. Éste podría sustraer al delito si acaso su parte, pero no detener la marcha del suceso.

Con todo, en tales agrupaciones intraestatales hay que ser cauteloso al estimar el dominio de la organización. Si se reúnen media docena de elementos asociales para cometer delitos en común y eligen a uno de ellos como cabecilla, ese grupo no es todavía un "aparato de poder", pues la comunidad se basa en las relaciones individuales recíprocas entre los intervinientes y no tiene esa existencia independiente del cambio de los miembros que presupone en tales casos esta forma específica del dominio de la voluntad. La falta de espacio impide desarrollar en detalle la delimitación que aquí se requeriría e ilustrarla con ejemplos concretos, pero la diferencia básica ya habrá quedado clara.

VI. ASPECTOS METODOLÓGICOS DEL DOMINIO DE LA ORGANIZACIÓN

La tercera manifestación de la autoría mediata, acabada de tratar, destaca con especial claridad que la estructura del dominio del hecho tratada antes [17] es un concepto "abierto". En efecto, no cabe formular un concepto de autor delimitado firmemente "mediante la indicación exhaustiva de sus elementos siempre irrenunciables" [18], del que pudiera derivarse por deducción lógica la solución de estos casos. No son las consecuencias conceptuales a partir del sistema o de otras premisas supremas las que pueden llevar aquí a resultados útiles. Más bien, el proceder correcto sólo puede consistir, como este ejemplo debe mostrar, en destilar descriptivamente, a partir de la contemplación directa de los fenómenos de la realidad y de su análisis, las formas estructurales del dominio ínsitas en la materia jurídica. El concepto de dominio del hecho no es, pues, algo listo desde el principio, cerrado en sí mismo, a lo que quepa someter cualquier supuesto de hecho por la vía de la mera subsunción, sino que sólo obtiene su forma concreta discurriendo por los distintos ámbitos de la materia de regulación, cada uno de los cuales añade al concepto no cerrado de autor nuevos rasgos concretos.

Estos puntos de vista generales hay que recordarlos brevemente para hacer frente al malentendido de que el "dominio de la voluntad por medio de un aparato de poder organizado" consista en una construcción *ad hoc* que sólo a duras penas quepa armonizar con las formas tradicionales de la autoría. Ciertamente es correcto lo que se señala en el proceso Eichmann: que los "conceptos comunes" de autoría mediata e inducción no se ajustan a ese supuesto. Pero estimar autoría mediata no significa que en estos casos se cree una especie de "Derecho de excepción" para crímenes especialmente reprobables. Más bien ocurre que la forma estructural del dominio de la organización en la práctica apenas puede surgir en el marco de un Estado de Derecho internamente consolidado. Este género de dominio de la voluntad tiene, pues, una existencia más ideal que real y puede quedar sin considerar en la doctrina de la autoría. Pero tan pronto como los datos objetivos de tal forma de dominio ofrezcan la posibilidad de materialización, se convierte en tarea de la dogmática describirla en sus elementos y atribuirle el lugar que le corresponde en la doctrina de la autoría.

Para enfrentarse con éxito a tales formas extremas del actuar delictivo la praxis va a tener siempre que superar dificultades por su propia naturaleza, dado que es muy propensa a servirse de las categorías tradicionales como de un arsenal cerrado de conceptos, el cual acto seguido demuestra su ini-

[17] *Supra*, p. 143.
[18] LARENZ, *Juristische Methodenlehre*, p. 343.

doneidad. Precisamente ahí se pone de manifiesto que sólo un concepto "abierto" de dominio del hecho en el sentido que expresábamos al comienzo puede dar cuenta cabalmente de los contenidos sustanciales dados de esta materia.

§ 25. ¿DOMINIO DE LA VOLUNTAD EN INSTRUMENTOS DOLOSOS?

Los supuestos de autoría mediata mediante empleo de un (así llamado) instrumento "doloso" siempre se han encontrado entre los más controvertidos para casi todas las teorías de la participación. La cuestión básica de si es posible estimar aquí autoría mediata ciertamente la ha decidido ya la praxis en sentido afirmativo; pero en la doctrina, como se va a poner de manifiesto en nuestra exposición, aún no se le ha dado una respuesta satisfactoria. También en la fundamentación de la punibilidad, casi siempre dada por sentada irreflexivamente, existe el mayor desacuerdo.

Con estas dudas, a las que se ve expuesto este ámbito de problemas desde siempre, también ha de medir sus fuerzas la teoría del dominio del hecho. Sólo con ella vamos a polemizar. Así pues, no nos vamos a ocupar de la cuestión general de si el sujeto de detrás, habiendo un *intraneus* que obre dolosamente, puede ser autor mediato —de eso nos ocuparemos después— [1]; más bien se trata en este contexto sólo de si cabe fundamentar tal resultado con el principio del dominio del hecho.

Al respecto distinguiremos en función de los tres grupos de casos que vienen en consideración: el instrumento doloso no cualificado (I), el instrumento doloso no intencional (II) y el instrumento partícipe doloso (III).

I. EL INSTRUMENTO DOLOSO NO CUALIFICADO

1. Estado de la cuestión

Partamos del ejemplo académico en que un funcionario del Registro de la Propiedad (o sea, un sujeto cualificado) determina a un *extraneus* a que realice una anotación registral incorrecta. La doctrina dominante considera que el *extraneus* en este caso es autor mediato de falsificación documental del § 348.1 StGB, castigando al ejecutor directo como cómplice. ¿Cómo se armoniza esta solución con la teoría del dominio del hecho?

[1] Cfr. pp. 391 ss.

La cuestión apenas la tratan los principales representantes de esta teoría. WELZEL [2] y MAURACH [3] estiman dominio del hecho, y por tanto autoría del sujeto cualificado, sin parar mientes en que aquí pueden surgir dificultades para la teoría del dominio del hecho.

El análisis más profundo de la problemática se encuentra en GALLAS [4], cuya postura ya se esbozó *supra* [5] en el marco de su concepción global. De entrada, establece que «el sujeto de detrás aquí no "domina" al ejecutor directo, no se sirve de él como "instrumento"... Más bien, considerando al que determina en sí, ocurre que el sujeto de detrás induce al ejecutor directo...» [6]. No obstante, llega a apreciar autoría mediata razonando que el sujeto de detrás, además, tiene en sus manos, a diferencia de en la inducción común, el que se llegue o no a un suceso delictivo. «El acto de inducción se convierte así en ejercicio de dominio del hecho y, por tanto, en equivalente a la ejecución de propia mano» [7]. WIENERS [8], que rechaza la fundamentación de GALLAS, llega materialmente, no obstante, al mismo resultado; también él se basa en la idea de que el comportamiento del sujeto de detrás es "equivalente a la ejecución personal de la acción final de autor".

Por el contrario, SCHRÖDER [9] subraya expresamente que la teoría del dominio del hecho no puede dar debida cuenta del fenómeno del instrumento doloso, con lo cual coincide KAUN [10] (que yo sepa, el único representante de la teoría del dominio del hecho que lo hace), quien rechaza tajantemente en tales casos la punición del sujeto de detrás como autor mediato.

2. El sujeto de detrás obra sin dominio del hecho

Es cierto que a partir de los fundamentos de la teoría del dominio del hecho no cabe fundamentar la autoría del autor cualificado.

De las formas de posible dominio de la voluntad hasta ahora elaboradas no se da ninguna. El ejecutor directo es libre al formar su voluntad. No se encuentra bajo presión psíquica de ningún género. La decisión sobre si (por seguir con nuestro ejemplo) va a llevar a cabo la inscripción falsa la adopta él solo según su criterio propio y sin trabas. Tampoco cabe hablar de supradeterminación final con sentido sobre un comportamiento causal-cie-

[2] *Lehrb.*, 7.ª ed., p. 92; *ZStW*, t. 58, 1939, pp. 543 y 544. La interpretación de WIENERS, *op. cit.*, p. 69, sobre la teoría de WELZEL, carece de base en las consideraciones de éste.
[3] *Lehrb., AT*, 2.ª ed., § 48, II, A, 1, p. 499.
[4] *Gutachten*, pp. 135 y 136.
[5] *Vid.* p. 93.
[6] *Op. cit.*, p. 135.
[7] *Op. cit.*, p. 136.
[8] *Op. cit.*, p. 72.
[9] SCHÖNKE-SCHRÖDER, 10.ª ed., VIII, 5, b, ante § 47, p. 245.
[10] *Op. cit.*, pp. 33-35.

go con respecto al resultado: el *extraneus* ejecutor entrevé la situación objetiva y jurídica lo mismo que el propio funcionario. Tampoco existe, ni mucho menos, dominio de la organización en el sentido que *supra* le atribuíamos.

Y no cabe encontrar una cuarta forma de dominio de la voluntad, ni siquiera concebirla, en mi opinión. En efecto, el camino al dominio del hecho lleva a la autoría mediata sólo a través de la persona del sujeto agente. A la voluntad autónoma de éste el sujeto de detrás (al margen del dominio de la organización) le quita la posibilidad de decidir configurativamente, desplazándola a la periferia del acontecer. Así pues, el no ejecutor sólo puede ser señor del suceso de la acción si está descartada la voluntad libre del ejecutor; pero esto presupone forzosamente o que la voluntad del agente esté atada o que éste no abarque el sentido concreto de la acción. No es imaginable en absoluto otra posibilidad. Por eso, en el instrumento doloso no cualificado existe un supuesto de hecho que, sobre la base de la teoría del dominio del hecho (dándose los demás requisitos), podría entrañar simplemente inducción, pues se trata de suscitar una decisión del hecho. El requisito, que el propio WELZEL reclama en otro contexto, de que el instrumento «tiene que encontrarse en una posición subordinada con respecto al autor mediato» [11], evidentemente aquí no se realiza.

3. ¿La cualificación como criterio de dominio psicológico?

La posibilidad, acabada de rechazar, de que exista otro género más de dominio de la voluntad, no obstante la intenta explicar GALLAS, pues su argumento de que el sujeto de detrás, en virtud de su cualificación, tiene "en sus manos" que el delito se realice, apunta al concepto de un dominio psíquico *sui generis*: si el sujeto de detrás deniega su participación, el delito no llega a realizarse y, así, depende de él en su existencia.

Contra esta idea básica ya ha objetado NOWAKOWSKI [12] que de ese modo se «confundirían entre sí los distintos aspectos valorativos». El hecho de que el sujeto de detrás infrinja deberes especiales le grava con un desvalor específico, pero no lo convierte en el centro de la acción, en señor del hecho. Lo cual es correcto materialmente. Contemplando desde distintas perspectivas la reflexión a la que recurre GALLAS, cabe objetarle los cuatro extremos siguientes:

a) En primer lugar, GALLAS da por supuesto lo que hay que demostrar. La cuestión es precisamente si desde el punto de vista de la teoría del dominio del hecho cabe fundamentar la punibilidad del sujeto de detrás. Al afirmarlo,

[11] *Lehrb.*, 7.ª ed., p. 94.

[12] *JZ*, 1956, p. 549.

GALLAS, indicando que depende de él que exista comportamiento punible, incurre en una *petitio principii* [13].

b) En segundo lugar, suponiendo que la existencia y la punibilidad del hecho requieran la intervención del sujeto de detrás, ni aun así estaría demostrada la autoría de éste, puesto que se estaría recurriendo a la vieja teoría del "cómplice principal" [14], esto es, a la que denominábamos "teoría de la necesidad", de la que ya [15] se indicó que en todo caso fracasa cuando el sujeto de detrás se limita a provocar la decisión del hecho sin cooperar en la ejecución.

c) En tercer lugar, una vez concebido el plan, debido a la falta de dominio sobre el agente (admitida también por GALLAS) por parte del sujeto cualificado, no depende de éste, sino únicamente de la libre decisión del ejecutor directo, que el plan se ejecute o no. Desde el punto de vista del dominio del hecho, pues, la decisión sobre si el hecho se va a cometer, y cómo, depende del ejecutor.

d) En cuarto y último lugar, ciertamente hay que admitir (dando por supuesta la punibilidad del sujeto de detrás que GALLAS deja sin fundamentar) que si cabe construir un comportamiento típico y, por tanto, un delito, es sólo por su persona. Pero ello estriba simplemente en que sólo el sujeto de detrás posee la cualificación especial requerida por el tipo, aspecto que nada tiene que ver con el dominio del hecho. Son dos cosas absolutamente distintas el que se sea o no funcionario y el que se domine o no el suceso de la acción en determinado proceso. La cualificación significa, desde luego, que el sujeto respectivo puede ser autor de un delito especial. Cuestión distinta es que tenga o no el dominio del hecho en un caso concreto.

El propio GALLAS ha debido advertir lo problemático de su fundamentación, pues le ha añadido la matización de que aquí se trata de «una forma comisiva *sui generis*, que se aproxima más a la coautoría que a la autoría mediata, al menos en su significado tradicional, que atiende al dominio sobre el ejecutor» [16].

Sin embargo, tampoco esta reflexión puede justificar que se estime autoría desde el punto de vista de la teoría del dominio del hecho, puesto que la coautoría presupone (al margen de la falta de cualificación en el agente) al menos que el sujeto de detrás tome parte en el dominio del hecho. Pero éste no es el caso cuando se limita a una actividad que (como el propio GALLAS admite) representa "en sí" sólo un acto de inducción.

[13] En esto igualmente WIENERS, p. 72.

[14] Cfr. pp. 56-59.

[15] *Supra*, pp. 58-59.

[16] *Op. cit.*, p. 136; en términos semejantes WELZEL, 7.ª ed., p. 93, para el supuesto en esto semejante de los delitos de intención; cfr., asimismo, Hellmuth MAYER, *Lehrb.*, p. 308.

4. ¿La cualificación como criterio normativo del dominio?

La razón más profunda de una concepción como ésta con la que GALLAS nos sale al paso reside en la específica "normatividad", mantenida por él, del concepto de dominio del hecho, también invocada especialmente por LANGE. Ambos parten de que en los delitos especiales sólo el sujeto cualificado puede ser señor del hecho porque sólo para él es accesible el especial contenido delictivo del tipo [17]. Por el contrario, por ejemplo, en WELZEL [18] encontramos una separación tajante entre el dominio del hecho y los especiales elementos de la autoría, que para él nada tienen que ver con aquél.

Esta diferencia, sobre la que se insistirá en otros contextos, sirve de guía en cuestiones capitales de la formación de conceptos penales. En definitiva, hay que dar la razón a WELZEL. Si en los delitos especiales, sobre la base de una consideración "referida al tipo", se considera a la cualificación como elemento fundamentador de dominio del hecho, se consigue así aclarar con una facilidad asombrosa la autoría mediata del funcionario que determinó. Pero tal proceder es inadmisible por varias razones:

a) En primer lugar, mediante este método la teoría del dominio del hecho incurre en una dinámica que anula su significado autónomo y que privó de su valor a la anterior teoría del *animus*. Ya no se hace depender a la autoría del dominio del hecho, sino que, por el contrario, se dispensa la denominación "dominio del hecho" a lo que se cree tener que considerar autoría. En los delitos de funcionarios es ante todo la necesidad de punir, la imposibilidad de captar como partícipe al no ejecutor cualificado, lo que fuerza a estimar la autoría.

Puede que tal punición esté justificada: en eso no vamos a entrar. Pero la autoría se derivaría entonces no del dominio del hecho, sino de otros puntos de vista. Si, no obstante, se habla de dominio del hecho en tal contexto, este concepto no es ya el baremo para determinar la autoría, sino una mera etiqueta tras la cual se ocultan criterios sumamente distintos en el aspecto material. De este modo pierde su carácter constitutivo y deviene superfluo.

b) Quizá se objete que se trata sólo de una modificación del contenido conceptual del dominio del hecho consiguiente al sentido de la norma de los delitos especiales. Desde luego no estaría vedado denominar "dominio del hecho" a la relación especial de cierto interviniente con el bien jurídico protegido, aun atribuyéndole así a este concepto un contenido distinto que en los delitos comunes.

[17] Cfr. GALLAS, *Gutachten,* p. 133; LANGE, KOHL-LANGE, 442.ª y 43.ª eds., ante § 47, I, 4, p. 160; cfr., asimismo, FRANZHEIM, *Die Teilnahme an unvorsätzl. Haupttat,* pp. 36 ss.

[18] *Lehrb.,* 7.ª ed., p. 90; cfr. también *supra,* p. 86.

No es éste el lugar de tratar la cuestión general, derivada de esta objeción, de si (y en qué medida) las formaciones de conceptos y las denominaciones son "arbitrarias". Aquí simplemente cabe indicar qué ideas de "dominio del hecho" parecen tener sentido sobre la base de nuestras consideraciones fundamentales acerca del concepto de autor, de manera que resulta lo siguiente:

Bien es cierto que un concepto de autoría debidamente entendido presenta carácter normativo, pero esta normatividad se limita a dos aspectos: en primer lugar, depende de las ideas teleológicas del legislador elevar o no (y en qué casos) el concepto de dominio del hecho a criterio de la autoría [19]; de afirmarse su aplicabilidad, es cuestión de interpretación teleológica cómo ha de verificarse, en los ámbitos periféricos, el concepto de la mano de la idea rectora concebida en su momento [20]: así, más arriba solucionábamos (por mencionar sólo *un* ejemplo) el problema de cuándo la presión coactiva es suficientemente intensa como para atribuir al sujeto de detrás el dominio de la voluntad no según puntos de vista psicológico-fácticos, sino según las ideas valorativas de la ley [21].

Sin embargo, no es posible, además, colmar con cualquier contenido el núcleo de un concepto mediante un proceso valorativo [22]. Más bien, el concepto de dominio de la voluntad muestra una estructura básica inamovible que ha de respetarse una vez que uno se ha decidido por él. En esta medida el legislador no determina lo que es dominio, sino que, eligiendo este punto de vista, se refiere precisamente a un contenido de sentido dado en su esencia; de lo contrario, los términos conceptuales serían absolutamente arbitrarios y, por tanto, sin "sentido" (absurdos).

De este elemento básico, esencial e intuitivo, del concepto de dominio del hecho cabe deducir que únicamente cabe hablar con sentido de "dominio" sobre un "hecho" concreto cuando los criterios que lo fundamentan proporcionan al sujeto "dominante" una influencia más o menos intensa sobre el delito y, por tanto, sobre la configuración del suceso exterior de la acción. No siendo así, una circunstancia determinada no puede fundamentar dominio. Admitido lo cual, sin embargo, es inadmisible decir que alguien domina un suceso concreto únicamente porque posea la cualificación de autor, o que alguien no domina un proceso porque mediante su actuar no vulnere deber específico alguno, puesto que el dominio se refiere al acontecer real, y el deber, en cambio, a la norma, de manera que no es posible hacer depender a uno del otro.

[19] Cfr. al respecto, *supra,* pp. 36-38; asimismo *infra,* pp. 365 ss.

[20] Cfr. al respecto, *supra,* p. 38 y *passim*.

[21] Pp. 166 ss. y *passim*.

[22] Cfr. al respecto ya *supra,* pp. 41-43.

Y tampoco cabe soslayar esta realidad mediante una consideración valorativa. De lo contrario, se vuelve a incurrir en el fallido método de la determinación "secundaria" de la autoría [23], esto es, en el intento de fundamentar la autoría "valorativamente" sólo porque no resulte posible acomodar en el ámbito de la participación un comportamiento que se siente como merecedor de punición [24].

Con todo lo cual no se quiere decir que la autoría y, por tanto, la captación penal del sujeto de detrás estén descartadas. Pero entonces no pueden derivarse del criterio del dominio del hecho. Los problemas relacionados con esto se tratarán más adelante, para lo cual tendremos que enlazar con las ideas acabadas de desarrollar.

Todo lo expresado no representa tampoco una ociosa controversia terminológica, sino que tiene relevante importancia práctica. En efecto, al someter irreflexivamente estos casos al concepto de dominio del hecho, en la delimitación de autoría y participación se van a extraer resultados que no darán debida cuenta de la naturaleza especial de estos delitos. En la determinación de las formas de participación y en las cuestiones de accesoriedad ello conduce a diversos defectos materiales, que se analizarán pormenorizadamente mas abajo [25].

II. EL INSTRUMENTO DOLOSO SIN INTENCIÓN

De modo análogo que en los delitos especiales ocurre en los casos en que el sujeto de detrás determina al hecho a una persona que la doctrina dominante denomina "instrumento doloso sin intención". El ejemplo académico consiste en un tipo de hurto: «Con ánimo de apropiación, un labrador hace que un peón suyo, que advierte la situación, conduzca pollos ajenos a su establo» [26]. Si aquí, con WELZEL y la doctrina dominante, se niega que el peón tenga ánimo de apropiación, debido a numerosas razones, ya esgrimidas al tratar los delitos especiales, no se da dominio del hecho por parte del labrador. La mera intención de apropiarse, esto es, una tendencia interna trascendente que no surte efecto objetivamente, no puede procurarle a quien da las órdenes el dominio sobre el curso de la acción.

Esta postura la representa aquí (a diferencia de *supra*), en contra de WELZEL y GALLAS, también MAURACH [27]; opina, con razón, que «bien es verdad que la posibilidad de autoría mediata del sujeto de detrás no está absolutamente excluida, pero sí reducida a los casos de dominio del hecho verificable en concreto, que no [puede] deducirse de la falta de naturaleza plenamente delictiva del hecho principal».

[23] Al respecto *supra*, pp. 43-45.
[24] Cfr. al respecto, asimismo, PIOTET, *ZStW*, t. 69, 1957, p. 24, nota 21.
[25] Cfr. pp. 383 ss.
[26] WELZEL, *LB*, 7.ª ed., p. 93.
[27] *AT*, 2.ª ed., § 48, II, B, p. 500.

Sin embargo, la cuestión de si el principio de dominio del hecho en los delitos de intención admite una captación penal satisfactoria del sujeto de detrás, depende esencialmente de la interpretación de los distintos tipos. Así, por ejemplo, atribuyéndole el ánimo de apropiación al peón de nuestro supuesto de partida, puede indudablemente castigarse al labrador como inductor, según la teoría del dominio del hecho. Otro tanto rige para los demás delitos que vienen en consideración. En esta medida, en la solución no importa, pues, el concepto de dominio del hecho, sino el sentido y significado de los concretos elementos subjetivos. Sobre ello se volverá más adelante [28].

En todo caso, aquí cabe establecer como resultado que no es posible armonizar con la teoría del dominio del hecho la autoría mediata basada en el empleo de un "instrumento doloso sin intención" que no actúe coaccionado.

III. EL INSTRUMENTO COOPERADOR DOLOSO

En este grupo de casos se trata de utilizar a personas que se denominaban, de acuerdo con la teoría subjetiva antes determinante, "instrumentos cooperadores dolosos", quedando en este contexto sin examinar la cuestión de si aquel que ejecuta el hecho de propia mano con "voluntad de cooperador" es autor o partícipe, pues este problema ya se discutió *supra* [29]. Aquí se trata sólo de si el sujeto de detrás es autor, posibilidad que, frente a una opinión muy extendida, no puede excluirse ya por el mero hecho de que se le reconozca al ejecutor director la cualidad de autor, pues el "autor de detrás del autor" no es esencialmente inconcebible (como ya se ha señalado varias veces) con arreglo a la teoría del dominio del hecho.

Entre los autores próximos a la teoría del dominio del hecho son LANGE y NOWAKOWSKI quienes propugnan considerar al sujeto de detrás como autor incluso cuando otro ejecuta el hecho libremente y sin coacción [30]. Así, LANGE [31], al enjuiciar el caso de la bañera (RGSt 74, 84), pretende atribuir el dominio del hecho a la hermana ejecutora, pero al mismo tiempo considerar autora mediata a la madre instigadora, y NOWAKOWSKI [32], allí donde un sujeto contrata a otro para cometer un delito, hace responder a ambos como autores, incluso como coautores.

[28] Cfr. pp. 369 ss.
[29] Cfr. pp. 149-153.
[30] Junto a ellos han de señalarse v. WEBER, *Grundriß*, 2.ª ed., pp. 65 y 67, y BUSCH, *Moderne Wandlungen*, p. 18. Cfr. al respecto *supra*, p. 100.
[31] KOHLR.-LANGE, 42.ª y 43.ª eds., ante § 47, I, 5, B, 2, f, p. 162.
[32] *JZ*, 1956, p. 549.

Ya de nuestras consideraciones precedentes relativas al concepto de dominio de la voluntad se deduce el rechazo de tal postura, pues no habría hecho falta la delimitación de dominio de la voluntad e influjo de la voluntad [33], esto es, la fijación más exacta de la presión volitiva necesaria para fundamentar el dominio del hecho en los supuestos coactivos, si ya una acción voluntaria en interés del sujeto de detrás convirtiese a éste en autor. Así pues, sólo hace falta aquí completar brevemente la idea básica expuesta en otro lugar [34].

El punto de vista del "actuar por otro" hace retornar a la teoría del interés, estando sometida a todas las objeciones ya expuestas; no tiene nada que ver con el dominio del hecho, pues éste se basa, en la autoría mediata, en que el ejecutor realiza con su comportamiento una decisión volitiva ajena de modo no libre o sin saberlo. Pero aquí no ocurre así, puesto que si el agente se decide al hecho de manera no coaccionada (aunque sea mediando recompensa), es una decisión *suya* la que se manifiesta en el acontecer externo. Aun cuando hace suya la voluntad de otro, sigue siendo señor de sus resoluciones y de las acciones llevadas a cabo para materializarlas, pudiendo, a su albedrío, ejecutarlas o abandonarlas. Y en tanto que esto es posible, el agente no se encuentra bajo dominio ajeno.

Postura distinta no cabe compatibilizarla con el sentido previo, dado, del concepto de dominio y se expone al reproche, esgrimido *supra*, de incurrir en deformación unilateralmente normativista [35], ¡como si el contenido de lo que hay que entender por dominio fuera libremente disponible! Al decir LANGE [36] que el dominio del hecho del que determina depende aquí de su dirección de voluntad, la observación de WELZEL [37] de que LANGE mantiene una teoría subjetiva no está tan "descaminada", al menos en este punto, como cree el propio LANGE [38]. La dirección de voluntad, como "toma de posición" interna, que no se materializa en la dirección del proceso de la acción, presenta tan poca importancia para averiguar el dominio, en tanto que fenómeno objetivo, como ciertos "deberes" o "intenciones".

Así pues, con arreglo a la teoría del dominio del hecho, estos casos han de quedar absolutamente descartados del ámbito de la autoría mediata.

§ 26. EL ERROR SOBRE REQUISITOS DE LA AUTORÍA

Un tema predilecto de la doctrina de la participación es el error sobre los requisitos de la autoría. ¿Qué ocurrirá cuando alguien supone circunstancias con cuya concurrencia efectiva su acción se calificaría de participación, presentándose objetivamente el supuesto de hecho de manera que la aportación al delito le procura el dominio del hecho o al menos se lo procuraría, de haber conocido la situación? Y viceversa: ¿qué ocurre cuando alguien considera existentes todos los requisitos del dominio del hecho, pero en realidad el supuesto instrumento tiene el suceso en sus manos?

[33] Al respecto *supra*, pp. 165-166.
[34] Cfr. especialmente pp. 178-180.
[35] Cfr. pp. 282-284 y las remisiones que ahí se señalan.
[36] Como nota 31.
[37] *Lehrb.*, 7.ª ed., p. 94.
[38] KOHLR.-LANGE, 42.ª y 43.ª eds., ante § 47, I, 1, p. 159.

Estas cuestiones hasta la fecha vienen siendo irremisiblemente objeto de controversia, incluso entre los partidarios de la teoría del dominio del hecho. La exposición medianamente exhaustiva de las soluciones posibles y de todos los pros y contras requeriría una auténtica monografía. Aquí nos vamos a limitar a desarrollar nuestra propia opinión, teniendo en cuenta opiniones discrepantes sólo en la medida en que sean esenciales para la comprensión del concepto de dominio del hecho.

I. EL DESCONOCIMIENTO DE CIRCUNSTANCIAS FUNDAMENTADORAS DEL DOMINIO DEL HECHO

Los casos menos aclarados son aquellos en los que el sujeto de detrás supone erróneamente que el ejecutor obra con dolo. Hay diversos ejemplos académicos: A exhorta a B para que presente una denuncia a la policía, creyendo erróneamente que B conoce la falsedad de lo denunciado [1]. O bien: el arrendatario de la caza A, que cree estar induciendo al asesinato, no sabe que el instigado B ha tomado al común enemigo por una pieza de caza [2].

Sin embargo, no tiene por qué basarse siempre en la falta de dolo del ejecutor el que el sujeto de detrás no capte los requisitos, objetivamente dados, del dominio del hecho propio. Asimismo puede ocurrir que A determine a cometer delito a B, a quien ha tomado erróneamente por imputable [3], o que éste no capte la antijuridicidad material o el sentido concreto de la acción, frente a lo que cree A. Dicho brevemente: no hay manifestación de la autoría mediata que no ofrezca la posibilidad de error sobre factores fundamentadores del dominio. Naturalmente tales errores son concebibles no sólo allí donde el sujeto de detrás pretende inducir, ya que pueden igualmente aparecer cuando imagina circunstancias que fundamentarían la complicidad.

Para la valoración jurídica de estas categorías de supuestos se ofrecen tres soluciones: en primer lugar, cabe atribuir a A, a pesar de su error, el dominio del hecho y con ello la autoría mediata; en segundo lugar, puede

[1] MAURACH, *AT*, 2.ª ed., § 50, III, B, 3, 1, p. 520; BAUMANN, *JZ*, 1958, p. 233.
[2] BAUMANN, *JZ*, 1958, p. 233; WELZEL, *Lehrb.*, 7.ª ed., p. 109; BOCKELMANN, *Untersuchungen*, p. 49, nota 37; p. 96, nota 40.
[3] Al respecto GALLAS, *Gutachten*, p. 139.

estimarse inducción consumada, y en tercer lugar, intentada. Estas tres soluciones han hallado defensores entre los representantes de la teoría del dominio del hecho.

1. ¿Autoría mediata?

a) *Fundamentación del dominio del hecho en la doctrina*

MAURACH [4] invoca en favor de su postura de que A, en los supuestos antes descritos, con independencia de su errónea apreciación de la realidad, es autor mediato, que "existe un dominio objetivo del hecho" que el sujeto de detrás ha ejercido en los dos casos. Para fundamentarlo señala: «El que no haya apreciado su posición como tal, sino que se haya considerado más bien como simple partícipe sin dominio del hecho, no puede exonerarle, porque la finalidad de su actuar tanto en uno como en otro caso habría sido la misma.»

También Hellmuth MAYER [5] considera a A autor mediato, «puesto que el dolo de inductor contiene en todo caso el dolo de autor. Únicamente contiene además la voluntad de involucrar a otro en la culpabilidad». Lo mismo valdría para los supuestos de complicidad únicamente imaginada [6]: «Sólo en relación con un autor real la formación de voluntad dependiente degrada al copartícipe a mero cómplice. El que el cómplice aparente crea que auxilia a un sujeto responsable representa un error sobre el curso causal totalmente irrelevante, pues en su contenido el dolo de cómplice es igual al dolo de autor.»

Por último, hay que mencionar a v. UTHMANN [7], que en favor de la autoría mediata en los casos de inducción putativa invoca que A mantiene el acontecer objetivamente en sus manos, obrando con dolo de autor. Contrariamente a MAURACH y MAYER, sin embargo, entiende que en la complicidad sólo imaginada no se debe atribuir el dominio del hecho al sujeto de detrás, debiéndosele punir a lo sumo por delito imprudente [8].

b) *El conocimiento de las circunstancias fundamentadoras de dominio como factor de dirección necesario*

Las fundamentaciones aducidas se basan, a pesar de su heterogeneidad, en un presupuesto común: en estimar que el dominio del hecho, en el aspecto

[4] *AT*, 2.ª ed., § 50, III, B, 3, a, p. 529; para el supuesto de inimputabilidad, asimismo, KOHLR.-LANGE, 42.ª y 43.ª eds., I, B, 2, a, ante § 47, p. 163; también WELZEL antes consideraba una solución igual en definitiva en la inducción putativa; cfr. *Lehrb.*, 3.ª ed., p. 90.

[5] *Lehrb.*, 3.ª ed., p. 90.

[6] *Op. cit.*, p. 330.

[7] *NJW*, 1961, p. 1909.

[8] Sobre el tratamiento divergente de la complicidad putativa, cfr. también WELZEL, *Lehrb.*, 3.ª ed., p. 90.

subjetivo, no exige nada más que el dolo; que, por tanto, en cuanto a contenido mental no existe diferencia alguna entre autores y partícipes.

Sin embargo, esta tesis no es correcta. La consciencia de la causalidad de uno mismo, que también caracteriza al inductor y al cómplice, aún no posibilita la dirección del curso de la acción. Más bien ésta estriba, como ya se fundamentó con detalle *supra*, en la supradeterminación del acontecer, cuya esencia es la conexión vidente y configuradora de sentido de factores condicionantes humanos y no humanos. Cuando el sujeto de delante obra con dolo, pero sin consciencia de lo ilícito, el sujeto de detrás llega a ser autor mediato no por su dolo circunscrito al conocimiento de las circunstancias fácticas, sino únicamente por su conocimiento trascendente de la prohibición. Su aportación objetiva al hecho, la exhortación al hecho, es absolutamente la misma aun cuando, por falta de supradeterminación con sentido, sólo responda como inductor. O piénsese en los casos del cuarto grado de dominio del hecho, los de aprovechamiento de *error in persona*: no es el dolo y ni siquiera el conocimiento del injusto y de todos los elementos de la culpabilidad, ni mucho menos el alcance de la aportación al hecho externa, "objetiva", lo que fundamenta aquí la autoría mediata, sino sólo la comprensión del sentido concreto de la acción.

Con lo cual al menos queda demostrado que en la autoría mediata no es el dolo, sino el conocimiento y el aprovechamiento consciente de todos los factores objetivamente fundamentadores de dominio lo que impele al interviniente al centro del acontecer. Sin embargo, también la cualidad de instrumento del ejecutor es una circunstancia fundamentadora de dominio en tal sentido. Razón por la cual no se comprende por qué en la determinación de la autoría mediata habría que prescindir del conocimiento de este criterio decisivo para el sentido objetivo de la intervención. Y es que el dominio no es algo estático, ni un estado fijo, sino algo que se realiza mediante su ejercicio en la acción concreta. Pero ¿cómo va a poderse *ejercer* un dominio que uno ignora tener?

Lo correcto de este planteamiento teórico se revela también en los resultados prácticos. Si, con la opinión contraria, se quisiera considerar autor a aquel que, sobre la base de su contenido mental, enjuiciándolo objetivamente, sería inductor o cómplice, sólo porque el ejecutor obra, frente a lo que aquél supone, sin dolo, sin consciencia del injusto o inimputablemente, la gravedad de la pena y en muchos casos la punición misma dependerían de una circunstancia que no conocía y en relación con la cual nada pudo hacer. Aquel que, según cree, habría realizado complicidad (impune) en una contravención, ¡sería autor punible! Si el hecho no se produjera, la complicidad intentada en (o la inducción intentada a) un delito menos grave, ambas impunes, se convertirían en un caso punible de autoría intentada. La supuesta inducción intentada a un delito grave o la complicidad consumada

se conminarían con el grave marco penal de la autoría consumada. En todos estos casos existiría, pues, una especie de responsabilidad por el resultado, que inadmisiblemente vulneraría el principio de culpabilidad. Es absurdo imputar a alguien, como fundamentadora o agravante de la pena, una condición que, como ocurre con el defecto en el sujeto de delante, ni ha conocido ni siquiera ha realizado objetivamente.

No cabe sustraerse a esa aporía estableciendo una excepción para la suposición errónea de los criterios de la complicidad; en primer lugar, porque por esa vía los resultados injustos sólo se evitan en parte, dado que también en el castigo de la inducción y de la autoría (en la tentativa) existen diferencias, y en segundo lugar, si se hace bastar el dolo de inductor para fundamentar el dominio del hecho, no existe ningún argumento que explique por qué en la complicidad putativa no puede atenderse a la situación objetiva.

Tampoco debe creerse que los resultados que se han mencionado *supra* son la consecuencia lógica de un concepto objetivo de autor [9]. Una teoría del dominio del hecho así concebida sería incorrecta, pues la "objetividad" del elemento del dominio no reside en que se pueda prescindir del pleno conocimiento del supuesto de hecho, sino que supone sencillamente que para la delimitación carece de importancia una toma de posición interna sin efectos para la dirección del acontecer con sentido, que una "voluntad de autor" trascendente, sin correlato en la situación externa, no puede determinar la articulación de las formas de participación [10]. En realidad, la doctrina criticada no constituye un concepto objetivo de dominio del hecho, sino el regreso vergonzante de la teoría extensiva, con arreglo a la cual se puede llegar a ser autor ya por causar conscientemente el resultado típico.

Así pues, podemos establecer que aquel para quien permanece oculta la cualidad de instrumento de un sujeto al que ha exhortado o auxiliado, no tiene el dominio del hecho y no es autor mediato.

2. Participación consumada

a) *Posiciones doctrinales*

La cuestión siguiente, la de si el sujeto de detrás en estos casos es inductor o cómplice o si acaso puede responder por inducción intentada, queda fuera de la problemática de la autoría que nos ocupa ahora; no obstante, es preciso que se analice debido a que el género y la posibilidad de la punición generan importantes repercusiones sobre la delimitación entre autoría y participación.

[9] Así, sin embargo, BAUMANN, *Lehrb.*, 2.ª ed., p. 445, que se sirve de este argumento para rebatir la teoría del dominio del hecho.

[10] Cfr. con respecto a estas cuestiones con más profundidad *infra*, pp. 345-347.

GALLAS [11], DAHM [12], SAX [13], BAUMANN [14], MEZGER [15], SCHRÖDER [16] e incluso el BGH [17] aprecian, con fundamentaciones muy distintas, inducción o complicidad consumadas. WELZEL [18], BOCKELMANN [19], HEINITZ [20] y TRÖNDLE [21], en cambio, estiman tentativa de participación, sólo punible de darse los requisitos del § 49a StGB *.

Al enjuiciar estos supuestos resulta conveniente, en primer lugar, abordar la distinción entre los casos en que el ejecutor obra sin dolo y todos los demás, en los que el desconocimiento de la posibilidad de dominio por el sujeto de detrás se basa en otras circunstancias.

b) *El ejecutor obra dolosamente*

Las situaciones del segundo género, en las que el agente posee el dolo en el sentido de la teoría de la culpabilidad, pero no el conocimiento de la antijuridicidad material, de las circunstancias fundamentadoras de la culpabilidad o del sentido concreto de la acción, admiten sin duda la punición por participación consumada, pues el ejecutor es autor (si bien a lo mejor inculpable), y que esté excluido un dominio del hecho de superior grado deja intactos la inducción o auxilio que desde luego se dan en el grado inmediatamente inferior.

Por ilustrarlo con un ejemplo: si el sujeto activo A sufre un *error in persona* y el sujeto de detrás, B, conociendo el error, exhorta a A a disparar, para así matar a su enemigo C (mientras que A había puesto sus miras en D), B es autor mediato de asesinato [22], puesto que posee el dominio del hecho de cuarto grado. Pero al mismo tiempo A es también autor y titular de dominio del hecho de tercer grado, con respecto al cual B es meramente inductor. En tanto que no se trata de la muerte de una persona

[11] *Gutachten*, pp. 139 y 140.

[12] *NJW*, 1949, p. 810.

[13] *MDR*, 1954, pp. 65-71.

[14] *JZ*, 1958, pp. 230-235; *Lehrb.*, 2.ª ed., pp. 450 y 451.

[15] *Lehrb.*, 2.ª y 3.ª eds., p. 449.

[16] SCHÖNKE-SCHRÖDER, 10.ª ed., ante § 47, IX, 6, b, pp. 251 ss.

[17] *BGHSt*, 8, pp. 137-139.

[18] *Lehrb.*, 7.ª ed., pp. 109 ss.

[19] *Untersuchungen*, p. 49, nota 37; pp. 95 ss., 125.

[20] *Festschr. zum 41. Dtsch. Juristentag*, 1955, p. 106.

[21] *GA*, 1956, pp. 143 y 144.

* § 49a StGB: «**Inducción fracasada.** I. Será castigado con arreglo a los preceptos reguladores de la tentativa de delito grave (§§ 44 y 45) aquel que intentare determinar a otro a cometer una acción conminada con pena de delito grave.

II. Asimismo será castigado aquel que acuerde una acción conminada con pena de delito grave, acepte el ofrecimiento de otro de cometer tal acción o se manifieste dispuesto a cometer un delito grave.»

[22] Cfr. al respecto en detalle *supra*, pp. 237-241.

concreta, sino de la mera cualidad humana de la víctima, A asume la posición central en el suceso, y la aportación de B se limita a provocar la decisión del hecho. Esta inducción queda desplazada normalmente por la autoría. Sin embargo, si la autoría decae porque el sujeto de detrás no es consciente de la posibilidad de dominio (así, si B no advierte la confusión que A ha sufrido), queda la inducción consumada, no existiendo el menor motivo para hablar de mera tentativa de participación.

Otro tanto es aplicable en los demás casos de este género. Si el sujeto de detrás no advierte que el ejecutor directo desconoce la situación jurídica, no puede ser autor mediato, pero al menos ha determinado o favorecido una acción dolosa cometida con dominio del hecho, pudiendo responder por ello como partícipe. Igualmente ocurre en las situaciones tan debatidas en que alguien coopera en delitos de enfermos mentales cuya inimputabilidad desconoce.

Los múltiples rodeos que la doctrina ha ensayado para posibilitar el castigo por participación son, pues, todos superfluos. No es necesario renunciar por estos casos al concepto objetivo de dominio del hecho y basar la delimitación, subjetivamente, en la voluntad de autor o de partícipe; asimismo es innecesario, para fundamentar la participación, recurrir al concepto de autor-inspirador *(Urheber)* o considerar al sujeto de detrás sólo "como" partícipe. Más bien se da una auténtica participación consumada, cuya aprehensión, incluso mediante principios de accesoriedad, no se ve impedida con arreglo a ninguna de las teorías actualmente mantenidas.

c) *El ejecutor obra sin dolo*

El supuesto en que el agente directo, frente a lo que cree el sujeto de detrás, realiza el hecho sin dolo, no cabe solucionarlo sin más conforme a los criterios desarrollados *supra*. En todo caso, esto rige sólo para la imprudencia inconsciente y la acción inconscientemente inculpable. Si el ejecutor ha cometido el delito al menos con imprudencia consciente, existe una realización típica final que posibilita la punición por participación incluso con arreglo a los principios hasta ahora expuestos. Por eso hay que examinar esta variante en primer lugar.

aa) *El ejecutor obra con imprudencia consciente*

Aquí son imaginables dos situaciones de error distintas:

En primer lugar, puede ocurrir que el saber causal del sujeto de delante y el del sujeto de detrás sean iguales, pero que el sujeto de detrás que obra con dolo desconozca la disposición del ejecutor con respecto al hecho;

por ejemplo, cree que éste persigue el resultado (y, por tanto, obra dolosamente), mientras que el otro en realidad confía temerariamente en que no se produzca (de manera que sólo cabe reprocharle imprudencia). Aquí estamos ante un caso claro de participación consumada. En efecto, aun cuando el sujeto de detrás conociera la disposición interna del ejecutor con respecto al hecho y supiera que éste obra sólo con imprudencia consciente, a pesar de su dolo no tendría el dominio del hecho y sería sólo partícipe [23]. Entonces, como es obvio, no puede ser de otro modo cuando erróneamente atribuye incluso dolo al ejecutor.

La segunda posibilidad consiste en que el sujeto de detrás, B, desconoce el error sobre el riesgo [24] del agente A: por ejemplo, cree que éste evalúa correctamente la probabilidad de producción del resultado en el 80 por 100, mientras que A en realidad sólo ha incluido en el cálculo un riesgo del 20 por 100. Éste es un supuesto paralelo al analizado *supra* [*b*)]; B, de haberse dado cuenta del error de A, sería autor mediato [24], tanto si B responde por delito doloso como imprudente. Pero si B desconoce la incorrecta estimación de A, le falta el dominio del hecho. Sin embargo, también aquí existe participación, puesto que en todo caso B ha cooperado en una realización típica final de A, y más no se requiere. A, no obstante su error, es señor del hecho, porque es consciente de la concreta probabilidad del resultado; la participación, que en esa medida existe, de B, que de existir una supradeterminación rectora de sentido en un grado superior de dominio quedaría desplazada por la autoría, despliega ahora su significado independiente. Suponiendo que A, pese a su error sobre el riesgo, haya obrado dolosamente, la compatibilidad de esta solución con los principios de la accesoriedad está fuera de duda. Sin embargo, no ocurre de otro modo cuando su actuar se califica de imprudente consciente. En efecto, siempre que, como es adecuado y reconocido por la doctrina dominante, se atribuya a ambas modalidades de conducta la misma estructura final, la diferencia entre ellas estriba únicamente en la magnitud de la culpabilidad y carece de importancia para la posibilidad de participación por lo que respecta a la limitación de la accesoriedad.

bb) *El ejecutor obra sin ser consciente de la posible realización del tipo*

Este caso es el más difícil y el menos tratado. Si el sujeto de detrás, A, cree cooperar en un delito doloso, pero el ejecutor directo, B, ni siquiera se representa las circunstancias del hecho (así ocurría en nuestros ejemplos de partida, de la denuncia falsa y del asesinato), entonces B no es autor en el sentido de los §§ 164 y 211 StGB; le falta el dominio del hecho de

[23] Cfr. al respecto en detalle *supra*, pp. 202-214.
[24] Cfr. al respecto en detalle *supra*, pp. 245-249.

cualquier grado, y A sólo puede ser inductor o cómplice si se considera posible la participación sin autoría.

No es éste el lugar de tratar ampliamente el problema de la participación en un hecho principal no final. En particular, vamos a examinar con más detalle las cuestiones de accesoriedad que se trataron más arriba a grandes rasgos [25]. Aquí debe bastar *una* observación: el legislador, al limitar la accesoriedad, simplemente ha establecido con carácter vinculante que no hace falta que el hecho principal haya sido cometido culpablemente. En cambio, no cabe deducir de la ley qué requisitos ha de reunir por lo demás una acción conminada con pena y si, por ejemplo, es imprescindible que concurra una realización de tipo final.

Concedido esto —y ¿cómo discutirlo?—, la cuestión de si es posible la participación en un hecho principal no final sólo cabe contestarla desde la esencia de la participación. Al respecto afirmo aquí —y lo demostraré más pormenorizadamente *infra*— [26] que la participación es un concepto "secundario" [27]. Se determine como se determine la autoría, el concepto de participación cambia junto con ella, como su reflejo especular. Si, por ejemplo, se exige para la autoría el *animus auctoris*, únicamente cabe definir la participación como cooperación sin voluntad de autor; si se caracteriza la autoría como realización del tipo de propia mano, inducción y complicidad se convierten en intervención no de propia mano. En una palabra: la participación es un comportamiento que aporta algo al hecho y que no cumple los requisitos del respectivo concepto de autoría.

De donde se deduce para el problema que nos ocupa que *la participación es cooperación sin dominio del hecho*. Así pues, si alguien cree intervenir en un hecho doloso, pero el ejecutor en realidad obra sin finalidad típica, esto nada cambia en que el sujeto de detrás coopera sin dominio del hecho a la realización el tipo. Por tanto, es partícipe, y para ser exactos, inductor si ha provocado la decisión del comportamiento sometido a error y cómplice si ha apoyado de otro modo la acción.

De donde se deduce que la participación consumada no presupone necesariamente un hecho principal final. La fundamentación aquí apenas esbozada se aplica al mismo tiempo a los supuestos de error (antes tratados), dado un hecho principal doloso o imprudente consciente. Así, quien quisiera rechazar las soluciones allí desarrolladas sobre la base de la doctrina dominante no obstante tendría que acabar afirmando la participación consumada.

Sin embargo, en otro grupo de problemas, no pertenecientes a los supuestos de error, los puntos de vista expuestos no sirven de ayuda, como se

[25] Cfr. al respecto pp. 396 ss.

[26] Cfr. pp. 396 ss.

[27] Con respecto al concepto primario de partícipe y secundario de autor de BOCKELMANN, cfr. *supra*, pp. 43-45.

hizo constar anticipadamente a fin de evitar malentendidos; se trata de las situaciones, de gran trascendencia práctica, en las que un sujeto de detrás no cualificado emplea conscientemente a un *intraneus* que no obra finalmente para realizar el tipo de un delito especial. Aquí, a partir de la teoría del dominio del hecho, la participación no es posible fundamentarla, dado que el *extraneus* no coopera precisamente sin dominio del hecho. Ciertamente dirige conscientemente el acontecer y si no puede ser autor es simplemente por faltarle la cualificación. Por tanto, las cuestiones que aquí surgen, que se abordarán concretamente más adelante, sólo pueden explicarse con ayuda de consideraciones totalmente distintas [28].

La solución acabada de desarrollar, que en cuanto al resultado (si bien no en la fundamentación) coincide con la postura de SAX [29] [30], pone claramente de manifiesto que la teoría del dominio del hecho en estos casos puede llegar, sin deformación constructiva, a estimar genuina participación consumada; no hace falta ni subjetivizar el concepto de autor recurriendo a la voluntad de dominio del hecho [31] ni ampliar la participación a la causación o inspiración *(Urheberschaft)* no prevista en la ley [32]. Según lo cual, también el § 32 del Proyecto de 1962 *, que establece para estos casos expresamente la participación —sin entrar ahora a tomar postura con respecto a las "consecuencias científicas" [33] de este precepto—, habría sido inútil en sí. Como obviamente el Proyecto, por lo demás, con arreglo a los §§ 30 y 31, sólo admite la participación en un hecho principal doloso [34], la limitación establecida en el § 32 es correcta y pertinente.

3. ¿Participación intentada y autoría imprudente?

Debe rechazarse, consiguientemente y al mismo tiempo, la postura mantenida, por ejemplo, por BOCKELMANN y WELZEL en el sentido de que sólo concurre participación intentada. No sólo es que desconozca la esencia de la participación, sino que además sus resultados prácticos son sumamente injustos e incompatibles con las ideas valorativas de la ley. En efecto, como la inducción intentada sólo está castigada en los delitos graves y la complicidad

[28] Al respecto *infra*, pp. 399 ss.

[29] *MDR*, 1954, pp. 65-71.

[30] Obviamente, aquí se tratan de modo distinto las lagunas en los delitos especiales y en los de propia mano; cfr. al respecto pp. 399 ss. y 420 ss.

[31] Así BAUMANN, *JZ*, 1958, pp. 230-235; *Lehrb.*, 2.ª ed., pp. 444 ss., así como SAX, *op. cit.*, p. 69.

[32] Cfr., por ejemplo, SCHRÖDER, 10.ª ed., ante § 47, IX, 6, b, p. 251.

* § 32 del Proyecto de 1962: «**Error sobre el dolo del autor.** I. Se castigará como inductor a aquel que determinare a otro a cometer un hecho antijurídico, haciéndole suponer a éste erróneamente que el autor va a obrar con dolo.

II. El mismo principio regirá para la complicidad.»

[33] Cfr. Exposición de Motivos, p. 151.

[34] Al respecto *infra*, pp. 407 ss.

intentada siempre es impune, el sujeto de detrás tendría que quedar impune la mayoría de las veces, aunque haya alcanzado el resultado delictivo y su influjo haya sido objetivamente más grande que lo que él había pensado.

No resulta nada obvio lo que BOCKELMANN puntualiza [35]: que «lo que consuma el partícipe con sentido queda por detrás de lo que pretendía consumar». Y tampoco convence la invocación de que el § 49a StGB con buen criterio ha limitado la participación intentada, lo que no se puede sortear construyendo una participación consumada [36], puesto que, en primer lugar, presupone (lo que no es correcto) que materialmente existe participación intentada, y en segundo lugar difícilmente cabe negar que los reparos del legislador ante el castigo de la tentativa de participación únicamente tienen sentido suponiendo que el ámbito de aplicación del § 49a StGB ha de limitarse a los casos en los que no se produce la realización del tipo y sólo es objeto de enjuiciamiento penal la voluntad delictiva puesta de manifiesto que ha quedado sin consecuencias. La *ratio* del § 49a StGB no habla, pues, en favor de subsumir nuestros supuestos de error en este precepto, sino en contra.

Tampoco resulta posible señalar que el sujeto de detrás, cuya responsabilidad no se puede abarcar por otra vía, podría ser castigado, en su caso, como autor imprudente [37]. Ya la propia construcción es apenas defendible, pues el sujeto conoce todos los elementos del tipo específico y persigue conscientemente su realización. Cuando WELZEL [38] atribuye dolo de homicidio sólo a aquel que pretende cometer el delito como señor del hecho, entonces todos los partícipes tendrían que obrar sin dolo, mientras que, con buen criterio, se considera el conocimiento de los requisitos de la autoría o de la participación como un elemento subjetivo del injusto suplementario al dolo [39].

Similarmente problemática es la postura de BOCKELMANN [40], que ciertamente atribuye al sujeto de detrás el dolo de homicidio, pero propugna imponer la pena de la imprudencia debido al error sobre el curso causal. En efecto, en primer lugar el error sobre el tipo del ejecutor directo no suele influir en el curso causal: la finalidad, y no la causalidad, es lo que cambia como consecuencia de la representación errónea. Y en segundo lugar se trataría probablemente de un desvío causal irrelevante [41]. Desde luego sería un resultado curioso que la posibilidad de punir tuviera que depender de la magnitud del desvío causal; el error insignificante disculparía, mientras que el error craso estaría castigado.

[35] *Untersuchungen,* p. 96.
[36] *Untersuchungen,* pp. 96 y 97.
[37] BOCKELMANN, *Untersuchungen,* p. 125; WELZEL, *Lehrb.,* 7.ª ed., p. 110; HEINITZ, *Festgabe zum 41. Dtsch. Juristentag,* p. 106; v. UTHMANN, *NJW,* 1961, p. 1909.
[38] Como nota 37.
[39] Cfr. al respecto *infra,* pp. 359 ss.
[40] Como nota 37.
[41] En esto de acuerdo Hellmuth MAYER, *Lehrb.,* p. 329.

Sin embargo, al margen de las objeciones desde el punto de vista constructivo, estas soluciones sólo serían de utilidad en los pocos tipos en que la imprudencia está conminada con pena; e incluso en ellos el ínfimo marco penal, que se halla incluso por debajo del § 49a StGB, no daría cuenta de la cualidad delictiva de la conducta.

II. LA SUPOSICIÓN ERRÓNEA DE CIRCUNSTANCIAS FUNDAMENTADORAS DEL DOMINIO DEL HECHO

1. Posiciones doctrinales

Menos difícil y controvertido es el tratamiento de la situación inversa, esto es, del caso en que el sujeto de detrás, A, se imagina erróneamente circunstancias que le harían señor del hecho, mientras que el ejecutor, B, en realidad ha entrevisto completamente la situación. Nuestros ejemplos de partida se modificarían entonces así: A cree que B, al que ha determinado a presentar una denuncia falsa, no conoce la falsedad, mientras que éste en realidad sí la conoce y con todo actúa; en el caso del arrendatario de la caza, A creería que B, al que ha exhortado a disparar, toma al objeto por una pieza de caza, siendo así que éste se da cuenta de que se trata del enemigo C y lo mata conscientemente.

Hay dos posturas acerca de la calificación de estos casos. Una, en la delimitación de las formas de participación, al margen de los datos objetivos, atiende a la "voluntad de autor" o "de partícipe", llegando consecuentemente a estimar autoría mediata [42]. La otra, que considera descartada la autoría de A debido al dominio del hecho de B, estima inducción o complicidad. Aquí no surgen problemas de accesoriedad, porque el autor obra con dolo. La dificultad de que el sujeto de detrás no conozca esta circunstancia, esto es, que no tenga "dolo de partícipe", se suele eludir con razonamientos bastante similares. Dice MAURACH [43]: «La falta de consciencia de cooperar, sin dominio del hecho, en el hecho ajeno, queda compensada con la suposición errónea, más amplia, del dominio del hecho (la autoría es más que la participación).» GALLAS [44] aborda sólo el ocasionamiento del hecho, señalando que dejando de lado, con la doctrina dominante, la teoría de la corrupción, «no existirían objeciones en contra de considerar que el dolo de inductor está incluido, como un *minus*, en el dolo de autor, apreciando en consecuencia inducción». De manera análoga indica WELZEL [45]: «La voluntad de ocasionar

[42] Cfr. simplemente BAUMANN, *JZ,* 1958, p. 233; SCHÖNKE-SCHRÖDER, 10.ª ed., IX, 6, a, ante § 47, p. 251.
[43] *Lehrb., AT,* 2.ª ed., § 50, III, B, 3, b, pp. 529 y 530.
[44] *Gutachten,* p. 139.
[45] *Lehrb.,* 3.ª ed., 1954, p. 91; las ediciones siguientes no se pronuncian.

no queda aquí por detrás de la realidad, sino que va más allá que ésta, abarcando, pues, también al *minus* de la inducción.» En cambio, v. UTHMANN [46] considera determinante únicamente a la situación objetiva, afirmando sin más la participación, debido a que lo que imagine el sujeto de detrás ya de entrada es para él irrelevante.

2. Participación consumada

Debe preferirse la segunda postura. Existe, como en los supuestos de error inversos, participación consumada, puesto que, al igual que allí, se trata de una "cooperación sin dominio del hecho". Mientras que allí la autoría queda excluida por la falta de conocimiento de las circunstancias fundamentadoras del dominio, sus presupuestos faltan aquí ya objetivamente. En la participación que con ello se da nada cambia la suposición errónea de una situación de dominio. Lo cual se deduce de la siguiente reflexión:

En primer lugar, puede ocurrir que el sujeto de detrás conozca el dolo del agente directo, pero crea no obstante ser autor por suponer erróneamente que al otro le falta la consciencia de la antijuricidad, que es inimputable o que concurre cualquier otra circunstancia que en general posibilita la autoría del sujeto de detrás. Entonces nada se opone a castigar por participación, ya porque, en tanto que importa el suceso exterior en su cualidad de hecho doloso, el sujeto de detrás no sólo persigue objetivamente un resultado de participación, sino que también lo sabe subjetivamente. Ciertamente pretende provocar una decisión dirigida a la realización dolosa de todas las circunstancias del hecho. Y si le proporciona a una mujer un abortivo suponiendo erróneamente que ella no está advirtiendo la antijuridicidad material del hecho, pretende prestarle conscientemente complicidad en el primer grado del dominio del hecho. La circunstancia de que quiera supradeterminar con configuración de sentido la actuación de ella en un grado superior de dominio del hecho y de que fracase en este plan tampoco obsta para la complicidad. En supuestos de esta índole no ocurre, pues, que, como se suele decir global e inexactamente, el *minus* del dolo de partícipe esté contenido en el dolo de autor, sino que ante nosotros tenemos una estructura de relación análoga: bajo el grado superior de dominio del hecho (aquí sólo pretendido) existe, objetiva y subjetivamente, en grado inferior de dominio, una participación consumada que admite indudablemente la punición.

Así no cabe argumentar, obviamente, cuando, como en nuestros ejemplos de partida, el sujeto de detrás ni siquiera cree que el ejecutor realice el tipo finalmente. Aquí ocurre en realidad que existe objetivamente una "cooperación sin dominio del hecho", esto es, una participación, si bien no conocida por el no ejecutor. No obstante, existe participación consumada, pues la "voluntad de inducir" o la "voluntad de auxiliar" no son requisitos de la participación. Aquí no ocurre como en el dominio, que sólo cabe ejercerlo si se conocen sus presupuestos. El motivo de tal divergencia reside en que la participación no es un concepto "primario", sino "secundario" [47]. Consiguientemente, en tanto que no se trata del conocimiento de las circunstancias del hecho, la participación tampoco tiene presupuestos "positivos", sino que se determina en su contenido negativamente por la falta de criterios de la autoría, esto es, de elementos fundamentadores del dominio. Quien coopera conscientemente en la realización de un resultado, cuando otro ejecuta el hecho libremente y dándose cuenta de todo, queda desplazado a la zona periférica del acontecer, quiéralo o no. Que se imagine ser la figura central nada importa. Tal es la consecuencia necesaria de la delimitación objetiva propia de la esencia de la teoría del dominio del hecho aquí desarrollada.

Una solución en tales términos, como subraya con buen criterio GALLAS, estaría descartada en la inducción si se pretendiera convertir en elemento esencial de ésta el implicar en la culpabilidad al instigado. Las razones que hablan en contra de la teoría de la participación en la culpabilidad (al menos tras la limitación de la accesoriedad) las ha esgrimido BOCKELMANN [48] últimamente con gran poder de convicción, razón por la cual huelga repetirlas aquí. Entendiendo las relaciones entre autoría y participación como hemos expuesto *supra*, en la inducción ya desde el principio no puede importar la corrupción. Este punto de vista, que por lo demás, como hemos puesto ya de manifiesto, puede importar igualmente en la autoría mediata, en el marco de las formas de participación únicamente tiene el papel de factor de determinación de la pena.

Además, podría plantearse si junto a la participación consumada, merced a la ignorancia del sujeto de detrás, se da autoría intentada. Ésta es una cuestión que aquí no interesa directamente, pero que hay que contestar negativamente, puesto que, en primer lugar, si desde el principio el agente directo lo entrevé todo, falta el comienzo de la ejecución *a título de autor*, y en segundo lugar, lo que tiene eficacia fundamentadora de la pena es sólo la suposición errónea de circunstancias del hecho y no los demás criterios de autor o de partícipe; en otro caso, la inducción intentada a un delito grave tendría que ser, ya sin el § 49a StGB, una tentativa (punible) de delito grave.

[46] *NJW*, 1961, p. 1909.

[47] Cfr. al respecto *supra*, p. 294.

[48] *Untersuchungen*, pp. 91-95.

3. ¿Autoría mediata?

La postura contraria, que en todos los casos de error de este género atribuye al sujeto de detrás la autoría mediata, no es compatible con la teoría del dominio del hecho. Donde no se da ni la supraformación con sentido del curso del acontecer ni la presión psíquica que excluya la responsabilidad del ejecutor directo, queda descartada la posibilidad de dominio de la voluntad. Naturalmente, las concepciones discrepantes tampoco se basan en la teoría del dominio del hecho, sino en una variante de la teoría del dolo cercana a ella. Contra ésta ya se tomó posición *supra* [49], de manera que huelga entrar otra vez a discutirla.

Sin embargo, ha de abordarse, siquiera brevemente, la cuestión de si la solución que propugnamos entraña resultados injustos, como intenta mostrar BAUMANN [50] desde el punto de vista de la teoría subjetiva. Si el hecho del sujeto de delante, B, queda en tentativa o si éste ya estaba previamente decidido al hecho, de acuerdo con nuestra teoría al instigador A hay que castigarlo por inducción a la tentativa, y en el segundo supuesto, en su caso por inducción intentada con arreglo al § 49a StGB. Señala BAUMANN al respecto: «Mientras que delimitando subjetivamente en ambos casos, tanto si no se produce el resultado como si se trata con un *omni modo facturus*, el que ocasiona con voluntad de autor es punible por tentativa del hecho principal, el sujeto de detrás, delimitando objetivamente, queda cada vez más lejos del hecho punible, aunque en todos los casos objetivamente haga lo mismo y subjetivamente tenga la misma voluntad delictiva.»

Sin embargo, no se puede argumentar así, pues según eso tampoco existiría diferencia entre una inducción con éxito y la situación del § 49a, párrafo 1, StGB (tentativa de inducción): en ambos casos el *extraneus* hace lo mismo (instigar) y tiene también la misma voluntad delictiva. El defecto de este razonamiento estriba en que el contenido de injusto de la participación lo determina aisladamente en función del acto de cooperación (por sí solo casi nunca punible), mientras que en realidad importan decisivamente las consecuencias realizadas mediante la acción de participación. Por eso, de acuerdo con las ideas valorativas de la ley es absolutamente correcto que en caso de total falta de eficacia de una exhortación (caso del *omni modo facturus*) se dé la punición por el § 49a StGB, y que en caso de fracasar el hecho principal sólo se dé inducción a la tentativa es evidente y no habla en absoluto en favor de estimar autoría.

Por el contrario, la teoría subjetiva lleva a soluciones difícilmente tolerables, pues según ésta en el instante de la instigación de A a B ya se

[49] Cfr. pp. 69-73 y *passim*; al respecto, asimismo, *infra*, pp. 343 ss.
[50] *JZ*, 1958, p. 233.

habría incurrido en la pena por autoría mediata intentada; ello lo da por supuesto BAUMANN, como demuestra su solución del caso del *omni modo facturus*. Ahora bien, si el instigado en seguida se da cuenta de todo y no piensa ni por un instante en ser instrumento de A y se lo dice en el acto, no obstante habría que castigar a A (¡sin posibilidad de desistimiento!) por tentativa fracasada, aunque no quepa desde luego hablar de una puesta en peligro inmediata (!) del bien jurídico lesionado. Recurrir al § 49a StGB [51], que ya por su parte subraya sospechosamente el elemento de la actitud, sería lo máximo de subjetivización compatible con un Derecho penal de un Estado de Derecho.

Tampoco los tipos de contravenciones demuestran la necesidad de delimitación subjetiva. Si A auxilia a B, de quien ha creído que actuaba de buena fe, en un hurto famélico [52], queda impune, según nuestra teoría. Pero esto no es injusto, puesto que el legislador, con buen criterio, no ha conminado con pena el auxilio a tales lesiones insignificantes de bienes jurídicos. BAUMANN, que estima autoría mediata consumada, hace depender únicamente del error de A la cuestión de si se le puede imputar la realización punible de un desvalor de resultado. Lo cual a su vez va demasiado lejos en la subjetivización, pues si alguien, por sufrir un error sobre hechos, considera dadas circunstancias que, de concurrir, harían punible un comportamiento objetivamente impune, ello no es un hecho consumado, sino como mucho una tentativa que, sin embargo, aquí, por otras razones [53], no se da y tampoco sería punible.

Resumiendo, cabe establecer que el error sobre circunstancias fundamentadoras del dominio (tanto si el no ejecutor, erróneamente, desconoce su concurrencia como si la supone) conduce siempre a calificar el comportamiento como participación consumada.

[51] Cfr. al respecto KOHLR.-LANGE, 42.ª y 43.ª eds., § 49a, I-III, p. 182 y 183.
[52] BAUMANN, *op. cit.*, p. 233, nota 27.
[53] *Vid. supra*, pp. 298-299.

CAPÍTULO SÉPTIMO

EL DOMINIO DEL HECHO FUNCIONAL

Los supuestos hasta ahora tratados de dominio de la acción y de la voluntad no han agotado todo el ámbito posible de la autoría. Sabemos ya que autor es, por una parte, aquel que lleva a cabo la acción típica; por otra parte, quien se sirve de un ejecutor forzando su voluntad (1), o de manera que dirige, configurando el hecho, la acción, en virtud de conocimiento más amplio, pasando por encima de la mente del otro (2), o que el ejecutor, en virtud de su fungibilidad, aparece en el marco de maquinarias de poder dominadoras como instrumento del sujeto de detrás (3).

Pasando revista al campo empírico de las formas de cooperación, se pone de manifiesto que entre las dos regiones periféricas del dominio de la acción y de la voluntad, que atienden unilateralmente sólo al hacer exterior o al efecto psíquico, se extiende un amplio espacio de actividad delictiva, dentro del cual el agente no tiene ni una ni otra clase de dominio y sin embargo cabe plantear su autoría, esto es, los supuestos de participación activa en la realización del delito en los que la acción típica la lleva a cabo otro.

Aquí cabe distinguir dos grupos de casos: la cooperación en la fase ejecutiva y la cooperación en la fase de preparación. Ambos requieren de enjuiciamiento separado.

§ 27. LA COOPERACIÓN EN LA FASE EJECUTIVA

I. POSIBILIDAD Y ESTRUCTURA DEL DOMINIO CONJUNTO DEL HECHO

Hay aquí formas de intervención de múltiples clases. La cooperación puede formar un componente decisivo de la realización del delito: uno sujeta a la víctima, mientras que otro le asesta la puñalada mortal, o uno amenaza con una pistola al morador, mientras que su compinche desvalija la vivienda.

No obstante, la aportación al hecho puede ser también insignificante, consistiendo en un mero entregar algo o aconsejar, concomitantes al hecho. Entre unas modalidades de conducta y otras existen muchas otras cuyo significado en el marco del plan global admite múltiples graduaciones. ¿Puede hablarse en tales casos de dominio del hecho por parte del que coopera? Y si es así, ¿qué requisitos deben reunir y cómo cabe fundamentarlo?

Punto de partida para determinar la autoría sólo puede serlo aquí la figura, prevista expresamente en la ley, de la coautoría (§ 47 StGB) *. La primera cuestión se refiere a si puede darse debida cuenta de esta forma de intervención con el criterio del dominio del hecho. SCHRÖDER [1] lo niega, sosteniendo que la teoría del dominio del hecho fracasa aquí porque uno sólo puede tener dominio de su parte, pero no del hecho global.

En lo cual es en principio correcto al menos que no se da un dominio del hecho de ninguna de las clases tratadas hasta ahora. Aun cuando concibamos la participación del modo más intenso posible, en el caso del atracador de un banco que mantiene a raya a los empleados con su pistola, no obstante, tenemos que señalar que el dominio de la acción no lo tiene porque no sustrae el dinero, y el dominio de la voluntad tampoco, porque el compinche que realiza las circunstancias típicas no actúa ni "no libre" ni "ciegamente".

Por eso tampoco cabe resolver la problemática desde el punto de vista de la teoría del dominio del hecho entendiendo, como hacen LANGE [2] y SAX [3], la coautoría como una autoría parcialmente mediata. LANGE aprecia, en conexión con el RG [4] y BINDING [5], una "clarificación absolutamente decisiva" en la idea de que el coautor "hace trabajar para él" a sus compañeros y por eso aparece como autor mediato por cuanto respecta a las partes del hecho no realizadas de propia mano.

Aceptado esto, la coautoría no plantea dificultad alguna a la teoría del dominio del hecho. Se trata entonces de un caso común de autoría mediata en el que la propia aportación al hecho se presenta únicamente como un "suplemento" en sí superfluo. Pero el punto de partida es incorrecto, porque no concurre un poder volitivo configurador del curso del hecho del que se encuentra junto a la acción típica cuando el que la ejecuta actúa libremente en el grado superior de dominio del hecho. Ello se ha expuesto ya *supra* [6], no siendo necesario repetirlo ahora.

---

* § 47 StGB: «**Coautoría.** Si varios ejecutan una acción punible en común se castigará a cada uno como autor.»

[1] SCHÖNKE-SCHRÖDER, 10.ª ed., VIII, 5, b, ante § 47, p. 245.

[2] *Mod. Täterbegriff*, p. 55; KOHLR.-LANGE, 42.ª y 43.ª eds., ante § 47, I, 5, C, p. 163.

[3] *ZStW*, t. 69, 1957, pp. 434 ss.

[4] *RGSt*, 66, pp. 236-244 (240).

[5] *Abhandlungen*, I, p. 300.

[6] Pp. 165-166, 178-180 y 285-286.

Tampoco conducen a la meta otras dos vías que cabría emplear para rebatir la tesis de SCHRÖDER:

En principio, cabría limitar el dominio del hecho del coautor al llevar a cabo la acción ejecutiva típica, o sea, por ejemplo, en el caso del hurto; sólo cabría hablar de coautoría en aquellos que efectivamente hayan sustraído cosas. Entonces el dominio del hecho de todo interviniente estaría fuera de duda. Pero tal proceder nos remitiría (si no en la autoría mediata, sí aquí) a la teoría objetivo-formal, de la que ya hemos puesto de manifiesto *supra* [7] que precisamente en la actuación conjunta de varios no acierta con la solución correcta.

Por otra parte, se podría suscribir la postura de SCHRÖDER de que todo coautor sólo tiene dominio sobre su propia aportación, sin reconocer su consecuencia de que ahí se ponga de manifiesto el fracaso de la teoría del dominio del hecho. Más bien el § 47 StGB sería posible concebirlo como un precepto legal que estableciera una excepción, en virtud de la cual un dominio limitado a una determinada parte desencadena la responsabilidad penal por el hecho en su conjunto [8]. Pero mediante ese quiebro hacia la voluntad omnipotente del legislador no es posible resolver el problema. En efecto, en primer lugar sería una excepción curiosa, difícil de armonizar con el principio de culpabilidad, el que hubiera que castigar a alguien por algo que otro ha hecho responsablemente. Y en segundo lugar, de todos modos no se podría explicar tal posibilidad a partir del principio del dominio del hecho, pues según éste el autor ha de tener el dominio sobre el hecho global; su parte la tiene desde luego el propio partícipe "en sus manos", sin ser por eso autor.

Sin embargo, con ello parece imponerse la objeción de SCHRÖDER, con la que no ha polemizado hasta ahora ningún defensor de la teoría del dominio del hecho, puesto que si la coautoría no se limita al ámbito de la teoría objetivo-formal y para la autoría por una parte se requiere el dominio del hecho global, y por otra parte se admite que el coautor no domina la voluntad de sus copartícipes, parece entonces que es imposible armonizar estos tres aspectos entre sí.

No obstante, esta exigencia no contiene contradicción alguna. Más bien, lo peculiar de la coautoría estriba precisamente en que cada individuo domina el acontecer global en cooperación con los demás. Lo que quiere decir que el coautor no tiene por sí solo el dominio total del hecho, como se señala en las posturas de LANGE y SAX; pero tampoco ejerce un dominio parcial, como opina SCHRÖDER, sino que el dominio completo reside en las manos de varios, de manera que éstos sólo pueden actuar conjuntamente, teniendo

---

[7] Pp. 55-56.

[8] Cfr. al respecto, asimismo, WELZEL, *ZStW*, t. 58, 1939, p. 549, nota 79; LANGE, *Mod. Täterbegriff*, p. 50.

así cada uno de ellos en sus manos el destino del hecho global. En este sentido, también WELZEL dice, con buen criterio: «Cada uno no es mero autor de una parte» [9] y «la coautoría no es una forma especial de la autoría simple» [10]; más bien cada uno es «co-autor del todo» [9].

II. LA COAUTORÍA COMO DOMINIO DEL HECHO FUNCIONAL

La solución acabada de formular en teoría suena como algo muy obvio. Pero ¿cómo hay que representarse en la práctica una coautoría en tales términos, como un todo, que no es ni dominio único ni parcial? Al responder a esta pregunta se tornan inseguros incluso aquellos que expresa o tácitamente parten del planteamiento correcto.

Así, WELZEL [11] entiende que «la coparticipación en el dominio final del hecho» estriba en «que cada uno, al llevar a cabo su acto parcial, no sólo ejecuta su voluntad del hecho, sino al mismo tiempo también la de los demás» [12]. Ciertamente es correcto que el coautor casi siempre (no siempre) también actúa por los otros. Pero ¿por qué va a procurarle esto el dominio, si entonces los otros agentes son libres en su hacer? Con tal fundamentación, también cabría considerar coautor al inductor si el ejecutor también ejecuta a la vez la voluntad de aquél. Ahí reside un giro hacia lo subjetivo que consecuentemente debería remitir a la teoría de LANGE, rechazada por WELZEL, en el sentido de que el coautor en parte es autor mediato.

Análogas objeciones cabe esgrimir cuando GALLAS [13] fundamenta el dominio del coautor en que «el agente..., más allá de su porción psíquica en el hecho, refuerza la disposición y la energía para el hecho de los demás intervinientes en la ejecución». En efecto, si la "porción psíquica" sólo fundamenta un dominio parcial en lugar de un dominio conjunto, ¿cómo va a surgir de repente el dominio sobre el todo, mediante el reforzamiento de la disposición al hecho que, aisladamente considerada, sólo representa complicidad psíquica? Ello desembocaría en la ecuación "dominio parcial + complicidad psíquica = dominio sobre el hecho completo", cuenta que no cuadra porque es difícil de comprender cómo una acción parcial típica, como la complicidad psíquica, puede tener efecto fundamentador de dominio.

Me parece que sólo cabe resolver el problema si (al margen de "valoraciones" generales, que con demasiada facilidad desembocan en consideraciones sobre merecimiento de pena) se aborda de entrada la estructura

[9] *ZStW, op. cit.*, p. 549.
[10] *ZStW, op. cit.*, p. 550.
[11] *Op. cit.*, p. 552.
[12] *Op. cit.*, p. 551.
[13] *Gutachten*, p. 137; *DRZ*, 1950, p. 67.

de la cooperación en los supuestos característicos de coautoría. Si partimos de ejemplos en los que el cooperador, sin tener el dominio de la acción ni el de la voluntad, satisface en la medida de lo posible el criterio, para nosotros decisivo, de ser la "figura central del suceso de la acción" y si pensamos, por ejemplo, en el atracador del banco con la pistola o en el interviniente en el asesinato que sujeta a la víctima, la situación es la siguiente:

El interviniente no puede ejecutar nada solo; la intimidación de los empleados del banco o el sujetar a la víctima no realizan el resultado: únicamente si el compinche coopera "funciona" el plan. Pero también el otro se ve igualmente "desamparado"; de no quedar inmovilizados los empleados del banco, sería detenido, y de no sujetar nadie a la víctima, ésta se defendería o huiría. Así pues, para ambos la situación es la misma: sólo pueden realizar su plan actuando conjuntamente; pero cada uno por separado puede anular el plan conjunto retirando su aportación. En esta medida cada uno tiene el hecho en sus manos.

Este género de "posición clave" de cada interviniente describe con exactitud la estructura de la coautoría, algo que no se pone de manifiesto en su sentido previo dado. Si dos personas gobiernan conjuntamente una región, esto es, son co-señores en sentido literal, ello suele manifestarse en que cada uno, al adoptar medidas, está vinculado a la cooperación del otro. El reverso de este proceder consiste necesariamente en que cada uno, denegando su intervención, determina que la medida fracase. Incluso el legislador del Derecho civil se sirve de este modelo estructural en forma de obligación mancomunada cuando quiere expresar especialmente la comunidad en el dominio de una masa patrimonial (cfr., por ejemplo, § 709.1 BGB).

Así pues, aquí reside la idea básica de la coautoría, siempre que se la conciba como dominio del hecho conjunto. Teniendo presente este punto de partida, se entiende perfectamente cómo es que cada coautor tiene algo más que el dominio sobre su porción del hecho y, sin embargo, únicamente dirige el hecho conjuntamente con los otros. Además, se pone de manifiesto que los partidarios de la teoría del dominio del hecho, en la fundamentación teórica de la coautoría, por lo general aún están demasiado influenciados por la idea básica de la teoría subjetiva.

Por eso es absolutamente irrelevante que el colaborador en el asesinato que sujeta a la víctima, o el pistolero del asalto al banco, se subordinen internamente al otro, en el sentido de la teoría del dolo, y "dejen a su criterio" la ejecución del hecho. Aun cuando tal fuera el caso, sin embargo, siempre que obren libremente y sin coacción, dominan en la misma medida que los demás, siendo por tanto coautores. La postura de BOCKELMANN [14], que todavía en la actualidad emplea estos criterios desde el punto de vista

[14] *Untersuchungen*, pp. 118 y 122; en términos muy semejantes en esto Hellmuth MAYER, *Lehrbuch*, pp. 314-315, que por lo demás está orientado objetivamente.

de la teoría del dominio del hecho, no debe, pues, suscribirse. En todo caso, propugna ahora, como ya se mencionó *supra* [15], hacer una sola excepción: quien realiza el tipo personalmente no debe poder escudarse en la subordinación de la voluntad. Pero precisamente en esto se evidencia que el principio es erróneo, pues si con respecto a aquel que asesta la puñalada no importa que se haya subordinado o no a la decisión de voluntad del otro, no cabe explicar por qué hay que enjuiciar a su compañero con arreglo a otros puntos de vista, no obstante procurarle su aportación justo la misma medida de dominio sobre el curso del hecho.

Aun cuando WELZEL y GALLAS invocan que el coautor no ejecuta sólo su voluntad, sino simultáneamente la de los otros, o que su energía se ve reforzada por la influencia de los otros, en realidad hacen depender la delimitación de las formas de participación de relaciones de motivación psíquicas internas, cuya afinidad con la idea del *animus* no puede ignorarse.

Por el contrario, aciertan cuando se remiten a los puntos de vista de la división de papeles y de la necesaria imbricación de los actos parciales [16]. También la idea de MAURACH [17] de que el coautor puede, «según su voluntad, impedir o hacer concluir la realización del resultado global» expresa correctamente este principio, siempre que se entienda la fórmula en el sentido de que para el hacer concluir se requiere la cooperación de todos, pero que para impedir el desenlace basta uno solo [18].

Si hubiera que expresar con un lema la esencia de la coautoría tal como se refleja en estas consideraciones, cabría hablar de dominio del hecho "funcional", esto es, determinado por la actividad, en tanto que el dominio conjunto del individuo resulta aquí de su función en el marco del plan global. Ésta es una forma absolutamente autónoma de dominio del hecho, junto al dominio de la acción, que se basa en el carácter central de la realización del tipo aisladamente considerada, y junto al dominio de la voluntad, que se deriva de la falta de libertad, la ceguera o la fungibilidad del instrumento.

Con esta idea básica, no obstante, aún no se ha encontrado una solución aplicable sin más en todo caso concreto para las formas de configuración infinitamente diversas de posible actuación conjunta. Con todo, de ella cabe deducir consecuencias generalizables muy determinadas para multitud de sictuaciones típicas.

Con arreglo a dicha idea, es en primer lugar coautor todo interviniente cuya aportación en la fase ejecutiva representa un requisito indispensable para la realización del resultado pretendido, esto es, aquel con cuyo comportamiento funcional se sostiene o se viene abajo lo emprendido. Nada importa al respecto su disposición subjetiva hacia el acontecer.

[15] Pp. 73 y 104.

[16] Cfr. WELZEL, *op. cit.*, p. 552; GALLAS, *Gutachten*, pp. 137 ss.

[17] *AT*, 2.ª ed., § 49, II, C, p. 517.

[18] Cfr. con respecto al criterio de MAURACH *infra*, pp. 340 ss.

Y mucho menos se requiere que "ponga manos a la obra" en sentido externo o ni siquiera que esté presente en el lugar del hecho. El «jefe de una banda de contrabandistas que imparte por teléfono las órdenes a los concretos grupos operativos», mencionado por MAURACH [19], es coautor también según la postura que aquí se defiende; naturalmente, no porque sea tan "merecedor de pena" como el autor de propia mano —ésta es la problemática fundamentación [20] de que se sirve MAURACH—, sino porque toda la empresa caería en la confusión y fracasaría si la "central de mando" se viniera abajo de repente.

A la inversa, no cabe hablar en ningún caso de coautoría si a la aportación que se ha prestado en el marco del plan del hecho no le corresponde función independiente alguna, como ocurre en el ejemplo de aquel que procura al falsificador el tintero o el papel secante, pues aquí se trata de una cooperación fortuita, no incluida en el plan, indiferente para el desarrollo del suceso. Aun cuando aquel a quien el autor le pide colaboración la niegue, la falsificación documental va a tomar el curso previsto. Así pues, falta el criterio determinante de la coautoría: que ambos sólo puedan obrar conjuntamente. Lo mismo es aplicable para todos los servicios decididamente auxiliares que carecen de importancia en la estructura global del plan.

Tampoco importa nada en estos casos la motivación del interviniente. Aun cuando el falsificador de nuestro ejemplo quiera actuar no sólo para sí, sino también para el otro y se sienta reforzado por la asistencia de éste en su decisión de realizar el hecho, el sujeto de detrás no pasa de ser cómplice. Tampoco es autor en ningún caso aquel cuya intervención en el hecho (por ejemplo, en una paliza) se limita a jalear o aconsejar. Por intenso que sea su interés en el suceso y por relevante que sea su influencia psíquica, con tal de que los agentes directos sean libres en sus decisiones, lo que hagan depende exclusivamente de ellos, no pudiendo hablarse de coautoría del no ejecutor.

Esto hay que subrayarlo especialmente, porque el BGH mantiene expresamente la postura opuesta, con arreglo a la cual en el caso del § 176, número 1 («el que con violencia lleve a cabo acciones lúbricas con una mujer»), quien esté presente en el lugar del hecho puede ser coautor ya cuando, sin ninguna función autónoma en la ejecución del comportamiento de los otros, simplemente profiera frases de aliento. Dice el BGH [20a]: «St.

[19] *AT*, 2.ª ed., § 49, II, C, 2, p. 517.

[20] Acerca de la inutilidad de introducir consideraciones sobre merecimiento de pena en la doctrina de la autoría cfr. *supra*, pp. 47 ss.

[20a] Sentencia de la Sala IV de 28 de octubre de 1954, en *MDR*, 1955, p. 244: cfr. al respecto, en relación con la problemática de la comisión de propia mano, *infra*, pp. 450 ss. (451-452).

ciertamente no ha ejercido violencia ni realizado tocamientos obscenos sobre la muchacha; sin embargo, ello no es necesario para estimar coautoría. También basta la cooperación espiritual. El inculpado ha apoyado el comportamiento inmoral de los otros con su presencia y sus palabras y en cooperación consciente y querida con ellos lo ha querido como propio. Esto lo ha deducido la Sala, ante todo, de sus voces de aliento.»

Es fácil darse cuenta de que tal postura trabaja con ficciones formales y en realidad ni siquiera satisface los requisitos de la teoría del dolo. En efecto, no cabe deducir del supuesto ni la "decisión conjunta del hecho", que exige con carácter general la propia jurisprudencia, ni siquiera sabemos si los tres intervinientes de propia mano, al perpetrar las acciones lúbricas, hicieron caso de las voces de aliento del inculpado. Y ¿qué otra cosa pudo hacer el acusado en la situación dada que "dejar a criterio" de los que ejercían las violencias la comisión del hecho? De querer seguir la fundamentación empleada por el BGH cabría elevar sin dificultad toda complicidad psíquica a coautoría. De ese modo se dejaría la delimitación de la formas de participación a criterio del sentimiento judicial, lo que excluiría la posibilidad de controlar dogmáticamente las sentencias [20b].

Por el contrario, la idea, aquí desarrollada, del dominio del hecho "funcional" conduce a resultados precisos, tipificables, si bien divergentes de las soluciones de los demás defensores de la teoría del dominio del hecho.

III. EL DOMINIO DEL HECHO FUNCIONAL COMO CONCEPTO ABIERTO

Sin embargo, con estas consideraciones aún no ha quedado resuelta definitivamente la problemática, pues hay una zona límite que se sustrae a la generalización. Sirva como introducción el desde siempre controvertido ejemplo del quedarse vigilando.

Entre los partidarios de la teoría del dominio del hecho le han prestado especial atención GALLAS y MAURACH. El que se queda vigilando es coautor, dice GALLAS [21], «si fue co-titular de la decisión del hecho y su aportación al hecho aparece, por una parte, como resultado de una división del trabajo funcional en el marco del programa del hecho conjunto, y por otra, para todos los intervinientes como expresión de "cooperación" responsable». MAURACH [22] señala que ha de atenderse siempre a las circunstancias concretas: «el jefe de la banda que, según la organización amplia del asalto, se limita a la mera supervisión y cobertura no va a sustraerse a la pena por coautoría».

[20b] Las mismas objeciones cabe esgrimir contra la sentencia de la Sala V de 10 de enero de 1958, *MDR*, 1958, p. 139; cfr. al respecto ya *supra*, pp. 119-120, núm. XIII.

[21] *DRZ*, 1950, p. 67, así como *Gutachten*, p. 137.

[22] *AT*, 2.ª ed., § 49, II, C, 2, p. 517.

Sí son correctas ahí la diferenciación y la alusión a la "división del trabajo funcional". La "cooperación responsable" carece en nuestra solución de significado autónomo junto al dominio conjunto del hecho que viene dado por el ámbito de tareas asignado en el marco del plan global. Sólo en su necesidad para la realización del programa del hecho y no en la disposición anímica, independiente de ella, se muestra si alguien "coopera responsablemente". Otro tanto cabe replicar a MAURACH: quien organiza (y cubre o protege) la ejecución del hecho cumple una función imprescindible en el marco del plan. El que además, como jefe de la banda, obre de manera especialmente reprobable o culpable, carece de importancia para la cuestión de la autoría.

Según esto (podríamos decir, salvedad hecha de lo que se dirá más adelante) es coautor el que se queda vigilando si la ejecución del hecho exigía un puesto así, esto es, si esta actividad aparecía como función autónoma en el marco de la cooperación bajo forma de división del trabajo. Por el contrario, sólo se da participación si, por ejemplo, una banda de atracadores lleva consigo por primera vez a un "aprendiz" a fin de irle fogueando en el ejercicio de la "profesión" y lo deja vigilando en un lugar poco importante, pues aquí la realización del plan no depende de su aportación al hecho. Los demás podrían actuar sin él, y lo harían, mientras que no se atreverían a hacerlo si no quedara alguien vigilando en un lugar en que les amenaza un peligro serio. Así pues, que el quedarse vigilando fundamente coautoría o no depende de las circunstancias del caso concreto y requiere una solución judicial individual.

Así nos topamos con un problema que nos fuerza a volver a conectar con las consideraciones básicas relativas a cómo llenar de contenido el concepto de dominio del hecho [23], puesto que resulta que hay casos en los que el principio de interdependencia funcional, en teoría tan claro, no admite ya una verificación mediante criterios generales. La razón estriba tanto en la esencia del concepto de dominio funcional (1) como en la materia de regulación abarcada por el ámbito de la coautoría (2).

1. La idea básica del dominio del hecho conjunto, de que todos sólo pueden actuar conjuntamente, porque cada uno necesita a los demás, no puede establecerse únicamente mediante criterios lógico-cognitivos y psicológicos.

Así, sería incorrecto recurrir al punto de partida causal de la teoría de la necesidad tratada *supra*, pues en el plano lógico todas las condiciones son igualmente necesarias para un resultado concreto. Y si se quisiera averiguar *ex post*, mediante un juicio de verificación, si para una observación natural se ha "dependido" *in concreto* de una aportación individual, tampoco

[23] *Supra*, pp. 128 ss. y 143 ss.

esto sirve de ayuda en todos los casos. En efecto, no se puede hacer depender la autoría de un vigilante de que, durante la ejecución, debido al peligro de ser descubiertos, tuvo que entrar en acción. Más bien, ya desempeña una función necesaria en el sentido de nuestra teoría cuando hubiera tenido que intervenir de producirse las circunstancias pertinentes; pero esto no es ya verificación de hechos, sino una estimación judicial obtenida de la contemplación de la individualidad del caso.

Ciertamente tampoco ha de concebirse el principio del dominio del hecho funcional en el sentido de que sólo podría ser coautor aquel que, en caso de faltar, haría absolutamente imposible la realización del resultado. Y es que con posterioridad nunca se puede —por ejemplo, en nuestro ejemplo de partida— averiguar a ciencia cierta si uno habría podido apuñalar a la víctima sin la cooperación del otro. Pues entonces se habría dado un hecho totalmente distinto. No obstante, a su vez qué constituye un "hecho distinto" en este sentido no cabe determinarlo con carácter general: a tal efecto en los casos límite hace falta una valoración judicial formada de la mano de las circunstancias concretas.

También tendría simplemente un valor condicionado la consideración psicológica retrospectiva de qué efecto habría producido la falta de un interviniente concreto, de si, por ejemplo, sin vigilante no habrían ejecutado el hecho, pues tales consideraciones no dejan de ser hipotéticas. Por eso no se trata —a semejanza de la interpretación integradora de los contratos con arreglo al § 157 del Código Civil (BGB)— en realidad de verificaciones psicológicas, sino de comprender el significado objetivo de una función mediante un acto de comprensión de sentido.

Así pues, por muchas vueltas que se le den al problema, todos los criterios señalados tienen simplemente el valor de directrices, de reglas aproximadas que proporcionan un resultado acertado para el caso típico. Pero siempre queda una zona límite en la que la solución no se puede esbozar abstractamente. Aquí el juez debe en cierto modo continuar mentalmente la idea del dominio del hecho funcional sobre la base de las circunstancias individuales y adoptar entonces una decisión autónoma. Si se quisiera determinar formalmente el punto de vista de la interdependencia, de la imbricación de las aportaciones de una manera adecuada a cualquier situación imaginable, sólo podría decirse que alguien es coautor si ha desempeñado una función que era de importancia esencial para la concreta realización del delito. Se trata de un "principio regulativo" [24]: el concepto de la "importancia esencial" carece de por sí de contenido aprehensible. Sólo tiene el sentido de posibilitar al juez, con ayuda de la idea directriz material de la dependencia funcional, una solución que satisfaga las singularidades del caso concreto. El concepto de dominio del hecho funcional no permite mayor gado de fijación.

[24] Cfr. al respecto *supra*, pp. 146-147.

2. Tal modo de proceder no significa que sea deficiente la formación conceptual. Más bien, refleja la circunstancia, ya dada en la materia de regulación, de que en el ámbito de la coautoría ciertamente son posibles verificaciones con carácter general, pero que junto a ellas quedan supuestos no tipificables que sólo pueden enjuiciarse contemplando la concreta situación real. En el caso de la autoría mediata era posible mayor tipificación porque allí la cualidad de instrumento aparece limitada a determinados (si bien nítidamente separados) grupos de casos de superioridad psíquica o intelectual, y además cada vez sólo concurren dos personas. Pero donde puede cooperar un número ilimitado de intervinientes que obran libremente el número de supuestos imaginables es tan inabarcablemente amplio que habría que violentar lo múliple de la realidad para ajustarlo a una fijación demasiado rígida. El ámbito de regulación legal obliga aquí, pues, a construir un principio regulativo. No hace falta extenderse más sobre este punto, dado que también aquí se trata de llevar a la práctica un método para llenar de contenido el concepto de dominio del hecho, ya fundamentado más pormenorizadamente *supra* [25].

Pues bien, retomando las ideas allí desarrolladas, la del dominio del hecho funcional, que sirve para determinar la coautoría, se presenta como un "concepto abierto" en el sentido ya explicado. No se trata de un concepto "indeterminado", pues sus elementos, siempre que el carácter típico de los grupos de casos que se repiten permita generalizar, pueden verificarse mediante subsunción; tampoco cabe hablar de un concepto "fijado", porque no todas las modalidades de supuestos pueden someterse sin más a la descripción abstracta conceptual, sino que quedan huecos para la valoración judicial. Más bien estamos ante una síntesis de ambas formas conceptuales, ante una figura en la que se imbrican y complementan la legislación mediante reglas y mediante directrices, flexibilizándose la fijación rígida a través de un elemento de indeterminación, pero haciéndose enjuiciable mediante directrices fijas la vaguedad del principio regulativo necesitado de complementación.

No resulta posible ejemplificar estos principios en poco espacio mediante una casuística más amplia. Sin embargo, al contrastar más adelante los criterios empleados en la jurisprudencia del BGH, los casos resueltos en ella se tratarán con más detalle, lo que permitirá aplicar en la práctica las ideas aquí desarrolladas.

[25] Pp. 143 ss.

IV. CUESTIONES PARTICULARES

1. El carácter común de la decisión del hecho

El acuerdo de voluntades de los intervinientes con respecto a la ejecución del hecho y la realización de sus consecuencias es, también para la postura aquí mantenida, requisito indispensable de la coautoría.

Sin embargo, ello no ha de entenderse en el sentido de WELZEL, con arreglo a cuya teoría «el *minus* en cooperación objetiva [debe] quedar compensado por el *plus* de co-intervención en la decisión del delito» [26], pues si alguien no tiene objetivamente el dominio conjunto del hecho sobre el acontecer, tampoco puede alcanzarlo por medio de su intervención en el planeamiento.

Pero el carácter común de la resolución delictiva es necesario por otro motivo. Como, de acuerdo con los principios desarrollados *supra*, los coautores son interdependientes alternativamente, tienen necesariamente que estar de acuerdo para poder obrar conjuntamente. Y viceversa: si la aportación al hecho de un interviniente ha contribuido a un resultado, sin estar de acuerdo con los demás, no puede ser coautor; le tiene que haber faltado entonces el conocimiento de la relación mutua, requisito para el ejercicio de la coautoría efectiva.

Estos principios brindan el punto de partida para resolver varias cuestiones controvertidas:

a) *El conocimiento unilateral de la colaboración*

Si de dos intervinientes únicamente uno conoce la interrelación de las partes del hecho, el otro, aun cuando sea autor por su parte, obra entonces a ciegas y el conocedor es autor mediato.

Un ejemplo en tal sentido (un tanto artificioso) lo forma MAURACH [27]: A pretende envenenar a B; llega a saber que también C persigue el mismo fin, pero con una dosis en sí insuficiente; acto seguido añade su propia dosis de veneno, de manera que la muerte sólo se produce por el efecto conjunto de ambas cantidades.

Aquí MAURACH, con buen criterio, rechaza la coautoría. No obstante, niega también la autoría mediata, porque «a A [no le corresponde] dominio del hecho con respecto a las acciones de C». Al afirmarlo pasa por alto (lo que suele suceder) que sí concurre dominio de la voluntad en virtud

[26] *Lehrbuch*, 7.ª ed., p. 98.

[27] *AT*, 2.ª ed., § 49, I, B, 3, a, p. 508.

de supradeterminación configuradora de sentido; C debe responder por asesinato intentado y A por asesinato consumado en autoría mediata.

El ejemplo se encuadra en el contexto de los supuestos, tratados *supra*, del cuarto grado de dominio del hecho [28], que por los mismos motivos han de excluirse globalmente del ámbito del dominio del hecho conjunto: quien aprovecha el *error in persona* de otro es autor mediato, no coautor.

b) *El exceso del coautor*

Por análogas razones, tampoco es imaginable la coautoría en el exceso consciente de un copartícipe, puesto que quien va más allá de lo acordado sin que los demás "cooperen" se desliga de la dependencia funcional. Obra como autor único directo [29] o, si se sirve de un compañero que nada sabe, como autor mediato.

c) *El* error in persona *de un coautor*

Una sentencia del BGH [30] brinda un excelente ejemplo al respecto: de tres delincuentes que huían uno (según lo acordado) había pretendido disparar a un perseguidor, pero en lugar de ello, por confusión, hizo blanco en un compañero.

Supongamos que los tres atracadores, de haberse tratado realmente de un perseguidor, hubieran sido coautores [31]. ¿Cambia algo porque se dé un *error in persona*? ¿Es este error para los otros dos igual de irrelevante que para el tirador? El BGH no ha visto inconveniente alguno en afirmarlo, condenando como coautores a los compinches a punto de ser abatidos. Tampoco, por lo demás, ha apreciado la sentencia en este punto contradicción alguna [32].

No obstante, es más correcto rechazar la coautoría en tales casos, lo que se deduce de que los intervinientes estaban de acuerdo en que tendrían que asumir, en caso necesario, la muerte de una persona. Pero esta persona tenía que ser un perseguidor y no alguien no involucrado, mucho menos un compañero. La cuestión, pues, sólo puede ser la de si el acuerdo de voluntades ha de referirse a la cualidad abstracta de persona de la víctima o al concreto objeto de la acción "perseguidor" tenido en cuenta.

[28] Cfr. pp. 211 ss.

[29] En definitiva, y en parte coincidiendo en la fundamentación, *BGHSt*, 6, pp. 248-251 (249).

[30] *BGHSt*, 11, pp. 268-272; cfr. *supra*, pp. 120-121 ss., núm. XIV.

[31] Al respecto, con más detalle, *infra*, pp. 340 ss.

[32] SCHRÖDER, *JR*, 58, pp. 427 y 428, dice lacónicamente en su agudo comentario que «el error del coautor también carece de relevancia, como *error in obiecto*, para el otro coautor" (p. 427); sólo DREHER tilda de "dudosa" a la sentencia, DREHER-MAASSEN, § 47; SCHWARZ-DREHER, § 47, 3.

Más acertada es la segunda estimación, como ya se deduce de que nadie apreciaría coautoría si uno de los atracadores disparara intencionadamente a alguien no involucrado o a un compañero. La circunstancia de que, según lo acordado, hubiera que abatir a una persona y efectivamente se la abatiera nada cambia en lo afirmado. Luego no puede ser de otro modo en caso de confusión inintencionada (exceso imprudente). De un modo u otro, el resultado llevado a cabo estaba al margen de la función que le correspondía al tirador en el plan global. Consiguientemente, tampoco podían los otros participar de él. La suposición errónea del tirador no puede suplir la relación que objetivamente falta. Y es que el coautor no responde por lo que el otro ha hecho, sino por su propio dominio del hecho. Pero éste no se extiende a tal acción fallida ajena a la tarea asignada.

Al margen de estas consideraciones estructurales, tampoco el sentimiento jurídico habla en favor de la solución del BGH. Si varios conjurados acechan en distintos lugares para matar a determinado oponente político y uno de ellos, por una serie de confusiones consecutivas, abate a cinco personas sucesivamente antes de acertar con la adecuada, ¿por qué tienen que responder los otros por séxtuple asesinato doloso si sólo han asumido la muerte de *una* persona? En esta medida ocurre como en la autoría mediata, la inducción y la complicidad, que también, frente a la doctrina dominante, requieren una consideración concreta [33]. Y retomando la sentencia del BGH también es una idea extraña la de que (como supone el BGH), alguien, sin ser suicida, haya cometido una tentativa de asesinato doloso sobre sí mismo y además haya tenido que co-dominar este suceso que le es absolutamente desagradable y desde luego no deseado. Me parece que la postura aquí mantenida se ajusta mejor a la concepción natural.

Distinto es, naturalmente, cuando varios coautores sufren el mismo *error in persona* y como consecuencia del error común cometen su acción contra persona distinta a la pretendida. Pero entonces cada cual responde por su propia conducta y no por el error de los demás.

d) *Coautoría en virtud de la "operatividad ulterior causal"*

Incompatible con el principio básico del dominio del hecho conjunto es una sentencia del BGH [34] que considera coautor a un sujeto que no conoció circunstancias "fundamentadoras del dominio conjunto". El supuesto es el siguiente: un hombre pretendía matar a un niño de pecho estrangulándolo y golpeándole en la cabeza. Cuando creyó haber alcanzado su objetivo llevó el niño supuestamente muerto a su mujer y se marchó "presa de la consternación y el horror". "En seguida" advirtió la mujer que el niño vivía y lo mató mediante una acción independiente.

[33] Al respecto *supra*, pp. 235-240.

[34] *BGHSt*, 9, pp. 180-184.

El BGH decide castigar al hombre como coautor del hecho de su mujer, fundamentándolo en que el hacer de la mujer se ha sumado a la acción de él; en esa medida su comportamiento ha seguido contribuyendo a surtir efecto en el homicidio realizado por la mujer, siendo causal de éste. Por eso no dejaría de haber coautoría si en este momento ya hubiera abandonado el dolo de matar, pues la coautoría ha de afirmarse siempre que «el interviniente que quiere el hecho como propio haya cooperado de cualquier manera en la ejecución, aunque sólo sea espiritualmente» [35].

Esto es imposible de mantener tanto en sus resultados como en su fundamentación. Al margen de que la trivial teoría del *animus*, a la que en definitiva se remite la sentencia, desde luego se opone a la idea del dominio del hecho, falta aquí hasta esa voluntad de autor tan vaga, puesto que es imposible que uno pueda "contribuir espiritualmente" a una ejecución y "querer el hecho como propio" ¡si no sabe que está teniendo lugar! No cabe hablar de acuerdo de voluntades con respecto al último acto parcial, ni de un plan global que pudiera hacer aparecer el proceder posterior de la mujer como pieza final de una cooperación en forma de división del trabajo. Por eso sólo cabe condenar por asesinato intentado.

También DREHER [36] formula dudas contra la sentencia, propugnando atender a si el hombre, «de haber llegado a saber que el hecho no estaba aún terminado, hubiera querido su terminación». Pero tampoco puede aceptarse este planteamiento, pues tal consideración hipotética no puede suplir a la falta efectiva del carácter común de la resolución del hecho. Tampoco la circunstancia de que al hombre el desarrollo posterior quizá le pareció deseable puede atribuirle el dominio conjunto del suceso.

e) *Coautoría en casos en que está excluida o mermada la culpabilidad de un interviniente*

El problema tan controvertido de si puede darse coautoría cuando alguien actúa conjuntamente [37] con un menor, un inimputable, una persona que obra en error de prohibición o en general con alguien disculpado, no encierra ningún nuevo punto de vista: en tanto que, de acuerdo con los criterios desarrollados *supra*, haya que estimar un caso de autoría mediata, ésta no puede servir para fundamentar coautoría. Pero a la vez puede darse coautoría si el autor mediato toma parte en la ejecución ejerciendo una función esencial

[35] *Loc. cit.*, p. 182.

[36] *MDR*, 1956, p. 499.

[37] MAURACH, 2.ª ed., § 49, I, B, 4, p. 509; KOHLR.-LANGE, 42.ª y 43.ª eds., § 47, III, p. 174; GALLAS, *Gutachten*, pp. 138 y 139.

en la realización del delito junto al otro. La falta de culpabilidad del coejecutor no impide, a la vista del § 50.1 StGB, la coautoría.

f) *Coautoría en casos de realización de tipos heterogéneos*

La cuestión de si es concebible una coautoría en la que los intervinientes respondan por distintos preceptos [38] no puede responderse unitariamente. Contra esta posibilidad no existe objeción alguna si las diferencias entre los tipos consisten en circunstancias residentes fuera de la concreta ejecución de la acción: así, uno puede cometer un robo con fuerza *(Einbruchsdiebstahl)* y otro un hurto famélico si éste, a diferencia de su compañero, va a destinar el alimento sustraído a su consumo inmediato; uno puede ser asesino y otro homicida si los móviles viles sólo concurren en uno de los copartícipes. En casos así la dependencia funcional en la realización del delito no resulta afectada por la distinta motivación de cada interviniente.

Distinta es la cuestión cuando las *acciones* típicas divergen entre sí, como, por ejemplo, en la relación entre el hurto y el robo violento. Aquí, por cuanto respecta a la sustracción de cosas ajenas, puede darse coautoría; pero en cuanto al empleo de violencia, hay dos posibilidades: o existía a ese respecto cooperación acordada, y entonces ambos han de responder por el § 249 StGB, aun cuando sólo uno de los copartícipes haya empleado violencia, o uno de los intervinientes ha empleado la violencia por su cuenta, y entonces él es en este punto autor único, debiendo estimarse coautoría circunscrita sólo a la sustracción.

2. Coautoría sucesiva

Obviamente es posible la coautoría sucesiva, aquella en la que el sujeto se suma con posterioridad a un hecho ya iniciado para continuar ejecutando el delito junto con los otros. No obstante, frente a la teoría hasta ahora casi unánime [39], al que se suma no se le pueden atribuir circunstancias cualificantes que ya estuvieran realizadas antes de su intervención.

Esto se deduce forzosamente de la idea básica de la teoría del dominio del hecho, con arreglo a la cual uno es coautor cuando (y en tanto que) domina junto con otros el curso del acontecer. Ello presupone una interdependencia recíproca en la que cada uno sólo puede actuar junto con los

[38] Cfr. MAURACH, *AT*, 2.ª ed., § 49, I, B, 3, b, p. 509; MEZGER, *LK*, § 47, 3, pp. 252 y 253, con más bibliografía.

[39] Representa una excepción Hellmuth MAYER, *Lehrbuch*, 1953, p. 313, que, sin embargo, aún no tiene en cuenta la sentencia *BGHSt*, 2, pp. 344-348; como aquí ahora, asimismo, SAX, *Festschrift für Nottarp*, 1961, pp. 136 y 137.

demás, pero, en virtud de la función que desempeña en el marco del plan global, tiene su realización en sus manos. Nada de esto se da cuando alguien, sólo después de realizar circunstancias cualificantes, encuentra un compañero que hasta entonces ha carecido de influencia en la marcha de los acontecimientos.

En la conocida sentencia del BGH [40] que, frente a la jurisprudencia del RG [41] y la doctrina hasta entonces dominante, supuso un cambio completo en el parecer general, el supuesto de hecho se presentaba así: P había cometido robo con fractura en un quiosco, sustrayendo una parte de los alimentos y llevándolos a la vivienda de un conocido suyo, N, a quien despertó, le contó el robo e hizo que le ayudase a acarrear el género que quedaba en el quiosco todavía abierto. Más tarde ambos se repartieron todo el botín. Aquí el BGH, como P desde el principio quiso perpetrar el delito en dos acciones parciales, decide castigar a N como coautor de robo con fuerza. El supuesto de hecho evidencia, en cambio, que no cabe hablar de coautoría de N en el robo con fuerza del que sólo con posterioridad sabe.

El BGH apoya su postura entonces también en otro motivo: entiende que la ley hace responder al individuo «también por aquello que ha hecho el otro coautor»; cuando alguien se suma como coautor, la conformidad con lo hasta entonces sucedido tiene «la virtualidad de que se le impute penalmente también el delito unitario como tal» [42]. En esta argumentación se trasluce la idea, ya antes [43] rechazada, de que al coautor se le castiga por el comportamiento de otros en lugar de por el suyo propio. Además, la coautoría en el robo con fuerza se deriva incorrectamente de la "conformidad" del que se suma; este punto de vista es inidóneo porque también inductores y cómplices están conformes con el suceso, sin por ello llegar a ser coautores.

Con todo, sugestiona a primera vista el paralelismo con la complicidad que invoca el BGH: en el cómplice da igual en qué instante de la ejecución tome parte favoreciendo. A la vista de lo cual, tratar de modo distinto a la coautoría no parece estar justificado [44]. Pero precisamente ahí se muestra lo defectuoso de ese punto de partida: se trata a autor y cómplice como fenómenos cualitativamente homogéneos. Sin embargo, la complicidad es accesoria en razón de su esencia. La pena del cómplice depende por eso necesariamente de a qué haya auxiliado. Es indiferente en qué fase de la ejecución haya prestado este auxilio, porque de todos modos él no comete el hecho por sí mismo (ni conjuntamente con otro) [44a]. En cambio, el coautor

[40] *BGHSt*, 2, pp. 344-348.

[41] Con respecto al § 243: *RGRspr*, 8, pp. 80-82 (82); RG, *JW*, 1923, p. 756; 1924, 1436.

[42] Loc. cit., p. 346.

[43] *Supra*, pp. 376-377.

[44] *Loc. cit.*, pp. 345 y 346.

[44a] Discrepa en esto SAX, *op. cit.*, p. 137, nota 11, que propugna castigar al cooperador que se suma después sólo como cómplice en hurto simple.

es autor y debe responder por lo que él mismo, en cooperación con otros, ha cometido, y el empleo de fuerza en las cosas (fractura) no forma parte de ello. En tanto que al sumarse apoya un comportamiento no sometido a su co-dominio, únicamente puede ser cómplice.

Por eso, como curiosamente en ningún lugar se ha destacado, en estos supuestos sólo cabe estimar, junto a la coautoría de N en el hurto simple, su complicidad en el tipo del § 243.1, número 2 StGB (hurto —agravado— con escalamiento o fractura), por cuanto que N ha ayudado a P a aprovecharse del producto de un robo con fuerza cometido por éste sólo, pero materialmente aún no consumado. Si no le hubiera acompañado, sino que, por ejemplo, se hubiera limitado a prestarle una carretilla para acabar de transportar el botín, también se le habría castigado ciertamente por complicidad en el robo con fractura.

Teniendo esto en cuenta, desaparecen todas las injusticias en la determinación de la pena que suele gustar de invocar la opinión contraria [45]. Por el contrario, la postura del BGH conduce a resultados sumamente extraños. Con arreglo a ella, como subraya la sentencia expresamente [46], no puede hacerse responder a N por hurto cualificado si P sólo sobre la base de un nuevo dolo ha resuelto llevarse también el género restante. Entonces, sólo se daría coautoría respecto al § 242 StGB (hurto simple). Aquí se plantea la siguiente pregunta: ¿por qué tiene N que saberlo? Y ¿cómo es que su coautoría va a depender de los procesos del fuero interno de P, totalmente indiferentes para él e irrelevantes para el curso de la acción? Desde luego con la idea del dominio del hecho ya nada tienen que ver tales construcciones.

No obstante, la sentencia del BGH ha encontrado aprobación casi por doquier [47]. También la mayoría de los partidarios de la teoría del dominio del hecho se han pronunciado en sentido aprobatorio [48]; entre ellos, MAURACH y NIESE han dedicado al problema análisis pormenorizados.

MAURACH entiende que sólo la postura del BGH «satisface el concepto de dolo... Dolo quiere decir no sólo "querer", sino también "saber". Se imputan también al autor único las circunstancias del hecho en que basa su plan de trabajo cuando uno se las encuentra y articula su plan ajustándose a ellas».

Pero esta fundamentación no se sostiene: ciertamente forma parte del dolo el saber, pero eso nada demuestra en favor de la coautoría, porque también el partícipe tiene este saber. Para el dominio del hecho el conocimiento de las circunstancias del hecho sólo es requisito de la configuración del suceso consciente del fin, sin que pueda llegar a suplir a la dirección real del curso del hecho, lo cual rige con más razón para el saber posterior. Y no se entiende bien la alusión al autor único. ¿Cómo es que puede "encontrarse circunstancias del hecho"? O él realiza robo con fractura, y entonces realiza (no se encuentra) las circunstancias, o encuentra la casa abierta, y entonces no comete robo con fractura, no pudiéndosele atribuir nada de ese género. ¿En qué sentido pueden extraerse de ahí conclusiones relativas al tratamiento de la coautoría sucesiva?

[45] Cfr. p. ej. NIESE, *NJW*, p. 1952, p. 1147; FURTNER, *JR*, 1960, p. 367.

[46] *Op. cit.*, p. 347.

[47] Cfr., al margen de tratados y comentarios, MARTIN, *NJW*, 1953, pp. 288-290; FURTNER, *JR*, 1960, pp. 367-369.

[48] MAURACH, *AT*, 2.ª ed., § 49, III, 1, p. 518; WELZEL, 7.ª ed., p. 96; KOHLR.-LANGE, 42.ª y 43.ª eds., § 47, I, p. 174; NIESE, *NJW*, 1952, pp. 1146-1147.

Para fundamentar la coautoría, NIESE parte con buen criterio de la idea de la división del trabajo, pero después argumenta con la reflexión de que uno tiene que "hacerse atribuir" el trabajo del otro [49]. No obstante, así se desliga, como se mostró *supra*, del principio del dominio del hecho, con arreglo al cual precisamente sólo puede atribuirse a la coautoría aquello que el individuo haya co-dominado.

En conclusión, un sujeto no puede ser castigado como coautor por circunstancias cualificantes que en el momento en que se suma al plan del hecho ya estaban realizadas.

§ 28. LA COOPERACIÓN EN LA FASE PREPARATORIA

I. ESTADO DE LA CUESTIÓN

Al ocuparnos de la cooperación en la fase preparatoria no podemos comenzar directamente por considerar qué requisitos deben reunirse aquí para el dominio del hecho. La problemática exige más bien un planteamiento esencialmente más radical: hay que indagar si en este ámbito es posible en absoluto la coautoría o si quizá cabe decir en general que quien sólo toma parte en actos preparatorios debe estar excluido de la posesión del dominio del hecho en todos los casos.

Al respecto, según nuestras ideas precedentes, hay que partir obviamente de que la coautoría y la autoría mediata han de separarse estrictamente entre sí frente a la tan difundida mezcla de ambos conceptos. El dominio del hecho funcional y el dominio de la voluntad se basan en principios totalmente distintos. Por eso, no cabe recurrir al dominio de la voluntad, cuyos requisitos se han descrito *supra* pormenorizadamente y que de ninguna manera exige cooperar en la ejecución para fundamentar coautoría. Lo cual ha de subrayarse de entrada, porque los partidarios de la teoría del dominio del hecho —incluso los que no consideran la coautoría como una "autoría parcialmente mediata"— suelen invocar, ya en caso de cooperación en la

[49] *Op. cit.*, p. 1147.

fase preparatoria, para explicar la coautoría, la influencia volitiva del interviniente, difuminando así la diferencia estructural entre dominio del hecho funcional y dominio de la voluntad.

La cuestión de si la actividad preparatoria puede surtir efecto fundamentador de coautoría ha quedado hasta ahora casi completamente sin explicar en la teoría del dominio del hecho. Contra la posibilidad de autoría se pronuncia GALLAS [1], quien señala: «No basta una intervención en el planeamiento o en la preparación del hecho. Más bien, el coautor tiene que tomar parte en el ejercicio del dominio del hecho. El que se limita a espiar sobre la oportunidad del hecho o a proporcionar los instrumentos necesarios no actúa como co-señor del hecho, sino sólo como cómplice, aun cuando haya participado en el acuerdo sobre el hecho.»

Muy semejante es la solución de MAURACH [2], que desde luego no aborda expresamente el planteamiento. Está de acuerdo con GALLAS en que quien meramente explora la oportunidad del delito sólo es cómplice o inductor, al margen de la porción del botín que pueda esperar. No obstante, la controvertida cuestión de si la coautoría requiere siempre presencia personal en el lugar del hecho o si la ausencia del cooperador en cuestión excluye estimar coautoría, la plantea incorrectamente de esta forma: el jefe de una banda de contrabandistas que imparte por teléfono las órdenes a los grupos operativos individuales es tan merecedor de pena en calidad de autor como el conductor que personalmente pasa por la aduana con el alijo.

Por el contrario, leemos en WELZEL [3]: «... también el que objetivamente sólo prepara o auxilia es coautor si es co-titular de la resolución conjunta del hecho». Hasta un comportamiento que externamente se limite a exhortar al hecho conducirá a la coautoría si el que objetivamente sólo instiga obra "con decisión del hecho propia" [4].

Igualmente dice BOCKELMANN [5], en la polémica contra GALLAS, que «también llevar a cabo aquellas acciones que normalmente tienen mero carácter auxiliar o preparatorio puede fundamentar la pena por autoría, de cometerse sobre la base de una resolución del hecho conjunta y de representar la ejecución del papel que le ha correspondido al ejecutor en la decisión adoptada... El empleado del banco que acuerda con el ladrón profesional el hurto de la caja fuerte de manera que él debe enterarse de cuándo la caja está repleta y en qué momentos no hay que contar con que aparezca el guarda, mientras que el otro debe ejecutar la sustracción, desde luego no comete sólo inducción o complicidad con el hurto, sino que es coautor...».

[1] *Gutachten*, p. 137; igualmente Hellmuth MAYER, *Lehrb.*, p. 314.
[2] *AT*, 2.ª ed., § 49, II, C, 2, p. 517.
[3] *Lehrb.*, 7.ª ed., p. 98; en el mismo sentido *ZStW*, t. 58, 1939, pp. 551 y 552; *SJZ*, 1947, apdo. 650.
[4] *Lehrb.*, 7.ª ed., p. 109.
[5] *Untersuchungen*, p. 101, y nota 54 en esa misma página.

No es difícil darse cuenta de que en esta cuestión controvertida se reflejan los distintos puntos de partida de cada uno de los teóricos del dominio del hecho. Mientras que MAURACH y, sobre todo, GALLAS parten de una teoría objetiva de la participación y por eso requieren para la autoría una mayor proximidad al tipo, las posturas de WELZEL y BOCKELMANN representan evoluciones ulteriores de una teoría del dolo estrictamente subjetiva y en esa medida concuerdan con la jurisprudencia constante del RG, con arreglo a la cual ya la mínima participación en la preparación puede bastar para afirmar la autoría con tal de que se den los requisitos subjetivos [6].

También la jurisprudencia del BGH, con todas sus concesiones a la teoría del dominio del hecho, se ha mantenido siempre firme en este principio central de la teoría subjetiva. Así, se dice en una Sentencia de 3 de febrero de 1960 [7]: «La coautoría requiere un actuar que contribuya a realizar el tipo. Al respecto basta, según el "principio de la división del trabajo", reconocido en general, con que el coautor limite su actividad personal a acciones preparatorias de apoyo.» Más decididamente dice la misma Sala (la IV) el 10 de marzo de 1961 [8] —con todo, negando al mismo tiempo el dominio del hecho— que basta una "cooperación espiritual" preparatoria; coautor puede serlo ya aquel que ha reforzado "en cualquier momento" la voluntad del que ejecuta, él solo, el hecho.

II. EL QUE PREPARA NO ES COAUTOR

Sólo negar la coautoría del que prepara se ajusta al concepto de dominio del hecho, lo que se deduce (basándonos en las directrices elaboradas *supra* para la determinación del concepto de autor) de varias consideraciones:

1. En el centro del acontecer relevante para la consideración penal se encuentra el hecho, tal como el legislador lo ha descrito en los distintos tipos. Por tanto, la figura central del suceso de la acción, en el sentido antes explicado, no puede serlo alguien que no haya tomado parte en la realización de este hecho, sino que sólo haya ayudado a crear las condiciones previas del delito. Más bien éste se ve desplazado forzosamente a la periferia del suceso. Con arreglo a lo expuesto antes esto no requiere de ulterior aclaración.

2. Tampoco cabe decir que alguien que sólo ha cooperado preparando pueda realmente "dominar" el curso del suceso. Si el otro obra libre y autónomamente, en la ejecución él queda dependiendo de la iniciativa, las decisiones y la configuración del hecho del ejecutor directo. En la cooperación

[6] Cfr. al respecto *supra*, p. 75-76, con bibliografía.
[7] *BGHSt*, 14, pp. 123-132 (128 y 129); cfr. *supra*, pp. 122-123, núm. XVI.
[8] *BGHSt*, 16, pp. 12-15 (14); cfr. *supra*, pp. 124-125, núm. XVIII.

conforme a la división del trabajo en la fase ejecutiva ello es completamente distinto: aquí las aportaciones parciales se imbrican de manera que cada uno depende de su compañero y el abandono de uno hace fracasar el plan. Pero quien sólo contribuye a auxiliar en la preparación en algún momento tiene que "dejar de su mano" el hecho y confiar a partir de entonces en el otro.

Lo cual lo ilustra precisamente el ejemplo ideado por BOCKELMANN en apoyo de la postura contraria: el empleado del banco puede dar el soplo al ladrón profesional de cuándo está repleta la caja y de cuándo el guarda está haciendo la ronda; pero a partir de ahí ha quedado eliminado del juego; lo que ocurra ya y cómo se ejecute (por expresarlo en términos de la teoría del dolo) tiene que "dejarlo a criterio" del ladrón. No cabe hablar en absoluto de que en la realización del suceso que coincide con la imagen típica, esto es, el robo en sí, domine la situación.

En la polémica con las posturas discrepantes resultará una serie de otros argumentos en apoyo de la opinión aquí defendida.

III. POLÉMICA CON WELZEL

La cuestión de si es posible el dominio del hecho del que sólo prepara no ha encontrado hasta ahora en la doctrina la atención que merece por su extraordinaria importancia. Sólo en WELZEL hallamos una toma de posición pormenorizada sobre toda esta problemática. Sus tesis tienen para nosotros especial importancia, por intentar justificar precisamente la opinión contraria mediante el principio del dominio del hecho. Por eso hemos de ocuparnos de su teoría incluso con detalle.

No basta para que concurra coautoría, entiende WELZEL [9], que el que objetivamente sólo apoya simpatice con la ejecución del hecho, que esté de acuerdo con ella. Más bien, la "voluntad de autor" debe tener significación objetiva en el hecho global. «Y la tiene», dice WELZEL, «cuando el hecho global también en las aportaciones de los demás intervinientes está conducido por la decisión del hecho adoptada conjuntamente, de manera que no es sólo que llevar a cabo la acción de apoyo sea para el que interviene en ella una ejecución parcial de la decisión del hecho conjunta, sino que también llevar a cabo las acciones ejecutivas es para los ejecutores al mismo tiempo la correalización de la decisión del hecho en cuya adopción ha participado el que apoya».

Así pues, WELZEL no considera a la disposición volitiva del que prepara suficiente por sí sola para fundamentar la coautoría. Además, exige que también el ejecutor mismo, en la ejecución del hecho, se sienta "llevado"

[9] *ZStW*, t. 58, p. 551.

por la resolución común, que obre en la consciencia de correalizar también la decisión del otro. Sin embargo, contra esta argumentación cabe objetar varios extremos:

En primer lugar, ni el sentimiento de solidaridad más sincero en el ejecutor directo cambia nada en el hecho de que está exclusivamente en su poder cómo se configurará el curso del hecho *in concreto* y si concede a la decisión común del hecho el dominio sobre sus ideas y actos. La influencia de aquel que no toma parte en la ejecución del plan sólo puede surtir efecto sobre la psique del otro. Pero si el que prepara no domina a este otro, sino que por el contrario el ejecutor obra libre y responsablemente, aquel que no está presente tampoco puede dirigir el curso del hecho, estando a expensas del albedrío del agente. En esto el que prepara nada se distingue del inductor, al que desde luego WELZEL niega el dominio del hecho.

Por lo demás, esta reflexión conduce a una consecuencia sumamente curiosa de la argumentación welzeliana. Puesto que, con toda razón (y en contra de la teoría del *animus*), advierte que la mera voluntad o deseo del que prepara, que simpatice o esté conforme con el suceso, no le convierten en señor del hecho, se ve forzado a hacer depender la autoría del que objetivamente sólo prepara o apoya de la disposición anímica del otro, del que obra directamente. Ha de atenderse a si el hacer de éste «está llevado por la decisión del hecho adoptada en común». Sin embargo, tal delimitación entre autoría y participación no resulta factible, pues dado que, como hemos visto, el agente es libre al ejecutar, su voluntad y obrar serían determinantes de si el otro es autor o partícipe. Lo cual no puede ser correcto, porque uno sólo puede ser castigado por sus propios actos y no por las sensaciones anímicas de otro, independientes de lo que él haga.

A lo que se añade que la distinción propuesta por WELZEL es inviable en la práctica. Él mismo señala [10]: «La verificación en el concreto acontecer en cada caso puede ser bastante difícil.» Piénsese simplemente en el ejemplo de BOCKELMANN del empleado del banco: su preparación, su participación en el botín, su deseo ferviente de que ojalá salga bien el plan..., todo esto no puede hacerle cotitular del dominio del hecho, en opinión de WELZEL. Más bien ha de verificarse si para el ladrón profesional el robo «está conducido por la decisión del hecho adoptada conjuntamente», si para él «es al mismo tiempo la correalización de la decisión del hecho en cuya adopción ha participado el que apoya».

Pero ¿cómo se determina esto? No es sólo que tales procesos puramente psíquicos, que no se manifiestan externamente, apenas sean susceptibles de verificación judical y de demostrarse, es que ni siquiera cabe suponer que un delincuente reflexione sobre si el hecho que ejecuta él solo a la vez

[10] *ZStW*, t. 58, p. 552.

realiza la decisión de otro. Aun cuando se objete que no se trata aquí de procesos de la consciencia de naturaleza reflexiva, sino de la disposición anímica del ejecutor, que se siente "llevado" por la decisión común, su "función objetiva" [11], que WELZEL subraya, no deja de ser inaprehensible, pues carece absolutamente de influencia en la realización externa del hecho. Por seguir con el ejemplo de BOCKELMANN: si el ladrón se frota las manos ante la información del empleado del banco y pone entonces en marcha el robo, ¿cómo cabe pensar una realización del delito en la que el estar sustentado por la decisión común del hecho adquiera trascendencia objetiva?

Al margen de esta falta de trascendencia objetiva, tal disposición anímica difícilmente va a concurrir en la práctica, pues la consciencia del ladrón de obrar a la vez en provecho del empleado del banco obviamente no puede bastar, ya que tampoco el inductor al que se le ha prometido una parte del botín se convierte por eso en coautor. Una idea así del estar sustentado por la decisión común es una ficción, y en el plano psíquico, tan irreal como la famosa "voluntad de autor" de la anterior jurisprudencia del RG.

Lo que resta es la decisión común del hecho, de la que WELZEL también en su *Tratado* hace depender en lo esencial la existencia de coautoría cuando menciona a la "participación en la decisión del delito" como criterio que convierte al que meramente realiza actos preparatorios en coautor [12]. Se puede pensar sobre la determinación de la coautoría de un modo o de otro, pero sobre la base de la teoría del dominio del hecho difícilmente cabe discutir que el dominio sobre la realización del hecho no puede originarse exclusivamente por la intervención en el acuerdo del delito. En particular, así casi se abandona también en la teoría la exigencia de la "trascendencia objetiva" de la voluntad de autor en la ejecución del hecho, consecuencia prácticamente forzosa de la condición ficticia de este requisito objetivo.

Otro extremo me parece aún más dudoso: estimar coautoría en tales casos privaría de valor todo el trabajo realizado en la delimitación de autoría mediata e inducción, degradándolo a mera discusión terminológica. Lo cual se pone de manifiesto especialmente en la teoría de WELZEL, quien idea el caso en que dos amigos, A y B, yendo de caza, se encuentran con su común enemigo X. Pues bien, si A no hace otra cosa que exhortar a B a que dispare, y si en ésas B, él solo, por propia decisión, mata a X, sin embargo A es coautor según la opinión de WELZEL con tal que haya gritado las palabras "vamos, dispara" con "decisión del hecho propia" [13].

Al margen de que esta solución renuncia a todo criterio objetivo de dominio y sitúa la circunstancia fundamentadora de la autoría exclusivamente en la mente del no ejecutor, se opone diametralmente al punto de vista

[11] *ZStW, op. cit.*, p. 551.
[12] *Lehrb.*, 7.ª ed., p. 98.
[13] *Lehrb.*, 7.ª ed., p. 109.

que WELZEL asume en la relación entre autoría mediata e inducción. En esa sede llama "absurda" a la figura del autor de detrás del autor, subrayando: «El que determina a un autor al hecho es siempre inductor sólo, y ninguna voluntad de autor puede convertirlo en autor» [14]. Como no puede negarse que en nuestro ejemplo A ha determinado al hecho a un autor (B), consiguientemente sólo puede ser inductor, y la "decisión del hecho propia", que no se distingue materialmente (que se aprecie) de la voluntad de autor, no podría convertirlo en ningún caso en autor.

WELZEL intenta superar esta quiebra en su sistema rechazando ciertamente la autoría mediata pero estimando en su lugar coautoría. Es evidente que ésta es una insostenible solución aparente, pues ¿qué sentido tendría rechazar de plano la autoría mediata si, dando un rodeo por la coautoría, al final se llega al mismo resultado? Lo que importa no es la denominación, sino los datos reales, y éstos son indiscutiblemente de tal índole que A, como instigador, está detrás de B, y si se le atribuye la coautoría, se le convierte así en autor de detrás del autor.

Con lo cual se revela todo el alcance de la postura criticada: quien se conforma para el dominio del hecho con una intervención preparatoria no sólo yerra en la delimitación entre coautoría y complicidad, sino que socava el principio del dominio del hecho en su totalidad, y para mantener la coherencia con el punto de partida tiene que renunciar a la distinción objetiva entre autoría mediata e inducción. Por eso, no es viable una teoría que en unos casos pretende diferenciar de manera puramente subjetiva, en otros estrictamente objetiva y además justificar ese híbrido unitariamente por medio de la idea del dominio del hecho.

Desde el punto de vista histórico, suponer que la cooperación en la fase preparatoria puede entrañar dominio del hecho representa una secuela de la teoría subjetiva. El afán de WELZEL por superarla mediante el principio del dominio del hecho salió bien en esencia en la relación entre inducción y autoría mediata [15], pero en la delimitación entre coautoría y complicidad tuvo que quedarse en conato por no atreverse, superando la jurisprudencia del RG, a dar el paso decisivo que habría significado la limitación de la coautoría a la fase ejecutiva. Como no consiguió demostrar la pretendida "trascendencia objetiva" de la voluntad de autor, apenas pudo evitar que aquí se produjera una recaída en la teoría subjetiva, que amenaza con hacer retroceder toda la teoría a su punto de partida.

[14] *SJZ*, 1947, apdo. 650; por lo demás *supra*, pp. 87-88.
[15] En este contexto no hace falta ocuparse de los matices que se derivan de la distinción de varios grados de dominio del hecho y que conducen a la reintroducción (parcial) del "autor de detrás del autor".

IV. EL PROBLEMA DE LOS JEFES DE BANDA

Nuestra postura, con arreglo a la cual la coautoría requiere una intervención en la ejecución, entraña la consecuencia de que, desde el punto de vista de la teoría del dominio del hecho, el cabecilla de una banda de ladrones o el jefe de unos gángsteres no puede ser coautor si su actividad se limita a planear los delitos, dejando a los demás la ejecución. Este caso merece que nos ocupemos brevemente de él, ya que se le suele traer a colación como ejemplo clásico de coautoría a pesar de faltar la cooperación externa. Sin embargo, no es idóneo para refutar la postura que aquí se mantiene.

El jefe de una banda puede ser autor *mediato*. Tal caso concurre cuando cabe afirmar que están presentes los requisitos —descritos pormenorizadamente *supra*— [15a] del dominio de la organización. Por otra parte, puede existir un dominio coactivo si el jefe tiene tan en sus manos a cada uno de sus hombres que éstos se jugarían el cuello si no le obedecieran. Finalmente, el cabecilla es *coautor* cuando dirige o cubre la ejecución de los delitos [15b] (aunque sea desde lejos). Pero más allá de estos grupos de casos tratados en otros lugares, que abarcan una parte considerable de los casos aquí en cuestión, no se puede estimar autoría en virtud de la mera posición como jefe de la banda.

Quien afirme algo distinto debe hacer ver en qué consistiría el dominio del sujeto de detrás cuando deja a sus muchachos la ejecución del hecho. Sin embargo, nadie ha sido capaz de hacerlo. Cuando la mayoría de la doctrina, dado que la autoría *mediata* no es demostrable, se desvía hacia la *coautoría*, hace lo mismo que ya se ha criticado *supra* polemizando con WELZEL: utiliza la figura jurídica de la coautoría para recoger los casos en los que no concurren los requisitos de la autoría mediata, a fin de no dejar de incluirlos en la autoría. Lo cual es inadmisible, pues tal proceder desconoce y difumina la diferencia de principio entre ambas categorías de autoría, degrada la coautoría a una especie de forma raquítica de la autoría mediata y debería conducir, de ser consecuentes, a anular toda distinción objetiva en la doctrina de la autoría.

En la opinión contraria entran en juego también algunas reflexiones que habría que descartar. En primer lugar, que en ella vuelve a ser operativa la idea de que el cabecilla de la banda es el principal responsable y, por tanto, el más peligroso criminalmente. A esta idea ha de replicarse —como ya se ha indicado varias veces en otro contexto— que no es a eso a lo que ha de atenderse, sino a la posición central en la realización del acontecer típico. Pero en ésta no toma parte el jefe, siéndole de aplicación todo lo que se dijo *supra* acerca de la posición del que sólo prepara.

[15a] Pp. 242 ss. (275-276).
[15b] Cfr. al respecto ya *supra*, p. 308.

Asimismo, la tendencia a castigar como autor al jefe de la banda obedece ante todo a que se valora la actividad criminal íntegra del grupo como complejo cerrado, considerando al cabecilla como dirigente de esa realización unitaria. Sin embargo, tal consideración no es adecuada. La actividad como cabecilla de una organización criminal está ya abarcada por el § 129.2 StGB y castigada con prisión. Lo que aquí representa la función de un tipo específico no puede mezclarse además con la delimitación entre autoría y participación. Más bien, en el marco del Derecho penal del hecho sólo cabe enjuiciar la posición de cada individuo, entre varios intervinientes, con arreglo a su papel en la respectiva realización de tipo específica; pero así la intervención del cabecilla puede desvanecerse, de puro insignificante (p. ej., limitarse a la mera aprobación); en cualquier caso, no alcanza la medida de proximidad al tipo que, según nuestra investigación precedente, ha de exigirse para la posesión de dominio del hecho.

Por último, hay que reparar en que si una banda, cambiando sus miembros, comete, por ejemplo, 500 delitos, su cabecilla habrá incurrido en pena quinientas veces y por eso habrá de responder con más intensidad que aquel miembro que ha colaborado sólo en algunos delitos. Tampoco esta circunstancia tiene nada que ver con la delimitación entre autoría y participación en el delito concreto, por no hablar de que la inducción, en la que incurrirá el jefe la mayoría de las veces, está castigada con la misma pena que la autoría.

De donde se deduce que si ya en este caso extremo no existen motivos para apartarse, en el marco de la teoría del dominio del hecho, de la mera cualidad de partícipe del que prepara, en otros tipos de supuestos de hecho distintos, menos críticos, no todos los cuales pueden tratarse aquí pormenorizadamente, con más razón el resultado no puede ser otro. Sólo el que toma parte en la ejecución puede tener el dominio del hecho como coautor.

V. DIVISIÓN DEL TRABAJO Y COAUTORÍA

Aún hemos de abordar una objeción que ya se adivina en la argumentación de BOCKELMANN reproducida *supra* [16] y que también emplea el BGH [17]: podría fundamentarse la posibilidad de coautoría del que realiza actos preparatorios por medio de la idea de la división del trabajo, del desempeñar conjuntamente distintos papeles en el marco del plan unitario. Cabría indicar que a menudo dependerá del azar que en la concreta realización de delito la porción del hecho del individuo sea mayor o menor, que afecte a la ejecución o a la preparación, y que la delimitación de las formas de participación no debería fundamentarse en tales minucias. Al mismo tiempo, con una postura así

[16] Cfr. p. 322.
[17] *BGHSt*, 14, pp. 128 y 129; *vid. supra*, p. 323.

sería posible sustraerse a la crítica de que se esté retrocediendo a la teoría del *animus*, pues el principio de la división del trabajo es de naturaleza objetiva, al menos si se considera autor a aquel que desempeña el papel de realizar actos preparatorios, con independencia de su disposición con respecto al hecho.

Sin embargo, a tal teoría cabe oponer lo siguiente:

1. No es posible compatibilizarla con la idea del dominio del hecho, como ya se ha expuesto *supra*: incluso aquel que realiza los actos preparatorios más importantes, si no hace nada más que eso, necesariamente deja el hecho de su mano. Planificar y preparar no es realizar el hecho que está castigado y con arreglo al cual se determina la posición del interviniente. Por eso el dominio sobre la preparación no puede fundamentar dominio sobre el hecho.

Bien es cierto que los papeles son en buena medida intercambiables y que su distribución puede depender del azar. Pero ésta no es una objeción acertada, puesto que fundamento de la calificación penal sólo puede ser el hecho tal como se ha desarrollado *in concreto*. Las consideraciones hipotéticas en el sentido de que los intervinientes habrían podido proceder de otro modo son irrelevantes; no importa el que alguien hubiera podido dominar la realización del tipo en otras circunstancias, sino el que la haya dominado o no realmente. El inductor no se convierte en autor porque quizá hubiera podido cometer personalmente el hecho si su instigación hubiera fracasado. Por lo demás, es evidente que tales reflexiones en definitiva retrotraen a los criterios subjetivos ya rechazados *supra* por infinidad de razones: la "decisión del hecho" propia welzeliana y la antiquísima teoría del dolo, ya mantenida por TJABEN y v. BAR, con arreglo a la cual autor es «aquel que, de ser necesario, llevaría a cabo personalmente la acción típica» [18]. No es éste, pues, un planteamiento nuevo.

Naturalmente se podría intentar conectar con la idea del dominio del hecho determinadas formas concretas de preparación en el marco de la división del trabajo: así, por ejemplo, si un hábil técnico ensambla el artefacto diabólico con el que otro después ejecuta el atentado, puede ocurrir que sin la cooperación preparatoria del técnico el hecho habría sido inviable desde el principio, esto es, que el hecho dependa de él y esté en sus manos. Resulta fácil darse cuenta de que este género de principio ilimitado de división del trabajo resulta idéntico a la teoría del "partícipe principal" del Derecho común, o sea, a la teoría de la necesidad [19], ya tratada pormenorizadamente, que fue antes refutada con diversos argumentos que huelga repetir ahora.

Por lo que respecta especialmente al concepto de dominio del hecho, sus requisitos concurren sólo aparentemente en el partícipe principal: aquel

[18] Cfr. ya *supra*, p. 70, con bibliografía.
[19] Cfr. *supra*, pp. 56-59.

que hace posible un hecho, esto es, que tiene la ejecución en sus manos en este sentido, no posee ya por eso el dominio del hecho. De lo contrario, quien le entrega 50 peniques al ladrón de objetos de arte, a su ruego, de manera que éste pueda ya pagar la entrada al museo para sustraer el valioso Rembrandt de manera refinada, tendría que ser coautor. Lo cual supondría un entendimiento absolutamente trastocado del dominio del hecho, pues el hurto, que conforma el hecho en sentido penal, lo realiza el ejecutor libremente y en solitario.

No importa que su ejecución, como todo acontecer en la realidad, dependa de infinidad de requisitos. Si se quisiera mantener otra opinión, en buena lógica habría que remontarse en todo delito cada vez más en la cadena causal hasta abarcar en el ámbito del dominio del hecho incluso las condiciones más alejadas. Pero ése sería un resultado absurdo y contradiría frontalmente nuestro principio metodológico rector de que el autor tiene que ser la figura central del suceso de la acción.

Por consiguiente, la idea de la división del trabajo acierta en la esencia de la coautoría únicamente si se la limita a la fase ejecutiva. Sólo en ella la imbricación de los actos individuales procura a los intervinientes el dominio conjunto sobre el acontecer típico.

2. Con lo cual sólo queda demostrado, en principio, que los actos preparatorios no pueden procurar dominio del hecho. El principio de la división del trabajo como criterio determinante de la coautoría en cada fase de la realización del delito no quedaría así refutado aún si merced a él se quisiera tildar de incorrecta la teoría del dominio del hecho.

Pero no hay una fundamentación razonable de que toda colaboración en el marco de la división del trabajo, por alejada e insignificante que sea, independiente de todo dominio sobre el suceso, tenga que entrañar coautoría. Los resultados serían intolerables y limitarían el ámbito de la participación de manera aún más ostensible que en la jurisprudencia del RG: según ésta —como todavía mantiene el BGH— [20] incluso la cooperación preparatoria menos importante bastaría para la autoría, pero por lo menos debería añadírsele la "voluntad de autor". Si ahora se prescinde de ese requisito, para la complicidad no quedaría prácticamente nada, porque cualquier auxilio, con tal de que le facilitara al autor su tarea, puede entenderse como manifestación de colaboración en división del trabajo.

Y sobre todo una posición en tal sentido también vulneraría palmariamente la ley, pues según el § 49 StGB es *cómplice* aquel que «ha prestado auxilio [al autor] con hechos o consejos». Así pues, se podría aquí intentar reclamar para la coautoría sólo hechos de preparación en el marco de la división del trabajo que destacaran por especiales circunstancias. Pero así

[20] Cfr. las referencias en p. 323.

se habría abandonado ya el principio, por no hablar de que hasta ahora no se ha inventado un método para distinguir entre actos preparatorios importantes y no importantes. La única teoría de esta índole hasta ahora mantenida en la historia de la dogmática, esto es: la teoría de la necesidad, como se ha expuesto varias veces, no proporciona resultados útiles fuera de la fase ejecutiva.

VI. LA DELIMITACIÓN ENTRE ACTOS PREPARATORIOS Y EJECUCIÓN

De acuerdo con la solución a la que nuestra investigación ha llegado, es de importancia decisiva para la teoría del dominio del hecho delimitar las fases preparatoria y ejecutiva. En los supuestos comunes no es difícil darse cuenta de que se trata de cooperación en la fase ejecutiva: cuando uno de los ladrones mantiene a raya con la pistola al morador, mientras que el otro desvalija la vivienda de objetos de valor; cuando en las lesiones uno inmoviliza contra el suelo a la víctima mientras el otro la golpea, nos encontramos ante una intervención que sin duda se lleva a cabo al mismo tiempo que la acción típica y, según los criterios que mantenemos, fundamenta coautoría.

Sin embargo, hay situaciones en las que una consideración orientada al decurso temporal nos sumiría en la duda: cuando un bandolero conduce con alevosía a la víctima a un bosque, donde acecha su compinche detrás de un árbol para derribarla a golpes; cuando un incendiario enciende el combustible en el lugar del hecho, combustible que su compinche acaba de esparcir por el pajar del labrador, podría decirse que en estos casos la cooperación ha dado fin justo antes de la realización del tipo, esto es, antes del empleo de violencia y antes de incendiar, debiéndose por tanto estimar una intervención anterior y no simultánea a la ejecución.

Tal calificación, sin embargo, no sería adecuada. Una delimitación exacta en términos matemáticos, que en nuestro casos en cierta medida habría que llevar a cabo con el cronómetro en la mano, contradice la esencia de las relaciones de sentido jurídicas. Los procesos que, como guiar a la víctima al lugar del hecho o esparcir el combustible, se encuentran en vinculación inescindible y que se enlazan sin solución de continuidad al último acto del acontecer, se presentan para la valoración jurídica como unidad de significado cerrada, cuya escisión surtiría un efecto arbitrario y destructor de sentido y por eso han de atribuirse a la fase ejecutiva.

El segmento de la realización, y con ello el ámbito de posible coautoría, ha de extenderse, pues, más allá de la realización formal del tipo, a todas las formas de conducta que junto con ella aparecen como partes del mismo complejo de acción inseparable. Cuándo se dan estos requisitos en concreto

no puede establecerse mediante una fórmula susceptible de medida científico-natural. Lo cual no constituye un defecto, sino que reside en la naturaleza de las figuras de sentido jurídicas que se resisten a la cuantificación y cuyos límites siempre son cambiantes. Donde el Derecho trabaja con números y medidas exactos, como al fijar el límite de la mayoría de edad o la edad hasta la que alcanza la tutela penal ante los abusos sexuales (§ 176, párrafo 1, núm. 3 StGB), siempre se incurre, desde la perspectiva de la justicia material, en cesuras arbitrarias, cuya necesidad únicamente se deriva del mandato de seguridad jurídica.

Sin embargo, cuando los puntos de vista de ordenación no fuerzan a un esquematismo que no tenga en cuenta el significado de los fenómenos concretos de la realidad —y tal necesidad sólo existe en el marco del tráfico jurídico-negocial y en el ámbito del principio de *nulla poena*— las delimitaciones "tajantes" conducen necesariamente a resultados no razonables. No es éste el menor motivo de la inadmisibilidad de la teoría objetivo-formal y de las distintas teorías causales en su aplicación a las formas de participación. Además, no ocurre que la clasificación en fase ejecutiva y preparatoria con arreglo a la unidad de sentido del proceso concreto de la realidad pudiera conducir a confusiones que pondrían en peligro la nítida separación entre autoría y participación. Más bien podemos apoyarnos en criterios auxiliares metodológicos y objetivos, resultando entonces lo siguiente:

En principio, es cierto que en el espacio previo al amplio ámbito de la simultaneidad, inequívocamente mensurable, hay que dejar abierta una estrecha zona marginal para casos de posible coautoría. De nuestras consideraciones precedentes sobre los requisitos de la formación jurídica de conceptos cabe deducir que en tales ámbitos fronterizos la solución correcta la ofrece el empleo de un concepto indeterminado, en la modalidad de principio regulativo [21]. En este caso conviene decir que para el dominio del hecho ha de producirse, si bien no una intervención en la fase preparatoria, sí al menos una cooperación en la acción típica o *en relación inmediata* con ésta.

Esta ampliación a la relación inmediata deja espacio suficiente para la valoración judicial de supuestos-límite concretos. El concepto de la inmediatez no remite a datos previos con forma fija (lo que precisamente se persigue en este ámbito), pero sí pone de manifiesto, por otra parte, que el ámbito de lo que integra la fase ejecutiva no puede extenderse a voluntad, sino que debe mantenerse en la proximidad inmediata de lo simultáneo en sentido mensurable.

Un ejemplo paralelo del procedimiento que aquí se propone lo representa la forma de delimitar actos preparatorios y tentativa manejada por doctrina

[21] Cfr. al respecto *supra*, pp. 135-136 y 137-138.

y jurisprudencia. También aquí se ha revelado demasiado rígido adoptar una regulación, con ayuda de la cual antes se intentó establecer el comienzo de la ejecución, de manera conceptual abstracta, en la realización de algún elemento del tipo [22]. La famosa fórmula de FRANK, que amplió el comienzo de la ejecución a los actos que «en virtud de su necesaria conexión con la acción típica aparecen, para una concepción natural, como parte de ésta» [23] y la teoría objetivo-individual [24], de igual significado en este contexto, que emplea el comienzo inmediato de la acción típica como elemento de la delimitación [25], han resuelto el problema aquí planteado de manera metodológicamente ejemplar: alrededor del núcleo de la realización del tipo describible de manera conceptualmente exacta, trazan una estrecha zona marginal que, aplicando un principio regulativo —como el inherente a los criterios de la "inmediatez" y de la "conexión para una concepción natural"—, conceden a la valoración judicial del caso concreto el espacio necesario, pero (con toda razón) de reducidas dimensiones. En cambio, habría sido metodológicamente incorrecto situar a un concepto indeterminado, como, por ejemplo, el de la "puesta en peligro" en el centro de la delimitación. Lo cual habría representado una abdicación del legislador, que habría dejado sin orientación al juez y sumida toda la materia en una amplia inseguridad. Como, según el modelo de FRANK, en este ámbito afortunadamente se ha evitado tal equivocación, también en esta difícil cuestión se ha alcanzado hoy un acuerdo amplio que por desgracia no existe ni de lejos en la delimitación entre autoría y participación.

En todo caso, podemos aprovecharnos de los puntos de vista elaborados a lo largo de decenios en la delimitación entre actos preparatorios y tentativa para establecer que lo que para la concepción natural aparece como conectado inseparablemente a la acción típica, lo que forma una parte necesaria del acto de realización, lo que está unido a éste directamente, pertenece también en el sentido de la teoría del dominio del hecho a la fase ejecutiva y no puede ya ser considerado como actividad preparatoria. Así pues, aquí se da siempre coautoría cuando la aportación al hecho se revela funcionalmente trascendente en el marco del complejo unitario de la acción.

De este modo la delimitación entre coautoría y complicidad se apoya en un principio claro que pone a disposición del juez criterios aplicables y tipificados, sin forzar el sentido de los procesos concretos de la realidad mediante fórmulas abstractas ni constreñir indebidamente al juez en la valoración del caso concreto.

[22] Cfr. al respecto HENKEL, *Recht und Individualität,* pp. 61 ss.
[23] FRANK, 18.ª ed., § 43, II, 2, b.
[24] WELZEL, *Lehrb.,* 7.ª ed., p. 169.
[25] *BGHSt,* 7, pp. 291 ss., utiliza ambas formulaciones, yuxtaponiéndolas.

CAPÍTULO OCTAVO

DOMINIO DEL HECHO Y ESTADO ACTUAL DE LA CUESTIÓN

A estas alturas ya sabemos lo que es dominio del hecho. Un sujeto es autor:

a) Si realiza la acción típica personalmente (dominio de la acción).
b) Si hace ejecutar el hecho mediante otro cuya voluntad, según parámetros jurídicos, no es libre, o que no conoce el sentido objetivo de la acción de su comportamiento o lo abarca en menor medida que el sujeto de detrás o que es sustituible a voluntad en el marco de una maquinaria de poder organizada (dominio de la voluntad).
c) Si presta en la fase ejecutiva una aportación al hecho funcionalmente significativa (dominio del hecho funcional).

También hemos realizado completamente la descripción de la que resultaban las directrices, resumidas *supra*, de nuestro concepto de dominio del hecho. Se obtienen así todos los requisitos necesarios para evaluar críticamente el estado actual de la teoría del dominio del hecho. Esta tarea, asumida al principio [1], está incluso resuelta en buena parte, pues hemos desarrollado nuestros resultados en continua controversia con las demás posiciones divergentes. Por eso ya no hace falta abordar más los pormenores y podremos limitarnos a tomar postura con respecto al concepto de dominio del hecho como un todo, tal como se presenta en sus distintas manifestaciones en la doctrina moderna.

Controvertidos y dudosos son en esencia cuatro extremos:

1. La determinación del contenido del concepto de dominio del hecho (al respecto *infra* § 29).
2. La estructura ontológica del dominio del hecho, esto es, la cuestión de si se trata de un concepto ontológico o teleológico, descriptivo o normativo (al respecto *infra* § 30).

[1] Pp. 127-128.

3. La posición de la teoría del dominio del hecho en la historia doctrinal. Aquí interesa principalmente la cuestión de si se trata de una variante de posturas ya antes mantenidas (¿cuáles?) o si, en cambio, representa algo autónomo y nuevo y en qué consiste (al respecto *infra* § 31).

4. El significado dogmático del dominio del hecho. En este extremo vuelve a haber varios problemas que esclarecer: ¿Es el dominio del hecho un elemento del tipo, un elemento del injusto situado fuera del tipo o un componente de la culpabilidad? ¿Pertenece quizá en alguna medida al ámbito del tipo, del injusto y de la culpabilidad? ¿O nos encontramos ante una "especial manifestación del delito", colateral al sistema articulado del Derecho penal? (al respecto *infra* § 32).

Todas estas cuestiones ya han desempeñado algún papel a lo largo de nuestra investigación. Por eso podemos partir sin más fundamentación de las soluciones que allí se elaboraron, conformándonos con cotejar con ellas las distintas posturas doctrinales.

§ 29. DETERMINACIÓN DEL CONTENIDO DEL CONCEPTO DE DOMINIO DEL HECHO

Dado que las cuestiones particulares ya han sido discutidas exhaustivamente, sólo hace falta evaluar críticamente las fórmulas del dominio del hecho que aparecen en doctrina y jurisprudencia en la medida en que sirven para delimitar el contenido global del concepto.

Los más importantes de entre estos criterios son: el "dominio" del autor en el sentido de que «transcurso y resultado del hecho dependen decisivamente también de su voluntad» (I); el punto de vista semejante, pero no idéntico, de que el autor "tiene en sus manos" el hecho y podría "dejar suceder, impedir o interrumpir" la realización del tipo "dependiendo de su comportamiento" (II); el criterio, algo distinto con respecto al anterior, de que el autor puede, "interviniendo, dar el giro decisivo" a la situación (III); el concepto, introducido por NIESE, del poder del hecho (IV); el elemento, modificado objetivamente, de la subordinación de la voluntad, de BOCKELMANN (V), y por último el concepto de la "voluntad de autor" o del "sentimiento de autoría", tan utilizado y orientado a lo subjetivo (VI).

I. LA INFLUENCIA DETERMINANTE SOBRE EL TRANSCURSO Y EL RESULTADO DEL HECHO

Se trata aquí de un criterio de delimitación que desempeña el papel protagonista en la jurisprudencia del BGH que aplica la idea del dominio del hecho. Esta fórmula se encuentra por vez primera en la sentencia de

la Sala V de 15 de junio de 1954 [1], en la que se señala: «Coautor es sólo aquel que tiene una relación interna con el transcurso y el resultado del hecho tan intensa que ambos dependen decisivamente de su voluntad.» Ligeramente modificada vuelve a aparecer esta idea en una sentencia de la misma Sala de 17 de mayo de 1955 [2], donde se establece que para determinar la autoría es «un dato esencial hasta qué punto el interviniente contribuye a dominar el curso del acontecer, dependiendo decisivamente también de su voluntad el transcurso y el resultado del hecho». La "relación interna" con el hecho, de la que se hablaba en el primer supuesto, ha sido reemplazada ahora por el "dominio conjunto del curso del acontecer". En esta variante se repite casi literalmente la idea que se emplea posteriormente en las importantes sentencias de la Sala V de 10 de enero de 1956 [3] y 5 de julio de 1960 [4], de la Sala II de 6 de julio de 1956 [5] y de la Sala IV de 3 de febrero de 1960 [6].

La fórmula sirve ante todo para determinar la coautoría (*supra,* núms. 5, 6, 10 y 16), pero se emplea también para caracterizar el concepto general de autoría (*supra,* núms. 12 y 17). Sobre las dos últimas sentencias, que tratan el problema de la accesoriedad y la autoría por omisión, sólo es posible pronunciarse más adelante [7]. El *BGH* pretende en todos los casos aplicar el mencionado criterio sólo como indicio para determinar la "dirección de voluntad interna" que considera determinante; sin embargo, cabe entenderlo, sin ese rodeo, como criterio autónomo de delimitación.

De hecho, esta postura tiene mucho de acertado. Ante todo, presta servicios sumamente útiles para explicar la coautoría. Formulando la idea de forma ligeramente distinta, diciendo, por ejemplo, que un sujeto es coautor cuando el transcurso y el resultado del hecho dependen decisivamente también de su comportamiento, coincidiría exactamente con la concepción, desarrollada *supra*, de la dependencia funcional de los intervinientes. No necesariamente es incorrecto que el BGH, en su afán de apoyarse en la teoría subjetiva, hable de la dependencia de la voluntad en lugar de la dependencia del comportamiento, puesto que como el comportamiento está dirigido por la voluntad, la voluntad del interviniente concreto influye aquí decisivamente. Pero la voluntad es lo secundario: únicamente se torna influyente porque el agente cumple una función, objetivamente significativa, en la realización del tipo; sin ésta, la influencia de la voluntad no bastaría para fundamentar la coautoría, como ya se señaló *supra*.

---

[1] Reseña de HERLAN, *MDR*, 1954, pp. 529 y 530; cfr. en concreto *supra*, p. 112, núm. 5.
[2] *JR*, 1955, pp. 304 y 305; en detalle *supra*, p. 113, núm. 6.
[3] *BGHSt*, 8, pp. 393-39 (396); cfr. *supra*, p. 116, núm. 10.
[4] BGH, *MDR*, 1960 pp. 939 y 940; cfr. *supra*, p. 123, núm. 17.
[5] *BGHSt*, 9, pp. 370-385 (380); cfr. *supra*, p. 119, núm. 12.
[6] *BGHSt*, 14, pp. 123-132 (129); cfr. *supra*, p. 122, núm. 16.
[7] Cfr. pp. 397 ss. y 548 ss.

Dejando de atender a este contexto, la fórmula del BGH puede conducir a resultados incorrectos. Entonces le sería aplicable la objeción de NOWAKOWSKI, que considera "no muy afortunado" [8] el criterio, oponiéndole [9]: «Aquel que pone a disposición del ejecutor un instrumento imprescindible y que guía el hecho mediante consejos de experto, sin embargo sigue siendo cómplice...» Lo cual es correcto, puesto que el agente en este caso ya no depende del sujeto de detrás. También del inductor puede decirse a menudo, cuando el autor se oriente por él, que el transcurso y el resultado del hecho dependen decisivamente de su voluntad. Una aplicación en tal sentido tendría que conducir *ad absurdum* al elemento distintivo elegido por el BGH. Por eso la formulación modificada propuesta más arriba, que no está expuesta a tales malentendidos, sería más adecuada a la materia.

El propio BGH, en la primera de las cuatro sentencias, se ha servido del mencionado criterio para fundamentar la coautoría (*supra,* núm. 5), pero tampoco se ha sustraído al peligro de desplazar las pautas de enjuiciamiento hacia lo subjetivo. Acerca del transcurso del hecho sólo se refleja allí que el acusado «había robado ganado, junto con su patrón, y lo había llevado al matadero de éste». La sentencia no aclara qué papel había desempeñado concretamente en la ejecución, aunque eso habría resultado determinante. En lugar de ello, el BGH querría que el tribunal inferior hubiera considerado probado si el patrón había «dejado la decisión por completo» al inculpado, si éste poseía «el interés principal en el hecho» y si «la superioridad social, la mayor edad y la disposición criminal del patrón tuvieron importancia determinante». Todas éstas son circunstancias muy importantes para la determinación de la pena, pero para la coautoría del patrón carecen de relevancia. Si el acusado (como cabe aquí suponer) poseía ánimo de apropiación y si, además, sin estar coaccionado, sustrajo ganado o desempeñó una función indispensable al efecto, en todo caso fue cotitular del dominio del hecho. Su merecimiento de pena quizá inferior no cambia nada en esa realidad [10].

Otra sentencia relativa a coautoría que trabaja con esta fórmula es incorrecta (*supra,* núm. 16), pero por razones opuestas. En el supuesto de hecho, con todo, sólo está claro que se castiga al acusado como coautor por una acción preparatoria. Ya se expuso *supra* por qué esta calificación (aun antes de conocer los detalles del suceso) ha de rechazarse. El que sólo realiza actos preparatorios puede que ejerza influencia sobre la voluntad del agente, de manera que quepa decir, en un sentido muy genérico, que la ejecución del hecho ha dependido "también de su voluntad". Pero ello no basta para la coautoría. También en esta importante cuestión el criterio del BGH se revela, pues, como subjetivo en demasía e impreciso.

[8] *JZ,* 1956, p. 547.

[9] *Loc. cit.,* p. 548.

[10] Acerca de cómo el principio del merecimiento de pena induce a confusión en la delimitación entre autoría y participación, en profundidad, *supra,* pp. 47-48.

Las otras dos sentencias decisivas alcanzan la solución correcta. Pero también en ellas el tinte subjetivo de la fórmula suscita malentendidos. En el caso objeto de la segunda sentencia (*supra,* núm. 6) los acusados habían vendido plomo a un cliente, que consiguió (como habían previsto) trasladar el metal sin autorización al sector soviético de Berlín. El BGH rechazó considerar a los acusados como coautores de exportación ilegal, fundamentándolo con toda razón en que tras la venta ya no tuvieron «influencia en el curso posterior de los acontecimientos». Éste es el caso típico de cooperación en la fase preparatoria. Pero cuando el BGH continúa señalando que no se ha demostrado que los acusados estuvieran interesados en la venta en el sector soviético o tuvieron ideas más precisas sobre el negocio, son éstas circunstancias subjetivas irrelevantes con arreglo a la concepción que aquí se mantiene. Aun cuando hubieran conocido el negocio y hubiesen incluso instigado, con ánimo de lucro, al cliente al efecto, con respecto a la exportación no autorizada del metal únicamente podrían ser considerados inductores, pues por esa circunstancia no alcanzarían el dominio sobre el suceso.

Por último, en el conocido caso del amigo esclavizado (*supra,* núm. 10), cuando menos llama a engaño que el BGH invoque en seguida que un sujeto sea autor cuando el hecho depende «decisivamente también de su voluntad». De entenderlo, por ejemplo, en el sentido de la teoría del dolo, como parece lógico dado el punto de partida subjetivo de la sentencia, no se habría podido considerar autor al acusado, que se había sometido completamente a la mujer. Pretendiendo evitar ese resultado el BGH, al final de la sentencia, abandonando tácitamente el planteamiento subjetivo, vuelve a recurrir a los criterios determinantes para el dominio del hecho: invoca que el inculpado ha «matado de propia mano» a la víctima y que sin él el hecho «no habría podido suceder de la forma prevista» [11], describiendo así correctamente los requisitos del dominio de la acción y del dominio del hecho funcional, requisitos que concurren ambos. Cuando entonces añade que el acusado, como consecuencia de estas circunstancias, «tuvo conscientemente una influencia decisiva» en el hecho, no hay nada que objetarle en este contexto [12].

La fórmula del BGH cabe aplicarla, más allá del ámbito de la coautoría, asimismo para caracterizar a la autoría simple. Pero aquí (como no podía ser de otro modo en una expresión tan en forma de lema) es demasiado imprecisa. En efecto, el que obra en solitario es autor menos por su voluntad que por su hacer, y en el autor mediato ocurre que el transcurso y el resultado del hecho dependen decisivamente de su voluntad; pero cuándo sea ése el caso no puede aprehenderse de manera suficiente por medio de una fórmula así, sino sólo a través del análisis y descripción de las manifestaciones de la autoría mediata.

[11] Cfr. *BGHSt,* 8, p. 398.

[12] Acerca de la significación de esta sentencia, cfr. también ya *supra,* pp. 116-117.

II. LA CAPACIDAD DE HACER CONTINUAR Y DE IMPEDIR

La idea de que quien domina el hecho puede, a su voluntad, hacer continuar el suceso o impedirlo se encuentra sólo en MAURACH, no habiendo sido asumida por ningún otro partidario de la teoría del dominio del hecho. MAURACH se sirve de esta fórmula para caracterizar el concepto de dominio del hecho en general [13] y para determinar con más precisión la coautoría en particular [14].

Limitándonos, en principio, a esta última manifestación de la autoría, el criterio de MAURACH está estrechamente emparentado con el elemento, desarrollado *supra*, del "dominio del hecho funcional" [15]. Cuando añade, aclarando, que la coautoría es un «perseguir un resultado en división del trabajo, de manera que cada uno de los que cooperan, sin rebajarse a ser mero instrumento del otro..., sigue siendo titular del dominio del hecho», y subraya expresamente que se trata de un «requisito de naturaleza objetiva» [14] —si bien guiado por el dolo—, coincide absolutamente con la postura aquí defendida.

De todos modos, este giro también requiere interpretación en algunos puntos no destacados por MAURACH. No cada individuo puede hacer continuar el hecho "a su voluntad" —esta idea podía entrañar la transformación de la coautoría en autoría mediata—, sino que sólo pueden hacerlo todos juntos en virtud de su voluntad común.

Y también la muy acertada idea del poder de impedir, de que todo coautor puede evitar la ralización del resultado global, es fácil entenderla incorrectamente, como en seguida vamos a mostrar con un ejemplo. No significa, al menos si se la entiende en el sentido del concepto de autor que aquí se supone, ninguno de estos extremos:

En primer lugar, no ha de entenderse en el sentido de que un coautor tiene dominio sobre la voluntad del otro, pudiendo ordenarle en cualquier momento la interrupción del hecho; esto volvería a conducir a la autoría mediata y tampoco daría debida cuenta de la relación mutua entre los intervinientes. Y en segundo lugar no se quiere decir que cada coautor podría hacer fracasar el hecho mediante su intervención activa para impedir, pues esto también pueden hacerlo el inductor o el cómplice, por ejemplo, avisando a la policía.

El sentido de este concepto, debidamente entendido, más bien sólo puede ser el de que la función del coautor en la acción le atribuye un papel necesario en la ejecución, de manera que retirándose (al margen de todo poder de

[13] *AT*, 2.ª ed., § 47, III, B, 2, p. 492.
[14] *AT*, 2.ª ed., § 49, II, C, 2, p. 517.
[15] *Vid.* ya *supra*, p. 308.

voluntad sobre los demás y sin actividad de evitación alguna) puede hacer fracasar el plan.

En los malentendidos reseñados ha incurrido el BGH la única vez en que, para determinar el dominio del hecho, ha invocado la fundamentación de MAURACH. Se trata del supuesto ya varias veces mencionado en el que de tres ladrones que huyen, uno, como habían acordado, había disparado a quien supuso perseguidor y en realidad era su compinche [16]. Cuando aquí el BGH atribuye al compañero de huida que por poco resulta muerto el dominio del hecho sobre la tentativa de asesinato, considerando que éste, dada la proximidad espacial de los otros dos, pudo haber dirigido el obrar de éstos y exhortarles a que esa vez, contra lo acordado, no dispararan a los perseguidores, esa idea no da debida cuenta de un concepto de dominio debidamente entendido [17].

En efecto, tal exhortación no le habría procurado ningún poder sobre las decisiones de los demás. Es muy dudoso que éstos, en su situación, hubieran obedecido una conminación así, contraria a lo acordado, y si lo hubieran hecho, en cualquier caso ello habría ocurrido basándose en su libre decisión. Además, no es razonable hacer depender la estimación de coautoría de si aún quedaba o no tiempo para detener a otro de una voz; por no hablar de que en el caso concreto, según la representación de la víctima que huía, no se daba motivo para ello, porque en realidad no existía perseguidor alguno y el compañero de cuadrilla no podía saber que su compinche, habiéndose confundido, iba a dispararle a él. Y si el BGH quisiera derivar su "poder de dirigir en cualquier momento" de que cada uno de ellos, por su "proximidad espacial", pudo haber impedido el obrar de los otros, tal posibilidad —de haberse dado— no habría podido fundamentar la estimación de dominio del hecho, porque lo mismo cabría decir también de cualquier transeúnte que pasara por allí, sin que por eso se convirtiera en coautor.

Con todo, en el caso objeto de esta sentencia —prescindiendo del problema específico añadido del *error in persona*— [18] se habría dado verdaderamente coautoría; pero sólo porque el plan del hecho estaba trazado de manera que cada uno cubriría a los demás y en su caso repelería cualquier peligro que les amenazara desde su posición al huir. La seguridad de todos se basaba, pues, en que cada uno cumpliría la función que le correspondiera según la respectiva situación. Por eso, sólo en un sentido totalmente distinto del BGH cabe aplicar aquí la idea de la capacidad de impedir: en el sentido de que cada uno, de no haber cumplido su parte, no disparando en caso de ser perseguidos, "infringiendo su deber", habría anulado todo el plan de defensa, haciendo fracasar la fuga. Quede por decidir si esta concepción

[16] *Supra*, pp. 120-121 ss., núm. 14; *BGHSt*, 11, 268, 272.
[17] SCHRÖDER, *JA*, 1958, p. 428, tilda de "absurda" a la fundamentación del BGH.
[18] Cfr. al respecto *supra*, pp. 315-316.

también se ajusta a las intenciones de MAURACH o si se trata de una reinterpretación de su fórmula en el sentido del concepto de dominio del hecho funcional aquí mantenido.

La fórmula de MAURACH no se acomoda tan bien al que obra en solitario y al autor mediato, pues en el autor único la realización del tipo se halla en primer plano, lo que el propio MAURACH reconoce al introducir un dominio del hecho "formal" [19] (que corresponde a nuestro dominio de la acción), y en el autor mediato no hace falta en absoluto que éste, según su voluntad, pueda impedir o hacer continuar el hecho; piénsese simplemente en el instrumento bajo error al que el sujeto de detrás deja de su mano y que a partir de entonces se ha sustraído ya a su esfera de influencia. Aquí MAURACH está necesitado de la única descripción que puede ajustarse a la esencia del concepto de dominio del hecho. En qué medida coincide ésta con la postura aquí mantenida se ha puesto de manifiesto más arriba caso por caso.

III. LA POSIBILIDAD DE DAR AL SUCESO EL GIRO DECISIVO

El criterio de la posibilidad de dar un giro o de intervenir en persona, como podría decirse sintéticamente, lo ha utilizado el BGH hasta ahora sólo en los delitos de omisión.

Así, se señala ya en su primera sentencia [20] que el obligado a auxiliar suele tener el dominio sobre la situación y puede "darle, interviniendo, el giro decisivo". Entonces, si entiendo debidamente al BGH, tal posibilidad constituiría el criterio decisivo del dominio del hecho; en cualquier caso, no se indica ningún otro. Y una sentencia más reciente [21] dice, de manera análoga, acerca del acusado, que dependía de su voluntad si la víctima, «como consecuencia de permanecer él inactivo, moriría o, interviniendo, se evitaría su muerte. Este acontecer típico lo dominó él solo».

La problemática de los delitos de omisión de momento no va a abordarse aquí. En cualquier caso, a los delitos de comisión no es aplicable el punto de vista formulado en ambas sentencias. Para fundamentarlo puedo remitirme a lo que se dijo *supra* con respecto a la fórmula de MAURACH de la posibilidad de impedir en cualquier momento y a la sentencia del BGH que se basaba en él: no importa si el sujeto, interviniendo activamente, pudo haber impedido el resultado, sino a la inversa, si el que permaneciera inactivo ha detenido el suceso que se venía desarrollando o lo ha modificado decisivamente.

[19] Cfr. *AT*, 2.ª ed., § 49, II, C, a, p. 516.

[20] *BGHSt*, 2, p. 156; *supra*, p. 111, núm. 3.

[21] *MDR*, 1960, pp. 939 y 940; *supra*, p. 123, núm. 17.

IV. EL PODER SOBRE EL HECHO

La idea del poder sobre el hecho, de la que se sirve NIESE [22] para explicar el dominio del hecho, atiende a las capacidades físicas o habilidades técnicas del individuo. La madre que «debido al parto por el que acaba de pasar» no tiene fuerzas para ahogar al niño con sus propias manos y por eso le pide a su hermana que lo haga, y el hombre que pretende romper los cristales del vecino y pide a otro que lo haga «porque él mismo, desde la valla, no alcanza», no pueden, según NIESE, ser autores, porque no dominan «la dirección final del curso causal en la realidad».

Esta consideración, sin embargo, no acierta en el núcleo de la materia. Bien es verdad que ambos casos se enjuiciaron correctamente [23]. Pero a los inductores no les falta el dominio sobre el suceso debido a su incapacidad física para cometer el delito de propia mano. Aun cuando la madre ya hubiera recobrado las fuerzas y el instigador del apedreo fuera un tirador certero, ambos podrían ser sólo inductores en tanto que se limitaron a provocar en otros la decisión el hecho.

Y viceversa, la incapacidad para realizar el tipo de propia mano en modo alguno excluye el dominio del hecho. Lo cual es así tanto para la autoría mediata como para la coautoría. Si un sujeto no está en condiciones de montar adecuadamente una bomba con temporizador en un automóvil y por eso obliga, apuntándole con una pistola, a un montador para que lo haga por él, tiene desde luego el dominio del hecho. Y si en un robo a un banco organizado entre varios al final quien abre la caja es, de entre ellos, el único especialista con capacidad para hacerlo, no obstante los demás son coautores.

Con todo, es acertada la idea a la que en el fondo se refiere NIESE: que hay que atribuirle al dominio un amplio "carácter objetivo" y que la mera voluntad de autor o de dominio del hecho, la "disposición interna", no basta para fundamentar la autoría.

V. LA SUBORDINACIÓN DE LA VOLUNTAD

Los criterios del "dejar al arbitrio", de la "subordinación interna", como elementos de la delimitación entre autoría y participación, ya se han tratado en distintos contextos [24]. Desde luego siguen desempeñando un importante

[22] *DRiZ*, 1952, p. 23; asimismo, *supra*, pp. 97-98.

[23] Naturalmente, LANGE estimaría incluso aquí, desde el punto de vista de la teoría del dominio del hecho, autoría mediata del *extraneus;* cfr. KOHLR.-LANGE, 42.ª y 43.ª eds., ante § 47, I, 5, B, 2, f, p. 162; *supra*, pp. 95-97.

[24] Cfr. especialmente pp. 69-73.

papel en jurisprudencia [25] y doctrina [26], porque funden la idea del dominio del hecho con la teoría del dolo, permitiendo así una conexión factible, sin quiebras externas, de la teoría subjetiva con las modernas corrientes de la doctrina de la autoría [27].

No hace falta repetir las observaciones pormenorizadas relativas a esta concepción. Baste ahora realizar el balance sobre la base del concepto de dominio del hecho que aquí se ha desarrollado. Resulta lo siguiente:

La teoría del dolo es acertada también como teoría del dominio del hecho, en el medida en que capta que el partícipe tiene que hacer depender el suceso de la voluntad del autor, dejándolo a su criterio. Pero presenta del revés las condiciones reales: un sujeto no es partícipe porque haya dejado a criterio del otro la ejecución del hecho, sino que, inversamente, tiene que dejar a criterio del otro la ejecución del hecho porque éste tiene el dominio sobre el suceso. La subordinación de la voluntad no es, pues, sino el reflejo psíquico de las relaciones de dominio objetivas. Cuando alguien posee el dominio conjunto en el sentido antes caracterizado, la circunstancia de que haya dejado a criterio de otro que el hecho vaya o no a ejecutarse no puede liberarlo de su posición de autor, así como, viceversa, que le falte la voluntad de subordinación tampoco puede suplir al dominio objetivamente no existente.

De desconocer el carácter secundario de la subordinación de voluntad se derivan las dificultades de que adolece esta teoría en su aplicación práctica por parte del BGH, y que se revelan en que el BGH una y otra vez subraye la circunstancia de que la dirección de voluntad determinante para la delimitación no es un hecho interno, sino que requiere un enjuiciamiento valorativo, para el cual representa un punto de apoyo esencial en qué medida el interviniente dominaba conjuntamente el curso del suceso [28]. Aquí el BGH, percatándose correctamente de que hay que atender ante todo a las condiciones objetivas de dominio, vuelve a poner del derecho, inadvertidamente, su teoría "invertida". Su error reside sólo en señalar al respecto que se trata de una delimitación subjetiva.

VI. "VOLUNTAD DE DOMINIO DEL HECHO" Y "SENTIMIENTO DE AUTORÍA"

En tanto que en estos dos conceptos subyacen elementos de la teoría del dolo debemos remitirnos a consideraciones precedentes. Por lo demás, ha de señalarse lo siguiente:

[25] Al respecto, con más detalle, la panorámica de pp. 109 ss., núms. 1, 2, 4, 5, 7, 12, 15, 17 y 18.

[26] El principal representante es BOCKELMANN, cfr. *supra*, pp. 102-104.

[27] La evolución se ha expuesto en detalle *supra*, pp. 109 ss.

[28] Cfr. panorámica, pp. 111 ss.; en primer lugar, núm. 3, y luego claramente núms. 6, 9, 10 y 17.

1. La "voluntad de dominio del hecho"

Este concepto se empleaba profusamente en la jurisprudencia del BGH como elemento para delimitar autoría y participación [29]; materialmente corresponde a los criterios de la "voluntad de autor" o de la "disposición interna" determinante, que también aplica el BGH de manera externamente similar, pero con distinto contenido.

En la doctrina aparece esta formulación ya en los inicios de la teoría del dominio del hecho en VON WEBER [30]; en la actualidad la ha retomado, por ejemplo, BAUMANN [31], pero también la utiliza SCHRÖDER [32].

A partir de lo antes dicho cabe precisar al respecto lo siguiente:

a) Cabe hablar con razón de la necesidad de voluntad de dominio del hecho en tanto que el dominio objetivo sobre el acontecer está vinculado a determinados requisitos subjetivos. El autor —al menos en el ámbito de los casos aquí tratados— tiene que conocer las circunstancias fácticas y además ser consciente de los hechos que fundamentan su dominio sobre el suceso. Estos elementos subjetivos, el último de los cuales sobrepasa el ámbito del dolo, no se añaden posteriormente al dominio del hecho, al igual que la "voluntad de subordinación" antes tratada simplemente refleja las condiciones de dominio independientes de ella; más bien ellos mismos son componentes inseparables del dominio. De todos modos, en tanto que no se trata simplemente de dolo, se debería hablar de "conocimiento fundamentador de dominio" mejor que de "voluntad de dominio".

En cualquier caso, si se quisiera negar la cualidad de autor a aquel que ha determinado al hecho a otro que obra sólo supuestamente con dolo, con la fundamentación de que le ha faltado la "voluntad de dominio del hecho", ello sería materialmente acertado de entenderla en este sentido [33].

Sin embargo, es incorrecto, como hace BAUMANN [34], pretender abandonar todo el concepto de dominio del hecho en favor de una delimitación subjetiva debido a este componente psíquico. BAUMANN señala que es injusto «considerar autor a aquel que simplemente quiere favorecer un delito ajeno,

[29] Panorámica, *supra*, p. 119, núm. 7; p. 114, núm. 13; asimismo, como "voluntad de dominio del hecho" *ibidem*, p. 121, núm. 15, y la Sentencia de 29 de mayo de 1953, 1 *StR* 196-53, mencionada en SCHWARZ-DREHER, 23.ª ed., ante § 47, 1, A.

[30] *Zum Aufbau des Strafrechtssystems*, 1935, p 26; en términos muy semejantes, Eb. SCHMIDT, *Die militärische Straftat und ihr Täter*, 1936, p. 10.

[31] *Lehrb.*, 2.ª ed., p. 445; *JZ*, 1958, p. 232; aquí se alude materialmente a la teoría del dolo, cfr. *JZ*, *loc. cit.*; *Lehrb.*, *loc. cit.*; al respecto es aplicable lo dicho *supra*, v.

[32] SCHÖNKE-SCHRÖDER, 10.ª ed., ante § 47, VIII, 5, c, p. 247; así, no obstante, también ya SCHÖNKE, 6.ª ed., 1952, § 47, II, p. 172.

[33] Cfr. al respecto en detalle *supra*, pp. 286 ss. (288-290).

[34] *Lehrb.*, 2.ª ed., p. 445.

pero al que por azar le sobreviene el dominio del hecho». Como ejemplo aduce el caso en que un sujeto, G, aconseja con respecto a la ejecución del hecho a otro, del que no sabe que, debido a una grave enfermedad mental, es incapaz de formar su propia voluntad. A su juicio, «con arreglo a la delimitación objetiva, tendría que castigarse a G como autor, aunque sólo quisiera ser cómplice».

BAUMANN pasa por alto que el dominio, incluso como dato objetivo, presupone el conocimiento de las circunstancias que lo fundamentan. El sujeto de detrás del ejemplo, en virtud de su desconocimiento, precisamente no tiene el dominio sobre el suceso. La posición contraria se basa en un entendimiento equivocado del principio del dominio del hecho [35].

b) Al margen de este significado limitado, sin embargo, no es necesaria voluntad de dominio del hecho alguna en el sentido de una "tendencia interna trascendente" que no surta efectos objetivamente. Se formule como se formule, un sujeto que realiza en su persona los criterios objetivos y subjetivos del dominio no tiene que tener además la voluntad de dominio; no hace falta que obre por interés personal; tampoco tiene que querer el hecho como propio, ni mostrar ningún género de "disposición interna" al acontecer. Todos estos elementos representan vestigios de la jurisprudencia del RG, a los que no les corresponde significado autónomo alguno en una teoría del dominio del hecho desarrollada consecuentemente.

BAUMANN [36] vuelve a fundamentar recientemente su defensa de la "voluntad de dominio del hecho" entendida en este sentido, a la que sigue vinculando con la teoría del interés, con el argumento de que «merced a la equivalencia de todas las condiciones, sólo una delimitación subjetiva presenta perspectivas de éxito». Pero así retrocede a los inicios de la moderna teoría de la participación en v. BURI, ignorando todo el desarrollo posterior [37], pues de la circunstancia de que todas las condiciones, consideradas sólo en tanto que factores causales, son equivalentes, desde luego no se deduce que no haya otros criterios de distinción objetivos.

c) También la idea, que se va abriendo paso en la jurisprudencia, de que la voluntad de dominio del hecho ha de determinarse con ayuda de criterios objetivos, por mucho que merezcan aprobación los resultados perseguidos [38], supone una formulación teórica desacertada.

En efecto, o bien ocurre que las circunstancias objetivas indicadas por el BGH, entre las que el "dominio del curso del hecho" desempeña un papel destacado, bastan para fundamentar la autoría, y entonces la voluntad de dominio del hecho o la voluntad de autor es un etiqueta sin importancia

[35] Cfr. ya *supra*, p. 290.
[36] *Lehrb.*, 2.ª ed., pp. 444 y 445.
[37] Cfr. al respecto con detalle *supra*, pp. 21 ss.
[38] Cfr. al respecto *supra*, pp. 343-344.

que se le coloca a quien, según se ha averiguado por otra vía, es autor; además, la denominación es adecuada para llamar a engaño, puesto que en realidad no se trata de una realidad psíquica o —como el propio BGH se ve obligado a confesar— un "hecho interno", sino de un término que designa una relación objetiva de dominio.

O bien cabría concebir los criterios objetivos en el fondo como meros indicios de una voluntad de dominio del hecho entendida psicológicamente, al igual que el dolo se deduce de los datos objetivos de la situación fáctica. Y entonces la voluntad de dominio del hecho sería un elemento inadecuado que conduciría a resultados incorrectos, puesto que el juez, aunque se dieran todos los requisitos del dominio del hecho, tendría no obstante que negar la autoría si no fuera capaz de extraer la conclusión indubitada de la exigida disposición volitiva específica en el sujeto actuante.

Por el contrario, si para evitar este resultado se entiende a la dirección configuradora del suceso como indicio irrefutable de la voluntad de dominar el hecho y, por ejemplo, en la realización del tipo de propia mano se cierra el paso con carácter general a que el ejecutor se escude en que no tenía voluntad de dominio, ciertamente ello es correcto como resultado, pero en cuanto a su contrucción teórica —a pesar de lo común del procedimiento— sumamente desafortunado, pues ni siquiera para presunciones refutables queda lugar en Derecho penal [39] e incluso una presunción irrefutable apenas vela el carácter ficticio de tal concepción "subjetiva".

2. El sentimiento de autoría

Otro tanto cabe afirmar contra la teoría del "sentimiento de autor" de NOWAKOWSKI. Ya se ha señalado *supra* cómo NOWAKOWSKI, a pesar de su punto de partida "puramente subjetivo", al final sin embargo no atiende a si el agente se ha sentido "señor del hecho" en términos psicológicos concretos, sino que hace depender la decisión de «si ha querido el hecho con un contenido mental con arreglo al cual tuvo que sentirlo como propio» [40].

Siendo esto correcto, ya no se atiende verdaderamente al sentimiento de autoría, sino a si el autor, de acuerdo con el orden valorativo de la comunidad jurídica, ha de ser considerado "señor del hecho". De ese modo, como acertadamente hace notar BOCKELMANN [41], «en realidad se ha abandonado» la delimitación subjetiva. El sentimiento de autoría contiene sólo los componentes subjetivos que también son exigibles para el dominio entendido en términos objetivos [42]. Por eso, con arreglo a la postura que aquí

[39] Cfr. al respecto ahora HENKEL, *Festschrift für Eb. Schmidt*, pp. 578 ss.
[40] *JZ*, 1959, p. 547; cfr. en detalle *supra*, pp. 104-106.
[41] *Strafrechtliche Untersuchungen*, p. 118, nota 13.
[42] *Vid. supra*, VI, 1, a, p. 316; también NOWAKOWSKI considera irrelevante la diferencia práctica, cfr. *JZ*, *op. cit.*, p. 549, 3, *in fine*.

se mantiene, sólo puede aplicarse el concepto del sentimiento de autoría con el mismo alcance que el que corresponde a la "voluntad de dominio del hecho".

No se trata de preguntar por la "disposición" o actitud del autor, puesto que de ellas no podría hacerse depender el dominio del hecho. El que esto rija o no en general para la autoría se tratará más adelante [43].

§ 30. ESTRUCTURA DEL CONCEPTO DE DOMINIO DEL HECHO

¿Cómo cabe caracterizar el concepto de dominio del hecho, cuyos elementos integrantes ya conocemos? No es preciso abordar esta cuestión en profundidad. La propia exposición de la evolución histórica ha puesto de manifiesto hasta qué punto los planteamientos ontológicos y teleológicos se hallan sometidos a división de opiniones y en qué distinta medida ha de recurrirse a elementos normativos y descriptivos. También nuestra propia opinión se deduce claramente de lo acabado de decir, pues nuestro desarrollo del concepto de dominio del hecho en sus cambiantes manifestaciones es sólo la aplicación práctica de lo que se dijo antes acerca de los principios metodológicos que debían regir la adecuada dotación de contenido a la fórmula de la autoría. Por eso es superfluo volver a escoger después, a partir del concepto de autor desarrollado, el programa con arreglo al cual hemos procedido.

Sin embargo, hace falta destacar algunos puntos que desempeñan cierto papel en la teoría del dominio del hecho:

I. El del dominio del hecho no consiste en un concepto de autor ontológico (esto es, captable a partir del sentido previo dado), ni tampoco en un criterio formado únicamente por medio de valoración jurídica, sino en el producto de una síntesis poliédrica de modos de considerar ontológicos y teleológicos [1]. De donde se deduce lo siguiente:

1. El concepto de acción final, del que WELZEL en su momento derivó la teoría del dominio del hecho "final" [2], ofrece para la doctrina de la autoría un punto de partida, pero nada más. Lo cual se muestra en tres aspectos:

a) Toda categoría de dominio del hecho requiere un actuar final. Así pues, los comportamientos no finales quedan descartados desde el principio. En esta medida cabe hablar de una cualidad dada del concepto de autor. Pero el concepto de finalidad requiere, a su vez, interpretación teleológica, pues como en el ámbito del dominio del hecho no hay "finalidad en sí" [3],

[43] Cfr. *infra*, pp. 470 ss.
[1] Sobre los principios básicos *supra*, pp. 36-42.
[2] Cfr. *supra*, pp. 32-34 y 85-86 ss.
[3] Cfr. al respecto, asimismo, WELZEL, *Lehrb.*, 7.ª ed., p. 31.

la voluntad de realización interesa sólo en tanto que se dirige a los elementos objetivos del tipo; la finalidad siempre lleva ya una impronta normativa.

El que exista o no un comportamiento final (= doloso) en el sentido de tipos concretos, por ejemplo una acción de injurias, de abusos sexuales o de receptación, sólo es posible averiguarlo teniendo en cuenta las ideas teleológicas y valorativas del legislador. Por eso ni siquiera cabe renunciar a la contemplación teleológica con respecto al elemento final del dominio del hecho.

b) Además, en el caso de cooperación de varios que obran finalmente, de la estructura final no se pueden obtener puntos de apoyo para delimitar las formas de participación, puesto que el elemento específico del dominio no es posible captarlo a través del atributo de la finalidad, que también lo posee la participación.

c) De todos modos, el concepto de finalidad adquiere significado fundamentador de dominio allí donde el error del ejecutor directo posibilita la autoría mediata del sujeto de detrás. Pero precisamente la supradeterminación final, que constituye aquí la esencia del dominio del hecho, tiene a su vez un marcado suplemento teleológico. En efecto, los cuatro grados de dominio del hecho, de los cuales el superior en cada caso posibilita a quien lo posee la dirección del curso del suceso, debido a su referencia al tipo, a la antijuricidad material, a los requisitos de la culpabilidad y al sentido concreto de la acción, no han de captarse, como datos ónticos, sin relación con las valoraciones rectoras del legislador.

2. También al margen de la estructura de la acción el concepto de dominio del hecho emplea por doquier un material óntico, articulado prejurídicamente y con significado. Lo cual rige tanto para la imbricación oportuna de las porciones del hecho en el dominio conjunto como en el ámbito del dominio de la voluntad en virtud de coacción, donde los principios empíricos psicológicos relativos a cuándo está excluida la decisión volitiva libre son determinantes para delimitar en las zonas fronterizas participación y autoría mediata. Y también el concepto genérico de "dominio" contiene un núcleo de significado inamovible, preformado socialmente, que impregna el concepto jurídico de dominio del hecho.

Sin embargo, todos estos elementos conceptuales resultan precisados y modificados mediante valoraciones específicamente jurídicas del legislador y del juez. La importancia de una función en la acción en su conjunto ha de medirse por su relevancia para la realización del tipo y, consiguientemente, por una norma. El dominio de la voluntad en los casos de coacción no se basa exclusivamente en un dato psíquico simplemente agregable, sino que depende, a través de su conexión con el principio de responsabilidad, de las exigencias del legislador. Y por cuanto respecta al contenido de significado social general del "dominio", éste es indiferenciado, de tal manera

que sólo podría asumirse, a lo sumo, en un concepto "indeterminado" de dominio del hecho; una descripción detallada, como sería necesaria para dotar de contenido adecuadamente a la fórmula de cláusula general, puede conducir a resultados seguros en cuestiones concretas sólo teniendo presente el fin de la ley.

3. Se pone, pues, de manifiesto que el concepto de acción por sí solo, al que aún hoy esta teoría debe que muchos de sus partidarios la denominen teoría del dominio del hecho "final", ofrece una base muy reducida como para que quepa construir sobre ella toda una doctrina de la autoría, así como un método que atienda a estructuras materiales previas ontológico-sociales no agota el contenido del concepto de dominio del hecho.

Por otra parte, sin embargo, también es cuestionable que, por ejemplo, la jurisprudencia pretenda determinar el concepto de dominio del hecho mediante valoraciones judiciales, demasiado unilateralmente, desligándose de cualquier descripción fija y sin vinculación a la ley. La fórmula, recurrente en las últimas sentencias, de que la autoría ha de «indagarse valorativamente por parte del tribunal sobre la base de todas las circunstancias» [4], no supone avance alguno, porque exactamente al igual que la poco clara "consideración global" judicial, de la que se solía hablar en las deliberaciones de la Comisión [5], conduce en la práctica a renunciar a la articulación ordenada razonablemente del ámbito de la participación y consiguientemente a consideraciones judiciales sobre merecimiento de pena que degradan el dominio del hecho a un lema huero [6]. Tan sólo el procedimiento descriptivo aquí desarrollado, que deja abiertos algunos huecos, estrictamente limitados, para la decisión valorativa del caso concreto, puede preservar al concepto de dominio del hecho de la difuminación de contornos propia de la inicial fórmula del *animus*.

En cambio, en principio es correcto que GALLAS califique al dominio del hecho como «el resultado de una contemplación a la vez final y valorativa» [7], porque sus valoraciones apuntan a captar elementos de articulación objetivos. Pero también GALLAS sobreestima el alcance del procedimiento teleológico al creer poder juzgar como dominio del hecho (como ocurre en el supuesto del "instrumento" no cualificado) la mera determinación al hecho ajeno merced a la equivalencia delictiva derivada de la especial infracción de deber [8].

II. ¿Es el dominio del hecho, tal como se nos presenta, un concepto descriptivo o normativo? Si se delimitan los elementos normativos con respecto a los descriptivos sobre la base de que aquéllos se refieren a datos

[4] Cfr. la sentencia básica *BGHSt*, 8, p. 396; por lo demás, la panorámica *supra*, pp. 109 ss.
[5] Cfr. al respecto *supra*, pp. 130-131.
[6] Al respecto, en profundidad, pp. 128-139.
[7] *Gutachten*, p. 128.
[8] Al respecto *supra*, pp. 278-284.

«a los que sólo cabe concebir presuponiendo lógicamente una norma» [9], se trata entonces de un fenómeno que coincide ampliamente con lo que hemos designado mediante el concepto de lo teleológico. En esa medida podemos remitirnos a lo dicho *supra*.

Por el contrario, si se comprende en lo descriptivo aquello que es perceptible sensorialmente, mientras que en lo normativo lo sólo inteligible espiritualmente [10], el dominio del hecho sigue siendo un concepto normativo en una medida sensible. La verificación de la autoría mediata y de la coautoría, que se basan respectivamente en la dirección configuradora de sentido del curso causal y en la dependencia funcional, requieren un acto de intelección espiritual. E incluso en la autoría simple sólo es posible hablar de un criterio descriptivo en la medida en que los tipos se compongan de elementos perceptibles sensorialmente.

En resumen, cabe hacer constar que aquí, y en general en el desarrollo del concepto de dominio del hecho, hemos sustituido la "unilinealidad" metodológica por un procedimiento que deja a los distintos puntos de vista su justo valor relativo, y frente a la unilateralidad abstracta de todo punto de vista tomado con carácter absoluto hace valer la concreta plétora de significado de la autoría. Este principio, cuyos efectos se mostrarán también en lo sucesivo al abordar el encuadramiento del dominio del hecho en la historia doctrinal, frente a la tendencia aún prevalente a separar antitéticamente aspectos parciales, se ha visto hasta ahora muy descuidado. Sólo los esfuerzos de GALLAS por lograr una síntesis de modos de considerar finales y valorativos han conducido en este ámbito a resultados fructíferos.

Recientemente también Arthur KAUFMANN [11] señala que en el tratamiento de la doctrina de la autoría «el error [estriba] en la exclusividad con la que se ponen en circulación aspectos parciales de un todo» [12]. Sólo cabría llamar correcta a aquella teoría que procurara reunir puntos de vista causales, finales, psicológicos y normativos. Lo cual es absolutamente acertado. En cambio, no puedo estar de acuerdo con él cuando aprueba la sentencia BGHSt 8, 393 ss. [13], «precisamente porque esta sentencia no sigue unilateralmente ninguna de las opiniones defendidas en la doctrina» [14]. A mi juicio, en este caso, como en general suele ocurrir en la jurisprudencia del BGH, se trata del método erróneo consistente en fundir distintas concepciones

[9] ENGISCH, *Mezger-Festschrift*, p. 147.
[10] WELZEL, *Strafrecht*, 7.ª ed., pp. 68 ss.; sobre otros significados de esta pareja de conceptos, ENGISCH, *Mezger-Festschrift*, pp. 127 ss.; KUNERT, *Die normativen Merkmale der strafrechtlichen Tatbestände*.
[11] *Das Schuldprinzip*, 1961, p. 82.
[12] Aquí acaso haya que entender asimismo: como el todo.
[13] Cfr. simplemente *supra*, pp. 116-118.
[14] *Op. cit.*, p. 82, nota 176. Que en cuanto al resultado la sentencia sea correcta es cuestión distinta.

de manera que, según se quiera, tan pronto se emplea este procedimiento como aquél, sin delimitar entre sí el alcance de los distintos planteamientos. Por esa vía todo queda en el fondo abierto y no se llega a un concepto con contenido, sino a un concepto indeterminado en el sentido descrito *supra* [15], que deja la doctrina de la autoría a merced de la inseguridad jurídica y de los juicios de sentimiento arbitrarios.

La teoría aquí mantenida, pues, no tiene que malinterpretarse: el apartarse de la unilateralidad metodológica no significa incurrir en lo genérico y en lo que no compromete, ni tampoco preconizar puntos de vista cambiantes para cada caso. Más bien requiere una minuciosa elaboración en profundidad de toda la materia jurídica y la determinación exacta de en qué modo se imbrican las distintas formas de considerar, cuándo y cómo han de emplearse y dónde hallan sus límites.

§ 31. POSICIÓN DEL DOMINIO DEL HECHO EN LA HISTORIA DOCTRINAL

También aquí tenemos ya realizadas las labores previas: conocemos las teorías de la autoría iniciales en tanto que siguen brindando puntos de partida útiles para el estado actual de la problemática y podemos calibrarlas por los resultados del concepto de dominio del hecho descrito pormenorizadamente.

La teoría del dominio del hecho, en la medida en que ha buscado apoyo en anteriores teorías sobre la participación, ha sido desarrollada desde puntos de partida contrapuestos. LANGE, WELZEL, BOCKELMANN, BUSCH, VON WEBER y asimismo la jurisprudencia del BGH que opera con el concepto de dominio del hecho, proceden de la teoría subjetiva, mientras que, por ejemplo, GALLAS y SAX han obtenido su concepción partiendo de una ampliación de la teoría objetivo-formal [1]. Todas las demás concepciones mantenidas a los comienzos, relativas a la delimitación entre autoría y participación, no han ejercido influencia demostrable en el estado actual de la problemática.

Por consiguiente, la teoría del dominio del hecho parece presentarse en la historia doctrinal como una síntesis de las teorías subjetiva y objetivo-formal. Sin embargo, con este planteamiento la imagen se simplifica indebidamente, pues bien es verdad que el dominio del hecho presupone en realidad, alternativamente, los elementos subjetivos y objetivos más heterogéneos; pero las ideas básicas de ambas teorías, que no pueden armonizarse sin más mezclándolas meramente, sólo se manifiestan en el principio del

[15] Pp. 128-139.

[1] Sobre la tesis de BAUMANN, *JZ*, 58, p. 231, y *Lehrb.*, 2.ª ed., p. 444, que en WELZEL habla de teoría "puramente objetiva" y en GALLAS de "delimitación subjetiva"; *cfr.* ya *supra*, p. 88.

dominio del hecho de una manera sumamente limitada, mientras que, por otra parte, para averiguar el dominio del hecho suelen ser determinantes consideraciones que no cabe explicar desde puntos de vista subjetivos u objetivo-formales, sino que están prefigurados de un modo u otro en teorías más antiguas. A la vista de lo cual resulta, en síntesis, el siguiente panorama:

1. *La teoría subjetiva de la participación,* en su variante de la teoría del dolo, aporta en principio a la idea del dominio del hecho la necesidad de dolo: no es concebible una voluntad de autor sin dolo, y no es posible una subordinación a una voluntad a la que le falte la referencia al resultado. Asimismo, mediante la fórmula del "dejar a criterio" esta teoría capta acertadamente la dependencia del partícipe con respecto al autor, si bien sólo en su reflejo subjetivo [2]. Por el contrario, nada puede aportar para fundamentar positivamente el concepto del dominio del hecho: ni el dominio de la acción ni el de la voluntad, ni el principio del dominio del hecho funcional cabe plasmarlos con alguna exactitud mediante los criterios de la teoría del dolo. Para los pormenores podemos remitirnos a anteriores reflexiones [3].

II. *La teoría objetivo-formal* escoge un punto de partida ya desligado de la consideración causal estrictamente objetiva, si bien material y metodológicamente acertado desde la perspectiva de la teoría del dominio del hecho [4]; con tal de resaltar nítidamente el principio final que subyace en ella sin estar desarrollado, esta teoría se ajusta plenamente a la idea del dominio de la acción.

Sin embargo, ahí reside su limitación: para entender el dominio del hecho funcional y la autoría mediata no aporta nada [5]. Antes bien, si la peculiaridad de estas formas de autoría se impone es contra la unilateralidad de la teoría objetivo-formal que, frente a la realidad, restringe el ámbito de la autoría.

III. *La teoría de la necesidad* contiene, bajo ropaje causal, el elemento decisivo para el dominio conjunto del hecho: la idea de que la aportación al hecho de cada coautor tiene que ser necesaria para la ejecución, de manera que su retirada anula la estructura de la acción que surge de la imbricación de todas las acciones individuales.

El punto flaco de esta concepción estriba en que la necesidad y la importancia de una función dentro de la concreta ejecución de la acción no pueden captarse mediante una pura consideración causal, sino que más bien hace falta el entendimiento del sentido de todos los rasgos esenciales y un enjuiciamiento judicial valorativo del caso concreto que surja de esa base [6].

[2] Cfr. al respecto *supra*, pp. 343-344.

[3] Pp. 149 ss., 163 ss. y 303 ss.

[4] Al respecto, con más detalle, *supra*, pp. 52-56.

[5] Cfr. ya *supra*, pp. 54-56.

[6] Cfr. en concreto pp. 310-313 (311).

IV. *La teoría de la simultaneidad* pone de relieve acertadamente la idea, también válida para la teoría del dominio del hecho, de que la ejecución conjunta, la coautoría en la realización del tipo, sólo es posible allí donde se ha aportado una acción, no en la fase preparatoria, sino en la ejecutiva. Bien es verdad que el principio de la interdependencia funcional de todas las partes del hecho no está contenido en el concepto de simultaneidad. Pero como el éxito de un plan requiere la sintonía cuidadosa de las distintas aportaciones individuales, en general cabrá decir que para la propia ejecución no suele recurrirse a fuerzas superfluas. Por eso, dada la cooperación activa en el instante de la realización del tipo, normalmente habrá que afirmar la coautoría.

No obstante, aquí reside, desde el punto de vista de la teoría del dominio del hecho, la falla de esta teoría. La idea de la simultaneidad es, comparándola con el concepto de dominio del hecho funcional, demasiado inespecífica. Descompone los actos individuales en acciones cronológicamente paralelas más de lo que pondría de manifiesto su relación recíproca. Consiguientemente, tiene que conducir a soluciones incorrectas allí donde a una de las acciones aportadas en la fase ejecutiva en el caso concreto no le corresponda función relevante alguna [7].

V. *La teoría de la causalidad física y psíquica* comprende, asimismo, un factor esencial para el concepto de dominio del hecho que aquí se mantiene, factor que se puede expresar señalando que no cabe hablar de dominio donde la realización última del tipo dependa aún de la decisión única y responsable de otro. Por esta circunstancia no llega a darse la coautoría de quien interviene sólo en la fase preparatoria, así como tampoco la autoría mediata del sujeto de detrás cuyo influjo volitivo no anula la responsabilidad del sujeto interpuesto y de aquel que no puede eludir la libre decisión de éste desde un superior grado de dominio del hecho.

De todos modos, la valiosa idea fundamental de esta teoría queda bastante oscurecida por su deficiente formulación "causal", puesto que la libertad y la responsabilidad de una decisión de voluntad, a la que aquí se atiende, no puede expresarse adecuadamente a través de gradaciones del concepto causal. Cuando, por ejemplo, FRANK, tan pronto como la presión volitiva del sujeto de detrás ha alcanzado el límite del estado de necesidad coactivo, convierte de repente la causalidad psíquica en causalidad física [8], evidencia que lo que aquí resulta no es una modificación de la causalidad, sino únicamente una diferencia para el enjuiciamiento de las condiciones de dominio que capte el sentido. Y el concepto del dominio del hecho funcional se sustrae completamente a los criterios de lo psíquico y de lo físico [9].

[7] Cfr. *supra*, pp. 63 y 308-310.
[8] 18.ª ed., ante § 47, II, p. 104.
[9] Lo cual puede colegirse fácilmente de los supuestos tratados *supra*; cfr. pp 66-67.

VI. Las doctrinas de DAHM y RICHTER, calificadas más arriba como *"teoría de la supremacía"*, con arreglo a las cuales las partes de los coautores individuales son equivalentes entre sí, mientras que las aportaciones al hecho de los partícipes se presentan como limitadas y subordinadas, contienen un punto de vista determinante también para la teoría del dominio del hecho. En efecto, debido a la dependencia funcional de las partes del hecho cada uno de los coautores tiene el curso del hecho en sus manos y en esa medida es equivalente en su importancia para el acontecer global; la mera complicidad, en cambio, contribuye a surtir efecto sólo en la preparación o desempeña una función de segundo orden, de manera que su participación aparece de hecho como subordinada.

El punto flaco de esta concepción, frente a un cabal concepto de dominio del hecho, reside en que no avanza, más allá del punto de vista puramente normativo y formal de la equivalencia, hacia criterios de enjuiciamiento determinados [10], no advirtiendo que el concepto del dominio del hecho es adecuado para proporcionar contornos precisos a la amplitud, propia de cláusula general, de un concepto valorativo tan indeterminado. La teoría de la supremacía se detiene precisamente allí donde comienza la verdadera labor de la teoría de la participación.

VII. Entendiendo el concepto de dominio del hecho tal como se expone aquí, con el trasfondo de su evolución histórica global, se advierte que no cabe concebirlo ni como derivado de la doctrina final de la acción ni como desarrollo ulterior de una concreta teoría de la participación. Todos los intentos de derivación limitados en este sentido sitúan la teoría del dominio del hecho sobre una base demasiado reducida. En realidad, todas las teorías aquí expuestas, en algunos casos resucitadas del olvido, aportan elementos concretos a la idea del dominio del hecho. Lo cual no ha de sorprender, pues lo que sería bastante extraño es que hubieran sido en gran parte estériles los esfuerzos desplegados a lo largo de más de un siglo por entender el concepto de autoría.

Si, a tenor de lo señalado, el concepto de dominio del hecho puede volver la vista atrás hacia precursores en casi todos sus rasgos concretos, se plantea la cuestión de dónde reside en realidad el significado autónomo de esta teoría. ¿No ocurrirá, como dice BAUMANN [11] acerca de las teorías subjetiva y objetivo-formal, que precisamente la idea del dominio del hecho no representa, con respecto a ellas, ningún hallazgo original? ¿Y no habrá que darle la razón a ENGISCH [12] cuando indica que el concepto de dominio del hecho no lleva "en lo esencial más allá de otras ideas afines, más antiguas»?

[10] Cfr. al respecto ya *supra*, pp. 68-69.
[11] *JZ*, 1958, p. 232.
[12] *ZStW*, t. 66, 1954, p. 383.

A mi juicio, el significado de esta teoría estriba en algo distinto y más trascendental que toda la originalidad de sus rasgos particulares: el principio del dominio del hecho forma el justo medio antes oculto, la idea básica oscuramente perseguida por todos los esfuerzos que la precedieron; significa el núcleo en el que convergen las líneas aparentemente enmarañadas de la evolución histórica doctrinal, el centro de sentido que precisamente hace destacar el contenido que queda en las posturas contradictorias entre sí.

Así pues, no se trata de un ensamblaje sincrético de teorías: el concepto de dominio del hecho no está compuesto *a posteriori* de fragmentos de teorías anteriores, sino que los heterogéneos puntos de partida de los intentos precedentes sólo reciben su significado por su referencia a la idea del dominio del hecho. En este sentido cabe hablar sin duda de un "descubrimiento jurídico", pues su esencia reside precisamente en el ámbito de la ciencia jurídica, no en que, habiendo quebrado bruscamente la evolución histórica doctrinal, haya conducido a resultados inesperados y fuera del marco de dicha evolución. El "descubrimiento" consiste más bien en la comprensión y formulación afortunada de una idea básica, concebida de modo sólo parcial en multitud de conatos, que en cierto modo "estaba en el aire" y que sólo al final fue puesta con claridad de manifiesto, coronando y cerrando así una larga evolución. A partir de esta circunstancia se explica también que desde el origen de la teoría del dominio del hecho todas las demás teorías hayan ido pasando a un segundo término o hayan intentado aproximarse a ella mediante toda clase de modificaciones.

Con lo cual no quiere decirse que la idea del dominio del hecho haya esclarecido definitivamente toda la problemática de la autoría, pues, por una parte, su configuración aún es sumamente controvertida en los detalles y, por otra, las propuestas de solución que aquí se desarrollan pueden ser aún mejorables; además, tampoco ha significado el descubrimiento de una panacea con la que deducir a voluntad resultados para cada situación que surja; más bien cada nuevo grupo de casos que aparezca va a requerir un análisis autónomo de las estructuras de dominio en que se base. Pero, ante todo, lo que requiere investigación pormenorizada es el alcance del principio del dominio del hecho. Hay que verificar si en los delitos omisivos y en los imprudentes no habrá que enjuiciar la autoría con arreglo a criterios totalmente distintos. Y asimismo hace falta examinar si en los delitos dolosos de comisión, mediante el punto de vista del dominio del hecho, está acertadamente determinada en todos los casos la figura central del suceso de la acción. Éste es precisamente el problema que vamos a abordar en el capítulo siguiente.

§ 32. POSICIÓN SISTEMÁTICA DEL CONCEPTO DE DOMINIO DEL HECHO

¿Es la autoría un problema del tipo objetivo o del subjetivo, del injusto o de la culpabilidad? ¿O se encuentra, como "manifestación especial del delito", fuera del sistema articulado del delito?

I. EL DOMINIO DEL HECHO COMO ELEMENTO DEL SISTEMA

El que domina el hecho es un componente necesario del sistema del delito. Si se quisiera, como propugna la doctrina tradicional, desligar al autor de la estructura del delito, el sujeto del delito aparecería sistemáticamente como aquel que meramente causa, antijurídica y culpablemente (y así, en la mayoría de los delitos, obrando dolosamente), un resultado típico. Autoría, inducción y complicidad, pues, se derivarían con posterioridad de un concepto superior de sujeto del delito que se extendería como una nube sobre las formas de participación.

Pero ésa es una postura incorrecta que no satisface el concepto de tipo ni el de autor.

1. Los tipos legales no son abstracciones descoloridas, sino que representan el intento de plasmar gráficamente, con todos los rasgos personales, a la figura central del suceso de la acción [1]. Cuando el legislador, en el § 243, párrafo 1, número 2, describe los requisitos del robo con fuerza, a buen seguro que como sujeto de este delito no se representa —por volver al antiguo ejemplo de WEGNER— [2] a la «abuela ciega del dueño del garito» que «anudó la escalera de cuerda para la ejecución del robo». Y sin embargo, ésta ha sido dolosamente causal del resultado típico, de manera que para la concepción que aquí se rechaza, la diferencia entre ella y los que han escalado por la fachada e irrumpido en el domicilio no tendría trascendencia en el tipo.

Si esto fuera correcto, llevar a cabo de propia mano la acción típica no tendría el efecto fundamentador de dominio del hecho que aquí, coincidiendo con la doctrina dominante, se le atribuye, pues si inductor y cómplice se ajustan exactamente de la misma manera a lo descrito en los tipos, de tal descripción niveladora de las formas de participación no pueden resultar puntos de apoyo para el concepto de autor. Por eso, tal concepción tiene que tender a desplazar las diferencias a lo subjetivo. Su refutación no se deduce sólo de lo dicho *supra* en general con respecto al concepto de autor, sino también a partir del sentido de los tipos, que no permite decir del

[1] Cfr. pp. 42 ss. y *passim*.
[2] *Strafrecht*, p. 249.

que simplemente ha causado con dolo (por ejemplo, de la mencionada abuela ciega) que ha sustraído cosas ajenas con fuerza en las cosas y que por tanto su acción coincide con la típica.

Así pues, el autor es ya un componente de la descripción del hecho y no algo que se añada sólo con posterioridad. De donde se deduce que la teoría del dominio del hecho constituye un concepto restrictivo de autor. La calificación de restrictivo no se entiende en este contexto en el sentido de la teoría objetivo-formal, sino en el de que sólo actúa típicamente de modo primario aquel que aparece como señor del hecho de la realización delictiva. La inducción y la complicidad se presentan así como causas de extensión de la pena.

2. Sin embargo, la postura de que la distinción entre autoría, inducción y complicidad no puede añadirse con posterioridad a la verificación de tipicidad, antijuricidad y culpabilidad resulta también de la necesidad, fundamentada *supra*, de un concepto de autor "primario" [3]. En efecto, la opinión contraria ciertamente no obtiene la figura del autor secundariamente, tras negar la participación; pero las tres formas de intervención son, según ella, derivaciones, simplemente especificadoras, del concepto general del sujeto del delito. Lo cual contradice el sentido de la división trimembre, pues el legislador no quiere conminar con pena en general toda causación culpable de resultado, sino que sólo quiere abarcarlas desde el principio en tanto que concurra una de las tres formas de intervención. En otro caso sería posible que un sujeto obrara típica, antijurídica y culpablemente y, sin embargo, no fuera castigado porque al final resultara que no se daban los requisitos de la autoría, ni de la inducción ni de la complicidad; caso que, por ejemplo, en los delitos de propia mano, que se tratarán *infra*, tiene gran importancia práctica. Las formas de intervención se manifestarían, pues, como causas de restricción de la pena [4], o, por expresarlo exageradamente, como instrumentos para la creación *a posteriori* de lagunas de punibilidad, cuando son las que verdaderamente constituyen la punibilidad.

II. EL DOMINIO DEL HECHO EN RELACIÓN CON EL INJUSTO Y LA CULPABILIDAD

Mientras que la opinión de que al concepto de autor le corresponde una "significación central" en la estructura de la teoría del delito, en conexión con WELZEL [5] ha triunfado entre los partidarios de la teoría del dominio del hecho, queda por aclarar la cuestión de cómo hay que estructurar sistemáticamente en concreto los elementos del dominio del hecho.

[3] Cfr. pp. 43-45.

[4] Ya *supra*, pp. 46-48; en polémica con LANGE se ha expuesto que la teoría extensiva representa un concepto de autor secundario socapado.

[5] Cfr. simplemente *Lehrb.*, 7.ª ed., p. 89.

1. Rechazo de la "autoría indiciaria"

Ha de rechazarse la limitación del concepto de autor a un tipo indiciario que no abarque la ausencia de los requisitos de la justificación. El que abate a otro en legítima defensa putativa no es autor de un homicidio del § 212 StGB. Debido a su desconocimiento de la situación le falta el dominio del hecho, de manera que sólo cabe castigarlo a lo sumo por homicidio imprudente [6]. Ésta es una consecuencia del concepto de dolo y sólo mediatamente un problema de la doctrina de la participación [7].

2. La autoría como manifestación del injusto

La autoría es más bien la forma de injusto típico correspondiente a la descripción del delito, a la que, en virtud de las normas especiales de los §§ 48 y 49 StGB, se conectan inducción y complicidad como ampliaciones de la pena. En este lugar tiene que encontrar su puesto en la teoría del delito, y al verificar los casos concretos [7a], y ello tras haber constatado los demás requisitos objetivos y subjetivos del tipo de injusto. Es un residuo de la concepción, rechazada *supra*, de la desvinculación sistemática de las formas de intervención, que el "centro de acción personal del injusto", al que el propio WELZEL asigna "importancia central" para el injusto, no aparezca en su estructura del delito proyectada para la resolución de casos prácticos [8]. Más bien resulta la siguiente imagen de la teoría del injusto:

<table>
<tr><td colspan="4">EL INJUSTO TÍPICO</td></tr>
<tr><td colspan="2">EL HECHO</td><td colspan="2">LAS FORMAS DE INTERVENCIÓN</td></tr>
<tr><td>objetivamente</td><td>subjetivamente</td><td>objetivamente</td><td>subjetivamente</td></tr>
<tr><td rowspan="2">TIPO INDICIARIO</td><td rowspan="2"></td><td>I. AUTORÍA</td><td>las circunstancias objetivamente fundamentadoras de la autoría</td><td>el conocimiento de esas circunstancias</td></tr>
<tr><td>II. INDUCCIÓN</td><td></td><td></td></tr>
<tr><td>CONTRATIPOS (Causas de justificación)</td><td></td><td>III. COMPLICIDAD</td><td></td><td></td></tr>
</table>

[6] En sentido distinto para el concepto de autor expresamente GALLAS, *Gutachten*, p. 132.

[7] Cfr. al respecto *supra*, p. 228, y con respecto a las cuestiones de error mi obra *Offene Tatbestände*, pp. 111 ss.

[7a] Completamente de acuerdo ahora STRATENWERTH, *Juristenjahrbuch*, 1961-1962, pp. 208-209.

[8] *Lehrb.*, 7.ª ed., pp. 478 ss.

Así pues, han de comprobarse en primer lugar los requisitos objetivos del injusto; después, el dolo, y a continuación se investiga si concurren autoría, inducción o complicidad. Al dilucidar las formas de intervención, a su vez, ha de verificarse al principio si se dan los requisitos objetivos de la autoría, esto es, la circunstancia de si, por ejemplo, el sujeto ha determinado el hecho por medio de un ejecutor no doloso; después ha de averiguarse si el que ha determinado conocía esta circunstancia, esto es, si, por ejemplo, sabía que había instigado a alguien que sufría error. Habiéndose afirmado todo esto, el agente es autor del injusto típico y ha de verificarse entonces la culpabilidad.

Esta panorámica muestra que el concepto de dominio del hecho no cabe comprenderlo mediante una división entre elementos objetivos y subjetivos desligada de los demás requisitos del injusto. La realización externa de los elementos del tipo y la ejecución final de este resultado son las que, más bien, vuelven a formar, en su unidad, la base "objetiva" sobre la que puede plantearse la cuestión del dominio del hecho. Éste, a su vez, requiere tanto los requisitos externos fundamentadores del dominio como su conocimiento subjetivo. Al respecto hay que tener en cuenta que estos dos últimos elementos sólo forman una unidad dialéctica separada. De no producirse el conocimiento tampoco cabe hablar ya de dominio del hecho "objetivo".

3. La indiferencia del concepto de autor con respecto a la culpabilidad

Representa un difícil problema la relación del concepto de autor con la culpabilidad. Los autores próximos a la teoría del dominio del hecho suelen considerar al "autor" como elemento integrante de la teoría del injusto, pero en ocasiones también se le conecta con el concepto de culpabilidad [9]. A mi juicio, la situación es la siguiente:

La ausencia de culpabilidad, por ejemplo, la concurrencia de una situación coactiva, no excluye la autoría, siempre que se hayan realizado sus requisitos, ya descritos antes individualizadamente. Cuando WELZEL [10] en tales casos convierte de buenas a primeras la autoría en "complicidad inculpable", no sólo incurre en contradicción sistemática con su teoría de la autoría orientada sólo al injusto, sino también en desconocimiento del concepto de dominio del hecho [11]. Del mismo modo, el que coacciona sigue siendo autor mediato (si bien inculpable) aunque sea un enfermo mental. Así pues, en esta medida el concepto de autor es indiferente con respecto la culpabilidad, debiendo

[9] Cfr., por ejemplo, JESCHECK, *SchwZStr,* 1956, pp. 235 ss.; H. MAYER, *Lehrb.,* pp. 303 ss.

[10] *Lehrb.,* 7.ª ed., p. 91, como aquí en este punto GALLAS, *Gutachten,* p. 133; Armin KAUFMANN, *Unterlassungsdelikte,* p. 165, nota 187.

[11] Lo cual ya se expuso *supra* con detalle en la fundamentación del dominio de la acción, cfr. p. 156.

rechazarse la postura de Hellmuth MAYER de que autor es «quien de modo plenamente responsable realiza el tipo en sus aspectos volitivo y fáctico».

Otras dos cuestiones conectadas con el problema de la culpabilidad se tratarán específicamente en los dos apartados siguientes.

4. La doctrina del dominio del hecho como argumento en favor de la pertenencia del dolo al tipo

Desde la perspectiva del concepto de dominio del hecho apenas es posible sistemáticamente incardinar en la culpabilidad el dolo y otros requisitos psíquicos, desmembrando así el concepto unitario y dejando en el plano del injusto sólo un componente "objetivo" [12].

Haciendo abstracción de las formas de participación, la teoría objetiva del injusto no deja de ser una concepción razonable desde sus premisas e incluso, con algunas limitaciones [13], viable en coherencia sistemática, puesto que el efecto producido —por ejemplo, la muerte de una persona— no se ve alterado en su calidad de resultado porque el agente la haya causado dolosa, imprudente o inculpablemente.

Pero ante todo, en el dominio del hecho, a diferencia de en el binomio "resultado-dolo", es imposible someter sus componentes objetivos y subjetivos a valoración sistemática separada. No quedarían entonces unidades de sentido de índole externa o psíquica entendibles aisladamente, recíprocamente complementarias y reunibles como se quiera, sino que el concepto entero se diluiría en la nada, como es fácil demostrar:

Si un médico ruega a su colega, que nada sospecha, que le inyecte a un paciente con una jeringuilla envenenada, no es posible decir que el colega ejecutor tenga "objetivamente" el dominio del hecho y que no sepa nada simplemente porque le falta el dolo. Lo que ocurre es sencillamente que no tiene el dominio del hecho. La idea de un dominio del hecho "objetivo" entendido en estos términos sería una *contradictio in adiecto*; sería tan absurdo como si en un delito imprudente cupiera hablar de una acción "objetivamente dolosa". Si se quisiera extraer el dolo del tipo de injusto ya no sería dable hallar lo que habría que examinar en este ámbito desde la perspectiva del dominio del hecho.

A la inversa, tampoco existe un dominio del hecho "subjetivo" que haga abstracción de las posibilidades objetivas de dominio. El dolo, en sí mismo, no se encuentra en relación más estrecha con la autoría que con la inducción o la complicidad. Y todas las demás ideas e impulsos volitivos internos sólo

[12] Así, no obstante, NOWAKOWSKI, *JZ,* 1956, p. 545.

[13] Al respecto, diferenciando sutilmente, ENGISCH, *Festschrift für Rittler,* pp. 165 ss.

tienen trascendencia para el dominio del hecho en tanto que surten efecto en el curso externo del suceso. Desvinculándolos de éste, no se obtiene un dominio del hecho "subjetivo", sino reflexiones e impulsos emocionales no aptos para configurar, y absolutamente irrelevantes para, el dominio del hecho. A fin de evaluarlos podemos remitirnos a lo que indicábamos *supra* con respecto a la "voluntad de dominio del hecho" y al "sentimiento de autor" [14].

Siendo, por consiguiente, inviable la separación sistemática entre elementos del injusto y de la culpabilidad —como la que hubo que llevar a cabo, con arreglo a la estructura del delito legada por la doctrina causal de la acción— sólo queda ya una posibilidad de salvar para la culpabilidad el dolo y el conocimiento de las circunstancias fundamentadoras del dominio: habría que tratar como problema de culpabilidad todo el concepto de dominio del hecho y, por tanto, la delimitación de las formas de participación.

Pero ya a primera vista se revela que esta vía está descartada. A través de ella no sólo se vaciaría por completo el concepto de tipo, reduciéndolo a meros cursos causales. También se desconocería que la delimitación de las formas de intervención no tiene nada que ver con la reprochabilidad. El inductor que se queda en segundo plano y el cómplice pueden actuar en ciertos casos tan reprochablemente como el autor. También desde el punto de vista del Derecho positivo esta postura contradiría el principio de la accesoriedad limitada.

De cuanto antecede resulta que partiendo de la teoría del dominio del hecho cabe obtener un argumento autónomo en favor de la pertenencia del dolo al tipo [14a]. Así pues, no habría sido necesaria, como ocurrió en la evolución histórico-doctrinal determinada en este punto por WELZEL, la teoría de la acción para que esta idea se abriera paso. Es posible mantener otra doctrina de la acción y deducir una posición del dolo coincidente con la doctrina final de la acción únicamente a partir de la idea del dominio del hecho (al margen de otros puntos de vista, no abordables aquí). Lo cual se ajusta a una consideración que ya sugeríamos al principio, al analizar la teoría objetivo-formal [15]: también esta teoría, en la que ya se encuentra prefigurada la idea del dominio de la acción, de haber sido examinada en profundidad desde puntos de vista sistemáticos, habría tenido que conducir a superar la concepción objetivo-causal del tipo.

[14] Cfr. pp. 345-347.

[14a] Para adelantarme a posibles malentendidos: en lo expuesto únicamente se alude al dolo en tanto que es idéntico a la finalidad. Si ha de ostentar elementos de la culpabilidad que la trasciendan —la cuestión se dejó abierta *supra*, pp. 202-214 (213 s.)— obviamente no se prejuzga su ordenación sistemática.

[15] Cfr. *supra*, pp. 52-56.

5. Elementos de la culpabilidad fundamentadores de autoría

Aun cuando se trate el dolo en el ámbito del injusto, no cabe negar que para fundamentar el dominio del hecho hasta ahora hay que recurrir a elementos que, con arreglo a la opinión dominante en la actualidad, han de atribuirse indudablemente a la culpabilidad. Piénsese simplemente en el caso en que un sujeto aprovecha a conciencia el error de prohibición de otro, convirtiéndose así en autor mediato [16]. Si aquí ambos sufrieran el mismo error, el que instiga sólo podría ser inductor. Por tanto, es innegable que la consciencia del injusto material de un comportamiento hace posible que el sujeto de detrás tenga el dominio del suceso. Así pues, si se quiere practicar la distinción de las formas de cooperación en el ámbito del injusto no es posible evitar el tener en cuenta ya aquí la consciencia de la dañosidad social en tales casos. Un grupo de casos más raro resulta cuando un sujeto que entrevé por completo la situación sustancial y jurídica se sirve, para realizar sus planes, de otra persona que supone erróneamente los presupuestos de una causa de exclusión de la culpabilidad, por ejemplo, del estado de necesidad (§ 54 StGB) [17]. Si aquí, como ya hacíamos *supra*, para fundamentar el dominio del sujeto de detrás no atendemos en primer lugar a la situación de constreñimiento psíquico del agente, sino a su error, la posibilidad de dirección por parte del no ejecutor se basa en su conocimiento de todos los presupuestos de la culpabilidad que en él, a diferencia de en el autor directo, sí concurre.

Tales casos no son encuadrables fácilmente en las categorías de la sistemática tradicional; lo que no debe extrañar si se repara en que en la estructura del delito clásica no se tenía previsto ningún espacio para las formas de participación, que incluso entre los finalistas están en buena medida por aclarar los elementos del concepto de autor, que van vagando sin lugar fijo en el sistema y que, por último, la articulación de la teoría del delito hasta ahora nunca se ha analizado a fondo autónomamente desde esta perspectiva. No es éste el lugar de proyectar un nuevo sistema del delito a la vista de la teoría de participación, puesto que a tal efecto sería necesario (para evitar desembocar en insatisfactorias construcciones *ad hoc*) incorporar todas las cuestiones de la Parte General, necesidad cuya satisfacción sobrepasaría el espacio de esta monografía; cuanto más que, como lo que aquí nos ocupa ante todo es un problema material (los requisitos de la autoría), las cuestiones sistemáticas presentan una importancia relativamente secundaria.

Si, por tanto, en este lugar no hacemos tambalearse los pilares en los que se sustentan la estructura sistemática "clásica" y "final", resulta lo siguiente: al indagar la autoría puede ser necesario en el caso concreto, en el contexto

[16] Cfr. al respecto, en profundidad, *supra*, pp. 216 ss.

[17] Al respecto con más detalle *supra*, pp. 231 ss.

de la comprobación del injusto, adelantarse al ámbito de la culpabilidad y tener ya ahí en cuenta determinados elementos pertenecientes sistemáticamente a ella. Lo cual no significa difuminar los límites entre injusto y culpabilidad. Aun cuando algunos elementos de la culpabilidad cofundamenten su dominio del hecho, el autor puede obrar no culpablemente debido a otras circunstancias, por ejemplo, porque es un enfermo mental, o no es mayor de edad o está coaccionado.

Pero ante todo tales criterios, por ejemplo la consciencia de la antijuricidad material, de ningún modo se presentan a la comprobación de la autoría como aspectos de la culpabilidad. Cuando un sujeto entrevé la situación jurídica y aprovecha el error de prohibición de otro, no es señor del hecho porque su comportamiento sea más culpable que el del otro, debido a que, por ejemplo, merezca un reproche especialmente grave; donde esto tiene que examinarse es en el ámbito de la culpabilidad. Más bien es autor mediato por la sola razón de que su conocimiento más amplio le hizo posible la dirección con sentido del curso del suceso, cuestión que no tiene que ver en absoluto con la reprochabilidad. El "ensamblaje" de injusto y culpabilidad se refiere, pues, sólo al sustrato del enjuiciamiento; un dato empírico único desempeña su papel desde ambos puntos de vista; pero no es que resulten mezclados los ámbitos porque la especificidad del injusto se viera influida por la reprochabilidad individual.

Vista la realidad a esta luz, las mencionadas peculiaridades del concepto de dominio del hecho constituyen un fenómeno que por lo demás no es poco común en el pensamiento sistémico moderno. Así, difícilmente podrá discutirse que el dolo, aunque se le considere como elemento subjetivo del tipo o incluso como elemento de la acción, a la vez adquiere un significado esencial como especial grado de culpabilidad [18]. Por consideraciones análogas, si bien parcialmente en otros contextos, HARDWIG [19] ha llegado a aventurar que la culpabilidad [20] forma parte «en todo su alcance del injusto». Sea como fuere, en cualquier caso es equivocado entender que una circunstancia que tiene importancia para el tipo o la culpabilidad ya por eso haya de estar "agotada" para, en cada caso, la otra categoría de la estructura del delito.

Baste con lo dicho, que será suficiente si se ha hecho ver que la autoría, incluso en estos supuestos especiales, sigue siendo un problema del injusto. Asimismo, ojalá pongan de manifiesto estas indicaciones en qué dirección hay que continuar reflexionando para superar sistemáticamente, resolviéndolas, las cuestiones que surjan en este ámbito.

[18] Cfr. al respecto mi *Offene Tatbestände*, pp. 112 ss. Enlazando con ello ahora WIETHOLTER, *Der Rechtfertigungsgrund des verkehrsrichtigen Verhaltens*, 1960, pp. 61 ss.

[19] *ZStW*, t. 68, 1956, p. 31, nota 25.

[20] Se quiere decir: su sustrato material.

CAPÍTULO NOVENO

EL CONCEPTO DE AUTOR DE LOS DELITOS DOLOSOS DE COMISIÓN

§ 33. ALCANCE DEL CONCEPTO DE DOMINIO DEL HECHO

I. EL CRITERIO DEL DOMINIO DEL HECHO COMO CONCEPTO GENERAL DE AUTOR

Ahora ya conocemos la índole del concepto del dominio del hecho. Pero ¿cómo cabe demostrar que el legislador no considera autor de los delitos dolosos sino al que domina el hecho? Dado que la ley no brinda ninguna definición del concepto de autor y que los trabajos preparatorios del Código penal no dejan entrever puntos de partida aprovechables, sólo hay dos vías para evidenciar una solución en tal sentido: una "positiva" y otra "negativa".

1. La fundamentación "positiva" de la teoría del dominio del hecho requiere que se ponga de manifiesto que el concepto de autor es correcto en cuanto a su punto de partida y en cuanto a su aplicación, así como que se ajusta a los fundamentos legales. Ello se ha intentado en capítulos anteriores, donde se ha mostrado que el autor ha de contemplarse como la "figura central del suceso de la acción". En la tarea de dotar de contenido a este concepto de cláusula general y en principio formal nos hemos encontrado con los criterios del dominio de la acción, del dominio de la voluntad y del dominio del hecho funcional, todos los cuales se presentan como manifestaciones del principio general de dominio del hecho.

Así pues, no es que partiéramos de un concepto preconcebido de dominio del hecho, que requiriese legimitación *a posteriori*. Más bien hemos estado buscando, y gradualmente construyendo, un concepto general de autor para cuya calificación sintética se reveló como especialmente apto el elemento del dominio del hecho.

A lo largo de la investigación se ha ido poniendo de manifiesto que lo que consideramos como concepto general de autor, asignándole la deno-

minación de "dominio del hecho", no coincide plenamente con ninguna de las teorías existentes de ese nombre, lo cual se refiere tanto a los resultados concretos como a los fundamentos teóricos o al origen histórico-doctrinal. Por eso podría preguntarse si no es adecuado optar por una denominación nueva en lugar de enriquecer el concepto de dominio del hecho, ya pleno de matices, con una impronta distinta más. Y sin embargo, está vedado hacerlo por dos razones:

En principio se ajusta a la continuidad de la historia doctrinal incluir en este contexto el concepto de autor que se ha descrito en detalle en constante polémica con todas las manifestaciones de la moderna evolución, poniendo de manifesto la afinidad existente pese a todas las diferencias. Las consideraciones antes expuestas pretenden (vistas desde el resultado) ser entendidas no tanto como una "nueva teoría", sino como elaboración adecuada de la idea de dominio del hecho debidamente captada.

Pero ante todo la denominación "dominio del hecho" es la que mejor satisface el concepto general de autor que aquí se mantiene. Ahora, como ya sabemos lo que hay que entender en detalle por "dominio", es fácil explicar, a través de una panorámica sintética, por qué este criterio acierta, por qué se ajusta, como casi cabría decir, a la "naturaleza de las cosas". Para ello sólo hace falta poner en relación el norte metodológico-formal (desarrollado por nosotros) de la "figura central", de la "figura clave", con la materia de regulación a considerar desde esta perspectiva: las descripciones de los tipos legales. Dado que los preceptos penales sirven en principio para proteger los bienes jurídicos y dado que el menoscabo de estos bienes tiene lugar mediante acciones humanas, los tipos describen directamente acciones lesivas de bienes jurídicos. Ahora bien, al preguntar por la figura central de un suceso así, la contestación de que en el centro del suceso se encuentra aquel que domina el hecho posee una evidencia inmediata. En efecto, ¿quién va a estar en el centro de un desarrollo de una acción sino aquel que la dirige y determina decisivamente? Naturalmente esta respuesta sólo va más allá de la mera tautología si se entiende el concepto de dominio no como una fórmula hueca, necesitada de integración valorativa, sino como síntesis de las soluciones desarrolladas *supra* en concreto. En todo caso, tampoco desde este punto de vista parece razonable renunciar al *terminus*, absolutamente adecuado, de "dominio del hecho".

2. La fundamentación "negativa" de la teoría del dominio del hecho, la contraprueba (en cierta medida), cabe llevarla a cabo demostrando que ninguna de las demás teorías mantenidas antes ha conseguido plenamente la delimitación correcta de las formas de participación, de manera que al final sea la idea de dominio del hecho la que quede como la única perspectiva para articular los distintos modos de cooperar.

También este proceder se ha practicado en el curso de esta investigación. Se ha mostrado que todas las demás teorías en uno u otro aspecto son

unilaterales y presentan lagunas y que quedan notablemente por detrás de la teoría del dominio del hecho en cuanto a pureza de su ejecución metodológica, así como en adecuación, claridad y viabilidad de los resultados. Tampoco es concebible que algún otro concepto de autor, aún por descubrir, de índole absolutamente distinta, pudiera ajustarse a las relaciones de sentido de la ley mejor que el principio del dominio del hecho, puesto que su configuración descriptiva se ha formado desde el principio de manera que satisfaga en la medida de lo posible los fundamentos hasta ahora elaborados.

Así pues, podemos decir que la teoría del dominio del hecho contiene, por lo que se refiere a los delitos dolosos de comisión hasta ahora tratados, la determinación acertada del concepto legal general de autor.

3. Pero con cuanto antecede aún no es seguro que el concepto de dominio del hecho forme la sola base, sin excepción, de los delitos dolosos comisivos. Podría ocurrir que el legislador no quisiera caracterizar en todos los casos la figura central del suceso de la acción a través del dominio del hecho, sino a veces mediante otros criterios. En todo caso, no está justificado aplicar un concepto de autor (que ha demostrado su utilidad en los delitos de primer plano) sólo por eso indiscriminadamente y sin reparos a todo género de actividad delictiva, como suele ocurrir. El concepto de autor ha de extraerse de la materia jurídica, no imponérsele a ésta.

La cuestión del alcance de la idea del dominio del hecho ha de contestarse taxativamente sólo analizando los tipos concretos. Y sin embargo, cabe ya establecer, a partir de los resultados obtenidos hasta ahora, dónde el concepto del dominio del hecho ya no puede ser adecuado para delimitar las formas de intervención. Se trata, a mi juicio, de dos grupos de casos:

a) En primer lugar, el dominio del hecho sólo puede caracterizar a la figura central del acontecer delictivo allí donde el comportamiento estimado punible por el legislador es dominable. Dominables son todos los sucesos cuyos efectos prohibidos residen en el plano material o psíquico. Homicidios, lesiones, daños, incendios, hurtos, etc., tienen consecuencias externas susceptibles de configuración rectora en el sentido descrito *supra*. Asimismo las actuaciones psíquicas, como pueden ser las coacciones, engaños, amenazas y ofensas al sentimiento moral o religioso, pueden someterse a un dominio rector externo. En esta sola circunstancia se basa, por ejemplo, la autoría mediata en el caso del § 52 StGB.

En los ámbitos de la realidad físico-social y psíquica, pues, que comprenden, como es sabido, la mayoría de los delitos, el concepto de dominio es aplicable sin más. En cambio, es asimismo claro que en el ámbito de la realidad espiritual y, por tanto —en la medida en que interviene el Derecho penal—, de los "valores", falta la dominabilidad externa. Por ejemplo, un abuso de confianza o un acto de inmoralidad específica no puede ejecutarse directivamente mediante violencia o engaño u otro influjo externo de pareja

importancia. Cuando un sujeto fuerza a otro con violencia a un comportamiento de esta índole, o le determina mediante engaño, la acción obtenida por medio de violencia o engaño no presenta el desvalor específico que singulariza a la deslealtad o la infracción moral.

De donde se deduce que si hubiera que demostrar que el legislador, sin consideración a consecuencias físico-sociales o psíquicas, vinculadas a la acción, conmina con pena marcadas acciones contrarias a valores por sí mismas, fracasaría en estos casos el concepto de dominio del hecho como criterio para individualizar la figura central. Sobre esta idea habrá que profundizar más adelante.

b) Asimismo, es evidente que no puede atenderse al dominio allí donde el propio legislador destaca a la persona del autor mediante otros elementos de entre los intervinientes. De lo cual, pese a sonar perogrullesco, hasta ahora no se han percatado los partidarios de la teoría del dominio del hecho.

Está fuera de duda que el legislador puede proceder de ese modo, esto es, que en ciertos grupos de delitos puede determinar la figura central mediante otros criterios ajustados a la específica materia de regulación. Pero ¿cómo determinar cuándo puede ser ése el caso?

Cabe responder también a esta cuestión a partir de los fundamentos elaborados hasta ahora, pero naturalmente de una manera genérica y sólo provisional. En efecto, cuando encontramos directamente especificada la figura central del suceso de la acción, el autor, en las descripciones de los tipos concretos, mientras que el inductor y el cómplice no resultan abarcados directamente por éstas, entonces tiene que surtir efecto inmediato en el concepto de autor que el legislador caracterice al sujeto de la acción mediante elementos distintos al mero "quien", expresión que, según nuestra postura, significa el que domina el hecho.

Por ejemplo, cuando el legislador habla, como sujeto del delito, de un "funcionario" o de un "médico", esto es algo distinto a un señor del hecho. Un funcionario no necesita tener dominio del hecho, y quien domina el hecho no necesita ser funcionario. Por tanto, es evidente que allí donde la ley asigna al ejecutor elementos especiales, el concepto de la figura central resulta dotado de contenido mediante otros criterios. Pero entonces tiene que entrañar errores y falseamientos conceptuales que se trate de hacer encajar por la fuerza a estos delitos en el lecho de Procusto del concepto de dominio del hecho. Así se explican, por ejemplo, las fricciones irresolubles que ya surgían *supra* en el intento de resolver la problemática del llamado instrumento doloso no cualificado con ayuda del concepto de dominio del hecho [1].

[1] Cfr. al respecto pp. 278-284.

El que en los casos de esta índole quepa encontrar o no otros criterios unitariamente estructurados para determinar la autoría, en qué consisten y cómo se relacionan con el concepto de dominio del hecho, se tratará más adelante [2]. A continuación vamos a examinar en primer lugar un grupo de delitos que sólo aparentemente se sustrae al ámbito de validez del principio del dominio del hecho.

II. EL DOMINIO DEL HECHO, LOS DELITOS DE APROPIACIÓN Y EL PROBLEMA DEL INSTRUMENTO DOLOSO SIN INTENCIÓN

Desde siempre ha presentado dificultades la delimitación entre autoría y participación en los delitos de apropiación. Tampoco la teoría del dominio del hecho se ajusta con facilidad a este grupo de delitos, de seguir a la doctrina dominante. Los principales ejemplos vienen constituidos por el hurto, la apropiación indebida, la receptación y el furtivismo.

1. El hurto y el instrumento doloso sin intención

El problema aparece con la mayor claridad en el tipo de hurto. Si A ve en un jardín ajeno cómo se contonea un rollizo ganso y su amigo B sustrae para él, a su instancia, el ave de corral, se estima en general que A es autor mediato del hurto y B su cómplice, como (así se denomina) "instrumento doloso sin intención". Pero ¿cómo armonizarlo con la teoría del dominio del hecho? La acción típica —la sustracción— sólo la realiza B. También es solo él quien domina el suceso. Como A no tiene poder sobre él, B puede, a su albedrío, dejar que el ganso se escape corriendo, sujetarlo o dárselo a A. Así pues, el caso no presenta estructura distinta que si B, a instancia de A, hubiera apedreado los cristales de una ventana, situación en la que, con arreglo a lo antes expuesto, habría que considerar indudablemente a B como autor y a A como inductor.

Si, no obstante, en el ejemplo de partida comúnmente incluso los partidarios de la teoría del dominio del hecho llegan a otra solución, ello se debe, evidentemente, a la especial concepción del tipo del § 242 StGB, a la intención de apropiación que en él se requiere, que según opinión general sólo está presente en A, pero no en B. Es un problema totalmente por resolver cómo cabe armonizar la consideración de este elemento típico subjetivo con el principio del dominio del hecho.

[2] *Infra* § 34, pp. 383 ss.

a) *Estado de la cuestión*

Así, WELZEL, que propugna castigar al sujeto de detrás como autor mediato y al sujeto agente como cómplice, intenta salvar la idea del dominio del hecho con la siguiente observación [3]: «Se trata de casos que constituirían coautoría si al ejecutor directo no le faltara la intención propia del autor.» Lo cual no es convincente, pues, en primer lugar, según las propias palabras de WELZEL, se transforma una "cuasi-coautoría" en autoría mediata, aun cuando el propio WELZEL ha subrayado, con toda razón, la heterogeneidad estructural básica de estas dos manifestaciones del actuar a título de autor [4]. Y en segundo lugar ni siquiera es acertado, conforme a las propias premisas de WELZEL, que se diera coautoría si el agente hubiera tenido ánimo de apropiación, puesto que si el ejecutor mismo fuera autor, el que instiga sería a lo sumo inductor.

GALLAS opera aquí, al igual que en el instrumento doloso no cualificado, con la idea de que el "acto de inducción" se convierte en "ejercicio de dominio del hecho", porque el sujeto de detrás, en virtud de su intención, tiene en sus manos si va a ejecutarse el delito [5]. En contra cabe esgrimir todas las objeciones expuestas *supra* [6]. No es A, sino B, quien tiene en sus manos que se ejecute o no el hurto. A no tiene al respecto mayor influencia que cualquier otro inductor; si ni siquiera poseyera la intención de apropiación, sólo se daría una inducción a la sustracción de una cosa.

Únicamente MAURACH [7] da debida cuenta de la idea del dominio del hecho al señalar que el agente, por ser el único que lleva a cabo la sustracción y dado que el hurto no es un delito que requiera ánimo de lucro personal, es siempre autor, no cómplice. Por esa vía no se excluye en absoluto la posibilidad de autoría mediata del sujeto de detrás, pero se reduce a los casos de dominio del hecho verificable en concreto, lo que aquí no puede deducirse partiendo de que el hecho principal no tenga naturaleza plenamente delictiva. De todos modos, MAURACH no llega a explicar si (y con qué razones) entiende que debe atribuirse el ánimo de apropiación al ejecutor o si pretende renunciar a dicho ánimo como requisito de la autoría.

Por lo demás, también se han mantenido todas las soluciones concebibles. Así, MEZGER [8] propugnaba estimar coautoría sobre la base de la teoría objetivo-formal defendida por él al principio: «pues uno realiza la aportación al hecho típica subjetiva, el otro la objetiva y a ambos, mediando un acuerdo

[3] *Lehrb.*, 7.ª ed., p. 93.
[4] Cfr. al respecto *supra*, p. 306.
[5] *Gutachten*, p. 136.
[6] Pp. 280-281.
[7] *AT*, 2.ª ed., § 48, II, A, 2, a, p. 500.
[8] *Lehrb.*, 2.ª y 3.ª eds., p. 428.

mutuo conforme al § 47 StGB, se les atribuye recíprocamente la aportación ajena respectiva». Pero esta argumentación no es sólida. O bien el ánimo de apropiación constituye un auténtico elemento de la autoría, y entonces tiene que concurrir en ambos, y el que no lo tenga no puede ser autor, al igual que el particular en los genuinos delitos de funcionario. O no constituye un elemento de la autoría, y entonces el sujeto de detrás sólo puede ser inductor.

Muchos autores renuncian resignadamente a toda pena por hurto. Así, FLEGENHEIMER, al que se debe el más minucioso estudio sobre el tema [9], se conforma con hacer responder al sujeto de detrás como autor de apropiación indebida y al ejecutor como cómplice de dicho delito, resultado que ya había mantenido, por ejemplo, BELING [10] anteriormente. Sin embargo, esta solución es absolutamente instisfactoria y a buen seguro no concorde con la voluntad del legislador, pues resulta evidente que aquí existe una apropiación mediante ruptura de la posesión ajena, a la que el legislador quiere castigar como hurto [11]. Si pensamos en el caso de un robo con fuerza conminado con diez años de prisión, la diferencia entre los marcos penales es tan llamativa que un reparto de tareas en tal sentido entre los ladrones sería un buen negocio, que excluiría en gran parte la aplicación del § 243 StGB.

b) *Solución*

Lo único acertado es estimar que, fieles al principio del dominio del hecho, al igual que cualquier tipo común, el ejecutor directo es autor y el sujeto de detrás inductor [12]. Y al afirmarlo no se está dejando de considerar al ánimo de apropiación; lo que ocurre es que ese ánimo se da también, en el ejemplo de partida, en quien sustrae, de manera que realiza el tipo por entero personalmente. Esta solución, que contradice a la de la doctrina dominante, se apoya en varios argumentos:

aa) Tampoco la postura contraria afirma que para el ánimo de apropiación sea necesario el motivo del lucro personal, de la consecución de la ventaja o del interés propio. San Crispín, que hurta bienes para dárselos acto seguido a los pobres, incurre en responsabilidad por el § 242 StGB [13], y a título de autor. La diferencia de este caso con respecto al ejemplo de

[9] «Das Problem des "dolosen Werkzeugs"», 1913, *Strafr. Abh.*, núm. 164, pp. 52 y 53.
[10] *ZStW*, t. 28, 1908, pp. 602 y 603.
[11] Cfr. al respecto, asimismo, GALLAS, *Gutachten*, pp. 135 y 136.
[12] Así, desde la perspectiva de la teoría del dominio del hecho, e incidentalmente también, KAUN, *Beteiligung am Selbstmord*, p. 35; en fechas anteriores, por ejemplo, KOHLER, *Studien*, I, p. 129; más bibliografía en FLEGENHEIMER, p. 49.
[13] Contradictoriamente FLEGENHEIMER, que aprecia aquí punibilidad, pero por otra parte requiere para el hurto "actuar en interés propio" (p. 52).

partida residiría únicamente en que en el santo la transmisión se presenta como "expresión de poder de señorío arrogado", mientras que nuestro ladrón de gansos, B, no quería arrogarse poder de señorío, sino que meramente pretendía "transmitirle la cosa a otro" [14].

Por aceptable que parezca esta distinción y por mucho aplauso que haya encontrado, en la práctica no es factible, pues ¿qué significa arrogarse poder de señorío? Como no procede la adquisición de la propiedad en términos jurídico-civiles, sólo puede significar *se ut dominum gerere*, esto es, comportarse como dueño legitimado para disponer. Esto lo hacen los dos mediante la sustracción arbitraria y la transmisión. ¿O no se daría en B una disposición autónoma porque él, frente a A, no aparece como legitimado? Eso sería muy extraño, puesto que entonces ya no cabría castigar a San Crispín por hurto si al transmitir los bienes a los pobres les participara su origen. Y si éstos le pidieran que más adelante les procurara algunos bienes más, tendrían que ser autores mediatos del nuevo hurto, y el santo quedaría degradado a instrumento sin intención, aunque la acción delictiva, así como los conocimientos y motivos, son exactamente los mismos que en el primer hurto.

Por el contrario, sólo puede ser determinante que el que se apropia determine sin coacción y autónomamente si va a quitarle la cosa definitivamente a su dueño, si la va a transmitir y quién va a recibirla. Pero este requisito se realiza tanto en uno como en otro caso. Bien es verdad que B obra por A y a deseo de éste; pero toma el ganso y se lo da por poder propio pleno, adoptando asimismo una "disposición autónoma" sobre el bien, lo que cumple el concepto de apropiación.

Todas las demás diferencias son tan sutiles que ya no se corresponden con ninguna realidad psíquica y conducirán necesariamente a resultados del todo arbitrarios. Piénsese simplemente en que a B, antes o después de la sustracción, se le pasa por la cabeza la idea de si no sería mejor quedarse con el ganso, pero que después se decide a dárselo a A. Aquí no es fácil discutir que lleva a cabo una disposición autónoma y que, por tanto, debe ser autor de hurto. Pero ¿tiene que materializarse el ánimo de apropiación mediante una reflexión en la que el agente sencillamente piense en las posibilidades que ofrece su libertad de decisión, que le es conocida? Eso sería poco razonable; al margen de que la doctrina dominante, en caso de decisión de mantener la cosa posterior a la sustracción, no podría castigar ya al ladrón como autor de un hurto, porque con arreglo al tenor de la ley el ánimo de apropiación debe concurrir en el instante de la sustracción.

El que sustrae tiene, pues, en tanto que obra libremente, ánimo de apropiación, y el motivo de su obrar es indiferente. Lo cual es válido también

[14] WELZEL, *Lehrb.*, 7.ª ed., p. 291.

para el ejemplo académico, a menudo aducido por la doctrina, del labrador que instiga a un peón suyo para que guíe los gansos del vecino al corral propio. Aquí estimar autoría mediata resulta menos sorprendente debido a la posición social subordinada del ejecutor. Y no obstante hay que decir que o bien existe una relación de mando (como podía haber sido en tiempos pasados) similar a las relaciones militares entre superior y subordinado, y entonces se trata, según los principios generales, de un caso de autoría mediata; o bien se estima, como MAURACH (y aún más ampliamente LANGE), dada una dependencia social intensa, que hay autoría mediata del sujeto de detrás incluso cuando el ejecutor procede dolosa y culpablemente, y entonces hay que admitir de nuevo autoría mediata, sin que fuera necesario recurrir a la figura del instrumento doloso sin intención; o bien se excluye, como aquí se propugna, el dominio del hecho por parte del sujeto de detrás, en tanto que el ejecutor directo no se ve amparado por ninguna causa de exculpación, y entonces hay que atribuir el ánimo de apropiación también al peón, pues realiza la sustracción de propia mano y dispone del botín, sin coacción, en favor de su amo. Si se quisiera decidir en otro sentido habría que negar la autoría también a los ladrones dependientes económicamente del perista, que a orden suya se hacen con nuevos botines, solución en la que las ideas del legislador quedarían puestas del revés y que tampoco es mantenida por la doctrina dominante.

bb) En favor de estimar que también el hurto está sometido a la teoría del dominio del hecho habla asimismo decisivamente la consideración de que la redacción del tipo no ofrece puntos de apoyo de ninguna clase para una delimitación entre autoría y participación en otro sentido.

En primer lugar, cabe decir con certeza que el legislador ha introducido el ánimo de apropiación en el tipo no con vistas a la teoría de la participación, sino por otros fines. La razón estriba en la necesidad de delimitar el hurto con respecto a la mera desposesión ilegal y al *furtum usus*. Una sustracción que no esté sustentada por la voluntad de quitarle la cosa definitivamente a la persona legitimada y de disponer de ella económicamente como dueño no constituye hurto. El ánimo de apropiación es, como acertadamente dice WELZEL [15], la «tendencia que inspira el sentido de la sustracción». A un elemento que tiene que delimitar así al tipo de otras conductas impunes difícilmente puede achacársele la función de poner del revés toda la doctrina de la participación.

cc) Además, los principios generales (expuestos más arriba) de la doctrina de la autoría se oponen a una distinción específica de las formas de participación en el tipo del hurto, pues se trata aquí de un suceso de la realidad que es dominable del mismo modo que, por ejemplo, un homicidio

[15] *Lehrb.*, 7.ª ed., p. 296.

o un incendio. Por eso no se explica por qué lo que allí se juzga acertado aquí no va a serlo.

Lo cual es válido no sólo para los casos de autoría mediata hasta ahora tratados, sino también para la coautoría. Si varios sujetos, cooperando en división del trabajo, hurtan una cosa, en virtud de su dominio del hecho funcional sobre el objeto también disponen del objeto de un modo que satisface el concepto de apropiación cuando el botín sólo va a reportar provecho económico a uno de ellos. Si se quisiera considerar al "adquirente" como autor y a los demás como cómplices, como tiene que hacer consecuentemente la doctrina dominante [16], se acaba desembocando (al igual que en el ejemplo de partida: el hurto del ganso perpetrado por B) en la teoría del interés. Y esta teoría es incorrecta, como huelga ya volver a explicar aquí. No sólo no acierta en el concepto general de autor, sino que en particular está descartado que en ella se base, excepcionalmente, el § 242, puesto que precisamente aquí está fuera de duda que el autor del hurto no necesita tener interés propio en el botín, como demuestra nítidamente el caso de San Crispín.

Todo el dilema de la jurisprudencia queda evidenciado en la última sentencia del BGH [16a] relativa a la coautoría en el hurto. Aquí un camarero, junto con el dueño del local, había robado a unos clientes, cooperando en "desplumar con violencia" a un parroquiano y claramente sustrayendo de propia mano algunos billetes, que "en seguida había cedido" al "poder de disposición" del dueño. Así pues, se trataba de un supuesto clásico de dominio del hecho conjunto, que también surte efecto fundamentador de la coautoría, según la teoría que aquí se mantiene, en el hurto (o robo). No falta el ánimo de apropiación porque precisamente en el ejercicio del dominio del hecho y en la "cesión de la cosa al otro" posibilitada por el dominio, se manifiesta el poder de disposición cuasi-real que caracteriza a la apropiación.

La doctrina dominante estimaría aquí, como es natural, parejamente al "caso del ganso" mencionado *supra*, un mero "transmitir" y, por tanto, ausencia de ánimo de apropiación y simple complicidad, como también hace SCHRÖDER [16b] en su comentario a esta sentencia. El BGH parece partir de los mismos presupuestos, pero considera, con razón, más adecuado afirmar la coautoría, llegando por eso al siguiente principio: «Quien sustrae con violencia una cosa mueble ajena en cooperación con otro también se la apropia cuando la cede inmediatamente al poder de disposición del otro, porque tenga en ello un interés económico propio o porque quiera cumplir un deber moral. Es coautor.» En el texto de la sentencia se fundamenta el estimar apropiación

[16] Cfr. asimismo BOCKELMANN, *Untersuchungen*, p. 120, nota 19, que habla aquí de una insuficiencia «del § 242 o de su interpretación», esto es, que no puede acallar ciertas dudas sobre la concepción mantenida en general; en favor de la complicidad, SCHRÖDER, *JR*, 1962, p. 348.

[16a] *BGHSt*, 17, pp. 87-94 (88, 92 ss.).

[16b] *JR*, 1962, p. 348.

en estos casos en que el autor ha llevado a «su patrimonio el valor económico de la cosa (total o parcialmente)» y en que ha utilizado «el valor económico del billete... para sí», porque de lo contrario habría tenido que temer que el dueño del local le llamara a capítulo.

Por correcto que sea el resultado, la fundamentación es defectuosa, pues, en primer lugar, el hurto, tal como se reconoce, no es un delito de enriquecimiento, de manera que la consecución de beneficio económico es irrelevante para la realización del tipo. En segundo lugar, asimismo supone un extensión intolerable de la teoría del valor que se presenten como apropiación del valor económico de una cosa beneficios indirectos, no derivados del objeto hurtado; si acaso, la teoría del valor sólo puede emplearse allí donde el propio valor económico de la cosa se ve mermado; de otro modo, se borraría completamente la divisoria entre hurto, *furtum usus* y estafa. Y en tercer lugar, ni siquiera desde el desacertado punto de partida del BGH se entiende cómo puede fundamentar la apropiación el cumplimiento de un deber moral (punto de vista que se encuentra al margen de la cosa).

Está claro que todos estos rodeos únicamente sirven para evitar los resultados inadecuados que la figura del "instrumento doloso sin intención" impone a la jurisprudencia. El error ya existente en el punto de partida sólo puede remediarse mediante nuevos errores.

dd) De donde se deduce que la construcción del "instrumento doloso sin intención", por cuanto respecta al tipo de hurto, es un vestigio de la jurisprudencia del RG que incluso desde el punto de vista de la teoría subjetiva, tal como hoy se mantiene, ya no tiene razón de ser. En efecto, el ejecutor realiza el tipo completo de propia mano o al menos tiene dominio conjunto, pudiendo ser considerado, desde los principios del "caso de la bañera", ya abandonados en la jurisprudencia, a lo sumo como partícipe.

A la misma solución que aquí se mantiene parece llegar el Proyecto de 1962, cuando en el § 235 habla del ánimo de «apropiarse de la cosa para sí o para un tercero». Sólo en la fundamentación existe diferencia, en tanto que nosotros consideramos a la disposición autónoma en favor de un tercero como "apropiarse", de manera que el añadido extensivo sería superfluo. Pero al margen de esto, lo que antecede merece tenerse en cuenta también *de lege ferenda*, pues se trata aquí de un problema material de la teoría de la participación que no es posible resolver definitivamente mediante un cambio cualquiera en la redacción del tipo. Quien, por ejemplo (como parece hacer la mayoría de los partidarios de la teoría del dominio del hecho), considerase correcta la solución del ejemplo académico del peón que guía los gansos hacia el corral de su amo, sobre la base de consideraciones relativas al concepto de autor, no necesitaría decidir de otro modo porque se modificase el tenor literal del tipo. En efecto, si se le niega al peón ya el poder propio de disposición no se le va a conceder a las meras labores auxiliares

(lo único que concurre, según esta postura) la cualidad de acto de disposición autónomo (aunque sea en favor de un tercero), ni a distinguir ulteriormente entre la apropiación para otro y la mera transmisión. Por eso es necesario remitirnos a la imposibilidad sustancial de mantener la teoría dominante (por incurrir en este punto en un subjetivismo extremo), imposibilidad independiente de las contingentes formulaciones típicas.

c) *El problema del "instrumento doloso sin intención" en general*

Si el § 242 StGB representa un problema para la doctrina de la participación la dificultad reside en el concepto de apropiación, no en la intención o ánimo que hiciera abstracción de ésta. Extrayéndolo del tipo (conforme a una interpretación extendida) y leyendo el precepto en el sentido de que la "apropiación mediante sustracción" forma el objeto de la conminación penal, entonces ello no significa para la teoría de la participación la menor diferencia.

Esta circunstancia conduce a la cuestión de si es que existe la figura jurídica, hoy reconocida casi en general, del instumento "sin intención" en el sentido de un grupo de casos caracterizado por elementos homogéneos. Por anticipar el resultado: ha de contestarse negativamente a la pregunta.

Así, por ejemplo, los supuestos aquí aducidos por MAURACH [17] en que un sujeto hace que una camarera, que nada sospecha, sustraiga "su" reloj (en realidad ajeno), o en que un médico, por móviles sexuales, hace llevar a cabo "intervenciones curativas" en pacientes femeninas a una auxiliar que nada sabe, constituyen manifestaciones típicas del instrumento no doloso que no requieren otro encuadramiento. Donde, como en el "ánimo de lucro" del § 133.2 StGB, en que elementos consistentes en actitudes recubren la realización objetiva del tipo, está descartado asimismo el efecto sobre la doctrina de la participación que modifique el principio del dominio del hecho. Si A, con ánimo de lucro, induce a B, que no obra con ese ánimo, a un delito del § 133 StGB (deterioro o destrucción de documentos bajo custodia oficial) no se convierte en un autor mediato que actúe a través de B, "instrumento sin intención". Lo cual es válido aun cuando no se recurra al § 50, párrafo 2, StGB (aplicabilidad de los elementos personales exclusivamente a aquellos en quienes concurran) para la relación entre ambos, puesto que sería absurdo estimar que el legislador haya querido invertir la delimitación entre autoría y participación válida para el § 133, párrafo 1, StGB, mediante la cualificación del § 133, párrafo 2 (realización del tipo básico con ánimo de lucro).

[17] *AT*, 2.ª ed., § 48, II, A, 2, a, pp. 499-500.

Tampoco los demás casos tratados en la doctrina determinan que haya que reconocer necesidad alguna de introducir la figura del instrumento "sin intención". FLEGENHEIMER [18] aduce el ejemplo en que un expendedor de moneda falsa encarga su fabricación a una persona que ciertamente conoce la intención delictiva del cliente, pero que «obra por otros motivos, quizá por afición, para demostrar su destreza». FLEGENHEIMER cree que, por falta del ánimo exigido en el tipo, no se puede castigar al fabricante como autor del § 146 StGB (falsificación de moneda), sino, en tanto que instrumento sin intención, por complicidad en el § 147, 2.ª posibilidad (procurarse moneda falsa para expenderla o importarla). Lo que ocurre es que si el falsificador aficionado, excepcionalmente, acepta el encargo de un delincuente, tiene ya *in concreto* la intención de expender exigida en el § 146 —pues no hay que atender al móvil u objetivo final— [19] y con razón responde, debido al dominio del hecho que se manifiesta en la fabricación, como autor del § 146 StGB. Y por lo que se refiere al § 147 StGB, el fabricante es de todos modos cómplice, pero no porque le falte la intención, sino únicamente porque no posee dominio del hecho con respecto a los actos de disposición que lleve a cabo su cliente con el dinero.

Pero ¿qué ocurre con el § 257 StGB (encubrimiento)? ¿Es el criado que ayuda a escapar a los amigos de su amo, por orden de éste, instrumento doloso sin intención, mientras que el amo es autor mediato de favorecimiento de evasión? Tampoco aquí lleva más allá esta construcción, pues el amo ciertamente es autor, pero directo, porque en el mandar al criado ya se da un auxilio autónomo [20]. El criado es asimismo autor, tanto si se comprende dentro de la intención de favorecer la fuga sólo el dolo directo como si —con interpretación extensiva— él ha hecho propio el objetivo de auxiliar de su amo. Suponiendo que le faltase la intención, no puede ser autor, pero entonces tampoco ha llevado a cabo ninguna acción de favorecimiento en el sentido requerido por la ley, porque estaría ausente la tendencia de favorecer la evasión que sustente el comportamiento externo, exigida por la ley.

No resulta necesario que abordemos más ejemplos. Ya la selección que antecede pone claramente de manifiesto que los supuestos aducidos en pro de la existencia de un grupo de "instrumentos dolosos sin intención" muestran una estructura absolutamente heterogénea, no pudiéndose reducir a un común denominador. De donde se deduce asimismo que en realidad no existe esta manifestación de la autoría mediata cuyo reconocimiento al final se había impuesto tras decenios de polémica con la teoría objetivo-formal y que se había introducido incluso en la formulación legal del Proyecto

[18] *Op. cit.*, pp. 58-59.

[19] Cfr. simplemente SCHÖNKE-SCHRÖDER, 10.ª ed., § 146, IV.

[20] Cfr. al respecto, asimismo, FLEGENHEIMER, p. 60.

de 1958 (§ 28.2) y en la Exposición de Motivos del Proyecto de 1962 [21]. Con lo cual no sólo se quiere decir que haya que negar con carácter absoluto la construcción de la autoría mediata con auxilio de instrumento doloso sin intención, debido a su contradicción con el principio del dominio del hecho, sino ante todo que de entrada no constituye un grupo de casos unitario, necesitado de un tratamiento específico. Así pues, todas las demás teorías podrían renunciar a esta figura y resolver los casos que se suelen encuadrar en ella mediante sus criterios generales de enjuiciamiento. En todo caso, la teoría del dominio del hecho no encuentra aquí límite alguno de su ámbito de aplicación.

2. La apropiación indebida

También el tipo de la apropiación indebida presenta algunos problemas en la delimitación entre autoría y participación que hacen aparecer dudosa la aplicabilidad del principio del dominio del hecho.

a) En primer lugar, al igual que en el hurto, presenta dificultades de interpretación el concepto del "apropiarse". Así ROSENFELD [22] ideó algunos casos que consideró irresolubles desde la perspectiva de la teoría objetivo-formal que él mantenía: un sujeto niega ser poseedor de una cosa prestada, ante su propietario, en interés del tercero que se la prestó sin estar legitimado para ello. El arrendador desmiente la posesión de su subarrendatario sobre una cosa ajena. Aquí es inviable una delimitación objetiva, entiende ROSENFELD. Más bien, la autoría se fundamentaría mediante el "apropiarse" y consiguientemente con un "móvil egoísta". Como éste le falta a los sujetos actuantes de los ejemplos, no podrían ser autores de apropiación indebida. La objeción, de ser acertada, afectaría también al principio del dominio del hecho, pues el suceso exterior lo dirige el que niega en cada caso. Pero las consideraciones de ROSENFELD no dan en el blanco. Bien es verdad que en los casos señalados ha de negarse la apropiación indebida. Pero la razón no estriba en que haya que suponer un móvil egoísta, puesto que éste importa aquí tan poco como en el hurto; quien regala a los pobres una cosa prestada comete apropiación indebida, aunque no obre por ningún móvil egoísta. Más bien falta un acto de apropiación porque no se da la voluntad de sustraer la cosa definitivamente a su dueño, en tanto que los agentes, al mentir, sólo quieren mantener la posibilidad de apropiación para los titulares de la posesión posiblemente honrados. Lo cual no contradice el concepto general de autor, pues la autoría presupone en primer lugar un "delito", que aquí de entrada no existe. Si, por otra parte, el prestatario y el arrendador obran por indicación del prestamista o del subarrendatario, ya por eso han cometido

[21] P. 149.

[22] *Frank-Festgabe*, t. II, p. 173.

sendas apropiaciones indebidas consumadas y la posterior negativa puede valorarse a lo sumo desde el punto de vista del encubrimiento o de la estafa de aseguramiento.

A análogas objeciones están expuestas otras sentencias del BGH. El supuesto, no raro en la práctica, en que un empleado regala ilegítimamente a un tercero objetos a su cargo lo soluciona en los siguientes términos: el empleado es autor de apropiación indebida cuando «obtiene al hacerlo un beneficio o ventaja en el más amplio sentido, aunque sea sólo indirectamente, [o] al menos dispone de la cosa en nombre propio» [23], y en otro caso sólo el receptor sería evidentemente autor de apropiación indebida, mientras que el disponente respondería como cómplice [24].

Lo cual no cabe armonizarlo con el principio del dominio del hecho, pues la figura central del curso de la acción es desde luego el disponente, el único que decide sobre si la cosa se le va a sustraer al propietario y quién la obtendrá. Pero la concepción del BGH tampoco es correcta. Dado que la apropiación indebida, como se reconoce, no es un delito de enriquecimiento, la autoría no puede depender de si el agente obtiene un beneficio de la disposición, sobre todo teniendo en cuenta que la propia sentencia en seguida vuelve a relativizar este requisito con notables limitaciones ("en el sentido más amplio", "aun cuando sólo sea indirectamente"), y en la disposición en nombre propio prescinde de él absolutamente. La posterior consideración del BGH, en el sentido de que el agente, mediante la adquisición de un beneficio así se apropia la cosa "en el sentido más amplio, en su valor económico", es una consecuencia insostenible (huelga detallarlo aquí) de la cuestionable teoría del valor, en la que queda por aclarar cómo se imagina el tribunal el proceso de apropiación en la disposición sin beneficio y en nombre propio. Al margen de ello, el sentimiento jurídico no acaba de ver que la estimación de una apropiación indebida o la delimitación entre autoría y participación deba regirse por la circunstancia fortuita de si el empleado ha llevado a cabo la disposición ilegítima en nombre propio o fingiendo un poder de representación.

Todo lo cual, a mi juicio, parece demostrar con claridad que el empleado que regala ilegítimamente caudales u objetos de la empresa puestos a su cargo es siempre autor de apropiación indebida, tanto si lo hace con ánimo de lucro como sin él, en nombre propio o ajeno, puesto que en la propia disposición arbitraria se da la definitiva sustracción con respecto a un patrimonio ajeno y la arrogación de la capacidad económica de disponer, que supone la esencia del "apropiarse". Sólo esta solución evita resultados arbi-

[23] *BGHSt*, 4, pp. 236-244 (238); asimismo, BGH, *NJW*, 54, p. 1295; cfr. ahora también *BGHSt*, 17, pp. 87-89 (88, 92 ss.), y *supra*, pp. 374-375.

[24] Si el receptor obra de buena fe tendría sencillamente que decaer la punición por apropiación indebida, resultado sumamente insatisfactorio.

trarios o no ajustados al carácter de la apropiación indebida y encaja plenamente con el principio del dominio del hecho y con la concepción a la que llegábamos aquí, al analizar el ánimo de apropiación requerido en el § 242 StGB (hurto), a partir de otra serie de consideraciones pertinentes.

b) Otra cuestión relativa a la autoría, fuera del contexto del concepto de apropiación, surge de que el tenor literal del § 246 StGB requiere del agente la apropiación de una cosa "que tenga en posesión o tenencia". Un caso sentenciado por el BGH ilustra la dificultad [25]. Un trabajador E tenía que suministrar rollos de papel a una empresa, pero se quedó con algunos y los vendió por cuenta propia. Los empleados M y B de la empresa a la que había que suministrarlos lo hicieron posible confirmando falsamente la recepción de la partida de papel completa, recibiendo una parte de las ganancias.

Aquí, según la teoría del dominio del hecho, se da un caso típico de coautoría. Los intervinientes han llevado a cabo en la fase ejecutiva, mediante acciones imbricadas funcionalmente, la sustracción de la cosa, ejerciendo así cada uno el dominio del hecho funcional. No obstante, el BGH cree poder considerar sólo como cómplices, de contrariedad a los principios generales de la autoría, a los dos empleados de la empresa por no haber alcanzado la tenencia de la cosa.

Pero tampoco esta solución es acertada. El problema se resuelve sin más con los partidarios de la interpretación llamada "correctora", dominante en la doctrina, extrayendo hermenéuticamente del tipo el requisito de la tenencia. Entonces resulta obvio apreciar apropiación indebida.

Sin embargo, aun cuando se entienda, con la postura mantenida por el BGH y recientemente de manera especialmente gráfica por BOCKELMANN [26], que el legislador, para no extender indebidamente la punibilidad, ha presupuesto conscientemente una relación de tenencia, sin embargo con ello aún no está dicho que esta relación tenga que darse en todo coautor. Tal tesis no se justificaría a partir de la idea básica, pues si, como aquí, se da por sentada de entrada la punibilidad de M y B, el legislador no puede tener interés en que se sustraigan al círculo de autores. La estructura del tipo de apropiación indebida, como en otro contexto se expondrá más pormenorizadamente [27], no proporciona ningún punto de apoyo en favor de que el legislador haya querido introducir aquí otro concepto distinto de autor. Precisamente en el ámbito de la doctrina de la participación es un error metodológico que se produce con frecuencia el de que, a partir de una formulación que claramente debe su redacción a otras intenciones del legislador (aquí, a saber, la limitación del ámbito de la apropiación indebida

[25] *BGHSt*, 2, 317, 320.
[26] Ahora *Untersuchungen*, pp. 216 ss.
[27] Cfr. *infra*, pp. 418-419.

punible), se extraen de buenas a primeras conclusiones sobre la delimitación entre autoría y participación, aunque este ámbito en absoluto fuera tenido presente por el legislador.

BOCKELMANN, que (sin razón) cree tener que seguir al BGH en la negación de la coautoría, como no acierta a captar ningún sentido en esta consecuencia que él extrae, habla incluso de "serias dificultades" [28] en la teoría de la participación. En efecto, ¿cómo van a ser cómplices los dos empleados si falta la subordinación de voluntad en el sentido que BOCKELMANN propugna? Lo remedia considerando que se da «objetivamente sólo complicidad, pero subjetivamente incluso culpabilidad de autoría» [29] y que por eso es posible castigar por complicidad. Pero esta fundamentación lo único que revela es que aquí no estamos ante una solución útil. En efecto, queda por aclarar en qué consiste la "complicidad objetiva" si su único criterio reside en la subordinación de la voluntad y ésa no se da en ningún sentido imaginable (ni subjetiva ni objetivamente). Además, la distinción entre "complicidad objetiva" y "culpabilidad subjetiva de autoría" no es viable porque hecho "externo" y culpabilidad "interna" coinciden, no encontrándose por ningún lado una incongruencia que pudiera entrañar un contenido mental trascendente.

Así pues, también aquí resulta que ha de estimarse coautoría, no dándose divergencia alguna con respecto al principio del dominio del hecho.

3. Receptación y caza furtiva

De los demás tipos afectados van a abordarse aquí sólo los §§ 259 y 292 StGB, delitos cuya problemática, a pesar de la distinta redacción de los tipos, vuelve a estar relacionada con el concepto de apropiación y que asimismo han de incluirse en el ámbito de validez de la teoría del dominio del hecho.

a) En el tipo de receptación se produce continuamente el caso en que el dependiente le procura a su principal bienes robados, con o sin conocimiento de éste. ¿Puede responder como autor de una receptación, o es sólo cómplice, o incluso —faltando el conocimiento del principal— no responde, porque no realiza el elemento del adquirir?

El empleado domina el hecho si (y en tanto que) lleva a cabo por sí mismo la adquisición. El jefe, de ser conocedor, pero no tomando parte en la adquisición, conforme a los principios generales de autoría es sólo inductor o cómplice, pero comete una receptación independiente al recibir la cosa de su empleado.

[28] *Op. cit.*, pp. 227 ss.
[29] *Op. cit.*, p. 228.

El tenor literal del tipo no opone aquí obstáculo alguno a la delimitación de las formas de participación ajustada a la teoría del dominio del hecho. Ya en 1935 escribió HENKEL [30]: «No cabe explicar por qué cualquier obtención del poder de disposición no va a constituir un adquirir; para una consideración natural también la adquisición para otro se presenta como un adquirir, como un acceso a la cosa.»

Al requerir, no obstante, el RG [31] en jurisprudencia reiterada que el adquirente tuviera la voluntad de disponer de la cosa como propia o para fines propios, confluían ahí dos errores: en primer lugar, se aplicaba el criterio del poder de disposición (que sólo puede tener la función de delimitar a la receptación con respecto a conductas como el préstamo y el alquiler de cosas adquiridas por medios delictivos) irreflexivamente a la adquisición para otro, aun cuando aquí se da con certeza la transmisión definitiva del botín delictivo que constituye la esencia de la receptación. En segundo lugar, se seguía sintonizando este criterio con la teoría del *animus*, al no conformarse con el poder de disposición que realmente tiene el empleado, sino exigir además la voluntad de disponer de la cosa "como propia".

Por fortuna, también el BGH, conectando con HENKEL, ha abandonado esa corriente jurisprudencial [32], quedando así restablecida la concordancia con la teoría del dominio del hecho: el que adquiere para otro dirigiendo la adquisición autónomamente es autor, y no meramente cómplice, de receptación.

Naturalmente esta solución no es adecuada si el adquirente no obra "en provecho propio". Pero entonces aún no se da una receptación como la que exige la ley, de manera que tampoco el principal es autor al margen del dominio del hecho. En este caso su receptación estriba más bien en que recibe la cosa de manos del empleado, a sabiendas de su origen delictivo.

b) En el tipo del § 292 StGB (caza furtiva) surge la cuestión de si los batidores son coautores o cómplices. ROSENFELD [33] propugna hacer aquí una excepción con respecto a una delimitación en los demás casos objetiva; opina que autor de furtivismo sólo puede ser aquel cuya acción esté sustentada en el ánimo de apropiación. Esta postura la mantienen aún hoy el *Leipziger Kommentar* [34] y SCHWARZ-DREHER [35]; ambos parten de que "en caso de duda" y "por lo general" el batidor es sólo cómplice. Esta postura se remonta

[30] *DJ*, 1935, pp. 1737 y 1738 (1738).

[31] Cfr. *RGSt*, 55, pp. 220-221 (220); 56, pp. 335-336 (335); 57, pp. 73-75 (74); 64, pp. 21-23 (21).

[32] *BGHSt*, 2, pp. 262-269 y 355-338; sin embargo, en otro sentido aún ahora SCHÖNKE-SCHRÖDER, 10.ª ed., § 259, VI, 1, a.

[33] *Frank-Festgabe*, t. II, pp. 174-176; la considera la "doctrina acaso dominante"; entonces, cfr. p. 175, nota 1.

[34] 8.ª ed., § 292, 8, p. 596 (JAGUSCH); asimismo, NAGLER-SCHINNERER en el prefacio.

[35] 23.ª ed., § 292, 6.

a la sentencia del RG [36] en que se establece que «el que se limita a ser batidor por lo general sólo [puede calificarse] de cómplice», a no ser que su intención esté «dirigida a abatir la caza en común».

Desde la perspectiva de la teoría del dominio del hecho, cuyos partidarios no se han manifestado al respecto, ha de rechazarse tal subjetivización del tipo de furtivismo. No estamos aquí, por ejemplo, ante una manifestación de la cuestionable figura del "instrumento doloso sin intención", pues el batidor, sea cual sea la postura que se mantenga con respecto al concepto del apropiarse, al menos ha realizado en su propia persona el elemento del "perseguir o acechar" y sólo desde el punto de vista de una teoría del *animus* extrema podría uno sentirse inclinado a reclamar aquí adicionalmente una "voluntad de autor".

En realidad se da un caso clásico de coautoría: el cazador y el batidor cooperan, dividiéndose el trabajo, para alcanzar el mismo resultado, y ambos efectúan funciones igualmente necesarias. De todos modos, aquí se pone de manifiesto especialmente que la idea del dominio del hecho funcional no puede entenderse en sentido causal. Aun cuando posteriormente se averiguara que *in concreto* no ha sido necesario un batidor individual, éste tenía sin embargo una misión tan importante como la de cualquier otro en el plan global, lo cual basta para la coautoría.

§ 34. LOS DELITOS DE INFRACCIÓN DE DEBER

I. INTRODUCCIÓN

En los supuestos examinados hasta ahora siempre eran dificultades simplemente aparentes las que obstaculizaban el despliegue de la idea del dominio del hecho. Sin embargo, hay preceptos penales que excluyen su aplicación.

Si, por ejemplo, alguien determina, dados los requisitos del § 52, a un funcionario a realizar torturas (§ 343 StGB), tiene, tal como hemos visto *supra*, el dominio del hecho. Pero sin embargo no es autor de las torturas del § 343 StGB, lo que se deduce del tipo de este precepto, que presupone un funcionario como sujeto del delito.

Naturalmente esto no es del todo evidente. Cabría imaginar que el legislador pudiera hacer bastar la cualificación del instrumento para castigar como autor mediato al sujeto de detrás con dominio del hecho [1]. Ésta sería incluso la solución consecuente, de haberse querido caracterizar al autor en todos los casos por la posesión del dominio del hecho. Entonces habría que considerar a la condición de funcionario no como criterio autónomo de la autoría,

[36] *GA*, t. 54, 1907, pp. 480 y 481.

[1] Cfr. asimismo NOWAKOWSKI, *JZ*, 56, p. 550, nota 83.

sino como elemento típico ordinario, que, como todas las demás circunstancias del hecho, no requeriría la realización de propia mano por parte del autor directo [2].

La refutación de tal postura no se deriva del concepto del dominio del hecho, sino de la significación del tipo (desarrollada *supra*) para la determinación de la autoría. Si los tipos describen acción y persona del autor, y los preceptos sobre participación, con respecto a aquéllos, se presentan como causas de extensión de la pena, al requerir un tipo la tortura por parte de funcionario, a la vez está nombrando un requisito imprescindible de la autoría. Dicho de otra manera: llevar a cabo de cierto modo una investigación por parte de un funcionario constituye, en el § 343 StGB, la autoría, mientras que en los partícipes esta condición falta o puede faltar. Por lo demás, esta postura coincide con la doctrina absolutamente dominante, incluso entre los partidarios de la teoría del dominio del hecho.

La opinión contraria conduciría a consecuencias impensables: acciones de particulares en las que desempeña algún papel el engaño o la coacción a funcionarios se verían ascendidas a delitos de funcionarios en autoría mediata, siendo así que la la rúbrica del título XXVIII StGB deja claro que el legislador está presuponiendo delitos graves o menos graves "en ejercicio de cargo".

Por tanto, podemos considerar cierto que sólo un *intraneus* puede ser autor de los delitos de funcionarios. Examinando más de cerca el punto de vista determinante para la autoría en el ejemplo de partida se revela que no es la condición de funcionario ni tampoco la cualificación abstracta como director de la investigación lo que convierte a un sujeto en autor: más bien es el deber específico (que se deriva de tener encomendada una concreta materia jurídica) de los implicados de comportarse adecuadamente, cuya infracción consciente fundamenta la autoría. Otro tanto es válido para los demás delitos de funcionarios y delitos especiales: por ejemplo, el § 340 (lesiones en ejercicio de cargo) no abarca toda lesión cometida por funcionario, sino que el hecho tiene que estar en relación con un acto concreto de ejercicio de cargo; así pues, es el deber jurídico-público de no dejarse arrastrar a infligir malos tratos en ejercicio de cargo aquel cuya lesión eleva al sujeto agente a autor del tipo cualificado; al igual que el médico y el abogado, en el § 300 StGB (violación de secreto profesional), que tienen que haber quebrantado el deber de sigilo que surge de una concreta situación real para llegar a ser autores de este tipo delictivo.

De donde se deduce, asimismo, que tampoco la categoría de los "delitos especiales" [3] comprende el elemento aquí determinante para la autoría. Tam-

[2] En este sentido recientemente, por ejemplo, PIOTET, *ZStW*, t. 69, 1957, p. 38; cfr. también ROEDER, *ZStW*, t. 69, 1957, pp. 239 y 240, con bibliografía antigua; además el artículo suizo de BERTSCHI-RIEMER, *Die Anstiftung gemäß Art. 24 StGB*, 1961, pp. 78 ss., con bibliografía.

[3] Cfr., con respecto al acotamiento, por todos, NAGLER, *Die Teilnahme am Sonderverbrechen*, pp. 1-3; MEZGER, *Lehrbuch*, 2.ª ed., p. 451.

bién allí donde el círculo de autores no está limitado desde el principio a determinados profesionales o personas de determinada condición surge el mismo fenómeno. Únicamente puede ser autor del tipo de administración desleal del § 266 StGB aquel que infringe el deber que le incumbe de velar por el patrimonio ajeno; quien no sea sujeto de este deber, aun cuando domine el curso del suceso, sólo responde como partícipe. Otro tanto cabe afirmar de la distracción de fondos del § 246 StGB, del quebrantamiento del deber de alimentos del § 170 b StGB y de toda una serie de delitos que se examinarán más adelante.

En todos estos casos el criterio determinante para la autoría reside en una infracción de deber, cuya naturaleza aún requiere aclararse. Para lo cual de todos modos en este contexto no es necesario abordar en profundidad la teoría de los deberes en Derecho penal, desde antiguo controvertida [4]. Baste aquí lo siguiente:

No se alude a aquel deber surgido de la norma penal cuya vulneración desencadena la sanción prevista en el tipo. Este deber existe en todo delito. Sobre todo, se extiende a los inductores y cómplices no cualificados, pues si los partícipes no estuvieran comprendidos, como destinatarios de la norma, por el efecto de obligación, no cabría fundamentar su punibilidad hasta hoy casi indiscutida [5]. El propio NAGLER, que propugnaba considerar en principio como destinataria de la norma penal sólo a la persona cualificada, se vio forzado a incluir al *extraneus* partícipe, a efectos prácticos, en el ámbito de la norma penal mediante la construcción posterior del "deber de obediencia secundario" [6]. No se va a abordar aquí todo este ámbito de problemas, que nada tiene que ver directamente con la delimitación entre autoría y participación.

Más bien, el elemento que para nosotros decide sobre la autoría constituye una infracción de un deber extrapenal que no se extiende necesariamente a todos los implicados en el delito, pero que es necesaria para la realización del tipo. Se trata siempre de deberes que están antepuestos en el plano lógico a la norma y que, por lo general, se originan en otras ramas jurídicas. Ejemplos de esta categoría son los ya citados deberes jurídico-públicos de los funcionarios, los mandatos de sigilo en ciertas profesiones o estados y las obligaciones jurídico-civiles de satisfacer alimentos y de lealtad. Todos ellos se caracterizan por que el obligado sobresale entre los demás cooperadores por una especial relación con el contenido de injusto del hecho

[4] Cfr. al respecto, en tiempos recientes, Armin KAUFMANN, *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*, 1954, y LAUENSTEIN, *Verbrechensversuch des untauglichen Täters - ein Problem der stafrechtlichen Pflichtlehre*, tesis doctoral, Hamburgo, 1960.

[5] En sentido distinto antes, por ejemplo, KOHLER, *Studien*, I, pp. 134 ss., y recientemente, asimismo, JOHANNES, *Mittelbare Täterschaft*, 1963, p. 54, nota 151.

[6] *Teilnahme am Sonderverbrechen*, pp. 113-14. Cfr. al respecto, asimismo, MEZGER, *Lehrb.*, 2.ª ed., p. 451, nota 1.

y por que el legislador los considera como figura central del suceso de la acción, como autores, precisamente debido a esta obligación.

Los efectos que de ahí se derivan se expondrán a continuación. En todo caso, se trata aquí de un punto de vista que ha de separarse de la teoría del dominio del hecho y que conduce a delimitaciones esencialmente distintas. A fin de calificar sintéticamente los tipos que se van a tratar en su significado para la doctrina de la autoría cabría hablar de "delitos de infracción de deber". Los tipos en los que autoría y participación se destacan recíprocamente, no por posiciones de deber especiales, sino por el dominio del hecho, cabría calificarlos como "delitos de dominio".

Mientras que el concepto de dominio lo hemos investigado pormenorizadamente, el autor de los delitos de infracción de deber requiere aún mayor esclarecimiento. Lo cual es más necesario si se tiene en cuenta que estos tipos aún no han sido examinados conjuntamente en su significado para la doctrina de la autoría. Bien es verdad que los partidarios de la teoría del dominio del hecho se han percatado de que determinados "elementos especiales de la autoría" desempeñan un papel especial, pero su relación con el dominio del hecho no se ha discutido y, a mi juicio, hasta ahora no se ha advertido correctamente.

Antes de abordar esta polémica resulta necesario desarrollar algo más profundamente el propio hilo argumental. Como la autoría simple no hace resaltar con tanta nitidez las diferencias específicas de las distintas concepciones sobre la autoría, nos vamos a ocupar en primer lugar de la intervención de varios en el marco de los delitos de infracción de deber.

II. LA COAUTORÍA EN LOS DELITOS DE INFRACCIÓN DE DEBER

Con arreglo a lo dicho está claro que el que, cooperando en división del trabajo con otro, realiza el tipo de un delito de infracción de deber, no por eso tiene que ser coautor. El particular que en el delito de tortura en ejercicio de cargo (§ 343 StGB) apunta a la víctima con la pistola, sólo es cómplice, aunque sea co-sustentador del dominio del hecho. Lo cual coincide en cuanto al resultado con la doctrina dominante, si bien no encaja con la teoría del dominio del hecho.

Si así se afirma que el dominio del hecho no basta en los delitos de infracción de deber para fundamentar coautoría, la cuestión hay que plantearla de modo más radical: ¿Resulta necesario el dominio conjunto del curso del hecho al menos junto a la infracción del deber, o no hace falta?

A mi juicio, hay que descartar completamente la idea del dominio del hecho. Piénsese en que dos sujetos han de administrar conjuntamente un patrimonio. Ambos conciben el plan de embolsarse los caudales a su cargo.

En la ejecución, sin embargo, la transacción decisiva la lleva a cabo uno solo de los administradores, mientras que el otro sólo llega a actuar en la fase preparatoria o a favorecer el plan. Aquí no se da una dependencia funcional en el sentido de la teoría del dominio del hecho. No obstante, ambos tienen que ser autores de administración desleal, pues también el que objetivamente se limita a auxiliar infringe el «deber de salvaguardar intereses patrimoniales ajenos» que le incumbe, infligiéndole «así un perjuicio a aquel por cuyos intereses tenía que velar». Siendo ésta la circunstancia que le hace avanzar al centro de la realización del delito, no se comprende por qué va a ser necesario además para ello el dominio del hecho. La administración desleal no experimenta cambio cualitativo alguno por la falta de carácter común de la ejecución externa de la acción, pues el sentido de la acción, la coloración personal de la conducta de cooperar, en la que se basa la distinción de las formas de participación, resulta únicamente de la vulneración del vínculo de lealtad.

Lo correcto de la solución propuesta se deriva forzosamente de una consideración práctica: si se quisiera requerir para la autoría, junto a la infracción del deber, además el dominio del hecho, los partícipes se dividirían en dos grupos completamente heterogéneos: en señores del hecho con deber de lealtad y en obligados a lealtad sin dominio del hecho. Lo cual no sólo eliminaría el concepto unitario de participación en los delitos de infracción de deber, sino que también forzaría a la consecuencia intolerable de que no habría autor si el ejecutor obró sin incumbirle deber de lealtad y el obligado permaneció en un segundo plano. En nuestro ejemplo, si pensamos en un administrador único que, por ejemplo, desde América le pide a un *extraneus* que haga desaparecer el dinero, el sujeto agente no podría ser autor de administración desleal por falta de deber de lealtad, mientras que el administrador tampoco podría responder por falta de dominio del hecho.

Naturalmente no puede haber sido ésta la voluntad del legislador. Más bien el administrador del patrimonio es autor de deslealtad. Pero para que sea así hay que eliminar por completo el criterio del dominio del hecho y atenerse para delimitar autoría y participación únicamente a si el cooperador ocupa o no la posición de deber extrapenal descrita en el tipo.

Esta idea, que no se deriva de ninguna de las doctrinas de la autoría actualmente mantenidas, ni siquiera de la teoría del dominio del hecho, tiene sin embargo tal grado de evidencia que en cuanto surge un caso en la práctica acaba por imponerse aun en contra de la propia concepción. Así se pone de manifiesto en una sentencia del BGH [6a] que ha pasado casi inadvertida, pero que coincide plenamente en el fondo con la teoría aquí defendida y que emplea las fórmulas extensibles y vacuas de la teoría subjetiva simplemente para ocultar una solución puramente objetiva.

[6a] *BGHSt*, 9, pp. 203-222 (217-218).

Se trataba de un caso de abuso de confianza en los términos del § 81 a GmbHG (Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada), en el que un miembro del Consejo de Administración, un tal K, había hecho posible el delito al gerente desleal mediante su aprobación y extendiendo un recibo. Partamos de que K no tenía el dominio del hecho y de que, como subraya expresamente el BGH, «a él sólo le importaba apoyar al gerente H». La cuestión era si había que considerar a K, no obstante, como autor. Según el principio del dominio del hecho y la teoría subjetiva había que rechazarlo de plano.

Pero en vez de hacerlo, el BGH señaló: «El precepto penal del § 81 a GmbHG se singulariza porque el autor pertenece a determinado círculo de personas a las que está confiado el patrimonio societario. Esta configuración del tipo tiene por consecuencia que el *extraneus* no puede ser autor en el sentido del precepto especial, sino sólo inductor o cómplice. Sin embargo, por otra parte, de la singularidad del tipo se deduce que los miembros de ese círculo de personas, siempre que concurran los demás elementos del tipo, por lo general responden como autores, ya que (aun cuando se limiten a permitir o favorecer que otro perjudique directamente a la corporación mediante su conducta) quebrantan un deber de velar por un patrimonio que se les impone personalmente a ellos; como su culpabilidad estriba en eso precisamente, en tales casos, desde la perspectiva de la administración desleal de Derecho societario, tienen necesariamente voluntad de autor al menos por lo general... No sería armonizable con la... posición de los miembros del Consejo de Administración castigar sólo como cómplice a un autor así cuando, en interés de un gerente, apoya la administración desleal de éste.»

Todo esto es absolutamente correcto en cuanto al resultado, pero no sostenible en su fundamentación, pues no se entiende en qué ha de consistir la "voluntad de autor" si al cooperador sólo le importa apoyar al otro y objetivamente no lleva a cabo más que acciones de apoyo. La formulación de que un sujeto, al quebrantar un deber de salvaguardia que le incumbe "por lo general necesariamente" tiene la voluntad de autor, es de todo punto paradójica. ¿Tiene la voluntad "necesariamente" o sólo "por lo general"? En el primer caso se daría una ficción, y en el segundo una presunción que aquí —en lo que no repara el BGH— quedaría destruida por la realidad del supuesto; ambas posibilidades serían inadmisibles, porque la autoría no puede ser objeto de ficción ni de presunción, sino sólo de prueba.

En realidad ocurre aquí sencillamente que un acertado entendimiento de la materia desplaza al punto de partida teórico equivocado. Llegando a tener esto claro, se impondrá pronto (incluso entre los partidarios de la teoría del dominio del hecho) la opinión de que en un delito de este género es determinante un concepto de autor distinto y que es el quebrantamiento

del deber especial extrapenal, productor del resultado, lo que fundamenta la autoría, sin tener en cuenta ni voluntad de autor ni dominio del hecho.

La coautoría obtiene así en los delitos de infracción de deber una estructura totalmente distinta que a tenor del concepto general de autor. En lugar de la imbricación de las aportaciones al hecho en la fase ejecutiva, se da la determinación del resultado por quebrantamiento conjunto de un deber común. El ámbito de la coautoría se encoge notablemente, pues sólo cabe hablar de carácter común en este sentido cuando varias personas se encuentran sujetas a un mismo y único deber. Así pues, la coautoría decae allí donde la obligación se limita, por su naturaleza, a aquel individuo que, por ejemplo, en el pago de alimentos, está sujeto a ella. Si dos personas deben satisfacer alimentos al mismo niño y ambas se sustraen al cumplimiento de dicha obligación, es preferible considerarles como autores accesorios del § 170 b, puesto que cada una quebranta una obligación personal e individual. También puede ocurrir así en los delitos de funcionarios: si para emitir determinadas certificaciones en el sentido del § 348.1 StGB es competente un determinado funcionario individual, sólo él viene en consideración como autor de este delito, mientras que otros funcionarios que hayan cooperado no pasan de cómplices, pues no es el quebrantamiento de la ética del funcionario en general, sino la vulneración de un específico deber de certificar verídicamente lo que aquí convierte en autor a uno de los implicados.

En cambio, siempre se dará coautoría allí donde determinado ámbito de asuntos está confiado a varias personas a la vez. Así, por ejemplo, la vigilancia de internos puede estar a cargo de varios funcionarios de prisiones (§ 347 StGB) y la conservación y cuidado de cartas y paquetes puede estar confiada a multitud de funcionarios de correos (§ 354 StGB). En estos casos, según la opinión que aquí se mantiene, ha de estimarse coautoría siempre que alguien, de acuerdo con otros obligados, mediante cualquier aportación al hecho, incumpliendo las funciones que le están encomendadas, coopera en la evasión de presos o en la desaparición de cartas.

Lo correcto de esta postura, además, lo confirma expresamente el tenor literal de la ley. Así, cuando el § 347 StGB, junto a la "causación" de una evasión de presos tipifica autónomamente su "favorecimiento" y el § 354 StGB habla de funcionarios de correos que, o bien abren o hacen desaparecer cartas, o bien permiten "tal acción a otro", o le prestan "ayuda al efecto", esto sólo cabe interpretarlo correctamente en el sentido de que también el favorecer y el prestar ayuda tienen eficacia fundamentadora de autoría, a diferencia de en otros tipos.

Y es que no cabe duda de que también el legislador considera a estos sujetos como autores. De lo contrario, sería incomprensible por qué acciones de complicidad que habría que tratar con arreglo al § 49 StGB se recogen en las descripciones típicas superfluamente y contra la técnica legislativa

ordinaria; además, es evidente que el legislador quiere decir precisamente que un funcionario que auxilia a un tercero a hacer desaparecer cartas tiene que ser autor y no quedar impune por este precepto.

Así, el empleo de conceptos como "favorecer" o "prestar ayuda", que aluden a mera participación, desvela (de lo que probablemente no fue consciente el legislador histórico) cómo en estas descripciones típicas se delimitan entre sí la imagen de autor de los delitos de dominio y la de los delitos de infracción de deber y que una sirve para aclarar la otra. Interpretada desde la concepción aquí desarrollada, en la formulación legal se encuentra la siguiente idea: el "favorecer" una evasión de presos causada por otro y el "prestar ayuda" en la violación de correspondencia se presentan, con arreglo al concepto general de autor, al que el legislador se refiere con estas expresiones, como típicas acciones de participación; pero lo que, desde la perspectiva del dominio del hecho, sería simplemente complicidad, en los delitos de infracción de deber, de darse el criterio de la autoría válido para ellos, es autoría. Sólo esta conexión con el concepto general de autor, del que, para los delitos de infracción de deber, se suprimiría el centro personal de la acción, puede esclarecer lo que de otro modo constituiría una paradoja ininteligible: que el tenor literal estima autoría donde a la vez está hablando de mero auxilio.

Lo que en este y otros preceptos se desprende de la redacción de los tipos para el observador atento, de todos modos se deriva de la esencia de los delitos de infracción de deber y, aun sin esta aclaración, sería correcto. Por eso sería para ellos válido en general, y además lo es del mismo modo, como pone de manifiesto el ejemplo de la administración desleal, asimismo allí donde el tipo está redactado sin una interpretación así de circunstanciada del concepto de autor en que se basa.

Un caso típico de esta especie fue objeto de sentencia del BGH [7]: un empleado de correos (B) había hurtado, junto con un tercero ajeno al servicio (W), paquetes "confiados a correos". Ambos vendieron el contenido de los paquetes y se repartieron el producto. Ambos fueron coautores del hurto; a B le condenó la Sala, además, por el § 354 StGB (violación del secreto postal), mientras que dejó sin considerar este tipo en el enjuiciamiento de W. La revisión por parte de la Fiscalía lo aprobó, entendiendo que nadie puede ser a la vez autor y partícipe en la misma acción. HOFFMANN, que ha dedicado un artículo a este supuesto, asimismo considera correcta la solución, señalando que la autoría en el hurto excluye la complicidad en el § 354 StGB: «La complicidad sólo puede prestarse a un hecho ajeno, pero no a un delito cuya autoría, ya sea la simple o la ejercida conjuntamente con otros, se le imputa a aquel que ha prestado la ayuda...» En cambio,

[7] Sentencia reseñada por HOFFMANN, *NJW*, 1952, p. 963; reproducida en *BGHSt*, 1, pp. 182-183, sin las consideraciones que aquí interesan.

el BGH delega en el tribunal inferior la verificación de complicidad con el tipo del § 354 StGB. Para fundamentarlo indica sencillamente que decae la autoría de W por faltarle la condición de funcionario.

La postura del BGH es correcta. Sin embargo, sólo se entiende considerando que aquí, en una acción, ha de recurrirse a dos conceptos distintos de autor y, por tanto, de partícipe. Si se parte, unilateralmente, de que la participación ha de caracterizarse como una cooperación sin dominio del hecho o sin voluntad de autor, sigue sin comprenderse cómo un sujeto va a dominar un hecho y, a la vez, a no dominarlo, cómo va a subordinar su voluntad a la del otro y a la vez va a hacer lo contrario. En esta medida las objeciones contra tal construcción son absolutamente fundadas.

Teniendo claro que el legislador enjuicia a la figura central del suceso de la acción en los §§ 242 (hurto) y 354 StGB con arreglo a criterios distintos, es evidente que W, por poseer el dominio del hecho, responde como coautor del tipo del § 242 pero, al no quebrantar ningún deber especial extrapenal, con respecto al § 354 StGB sólo puede ser castigado como cómplice. El ejemplo evidencia además el carácter "primario" de la posición del autor y la naturaleza "secundaria" del concepto de partícipe: con la autoría se modifica *eo ipso* la esencia de la participación: de la cooperación sin dominio del hecho, propia del concepto general de autor, se llega a una intervención sin quebrantamiento de deber que no necesariamente excluye el dominio del hecho.

III. LA AUTORÍA MEDIATA EN LOS DELITOS DE INFRACCIÓN DE DEBER

Lo que vale para la coautoría no puede, en principio, ser de otro modo para la autoría mediata. También aquí hay que atender sólo a la infracción del deber especial extrapenal y no al dominio del hecho.

Ya más arriba formábamos un ejemplo determinante proveniente del ámbito de la administración desleal. El administrador que se encuentra en América le pide a un tercero *extraneus* que saque el capital al extranjero, donde ambos se lo reparten. Ciertamente, el administrador con deber de lealtad no tiene el dominio del hecho: el dinero está en el banco alemán a buen recaudo; depende del amigo el que éste quiera llevar a cabo o no las falsificaciones y engaños necesarios para las transacciones patrimoniales. En particular, la ejecución del complicado plan del hecho está exclusivamente en sus manos. El administrador de América no puede cooperar, sino que debe confiar por completo en él. Por eso, en las falsificaciones y engaños necesarios para la realización del delito a lo sumo puede ser inductor.

No obstante, en el delito de administración desleal, que también está presente, la situación es distinta: el amigo de Alemania no puede ser autor.

Bien es verdad que tiene en exclusiva el dominio del hecho. Pero eso es irrelevante en el marco de este precepto. El criterio fundamentador de la autoría —la infracción del deber de velar por un patrimonio— está ausente. En cambio, el administrador de América no tiene parte en el dominio del hecho. Y no obstante, por la infracción del deber de lealtad jurídico-civil que le incumbe, se convierte en figura central del suceso de la acción. Esta circunstancia le convierte en autor, por más señas en autor mediato.

Lo cual conduce a la siguiente idea: en los delitos de dominio un sujeto es autor mediato si dirige, dominándolo, el acontecer mediante coacción o engaño a otro, o en el marco de aparatos de poder organizados. Por el contrario, en los delitos de infracción de deber para la autoría mediata no se requiere el dominio del hecho. Basta que el individuo que está sujeto a una relación de deber deje la ejecución de la acción a una persona que se encuentre al margen de la posición de deber que fundamenta la autoría. Así pues, la coautoría y la autoría mediata se distinguen en los delitos de infracción de deber —de nuevo en contraposición a los delitos de dominio— sólo en que en el primer caso cooperan para alcanzar el resultado varios obligados, y en el segundo *intraneus* y *extraneus*. También las distintas manifestaciones de la autoría adquieren así una estructura notablemente modificada.

Resulta difícil rebatir la corrección de los resultados que se mantienen en el caso de la administración desleal. En efecto, de permanecer en la idea del dominio del hecho, estaría excluido castigar desde la perspectiva de la administración desleal a todos los implicados. Es imposible que eso lo haya querido el legislador, pues bastaría que todo obligado a lealtad, al poner en práctica sus maquinaciones fraudulentas, se mantuviera en un segundo plano, para privar de eficacia al § 266 StGB.

Pero con ello, para el problema del llamado instrumento doloso no cualificado (lo que desde siempre ha sido muy controvertido en los delitos de funcionarios) resulta con toda facilidad una solución satisfactoria: el funcionario que, sin tener el dominio del hecho, determina a un *extraneus* a realizar el resultado jurídicamente desaprobado, es autor mediato, puesto que, vulnerando el deber especial extrapenal que le incumbe (lo único que importa) ha determinado el menoscabo del bien jurídico descrito en el tipo, por ejemplo, la certificación falsa (§ 348.1 StGB). En cambio, el falsificador *extraneus*, a pesar de su dominio del hecho, es cómplice.

Hasta aquí este resultado —no su fundamentación— coincide con la doctrina dominante. Pero esta circunstancia demuestra sólo que la tan mentada "naturaleza de las cosas" se impone con el tiempo incluso frente a construcciones dogmáticas erróneas, pues en realidad, de no tener en cuenta en la doctrina de la autoría la idiosincrasia de los delitos de infracción de deber, no cabe fundamentar de ninguna manera la autoría mediata del cualificado no ejecutor [8]. La historia doctrinal del instrumento no cualificado aporta al respecto elocuente testimonio. No obstante, huelga repetirla para demostrar mi afirmación, pues ya sin ella es evidente.

Para el concepto extensivo de autor necesariamente es incomprensible por qué únicamente el sujeto cualificado puede ser autor, pues tanto el *intraneus* como el *extraneus* son igualmente causales. MEZGER [9] reconoce también abiertamente que estos "casos raros" constituyen excepciones no integrables dogmáticamente. Conectando el enfoque extensivo con la teoría subjetiva no cabe explicar cómo es que el sujeto de detrás cualificado ha de ser autor a pesar de subordinarse al ejecutor directo, no teniendo, por eso, voluntad de autor. Si se parte del antiguo concepto restrictivo de autor (que limita la autoría en lo fundamental a la realización de la acción típica), en los supuestos de error y de coacción, donde entre impulso y resultado no se interpone la decisión de otro, ciertamente cabe extender la autoría por fuerza a la persona del sujeto de detrás; pero en los delitos de infracción de deber esta vía está cerrada, por lo que la teoría antigua aquí solía negar la punición [10]. Finalmente, por lo que se refiere a la teoría del dominio del hecho, como ya se ha detallado *supra* [11], desde la perspectiva de esta teoría es imposible captar al sujeto de detrás cualificado y todos los implicados tendrían que quedar impunes [12]. El intento de GALLAS por dar cuenta de estos casos mediante el criterio del dominio del hecho hay que considerarlo frustrado.

A la vista de todo lo cual no cabe negar el significado autónomo del concepto de autor de los delitos consistentes en la infracción de un deber. Su papel es determinante en la explicación dogmática de un fenómeno no aprehensible de otra manera. Además, desarrollándolo consecuentemente en algunos puntos conduce también a resultados prácticos que discrepan de los de la doctrina actualmente dominante.

Así, al margen del § 50.2 StGB (que establece la aplicabilidad de las circunstancias personales exclusivamente a aquellos intervinientes en quienes concurran), el concepto de autor de los delitos de infracción de deber despliega sus consecuencias también en los delitos impropios de funcionarios. Si, por ejemplo, un funcionario determina que un tercero *extraneus* destruya o falsifique un documento al que aquél tiene acceso, el funcionario es autor mediato del § 348.2 StGB, aunque el tercero ejecutor sea autor directo del

[8] Cfr. al respecto, asimismo, las indicaciones de NOWAKOWSKI, *JZ*, 56, p. 550. Aquí se ha "modificado del modo habitual" la relación entre "autoría y participación"; los preceptos sobre participación adquieren así "un sentido especial".

[9] Cfr. simplemente *Lehrbuch*, 3.ª ed., pp. 416-420.

[10] Cfr., por ejemplo, FRANK, III, ante § 47.

[11] Pp. 267 ss.

[12] Como admite KAUN, *op. cit.*, p. 35 (el único en proceder consecuentemente), tratando de subsanarlo con otras posibilidades de punición.

§ 274, número 1 (ocultación o destrucción de documentos), o del § 267 StGB (falsificación común). Y no es que haya que considerar al funcionario sólo inductor del respectivo delito básico y simplemente pudiera condenársele, con auxilio del § 50.2 StGB, por el marco penal del § 348.2 StGB. Una solución en tal sentido se ajustaría ciertamente al principio del dominio del hecho, pero éste no es determinante para los delitos de infracción de deber, y recurrir al § 50.2 StGB no resulta necesario, en tanto que el concepto de autor entraña aplicar directamente el tipo cualificado.

También en supuestos de esta índole ha dado en muchos casos el legislador indicaciones para la solución correcta. Por ejemplo, si un funcionario, en el marco de sus funciones, determina a un *extraneus* a maltratar a un ciudadano, aun cuando no mueva un dedo, según la postura que aquí se mantiene, es sin más autor mediato del § 340 StGB (lesiones en ejercicio de cargo). El que no se da inducción se deduce ya del tenor literal de este precepto, que habla de un funcionario que "comete o hace cometer unas lesiones". El hacer cometer —aunque sea por medio de un *extraneus*— es, pues, al lado de la lesión de propia mano, una forma absolutamente equivalente de autoría.

Lo cual no se tiene presente cuando, por ejemplo, SCHWARZ-DREHER [13] señalan en este contexto que se trata de casos de inducción y complicidad, «castigándose al partícipe igual que al autor». Por el contrario, la formulación lo único que pone de manifiesto es algo que de todos modos sería así, esto es, que aquí se da autoría. Donde el legislador se ha expresado de otra forma, como en los §§ 348.2 ó 350 StGB (malversación), la cuestión de la autoría ha de decidirse del mismo modo.

Tampoco ha de suscribirse la postura de WELZEL [14] cuando soluciona estimando coautoría el caso, ideado por él, en que un policía determina a un no funcionario a maltratar a un preso. En efecto, desde la perspectiva del dominio del hecho no cabe fundamentar coautoría, como también advierte GALLAS [15], cuando el sujeto de detrás «se limita a llevar a cabo un acto de inducción». Sin embargo, con arreglo al concepto de autor de los delitos de infracción de deber sólo viene en consideración la autoría mediata, como el propio WELZEL aprecia, si bien inconsecuentemente, en los delitos propios de funcionario. Cuando aquí, a su vez, GALLAS [16], desde el enfoque de la teoría del dominio del hecho, considera que se da «una forma comisiva *sui generis*, más afín a la coautoría que a la autoría mediata», se revela con claridad cómo los delitos de infracción de deber sitúan al concepto general de autor ante un enigma irresoluble [17].

[13] 23.ª ed., § 340, 2.
[14] *Lehrb.*, 7.ª ed., p. 93; en definitiva, asimismo, H. MAYER, *Lehrb.*, p. 308.
[15] *Gutachten*, p. 135.
[16] *Gutachten*, p. 136.
[17] Cfr. al respecto ya *supra*, pp. 281-282.

Cuestión distinta es si el § 50.2 StGB ha de aplicarse, en los delitos impropios de funcionario, al partícipe, esto es, si un *extraneus* que coopere en las lesiones en ejercicio de cargo o en la malversación ha de responder por el marco penal de los §§ 223 (lesiones peligrosas) o 246 StGB (apropiación indebida). Así lo entiende la doctrina dominante, pero no está fuera de controversia [18]. La problemática es, a diferencia de en los supuestos inversos antes tratados, independiente del concepto de autor aquí mantenido: la circunstancia de que alguien se encuentre fuera de la situación de deber específica relevante para el tipo sólo tiene primariamente el efecto de que, al margen de la intensidad de su auxilio, no pasa de ser partícipe (del delito de funcionario). Cuando se quiere someter esta participación al marco penal del delito base, ello se deriva únicamente del § 50.2 StGB (incomunicabilidad de los elementos personales a los partícipes), careciendo de toda influencia sobre la delimitación de las formas de cooperación. La condena más leve para el *extraneus* obedece a meras consideraciones de merecimiento de pena que, como sabemos, en absoluto tienen que ver con la autoría.

Al igual que en la delimitación entre coautoría y complicidad, también aquí la naturaleza netamente divergente de la autoría mediata con respecto a los casos de delitos de dominio del hecho origina una modificación notable del concepto de inducción. Lo cual se pone de manifiesto en el ejemplo de partida de este capítulo, en el que un *extraneus* fuerza a un funcionario, dados los requisitos del § 52 StGB (coacción mediante violencia irresistible o amenaza relativa a la vida o integridad física, propias o de persona allegada), a perpetrar tortura (§ 343 StGB). Más arriba hemos comprobado sólo que el sujeto de detrás no puede ser autor del § 343. Pero no queda impune, sino que responde, pese a tener el dominio del hecho, como inductor; ésta es la única solución que da cumplida cuenta de la situación material, pero que para los partidarios de la teoría del dominio del hecho tiene que ser inexplicable. A partir de lo cual vuelve a quedar claro que, inversamente a las tesis de BOCKELMANN, no es un concepto primario de participación (la surbordinación de la voluntad), lo que secundariamente crea el concepto de autoría, sino que, más bien, al concepto de autor de los delitos de infracción de deber, obtenido primariamente del análisis del tipo, le sigue secundariamente una concepción de la participación que se desvincula totalmente de los conceptos de subordinación de la voluntad y del dominio del hecho: partícipe es aquel que coopera en la realización del tipo sin vulnerar el deber especial extrapenal fundamentador de la autoría.

Y de la delimitación entre inducción y autoría mediata en los delitos de infracción de deber se deduce una idea más: que el principio de la accesoriedad limitada, que en el marco del concepto del dominio del hecho

[18] En otro sentido, por distintas razones, HARDWIG, *GA*, pp. 65 ss.; LAUENSTEIN, *Verbrechensversuch des untaugl. Täters*, tesis doctoral, Hamburgo, pp. 76 ss.

lleva una existencia en la sombra, es aquí donde adquiere su verdadero significado, pues el desarrollo del concepto de dominio del hecho ha mostrado que —al margen de excepciones insignificantes— siempre se da autoría mediata cuando el ejecutor obra sin dolo o sin consciencia del injusto, cuando es inimputable, menor de edad, ha sido coaccionado o está disculpado de cualquier otro modo. Por eso no va descaminado MAURACH [19] cuando, desde el punto de vista de una teoría del dominio del hecho llevada a sus últimas consecuencias, dice sobre la accesoriedad limitada que no tiene en cuenta «la esencia de la autoría mediata», y cuando SCHRÖDER, sobre la base de la teoría subjetiva, señala que «aquí se han dado palos al aire, y además con los ojos cerrados» [20]. Por el contrario, en los delitos de infracción de deber el reconocimiento de la accesoriedad limitada es importante e imprescindible: la accesoriedad extrema dejaría impunes casos de auténtica participación, debido a un dogma infundado.

IV. EL PROBLEMA DE LA PARTICIPACIÓN EN HECHOS PRINCIPALES NO DOLOSOS EN LOS DELITOS DE INFRACCIÓN DE DEBER

La idea de que el concepto de la "figura central" ha de llenarse de contenido en los delitos de infracción de deber mediante otro criterio distinto al del dominio del hecho también arroja nueva luz sobre uno de los temas más controvertidos de la moderna dogmática penal: la cuestión de la posibilidad de participación en hechos principales no dolosos.

El problema no puede examinarse aquí en toda su amplitud, pues lo que está en discusión ante todo es el concepto de partícipe. Tampoco es necesario repetir todos los argumentos que se han esgrimido a lo largo de los años. Esta discusión, que había tocado fondo, quizá pueda revitalizarse con la idea de que la polémica, tal como tiene hoy lugar, en parte se basa en presupuestos no del todo correctos.

La tesis principal de la doctrina aún dominante, aducida por WELZEL y BOCKELMANN y que ha penetrado en la jurisprudencia [21] y en el Proyecto de 1962 (§§ 30 y 31), se basa en que reconociendo inducción o complicidad en hechos principales no dolosos no se acierta con la "esencia" [22] o "la estructura inmutable de la participación" [23], o se contradicen las estructuras "lógico-objetivas" previas o la "naturaleza de las cosas" [24]. La opinión contraria, que ha sido expuesta últimamente de manera especialmente penetrante por LANGE [25], DAHM [26] y ENGISCH [27], habla en este contexto [28] precisamente de una «tendencia [29] exagerada a ponerse en manos de la naturaleza de las cosas, a la consideración de las esencias», y LANGE [30] entiende que es una «misión principal de nuestros días la de captar en su heterogeneidad y en sus límites aquello que le está dado al Derecho y aquello que es hecho, y poner ambas cosas en la adecuada relación».

A mi juicio, el acierto y el desacierto están repartidos bastante por igual en esta polémica. Así, ha de distinguirse:

1. La accesoriedad en los delitos de dominio

A los partidarios de la doctrina dominante, que consideran absurdo admitir la participación en un hecho principal no doloso, ha de dárseles la razón en un punto: estableciendo de entrada que la autoría presupone el dominio del hecho y que, consiguientemente, la participación es cooperación sin dominio del hecho; entonces, si el sujeto de detrás entrevé el hecho [30a], no es posible imaginar la inducción a un delito no doloso [31], puesto que en este caso nos encontramos ante un autor que, por falta de dominio final del curso del suceso, precisamente no puede ser autor, según se desprende de la definición; junto a él está un partícipe que es señor del hecho, y por tanto, a partir de los principios de esta teoría en ningún caso puede ser partícipe. Lo inadmisible de una construcción en tal sentido no se deduce, pues, de la "naturaleza de las cosas", sino de la lógica de la formación razonable de conceptos. En contra de lo cual de nada sirve que DAHM [32] señale que «el temor a la impureza del concepto no debe preterir excesivamente el temor al resultado injusto», pues un concepto que en su apli-

[19] *Lehrb., AT,* 2.ª ed., p. 503.
[20] SCHÖNKE-SCHRÖDER, 10.ª ed., ante § 47, IX, 3, b, p. 249.
[21] Desde *BGHSt,* 9, pp. 370 ss.
[22] Así *BGHSt,* 9, p. 379.
[23] BOCKELMANN, *Untersuchungen,* p. 74.
[24] Cfr., por ejemplo, WELZEL, *Aktuelle Probleme im Rahmen der finalen Handlungslehre,* pp. 4, 7 ss.; STRATENWERTH, *Das rechtstheoretische Problem der Natur der Sache,* pp. 15 ss.

[25] *JZ,* 1959, pp. 560-64.
[26] *MDR,* 1959, pp. 508-510.
[27] *Festschrift für Eb. Schmidt,* pp. 107-121.
[28] En estrecha conexión con DAHM y LANGE, asimismo, LANG-HINRICHSEN, *Gutachten für den 43. Dtsch. Juristentag,* pp. 21-25.
[29] *Op. cit.,* p. 510.
[30] *Op. cit.,* p. 564.
[30a] El caso en que el *extraneus* supone erróneamente el dolo del sujeto agente ya se ha analizado *supra* (pp. 286 ss.), pudiendo, pues, dejarse ahora sin considerar. Cuando en lo sucesivo se hable de que en los delitos de dominio está excluida la participación en el hecho no doloso, se entiende que siempre al margen de esta situación especial.
[31] Para ser más exacto, no final, entendiendo "final" en el sentido de la finalidad típica. Acerca de la estructura normativa del concepto de finalidad cfr. mi artículo en *ZStW,* t. 74, pp. 515 ss. En adelante no se va a referir en detalle la diferencia entre finalidad y dolo porque el problema carece de importancia en los delitos de infracción de deber. Sobre la cuestión de si (y hasta qué punto) en los delitos de dominio es posible la participación en hechos imprudentes conscientes, cfr. pormenorizadamente *supra,* pp. 202-214 (212 ss.), 245-249; así como *infra,* pp. 592 ss. y 600 ss.
[32] *Op. cit.,* p. 510.

cación práctica se trastoca inmediatamente en su contrario no es sólo "impuro", sino absurdo.

Pues bien, a partir de este dilema cabe deducir que sea incorrecta la idea del dominio del hecho. Sin embargo, no lo es, como han puesto de relieve todas las consideraciones precedentes. Esta teoría no se deriva directamente de datos previos ontológicos, de la "esencia de la acción" o de cualquier "estructura lógico-objetiva" independiente de las metas del legislador [33]; pero a nuestro juicio significa, tal como la hemos definido, una concepción del concepto general de autor materialmente ajustada y, por tanto, "correcta". Por eso son inevitables las conclusiones que a partir de ella fuerzan a rechazar la participación en el hecho no doloso. Así pues, que en el marco del concepto general de autor la participación en el hecho no final está descartada se deduce —si es que esta expresión ha tenido sentido alguna vez— de la naturaleza de las cosas.

Tampoco los partidarios de la opinión contraria han podido cerrarse en banda ante esta idea; por eso recurren preferiblemente al concepto de inspirador o causante *(Urheber)* resucitado por NAGLER [34] y BINDING [35], estimando que los preceptos de la participación [36] no se extienden sólo a la «participación auténtica» [36a], sino también a los supuestos de «autoría o inspiración *(Urheberschaft)* espiritual», «en los que el sujeto de detrás materialmente equivale o es afín al autor mediato, y si no puede ser abarcado es sólo por motivos jurídicos» [37], esto es, porque le falta la cualificación de autor requerida por la ley.

Pero también esta solución es precaria, pues o bien se da por supuesta la autoría por determinación *(Urheberschaft)* en el concepto de participación, y entonces uno se ve expuesto a todas las aporías expuestas *supra*. O se separa participación y determinación *(Urheberschaft),* y entonces ciertamente se evitan contradicciones irresolubles, pero se obtiene, junto a autoría y participación, una tercera categoría de cooperación que cuestiona todo el sentido de la distinción. En efecto, si junto a autoría, inducción y complicidad se construye, a fin de colmar lagunas, una figura de autoría por determinación *(Urheberschaft)* que no cabe extraer sin más de la ley, difícilmente cabe no atender a la pregunta de qué sentido va de tener la diferenciación entre las formas de participación. Entonces ocurre que toda mera causación del resultado típico, dando un rodeo por la determinación *(Urheberschaft),* puede

[33] Cfr. al respecto *supra,* pp. 32-34 y *passim*.

[34] *Die Teilnahme am Sonderverbrechen,* pp. 134 ss.

[35] *Die drei Grundformen des verbrecherischen Subjekts,* pp. 377 ss.

[36] Cfr. LANGE, *op. cit.*, p. 563; DAHM, *op. cit.*, p. 509; SCHÖNKE-SCHRÖDER, 10.ª ed., ante § 47, X, I; yendo más allá aún, desde la perspectiva de la teoría de la participación en la culpabilidad, desde hace mucho tiempo H. MAYER, *Lehrb.*, pp. 327 ss.

[36a] SCHÖNKE-SCHRÖDER, 10.ª ed., ante § 47, IX, 3, c.

[37] LANGE, *op. cit.*, p. 561.

dar lugar a la pena completa. Pero esta solución se conseguiría más sencilla y rápidamente con auxilio de un concepto extensivo de autor desarrollado consecuentemente.

2. La accesoriedad en los delitos de infracción de deber

A. *Consecuencias derivadas del concepto de autor de los delitos de infracción de deber*

Así pues, sobre la base del concepto del dominio del hecho ha de rechazarse, con la doctrina dominante, la figura de la participación en hechos principales no finales. Pero el panorama cambia en seguida cuando se contempla a los delitos de infracción de deber, con arreglo a la concepción aquí mantenida, como grupo independiente, advirtiendo que también aquí el autor representa la figura central del suceso de la acción, pero que este concepto rector ha de dotarse de contenido mediante otros criterios que nada tienen que ver con el dominio del hecho. Caracterizando al partícipe ya no mediante la "cooperación sin dominio del hecho", sino mediante la "intervención sin infracción de deber especial", su estructura no se modifica porque el obligado obre sin dolo. De un modo u otro se da una producción de resultado fuera de la obligación, y la cuestión del dolo, que decide sobre el dominio del hecho, en este contexto se revela como absolutamente irrelevante.

Vistas así las cosas, tampoco cabe hablar de que reconocer la inducción o complicidad en el hecho no final contradiga, en los delitos de infracción de deber, la "esencia" de la participación o la "naturaleza de las cosas". Por el contrario, cabría decir que precisamente la comprensión de la esencia de la autoría, tal como aquí se ha desarrollado, hace resaltar claramente la posibilidad de participación en tal sentido. Al respecto es significativa asimismo la circunstancia de que la argumentación a partir de la "naturaleza de las cosas" desde el principio sólo ha estado cortada a la medida de los delitos de dominio. Cuando, por ejemplo, STRATENWERTH en este contexto aduce, en favor de la necesidad de hecho principal doloso [38]: «De la cuestión de si la persona interpuesta obra dolosamente o no, depende quién domina la situación», ello es de todo punto correcto (al margen de las limitaciones en la imprudencia consciente). Pero la idea pierde, obviamente, toda su fuerza probatoria tan pronto como el dominio ya no decide sobre autoría y participación. Así pues, en el ámbito de los delitos de infracción de deber tienen tanta razón los críticos de la doctrina dominante como ésta la tiene en los delitos de dominio.

[38] *Natur der Sache,* p. 15.

Lo correcto de mi tesis de que la solución del problema resulta por sí sola del distinto concepto de autor en los delitos de dominio y en los de infracción de deber se evidencia especialmente en que los supuestos críticos a los que se refiere el debate no proceden del ámbito de los delitos de dominio, sino casi sin excepción de los delitos de infracción de deber [39].

Allí donde en los delitos de dominio el requisito de hecho principal doloso presenta dificultades se trata de un problema aparente. La famosa sentencia del BGH [40] en que se condenó como cómplice a un dependiente que, sin conocimiento de su principal, había comprado objetos robados, es ciertamente incorrecta. Ya hemos visto *supra* [41] que en tales casos el empleado, de darse delito, ha de ser considerado autor. Está más que justificada la crítica de WELZEL [42] a esta sentencia desde la perspectiva del concepto general de autor.

Los verdaderos problemas pertenecen todos al ámbito de los delitos de infracción de deber. Así ocurrió en los dos supuestos que sirvieron de detonantes de la controversia de los últimos años; en el primero, donde el BGH [43], frente a su posterior jurisprudencia, estimó inducción, aun faltándole al inducido el dolo [44], un *extraneus* había determinado a un médico a quebrantar el secreto profesional (§ 300 StGB), haciéndole creer que se trataba de una petición de información del Colegio profesional; en el segundo, objeto de sentencia del OLG Stuttgart [45], una persona no implicada en un accidente había impulsado a un conductor, afirmando falsamente que el lesionado había renunciado a que se hicieran indagaciones, a que abandonase el lugar del accidente (§ 142 StGB). En ambos casos se trataba de delitos de infracción de deber: sólo el médico con deber de sigilo reunía los requisitos de la

[39] Acerca de cómo ha de decidirse la cuestión en los delitos de propia mano se tratará *infra*, pp. 454 ss. Que los problemas sólo aparecen en los delitos especiales y en los de propia mano lo advierte ahora con buen criterio Arthur KAUFMANN, *JZ*, 10962, p. 782.

[40] *BGHSt*, 5, pp. 47-52.

[41] Pp. 381-382.

[42] *JZ*, 1954, p. 128.

[43] *BGHSt*, 4, pp. 355-360; el mismo tipo de supuestos lo trata ahora el OLG Köln en *MDR*, 1962, pp. 591 ss.

[44] WELZEL, *JZ*, 1963, p. 763; sin embargo, propone estimar aquí error de prohibición. Pero de haberse tratado de una obtención de información admisible entre colegas, el médico se equivocaría, al menos de modo excluyente del dolo, sobre presupuestos de la justificación; incluso cabría decir, dado que el colega también habría sido titular del secreto, que ni siquiera quería "divulgar" el secreto, de manera que incluso desde la teoría estricta de la culpabilidad, que mantiene WELZEL, habría que estimar error sobre el tipo; cfr., con respecto a las posiciones encontradas, BOCKELMANN, *Untersuchungen*, p. 108; ENGISCH, *Schmidt-Festschr.*, p. 108; HEINITZ, *Festschr. zum 41. Dtsch. Juristentag*, 1955, pp. 104 y 105, notas 39-41. Al margen de ello, incluso dando por supuesto el error de prohibición, la inducción que estima WELZEL apenas cabría compatibilizarla con la teoría del dominio del hecho, dado que a ese inductor difícilmente cabría negarle el dominio del hecho. Por estas razones también fracasa el intento de DREHER, *MDR*, 1962, pp. 592 ss., de sustraerse a la dificultad estimando un hecho principal doloso (que, no obstante, excluiría igualmente la punición por delito doloso).

[45] *JZ*, 1959, p. 579 = *MDR*, 1959, p. 508. El intento del tribunal de eludir las cuestiones de accesoriedad construyendo un error de prohibición se ha encontrado con el rechazo doctrinal unánime.

autoría del § 300 StGB, y sólo el implicado con deber de aguardar podía ser autor del delito de fuga del lugar del accidente del § 142 StGB. Así pues, los dos *extranei* determinan el resultado sin vulnerar el deber especial, cumpliendo todos los requisitos que han de exigirse en un partícipe en delitos de infracción de deber.

A menudo se ha advertido ya la circunstancia de que la necesidad de estimar participación en un hecho no doloso sólo surge en determinados tipos. LANGE, que ha profundizado como nadie en las cuestiones de accesoriedad, llega a decir, en el sentido de la opinión que aquí se desarrolla [46]: «Como el problema sólo surge en determinados grupos de casos, el punto de partida para resolverlo ha de extraerse no del esquema abstracto del sistema, sino de las estructuras y componentes específicos de esos grupos.» Asimismo en los delitos de funcionarios advierte con toda razón, conectando con anteriores consideraciones [47], que la condición de funcionario constituye un elemento del "ajustarse a la autoría", cuya ausencia excluye la imputación a título de autor, pero que no afecta a la imputación a título de partícipe [48]. Sin embargo, no llega hasta el final en la línea decisiva, pues cuando señala, con respecto a los ejemplos susodichos, que «el sujeto de detrás materialmente equivale o es afín al autor mediato y [que] sólo por razones jurídicas no puede ser abarcado» [49], retorna al concepto de autor de los delitos de dominio, con el que no cabe dar cumplida cuenta de los delitos de infracción de deber.

También TRÖNDLE encuentra el punto de partida acertado, que señala con toda razón [50]: «Las dificultades se deben a que la Parte Especial diverge del concepto de autor de la Parte General en ciertos casos (a saber, en los delitos especiales). Por eso, desde la propia lógica de legislador no es posible buscar en la Parte General el despejar dificultades que es en la Parte Especial donde han surgido.» Curiosamente, esta idea no le impide, sin embargo, aplicar también en los delitos especiales la teoría del dominio del hecho y, por tanto, el concepto general de autor, que no se acomoda aquí, con arreglo a sus propios presupuestos. Consiguientemente, se ve obligado a rechazar la punición del *extraneus* en los delitos especiales no dolosos.

La solución que obtiene la coherencia a partir de la especial estructura de la autoría en los delitos de infracción de deber la ofrece, frente a lo expuesto, sólo la teoría diferenciadora que aquí se mantiene: según ésta, en los delitos de dominio nadie puede ser partícipe (= cooperador sin dominio del hecho) sin que otro tenga (al menos según su idea) el dominio del hecho y, por tanto, actúe dolosamente. En los delitos de infraccion de

[46] *JZ*, 1959, p. 563.

[47] *Die notwendige Teilnahme*, 1940, pp. 54 ss.

[48] *JZ*, 1959, p. 562.

[49] *JZ*, 1959, p. 561; asimismo, FRANZHEIM, *Die Teilnahme an unvorsätzlichen Haupttat*, p. 26.

[50] *GA*, 1956, pp. 151 y 152.

deber, en cambio, es perfectamente posible la participación en hechos principales no dolosos, porque aquí no es el dolo, sino el deber, el elemento distintivo determinante entre autoría y participación. Por tanto, los dos *extranei* de las sentencias antes mencionadas pueden ser castigados como inductores a sendos delitos de los §§ 300 y 142 StGB, aunque el ejecutor directo obrara en error sobre el tipo.

Nuestra solución es obligada una vez aceptados estos dos presupuestos: que en este grupo de delitos únicamente la infraccion del deber fundamenta la autoría y que la participación, aquí como en todas partes, es de naturaleza secundaria, esto es, que no requiere más que intervención sin infracción de deber especial. Estas dos tesis hasta ahora no han sido reconocidas, aunque sin ellas no resulta posible entender correctamente los delitos especiales. Lo cual es así con independencia del problema de accesoriedad que se cuestiona. Así, por ejemplo, en el tan citado ejemplo en que un *extraneus* fuerza, con los requisitos del § 52 StGB (mediante fuerza o intimidación), a un funcionario a cometer torturas, todos están de acuerdo, a mi juicio [50a], en que ha de estimarse inducción al delito del § 343 StGB. Y, sin embargo, este resultado es inexplicable sin nuestras dos premisas, pues partiendo del dominio del hecho, éste lo tiene el *extraneus*, de manera que ya por definición no podría ser inductor, y si se entiende la participación —en lugar de secundaria y negativamente— primaria y positivamente como dependencia con respecto al dominio del hecho ajeno o, como BOCKELMANN, como subordinación de la voluntad en el sentido de la teoría del dolo, no cabría hablar de tal participación, de manera que para ser consecuentes habría que dejar impune al *extraneus*.

Este supuesto no se distingue de aquel en que al *intraneus* le falta el dolo en ningún punto esencial. De estimar aquí inducción, también allí habrá que hacerlo [50b]. La aseveración, con pretensión de validez absoluta, de que la participación debe darse con respecto a una autoría dolosa se basa, pues, no en datos previos lógico-objetivos, sino en un concepto de autor y de partícipe incompleto y en algunos puntos incorrecto, que, aplicado acríticamente, fuerza a las consecuencias aquí desaprobadas en la cuestión de la accesoriedad.

B. *Consideraciones teleológicas*

De todos modos, los contradictores de nuestra postura han esgrimido, junto a las consideraciones sistemáticas acabadas de tratar, asimismo puntos

[50a] También DAHM, *MDR*, 1959, p. 509, tilda a este resultado de "prácticamente indiscutido".

[50b] Cfr. también DAHM, *op. cit.*, pp. 509 y 510, que parte de análogas consideraciones, pero trabaja con el concepto de autor-inspirador *(Urheber)*.

de vista teleológicos con los cuales intentan rebatir la posibilidad de participación en hechos no dolosos.

a) *¿Se extiende la autoría a los no cualificados?*

WELZEL [51] aduce, en contra del castigo del *extraneus* como partícipe, que así «se extendería, bajo el nombre de "participación", la autoría a los no cualificados», argumento al que no cabe negar justificación, siempre que se trabaje con la teoría del dominio del hecho. No obstante, teniendo en cuenta que aquí no se trata de una cuasi-autoría, sino de auténtica participación, carece ya de validez la objeción de WELZEL en el sentido de que se dé una extensión *contra legem* de la autoría a no autores. Que el partícipe no se encuentre en la relación de deber especial requerida en el tipo le caracteriza precisamente como partícipe; el propio WELZEL tampoco requeriría en un inductor una específica infracción de deber. Hay que tener siempre presente que la infracción del deber especial, que hemos destacado con tanto énfasis, no constituye el fundamento de punición de estos preceptos, sino que sólo constituye la autoría.

El fundamento de punición reside aquí, como en todos los demás tipos, en la lesión del bien jurídico [52]; si fuera de otro modo, no podría haber en absoluto partícipes no cualificados.

b) *¿Ampliación de la responsabilidad de órganos como solución al problema?*

También se basa en desconocer los especiales conceptos de autor y partícipe de los delitos de infracción de deber que WELZEL pretenda cerrar las sensibles lagunas de punibilidad que su doctrina abre en los delitos de infracción de deber mediante una ampliación de la responsabilidad de los órganos. Señala [53]: «En realidad, en los presuntos "casos de lagunas de punibilidad" de los delitos especiales propios se trata del problema de la responsabilidad de órganos, esto es, de la cuestión de la inclusión del representante en el círculo de autores de los delitos especiales propios, o sea, no de un problema de autoría ni de participación.» Por eso idea la solución, en el caso objeto de sentencia del OLG Stuttgart, de elevar a autor, como "representante voluntario", al tercero que, fingiendo ante el implicado en el accidente que "todo estaba en orden", le había hecho seguir su camino [54].

[51] *Lehrb.*, 7.ª ed., p. 101.

[52] Cfr. al respecto, ya acertadamente y en profundidad, LANGE, *Die notwendige Teilnahme*, pp. 54 ss.; asimismo, FRANZHEIM, *Die Teilnahme an unvorsätzlicher Haupttat*, pp. 19 ss., 24.

[53] *Lehrb.*, 7.ª ed., p. 101.

[54] *Lehrb.*, 7.ª ed., p. 397.

Sin embargo, en primer lugar, para la praxis ésta no constituye solución, pues del supuesto de hecho no cabe deducir que el sujeto de detrás fuera "representante voluntario". Además, la inclusión de este grupo de personas en el círculo de autores no está reconocido por la doctrina dominante ni por la jurisprudencia, ni previsto en los Proyectos, aparte de que mediante esta solución sólo se abarcaría una porción minúscula de los casos de lagunas. Y en segundo lugar este intento se basa en la suposición, incorrecta teóricamente y explicable por la fijación en la teoría del dominio del hecho, de que aquí «no se da ningún problema de autoría ni de participación», cuando ocurre justamente al contrario.

c) *¿Objeciones derivadas del principio de accesoriedad?*

Tampoco el principio de accesoriedad reclama solución distinta a la aquí propugnada. Integrando el dolo en el tipo, podría parecer inadmisible estimar participación sin un hecho principal al menos típico. Pero ocurre que el principio de accesoriedad no requiere, en tanto que está caracterizado por la "esencia" de la participación, más que una acción objetivamente típica, como la que existe en los casos de la revelación de secreto médico y del abandono del lugar del accidente. Pero por cuanto respecta al legislador, sobre lo único que éste se ha pronunciado es sobre que el hecho principal no tiene por qué ser culpable; que en todos los casos necesariamente tenga que haberse realizado el tipo subjetivo —tal como lo entiende la doctrina incontrovertida— no puede deducirse en absoluto, por cuanto que el legislador de 1943 consideraba al dolo, sin discusión, como elemento de la culpabilidad y quiso, con su regulación, hacer posible el castigo de la participación en un hecho principal no doloso [55]. Correctamente entendido el precepto legal de la accesoriedad, precisamente la solución aquí sustentada sí que la requiere en los delitos de infracción de deber, y la opinión contraria hace que se frustre la voluntad del legislador (que coincide absolutamente con los datos estructurales previos).

d) *¿Falseamiento de la estructura típica?*

De todos modos, cabe aducir una objeción contra la posibilidad de participación en un hecho no doloso en los delitos de infracción de deber, que no resulta de la relación entre autoría y participación, sino de la voluntad del legislador de limitación típica de la pena. Si, por ejemplo —por seguir con el ejemplo del § 142 StGB—, la ley limita el círculo de autores a aquellas

[55] Cfr. simplemente DAHM, *op. cit.*, p. 509; BOCKELMANN, *Untersuchungen*, p. 107. Muy certero, ENGISCH, *Eb.-Schmidt*, p. 117. Sobre la delimitación entre inducción y complicidad en estos casos, *op. cit.*, p. 112.

personas cuyo «comportamiento ha contribuido a causar el accidente», ello sólo puede tener el sentido de que la punibilidad no se extiende a cualquier forma de frustrar pretensiones de indemnización derivadas de accidentes de circulación, sino que ha de limitarse a personas cercanas al accidente. En esto no estriba desde luego la explicación de que sólo se comprenda a aquellos que frustren pretensiones que están obligados a aguardar, pues los *extranei* pueden siempre sumarse al círculo de los castigados si toman parte en la acción del obligado. Cuando alguien, en cambio, sin que coopere el implicado en el accidente, hace desaparecer el vehículo y borra las huellas, es indudable que no puede responder por el § 142 StGB.

Ahora bien, cabría decir que un supuesto como el que sentenció el OLG Stuttgart es más afín a este último supuesto de frustración impune de pretensión que a la relación de intervención en que la ley se basa típicamente. En efecto, aquí, a diferencia de allí, se encuentra en el centro del suceso una persona obligada a aguardar; pero sólo es utilizada como instrumento ciego y no como sustentadora del injusto personal, de manera que podría mantenerse la opinión de que se trata a fin de cuentas de una frustración de pretensión y no de una fuga del lugar del accidente. En esta dirección argumenta también WELZEL [56] cuando, con respecto a la estimación de inducción en la sentencia BGHSt 4, 355 ss., señala que así «la determinación a una revelación no dolosa de secretos particulares ajenos —esto es, un delito de averiguación de secretos, que el legislador conscientemente ha querido dejar impune— se falsea, convirtiéndosela en inducción a revelación de secretos». En casos análogos dice HEINITZ [57] que quien coopera en una acción de autor dolosa comete «un *aliud* con respecto a aquel que pretende aprovecharse del error de un autor no doloso», y TRÖNDLE [58] señala: «No sería adecuado hacer responder al *extraneus* por un desvalor de accion que... no se da en el hecho determinado por él».

Estas objeciones son de peso; pero no prevalecen, pues bien es verdad que los *extranei* de los ejemplos no cometen en realidad huida del conductor ni revelación de secretos; pero tampoco lo hacen cuando el cualificado obra dolosamente. La diferencia entre fuga del lugar del accidente y frustración de pretensión, entre revelación de secretos y su averiguación es la que caracteriza precisamente a ese elemento personal que en los delitos de infracción de deber distingue entre la figura central y la marginal, entre autor y partícipe. Si para el castigo de la participación se requiere algo más que aquello que queda tras deducir la infracción dolosa de deber simplemente necesaria para la pena por autor, se convierte la infracción de deber especial en fundamento de la punición de este preceptos, mientras que en realidad sólo constituye

[56] *Lehrb.*, 7.ª ed., p. 101; cfr. asimismo STRATENWERTH, *Natur der Sache*, p. 15.

[57] *Festschr. zum 41. Juristentag*, 1955, p. 108.

[58] *GA*, 1956, pp. 149 y 150.

un elemento del "ajustarse a la autoría", esto es, un elemento para delimitarla con respecto a la participación.

Es más, si, frente a la posición aquí sustentada, se quisiera convertir a la infracción del deber en fundamento de punición, consecuentemente tampoco en caso de hecho principal doloso se podría castigar al no obligado, pues en él faltaría asimismo este requisito. ¿Qué sentido tendría hacer depender la punibilidad de una persona de que otro haya infringido el deber que sólo le afecta a él?

Además, si en nuestros ejemplos se quisiera hacer requisito de la punibilidad al comportamiento de autor ajustado a las cualidades "personales" de la revelación de secretos o de la fuga de conductor, tampoco habría que castigar como inductor a aquel que fuerza a un titular de deber especial a una realización de tipo disculpada por el § 52 StGB, porque bajo la influencia de la coacción ya no se da una "revelación" o una "fuga" en el sentido aludido por la ley. Una conclusión en tal sentido no sólo conduciría a resultados insoportables, que ni siquiera los partidarios de la posición contraria propugnan [59], sino que además supondría un retroceso a la accesoriedad extrema, ya incompatible con el tenor de la ley.

e) *¿Ampliación excesiva de la punibilidad?*

Así pues, siendo cierto que en los delitos de infracción de deber la figura de la participación en el hecho no doloso no entraña un falseamiento de la estructura típica, no obstante quedan las preguntas que constituyeron el punto de partida de nuestros reparos: ¿No se extiende, a través de esta solución, indebidamente la punibilidad, que indirectamente ha de restringirse mediante la limitación del círculo de autores? Y ¿en qué reside la diferencia material —por recurrir de nuevo a nuestros ejemplos de partida— entre la inducción a un hecho no doloso y los supuestos impunes de mero averiguar secretos o frustrar pretensiones?

A la primera pregunta se responde inmediatamente: de ningún modo se extiende la punibilidad en contra de la ley a la averiguación de secretos y a la frustración de pretensiones; más bien queda limitada a los supuestos, de nítidos contornos, en los que el no obligado consigue sus fines a través de la persona del cualificado para ser autor, tanto si éste actúa dolosamente como si no. Que el *extraneus* en el segundo caso "indudablemente es merecedor de mayor punición" [60] no lo discuten ni siquiera por lo general los

[59] Cfr. la solución de WELZEL, *JZ*, 53, p. 763, que en el caso del médico estima error de prohibición, llegando por esa vía a construir una inducción, a pesar de que el *extraneus* tiene el dominio del hecho.

[60] LANGE, *JZ*, 1959, p. 561.

partidarios de la opinión contraria [61]; por eso no se trata de una extensión excesiva e injustificada de la punibilidad, sino de una captación absolutamente adecuada del ámbito de lo punible.

También la segunda pregunta permite una respuesta clara. La inducción a un hecho no doloso se distingue decisivamente con respecto a los casos, impunes, de frustración de pretensiones y de averiguación de secretos:

En primer lugar se garantiza estrictamente —como ya se deduce de las consideraciones relativas a la estructura del tipo— la limitación prevista de la pena cuando se la vincula a la (consciente o inconsciente) revelación por parte del depositario del secreto, el alejamiento por parte del obligado a aguardar, etc. Ya con esto se demuestra carente de objeto el importante argumento que esgrime la equiparación con los conceptos ilimitados de la mera averiguación o del borrar huellas.

En segundo lugar también se da una diferencia esencial en el contenido delictivo, consistente en que en nuestros casos el *extraneus* utiliza al titular del deber mediante una manipulación taimada. Éstos son casos más graves que los de simple averiguación de secretos y frustración de pretensiones, porque el legislador, al imponer un deber especial a alguien, lo instituye guardián y preservador del bien jurídico amenazado. El implicado en el accidente, en virtud de su deber de aguardar, es responsable de que se puedan esclarecer las circunstancias de la culpabilidad y de la responsabilidad civil en tanto que su presencia pueda contribuir a ello, y el médico es aquel que tiene que guardar los secretos *in pectore* o en un cajón cerrado. La mayoría de las veces ocurrirá que, como en los dos casos de partida, el *extraneus* no puede en absoluto conseguir su fin sin quitar de en medio a la instancia de protección, al obligado especialmente. Está claro que la eliminación de ese obstáculo es más prometedora de resultado (y para la comunidad jurídica más peligrosa) que la tarea de frustrar pretensiones o de procurarse conocimiento de secretos por otra vía. Por eso tiene sentido captar los casos del primer género, dejando fuera del ámbito de protección penal a los del segundo.

En tercer lugar los grupos de casos supuestamente equivalentes presentan un aspecto singularmente distinto contemplados en función de su apariencia y de sus presupuestos criminológicos. No es de esperar que las personas interesadas en secretos médicos den el paso, en número digno de mención, de irrumpir en las consultas para registrar las ilegibles fichas en busca de datos que al final no encuentran. Por eso no existe motivo para castigar semajantes casos, hipotéticos en su mayor parte (salvo en el delito de traición).

[61] Cfr. TRÖNDLE, *GA*, 1956, p. 149: «El merecimiento de pena aún no da lugar a punibilidad.» Los propios intentos de llegar en los mencionados supuestos a la punibilidad, construyendo un error de prohibición (cfr. *supra* notas 44 y 45) o una "responsabilidad de órganos" (cfr. pp. 403-404) muestran lo elevada que es la necesidad de pena.

En cambio, el caso en que mediante engaño se consigue que un médico revele secretos desempeña en la práctica un papel no desdeñable, como se desprende claramente de la frecuencia con que los tribunales han de sentenciar en casos de este tipo.

Aún más fácil de captar es la diferencia entre los casos en la fuga del lugar del accidente, pues lo que el legislador pretende impedir mediante la conminación penal no es la mera frustración de pretensiones, sino el alejamiento del implicado en el accidente del lugar del hecho. El que un *extraneus* consiga este objetivo mediante persuasión o mediante engaño es absolutamente indiferente desde este punto de vista. Por eso no puede entrañar diferencia el que se trate de una instigación a un hecho doloso o no doloso. En cambio, la mera frustración de pretensiones —por ejemplo, haciendo desaparecer las pruebas— se refiere a un supuesto de hecho diferente por completo, que el propio obligado a aguardar puede realizar impunemente con tal que permanezca en el lugar del accidente. Por eso se están desconociendo del todo las circunstancias reales cuando aquí se sitúa a la participación en el hecho no doloso en el mismo plano que la frustración de pretensiones impune, pese a no parecerse en absoluto y concordar aquélla en todos los puntos decisivos con la inducción al hecho doloso.

Así pues, resulta que ENGISCH [61a] tiene razón cuando dice que es «una *petitio principii* que, a la vista del tratamiento de la "averiguación" en la ley, [tiene que] quedar impune la inducción al hecho principal no doloso». Lo que se da por supuesto en esta conclusión, esto es, que la determinación a una revelación de secretos no dolosa no se distingue de la averiguación ordinaria, no sólo está aquí, como en los otros casos parejos, sin demostrar, sino que además es incorrecto. En realidad, no es la opinión que aquí se mantiene, sino la contraria, la que conduce a resultados de todo punto absurdos: se castiga a quien supera las barreras que la ley ha levantado en la persona del especialmente obligado para proteger al bien jurídico, mediante persuasión o incluso mediante coacción. Pero quien supera ese obstáculo mediante engaño queda impune, aun cuando este comportamiento al menos equivale en cuanto a la cualidad de injusto a los medios susodichos e incluso significa una amenaza mayor para el bien jurídico protegido, pues el que engaña anula, de entrada, «la inhibición de la inteligencia, derivada de conocer que se está infringiendo la ley y de que uno puede buscarse la ruina» [62].

Por consiguiente, no ocurre, como HEINITZ cree, que en los delitos de infracción de deber la cooperación en el hecho doloso sea un *aliud* necesitado de distinta incardinación jurídica que la lesión del bien jurídico realizada mediante engaño. Por el contrario, una solución que aquí diferenciara sería absurda, porque trataría de modo distinto casos equivalentes en el aspecto

[61a] *Festschr. für Eb. Schmidt,* p. 112.
[62] LANGE, *JZ,* 1955, p. 561.

esencial, trayendo en cambio a primer plano el criterio del dolo, pese a ser irrelevante para la delimitación de las formas de intervención en los delitos de infracción de deber y pese a aumentar su ausencia la responsabilidad del *extraneus*, en lugar de excluirla.

f) *¿Objeciones desde el Derecho positivo?*

Con cuanto antecede, naturalmente, no se quiere decir que, dado que la punición de la participación en el hecho no final es posible y adecuada en los delitos de infracción de deber, el legislador no pueda configurar en casos concretos tales conductas como tipos autónomos. Ya por este motivo carece de solidez la recurrente invocación de los §§ 160 (determinación al falso testimonio) y 271 StGB (falsedad mediata), pues de sobra es sabido que en ocasiones el legislador independiza acciones de participación, sin que por eso se haya nunca deducido que no concurra inducción o complicidad.

También en los delitos de infracción de deber el legislador puede tener razones fundadas para independizar en ese sentido. El § 160 StGB se analizará *infra* [62a], de manera que bastará aquí que nos refiramos al § 271 StGB. Que la inducción a la falsedad no dolosa se someta a un tipo especial se justifica por la sola circunstancia de que el legislador, en los §§ 272 y 273 StGB, ha creado cualificaciones que requerían tal regulación. El motivo más profundo reside en que el engaño, cuando va acompañado de ánimo de enriquecerse o de perjudicar, contiene elementos personales del injusto, de significación independiente, que no quedan abarcados mediante la punición de la mera falsedad. No es que los preceptos de los §§ 271-273 StGB fueran necesarios porque fuera inconcebible una inducción a un hecho no final, sino que más bien la regulación específica era necesaria para poder captar típicamente en casos graves el contenido de injusto que trasciende a la determinación a la falsedad.

Obviamente cabe dudar si esta interpretación ideada a partir del contexto de la ley coincide con las intenciones conscientes del legislador. Pero de ahí no cabe derivar contraargumento alguno, pues si éste no fuera el caso, a lo sumo se pondría de manifiesto que el legislador, como dice ENGISCH [62b], «al limitar la accesoriedad en 1943, perdió algo de vista». En todo caso, de las consideraciones indicadas se deduce que la regulación existente tiene sentido sin perjuicio de la posibilidad de participación en hechos no dolosos.

También existen divergencias en el contenido personal de injusto entre estafa y administración desleal, de las que Hellmuth MAYER [62c] ha obtenido

[62a] Cfr. pp. 427-428.
[62b] *Eb. Schmidt-Festschrift,* p. 119.
[62c] *Rittler-Festschrift,* p. 266; enlazando con él, WELZEL, 7.ª ed., p. 101.

una objeción contra la solución aquí sustentada. Entiende, con respecto al § 266 StGB: «De no atender al elemento de la autoría de la relación de confianza, cualquier trato, perjudicial para el principal, con un empleado de éste, constituiría una participación punible en la administración desleal "objetiva", aun cuando no cupiera hablar de una estafa en el sentido del § 263 StGB.»

Al respecto hay que decir que quien determina mediante engaño a un empleado a realizar una disposición patrimonial perjudicial para su principal va a ser castigado no por inducción al abuso de confianza no doloso, sino sólo por estafa. Lo cual se debe a que, en caso de perjuicio patrimonial, precisamente en el engaño reside un desvalor que el legislador ha descrito típicamente en el § 263 StGB (estafa). La inducción al delito de infracción de deber no doloso aparece así como autoría mediata en un delito de dominio; el § 263 corresponde, en la estafa para con representantes, *mutatis mutandis* al antes mencionado § 271 StGB. Esta regulación es adecuada porque el engaño representa una parte esencial del contenido de injusto, que sólo quedaría insuficientemente abarcado si se atendiera al mero perjuicio patriminial. Pero esto no se deduce de leyes estructurales ontológicas: suponiendo hipotéticamente que los perjuicios patrimoniales determinados por engaño no estuvieran sujetos a un tipo independiente —esto es, suprimiendo mentalmente el § 263 StGB— sería absolutamente razonable la punición por participación en el delito del § 266 StGB (administración desleal).

Pero ¿qué ocurre en el caso, al que se atiene MAYER, en que se trata sólo de un negocio "desfavorable", sin que se den los requisitos de la estafa? Aquí en principio ocurre que tampoco se realiza ya el tipo objetivo de la administración desleal porque un negocio resulte ser luego desfavorable. En tanto que el trato se mantenga en el marco de la administración ordenada, ya por esta razón no cabe preguntarse por la participación punible. Quedan, pues, sólo los raros casos en que el *extraneus* aprovecha conscientemente un error manifiesto del representante para acordar un negocio que perjudique al principal, sin deformar hechos, ni ocultarlos ni silenciarlos, mediando un deber aclaratorio.

¿Constituye esto una participación en un hecho no doloso (§ 266 StGB)? Una solución así no sería en absoluto incontrovertible. En cuanto al resultado, yo daría la razón a MAYER y WELZEL, que propugnan dejar impune este comportamiento. Pero esto no se basa en la esencia de la participación o de la acción final. El motivo reside únicamente en que hay que suponer que el legislador ha querido regular con carácter exclusivo los perjuicios patrimoniales causados mediante mantenimiento o favorecimiento de errores. Así pues, se trata de un problema de interpretación que nada tiene que ver directamente con la teoría de la participación, cuya solución, por tanto, no puede tener importancia alguna que trascienda a este caso concreto. Lo que pone de manifiesto este ejemplo —y ello aún se destacará repetidamente en los casos debatidos que se tratan más adelante— [62d] es que también en este ámbito el trabajo sobre los detalles, esto es, el análisis cuidadoso de la respectiva lesión de bien jurídico, del contenido de injusto personal y del contexto de los preceptos concretos, no puede sustituirse por ninguna solución maravillosa generalizadora que no atienda a las especialidades de la materia de regulación.

g) *Resultados*

Al final, llego a una conclusión que queda a mitad de camino entre los dos frentes del debate actual: la participación en un acto no final, cuando el sujeto de detrás entrevé el hecho, queda descartada en los delitos de dominio, pero en los delitos de infracción de deber, por el contrario, es absolutamente posible (y no sólo en la forma impropia de mera autoría por determinación) *(Urheberschaft)*.

Por eso sería de desear fervientemente, con LANGE [63] y LANG-HINRICHSEN [64], que en los §§ 30 y 31 del Proyecto de 1962 se volviera a tachar el adverbio "dolosamente" antepuesto al "hecho" cometido.

De ser así, podría desaparecer asimismo, por superfluo, el § 32 del mismo Proyecto, que en caso de error sobre el dolo del autor hace entrar en juego la pena por inductor o cómplice [65]. En los delitos de dominio ello no resulta necesario, como ya se expuso [66]. Y en los delitos de infracción de deber ocurre otro tanto. Si el *extraneus* cree erróneamente que el obligado obra no dolosamente, es siempre inductor y nada más, tanto por la situación real como por la imaginada; al igual que el error inverso —el autor al que se supone doloso no entrevé la situación— deja intacta la inducción existente.

V. LA IDEA DE DEBER EN LA EVOLUCIÓN DE LA TEORÍA DEL DOMINIO DEL HECHO

1. Concordancias y diferencias en el concepto de autor de los delitos de dominio y de los de infracción de deber

Comparando el concepto de autor de los delitos de dominio y de los de infracción de deber, son las diferencias las que primero saltan a la vista: el criterio del dominio del hecho resulta de las singularidades del curso

[62d] Pp. 454 ss. y 462 ss.
[63] *JZ*, 1959, p. 563.
[64] *Gutachten*, p. 25.
[65] En el mismo sentido LANG-HINRICHSEN, *Gutachten*, p. 25.
[66] Cfr. al respecto *supra*, p. 295.

concreto del suceso. En cambio, en los delitos de infracción de deber la forma externa de intervención es indiferente; basta cualquier "causar" de la índole que sea, de manera que, en lo que se refiere a la irrelevancia de las formas externas de conducta, cabe advertir una concordancia con el concepto extensivo de autor.

Esta afinidad no alcanza mucho más allá de lo aparente. En cuanto a su idea básica, divergen el concepto extensivo de autor, que extrae su contenido normativo de la posición dominante de la teoría de los bienes jurídicos, y la categoría de los delitos de infracción de deber, que se orienta no al resultado, sino a la persona del autor. La polémica de los años treinta en torno a los fundamentos y la concepción del delito como lesión de bienes jurídicos o de deber se refleja aquí en tono menor, depurada de ideología y reducida a su significación para la dogmática de la doctrina de la autoría.

Desde este punto de vista, sin embargo, no están muy alejados el autor de los delitos de dominio y el de los de infracción de deber, pues tanto en uno como en otro caso son elementos personales los que forman el eje de la delimitación. Naturalmente, de distinta índole: la configuración decisiva del curso del suceso, con toda su referencia normativa, ha de captarse en mucho mayor medida mediante criterios descriptivos que el elemento de la infracción del deber extrapenal, aprehensible intelectivamente. No obstante, ambas figuras de autor están igualmente próximas al concepto de injusto personal y ambas están sometidas a la amplia idea rectora de la teoría de la participación, según la cual el autor encarna la figura central del suceso de la acción. Se trata de diferencias que no se deducen de cómo se configure el concepto de autor, sino de la distinta estructura de los tipos. Pero obviamente por eso mismo es fácil que pasen inadvertidas: ni de lejos está valorada suficientemente la importancia de la Parte Especial para la dogmática de la teoría del delito.

Desde luego, por las razones indicadas se comprende que la idea de deber haya desempeñado hasta la fecha, en la doctrina del dominio del hecho, un papel variable y no muy claro.

2. Concepto extensivo de autor, deber y dominio en Eb. Schmidt

La principal falla reside en que todavía hoy no se destaca en este grupo de delitos el criterio, fundamentador de la autoría, de la infracción del deber extrapenal, sino que se le oculta bajo el concepto de los delitos especiales. Corresponde a Eb. Schmidt el mérito de haber sido el primero [67] en haber

[67] Schmidt *(Die militärische Straftat und ihr Täter,* p. 7, nota 16) alude incluso a los puntos de partida que se encuentran en la conocida monografía de Nagler, *Die Teilnahme am Sonderverbrechen,* 1903.

captado con claridad la importancia de la idea de deber para la doctrina de la autoría. En una obra menor suya, publicada en 1936, se lee [68]: «... lo que representa la esencia y lo jurídicamente decisivo en la "delimitación personal", en la "cualificación" o en las "cualidades personales", no queda expresado en las fórmulas mencionadas y se deduce casi siempre por estar aludido en los ejemplos que se añaden (funcionario, tutor, soldados, etc.). *Lo determinante, sin embargo, son siempre los deberes personales* [69], no cualesquiera cualidades físicas o psíquicas o datos en cualesquiera personas».

Para Eb. Schmidt descubrirlo estaba al alcance de la mano, puesto que el concepto extensivo de autor [70], desarrollado algunos años antes por él, había recibido su impronta metodológica de una consideración puramente normativa, que prescindía totalmente de la configuración del curso externo de la acción. En un enfoque así se integra muy bien la idea de deber, porque también para ella —como entonces señaló Schmidt— los componentes de la acción "cognitivo-naturalísticos" no desempeñan papel alguno, estando los deberes más bien avecindados exclusivamente en lo normativo. Por eso dice [71]: «Ha de reconocérsele a la doctrina más reciente que el concepto extensivo de autor... requiere que se le señale cierta "medida"..., que se le modere. Cómo tenga que llevarse a cabo necesita aún ser aclarado... Ante todo habrá que recurrir a la idea de la infracción de deber especial.» En realidad, de ese modo se había dado inadvertidamente un paso decisivo hacia una teoría de la autoría que ya no atienda al menoscabo del bien jurídico desligado de sujetos, sino que sitúe a la persona actuante y a la cualidad de su conducta en el centro de la delimitación.

Así había llegado Schmidt, que creía estar aún dentro del concepto extensivo de autor, a un concepto personal de autor que, como se señaló *supra*, se encuentra más próximo a la teoría del dominio del hecho que a su punto de partida extensivo. Por eso no extraña que vinculase su teoría con los trabajos, que acababan de publicarse, de Kohlrausch y Lange, precursores directos de la teoría el dominio del hecho. Dice Schmidt [72]: «Sólo se da comportamiento de autor allí donde la disposición intencional del sujeto actuante lo señala como señor del hecho... de manera que sobre él y su personalidad gravite aquélla culpablemente», y justo en seguida, con respecto a los delitos militares [73]: «... es absolutamente cierto que la disposición intencional que implica dominio del hecho siempre presupone la obligación específicamente militar».

Resulta sugestivo apreciar en esta retrospectiva cómo aquí conviven en Schmidt tres distintos criterios de autoría (el principio extensivo, el elemento

[68] *Die militärische Straftat und ihr Täter,* p. 7.
[69] Subrayados del propio Schmidt.
[70] Al respecto *supra,* pp. 26 ss. y 45 ss.
[71] En su *Militärstrafrecht,* 1936, p. 41.
[72] *Die militärische Straftat und ihr Täter,* p. 10.
[73] *Op. cit.,* p. 11.

del dominio y el del deber) sin separarse y cómo la idea de deber, con buen fundamento interno, tiende el puente desde una teoría de la autoría referida al resultado a otra referida a la personalidad. Lo fructífero de este punto de partida despliega sus efectos hasta en la actualidad. Mientras que el concepto extensivo de autor con razón ha ido quedando relegado, el acento ha cambiado en la relación entre dominio y deber: SCHMIDT describe cuidadosa y certeramente el concepto de autor de los delitos de infracción de deber, pero la función autónoma del dominio sólo queda aludida. En cambio, hoy prevalece el dominio del hecho, la idea de deber es objeto de poca atención y su singularidad rara vez captada. Pero una cosa está sin aclarar definitivamente, tanto antes como ahora: la relación entre ambos criterios. La concepción sustentada por SCHMIDT en el sentido de que el deber es un elemento o requisito del dominio del hecho aún se encuentra hoy en LANGE y GALLAS.

3. La unificación de dominio del hecho y deber en LANGE y GALLAS

Se lee en LANGE [74]: «... sólo el *intraneus* puede obrar típicamente, sólo él domina... su función pública, etc.». Entiende incluso que la "punibilidad primaria" en estos casos «se limita a aquellos que poseen el dominio del hecho en grado especial, a menudo con carácter exclusivo» [75]. También GALLAS mantiene que no puede ser "señor del hecho" aquel que, como el no cualificado en los delitos de funcionarios, «no es susceptible de realizar el auténtico contenido de injusto del hecho» [76].

Como se deduce claramente de cuanto antecede, no puede suscribirse esta opinión. Bien es cierto que también aquellos que infringen un deber fundamentador de autoría muy a menudo poseen el dominio del hecho, por ejemplo, dominan en exclusiva el ejercicio de la función pública —y precisamente esta circunstancia hace tan difícil captar el concepto de autor de los delitos de infracción de deber en su significación autónoma—, pero no es a eso a lo que hay que atender, pues no siempre tiene que ser así. El *extraneus* que mediante amenazas de muerte fuerza al funcionario a cometer prevaricación, domina el ejercicio de la función y desde luego no es autor; el administrador de nuestro ejemplo, en cambio, no puede dominar el hecho desde América y sin embargo es autor.

Algo distinto ha de objetársele a GALLAS [77]. Tiene toda la razón cuando dice que el no obligado, por sí solo, no es capaz de realizar el contenido de injusto del hecho. Pero esta cuestión nada tiene que ver con el dominio

[74] KOHL.-LANGE, 43.ª ed., ante § 47, I, 4, p. 160.
[75] *Op. cit.*, I, 3, pp. 159 y 160.
[76] Número especial Atenas, p. 14; en términos semejantes *Gutachten*, p. 133.
[77] Ya *supra* tomamos postura crítica varias veces en relación con el problema del instrumento doloso no cualificado, cfr. pp. 278 ss.

del hecho. Un sujeto no es señor del hecho porque sea capaz de realizar el contenido de injusto de un precepto —el contenido de injusto del homicidio también se le achaca al inductor—, sino porque configure el suceso. La fórmula elegida por GALLAS describe veladamente, pues, justo el elemento del deber. Es sintomático que GALLAS se vea forzado a hablar aquí, a diferencia de en la autoría ordinaria, de un «dominio del hecho en el sentido aludido en el tipo respectivo» [78], evidenciando así que en realidad se trata de algo distinto.

Al mismo tiempo se ponen de relieve aquí los límites del intento de GALLAS, en sí loable, de vincular el concepto de dominio del hecho con puntos de vista normativos [79]. En efecto, una normativización de esta índole no significa sino una combinación de elementos de dominio y de deber y, por tanto, una equiparación de lo desigual. Tampoco se trata, ya por eso, de una mera cuestión de terminología más o menos arbitraria. Más bien, mediante el término unitario se oculta la circunstancia de que estamos ante dos criterios de autoría distintos, cerrándose el camino para captar las diferencias entre los delitos de dominio y los de infracción de deber.

4. Dominio del hecho y deber como presupuestos comunes de la autoría en WELZEL y MAURACH

La pertinente separación entre dominio del hecho y elemento del deber la han llevado a cabo en parte WELZEL y MAURACH.

De todos modos, MAURACH [80] menciona muy de pasada a los delitos de deber bajo las rúbricas de "delito especial" y de "cualificación de autor", sin valorar su significado autónomo para la doctrina de la autoría ni aclarar su relación con el principio del dominio del hecho. Los remite simplemente, como supuestos especiales no encajables, a una sede situada fuera del concepto de autor que mantiene.

En cambio, WELZEL, ya en sus *Estudios* [81], resaltó la «posición especial de deber del autor» como requisito independiente de la autoría, situándola expresamente junto al dominio del hecho. Caracterizó a estos casos al principio como manifestaciones del dominio del hecho "social", para distinguirlos del dominio del hecho "final". Esta terminología ya la ha abandonado. Pero aún hoy sigue WELZEL separando nítidamente los «elementos de la autoría objetivo-personales» con respecto al dominio del hecho final como "elemento general de la autoría" [82].

[78] *Gutachten*, p. 133; en términos semjantes, número especial Atenas, p. 28.
[79] Cfr. *supra*, pp. 92 ss. y 282-284.
[80] *AT*, 2.ª ed., § 47, III, B, 3, p. 493; § 49, II, C, 1, b, p. 516; § 50, III, E, p. 534.
[81] *ZStW*, t. 58, pp. 543 ss.
[82] *Lehrb.*, 7.ª ed., p. 90.

En esto hay que darle la razón; sin embargo, WELZEL no llega a extraer la consecuencia que *supra* hemos conceptuado como ineludible y desarrollado: a saber, que se trata de un concepto de autor autónomo, peculiar de este grupo de delitos. Más bien, WELZEL considera a los «elementos de la autoría objetivo-personales» como criterios que, en determinados preceptos, deben añadirse al dominio del hecho, pero que no pueden fundamentar por sí solos la autoría. Por eso señala [83]: «Mientras que el dominio final del hecho es requisito general de la autoría, los elementos personales de la autoría sólo son necesarios allí donde el especial significado ético-social de la acción depende típicamente de ellos. Pero ahí sólo se da autoría cuando concurren todos los requisitos de la autoría. Aquel a quien le falta uno de ellos decae necesariamente como autor...».

En cambio, la tesis aquí defendida da un paso más, separando definitivamente los delitos de dominio y los de infracción de deber, que SCHMIDT, LANGE y GALLAS identificaban y que WELZEL había empezado a desvincular a medias. La teoría de WELZEL tiene que fracasar siempre allí donde al autor de los delitos de infracción de deber, como ocurre en la mayoría de los casos de utilización de un *extraneus* no cualificado, le falte el dominio del hecho. Por lo demás, con las consideraciones anteriores quedó suficientemente claro que (y por qué) en los delitos de infracción de deber el dominio del hecho ya no puede desempeñar papel alguno como "elemento general de la autoría".

5. La aplicación de la idea de deber a los delitos de dominio en HARDWIG

Junto a los intentos de ajustar forzadamente los delitos de infracción de deber al lecho de Procusto del principio del dominio del hecho también se encuentra todavía en la actualidad ocasionalmente la tendencia inversa a emplear el criterio (de validez limitada) de la infracción de deber extrapenal, de manera poco disimulada, como elemento general del concepto de autor. Entre ellos se cuenta el esfuerzo de HARDWIG [84] por delimitar coautoría y complicidad con arreglo a "de quién es cosa (cometido) algo" [85]. Éste es un punto de vista que acierta perfectamente en cuanto al elemento de la autoría de los delitos de infracción de deber. Sin embargo, más allá de ellos carece de validez. Los "ejemplos no jurídicos" con los que HARDWIG pretende ilustrar su idea (ayudar a llevar las maletas, o en labores de jardinería) [86], nada demuestran para la doctrina de la autoría, porque tales "cometidos" y deberes materiales no desempeñan papel alguno en los delitos de dominio.

[83] *Studien*, p. 543; igual materialmente *SJZ*, 1947, apartados 649 y 650, y *Lehrb.*, 7.ª ed., p. 90.
[84] *GA*, 1954, pp. 352 ss.
[85] Cfr. al respecto en otros contextos ya *supra*, pp. 33 ss. y 136-137.
[86] Cfr. también con respecto a los ejemplos ya *supra*, pp. 33 y 136.

VI. ÁMBITO DE LOS DELITOS DE INFRACCIÓN DE DEBER

1. Cuestiones generales

No es objetivo de esta obra examinar el concepto de deber hasta en los preceptos concretos, yendo más allá de lo fundamental, lo cual sería propio de una investigación específica que analizara cada uno de los tipos desde puntos de vista dogmáticos, históricos y criminológicos en cuanto a su pertenencia al grupo de los delitos de dominio o de infracción de deber.

Aquí sólo pueden trazarse contornos y dar indicaciones para la incardinación de algunos preceptos especialmente controvertidos. Así, pertenecen a los delitos de infracción de deber, en principio, los delitos de funcionarios propios e impropios; además, los delitos de profesionales; asimismo, el abuso de confianza o administración desleal (§ 266 StGB) [87] y el desfalco como caso cualificado de apropiación indebida (§ 246 StGB). Tampoco suelen ser problemáticos los incumplimientos de determinadas obligaciones familiares o análogas (§ 170, 170a-d, 171, 172). Asimismo, los incumplimientos de tareas de asistencia y guarda (por ejemplo, §§ 174, 175a, núm. 2, 181, párrafo 1, número 2, párrafo 2, 2.ª alternativa, párrafo 2, 223 b), y el § 142 (alejamiento indebido del lugar del accidente), ya indicado *supra* como ejemplo [88].

Mientras que en estos casos la virtualidad fundamentadora de la autoría del elemento del deber se extrae sin dificultad de la formulación del tipo, a veces hace falta un análisis más profundo para hacer salir a la luz la estructura de la autoría no evidente desde el tenor literal. Como ejemplo de este género sirva el § 288 StGB. Cuando en él se dice que se castiga a «aquel que se alzare con elementos patrimoniales ante un embargo que le sea inminente» en principio está claro que no puede decidirse sobre autoría y participación con arreglo al principio del dominio del hecho, pues quien domina el acto de hacer desaparecer con carácter exclusivo puede no ser autor si el embargo no le amenaza a él y no se trata de su patrimonio. Por otra parte, no es posible dejar impune al deudor fugado que desde el extranjero ruega a su amigo que haga desaparecer sus bienes (del deudor), sólo porque no domine la acción típica. Debe bastar la mera "determinación

[87] También el BGH ha advertido con claridad ahora, en una sentencia reciente (*JR*, 1960, pp. 104-105), que no cabe trabajar con la idea del dominio del hecho en la administración desleal. Así, señala expresamente, en relación con un sujeto al margen de la relación de deber, que «el acusado, a pesar del dominio del hecho y de la voluntad de autor, no [podía] ser sujeto idóneo de la administración desleal» (*loc. cit.*, p. 105). En su comentario (*loc. cit.*, p. 105), SCHRÖDER habla de «prueba en favor de que la tesis de la diferencia ontológica natural entre autoría y participación y del principio de delimitación resultante de la "lógica de las cosas" no puede pasar por dogma». Así pues, ninguno de los dos llega hasta concebir el elemento del deber como criterio autónomo de la autoría.
[88] De considerársele como delito omisivo, el resultado no sería distinto.

al alzamiento" para captar al deudor como autor y al amigo ejecutor como cómplice.

¿Cómo se explica esto? Con la construcción del "instrumento doloso no intencional", que parece ofrecerse a primera vista, no se llega muy lejos, pues la «intención de frustrar la satisfacción de las obligaciones del acreedor» puede tenerla también el amigo ejecutor. Y si se objeta que la ley ha de interpretarse en el sentido de que se habla de la «satisfacción de las obligaciones del acreedor *propio*», esa idea tampoco resulta fundamento suficiente, dado que la figura del "instrumento no intencional", en su integridad, vulnera los principios de la doctrina de la autoría, debiendo ser, por tanto, rechazada [89].

A la solución correcta se llega estimando un deber previo a la norma penal, que sólo se le impone al deudor y que le insta a mantener abierto su patrimonio a las acciones del acreedor. Así pues, el deber es el reverso de la pretensión del acreedor y tiene sentido sobradamente que el legislador considere como figura central del suceso —al margen de la forma externa del comportamiento— a aquel al que tiene que atenerse el acreedor, el que le responde, mientras que los terceros están situados fuera de la obligación y nada tienen que ver directamente con el acreedor. Al mismo tiempo —a semejanza de en el § 142 (fuga del lugar del accidente)— se limita el ámbito de la punibilidad a aquellas personas que alcanzan sus objetivos a través de la figura del deudor, no quedando abarcada ya toda obstaculización del embargo que parta de terceros.

Naturalmente es cuestión de decisión valorativa del legislador el configurar un tipo como delito de dominio o de infracción de deber. El que proceda de un modo u otro dependerá de hasta qué punto considere importante determinada posición de deber en el marco de la lesión del bien jurídico. Si el merecimiento de pena del delito está influido por ésta esencialmente, en su opinión, contemplará al obligado, sin consideración al curso de la acción, en el centro del acontecer y limitará notablemente la punibilidad de los *extranei*. Siendo de otra opinión, preferirá la estructura del dominio y, por tanto, hará hincapié en el dominio del comportamiento externo. Esta segunda vía la ha seguido el Proyecto de 1962 en el § 269, que equipara completamente a deudor y tercero, indicando para fundamentarlo que la regulación del Derecho vigente es «manifiestamente injusta, porque los hechos que se cometen en pro del deudor merecen pena desde el mismo punto de vista jurídico» [90], reflexión a partir de la cual resulta perfectamente consecuente prescindir del elemento del deber.

Este ejemplo enseña que la delimitación entre delitos de infracción de deber y de dominio no es una cuestión lógico-conceptual, sino marcadamente

[89] Al respecto con más pormenores *supra*, pp. 369 ss.
[90] Exposición de Motivos, p. 443.

teleológica, relativa en concreto a la interpretación de los tipos individuales. Precisamente aquí se vuelve a poner de manifiesto el efecto recíproco entre establecimiento de objetivos y elementos estructurales previos, al que nos referíamos al principio. Los conceptos de "dominio" y de "deber", que aisladamente considerados muestran un carácter más o menos normativo, se presentan frente a los respectivos tipos como datos previos de estructura definida, entre los que bien es cierto que el legislador elige según sus intenciones, pero que, una vez realizada la elección, caracterizan la regulación de todas las cuestiones de participación, elevando la delimitación en el caso concreto con respecto a la individualización casuística e integrándola en un contexto de ordenación superior, desvinculado de los tipos.

Por eso, así como la cuestión de la autoría requiere un análisis de cada tipo específico, también es incorrecto contemplar la delimitación entre autoría y participación como un problema meramente técnico y llevar a cabo, sin atender a las estructuras amplias, una interpretación literal limitada a los preceptos concretos. Este reproche es aplicable aún al BGH cuando en su —ya tratada *supra*— [91] sentencia [92] establece que coautor de una apropiación indebida sólo puede serlo aquel que ha tenido co-tenencia de la cosa objeto de apropiación. Para fundamentarlo aduce simplemente el tenor literal de la ley, en absoluto claro, y la aseveración (que precisamente ha de demostrarse) de que la cooperación con un titular de la tenencia no basta para estimar coautoría. No obstante, ni siquiera se plantea la cuestión de la estructura de la participación correspondiente al sentido del tipo. Por el contrario, ya hemos visto antes que se trata de un delito de apropiación que por su propia naturaleza está sometido al principio del dominio. A lo cual podemos ahora, de otro lado —desde el deber—, añadir:

Únicamente tendría sentido limitar en el § 246 la coautoría a los titulares de la tenencia si a aquel que tiene la cosa en su posesión le incumbiera un deber especial que lo hiciera destacar con respecto al círculo de los intervinientes y lo convirtiera sin más en figura central del suceso. Entonces la oración de relativo del § 246 («El que se apropie antijurídicamente una cosa mueble ajena *que tenga en posesión o tenencia*») constituiría un auténtico elemento de la autoría que cualificaría este delito como delito de infracción de deber y justificaría la sentencia del BGH.

Lo que ocurre es que uno se pregunta en vano por qué al tenedor de la posesión le tiene que incumbir un deber especial, dado que los casos de encomendar la cosa, que ciertamente presuponen una vinculación obligacional específica, se integran en el tipo cualificado (desfalco, *Veruntreuung*), quedando para la apropiación indebida simple sólo los demás casos en los que el tenedor no asume frente al dueño ninguna posición distinta que los

[91] Cfr. pp. 380-381.
[92] *BGHSt*, 2, pp. 317-320.

restantes intervinientes. Examinando con detenimiento la cuestión, se revela que la redacción del precepto se ha materializado de una manera que habla decididamente en contra de considerarlo regulador de delito de infracción de deber. Así, el primer Proyecto de Código penal de la Liga Nordalemana, de 1869, que a su vez se remite al § 225 del Código penal prusiano de 1851 y a antiguos Códigos penales regionales, sólo pretendía entender que se daba apropiación indebida cuando el sujeto había obtenido la posesión o tenencia con la obligación de «guardar la cosa, administrarla, devolverla o entregarla» [93]. Así pues, se trataba entonces indubitablemente de un puro delito de infracción de deber. En los posteriores trabajos legislativos se "despoja" a la apropiación indebida "de su carácter de vulneración de deber de lealtad", haciéndola evolucionar a "puro delito de apropiación" [94]. A tal efecto se suprimieron los deberes de custodia, administración y demás, manteniendo el requisito de mera tenencia. Por qué no se pasó de esta redacción (si por error o adrede) es, como se sabe, muy controvertido. Pero lo cierto y fuera de discusión es que ya no debe considerarse a la apropiación indebida como delito de infracción de deber.

Siendo esto así, entonces la postura del BGH, que entiende al § 246 de hecho como delito de infracción de deber, lo que hace es invertir justamente la voluntad del legislador. Así pues, la apropiación indebida constituye un delito de dominio. Por eso, aun rechazando la interpretación "correctora" del § 246 y requiriendo posesión en el autor único [95], la coautoría no presupone que cada sustentador del dominio del hecho tenga la posesión de la cosa [96].

Los casos concretos tratados antes se han escogido como ejemplos simplemente para poner de manifiesto cómo hay que proceder en la delimitación entre delitos de infracción de deber y de dominio y, sobre todo, que mediante una interpretación literal superficial, que desconozca la dimensión de la teoría general de la participación y en esa medida sin sentido, no debe poder llegarse a resultados que varíen arbitrariamente para los respectivos tipos, que deshagan la estructura ordenadora de la doctrina de la autoría, cuestionando así el sentido de la diferenciación.

2. Las injurias

Un caso concreto muy controvertido viene representado también por el tipo de injurias, junto con algunos delitos afines. Las dificultades que

[93] En cuanto a los aspectos históricos, cabe remitirse a las cuidadas exposiciones de BOCKELMANN, *Untersuchungen*, pp. 220-224 (221), y POST, *Der Anwendungsberich des Unterschlagungstatbestandes*, pp. 424-32.

[94] BOCKELMANN, p. 222.

[95] Cfr. al respecto con más detalle *supra*, pp. 380-381.

[96] En sentido distinto, con fundamentación menos convincente, POST, p. 7, quien incluye más bibliografía; también en otro sentido BOCKELMANN, *Untersuchungen*, pp. 227 y 228; cfr. al respecto ya *supra*, pp. 381.

este precepto opone a la delimitación entre autoría y participación ciertamente no han sido objeto de atención hasta hoy en comentarios ni en manuales; los trabajos monográficos, en cambio, sí han aludido a ellas repetidamente, desarrollando soluciones notablemente divergentes en cuanto a su fundamentación.

La última y más amplia aportación al tema se debe a ROSENFELD [97], que idea el siguiente ejemplo: A escribe a Z una carta insultante. B, yendo de paseo, entra a visitar a A y lee la carta. Al despedirse B, A le pide que le eche la carta al buzón. Así lo hace B, y la carta le llega a Z, que la lee.

La cuestión consiste en si en este caso B es autor y A inductor o A y B son coautores o A es autor y B cómplice. Dado que las injurias son delitos de comunicación, la acción típica, que hace avanzar al delito más allá de la fase preparatoria, consiste en la exteriorización, esto es, en el acto mediante el que el menosprecio se hace llegar a conocimiento del destinatario. Y éste consiste aquí en echar la carta al correo. Por eso, desde el punto de vista de la teoría del dominio del hecho, así como desde el de la teoría objetivo-formal, que sustenta ROSENFELD, B, que ha echado la carta, es autor y A inductor.

Este resultado lo considera ROSENFELD incorrecto, entendiendo que el que escribe la carta, A, es autor y su amigo B sólo cómplice. La injuria, opina, es una conducta «que no se efectúa mediante un suceso externo y un transcurso externo, sino que tiene que estar impregnada internamente de procesos psíquicos concomitantes» [98]. Para las injurias en cierta medida hace falta «internamente la ejecución de propia mano»; «surgen de una determinación específica impulsora», están «teñidas subjetivamente» y presuponen una «disposición afectiva» como «fuerza motivadora de la exteriorización». Por eso únicamente es autor aquel en que se dan estos requisitos. ROSENFELD intenta entonces, de la mano de este caso, recurriendo a otros tipos pertenecientes a otros contextos y que en parte ya se han tratado *supra* [99], desarrollar una categoría propia de "delitos con acción ejecutiva teñida subjetivamente", que en su opinión quedan al margen de la doctrina objetiva de la autoría.

Ya antes de ROSENFELD habían intentado otros autores superar el problema de otra manera. WUTTIG [100] violenta aquí al famoso "instrumento doloso", con arreglo al cual el sujeto de detrás, A, es autor mediato de ajena mano y el agente B su cómplice doloso. FLEGENHEIMER [101] considera asimismo

[97] En su artículo «Mittäterschaft und Beihilfe bei subjektiv gefärbter Ausführungshandlung», *Frank-Festgabe*, t. II, pp. 161-187.

[98] Esta cita y las siguientes, *op. cit.*, p. 170.

[99] Cfr. *supra*, pp. 378 y 382, aludiendo a ROSENFELD.

[100] *Fahrlässsige Teilnahme am Verbrechen*, 1902, p. 52.

[101] *Das Problem des dolosen Werkzeugs*, 1913, pp. 62 ss.

autor a A, pero niega que se dé una desviación con respecto a la teoría objetiva. Más bien, desde el momento en que A hace que B conozca la carta, es autor de injurias consumadas. B, a pesar de la transmisión de propia mano, es sólo cómplice, porque echar la carta al correo simplemente perpetúa y refuerza las injurias de A. Otra vía distinta sigue KERN [102]: a su juicio, en todos los delitos de comunicación, a los que, por ejemplo, pertenecen también la estafa y la extorsión, en contraposición a la delimitación objetiva, que también él sustenta, autor es siempre sólo «aquel que es sustentador espiritual de la manifestación, esto es, aquel de cuya exteriorización de ideas se trata» [103].

Es curioso que todos los autores lleguen por distintas vías al mismo resultado: A es autor y B cómplice. Y nosotros pretendemos (anticipando la solución propia) mantener que tienen razón. Pero ¿cómo es posible fundamentarlo y cómo se compagina eso con la teoría de la autoría aquí desarrollada? Me parece que ninguna de las cuatro explicaciones vistas resulta acertada.

La solución de ROSENFELD es psicologista en exceso. No sabemos en qué "disposición" y sobre la base de qué "afectos" ha escrito A la carta. Pero es que además da igual: aun cuando sea un simple grosero y obrara sin *animus iniuriandi*, sin embargo es autor de las injurias, en tanto que es consciente de vulnerar mediante su exteriorización la pretensión de respeto social de otro. Y B, que se ha limitado a echar la carta al buzón, es cómplice, aun cuando odie al destinatario y celebre francamente la ofensa.

La misma objeción cabe esgrimir contra la postura de WUTTIG. No hace falta que se dé en el autor de injurias ninguna intención determinada, "dolo" específico ni ningún otro elemento subjetivo trascendente al dolo. A lo que se suman los reparos fundamentales contra la figura del instrumento doloso, que no es necesario reproducir aquí.

Distinta es la cuestión con FLEGENHEIMER. Su postura cabe armonizarla con el principio del dominio del hecho, pero es incorrecto su punto de partida. Bien es cierto que para la consumación de las injurias basta con que las conozca un tercero, que no tiene por qué ser el destinatario. Pero este tercero no puede ser un cómplice, como aquí sí lo es B [104].

Por último, contra KERN cabe señalar que tiene razón con respecto a las injurias, pero que este resultado difícilmente cabe deducirlo del concepto de los delitos de comunicación, pues no se entiende por qué, por ejemplo, en una estafa en la que toman parte varios timadores en una sutilísima distribución de papeles, sólo va a poder ser autor aquel que se presente como "el sustentador espiritual" de la manifestación engañosa.

[102] *Die Äußerungsdelikte*, 1919, pp. 49 y 50.
[103] *Op. cit.*, p. 49.
[104] Cfr. al respecto KERN, *op. cit.*, p. 50.

A mi juicio, las injurias se distinguen de los delitos de dominio en que están, permítaseme la expresión, "vinculadas al sujeto". No se da aquí una lesión de bien jurídico desligada del autor, independizada, como, por ejemplo, sucede en el homicidio o el incendio. No hay un "desprecio en sí" sin sujeto. Sólo una persona determinada puede manifestar su menosprecio a otra persona determinada. Lo cual se deriva de la esencia (en esta medida) previa, dada, de las injurias. La doctrina dominante da debida cuenta de esto al definir las injurias como «vulneración de la pretensión de respeto social». En la figura de la "pretensión" está dada por supuesta la relación entre dos personas. A la pretensión del legitimado le corresponde necesariamente el deber de la otra parte de respetarla. Lo que significa, con respecto a las injurias, que toda persona tiene frente a cualquier otra una pretensión de respeto personalísima, que sólo puede vulnerar el propio obligado en cada caso. Las injurias son, pues, por su naturaleza, un delito de infracción de deber.

Por ende, aun cuando la manifestación esté únicamente en manos de otro, autor es siempre sólo aquel que vulnera la pretensión de respeto que se le dirige. La prueba de que en el ejemplo de partida A es autor, pese a faltarle el dominio del hecho, y B cómplice, a pesar de tenerlo, queda efectuada poniendo de manifiesto que el modo de actuar de ambos simplemente ha vulnerado la pretensión de respeto de Z que se dirige a A.

Una simple consideración muestra que en efecto es así: la pretensión de respeto no es algo ficticio, una entelequia, sino un realidad social; pero no es perceptible sensorialmente ni tiene figura corpórea. Por eso, no es vulnerable mediante una agresión exterior del modo en que lo es, por ejemplo, una cosa ajena por medio de un hachazo; más bien, dado que su existencia se limita a la esfera de los significados sociales, sólo puede resultar menoscabada mediante acciones que tengan el sentido de negar esta pretensión. Así pues, no es la acción como proceso físico lo que conforma el resultado (las injurias), sino el significado inherente a ella, susceptible no de percepción sensorial, sino sólo de comprensión intelectiva.

De donde se deduce forzosamente que un sujeto sólo puede vulnerar una pretensión de respeto que se le dirija mediante acciones que encarnen el sentido de que él, el que actúa, menosprecia al destinatario. Este significado sólo le corresponde, en el ejemplo de partida, a la conducta de A, y estriba en que escribe ciertas ofensas y hace que se exterioricen. El hecho de que B domine el acto de exteriorización es irrelevante. Echar al buzón una carta en que A injuria a X (sea lo que sea lo que B haya sentido subjetivamente y haya pensado) no tiene objetivamente el significado de que B exprese su menosprecio por X. Más bien, B se limita a colaborar en que A manifieste su menosprecio a X.

Está fuera de duda que esta interpretación de las injurias como delito de infracción de deber concuerda asimismo con la concepción natural, que

sólo considera autor de este delito a aquel cuya expresión de menosprecio se pone de manifiesto. El destinatario de la carta, X, aun cuando sepa que B ha echado la carta al buzón, siempre va a decir: «A me ha injuriado».

Cuando WELZEL define las injurias como «manifestación del menosprecio (propio o ajeno)» [105] ello es perfectamente consecuente desde la perspectiva de la teoría del dominio del hecho. Entonces, B sería autor. Pero así contradice el sentido de la ley y de la realidad. Aun cuando un sujeto transmita oralmente las injurias de otro, este otro es autor [106]; el que transmite sólo lo será cuando, por la forma de exponerlas, a la vez exprese su propio menosprecio; pero entonces se dan dos injurias distintas.

A primera vista parece como si la teoría subjetiva pudiera dar debida cuenta de la problemática. El que escribe la carta, A, quiere el hecho como propio, mientras que B obra con *animus socii*; eso cabría decir, dando el caso por resuelto. Pero las apariencias engañan: aun cuando A "deje a criterio" de B el que se envíe o no la carta, sólo A es el autor en tanto que se llegue a la comunicación. Así pues, también aquel que se subordina a la decisión del otro puede ser autor, con lo que se vuelve a mostrar con claridad que el sentido objetivo de un proceso no se abre a criterios psicológicos.

Que la estructura de la autoría del tipo de injurias hasta ahora no se haya advertido se basa en dos circunstancias: en primer lugar, en que la teoría del *animus*, con la vacuidad de sus criterios, no suele oponerse a la solución aparente que corresponde al sentimiento jurídico. A quien haya que considerar autor es algo a lo que se imputa posteriormente el *animus auctoris*. Y otro segundo motivo reside en que se ha dedicado al elemento del deber (en su caso), únicamente bajo rúbrica de los "delitos especiales", un espacio meramente limitado. Así queda cerrada desde el principio la vía para resolver las cuestiones de autoría en aquellos delitos de infracción de deber que, como las injurias, no pueden considerarse ciertamente como delitos especiales. El que al concepto más bien poco claro de "delitos especiales" le corresponda o no alguna función autónoma junto al de "delitos de infracción de deber" y en qué consistiría, necesita aún de investigación.

Las injurias, en todo caso, se muestran por lo demás en su estructura como puro delito de infracción de deber. La autoría mediata (por ejemplo, a través del cartero, como instrumento que ignora los hechos) es posible sin más. Autor es aquel que ocasiona el resultado en tanto que su aportación al hecho se presenta, para una consideración que entienda el sentido, como objetivación del menosprecio propio.

[105] *Lehrb.*, 7.ª ed., p. 267.

[106] En términos muy semejantes ya KERN, *Äußerungsdelikte*, p. 49.

Ni que decirse tiene que los tipos que contienen el elemento del "ofender" —en la actualidad, los §§ 96, 130, 166 y 189 StGB— han de enjuiciarse con los mismos criterios [107]. Distinto es el caso en la difamación *(üble Nachrede)* y en la calumnia *(Verleumdung)*. Aun no siendo posible analizar pormenorizadamente la controvertida "esencia" de estos tipos, ha de indicarse brevemente cómo ha de concebírseles desde la perspectiva de la autoría.

El contenido delictivo de ambos preceptos no se agota en la circunstancia de que un sujeto manifieste su aversión personal contra otro de manera socialmente inadmisible. Más bien pretenden evitar que la víctima quede desacreditada públicamente mediante la divulgación de hechos inciertos lesivos para su honor. Los tipos están, pues —dado que los hechos "hablan por sí solos"—, desvinculados de sujetos. En la descripción del delito ello se revela en que el mero "divulgar" (esto es, la reproducción de imputaciones ajenas) se equipara expresamente al "imputar". Por eso, para la autoría no hay que atender a quién es el "artífice espiritual" de la manifestación, sino a quién tiene en sus manos la divulgación. Por eso autor es todo aquel que toma parte con dominio del hecho en difundir la imputación de hechos deshonrosos inciertos.

Por otra parte, en la difamación y en la calumnia también está presente un elemento ofensivo, en tanto que el difamador y el calumniador no sólo desatan el peligro de menoscabar la fama, sino que, allí donde se trate de su propia imputación, al mismo tiempo manifiestan su menosprecio personal al afirmar tales hechos deshonrosos inciertos. Así pues, los §§ 186 y 187 son puros delitos de dominio por lo que se refiere al divulgar, pero al mismo tiempo delitos de infracción de deber, en cuanto al "imputar" —proclamar como verdadero según convicción propia—, como casos especiales de injurias por medio de imputación pública de hechos.

Por ende, si en la carta de A, mencionada al principio, se hubiese tratado de una calumnia que se enviaba a un periódico, B sería autor debido a su dominio del hecho relativo a la divulgación; pero al mismo tiempo también A sería autor del § 187 (calumnia), porque mediante su imputación habría vulnerado la pretensión de respeto de Z que se dirigía a él. Estamos aquí, pues, en presencia de una combinación de delito de infracción de deber y de dominio tan peculiar como razonable de acuerdo con el fin de protección del precepto.

3. Delitos de propia mano inauténticos

Por último, forman parte de los delitos de infracción de deber un grupo de tipos que suelen denominarse en general delitos de propia mano. Se

[107] Cfr. al respecto ya ROSENFELD, *op. cit.*, p. 171.

trata de delitos en los que el deber fundamentador de la autoría es de tal índole que sólo puede resultar vulnerado efectuándose la acción típica de manera directamente personal.

Debido a esta particularidad no es incorrecto hablar aquí de delitos de propia mano, pues la comisión en autoría mediata, efectivamente, es imposible. Pero lo decisivo para la autoría es aquí también la vulneración de un deber especial extrapenal y no un comportamiento determinado. Por eso llamar a estos delitos "de propia mano" es reparar en lo superficial, y dado que la idea de deber conduce a la delimitación de las formas de participación, no acierta con el elemento auténticamente fundamentador de la autoría. Incluso es cuestionable en la medida en que fácilmente oculta la verdadera estructura de estos tipos. Pero sobre todo para la doctrina de la autoría no surge en esta relación problema especial alguno. En tanto que la idea de deber explica la peculiaridad de estos preceptos, resulta superfluo introducir otra categoría más de autor. Para prevenir la confusión entre estos tipos y los auténticos delitos de propia mano, que se tratarán más adelante, en los que la naturaleza de propia mano no se deriva del principio del deber, sino de otras consideraciones, voy a denominar a esta subespecie de delitos de infracción de deber "delitos de propia mano inauténticos".

Un ejemplo especialmente ilustrativo viene representado por la deserción. Este tipo sigue siendo citado, casi siempre, como caso paradigmático de delito de propia mano desde que BINDING [108] señalase que el desertor debía escapar "por su propio pie". En realidad se trata de un puro delito de infracción de deber cuyo significado para la doctrina de la autoría es perfectamente comprensible sin recurrir a su "naturaleza de propia mano". Ello se manifiesta con claridad en Eb. SCHMIDT, que rechaza por principio los delitos de propia mano, pero precisamente por eso puede advertir que autor sólo es aquel que «al alejarse de su puesto, quebranta una *vinculación de deber que le liga a éste* [109], pero no aquel que sin estar sujeto a tal vinculación jurídica o sin deshacerla, determina a otro a desertar» [110]. Pormenorizando, añade [111]: «Así pues, lo decisivo no es que haya escapado "por su propio pie" (BINDING). Fue un fenómeno residual del naturalismo positivista que se recurriera a la categoría de los delitos "de propia mano" en lugar de atender, con métodos normativos, a la relación jurídica determinante...»

Prescindiendo de lo generalizador de este juicio, lo cierto es que es atinado con respecto a la deserción. No es el suceso externo del alejarse, sino la vulneración de deber, lo que fundamenta la autoría. Y esclareciendo el fundamento de punición común de todas las formas de participación en este

[108] «Die drei Grundformen», en *Abhandlungen*, p. 266.
[109] Cursiva de SCHMIDT.
[110] *Militärstrafrecht*, 1936, p. 41.
[111] *Op. cit.*, p. 41, nota 3.

delito (al igual que en los de infracción de deber), dicho fundamento no es en primer lugar la acción, sino el resultado, el menoscabo de la capacidad estatal de defensa, lo que el legislador pretende prevenir. No obstante, las palabras de SCHMIDT no han encontrado eco.

Tambien constituyen delitos de infracción de deber, en contra de lo que suele estimar la doctrina, los §§ 153, 154 y 156 StGB (falso testimonio, perjurio). La propia existencia del § 160 StGB (instigación al falso testimonio) demuestra aquí que no se da un delito de dominio, pues como el sujeto de detrás que se sirve de un instrumento de buena fe posee indudablemente el dominio del hecho, debería darse en este caso autoría mediata, siendo superfluo un precepto específico. Ahora bien, dado que los delitos de infracción de deber nadie los concibe como grupo autónomo, experimentando a lo sumo bajo la rúbrica de los delitos especiales una valoración insuficiente, la doctrina prácticamente dominante ha adoptado el expediente de estimar un delito de propia mano.

Pero esta explicación satisface en escasa medida. En el perjurio cabría fundamentar, debido al elemento sacro ínsito en la autoimprecación, que se entendiese que el elemento específico de la autoría consiste en pronunciar las palabras falsas. Pero ello es cuestionable incluso aquí, pues por una parte puede omitirse la fórmula de juramento religioso (cfr. §§ 66c, párrafo 2, StPO, y 481, párrafo 2, ZPO), y por otra parte no forma parte de las funciones del Derecho intervenir con sanciones penales en las relaciones del individuo con Dios. En los casos de los §§ 153 y 156 StGB, sin embargo, fracasa esta postura por completo, puesto que no se entiende cómo es que en estos delitos, que únicamente tienen por finalidad proteger la Administración de Justicia, le va a corresponder virtualidad fundamentadora de autoría al suceso externo del hablar.

Por el contrario, es mucho más lógico estimar que estamos ante delitos de infracción de deber: sea quien sea el que cometa un falso testimonio punible por los §§ 153, 154 o 156 StGB, tiene indudablemente un deber procesal de veracidad que no le incumbe al *extraneus*; quien de otro modo coopere en inducir a error al tribunal, por ejemplo, proporcionando al perjuro los documentos falsificados, no puede quebrantar el deber personal de prestar testimonio veraz y, por tanto, tampoco puede pasar de partícipe [112].

Así se explica también que el acusado en el proceso penal nunca pueda ser coautor cuando urda una coartada falsa junto con un testigo. Esta posibilidad decae aunque se dé un caso típico de dominio del hecho conjunto y aunque el inculpado inflija a la Administración de Justicia al menos tanto perjuicio como el testigo. Esta estimación no se deduce, por ejemplo, de

[112] A partir del carácter de infracción de deber (que él subraya) de los delitos de expresión, recientemente SCHMIDHÄUSER, *Göttinger Festschrift für das OLG Celle*, pp. 207-237, ha desarrollado una solución acertadísima para la polémica en torno al concepto de la "falsedad" en estos tipos.

la circunstancia de que el acusado resulte castigado más levemente debido al autoencubrimiento que en él se da, ya que si indujese a un testigo a perpetrar falso testimonio, sufriría la misma pena que éste. Ni siquiera resulta directamente del § 160 StGB, que presupone una persona interpuesta de buena fe. La razón reside más bien únicamente en que al acusado, a diferencia de al testigo, no le incumbe ningún deber procesal de veracidad sancionado por una norma penal.

El carácter de delitos de infracción de deber de estos tipos, por lo demás, lo ha destacado con toda razón el RG en algunas sentencias en las que se ha reparado escasamente [113]. Por ejemplo, señala [114]: «Todo lo que uno declara falsamente bajo juramento siempre quebranta únicamente su propio deber de decir la verdad. Uno no puede quebrantar el deber de veracidad que incumba a otro. Ciertamente puede prestarse auxilio a otro para tal infracción de deber, o puede inducírsele a ello, pero el testimonio falso sigue siendo siempre únicamente el hecho de aquel que declara.»

De todos modos, esta interpretación conduce, en la concepción de la accesoriedad aquí defendida, al resultado de que el ocasionar el hecho no doloso regulado en el § 160 StGB podría captarse como inducción. Pero este precepto no cabe aplicarlo, como muchas veces ocurre, para rebatir nuestra concepción. En efecto, en primer lugar hay que reparar en que nuestro Código, cuando fue promulgado, partía del principio de la accesoriedad extrema; en segundo lugar, esta norma, al excluir la autoría mediata, evidencia la idea de que no se trata de un delito de dominio; y en tercer lugar, el legislador puede haber tenido fundados motivos para reconocer tal trascendencia para la determinación de la pena al elemento de deber de la autoría que en este caso concreto considere adecuada para la inducción una pena más leve [115].

También en otra serie de tipos, que la doctrina en ocasiones denomina delitos de propia mano, como, por ejemplo, los §§ 142 (huida del lugar del accidente), 170b (incumplimiento del deber de alimentos), 170d (puesta en peligro de niños por falta de cuidados), 166 (ofensa al sentimiento religioso) [116], 298 (quebrantamiento del contrato de enrolamiento), 330 (omisión de socorro), 360, núm. 8, StGB (declaración de datos personales falsos a la autoridad) [117], y otros más, en realidad son delitos de infracción de deber, pudiendo quedar descartados del examen subsiguiente.

[113] Cfr. *RGSt*, 37, pp. 93-94 (93 ss.); 61, pp. 199-202 (201).

[114] *RGSt*, 37, pp. 93 ss.

[115] Cfr., con respecto a la problemática de tales regulaciones legales especiales, ya *supra*, pp. 409 ss.

[116] En el caso del § 266, que por ejemplo BAUMANN, *Lehrb.*, 2.ª ed., p. 439, califica de "delito de propia mano", se le está confundiendo de modo patente con un delito de infracción de deber. Ni siquiera cabe estimar aquí un delito de propia mano inauténtico, pues la autoría mediata resulta perfectamente posible, como ponen de manifiesto las consideraciones anteriores (*supra*, pp. 391 ss.).

[117] Cfr., por ejemplo, los recopilados por BOLLINGER, tesis doctoral, Hamburgo, 1958, pp. 44 ss., 68, 89 ss., 93 ss., 85 ss.

VII. INDICACIONES SISTEMÁTICAS

1. Delitos de infracción de deber y unidad sistemática

Contra la tajante separación, acabada de desarrollar, entre el concepto de autor en los delitos de dominio y en los de infracción de deber, cabe esperar la objeción de que así se introduce un concepto "doble" de autor, que destruye la unidad constructiva sistemática pertinente. Sería contradictorio que un elemento que fundamenta la autoría en un tipo en otro se considerara suficiente tan sólo para estimar participación.

Sin embargo, tal argumento carecería de solidez, pues:

En primer lugar la concepción del autor como figura central del suceso de la acción, a la que se someten por igual los elementos del dominio y del deber, preserva la unidad sistemática. Bien es cierto que el concepto de la figura central ya posee cierto nivel de abstracción; sin embargo, esa propiedad la comparte con todos los conceptos sistemáticos básicos. La exigencia planteable a un criterio así, de ser útil a un tiempo como elemento fundamentador y delimitador, esto es, de resaltar las propiedades comunes correspondientes a todos los autores (elemento fundamentador) y descartar de entrada puntos de partida no armonizables con ellas (elemento delimitador) [117a] la cumple este concepto plenamente [117b].

En segundo lugar al separar dominio y deber no se inserta en la ley una distinción doctrinaria, derivada de un supraconcepto cualquiera, sino que, por el contrario, se tiene en cuenta una diferencia estructural situada en los tipos concretos, se la elabora depurando las consecuencias divergentes y se la resuelve sistemáticamente mediante subsunción bajo un supraconcepto común. Esto corresponde a la idea general de que el sistema no se le puede imponer desde fuera a la materia de regulación, sino que simplemente tiene la función de ordenar razonablemente los fenómenos concretos dados y hacer destacar las grandes relaciones estructurales subyacentes.

En tercer lugar no es que mediante la posición especial atribuida a los delitos de infracción de deber se adopte una regulación más complicada que el proceder hasta ahora seguido y que haga saltar en pedazos la solución unitaria. Por el contrario, ocurre que en todas las teorías hasta ahora mantenidas —desde el concepto extensivo de autor hasta la teoría del dominio del hecho— los delitos de infracción de deber han representado un cuerpo extraño necesitado de integración dogmática [118], que los requisitos exigidos

[117a] Cfr. al respecto *supra*, pp. 42-50.

[117b] Sobre los elementos básicos límites *vid.*, con carácter general, enlazando con MAIHOFER, *Handlungsbegriff*, p. 6, mi *Offene Tatbestände*, pp. 167 ss.

[118] Cfr. al respecto, por ejemplo, lo irresoluble de la problemática del instrumento no cualificado (pp. 278 ss.) y de la coautoría (pp. 391 ss.).

por el sentimiento jurídico y por los contextos de sentido dados no eran fundamentables constructivamente, y además, que, dado que faltaba una concepción articulada adecuadamente, la delimitación tenía que variar caprichosamente en función de los distintos tipos y dar lugar a consecuencias dispares, que deshacían los puntos de vista rectores [119]. Por el contrario, la concepción aquí desarrollada garantiza una solución fluida y satisfactoria para las diferencias situadas en los tipos concretos, ofreciendo al mismo tiempo una ordenación de la doctrina de la autoría sinóptica y articulada coordinadamente.

Precisamente la limpia distinción entre delitos de dominio y de infracción de deber se revela, pues, como una base para la teoría de la participación sistemáticamente sólida y fructífera en cuanto a los resultados concretos.

2. El autor de los delitos de infracción de deber como sujeto del tipo total de injusto

La posición especial de deber, que surte en este grupo de delitos efecto fundamentador de la autoría, forma parte sistemáticamente, al igual que el elemento del dominio antes tratado, del ámbito del injusto típico.

Lo cual requiere especial mención, ya que recientemente Armin KAUFMANN [120] y, en anteriores ediciones de su *Tratado* también WELZEL [121], han desarrollado la tesis de que las cualificaciones de autor constituyen lo que llaman "puros elementos del deber jurídico" que, junto con las circunstancias objetivas que los fundamentan, han de remitirse a un ámbito de la antijuricidad que debe separarse tajantemente del tipo.

Ya antes [122], polemizando con estas teorías, y a partir de problemas del tipo y de error, he intentado poner de manifiesto la pertenencia de estos elementos a un tipo total de injusto, comprensivo del tipo y de la exclusión de la antijuricidad. No resulta necesario repetir en este lugar los argumentos que allí se aducían [123], bastando dos notas complementarias, relativas a la doctrina de la autoría.

Si el tipo, como antes se expuso, tiene por misión describir plásticamente al autor del delito como persona actuante, de manera que los demás cooperadores sólo resultan abarcados en virtud de los preceptos sobre participación, que extienden la pena, entonces evidentemente también los elementos de la autoría, con sus requisitos objetivos —de los que en lugar destacado forma parte la infracción de un deber extrapenal— son componentes del tipo. Desde luego sería curioso que el legislador, por ejemplo, en los §§ 331y 332 StGB (cohecho pasivo simple y grave, respectivamente), hubiera incluido en la descripción típica, por ejemplo, la aceptación de un regalo, por parte de un no cualificado, para realizar un mandato, de manera que este tipo "abierto", sin injusto, sólo posteriormente, en el ámbito de la antijuricidad, tuviera que limitarse a los supuestos penalmente relevantes.

Pero sobre todo no cabe efectuar en la práctica tal escisión entre acción típica y autor, como sí es necesario hacerlo al integrarlas en categorías distintas de la estructura del delito. En ese caso quedaría en el tipo como sujeto del delito un causante obrando finalmente que, al no importar el dominio del hecho, no se distinguiría del partícipe de los delitos de infracción de deber. Aun cuando se quisiera asumir esto resignadamente, en cualquier caso ya no es tolerable que necesariamente haya que mutilar la acción típica hasta dejarla irreconocible. El § 300 StGB no pretende aludir a la divulgación de cualquier secreto por parte de cualquier persona —el cotilla X cuenta que ha oído que el vecino Y engaña a su mujer—, sino la indiscreción relativa a un secreto que a uno le han confiado en el ejercicio de su profesión. Eliminando estos elementos se destruye el sentido social de la acción de los tipos. En cambio, dejándolos en el tipo, la acción no es concebible sin cualificación de autor y sin infracción del deber. No se puede divulgar un secreto confiado a un médico sin ser médico y sin quebrantar el deber de sigilo médico. Lo cual rige para todos los demás delitos de infracción de deber. Se evidencia aquí lo que también hubo que exponer para el elemento del dominio: que no se trata de criterios separables y rígidos que se le "cuelguen" al sujeto actuante con posterioridad y hasta cierto punto suplementariamente, sino que los elementos fundamentadores de la autoría están entretejidos en la concreta ejecución de la acción, no siendo separables de ella. La escisión sistemática entre hecho *(Tat)* y autor *(Täter)* supone una secuela de la antigua doctrina del tipo causalmente orientada, que pretendía efectuar una estricta separación entre lo externo y lo interno, lo objetivo y lo subjetivo. Una finalidad "depurada" del tinte de injusto típico de cada delito no supera el defecto básico de la consideración causal en los delitos de infracción de deber. Así pues, la cualificación de autor pertenece al tipo.

A diferencia de en el ámbito del principio del dominio, en los delitos de infracción de deber es más laxa la relación entre los requisitos objetivos del deber especial y su conocimiento por el autor. Mientras que allí sólo la actualización mental de todas las circunstancias relevantes para el curso del hecho abre la posibilidad de dominar la situación, aquí la posición de deber es independiente de si el agente se la ha representado en concreto. No obstante, hay que incluir en el tipo y también entre los requisitos de la autoría al menos la consciencia de las circunstancias fundamentadoras

[119] Cfr., por ejemplo, *supra*, pp. 392-393 y p. 417, nota 87.

[120] En su obra *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*, 1954, pp. 134 ss., 141 ss., 149 ss., 153, 157 ss., 170, 248, 251 y 286.

[121] Cfr., con respecto a la teoría de WELZEL, en concreto mi obra *Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale*, 1959, con más bibiliografía.

[122] En la obra citada en nota 121.

[123] Cfr. *op. cit.*, pp. 66-74 y 156-57 y *passim*.

del deber. Así, por ejemplo, quien no se ha dado cuenta del accidente del que se deriva su deber de aguardar no viene en consideración como autor del § 142 StGB, por faltarle ya el dolo. Esto, a su vez, es algo diferente a lo que ocurre en los delitos de dominio: allí el conocimiento de las circunstancias que posibilitan la dirección del curso del hecho se añade al dolo como elemento autónomo. Aquí, en cambio, autor y hecho no son separables porque las circunstancias fundamentadoras de la autoría constituyen al mismo tiempo elementos del dolo.

De esta cuestión ha de distinguirse la de si (y hasta qué punto) el autor, a partir de la comprensión de la situación global, tiene que haber deducido su posición especial de deber. Éste es un problema de la doctrina del error, no de la de la autoría. Baste, por tanto, una indicación: en esencia, al dolo pertenece el conocimiento de todos los elementos descriptivos y normativos que determinan el injusto, pero no la consciencia de la propia antijuricidad. El deber especial relevante para el tipo es un requisito del injusto típico del que —junto con otras circunstancias— se deduce la antijuricidad, pero no es idéntico a la antijuricidad. Por ende, la consciencia de haber infringido el deber tendría que pertenecer al dolo. Pero este resultado tan claro en el plano lógico queda confundido porque el conocimiento de la infracción del deber —concretamente, allí donde se trate de deberes jurídicos— en la aplicación práctica apenas cabe distinguirlo de la consciencia de la antijuricidad. De ahí resulta el peligro de insertar la consciencia de la antijuricidad en el dolo, posibilidad que puede suscitar dudas acerca de la viabilidad de la teoría de la culpabilidad en los delitos de infracción de deber. Podría ser que la estructura especial de los delitos de infracción de deber surtiera efectos no sólo en la doctrina de la autoría, sino también en otras cuestiones dogmáticas. Ello requeriría una investigación específica en profundidad, para la que no es éste el lugar. Ya he tomado postura en otro sitio [124], desde la perspectiva de la teoría de la culpabilidad, con respecto a las difíciles cuestiones de la ligazón de dolo y consciencia del injusto e intentado solucionarlas separando los elementos determinantes del injusto y los de valoración global del hecho. A esa obra me remito.

§ 35. LOS DELITOS DE PROPIA MANO

I. ESTADO DE LA CUESTIÓN

Un grupo no captable mediante la idea de dominio del hecho ni mediante la de deber [1], y que ha de enjuiciarse con arreglo a criterios autónomos,

[124] *Offene Tatbestände, passim.*

[1] Siempre que no se trate de los delitos de propia mano inauténticos mencionados *supra*, pp. 425 ss.

lo forman los llamados delitos de propia mano. Constituyen, de todos modos, un fenómeno muy poco esclarecido aún hoy: la fundamentación teórica y el ámbito de aplicación de esta categoría de delitos han sido desde siempre sumamente controvertidos. Sobre ello se volverá *infra*. El examen específico de estos delitos es pertinente en el marco de esta obra ya porque —con todas las diferencias en concreto— la existencia de delitos de propia mano ya no la niega casi nadie [2] y porque, sobre todo, también la reconocen todos los partidarios de la teoría del dominio del hecho.

Al respecto, es fácil darse cuenta de que el criterio del dominio del hecho fracasa ante los delitos de propia mano. Tomemos un ejemplo relativamente indiscutido de delito de propia mano: los actos lúbricos con animales (§ 175b StGB), y partamos de que en los delitos de propia mano, según su definición, sólo fundamenta la autoría llevar a cabo personalmente la acción típica. Pues bien, si imaginamos el caso en que un sujeto, debido a su perversión, determina a otro, dándose los requisitos del § 52 StGB (mediante violencia o intimidación) o haciéndole creer que se trata de un experimento científico necesario, para que copule con un animal, resulta claro, conforme a nuestas anteriores consideraciones, que el sujeto de detrás tiene el dominio del hecho. Pero igualmente cierto resulta, a pesar de ello, que no es autor del § 175b. Asimismo, cabe construir fácilmente casos de ejecución conjunta —por ejemplo, uno sujeta al animal para que otro realice el acto lúbrico— en los que resulta innegable la presencia de dominio del hecho funcional, pero en los que el cooperador, sin embargo, no es autor.

A la vista de lo cual es curioso que los defensores de la teoría del dominio del hecho no perciban ningún problema en los delitos de propia mano y que no planteen la cuestión de su compatibilidad con el principio del dominio del hecho ni su relación con éste. En concreto, resulta lo siguiente:

WELZEL [3] habla de delitos en los que «no es la producción de un resultado guiada finalísticamente, sino el llevar a cabo físicamente, como tal, un acto reprobable, lo que constituye el injusto determinante»; como ejemplos aduce los del perjurio, así como adulterio, incesto, actos lúbricos entre hombres (§ 175) y deserción (§ 16 WehrStG). MAURACH [4] entiende que los delitos de propia mano son, «por lo general, no delitos de resultado, sino de mera actividad, en los que el desvalor de acción [está] en primer plano»; el resultado es más bien jurídicamente neutro, y el desvalor se fundamenta por estarle

[2] Su último contradictor renombrado —totalmente consecuente desde el punto de vista del concepto extensivo de autor— fue Eb. SCHMIDT (cfr. *Frank-Festgabe*, II, pp. 119 y 128 y 129) sobre la base del mismo concepto de autor; recientemente, en sentido negativo, asimismo FRÜHAUF, *Eigenhändige Delikte*, tesis doctoral, Francfort, 1959. Igualmente, de nuevo en estrecha conexión con SCHMIDT, ROEDER, *ZStW*, t. 69, 1957, pp. 249-252 (250); en términos semajantes, PIOTET, *ZStW*, t. 69, 1957, pp. 39 ss.

[3] *Lehrb.*, 7.ª ed., p. 95.

[4] *Lehrb., AT*, 2.ª ed., § 21, II, A, p. 197.

vedado precisamente al autor efectuar la acción. Incluye en este grupo a los §§ 173 (incesto), 175 y 175a (actos lúbricos entre hombres y casos agravados), 176, número 2 (yacimiento con mujer privada de razón o sentido), 153, 154 y 156 (falso testimonio, perjurio). LANGE [5] sustenta la postura de que, en algunos tipos, «de la naturaleza de las cosas resulta que su acción sólo [puede] cometerse total o parcialmente de propia mano», aduciendo los *delicta carnis*, los delitos de pura actividad y el perjurio como supuestos de este género.

Panorama semejante presentan los partidarios de otras teorías de la autoría. MEZGER [6] se remite a la fundamentación dada por WELZEL y menciona los §§ 154, 174, número 1 (abusos sexuales con menores de veintiún años confiados al propio cuidado), y 361, número 3 (mendicidad), StGB, descartando en cambio los §§ 172 (adulterio) y 173. Hellmuth MAYER [7] considera que un delito es de propia mano «cuando la comisión de ajena mano no cabe subsumirla en la descripción del tipo»; pero también somete a este concepto los delitos de propia mano, mencionando por lo demás sólo al perjurio. En contexto algo distinto señala a los §§ 176 y 173 como ejemplos de autoría por determinación *(Urheberschaft)* excluida [8]. SCHRÖDER [9] define a los delitos de propia mano como «aquellos en los que de la interpretación del tipo concreto resulta que sólo el efectuar de propia mano la acción punible realiza el desvalor del delito». Constituirían «ejemplos de Derecho positivo» los §§ 153, 154 y 156 StGB; por lo demás, se trata de una «cuestión interpretativa muy controvertida»; enumera —con reservas— los §§ 132 (usurpación de funciones), 173, 361, número 3, 361, número 5, StGB (vagancia) y 16 WStG. BAUMANN [10] renuncia a una definición sustancial y llama delitos de propia mano a los que «sólo pueden ser cometidos por el sujeto que actúa directamente». Como ejemplos aduce los §§ 154, 173 y —en otro lugar— [11] el § 266 StGB (administración desleal).

Esta breve exposición muestra dos aspectos: que no existe en absoluto acuerdo sobre al alcance y la esencia de los delitos de propia mano y que los partidarios de todas las teorías sobre la autoría tropiezan aquí con las mismas dificultades. Las diferencias en la determinación del concepto general de autor no influyen en absoluto. El planteamiento del problema no se modifica y los intentos de solución no presentan relación con los puntos de partida objetivo o subjetivo, extensivo o restrictivo. Hasta la teoría objetivo-formal, que pretende limitar con carácter general el concepto de autor

[5] KOHLR.-LANGE, 42.ª y 43.ª eds., ante § 47, I, 2, p. 159.

[6] *LK*, ante § 47, nota 5; cfr., asimismo, *Lehrb.*, 2.ª y 3.ª eds., pp. 417-421.

[7] *Lehrb.*, p. 309.

[8] *Lehrb.*, pp. 331 y 332; con respecto a la autoría *(Urheberschaft)*, cfr. *supra*, pp. 398-399.

[9] SCHÖNKE-SCHRÖDER, 10.ª ed., ante § 47, IV, 6, p. 238.

[10] *Lehrb.*, 2.ª ed., pp. 104 y 105.

[11] *Lehrb.*, 2.ª ed., p. 439; cfr. al respecto *supra*, pp. 395, nota 116.

a la comisión de propia mano, se encuentra ante el dilema de la fundamentación, al reconocer (casi todos sus partidarios) la autoría mediata por la vía de la interpretación extensiva. Por eso se comprende que tampoco la teoría del dominio del hecho haya hecho fructificar la problemática de los delitos de propia mano y que todas las consideraciones de sus partidarios se muevan en el marco de los argumentos tradicionales.

Examinando más de cerca el estado de la cuestión esbozado, lo primero que llama la atención es que no se suele efectuar con claridad la separación de los delitos de propia mano con respecto a los delitos de infracción de deber. Lo cual se refiere ya a la caracterización general (por ejemplo, en MAURACH y H. MAYER) y con mayor razón a los ejemplos aducidos. Por cuanto respecta a los preceptos que *supra* ya calificábamos como delitos de propia mano inauténticos [12] —recuérdese la deserción y los delitos de expresión— no hace falta volverlos a tratar. Lo que queda por señalar es que la mezcla de puntos de vista que se ha producido ha contribuido a dificultar la solución del tema de la comisión de propia mano, pues en las enumeraciones de todos los autores queda una serie de tipos que consideran de propia mano aun cuando la autoría no cabe explicarla como infracción de un deber especial extrapenal. Resulta imposible reconducirlos a una raíz común, junto con los delitos de infracción de deber encubiertos comprendidos bajo el mismo concepto, razón por la cual se comprende el fracaso de todos los intentos de esta índole.

Tal mezcla de delitos de infracción de deber y de delitos de propia mano se encuentra ya en BINDING [13], el primero en acuñar el concepto de comisión de propia mano [14]. Al mencionar, entre otros, los tipos de prevaricación, deserción, adulterio, incesto, así como las demás acciones deshonestas [15], reúne ya la mayoría de los ejemplos de delitos de propia mano que aún hoy se aducen. Sin embargo, con una limitación inteligente renuncia a reducirlos a una fórmula común, en lugar de lo cual alude a que aún falta «una investigación más precisa» relativa a su ámbito [15]. La doctrina, hasta hoy, esencialmente no ha avanzado más en esta cuestión, y cuando Max Ernst MAYER señala resignadamente [16]: «Reunir estos delitos en un grupo por medio de elementos caracterizadores resulta imposible e innecesario, ya que no

[12] Cfr. pp. 425 ss.; a fin de evitar malentendidos hay que señalar que ENGELSING, en su monografía *Eigenhändige Delikte*, pp. 48-51, emplea este concepto en un sentido mucho más amplio, comprensivo de todos los delitos de infracción de deber y otros tipos además.

[13] Cfr., sintetizando, «Die drei Grundformen», en *Abhandlungen*, pp. 265 ss.

[14] Cfr. *GS*, t. 71, pp. 5 y 6; así pues, la expresión no se encuentra por vez primera en el posterior artículo de *GS*, 76, 91, citado por MAURACH (*AT*, 2.ª ed., p. 197). En lo material, la problemática de la comisión de propia mano es considerablemente más antigua, remontándose a los juristas medievales italianos. Cfr. al respecto, en concreto, ENGELMANN, «Der geistige Urheber des Verbrechens nach dem italienischen Recht des Mittelalters», *Festschrift für Binding*, t. II, pp. 387-610, y ENGELSING, *Eigenhändige Delikte*, 1926, pp. 5 ss.

[15] «Die drei Grundformen», en *Abhandlungen*, p. 266.

[16] *Lehrb.*, p. 378.

viene en consideración nada más que una delimitación fáctica», tal aseveración sigue estando justificada con respecto al estado actual del debate.

No obstante, obviamente resulta insatisfactorio prescindir por completo de otorgar significación autónoma a este grupo de delitos y dejar sin elaborar los delitos de propia mano en el marco de la doctrina de la autoría como excepciones incomprensibles. En efecto, si se asigna a determinados tipos una posición especial, ésta tiene que ser deducible racionalmente de la estructura de las regulaciones concretas; de no ser así, consecuentemente hay que abandonar tal concepto, como recientemente ha hecho FRÜHAUF [17]. Por otra parte, la tozudez con la que se han reafirmado los delitos de propia mano a pesar de su insuficiente fundamentación teórica habla en favor de que hay algo correcto subyacente.

Y eso es lo que hay que analizar. Al hacerlo, procederemos descartando de entrada los delitos de propia mano inauténticos, que como delitos de infracción de deber encubiertos ya han encontrado fundamentación suficiente, y para los casos restantes comenzaremos por pasar revista críticamente a los intentos de explicación que han tenido lugar hasta ahora, para añadir entonces la solución propia.

II. TEORÍA DEL TENOR LITERAL

1. Principales defensores

Una teoría, extendida en la doctrina desde siempre y —como muestra nuestra panorámica— aún hoy, prescinde de establecer un criterio material común para la comisión de propia mano, convirtiendo la cuestión en un problema de interpretación de los tipos concretos. Casi siempre se atiende no tanto a consideraciones sistemáticas y teleológicas como al tenor literal: un delito es comisible sólo de propia mano cuando, conforme al tenor literal del precepto, ya no cabe decir de un *extraneus* —por intensamente que coopere— que ha efectuado la acción descrita en el tipo. Por ejemplo, si un médico ha hecho que la enfermera que nada barrunta ponga una inyección envenenada a un paciente, lingüísticamente es posible formularlo señalando que él ha matado al enfermo. Por el contrario, no cabe afirmar que el sujeto que ha ocasionado que otro, con los requisitos de la autoría mediata, cometa un delito sexual, haya realizado el yacimiento o, en general, cometido la acción libidinosa descrita en el tipo. Ya en BINDING, que considera al § 177 StGB como delito de propia mano, se puede leer [18]: «Me gustaría saber si aquel que ha inducido a una violación se jactaría de haber gozado a la

[17] *Eigenhändige Delikte*, 1959 (tesis doctoral, Francfort).
[18] «Die drei Grundformen», en *Abhandl.*, I, p. 268, nota 17.

víctima.» Parece razonable hablar, con respecto a esta teoría circunscrita a la interpretación gramatical, al hilo de FRÜHAUF [19], de "teoría del tenor literal".

Esta concepción siempre ha encontrado numerosos representantes entre los partidarios de las más dispares teorías de la autoría. Las monografías de ENGELSING [20] y MÜLLER [21] se han servido ampliamente de este punto de vista; también hay que mencionar a HÖPFNER [22], WOLF [23] y el último BELING [24]. En la actualidad esta teoría —al margen de su difusión en la doctrina— ha vuelto a cobrar importancia, imperando en la reciente jurisprudencia. Así, el BGH [25] establece que «la naturaleza de propia mano de los delitos depende esencialmente de la redacción dada a los tipos por el legislador», procedimiento por medio del cual encuentra sutiles distinciones relativas a la comisión de propia mano en los §§ 177, párrafo 1, inciso 1 (violación mediando violencia o intimidación); 177, párrafo 1, inciso 2 (violación de mujer a la que se ha situado en estado de abulia o inconsciencia), y 176, párrafo 1, número 2 (yacimiento con mujer privada de razón o sentido). También la última sentencia acerca de la comisión de propia mano [26] sigue esta teoría al considerar determinante «el tenor literal de la ley», entendiendo que el «abusar para el yacimiento extraconyugal» del § 176, párrafo 1, número 2, sólo puede significar «con arreglo al sentido que el habla vincula a esta expresión: ejecutar el yacimiento personalmente». Una sentencia recién publicada del OLG Celle [27] exacerba este método al deducir la pauta para la determinación del carácter de propia mano de la entonación de oración principal y subordinada.

2. Crítica

Ciertamente, estas teorías contienen un punto de partida útil. Dado que, como hemos visto, el tipo describe la figura central del suceso de la acción, el carácter de propia mano como criterio de la autoría sólo cabe obtenerlo del análisis de los preceptos concretos. Y dado que, asimismo, el sentido de las figuras ideales primordialmente se transmite mediante la lengua, también al tenor literal le corresponde gran trascendencia para conocer la estructura de los delitos.

[19] *Eigenhändige Delikte*, p. 116.
[20] *Op. cit.*, pp. 30 y 48.
[21] *Eigenhändige Verbrechen*, 1928, pp. 34 ss.
[22] *ZStW*, t. 22, pp. 205-217 (211 ss.).
[23] *Betrachtungen über die mittelbare Täterschaft*, 1927, *Straf. Abh.*, núm. 225, pp. 182 y 187-206.
[24] *GS*, t. 101, 1932, pp. 6-7 y 9; cfr. ya, asimismo, *Methodik*, pp. 95 ss., y al respecto *supra* p. 27.
[25] *BGHSt*, 6, pp. 226-229 (227).
[26] *BGHSt*, 15, pp. 132-134 (133).
[27] *NJW*, 1961, pp. 1079 y 1080.

Pero se está simplificando la problemática al atender unilateralmente al uso lingüístico o lenguaje común, pues si se pretende extraer de la ley una declaración material sobre los límites de la autoría, no puede darse por supuesto sin más —como hace inadvertidamente esta concepción— que el legislador quiera vincularse a lo que "se" suele decir o podría decirse. Tal suposición estaría injustificada no sólo por la variabilidad de las posibilidades lingüísticas de expresión [28], sino también porque el uso lingüístico no se forma con miras a la delimitación entre autoría y participación, sino que sigue leyes evolutivas absolutamente distintas, cuyo resultado no ofrece clave alguna para resolver cuestiones jurídicas de detalle.

En el fondo, aquí se trata de un criterio "ajeno al Derecho" que, aun cuando fuera viable, requeriría a su vez de esclarecimiento, pues ¿qué sentido profundo va a tener que, como hace la jurisprudencia, se empleen respectivamente distintos conceptos de autor y partícipe en los números 1 y 2 del § 176 y en los dos incisos del § 177? La argumentación gramatical sólo sería concluyente si cupiera explicar qué ideas finalísticas del legislador y qué relaciones de ordenación previas han encontrado su expresión exacta en la formulación lingüística. Pero esa verificación falta en los partidarios de la teoría del tenor literal, que carece por tanto de fundamento sólido [29]. MAURACH [30] lo advierte con buen criterio al calificar a la interpretación gramatical como método de ínfimo rango, que sólo aporta resultados dudosos si no se emplea «para la interpretación la teleología de la ley en posición determinante».

Si a pesar de todo la formulación típica no carece de trascendencia para resolver la cuestión de la comisión de propia mano, ello obedece a que el tenor literal de la ley caracteriza un supuesto de hecho determinado, cuya estructura, con arreglo a los principios rectores de la doctrina de la autoría, puede excluir la posibilidad de autoría de ajena mano. Cuando, por ejemplo, el § 361, número 3, StGB conmina con pena al que "vagabundee", la actividad así descrita, como expresión de elementos permanentes y personales, puede mostrar un tinte de injusto tan específico que por sí sola, al margen de dominio de la voluntad y de distribución de papeles, surta efecto fundamentador de la autoría [31]. Así pues, no por sí solos, sino únicamente como medio para abordar el análisis material de los tipos, pueden ser importantes tenor literal y lenguaje común. Desde esta perspectiva habremos de retomar la reciente jurisprudencia.

[28] Supone ir demasiado lejos cuando se le reprocha, como hace FRÜHAUF (pp. 117, 124 y 143), a la teoría del tenor literal que contraviene "principios elementales del Estado de Derecho".

[29] Es característico que, por ejemplo, el propio WOLF, *op. cit.*, p. 195, nota 17, tenga que decir de su interpretación del § 176, núm. 1: «No acabo de encontrar un motivo razonable de que el legislador haya redactado este número 1 de manera que quien aplica la violencia sea meramente cómplice y el que amenaza, en cambio, coautor.» Lo cual, sin embargo, no le inquieta, pues prosigue: «Ello nada cambia en lo dicho.» *(N. de los T.)* § 176, núm. 1: «... el que con violencia llevare a cabo acciones lúbricas con una mujer o, mediante amenazas de peligro actual para la vida o la integridad física, la forzare a soportarlas».

[30] En un artículo sobre la sentencia del BGH, mencionada *supra*, del OLG Celle, en *NJW*, 1961, p. 1050.

[31] Al respecto más pormenores *infra*, pp. 444 ss.

III. TEORÍA DEL MOVIMIENTO CORPORAL

1. Principales defensores

La segunda idea rectora, a la que se recurre una y otra vez para fundamentar los delitos de propia mano, se basa en la distinción entre delitos de actividad y de resultado. Se entiende que cuando el legislador vincula la pena a un mero hacer, que se agota en determinados movimientos corporales, únicamente puede ser autor aquel que efectúe personalmente el comportamiento incriminado; en cambio, cuando el tipo requiere la producción de un determinado resultado, es determinante el concepto general de autor. Este criterio se solapa con el de la teoría del tenor literal, al poderse sustentar la postura de que precisamente en los delitos de actividad también es el lenguaje común lo que excluye estimar la autoría del *extraneus*. Por eso algunos autores yuxtaponen ambos puntos de vista.

Puede considerarse como fundador de esta teoría a BELING [32]; más tarde fue elaborada en la monografía de ENGELSING [33], se impuso en la última edición [34] de los *Comentarios* de FRANK y en la actualidad ha influido decisivamente en las opciones de WELZEL, MAURACH, LANGE [35] y VON WEBER [35a]. Aún hoy se mantiene en la jurisprudencia; así, cuando el Tribunal Supremo de la Zona Británica [36] estima delito de propia mano allí donde «la realización del tipo no requiere resultado determinado alguno, sino que se circunscribe al mero hacer corporal», o cuando el Tribunal Cameral [37] habla de tipos que requieren «un comportamiento activo personalísimo (una actividad corporal determinada...)».

2. Crítica

También esta teoría, que cabría denominar "teoría del movimiento corporal", contiene un punto de partida aprovechable. Cuando el legislador

[32] Cfr. el primer desarrollo de la distinción en la *Lehre vom Verbrechen*, pp. 203 ss., 225-26 y 234 ss.

[33] Sintetiza su resultado en *op. cit.*, p. 50, diciendo que los delitos de propia mano «son aquellos cuya acción típica consiste en un movimiento corporal».

[34] 18.ª ed., 1931, ante § 47, II, pp. 103 y 104.

[35] Con respecto a estos tres últimos autores cfr. la panorámica del principio.

[35a] Cfr. *Grundriß*, 2.ª ed., p. 67: «Los delitos de pura actividad sólo pueden cometerse en autoría directa: los llamados delitos de propia mano».

[36] *OGHSt*, 1, pp. 303-305 (304).

[37] *JR*, 1956, pp. 150 y 151 (151); de todos modos, la idea sólo sirve para excluir la posibilidad de comisión por omisión.

vincula la pena a un determinado obrar, es obvio suponer que precisamente ese hacer caracteriza a la figura clave del acontecer delictivo y que ante ésta pasan a segundo plano otras formas de cooperación. Mientras que en la realización de un resultado —por ejemplo, un homicidio— el género y el peso del injusto no dependen de la ejecución de propia mano, porque el desvalor lo fundamenta esencialmente el resultado, y los detalles del curso de la acción, en tanto que no influyan en el dominio del hecho, carecen de trascendencia para la valoración legal, en los delitos de actividad el contenido de injusto parece residir en tal medida en el proceso de la acción que hay algo de evidente en considerar aquí a la ejecución de propia mano como criterio de la figura central.

Y no es que, como muchas veces se afirma, sea imposible la delimitación entre delitos de actividad y de resultado; ésta es factible al menos en el sentido de que en el primer grupo el "resultado" reside en la propia acción típica (por ejemplo, en el conducir a velocidad excesiva), mientras que en el segundo, en el marco del tipo, a la acción se añade un efecto ulterior, separado —si no necesariamente en lo temporal, sí al menos en el plano lógico— de ella [38].

Pero tampoco es atinada la teoría del movimiento corporal, por sugestiva que de entrada pueda parecer precisamente a partir de la idea de la "figura central", ya que pasa por alto dos aspectos:

a) No sólo resultados, sino también acciones humanas son dominables, como lo demuestra la posibilidad de autoría mediata en los supuestos de coacción. Pues bien, concediendo que en los delitos de mera actividad el injusto reside en la propia acción, con ello aún no queda dicho que autor sólo pueda ser aquel que lleva a cabo el movimiento corporal y no también aquel que dirija, dominándolo, el movimiento corporal externo. Desde luego es pensable que la dirección activa podría conducir antes a imputar a alguien el desvalor de una mera actividad que lo que sería capaz de hacerlo un mero comportamiento —a lo mejor inculpable— corporal.

En esta teoría se advierte una laguna similar a la que se verificó en relación con la teoría del tenor literal. Al igual que en ésta no pudo demostrarse que el legislador, al redactar el tipo, tuviera en mente la delimitación de las formas de participación, tampoco cabe aquí hacer entender por qué ha de atribuírsele injusto a un movimiento corporal por sí solo. Tal suposición entrañaría, en efecto —por decirlo en palabras de Eb. SCHMIDT—, un "naturalismo positivista" absurdo. Más bien el mero hacer únicamente puede ser "determinante" para el injusto debido a su desvaloración ético-social. Pero entonces hay que demostrar que sólo a la realización personal de esta acción, y no también a su dominio responsable, le corresponde el contenido

[38] Coincidente en lo esencial: FRÜHAUF, pp. 93-105; un poco discrepante, ENGISCH, *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände*, p. 3, nota 1.

de desvalor que tuvo presente el legislador. Sin embargo, se echa en falta esta demostración en los partidarios de la teoría del movimiento corporal. De la circunstancia de que el tipo conmine con pena una mera actividad no se deduce, en todo caso, nada.

Cuando, por ejemplo, en el § 123 StGB (allanamiento de morada) la acción típica consiste en "penetrar" —un mero hacer—, el fundamento de punición a buen seguro no es un determinado movimiento corporal, como andar a hurtadillas, arrastrarse, etc., sino la lesión del derecho a la morada. Sin embargo, para la cualidad de injusto de esta lesión resulta indiferente si un sujeto penetra personalmente o se sirve al efecto de un niño o de un enajenado (dominio de la voluntad) o aúpa a un compinche por encima de la valla (dominio del hecho funcional). El titular de la morada, en todos los casos, resulta igualmente perjudicado. Por eso no se entiende por qué habría que hacer aquí una excepción con respecto al principio del dominio del hecho.

b) Sobre todo es una falacia pretender que tendría que ser indiferente necesariamente para el legislador el resultado externo producido por una acción cuando hace depender la conminación penal de un mero hacer. Pueden haber sido determinantes para ello motivos totalmente distintos. Así, a menudo se castiga autónomamente una actividad preparatoria debido a razones político-criminales. Entonces el sentido de la conminación penal reside igualmente en evitar el resultado, debiendo decidirse la cuestión de la autoría de acuerdo con el principio del dominio.

Cada vez más se van sometiendo a conminación penal propia comportamientos peligrosos en general, concretamente en el Derecho de la circulación. Al prohibir conducir por la izquierda de la calzada —por mencionar uno entre múltiples ejemplos— se crea un delito de mera actividad. Pero es absolutamente pertinente castigar como autor mediato a aquel que, informando incorrectamente a un extranjero, lo induce a circular por la izquierda [39], pues al propio acto de conducir, como tal, no le corresponde desvalor alguno; la pena recibe su sentido sólo de que al desviarse el sujeto de los preceptos de la circulación genera peligro de accidentes. Carece de trascendencia para el injusto el que esto ocurra de propia mano o a través de un tercero sometido a error.

Otro tanto cabe afirmar cuando nuestro Código penal prohíbe conducir o cabalgar a velocidad excesiva (§ 366, núm. 2) o —recordando estampas idílicas de tiempos de nuestros abuelos— conmina con pena a aquel que «circulare por poblado en trineo sin timón fijo o sin campanillas» (§ 366, núm. 4); asimismo, el pasear animales peligrosos, el azuzar perros, el apredrear, el derramar o arrojar determinadas cosas, la colocación de obstáculos

[39] Cfr. con repecto a este ejemplo ya *supra*, p. 223.

(§ 366, núms. 5-9), etc.; en el Derecho penal especial es inabarcable el número de tales preceptos. Pues bien, a todos ellos ha de negarse la naturaleza de delitos de propia mano.

c) Un buen ejemplo para dilucidar sintéticamente la problemática lo ofrece el tipo de usurpación de funciones públicas, cuya primera alternativa («quien ejerciere actos propios de una autoridad o funcionario público») ha sido considerada con suma frecuencia, y concretamente por la jurisprudencia, como delito de propia mano [40]. Últimamente el Tribunal Supremo de la Zona Británica ha corroborado enfáticamente esta postura [41]; SCHÖNKE-SCHRÖDER [42], KOHLRAUSCH-LANGE [43] y WELZEL [44] la siguen manteniendo.

Pues bien, aquí se da un delito de mera actividad. Pero más allá de este aspecto, que por sí solo nada prueba, sin embargo no ha pasado ningún partidario de su carácter de delito de propia mano. Ocurre que:

Por una parte, puede estimarse que el injusto de este comportamiento reside, sin atender a ningún resultado externo, en la mera lesión de la autoridad estatal [cfr. *supra a)*]. Entonces es fácil mostrar que una lesión en tal sentido puede producirse tanto a través de un *extraneus* con dominio del hecho como a través de un autor de propia mano [45]. Piénsese en el caso en que un empresario alemán hace ejecutar sus créditos utilizando a trabajadores extranjeros, a los que ha vestido con uniformes de agentes judiciales, haciéndoles creer que es la ropa de trabajo. Es imposible encontrar un punto de vista desde el cual el comportamiento del sujeto de detrás que dirige se distinga de un autor directo en cualidad y cantidad de injusto. Pero entonces tampoco existe motivo para apartarse aquí del principio del dominio del hecho.

Por otra parte, cabe también entender —lo que es más correcto— el § 132, 1.ª alternativa, en el sentido de que el Estado no pretende castigar la lesión de su autoridad debido a la mera insubordinación, sino que sobre todo pretende impedir que quede dañada la confianza del público en la credibilidad y probidad de los órganos oficiales. En efecto, conduciría a un estado caótico el que cualquiera, para conseguir sus fines particulares, pudiera usurpar funciones públicas impunemente. Vistas así las cosas, el contenido de injusto ya no se agota en absoluto en la propia acción [46], sino

[40] RG, *HRR*, 1936, núm. 305. La referencia de la sentencia al ánimo de apropiación en el hurto y al requisito de la posesión en la apropiación indebida se resuelve mediante nuestras consideraciones antecedentes; cfr. *supra*, 369 ss. y 380 ss.; incidentalmente, asimismo, *RGSt*, 59, pp. 79-83 (81). Estimando carácter de propia mano también en la segunda alternativa, *RGSt*, 55, pp. 265-267 (266 ss.). En contra de la naturaleza de propia mano aún *RGSt*, 37, pp. 55-58 (57 ss.).

[41] *OGHSt*, 1, pp. 303-305.

[42] 10.ª ed., § 132, VI.

[43] 43.ª ed., § 132, IV.

[44] *Lehrb.*, 7.ª ed., p. 436.

[45] El supuesto se ha construido modificando el de la sentencia *RGSt*, 37, pp. 55-58.

[46] Como SCHÖNKE-SCHRÖDER, 10.ª ed., § 132, II, enlazando con *OGHSt*, 1, p. 304.

que nos encontramos ante un delito de peligro abstracto, cuyo resultado socialmente perjudicial temido por el legislador influye decisivamente en la cualidad del injusto [cfr. *supra b)*]. Pero esta puesta en peligro del bien jurídico da absolutamente igual que la produzca un sujeto mediante un "comportamiento activo personalísimo" o de otro modo, con tal que dirija el suceso dominándolo, avanzando así hasta el centro de ese acontecer. El peligro de que el público pierda la confianza en los órganos del Estado es en nuestro ejemplo de los extranjeros exactamente igual de intenso que en los casos de ejecución de propia mano. Por eso no se comprende por qué no iba a regir aquí el principio del dominio del hecho.

En todo caso, es lo cierto que, dada la forma de la acción típica descrita en el § 132 StGB —como en todos los delitos de actividad— sólo rara vez acaecerán supuestos en los que sea un *extraneus* el que tenga el dominio funcional del hecho o el dominio de la voluntad sobre el acontecer. En ninguna de las sentencias que consideran al § 132 StGB delito de propia mano, según se desprende de los hechos probados, el que no obraba personalmente tenía el dominio del hecho; así pues, las sentencias aciertan en cuanto al resultado. La figura de la ejecución de propia mano ha servido, frente a la subjetivización demasiado amplia de la teoría del *animus*, para una correcta comprensión material, cuya formulación teórica suficiente no fue posible únicamente debido a no haber sido descubierto el principio del dominio del hecho. Por eso es aún más injustificado que los propios representantes de la teoría del dominio del hecho aún hoy sigan aferrándose en el caso del § 132 a la teoría de su naturaleza de propia mano.

IV. TEORÍA DE LA INTENSIDAD

En algunos casos, finalmente, se defiende una postura que cabría denominar "teoría de la intensidad". Se encuentra en una conocida sentencia del RG [47] que consideró delito de propia mano al robo con escalamiento (a diferencia del robo con llave falsa y del robo con fractura), fundamentándolo con el argumento de que el sujeto agente, de no ser así, «no [realizaría] por sí mismo la voluntad intensamente antijurídica cuya manifestación requiere la ley».

Basándose en esta sentencia, posteriormente HEGLER [48] ha desarrollado una teoría con arreglo a la cual el escalamiento constituye un síntoma objetivo de culpabilidad incrementada, denotando una especial energía volitiva criminal que fundamenta la autoría y reside sólo en aquel que realiza el elemento en su propia persona.

[47] *RGSt*, 24, pp. 86-69 (88); de la decisión ha desistido en el fondo luego *RGSt*, 52, p. 128, aun cuando el tribunal intente velar la contradicción; cfr. al respecto certeramente FRÜHAUF, p. 43, nota 113.

[48] *RGR-Praxis*, t. 5, p. 314, nota 35.

Esta teoría, que al igual que la sentencia [49] ha encontrado escaso aplauso, ha de rechazarse desde la postura que aquí se desarrolla. Lo cual resulta —sin que requiera más fundamentación— de la circunstancia, destacada ya *supra* varias veces, de que la autoría no representa una forma de "culpabilidad incrementada", pudiendo darse incluso en el comportamiento inculpable [50]. Asimismo, se colige de la consideración, ya fundamentada en otro contexto, de que la "intensidad de la energía criminal", así como la "peligrosidad" o el "merecimiento de pena" no representan, ni metodológica ni materialmente, criterios apropiados para delimitar las formas de participación [51]. La intensidad de la voluntad criminal puede, en el caso concreto, ser mucho mayor en el inductor y el cómplice que en el autor. Es más, no queda claro por qué esta consideración sólo es aplicable precisamente al robo con escalamiento; de ser cierta, tendría que tenerse en cuenta en todas las demás variantes cualificadas de la acción típica.

V. TOMA DE POSTURA

El resultado de la investigación realizada hasta aquí es de carácter negativo: los presuntos delitos de propia mano están sometidos al principio del dominio del hecho. No obstante, sería prematuro rechazar globalmente esta categoría de delitos.

La cuestión se aclara si uno intenta aproximarse al problema a partir del límite entre delitos de dominio y de infracción de deber. Tenemos que preguntar: ¿Cabe encontrar tipos que describen un comportamiento que no pueda dominarse a través de un agente personalmente, ni entenderse como infracción de un deber especial extrapenal?

Y ciertamente existen preceptos así, en los que cabe distinguir, a mi juicio, tres grupos:

1. Los delitos de autor jurídico-penal

Conforme al § 181a StGB, será castigado con prisión de hasta cinco años el que «viva a costa... [de una prostituta], explotando su comercio inmoral» o quien «le garantice protección o favorezca de otro modo habitualmente o con ánimo de lucro, en lo que se refiere al ejercicio de tal profesión deshonesta». El § 361, número 3, conmina con pena de arresto al que "vagabundee", y el § 361, número 5, castiga con la misma sanción a quien

[49] En sentido negativo, expresamente ahora, MAURACH, *AT*, 2.ª ed., § 21, II, A, p. 197; afirmativamente, sin embargo, Hellmuth MAYER, *Lehrb.*, pp. 309 y 310.

[50] Cfr. pp. 153 ss. y 360 ss.

[51] Cfr. *supra*, pp. 41-42 y 49-50.

«se entregue al juego, la bebida o la vagancia de manera» que «haya que prestar por mediación de la autoridad asistencia social» a su familia.

Es común a todos estos tipos que no punen una determinada "acción", sino una "actitud" personal, que no se concibe una recepción concreta de "ingresos deshonestos", un vagabundeo, o desocupación o juego realizados una sola vez, sino un tipo de personalidad que cabría designar brevemente como la del "asocial" [52].

No es éste el lugar de abordar la problemática de estos preceptos. Pero para la delimitación entre autoría y participación ciertamente cabe deducir de ellos lo siguiente: como falta una lesión de bien jurídico referida a un hecho, no hace falta resultado alguno, de manera que el legislador pudo conformarse con describir un mero hacer. Pero la actividad como suceso externo tampoco comprende el contenido de injusto; quien una sola vez protege a una prostituta, o acepta dinero de ella, aún no es un rufián, como tampoco lo es cuando lo hace algunas veces; más bien —y ello para los dos tipos del § 181a StGB— tiene que haber "una estrecha relación *personal*" [53] entre el autor y la prostituta, «una relación personal, característica del rufianismo, de cierta duración» [54]. Por ende, tampoco el dominio de esta actividad puede realizar el tipo ni fundamentar la autoría: si A fuerza a B, o lo determina mediante engaño, a que proteja a una prostituta o tome dinero de ella, este acto no puede sustentar en ninguno de los dos la necesaria relación personal estrecha. El elemento personal fundamentador del injusto se sustrae a la posibilidad de dominio.

Otro tanto rige para los demás tipos indicados, pues sólo cabe "dominar", en el sentido que le hemos dado, un hecho concreto, no una actitud personal duradera como la que se manifiesta en el vagabundeo, el alcoholismo y la vagancia. Bien es verdad que se puede inducir a otros, mediante influencia y malos ejemplos, a tales estilos de vida, pero ahí no se da "dominio del hecho", porque falta tanto el "hecho" individual como el dominio que excluya la responsabilidad del ejecutor directo. Por el contrario, desde el momento en que se emplean coacción o engaño, le falta al agente esa asocialidad que requiere el tipo, mientras que el sujeto de detrás sí que obra reprobablemente, pero no muestra la actitud personal que sería la única que podría hacerlo autor de estos tipos. Asimismo, obviamente, está excluida en tales tipos la división del trabajo funcional. A lo sumo podrían vagabundear u holgazanear dos personas, pero entonces se trataría de dos autores simples y no de coautoría.

[52] Acerca de la problemática de la autoría penal de estos preceptos, en concreto, BOCKELMANN, *Studien zum Täterstrafrecht*, 2.ª parte, pp. 55-66; con respecto a la cuestión de la protección del bien jurídico en el rufianismo, JÄGER, *Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz*, pp. 92-97.

[53] En cursiva en el original.

[54] Así la sentencia muy aleccionadora del BGH en *MDR*, 1955, pp. 307 y 308 (307).

De cuanto antecede resulta que en los delitos de autor jurídico-penal la figura central del suceso de la acción no se caracteriza por el dominio sobre el resultado o sobre determinados movimientos corporales, sino por los criterios personales respectivos de cada tipo. Los intervinientes en los que no se den estos criterios sólo puede responder como inductores o cómplices.

Hasta qué punto tales elementos alcanzan importancia para la dogmática de la participación depende de qué influencia conceda al legislador a ideas de autor jurídico-penal. En el Derecho penal vigente es muy reducida. Al lado de unos pocos preceptos concretos, entre los que se cuentan sobre todo los tipos mencionados [55], las restantes huellas del Derecho penal de autor [56] permanecen "vinculadas al hecho": incluso la profesionalidad o habitualidad de la acción de un interviniente, en la que cabría pensar en primer lugar, carece de efectos sobre la delimitación de las formas de intervención debido a lo que preceptúa el § 50.2 StGB (incomunicabilidad de elementos personales a los partícipes).

Sobre la base de nuestro vigente Derecho penal del hecho, que no necesita aquí más fundamentación, tampoco es posible, por eso, ampliar los supuestos de este grupo de delitos. Ni siquiera es admisible, con ayuda de la teoría del llamado tipo de autor "normativo" o "típico", facilitarse la distinción de las formas de participación sopesando «en qué medida los intervinientes ponen de manifiesto el tipo de autor» [57]. Así, si de entre varios que cooperan en un asesinato o en un incendio, se pretendiera considerar autor a aquel que más se ajusta al tipo del asesino o del incendiario, aun cuando uno partiese de la realización del tipo, se desligaría de la ley tan pronto como quisiera determinar la autoría por medio de elementos personales que carecen de base en la descripción del hecho. En la práctica este proceder conduciría también únicamente a que en la teoría de la participación penetrasen consideraciones sobre determinación de la pena, lo que ya *supra* [58] hubo que rechazar por otros motivos.

2. Delitos vinculados a determinado comportamiento, sin lesión de bien jurídico

a) *Fundamentación de la naturaleza de propia mano*

Mientras que los delitos de autor jurídico-penal abarcan una determinada forma de vida, no resultando necesarias ni bastando para la punibilidad

[55] De lo contrario, podrían venir en consideración además la alcahuetería habitual (§ 180) y la mendicidad (§ 361, núm. 4); sin embargo, se trata de difíciles problemas de interpretación de los tipos, imposibles de abordar aquí en concreto.

[56] Cfr. la obra básica de BOCKELMANN, *Studien zum Täterstrafrecht.*

[57] DAHM, *Der Tätertyp im Strafrecht,* p. 54.

[58] Cfr. *supra,* pp. 49-50.

una concreta lesión de bien jurídico ni una acción individual describible con exactitud, el grupo de casos del que ahora nos ocupamos sólo manifiesta uno de estos dos elementos atípicos: falta la lesión de bien jurídico, pero la pena está vinculada a una acción de contornos precisos, de manera que estos delitos sí se integran plenamente en el Derecho penal del hecho.

Junto a algunos casos que son muy discutidos y por eso requieren especial examen, hay que abordar aquí, en primer lugar, ciertos delitos sexuales, como los de los §§ 175, 176 y 173 StGB. Afirmar que en la realización de estos delitos no subyace lesión de bien jurídico puede encontrar oposición. Que sea correcto depende en principio de lo que se quiera entender por "bien jurídico".

Excedería de los límites de este trabajo que nos sumiéramos en una polémica de cierto calado relativa a la teoría del bien jurídico, tan controvertida a lo largo de más de ciento veinticinco años. En lugar de ello, para la problemática de los delitos de propia mano basta una breve indicación a lo que en este contexto queda aludido y es decisivo. Resulta entonces lo siguiente:

El llamado "concepto metodológico de bien jurídico", que logró imperar pasajeramente con el triunfo de la consideración puramente normativa en Derecho penal [59], entiende por bien jurídico simplemente una fórmula mental sintética referida al «sentido y finalidad de preceptos penales concretos» [60], una «abreviatura de la idea de fin» [61] o —como dice SCHWINGE [62] lacónicamente— la *ratio legis*. Partiendo de esta teoría, no es concebible, obviamente, una realización de tipo sin lesión de bien jurídico, pues el legislador no va a promulgar ningún precepto penal con el que no persiga determinado fin; suponiendo, por ejemplo, que la zoofilia se conminara con pena porque es especialmente reprobable en el aspecto moral, la moralidad o decencia general representaría el bien jurídico de este tipo.

En este sentido no vamos a entender aquí el concepto de bien jurídico; tampoco existe necesidad alguna de una formación de conceptos en tal sentido, porque carece de cualquier significación autónoma distinta a la mera *ratio legis*. Más bien nos referimos, al hablar de "bien jurídico", a estados [63] valiosos, perfilables, materializados en la realidad y por eso susceptibles de menoscabo mediante actuar externo, como la vida, la salud, la propiedad, la libertad de formación de voluntad, el adecuado funcionamiento de los órganos estatales y similares. Conceptos como los de las buenas costumbres,

[59] Cfr. al respecto con carácter general *supra,* pp. 24-30.

[60] HONIG, *Die Einwilligung des Verletzten,* 1919, p. 30.

[61] GRÜNHUT, «Methodische Grundlagen der heutigen Strafrechtswissenschaft», *Frank-Festgabe,* t. I, p. 8.

[62] *Teleologische Begriffsbildung,* p. 25.

[63] En buena medida sigo aquí el estudio de JÄGER, *Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz,* Hamburgo, 1957. Acerca del concepto de bien jurídico, cfr. *op. cit.,* p. 13.

el bien común, la conciencia del pueblo, el ordenamiento ético y la dignidad genérica de la persona no constituyen estados perceptibles y aprehensibles, ni bienes jurídicos en el sentido aquí aludido.

La lesión de bien jurídico auténtica falta ante todo en algunos delitos sexuales o contra las buenas costumbres. Si dos varones adultos practican entre sí actos lúbricos, nadie ni nada resulta menoscabado o dañado, salvo las buenas costumbres. El BGH señala, con tanta sencillez como acierto [64]: «Los actos lúbricos entre hombres vulneran la ley moral.» También el Proyecto de 1962 [65] lo admite cuando, para justificar la punición, señala que es posible «conminar con pena determinados casos de comportamientos especialmente reprobables desde el punto de vista ético y nefandos conforme a la convicción general, aun cuando mediante el hecho concreto no se lesione ningún bien jurídico directamente determinable».

Cuando MAURACH [65a] caracteriza como bien jurídico protegido «el interés social en la normalidad de la vida sexual» y SCHÖNKE-SCHRÖDER [66] «el mantenimiento de la pureza de influencias sexuales de las relaciones entre hombre y hombre», se evidencia que aquí la mera *ratio legis* suplanta al bien jurídico en el sentido descrito *supra*. De hecho todos los intentos de hacer aparecer aquí bienes jurídicos han fracasado. Así, por ejemplo, cuando el OLG Düsseldorf [67] habla de que este precepto penal protege «el ordenamiento comunitario determinante para la convivencia feliz de las personas» [68] se trata de un concepto genérico vacuo y no de un bien jurídico en el sentido esbozado más arriba.

Con mayor razón falta la lesión de bien jurídico en el caso de la zoofilia (§ 175b StGB); no es que haya que proteger a los animales frente a los malos tratos, pues para eso existe la Ley de Protección de los Animales. La propia Exposición de Motivos del Proyecto [69] aduce en favor de la punición sólo que tales hechos vulneran «del modo más grave la dignidad humana». Pero la dignidad humana la vulneran todas las acciones burdamente contrarias a las buenas costumbres, no describiéndose ningún bien jurídico específico.

Siendo esto así, se conminan aquí con pena determinadas formas de inmoralidad consideradas especialmente reprobables, de manera que la figura central del suceso de la acción sólo puede serlo quien realiza un comportamiento así de desvalorado. Y de ahí cabe deducir, a mi juicio, un argumento forzoso en favor de considerar a estos delitos como de propia mano, pues la contrariedad a las buenas costumbres ínsita en estas conductas es algo

[64] BGH, *NJW*, 51, p. 810.
[65] P. 376.
[65a] *BT*, 3.ª ed., p. 385.
[66] 10.ª ed., § 175, I, enlazando con MEZGER, *StuB*, II, 6.ª ed., 1958, p. 82.
[67] *MDR*, 1948, pp. 59-60 (60).
[68] *Festschr. für Eb. Schmidt*, p. 334.
[69] P. 380 del Proyecto de 1962.

cualitativo que, al igual que la forma de existencia personal en los delitos de autor jurídico-penal, no es susceptible de dominio por parte de otros. Si A, amenazando con peligro actual para la vida o la integridad física, fuerza a B y a C a realizar acciones lúbricas entre sí, al comportamiento arrancado con coacción le falta esa inmoralidad cuya realización directiva es la única que podría convertir al sujeto de detrás en figura central. Y éste ciertamente obra de modo abominable, pero no en la forma específica que presupone el tipo. O bien: si un sujeto induce a otro a copular con un animal, haciéndole creer que es necesario para fines veterinarios o experimentales, tampoco viene en consideración autoría mediata del § 175b; lo único dominable era aquí el comportamiento externo del engañado, mientras que la inmoralidad fundamentadora de punibilidad no cabe fundamentarla provocando error [70].

Ahora bien, como el tipo mediante su descripción no comprende una lesión de bien jurídico dependiente de dominio, sino una inmoralidad necesitada de acción, necesariamente este elemento tiene que caracterizar al autor, mientras que otros intervinientes sólo pueden caer en la zona del comportamiento incriminador a través de las causas de extensión de la pena: inducción y complicidad.

También en el caso del § 173 StGB (incesto) se darán los criterios desarrollados, propios de la cualidad de propia mano. Bien es verdad que cabría excluir la posibilidad de autoría mediata ya estimando un delito de infracción de deber (delito de propia mano inauténtico). Pero entonces tendría que darse una lesión de bien jurídico y habría que explicar por qué el legislador impone al individuo un deber especial de abstinencia sexual con respecto a sus parientes. Como estas cuestiones se van a volver a abordar detalladamente en seguida en el contexto de la problemática de la participación en el hecho no final [71], baste aquí una breve observación:

Si se intenta esclarecer científicamente el fondo de ese precepto, habrá que admitir que —al margen de consideraciones sobre la protección de la juventud, a la que sirven otros preceptos penales y que en el caso concreto tampoco tienen que ser necesariamente aplicables— se basa en buena medida en motivos irracionales: en tabúes ancestrales que conducen a una aversión preconsciente al incesto y que imbuyen a la persona la idea de que el incesto constituye una acción de reprobabilidad abominable. Sólo así cabe explicar la elevada conminación penal, pues al menos con la actual estructura social no es demostrable que se produzcan perjuicios genéticos [72]. Piénsese sim-

[70] En otro sentido, abiertamente, NOLL, *Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe*, p. 34, con una fundamentación que no acabo de entender: «Dado que la propia acción pasa aquí por resultado, es, con independencia del dolo, desvalorada y antijurídica.»
[71] Cfr. pp. 455-460.
[72] Cfr. por todos JÄGER, *op. cit.*, p. 65, que ofrece desde luego un análisis en profundidad de toda la problemática (pp. 56-66).

plemente en el famoso supuesto de LISZT [73] de la dueña del burdel que trama y consigue el encuentro sexual de un hermano y una hermana que desconocen su parentesco: ¿qué resultado tendría que haberse producido aquí que nos pudiera forzar a que la mujer, que con toda razón es castigada por proxenetismo grave, respondiera asimismo con respecto al incesto?

Por ende, también en este caso hay que partir de que el legislador no ha conminado con pena una determinada lesión de bien jurídico, sino una acción de inmoralidad especialmente abominable. Mediante coacción, engaño o coejecución de sus requisitos externos no cabe provocar ni dominar la desvaloración específica de un comportamiento así. Se trata, pues, de un delito de propia mano.

Hay que tener en cuenta que la condición de propia mano, en los ejemplos debatidos, no resulta de la circunstancia de que se dé un delito sin lesión de bien jurídico específica. Más bien ha de añadírsele que la inmoralidad fundamentadora de autoría es "vinculada a comportamiento", esto es, que está ligada inseparablemente con el hacer típico. En los actos lúbricos homosexuales, la zoofilia y el incesto, tal es el caso, porque el dominio de la voluntad o el dominio conjunto por parte de un *extraneus* no pueden prestar a su comportamiento la cualidad típica de inmoralidad.

La cuestión es distinta en el proxenetismo habitual (§ 180 StGB). También aquí falta la lesión de bien jurídico, de manera que el BGH, en su última sentencia [74], para fundamentar la punibilidad tiene que recurrir a un "socavamiento de las buenas costumbres" y a la "reprobabilidad moral" de tal comportamiento [75]. No obstante, no estamos ante un delito de propia mano, porque la acción típica —favorecer— no está ligada a un comportamiento específico. Por eso el proxeneta habitual es autor también cuando se sirve de terceros para favorecer los actos libidinosos.

Aún habrá que abordar otras consecuencias dogmáticas que se derivan de la condición de propia mano, por ejemplo, en la accesoriedad, y otros tipos que vienen en consideración. En lo sucesivo se expondrá en primer lugar, polemizando con la jurisprudencia del BGH, que una serie de otros delitos contra las buenas costumbres considerados como de propia mano en realidad no merecen este predicado (y por qué).

b) *Sobre la jurisprudencia del BGH relativa a la condición de propia mano y sobre la autoría en los delitos contra las buenas costumbres en general*

La jurisprudencia del BGH relativa a los delitos de propia mano se ha desarrollado hasta la fecha exclusivamente con respecto a determinados delitos contra las buenas costumbres. A tenor de ésta el resultado sería el siguiente:

El § 177, párrafo 1, inciso 1 («el que forzare a una mujer a soportar el acceso carnal extramarital»), no es un delito de propia mano [76]. Qué ocurre con el § 177, párrafo 1, inciso 2, StGB («quien abusare de una mujer para realizar el acceso carnal extramarital») no ha tenido aún ocasión el BGH de decidirlo; pero parece tender a estimarlo delito de propia mano [77], tesis que el OLG Celle [78] ahora representa expresamente, basándose en jurisprudencia del BGH. El § 176, párrafo 1, número 1, StGB («el que con violencia llevare a cabo acciones lúbricas o forzare, mediante amenazas, a soportarlas») no requiere, según varias sentencias [79], comisión de propia mano. Por el contrario, se considera al § 176 , párrafo 1, número 2, StGB («el que abusare de una mujer para el acceso carnal extramarital») como delito de propia mano [80].

Estas distinciones tan confusas han de rechazarse. Más bien se trata, en todos los casos por igual, de delitos de dominio, en los que la autoría mediata e incluso la coautoría son posibles. Partiendo de nuestros resultados reseñados *supra* esto se deriva, en resumen, de lo siguiente:

aa) La teoría del tenor literal, en la que se apoya ampliamente el BGH [81], es insostenible en esta forma. Las distintas modalidades comisivas de los §§ 176 y 177 StGB se aproximan tanto en sus manifestaciones externas y en su contenido de desvalor criminal —en parte de manera casi indistinguible— [82], que no cabe advertir el menor motivo de que legislador pudiera haber tenido la intención de crear, mediante sutilezas verbales, un concepto de autor heterogéneo. Por el contrario, está claro que simplemente pretendió describir las modalidades de acción con la mayor precisión posible, sin estar determinado en absoluto al hacerlo por consideraciones relativas a la teoría de la participación.

En contra de la objeción repetida una y otra vez de que no cabe decir que aquel que se sirve, por ejemplo, de un enajenado o se ha limitado a sujetar a la víctima haya «abusado [de una mujer] para realizar el acceso carnal», hay que señalar que la formulación del suceso típico en todos los casos simplemente representa una abreviatura de la realización del tipo en

[73] *Strafrechtsfälle,* 14.ª ed., caso 130, 2.
[74] *NJW,* 1961, pp. 1031-1033.
[75] El Proyecto de 1962 renuncia, por ello, a castigar; cfr. Exposición de Motivos, p. 390.
[76] *BGHSt,* 6, pp. 226-229.
[77] Cfr. *BGHSt,* 6, p. 229.
[78] *NJW,* 1961, pp. 1079-1081.
[79] BGH, *MDR,* 55, p. 224 = *LM,* núm. 3, relativo al § 176, apartado 1, núm. 1; BGH, *MDR,* 58, p. 139, con reseña de DALLINGER.
[80] *BGHSt,* 15, pp. 132-133 = *LM,* núm. 4, relativo al § 176, apartado 1, núm. 2, con comentario de KOHLHAAS.
[81] Cfr. las referencias *supra,* p. 437.
[82] Así, MAURACH, *NJW,* 61, p. 1051, demuestra convincentemente que la segunda alternativa del § 177 sólo representa un "ejemplo extraído a título ilustrativo" de un caso de la primera alternativa.

dominio del hecho, pensada ante todo para el autor directo. De querer sustentar otra opinión habría que volver con carácter general a la teoría objetivo-formal, que es rechazada con razón por la jurisprudencia y la doctrina absolutamente dominante.

Por lo demás, la distinción que pretende efectuar el BGH entre los números 1 y 2 del § 176 StGB se presenta como especialmente curiosa, porque en el caso del número 1 ni siquiera requiere el dominio del hecho para fundamentar la autoría, sino que se conforma con una "intervención espiritual", esto es, con la mera presencia y palabras de ánimo [83]. ¿Puede decirse realmente —de ser determinante este punto de vista— que el que coopera sólo espiritualmente «lleva a cabo con violencia acciones deshonestas con una mujer»? Me parece que el BGH se rebate a sí mismo.

bb) De todos modos, los tipos mencionados en la jurisprudencia (§§ 176, párrafo 1, núm. 2; 177, 2.ª alternativa, StGB) coinciden con los que *supra* hemos considerado delitos de propia mano (§§ 173, 175 y 175b StGB) en que sus acciones típicas constituyen graves vulneraciones de la moral sexual, cuya inmoralidad específica no es inherente al comportamiento del *extraneus*. Es ésta la idea que Hellmuth MAYER [84] resume en la frase: «... si A determina a B a violar a C, él no realiza ningún acto lúbrico al menos personalmente».

Naturalmente cabría pensar en distinguir así y suponer que la figura central en tales delitos, divergiendo de la teoría del dominio del hecho, se determina por la especial cualidad lúbrica del comportamiento propio. Pero entonces, como ya estimó BINDING [85] y como otros en ocasiones han defendido, habría que considerar delitos de propia mano a todos los delitos contra las buenas costumbres, mientras que el BGH, en el § 176, párrafo 1, número 1, así como en el § 177, 1.ª alternativa, al que se refiere la cita de H. MAYER [86], rechaza expresamente esta posibilidad.

Además, una "teoría de la unidad" en tal sentido sería incorrecta, como se desprende de que misión y finalidad del legislador penal ante todo consisten en proteger bienes jurídicos. Ello es aplicable también a los delitos contra las buenas costumbres; bien es verdad que los delitos reunidos en el título XIII de la Parte Especial representan todos —como ya se deduce de la rúbrica— «delitos graves y menos graves contra las buenas costumbres»; no obstante, en la mayoría de los casos no se trata de un intento del legislador

[83] Cfr. BGH, *MDR*, 55, p. 144, y *supra*, pp. 309 y 452.

[84] *Lehrb.*, p. 331.

[85] «Die drei Grundformen», en *Abhandlungen*, p. 266.

[86] También MAYER deja en seguida de ser fiel a su propio punto de partida al decir —de modo materialmente acertado— (p. 331): «En la violación a una mujer lo verdaderamente merecedor de punición es la humillación de la víctima, no siendo tan importante la indecencia personal del autor. Lo mismo cabe predicar del § 176, núm. 1.» Lo que uno se pregunta es por qué ello ha de ser distinto en el § 176, núms. 2 y 3 (pp. 331 y 332).

de elevar la moral sexual, sino de la necesidad de preservar a víctimas inocentes ante menoscabos absolutamente concretos por parte de delincuentes.

Incluso sin efectuar un análisis más detallado es fácil advertir que en lo esencial son tres complejos de bienes jurídicos los que aquí se protegen: la integridad corporal y la libertad de decidir en la esfera sexual (ejemplos principales: §§ 177 y 176, núm. 1, StGB), la inexperiencia y la falta de capacidad de resistencia en jóvenes, enfermos y personas con relación de dependencia (cfr., por ejemplo, los §§ 174, 175a, núm. 3, 176, párrafo 1, núms. 2 y 3, 182 StGB) y las moralidad y decencia públicas (§ 182, en parte también los §§ 184 y 184b StGB).

Ahora bien, tales resultados son absolutamente dominables o codominables por aquellos que no ejecutan de propia mano la acción típica completa. Por eso, en la distinción entre autoría y participación el principio del dominio del hecho vuelve por sus fueros. Una delimitación con arreglo a principio distinto —en función del respectivo matiz de la inmoralidad— no puede ser aquí determinante, pues la misión del legislador de un Estado de Derecho tiene que ser siempre primordialmente la protección de bienes jurídicos; la inmoralidad no le interesa por sí misma, sino a lo sumo por sus consecuencias. Por eso, aquel que tiene el resultado en sus manos es la figura central del suceso de la acción.

Así pues, quien en la violación coopera en el empleo de la violencia, es coautor del § 177 StGB, tanto si se trata de la primera alternativa como de la segunda (en contra de lo sostenido por el OLG Celle); quien determina a un enajenado a abusar de una mujer es, en contra del BGH, autor mediato del § 176, número 2, StGB [87]; quien lo envía a realizar actos exhibicionistas a la calle responde por provocar escándalo público en autoría mediata (§ 183 StGB), y quien, junto con otro, seduce a una muchacha menor de dieciséis años, es coautor del § 182 StGB, aun cuando él mismo no haya tenido acceso carnal [88]. Análogamente han de tratarse todos los demás delitos sexuales cuyo tipo presupone una lesión de bien jurídico determinada.

La diferenciación de las formas de cooperación con arreglo a la forma específica de la inmoralidad evidenciada por el autor —y consiguientemente el carácter de delito de propia mano— únicamente se da, pues, en los raros supuestos en que el comportamiento le pareció merecedor de punición a la instancia legislativa con independencia de una concreta lesión de bien jurídico, como se puso de manifiesto en los preceptos tratados *supra* (§§ 173,

[87] Como aquí, WELZEL, 7.ª ed., p. 369; SCHÖNKE-SCHRÖDER, 10.ª ed., § 176, III, 6, p. 747; MEZGER, *LK*, 8.ª ed., § 176, nota 5; como el BGH, en cambio, MAURACH, *AT*, 2.ª ed., p. 197; SCHWARZ-DREHER, 23.ª ed., § 176, 2.

[88] Como aquí, SCHÖNKE-SCHRÖDER, 10.ª ed., § 182, III, p. 765; FRANK, § 182, II, 2; en favor de la naturaleza de propia mano, WELZEL, *Lehrb.*, 7.ª ed., 373; MEZGER, *LK*, § 182, nota 3; SCHWARZ-DREHER, 23.ª ed., § 182, 2, A.

175 y 175b StGB). En ellos, no habiendo nada que dominar, la condición de propia mano se deriva necesariamente de la estructura de los tipos. En los demás casos, sin embargo, hay que seguir ateniéndose al concepto general de autor.

cc) Las mismas objeciones que había que esgrimir en los delitos sexuales que lesionan bienes jurídicos, en contra de la distinción basada en matices morales, son predicables con mayor razón de distinciones de carácter psicológico-emocional. Bien es cierto que la realización de propia mano de muchos delitos sexuales está caracterizada por determinados sentimientos de lascivia, que faltan en el sujeto de detrás que dirige o en los compañeros que codominan. Ya los glosadores lombardos emplearon en parte este punto de vista para fundamentar la necesidad de comisión de propia mano [89]. Éste sería acertado en el § 176, párrafo 1, número 2, StGB, así como, evidentemente, en el tipo de la violación, al que también el BGH considera comisible por mano ajena.

Pero sería incorrecto hacer depender la delimitación entre las formas de participación de tales variaciones de sentimientos. NAGLER [90] dice con toda razón: «... no cabe hablar... de que... la satisfacción de la lujuria sea requisito típico». El legislador no se preocupa de sentimientos libidinosos; lo que le importa —por ejemplo, en el supuesto de la violación o del abuso sexual— es la mujer a la que se ha violado o de la que se ha abusado. Quien haya dirigido esa grave lesión de bien jurídico es para él la figura clave del suceso. Los sentimientos subjetivos de los intervinientes son absolutamente secundarios.

VI. LA ACCESORIEDAD EN LOS DELITOS DE PROPIA MANO

1. ¿Participación en el hecho doloso?

La esencia de la comisión de propia mano descrita *supra* obliga, al enjuiciar los problemas de la participación, a una consecuencia que convierte a la separación tajante entre delitos de infracción de deber y de dominio, más allá del ámbito de su importancia teórica, en una exigencia de trascendencia asimismo práctica. Por anticipar mi tesis, que se deduce con facilidad a partir de lo que antecede: afirmo que la inducción y la complicidad con el hecho no doloso, como se ha indicado, son posibles sin más en los delitos de infracción de deber —aun cuando se trate de tipos de propia mano inauténticos—, pero que no lo son en los auténticos delitos de propia mano,

[89] Cfr., en detalle, ENGELMANN, en *Festschrift für Binding*, t. 2, pp. 464 ss., con amplia bibliografía; asimismo, ENGELSING, *Eigenhändige Delikte*, pp. 6 y 7.

[90] *Teilnahme am Sonderverbrechen*, p. 69, nota 2.

al igual que ya en los delitos de dominio, debido a la propia naturaleza de las cosas.

Lo cual se deduce de lo siguiente: estribando el fundamento de punición de los delitos de propia mano en la desvaloración específica del comportamiento típico, si el ejecutor directo actúa sin dolo, decae, junto con la cualidad de desvalorado de su hacer, el punto de conexión para punir a los *extranei*.

En los delitos de autor jurídico-penal ello es evidente. Naturalmente, sería absurdo calificar de «inducción al rufianismo no doloso» cuando un sujeto se deja mantener por una mujer, de la que desconoce, debido al engaño por parte de un tercero sabedor, que obtiene sus ingresos de ejercer la prostitución. Dado que el *extraneus* no ha realizado una lesión de bien jurídico, ni ha provocado un comportamiento típico —el cual presupondría una relación duradera y consciente con una prostituta—, ni lo ha puesto en práctica personalmente, su actuar no es captable desde ningún punto de vista penal como inducción o complicidad.

Otro tanto rige para los delitos vinculados a comportamiento determinado sin lesión de bien jurídico. Volviendo al ejemplo de que un sujeto, fingiendo un experimento científico, determina a otro a tener acceso carnal con un animal, es imposible estimar aquí inducción a zoofilia no dolosa, pues la intervención en el hecho no doloso se fundamentaba, en los delitos de infracción de deber, donde la hemos considerado posible, únicamente en la idea de que al *extraneus* se le imputa la lesión típica del bien jurídico con independencia del dolo del obligado. Pero donde —como aquí— no resulta menoscabado ningún bien jurídico, fracasa tal idea. El legislador bien puede, sin consideración a un bien jurídico concreto, prohibir la intervención en una inmoralidad especialmente abominable, por lo cual también la participación en la zoofilia dolosa sigue siendo punible. Pero si al sujeto actuante le falta el dolo, entonces tampoco se da conducta inmoral en la que pueda haber tomado parte el *extraneus*, decayendo necesariamente su punición.

También el problema de la determinación al incesto no doloso ha de resolverse de acuerdo con estos puntos de vista. El caso ya citado de la dueña del burdel de Hamburgo que se complace en urdir un encuentro sexual entre un hermano y una hermana que no se conocían contiene la cuestión concreta más citada de teoría de la participación. No hay comentario, tratado o monografía que prescinda de este ejemplo, aun cuando un caso así no ha ocurrido nunca y probablemente tampoco ocurra en el futuro.

No obstante, la predilección de todos los autores por este curioso supuesto no es casual, pues aquí convergen —como en seguida se va a poner de relieve— los conceptos de autor de los delitos de dominio, de infracción de deber y de propia mano como en un espejo ustorio; este caso ciertamente

alambicado presenta, por eso, un alto valor cognoscitivo, y en esa medida también, mediatamente, importancia práctica.

En el debate actual cabe distinguir tres grupos de opiniones. La primera, a la que pertenecen MEZGER [91] y ROEDER [92], estima incesto en autoría mediata. Para una segunda postura, que mantienen SCHÖNKE-SCHRÖDER [93], LANGE [94] y FRANZHEIM [95], se da inducción al incesto no doloso. La tercera, la que cuenta con más partidarios, entre los que cabe mencionar a WELZEL [96], MAURACH [97], H. MAYER [98], BAUMANN [99], BOCKELMANN [100], HEINITZ [101] y TRÖNDLE [102], considera no punible el hacer de la dueña del burdel desde la perspectiva del incesto.

Las fundamentaciones de las teorías en conflicto no llegan a coincidir ni siquiera entre los partidarios de una misma solución. Dado que la dueña del burdel indudablemente tiene el dominio del hecho, se pone de manifiesto lo poco apropiado que es este concepto para aplicarlo indiscriminadamente a todos los casos de delitos dolosos de comisión. Reduciendo las tres opiniones a su núcleo, hay que basarlas, paralelamente a sus concepciones distintas acerca de la "esencia" del incesto, en un concepto de autor distinto en cada caso.

a) Entendiendo que el objeto del § 173 consiste en evitar un debilitamiento de la pujanza del pueblo mediante la procreación de descendientes con dotación genética inferior, necesariamente hay que considerar al incesto como un delito de dominio que también pueden cometer *extranei* como coautores o autores mediatos, puesto que con respecto al resultado que tuvo presente el legislador es indiferente que el que lo dirigió fuera un pariente o no, que obrara de propia mano o empleando un instrumento. También ROEDER [103] considera al incesto como un «ataque a la sana pujanza del pueblo», y MEZGER señala que a la ley le importa, también en el incesto, «la evitación del "resultado"».

b) Si, como, por ejemplo, defiende LANGE, en el incesto se niega la autoría mediata, considerando en cambio posible la inducción al hecho no doloso, esto será correcto en el sentido de las categorías que hemos elaborado,

[91] *LK*, 8.ª ed., § 47, 1, b, aa, p. 249; *StuB, AT*, 9.ª ed., p. 236.
[92] *ZStW*, t. 69, 1957, pp. 248 y 249.
[93] 10.ª ed., ante § 47, X, 1, p. 254.
[94] KOHLR.-LANGE, 42.ª y 43.ª eds., II, 2, ante § 47, pp. 165 y 166; § 173, III, 1, p. 415.
[95] *Die Teilnahme an unvorsätzlicher Haupttat*, pp. 53 y 54.
[96] *Lehrb.*, 7.ª ed., p. 95.
[97] *BT*, 3.ª ed., p. 384.
[98] *Lehrb.*, p. 331.
[99] *Lehrb.*, 2.ª ed., p. 458.
[100] *Untersuchungen*, p. 45.
[101] *Festschr. zum 41. Juristentag*, 1955, pp. 106 y 107.
[102] *GA*, 1956, p. 148.
[103] Ésta y las siguientes citas sin llamada se refieren a los lugares señalados *supra* en notas 91-102.

únicamente en tanto que concibamos este tipo como puro delito de infracción de deber. Entonces tiene que estar estructurado de manera que el fundamento de punición resida en una lesión del bien jurídico susceptible de realización también por parte del *extraneus*, pero que en el pariente se añada, con virtualidad de fundamentar la autoría, una especial posición de deber para con el bien jurídico protegido. La "salud del pueblo", desde esta perspectiva, no es un bien jurídico adecuado [104], porque los parientes no tienen con ésta una relación más estrecha que cualquier otro. En lugar de ello es evidente atender a «mantener libre la familia de relaciones sexuales» [105], a la puesta en peligro de los vínculos familiares [106], pues aquí cabe decir que también el *extraneus* puede lesionar el bien jurídico, pero que al autor, con respecto a sus parientes, le incumbe un deber especial de proteger su propia familia, deber que no se extiende a los demás implicados.

Algo semejante expresa LANGE [107] acerca de la conducta de la dueña del burdel: «El bien jurídico está vulnerado en todas las relaciones esenciales también aquí y además se ha determinado dolosamente a los que mantuvieron contacto sexual», y su discípulo FRANZHEIM lo fundamenta de manera absolutamente consecuente cuando señala [108]: «El bien jurídico protegido por el § 173 StGB... no sólo resulta lesionado cuando los hermanos mantienen relaciones siendo sabedores de su parentesco, sino también cuando yacen sin ese conocimiento, pero después averiguan que son hermanos. Las secuelas psíquicas del comportamiento anómalo son más perjudiciales para la cohesión afectiva de la familia que el propio hecho. Si en el caso de la dueña del burdel de Hamburgo la cohesión de ambos hermanos ya está destruida, mediante la relación sexual queda dificultado para siempre el restablecimiento de las relaciones familiares entre hermano y hermana».

Siendo esto así, nos encontramos ante un puro delito de infracción de deber en forma de delito de propia mano inauténtico, y la única solución admisible es la de estimar la inducción al incesto no doloso.

c) Pero distinta es la cuestión si, como se ha mantenido *supra* [109], el fundamento de punición del incesto no se sitúa en la lesión del bien jurídico, sino en la especial reprobabilidad moral de esta conducta, entendiendo que se da un delito de propia mano. Entonces, pero sólo entonces —lo que suelen pasar por alto los partidarios de esta postura—, la dueña debe quedar impune por lo que respecta al incesto. En efecto, si los hermanos nada saben de su parentesco, le falta a su comportamiento la depravación presupuesta por el legislador. Como la dueña, pues, ni ha lesionado el bien

[104] Discrepa en esto LANGE, *op. cit.*, p. 165.
[105] FRANZHEIM, p. 53; cfr. asimismo KOHLR.-LANGE, *op. cit.*, § 173, I, p. 414.
[106] SCHÖNKE-SCHRÖDER, 10.ª ed., § 173, I, p. 730.
[107] *Op. cit.*, § 173, III, 1, p. 415.
[108] *Op. cit.*, pp. 53 ss.
[109] Pp. 449-450.

jurídico ni puede cooperar en una acción especialmente reprobable, y como su propio comportamiento sí es abominable, pero no incestuoso, resulta obligatorio negar la autoría mediata y estimar la inducción al hecho no doloso.

El único que expresa esto es H. MAYER cuando dice: «... el incesto no consiste en el acceso carnal entre consanguíneos, sino en la vulneración de los vínculos familiares psíquico-morales. Pero éstos no resultan menoscabados cuando los principales intervinientes no saben que son hermanos». También LANGE se inclinaba por esta concepción; entonces [110] consideraba que lo esencial del juicio penal de desvalor relativo al incesto no queda abarcado invocando un resultado socialmente perjudicial. Aquí más bien se conmina con pena "un pecado, un auténtico desafuero". Cuando, por el contrario, hoy hace hincapié en la lesión del bien jurídico, este desplazamiento del acento viene necesariamente requerido por su construcción de la inducción al hecho no doloso; en otro caso, no habría sido concebible una solución así [111].

La tesis que aquí se establece de que no es posible la participación en un hecho no doloso en los delitos de propia mano en sentido estricto, al parecer es discutida por NOLL, quien acertadamente señala, coincidiendo con nuestra concepción, que el incesto no tiene ningún resultado separable de él. Es desaprobado también jurídicamente por estar desaprobado éticamente, aun cuando nadie resulte perjudicado [112]. Pero luego prosigue diciendo que el orden de la moralidad sexual también resulta lesionado cuando la acción se comete no dolosamente, «por ejemplo, debido a error sobre la identidad de la persona con la que se mantienen relaciones». Como la propia acción sirve aquí de resultado, queda marcada de desvalor con independencia del dolo [113].

De ser esto cierto, aun actuando sin dolo los hermanos, de todos modos quedaría un resto de desvalor al que podría conectarse la participación de la dueña del burdel. Pero no veo cómo va a ser esto concebible, pues la desaprobación ética que se dirige al comercio incestuoso y a la que expresamente atiende NOLL únicamente puede afectar a una persona que sea sabedora de que mantiene relaciones con un pariente cercano. Por eso me mantengo en mi postura.

Cómo se decida la cuestión depende realmente, pues, de cuál de las concepciones esbozadas acerca del fundamento de punición del incesto se siga. Y aquí me parece que merece preferirse la derivación, que prescinde

[110] *Moderner Täterbegriff*, p. 27.

[111] El propio LANGE se da cuenta de ello con claridad; cfr. *op. cit.*, II, 2, ante § 47, pp. 165 y 166.

[112] *Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe*, p. 33.

[113] *Op. cit.*, p. 34.

de lesión de bien jurídico, a partir de la pura reprobabilidad, incluso frente a la idea de la protección de la familia, que dejaría abierta la posibilidad de participación en el hecho no doloso. En efecto, por una parte, como señala JÄGER [114], a menudo es precisamente «un exceso insano de vinculación intrafamiliar lo que caracteriza a las familias incestuosas», y por otra parte mediante el despliegue de penas de prisión la familia más bien resulta destruida que mantenida. Por último, en el caso de hermanos que al llegar a adultos sólo raramente conviven en una familia, una fundamentación así resulta un poco sofística. Ello queda puesto de manifiesto precisamente en la coherente argumentación de FRANZHEIM mencionada *supra*: no se entiende bien por qué en los hermanos haya de quedar «dificultado para siempre el restablecimiento de las relaciones familiares» debido a las relaciones sexuales, cuanto más que ambos no habrán pretendido nunca algo así.

Excurso

Y sin embargo, para lo que quiero poner de relieve ni siquiera hay que atender decisivamente a qué concepción se profesa. Lo que me parece esencial en este ejemplo académico y que eleva lo que a primera vista semeja una controversia más bien doctrinaria hasta algo fundamental es esto: la separación entre delitos de dominio, de propia mano y de infracción de deber que he efectuado, no es un esquema constructivo al que un tipo como el de incesto tenga, mal que bien, que acomodarse. Más bien estas distinciones se han extraído de la estructura de la materia de regulación y la incardinación del tipo concreto no se produce por necesidad dogmática, sino investigando el fin de protección del legislador y los principios de sociología criminal que inspiran cada precepto.

Un procedimiento así me parece apropiado para arrojar luz sobre el sentido profundo del trabajo sistemático y dogmático sobre el Derecho penal sustantivo, que a veces criminólogos y prácticos ponen en tela de juicio. No es éste el lugar para analizar esto ni siquiera brevemente. Pero ya de la mano de este ejemplo, que por su importancia general ha sido tratado con tanto detalle, tendría que haber quedado claro algo: que resulta esencialmente diferente derivar la impunidad de la determinación al incesto no doloso de que la "esencia de la acción" fuerce a una determinada regulación de la accesoriedad que tendría que valer en igual medida para todo tipo, con independencia de su singularidad, o bien llegar a ese resultado investigando los fundamentos del tipo de incesto, que no por eso tiene que sustraerse a una incardinación sistemática amplia; al igual que resulta totalmente diferente en el aspecto metodológico fundamentar la posibilidad de inducción a la deserción no dolosa en que según el § 50.1 StGB el dolo ha de incluirse

[114] *Strafgesetzgebegung und Rechtsgüterschutz*, p. 67.

en la culpabilidad, o que se advierta como fundamento de punición de este precepto la protección de determinado bien jurídico y de ahí se obtenga la estructura dogmática de la participación en los delitos de infracción de deber.

Mientras que, en las primeras formas de fundamentar, un punto de partida constructivo-dogmático fuerza, por la vía de puras deducciones conceptuales, resultados concretos cuya relación con el problema material respectivo ya no es comprensible para una consideración aporética, el segundo proceder, que aquí se elige, parte de la estructura, distinta en cada caso, del tipo concreto, y a partir de ahí llega a formar categorías dogmáticas generales que esclarecen la relación interna de los preceptos legales y previenen la fragmentación casuística. Ahí se da una síntesis de razonamiento sistemático y problemático que impide exageraciones unilaterales y cuya ejecución plurilateral me parece que constituye una de las tareas futuras esenciales de la ciencia penal.

Al mismo tiempo, el caso al que se ha recurrido como paradigma manifiesta que la criminología y la sociología criminal no tienen que discurrir sin relación, como a veces se entiende, al lado de la dogmática, sino que al arrojar luz sobre el trasfondo de una regulación legal simultáneamente prestan una aportación para el desarrollo de una dogmática adecuada, de manera que ésta, si no pretende explicar de modo meramente doctrinario la materia jurídica, no puede pasar por alto los conocimientos de aquéllas. También aquí existe un ámbito de trabajo para la investigación en el que hasta ahora se ha reparado escasamente.

2. ¿Accesoriedad extrema en los delitos de propia mano?

Con arreglo a los resultados de nuestra investigación relativa a los delitos de propia mano puede ser dudoso si la posibilidad de participación en un hecho principal inculpable —por ejemplo, en los supuestos de coacción— satisface la esencia de los delitos aquí analizados, pues el principio de la accesoriedad limitada, que en los delitos de infracción de deber despliega toda su virtualidad, se basa esencialmente en la idea de la protección de bienes jurídicos: se puede participar en la realización de un resultado socialmente perjudicial, aun cuando al autor en persona no le sea reprochable nada.

Por el contrario, si el fundamento de punición reside, como se mostró con respecto a los delitos de propia mano, en la mera reprobabilidad e inmoralidad de un comportamiento, se plantea la cuestión de en qué participa en realidad el sujeto de detrás cuando el autor obra coaccionado o sufriendo error de prohibición inculpable, no afectándole reproche alguno. Si, por ejemplo, alguien le asegura a un extranjero que las relaciones homosexuales

no están prohibidas en Alemania y éste las practica inculpablemente, o si alguien fuerza a otro a realizar actos lúbricos con animales, ¿sigue realizando un hecho así los requisitos con los que resulta razonable admitir la posibilidad de participación?

La cuestión conduce al problema fundamental de la posibilidad de separar injusto y culpabilidad en los delitos de propia mano. No podemos abordarla en profundidad, porque presupondría examinar el sistema del delito en su integridad, lo que excedería del marco de este trabajo. Pero haciendo residir el contenido material del injusto en la lesión de bien jurídico socialmente perjudicial y la culpabilidad en la reprochabilidad personal, cabría discutir que tal modo de razonar en dos planos también esté justificado allí donde el fundamento de punición estriba en la mera reprobabilidad moral de un comportamiento, pues ¿cómo cabe concebir una reprobabilidad inculpable? y ¿en qué va a residir la dañosidad social del comportamiento inculpable, si incluso dándose un hecho culpable falta la lesión de bien jurídico?

El problema sólo cabe aquí tratarlo someramente. En efecto, cambiando ligeramente de punto de vista, la separación mantiene su sentido. Si, por ejemplo, el injusto se asigna al ámbito del deber general y la culpabilidad al del poder individual, o si se determina el injusto según la tipicidad de los delitos y la culpabilidad según la motivación interna, también es posible en nuestros ejemplos hablar de participación del sujeto de detrás que engaña o coacciona.

En todo caso, es importante que tales supuestos, para esta consideración, han de tratarse de otro modo que los supuestos antes debatidos de cooperación en el hecho no doloso, puesto que en el comportamiento doloso el que obra directamente sabe que está efectuando un acto deshonesto con un hombre o con un animal, de manera que siempre se da un hacer contrario a la prohibición, ajustado al tipo de delito, cuya provocación, desde la perspectiva del tipo pertinente, puede manifestarse como punible; por el contrario, en el hecho no doloso, en la mente del agente (lo único que puede ser decisivo en los delitos contra la ley moral), le falta a su comportamiento jurídicamente neutro todo lo disvalioso y desaprobado jurídicamente, no cabiendo ya hablar en absoluto de participación en un comportamiento conminado con pena.

Así pues, podemos sintetizar diciendo que el que sea posible o no en los delitos de propia mano, tal como entendemos este concepto, la participación en el hecho principal inculpable, depende de qué concepción se mantenga con respecto a la esencia del injusto y de la culpabilidad. Pero se decida como se decida, en todo caso la inducción o complicidad en el hecho no doloso resulta imposible en los delitos de propia mano.

Así llegamos al final de nuestras reflexiones sobre la accesoriedad, disponiendo ya del necesario bagaje para encontrar una solución convincente

a algunos tipos en los que resulta especialmente dudosa su condición de propia mano.

VII. LA NATURALEZA DE PROPIA MANO EN ALGUNOS TIPOS CONTROVERTIDOS

1. Adulterio y bigamia

Piénsese en un caso que, con sólo retrotraerse a las convulsiones de finales de la guerra, no parecerá en absoluto artificioso: A le cuenta a B que su mujer ha muerto en la guerra, sabiendo que en realidad aún vive. Poco después B contrae un nuevo matrimonio.

Surge la cuestión de cómo hay que calificar la conducta de A en cuanto a los tipos de adulterio (§ 172) y bigamia (§ 171) *, esto es, si se trata de delitos de infracción de deber o de auténticos delitos de propia mano. Lo cual, como sabemos, tiene trascendencia práctica en tanto que en el primer caso es posible la inducción al hecho no doloso, mientras que en el segundo está excluida, de manera que la toma de posición con respecto a este problema es decisiva para la punibilidad del sujeto de detrás.

Por lo que se refiere, en primer lugar, al adulterio, parece obvio concebirlo como delito de infracción de deber, considerando bien jurídico protegido al matrimonio destruido y circunstancia fundamentadora de la autoría al quebrantamiento del deber de fidelidad conyugal. Pero esta explicación fracasa en principio por cuanto que también la persona no casada incurre de la misma manera en responsabilidad por adulterio aun cuando no vulnere deber de fidelidad alguno. Asimismo, examinando la cuestión más detenidamente, es dudoso que este precepto se proponga verdaderamente la protección del matrimonio concreto, pues la ruptura del matrimonio no es elemento del tipo, sino sólo requisito de procedibilidad; además, no cabe proteger un matrimonio ya roto, y el efecto preventivo-general de una conminación penal así es más que cuestionable precisamente en este delito y, por tanto, inapropiada para justificar la punición.

El Proyecto de 1962, que mantiene el precepto, señala que de éste se deriva «un efecto de configurar y mantener la moral» [115]. También para el Derecho vigente cabe deducir que el adulterio —sin tener en cuenta la

* § 171 StGB: «La persona casada que contrajere nuevo matrimonio sin haber sido declarados divorcio o nulidad, así como la persona soltera que contrajere matrimonio con persona casada, a sabiendas...»

§ 172 StGB: «Se castigará con prisión de hasta seis meses por el adulterio, si como consecuencia suya se divorcia la pareja, tanto al cónyuge culpable como a la persona ajena al matrimonio.»

[115] P. 348, en relación con el § 193 del Proyecto.

protección del matrimonio concreto— [116] se castiga por contravenir la moral. Pero entonces se trata de un caso típico de delito de propia mano auténtico: si al autor le falta (como aquí a B) el dolo, no cabe hablar de vulneración de la moral, y como el punto de vista del bien jurídico protegido no desempeña papel alguno, el sujeto de detrás, A, aun teniendo el dominio del suceso, no puede ser captado ni como autor ni como inductor del hecho no doloso.

Distinta es la situación en la bigamia. Aquí se trata realmente de un bien jurídico concreto, a saber, de la tutela estatal del matrimonio como institución. Con razón dicen SCHRÖNKE-SCHRÖDER [117] que el precepto no se propone «sólo la protección de la moralidad, sino ante todo del ordenamiento estatal del matrimonio». Incluso hay mucho a favor de entender que la inmoralidad del comportamiento, por cuanto afecta al cónyuge abandonado, sólo queda captada por el § 172 StGB (adulterio). En cualquier caso, el bien jurídico protegido por el delito de bigamia es también susceptible de lesión por parte de un *extraneus*. Éste ciertamente no puede ser autor mediato a pesar del dominio del hecho, pues el que el tipo circunscriba expresamente el círculo de autores al que contrae segundo matrimonio muestra que el legislador le ha impuesto un deber especial de respetar el vínculo conyugal existente. Pero desde luego no se trata de un delito de propia mano auténtico, sino inauténtico, esto es, de un delito de infracción de deber, de manera que se castiga a A por inducción a la bigamia no dolosa.

Así pues, resulta que los dos tipos de los §§ 171 y 172 StGB, que se señalan casi generalmente como delitos de propia mano, en realidad se basan en un concepto de autor de distinta índole.

2. Prevaricación

Asimismo uno de los casos más famosos de la teoría de la participación lo viene proporcionando el tipo de prevaricación (§ 336 StGB). Al respecto, el debate en la actualidad no gira en torno tanto a la cuestión de si constituye un delito de propia mano [118] como en torno al problema, de gran importancia práctica, de si la producción consciente de una sentencia injusta por parte de un *extraneus* puede abarcarse como inducción a la prevaricación no dolosa.

Pero ambas cuestiones, como hemos visto, no pueden separarse, pues lo decisivo es el concepto de autor que subyace a este precepto. Si realmente se trata de un delito de propia mano, la participación en el hecho no doloso

[116] También el Proyecto *(loc. cit.)* señala que el precepto penal es «sólo de limitado valor para el matrimonio concreto», y para la fundamentación de la punibilidad obviamente intenta prescindir de este aspecto.

[117] 10.ª ed., § 171, p. 724.

[118] Así ya BINDING, *Die drei Grundformen*, p. 266.

es imposible; por el contrario, si estamos ante un delito de infracción de deber, nada se opone a estimarla.

Así, este ejemplo, frente a una opinión muy extendida, pierde al mismo tiempo su valor como prueba en favor de la imposibilidad de participación en el hecho principal no doloso, pues aun cuando una solución así tuviera que considerarse como absolutamente inadmisible, ello permitiría a lo sumo deducir el carácter de propia mano de la prevaricación, pero nada indicaría sobre el tratamiento de la accesoriedad en los delitos de infracción de deber.

Sustancialmente ocurre que la doctrina dominante rechaza la participación en la prevaricación no dolosa. Lo cual es aplicable con respecto a autores como WELZEL [119], MAURACH [120], BOCKELMANN [121], H. MAYER [122], HEINITZ [123], SAX [124], BÖRKER [125] y TRÖNDLE [126], que requieren siempre para la participación un hecho principal doloso [127] y recurren a este ejemplo casi siempre para fundamentar e ilustrar precisamente su punto de vista general; a su lado, también MEZGER [128] y FRANZHEIM [129] defienden esta postura en el caso del § 336 StGB, aunque por lo demás entiendan posible la participación en el hecho no doloso. Sólo LANGE [130] y ENGISCH [131] consideran correcto estimar inducción o complicidad con la prevaricación no dolosa.

La decisión de la cuestión controvertida, de seguir nuestros criterios, depende únicamente de si el quebrantamiento por parte del juez de su deber de fidelidad al Derecho, en el que se basa el § 336 StGB, es una circunstancia fundamentadora de la punición o simplemente determinante para la autoría. En el primer caso nos encontramos ante un delito de propia mano, que excluye la participación en la acción no dolosa, y en el segundo ante un mero delito de infracción de deber.

Así pues, tienen razón LANGE y ENGISCH si el § 336 StGB se propone proteger a los intervinientes frente a un menoscabo de su libertad, su reputación o su patrimonio por medio de resoluciones injustas. Estos bienes jurídicos los puede lesionar también un *extraneus* engañando al juez. Cier-

[119] *Lehrb.*, 7.ª ed., p. 100.
[120] *AT*, 2.ª ed., § 53, III, D, 1, p. 568.
[121] *Untersuchungen*, pp. 45, 106, nota 73.
[122] *Lehrb.*, p. 332; de todos modos, con las limitaciones inherentes a reconocer la *Urheberschaft* (autoría).
[123] *Festschr. z. 41. Juristentag*, Berlín, 1955, p. 108.
[124] *MDR*, 1954, pp. 68 y 70.
[125] *JR*, 1953, pp. 166-168 (166).
[126] *GA*, 1956, p. 147.
[127] En SAX esto no es válido para los supuestos de error; cfr. al respecto *supra*, pp. 286 ss. (294-295).
[128] Cfr. *Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik*, p. 31.
[129] *Teilnahme an unvorsätzlicher Haupttat*, p. 49.
[130] *ZStW*, t. 63, 1951, p. 504; KOHLR.-LANGE, 43.ª ed., ante § 47, III, A, 4, p. 169.
[131] *Festschr. für Eb. Schmidt*, pp. 118 y 119, pero considerándolo con cautela.

tamente no puede quebrantar el deber especial que incumbe sólo al que conoce en la causa, pero esta circunstancia sólo excluye su autoría, posibilitando precisamente, conforme a la estructura de los delitos de infracción de deber que hemos elaborado, la punición a título de participación.

Por el contrario, merece aplauso la doctrina dominante si el tipo de la prevaricación castiga, sin tener en cuenta todas las consecuencias perjudiciales de la sentencia injusta —de las que tampoco se trata en este tipo—, la deslealtad reprobable del juez para con sus funciones. Entonces el perjuicio para las partes procesales, en cuanto irrelevante para el tipo, no serviría para fundamentar la pena por participación; lo que caracteriza en este caso a la participación punible, la cooperación en la deslealtad reprobable, no existe ya desde el momento en que el juez actúa subjetivamente conforme a su convicción. Rechazar la participación en la prevaricación no dolosa es entonces forzoso.

En realidad, el resultado al que llega la doctrina dominante está mejor fundamentado, puesto que los bienes jurídicos que resultan menoscabados por la sentencia injusta ya reciben protección por medio de los tipos de estafa, detención ilegal, acusación falsa, falso testimonio, calumnia, etc. Por eso parece poco razonable ver en el § 336 un "tipo colectivo" que vuelva a proteger todos estos heterogéneos bienes jurídicos, sometiéndolos a una conminación común con pena de prisión sin posibilidad de una atenuación que nivele las notables diferencias en cuanto a cualidad y cantidad del injusto de tales perjuicios [132].

Es más, si el BGH, en pro de la independencia del juez, ha establecido que el § 336 StGB requiere dolo directo, y no sólo eventual, en el autor [133], ello es imposible de armonizar con la idea de la protección de bienes jurídicos, pues para el inocente internado en prisión —por tomar sólo un ejemplo— el perjuicio es igual de un modo u otro, razón por la cual en otros tipos con razón no se distingue entre dolo directo y dolo eventual. Por el contrario, considerando que fundamenta la punición el comportamiento prevaricador contrario a deber del juez, la distinción del BGH deviene razonable: un juez que aún duda, actúa mucho menos de contrariedad a deber, porque ante una alternativa únicamente puede decidirse por una de las posibilidades, teniendo que asumir el riesgo de una resolución injusta.

Por estas razones, ha de considerarse al tipo de prevaricación como delito de propia mano. También aquí ocurre —como en el incesto— que esta incardinación y la solución del problema de la accesoriedad se derivan de la propia estructura del tipo y no de decisiones sistemáticas previas.

[132] Por eso acierta FRANZHEIM, p. 49, al fundamentar su solución en considerar que el § 336 «no trata de evitar que se dicten sentencias objetivamente incorrectas, sino que los jueces decidan contra su propia convicción jurídica interna por motivos ajenos al asunto».
[133] *BGHSt*, 10, pp. 294-304 (298).

3. El delito en estado de embriaguez *(Volltrunkenheit)*

El tipo del § 330a StGB * suele pasar por delito de propia mano [134]; hasta ROEDER, que rechaza en general esta figura jurídica, reconoce esta única excepción [135].

El problema de la comisión de propia mano, naturalmente, sólo surge en este precepto si se considera al propio embriagarse como núcleo de la acción típica. En cambio, entendiendo como comportamiento fundamentador del injusto al hecho cometido en estado de embriaguez, con respecto al cual es posible sin más la autoría mediata, queda sin objeto la cuestion de autoría y participación en el embriagarse. No vamos a debatir aquí este problema básico, sino que, con la doctrina dominante, en lo sucesivo vamos a partir de la hipótesis de que la acción típica consiste en embriagarse.

En este caso es cierto, y nunca se ha discutido, que no viene en consideración la autoría mediata —por ejemplo, mezclando un estupefaciente con un bebida—: «La ley sólo impone al propio individuo el deber de autocontrol» [136]. Así pues, el principio del dominio del hecho fracasa de entrada. Pero con ello aún no está demostrado que se trate de un delito de propia mano auténtico; puede tratarse igualmente de uno inauténtico, esto es, de un delito de infracción de deber. Esta posibilidad la sugiere ya el que la mayoría de los autores fundamentan el carácter de propia mano entendiendo que sólo el que se embriaga tiene el deber de refrenarse.

La trascendencia práctica de este dilema reside, como sabemos, en que en un caso es posible la participación en el hecho no doloso, mientras que en otro está excluida. Por eso la solución podría dejarse de lado como problema de índole meramente académica si estuviera excluida la participación también en el hecho en estado de embriaguez doloso, como defienden, por ejemplo, SCHRÖDER [137], WELZEL [138] y MAASSEN [139]. Pero eso no puede deducirse de la ley. No está claro por qué, como entiende WELZEL, el dolo del partícipe «tendría que referirse al resultado, el hecho en estado de embriaguez, lo que está excluido debido a la naturaleza del delito», ya que también el dolo del autor tiene que dirigirse sólo al embriagarse. Asimismo, tampoco el argumento de SCHRÖDER en el sentido de que sólo el autor tiene el deber de autocontrol [140] es consistente; en todos los delitos de infracción de deber la vinculación especial con respecto al bien jurídico se da únicamente en la persona del autor, sin que por eso esté excluida la participación [141].

* § 330a StGB: «El que, dolosa o imprudentemente, mediante la ingestión de bebidas alcohólicas o sustancias de efectos similares se situare en un estado de inimputabilidad, será castigado con prisión o multa, si en ese estado cometiere una acción conminada con pena.»

[134] Cfr. simplemente SCHÖNKRE-SCHRÖDER, 10.ª ed., § 330 a, VI, 1, p. 1214; MAURACH, *BT*, 3.ª ed., § 56, II, 4, p. 458; WELZEL, 7.ª ed., p. 405; SCHWARZ-DREHER, 23.ª ed., § 330 a, 2, C, p. 924; CRAMER, *GA*, 61, p. 102.

[135] Cfr. *ZStW*, t. 69, 1957, p. 252.

[136] SCHÖNKE-SCHRÖDER, *op. cit.* (cfr. nota 134); asimismo, CRAMER, *op. cit.*, p. 103.

[137] SCHÖNKE-SCHRÖDER, 1.ª ed., § 330 a, VI, a, p. 11215.

[138] *Lehrb.*, 7.ª ed., p. 405.

[139] DREHER-MAASSEN, 3.ª ed., § 330 a, V.

Y por lo que respecta a las objeciones político-criminales contra la inapropiada extensión de la punibilidad, cabe dar debida cuenta de ellas imponiendo exigencias estrictas a la prueba de la participación (¡no basta con beber a la misma mesa!) y, sobre todo, exigiendo también del partícipe que tenga que contar con la posibilidad de que el embriagado vaya a cometer algún delito, lo que, en contra de la postura del BGH [142], no es algo que se deduzca por sí mismo [143]. Sin embargo, cuando se cumplen todos los requisitos no existe motivo para dejar impune la participación, algo sin apoyo en la ley. Si un sujeto anima a otro, del que sabe que va a cometer excesos cuando se embriaga, invitándole de continuo a embriagarse disparatadamente, este comportamiento es absolutamente punible si el otro luego perpetra desmanes [144].

Tras aclarar esta cuestión previa se plantea, por último, el problema, en absoluto sin trascendencia práctica, de si en el caso del § 330a StGB es posible la participación en el hecho principal no doloso. De ocurrir alguna desgracia después, ¿debe quedar impune aquel que consigue embriagar a otro contra la voluntad de éste, teniendo por posible que en este estado pueda cometer una acción conminada con pena? MAURACH entiende que la participación decae "conforme a principios generales" [145].

Pero con principios generales, como se ha puesto de manifiesto muchas veces, no resulta posible decidirlo. Más bien hay que atender a si la ley considera al propio embriagarse una conducta reprobable y merecedora de punición, o si se la conmina con pena por las consecuencias temidas, esto es, por la puesta en peligro de bienes jurídicos. La respuesta sólo puede ser la segunda. Cabe discutir sobre si es censurable moralmente o socialmente adecuado que uno se embriague en casa, pero en cualquier caso el legislador no tiene que inmiscuirse en ello como apóstol de la moral. Sólo mediante su obligación de proteger bienes jurídicos puede justificarse este precepto.

Pero entonces no cabe duda de que se trata de un delito de propia mano inauténtico, esto es, de un delito de infracción de deber, y que es posible la participación en el hecho no doloso porque el sujeto de detrás, si bien a él no le afecta el deber especial fundamentador de la autoría,

[140] Como nota 137.

[141] Acertadamente CRAMER, *GA*, 61, p. 104.

[142] *BGHSt*, 10, pp. 247-252.

[143] Cfr. al respecto, por todos, LANGE, § 330 a, V, 2, p. 665.

[144] Igualmente, en definitiva, *BGHSt*, 10, p. 248, donde se estima «complicidad con la embriaguez plena»; por lo demás, cfr. KOHLR.-LANGE, § 330 a, IV, 2, p. 664; CRAMER, *GA*, 1961, pp. 103-105.

[145] *BT*, 3.ª ed., § 56, II, A, 4, p. 459.

puede lesionar los bienes jurídicos protegidos del mismo modo que el que se embriaga. Por lo demás, únicamente esta solución se acomoda al sentimiento jurídico, pues si un sujeto se embriaga dolosamente, entre el partícipe y la puesta en peligro sólo se interpone ya el deber y la capacidad de inhibición del bebedor, mientras que esta instancia de control precisamente está desactivada en el hecho no doloso. La puesta en peligro, pues, es mayor que en el primer caso, no pudiendo quedar impune [146].

Por ende, nuestro resultado es que el § 330a es un delito de infracción de deber y no uno de propia mano auténtico.

4. Síntesis retrospectiva

La falta de espacio impide continuar con el análisis de casos dudosos concretos. Sin embargo, las indicaciones precedentes deberían bastar para encontrar para otros tipos una solución correcta con ayuda de los criterios que se han empleado. En todo caso, se ha puesto de relieve que desde luego es posible encontrar puntos de vista unitarios para enjuiciar los delitos de propia mano, hasta ahora poco investigados. El número de tales delitos —hemos tratado individualizamente los §§ 361, núm. 3; 361, núm. 5; 181a; 172, 173, 175, 175b y 336 StGB— no es del todo insignificante y sus especificidades dogmáticas justifican asignarle una posición autónoma, junto a los delitos de dominio y a los de infracción de deber.

Al mismo tiempo ha quedado claro que doctrina y jurisprudencia ni siquiera tienen que revisar su concepción sobre el problema de la comisión de propia mano, puesto que en todos los delitos calificados como de propia mano por la jurisprudencia ha resultado que están sometidos al principio del dominio del hecho. Y las teorías del tenor literal y del movimiento corporal, a las que teoría y praxis recurren a menudo de modo poco claro, no atinan en el núcleo sustancial, si bien es verdad que, retrospectivamente, podemos apreciar lo que en ellas hay de correcto:

En efecto, en los delitos de propia mano auténticos no cabe decir de un *extraneus* que haya realizado el tipo, porque el contenido de injusto fundamentador de la pena no es susceptible de dominio desde afuera. Asimismo es acertado que la naturaleza de propia mano viene caracterizada por un comportamiento determinado desligado del resultado, como defiende la teoría del movimiento corporal.

Pero estos puntos de vista no aciertan en el centro de sentido del concepto de propia mano, sino que sólo señalan ciertos fenómenos accesorios que asimismo pueden aparecer en los delitos de dominio y en los de infracción

[146] Asimismo (que yo sepa el único), CRAMER, *GA*, 1961, pp. 105 y 106, que no obstante recurre al concepto de *Urheber* (autor, inspirador) en la fundamentación.

de deber y que, por tanto, no sirven como fundamentación de una teoría. Su generalización hasta formar teorías del "tenor literal" o del "movimiento corporal" se queda en lo superficial, lo naturalístico; en esta medida es absolutamente fundada la antigua objeción de Eb. SCHMIDT. Hasta ahora, las teorías sobre la comisión de propia mano constituyen más bien un buscar a tientas lo correcto, en función del sentimiento, que la formulación de conocimientos científicos.

§ 36. SÍNTESIS Y COMPLEMENTOS

Hemos recorrido el círculo de los delitos de comisión dolosos y llegado al resultado de que el autor siempre es la figura central del suceso de la acción, pero que este criterio se llena de contenido por medio de tres elementos materiales distintos: en general, mediante el concepto del dominio del hecho, en ciertos tipos también mediante la especial posición de deber extrapenal del autor o mediante una reprobabilidad ligada a cierto comportamiento, no lesiva de bienes jurídicos. Espero haber aclarado el sentido y la necesidad de esta división trimembre. Pero aún queda por ver la cuestión de si, junto a estos tres puntos de vista, no habrá otros criterios de la autoría que reclamen validez. Este problema presenta un aspecto práctico y otro teórico.

La cuestión práctica alude a si es realmente posible, con auxilio de esta articulación tan restringida, y dada la plétora de tipos heterogéneos, llegar siempre a una delimitación adecuada de autoría y participación. ¿No habrá, o al menos no serán imaginables, tipos en que fracasen estos baremos y en que haya que recurrir a otros puntos de vista (I)?

La cuestión teórica, que obviamente se encuentra en estrecha relación con la anterior, es la de hasta qué punto la división trimembre que hemos desarrollado es ineludible; la de si, con independencia de los tipos concretos representa un "modelo [en cierta medida] eterno" que pueda tener validez incluso para el Derecho venidero con sus preceptos aún por concebir, puesto que aun cuando la solución aquí desarrollada sea viable y factible, siempre cabría plantear la cuestión de si no sería posible proceder de otro modo y la de si una articulación de las formas de participación concebida en función de puntos de vista divergentes, de verse codificada, no dejaría sin significado al concepto de autor aquí defendido (II).

A lo cual asimismo se suma forzosamente la cuestión de si no sería conveniente o al menos posible renunciar del todo a la delimitación y fundar la ley en el concepto unitario de autor. A la vista de la circunstancia de que tanto el Derecho actual como el futuro renuncian a esta solución radical, el problema sólo se tratará brevemente aludiendo a las consecuencias que

se derivarían directamente de ella, a partir de nuestras consideraciones generales (III).

Por último, hay que abordar brevemente la cuestión de si (y cómo) la delimitación propuesta es viable en los delitos intentados. Lo cual requiere debatir, dado que de entrada no está claro, si, por ejemplo, se puede atender al dominio del hecho y cómo éste puede averiguarse, al no haber aún un "hecho" (IV, 1). En este contexto hay que investigar brevemente también la cuestión de si la posibilidad de dominar un suceso ha de considerarse, en el sentido de la teoría de la adecuación, como requisito general de la autoría en la tentativa (IV, 2).

I. POSIBILIDAD DE OTROS CRITERIOS DE LA AUTORÍA

1. ¿Los elementos de la actitud como circunstancias de la autoría?

La cuestión de si la diferencia entre las formas de participación, si no en general, sí en preceptos concretos, podría depender de la actitud de los intervinientes, surge en aquellos tipos que, en virtud de su formulación expresa, requieren una determinada disposición disvaliosa por parte del agente, como la caracterizada por los términos "con rudeza" (§§ 223b StGB; 9, párrafo 1, 1, Ley de Protección de Animales, *TierschG*), "por móviles viles", "por avaricia" (§ 211), "sin conciencia" (§§ 170c, d), "temerariamente" (§ 315a, párrafo 1, núm. 4), "por burda codicia" (§ 170a), etc. Tal actitud ¿tiene que darse en todos los intervinientes o sólo en el autor? Y ¿puede un no ejecutor, en contra del principio del dominio del hecho, ser autor cuando se destaca por presentar la actitud requerida por el tipo, lo que precisamente le falta al ejecutor directo?

GALLAS hablaba de las dificultades [1] que para la teoría de la participación surgieron con los elementos de la actitud, llamando por eso a estos elementos «cuerpos extraños en nuestro sistema del Derecho penal, orientado a la idea de la culpabilidad por el hecho» [2]. SCHMIDHÄUSER [3] también les ha salido al paso precisamente con vistas a la teoría de la participación. HARDWIG, al que debemos el primer tratamiento amplio de los elementos de la actitud, a partir de las consecuencias a las que estas circunstancias obligan en la teoría de la participación, ha extraído repercusiones sobre su posición sistemática [4]. En pocas palabras, la cuestión es debatida y está por aclarar. El enjuiciamiento queda dificultado porque en el marco de este trabajo no es posible abordar con más detalle la problemática de los elementos

[1] *Gutachten*, p. 151.
[2] *Loc. cit.*, p. 152.
[3] *Gesinnungsmerkmale*, pp. 266 y 267.
[4] *ZStW*, t. 68, 1956, pp. 14 ss.

de la actitud en los que la investigación, a pesar de los trabajos básicos de HARDWIG y SCHMIDHÄUSER, aún se encuentra al comienzo. Por eso, la polémica sólo puede tener lugar en la medida en que las distintas teorías llegan a resultados divergentes en la delimitación entre autoría y participación o ponen en tela de juicio el concepto de autor hasta ahora desarrollado.

a) *Elementos de la actitud que agravan la pena*

aa) Comencemos con un ejemplo: A decide acortar los padecimientos de su mujer, que sufre una enfermedad mortal, matándola mediante una sobredosis de tabletas. El farmacéutico B, al que comunica su plan, se aprovecha de la situación pidiéndole mil marcos por el medicamento. Aquí A comete un homicidio; B obra "por avaricia". ¿Es por eso autor mediato de un asesinato? Únicamente si cupiera estimarlo sería la "actitud avariciosa" un elemento fundamentador de autoría que tendría que situarse autónomamente al lado de los tres criterios que hemos desarrollado.

Pero tal solución nadie la sustenta. SCHMIDHÄUSER estima complicidad en el asesinato [5], HARDWIG en el homicidio [6], y entre estas dos posibilidades se mueven las demás teorías mantenidas hasta ahora, con las fundamentaciones más diversas. La actitud no tiene aquí, pues, influencia alguna en la delimitación entre autoría y participación, según doctrina unánime. Por eso no se pasa del principio del dominio del hecho.

bb) Pero ¿hay acaso supuestos que requieren otra decisión distinta? Recuérdese el caso, examinado *supra*, en que un sujeto, mediante una denuncia falsa a sabiendas, "por móviles viles", ocasiona el suicidio de otro [7]. Aquí estimábamos, coincidiendo en cuanto al resultado con HARDWIG y v. WEBER y contra la postura de la jurisprudencia y de la doctrina dominantes, asesinato en autoría mediata. ¿Es entonces en tales supuestos el móvil vil determinante para la autoría? Así podría parecer cuando, por ejemplo, v. WEBER basa la autoría del sujeto de detrás en que «todo el hecho aparece como un acto de venganza suyo, determinando su motivo la valoración del hecho» [8]. No obstante, tal consecuencia sería incorrecta. La autoría mediata del sujeto de detrás se basa aquí en su engaño, que oculta al autor directo el sentido social de su acción y que procura al no ejecutor un "dominio del hecho de cuarto grado". Con la actitud del agente la cuestión no tiene nada que ver directamente, de manera que en este caso tampoco hay que apartarse del concepto general de autor [9].

[5] *Op. cit.*, p. 263.
[6] *GA*, 1954, p. 72.
[7] Cfr. pp. 243-244.
[8] *MDR*, 1952, p. 266.
[9] Con respecto a la fundamentación, cfr. en concreto *supra*, pp. 243 ss.

Análogamente han de decidirse todos los demás tipos con elementos de la actitud agravantes de la pena.

b) *Elementos de la actitud fundamentadores de la pena*

Así pues, dificultades sólo podrían surgir en los preceptos en los que el elemento de la actitud surte un efecto fundamentador de la pena, pues en estos casos no existe la posibilidad de, recurriendo al § 50, párrafos 1 o 2, condenar al no ejecutor con arreglo a un marco penal no aplicable al autor. Sin embargo, también aquí, como revela un examen más detenido, las cuestiones de delimitación han de resolverse con arreglo a los puntos de vista hasta aquí elaborados.

aa) Consideremos en primer lugar el concepto "con rudeza" en la Ley de Protección de los Animales. Si A pretende matar a su perro enfermo sin causarle dolor y B, a petición suya, le ofrece una droga que, como éste sabe, le va a producir fuertes dolores, B es de todos modos autor mediato de tortura a animales, mientras que A, engañado, queda impune. Pero tampoco aquí reside el motivo en que B, al contrario que A, obre "con rudeza", esto es, con una "actitud cruel" (§ 1, párrafo 2, *TierschG*). Más bien, todo es sólo consecuencia del engaño, con motivo del cual B, el único que capta el contenido de injusto del suceso, obtiene el dominio de la voluntad sobre el suceso. Supuestos de esta índole han de descartarse, pues, de entrada: su solución se deriva del principio del dominio del hecho.

bb) Así pues, sólo quedan los casos en los que todos los intervinientes entrevén de igual modo plenamente el supuesto de hecho. ¿Qué ocurre aquí si aquel que traza el plan obra guiado por una actitud cruel, que le falta al ejecutor? En una situación así, el que según el concepto general de autor sólo sería inductor, ¿se convierte de pronto en autor debido a su crueldad?

La cuestión encuentra respuesta teniendo presente que no puede acontecer un supuesto así, pues la "actitud cruel" se caracteriza por su "rudeza" y no se refiere a ningún "estado pasional", ni "motivo" ni "disposición psíquica" [10] que, dada la misma comprensión del sentido y consecuencias de la conducta, fueran distintos de una persona a otra. Más bien se trata de una vulneración objetiva de valores morales y, consiguientemente, de un criterio independiente de los procesos emocionales en los intervinientes.

Si varios que obran conjuntamente saben que una droga va a causar al animal dolores horrendos, y si no suponen circunstancias objetivas que al mismo tiempo pudieran justificarlo, su comportamiento es "rudo", con

[10] Discrepa en parte HARDWIG, *ZStW*, t. 68, pp. 16 ss.

independencia de lo que hayan pensado o sentido [11]. Si uno siente un gozo sádico, mientras que al otro todo le da igual, no obstante los dos obran con rudeza. La contravención valorativa se da en el propio comportamiento, al que, estando sustentado en la comprensión de la innecesariedad y carácter doloroso del trato, la "rudeza" le es *eo ipso* inherente.

El elemento de la actitud "con rudeza" es, pues, en cierta medida una denominación sintética de determinadas acciones lesivas dolosas, transpuesta al ámbito valorativo, cuya descripción concreta le pareció imposible al legislador, consideración que podría poner en tela de juicio la tesis de SCHMIDHÄUSER de que los elementos de la actitud constituyen puros elementos de la culpabilidad. Sin embargo, no se va a profundizar aquí en esto. De todos modos, para la participación se deriva de ello lo siguiente: si, dado igual conocimiento del supuesto de hecho, ha de atribuirse a los intervinientes, sin consideración a su disposición emotiva, la misma actitud disvaliosa, no puede recurrirse a este criterio, por darse en todos, para delimitar autoría y participación.

Lo cual rige para todos los elementos de la actitud desligados de motivos e intenciones psíquicos; por ejemplo, también para la conducción "temeraria" del § 315a, número 4. Si el pasajero A aconseja al conductor B que atraviese todos los cruces con el semáforo en rojo, sin respetar la preferencia de paso, a 150 kilómetros por hora, ambos obran "temerariamente", aun cuando A lo proponga por arrogancia vituperable y B únicamente le haga caso por llegar a tiempo a una cita. Tampoco aquí importan los motivos. Por eso, A es inductor y B autor. No es que, por ejemplo, A sea autor mediato y B un instrumento que obre sin la temeridad requerida.

Naturalmente es controvertida la cuestión de si el concepto de la "temeridad" cabe separarlo de la disposición psíquica del autor. Una postura opuesta la defiende el BGH [12], en opinión del cual el reproche de la temeridad decae «cuando el autor ha obrado en un estado de gran exaltación, no pudiendo por eso —dándose su plena imputabilidad— rendir la adecuada actitud responsable para la circulación y comportarse con arreglo a ésta». El acusado, para evitar ser detenido, había cruzado, a una velocidad de entre 70 y 100 kilómetros por hora, un puesto de control de la policía, "poniendo en extremo peligro" a dos agentes y a su vehículo. Aunque esta circunstancia habría bastado normalmente para afirmar la temeridad, ello no regiría aquí debido al estado de exaltación del inculpado.

Dudo mucho que haya que seguir esta concepción desde una interpretación orientada a la protección de bienes jurídicos, pues si el acusado era

[11] De acuerdo en definitiva SCHMIDHÄUSER, p. 267, que estima que «en el partícipe que desde el principio sabe de la crueldad vemos ya la actitud cruel».

[12] Sentencia de la Sala IV, de 6 de julio de 1962, *NJW*, 1962, pp. 2615 ss.; asimismo, SCHÖNKE-SCHRÖDER, 10.ª ed., § 315 a, 4, d, p. 1191. Como aquí BayObLG, *JR*, 1960, pp. 70 y 71.

plenamente imputable y entrevió adecuadamente la situación, es aventurado afirmar que su exaltación lo vaya a eximir de la pena. De este modo se añade interpretativamente al concepto de temeridad una novedosa causa de exclusión de la culpabilidad que no se ajusta al fin de protección del precepto. ¿No debería más bien insistir el ordenamiento jurídico en que los conductores plenamente imputables dominen su exaltación, en lugar de concederles patente de corso para ser negligentes a conciencia, causando así los mayores peligros? Desde luego en la sentencia impera la falta de claridad cuando el BGH dice que el acusado, debido a su exaltación suma, que le constreñía la consciencia, no pudo «rendir la adecuada actitud responsable para la circulación y comportarse con arreglo a ésta». Si el autor no pudo obrar de modo distinto a como lo hizo, evidentemente no puede ser culpable. Pero entonces no se comprende cómo es que se le atribuye la imputabilidad plena, que precisamente presupone la libertad de obrar.

De todos modos, quede esto en segundo plano en favor de la cuestión de qué consecuencias se derivan para la autoría y la participación de seguir la concepción del BGH. ¿Qué ocurre si en el conductor A, a pesar de su forma de conducir extremadamente peligrosa, se excluye la temeridad debido a su exaltación, mientras que el pasajero B, que se encontraba sereno, le ha determinado a conducir de ese modo? ¿Es autor el sujeto de detrás, B, debido a su temeridad, mientras que A queda impune, por faltarle el elemento fundamentador de la autoría? Evidentemente no, pues un concepto de temeridad así entendido podría simplemente considerarse, como el propio BGH establece, como "elemento que aumenta la culpabilidad", que tendría que someterse al § 50.1 StGB. A sería autor (si bien impune) y B podría ser castigado, según las reglas generales, como inductor del § 315a, párrafo 1, número 4 StGB. Así pues, nada cambiaría en la delimitación entre autoría y participación en función del principio del dominio del hecho.

cc) No de otro modo hay que enjuiciar el ejemplo al que GALLAS [13] recurre para ilustrar las dificultades que originan los elementos de la actitud. Se trata del concepto "maliciosamente" del § 1, párrafo 1, del Reglamento de economía de guerra (KWVO) de 4 de septiembre de 1939, en que se castiga al que «destruyere, retirare de la circulación o acaparare materias primas o productos de primera necesidad, poniendo así en peligro maliciosamente la satisfacción de necesidades básicas».

Aquí puede entenderse el término "maliciosamente" en el sentido de un motivo, por ejemplo, el ánimo de lucro. Entonces no se da ningún elemento de la actitud, sino un elemento subjetivo del injusto, como se expresa también en la receptación con los términos "en provecho propio". En este caso, de hecho es imposible castigar a un no ejecutor cuando éste tiene una intención así, que le falta al ejecutor directo. Pero eso no tiene que ver con

[13] *Gutachten*, pp 151 y 152.

la problemática de los elementos de la actitud ni merece mencionarse, pues si un sujeto, "en provecho propio", insta a un agente que no persigue provecho propio, a procurarle una cosa sustraída, esto no es —con razón— inducción a la receptación, ni siquiera autoría mediata. La cuestión debe remitirse, pues, al ámbito de los delitos de intención, sobre los que ya se trató en su lugar [14].

Por el contrario, si se considera al "maliciosamente" como elemento de la actitud, ocurre exactamente igual que con la "rudeza" y la "temeridad". Si un sujeto, a instancia y en favor del sujeto de detrás, retira de la circulación materias primas, sabiendo que el otro sólo pretende enriquecerse y que, por su conducta, la población va a pasar hambre, pone en peligro la satisfacción de las necesidades básicas tan "maliciosamente" como el sujeto de detrás, aun cuando su motivo simplemente residiera en conservar la amistad de éste.

La cuestión sí se complica más cuando el legislador atiende al desvalor de actitud, no del hecho en su totalidad, sino precisamente del motivo del hecho. Éste sería el caso de entender el término "maliciosamente" del § 1 KWVO, al igual que SCHMIDHÄUSER [15], como si sustituyera a "por móviles viles". Entonces, en nuestro ejemplo cabría pensar en negar al ejecutor directo la malicia (motivo: conservación de la amistad), que habría que estimar en el sujeto de detrás (motivo: enriquecimiento). Dudo mucho que un legislador prudente pueda trazar de ese modo los límites de la punibilidad. Pero si lo hiciera, habría que considerar al motivo reprobable (por no tener el menor influjo en la clase y alcance de la nocividad social del comportamiento) como puro elemento de la culpabilidad. Y entonces cabe considerar al sujeto de detrás, aun cuando el autor quede impune, como inductor a una acción típica y antijurídica [16]. Así pues, en ningún caso es autor mediato en virtud de su actitud, de manera que queda intacto el principio del dominio del hecho.

dd) Tampoco pasan la prueba los demás ejemplos que pueden inducir a creer que la actitud fundamenta la autoría. Si el marido A, que obra por codicia, determina a su amigo B a que enajene, por hacerle un favor, su (de A) patrimonio familiar, A es desde luego, en contra del principio del dominio del hecho, autor mediato del § 170a StGB (menoscabo del patrimonio familiar), y el ejecutor B sólo cómplice. Pero la autoría de A no se basa en su actitud (en contraste con B) codiciosa, sino en la circunstancia de que el § 170a constituye un delito de infracción de deber en el que la posición especial del cónyuge surte efecto fundamentador de la autoría.

[14] Cfr. pp. 369 ss., en especial pp. 345 ss. y 381 ss.

[15] *Op. cit.*, p. 267.

[16] Igualmente, en definitiva, SCHMIDHÄUSER, p. 267, que incluye todos los elementos de la actitud exclusivamente en la culpabilidad.

Lo cual aún queda puesto de relieve con mayor claridad invirtiendo el supuesto, como propone HARDWIG [17]: A, creyendo muerta a su mujer, es instigado por B a enajenar el patrimonio familiar que le pertenece. Aquí, obviamente, B, aun cuando obre "maliciosamente" o "por codicia", no es autor del § 170a StGB, pues le falta el deber especial que incumbe al cónyuge. Su actitud no puede convertirle en autor.

ee) Lo mismo vale también para el caso quizá más interesante en la práctica: los elementos emotivos del concepto de dolo. Ya hemos visto *supra* [17a] que dolo e imprudencia consciente no necesariamente tienen que distinguirse en cuanto a la finalidad configuradora del curso del hecho, sino que, a igualdad de conocimiento del curso causal y a pesar de la dirección del suceso del mismo género, dependiendo de la disposición interna del agente hacia el resultado, a uno cabe atribuirle dolo mientras que al otro imprudencia consciente. Desde el punto de vista de la teoría del dominio de hecho de ahí se deduce que, coincidiendo el conocimiento de la probabilidad de resultado, un sujeto de detrás, A, que obre dolosamente, y que determine a intervenir a B, que actúe con imprudencia consciente, no tiene el dominio sobre el suceso y, por tanto, no puede pasar de inductor.

Aquí surge el problema de si acaso en estos supuestos, descartando el principio del dominio del hecho, no será el desvalor de actitud trascendente lo que convierte en autor al que obra con dolo. De poder afirmarlo, la doctrina dominante, según la cual se da autoría mediata sin excepción cuando se determina al hecho a quien obra con imprudencia consciente, sería correcta al menos en cuanto al resultado. Los elementos de la finalidad y de la actitud contenidos en el dolo fundamentarían entonces, en plano de igualdad, la autoría.

Pero tal concepción no merecería suscribirse. En efecto, contradiría todos los principos metodológicos en que hemos basado nuestra doctrina de la autoría que se quisiera hacer depender la autoría de circunstancias que no surten efecto en absoluto en el acontecer externo de la acción y que afectan únicamente a la reprochabilidad individual. De querer proceder así, ya no cabría entender por qué no iban a tener que decidir en general sobre la autoría los motivos, intenciones, tendencias, en una palabra: la "disposición" de los intervinientes. De ese modo penetraría de nuevo en la doctrina de la autoría el principio del merecimiento de pena, expresamente rechazado *supra* [17b], cuya falta de taxatividad entrañaría un concepto de autor indeterminado, con todas sus desventajas. Por el contrario, si uno limitara la consideración de tales elementos a la relación entre el sujeto de detrás que obra con dolo y el ejecutor imprudente consciente, tal concepción se desvelaría con toda claridad como construcción *ad hoc*. De ella no existe necesidad ya porque el legislador ha previsto el mismo marco penal para autoría e inducción, circunstancia que debería bastar por sí sola para dejar intacto, también aquí, el principio del dominio del hecho.

[17] *ZStW*, t. 68, 1956, p. 37.

[17a] Pp. 202 ss. y 244 ss.

[17b] Pp. 47 ss.

Como resultado de nuestra investigación cabe indicar que los elementos de la actitud —sean del género que sean— no tienen influencia alguna en la delimitación entre autoría y participación.

2. Conceptos de autor referidos a tipos y a grupos de delitos

a) *La referencia al tipo del concepto de autor en relación con los criterios generales de la autoría*

No se aprecian más circunstancias que pudieran ser determinantes para la delimitación entre autoría y participación. Todos los elementos con pretensión de validez general y que siguen teniendo importancia para articular las formas de participación han sido tratados y valorados en el curso de esta exposición. No obstante, hace falta examinar aún el llamado "concepto de autor referido al tipo", que desempeña un papel no inesencial [18] en la doctrina reciente (aun cuando de manera a menudo poco clara y con significación cambiante).

Esta "referencia al tipo" cabe entenderla en sentidos muy distintos. Nuestra teoría, que trabaja con los criterios del "dominio", del "deber" y de la "comisión de propia mano", puede ser considerada como plasmación de un concepto de autor referido al tipo en doble sentido; pero también de dos modos puede aparecer como posición contraria a una formación de conceptos referida al tipo en otro sentido. Por eso es necesario esbozar brevemente los cuatro aspectos de la referencia al tipo en su relación con la teoría de la autoría que aquí se ha desarrollado.

aa) El concepto de autor, en función de su contenido, está referido al tipo en tanto que el autor es la figura central del suceso de la acción descrito en el tipo respectivo. La heterogeneidad de los tipos concretos queda, pues, captada en el concepto de autor al recibir sus manifestaciones una plasmación distinta cada vez, de una acción típica a otra diferente: por ejemplo, una cooperación en división del trabajo que fundamenta coautoría se presenta de modo muy distinto en un homicidio que en una sutil maquinación de estafa. En esto se distingue la postura aquí defendida de otras teorías que atienden, por ejemplo, a formas específicas de causalidad o a la voluntad

[18] Cfr., por ejemplo, H. MAYER, *Rittler-Festschrift*, pp. 244 ss.; LANGE, *Moderner Täterbegriff*, pp. 3 ss. y 39 ss.; KOHLR.-LANGE, 42.ª y 43.ª eds., I, ante § 47, pp. 158-160; GALLAS, *Gutachten*, pp. 134 y 135; número especial Atenas, pp. 13 ss.; FRANZHEIM, *Teilnahme an unvorsätzlicher Haupttat*, pp. 36 ss.

de autor, desterrando así de la teoría de la participación a la plétora de sentido del suceso de la acción, distinto en cada caso.

Pero por señalar en seguida los límites de la referencia sustancial al tipo: lo que en el dominio del hecho cambia de delito a delito es el "hecho"; en cambio, el "dominio" está determinado en todos los casos por los mismos elementos. Análogamente, el contenido del deber especial extrapenal es en cada caso distinto, mientras que la propia estructura del deber y sus efectos en la delimitación entre autoría y participación permanecen siempre idénticos. Asimismo, los criterios de la comisión de propia mano son inmutables, si bien existen múltiples formas de conducta de propia mano en concepto de autor. Toda concepción que —por ejemplo, en el concepto de dominio— abandone esta unidad inmutable, invocando la referencia al tipo, se halla en contradicción con la teoría que aquí se mantiene. Sobre ello se volverá más adelante.

bb) El concepto de autor está asimismo referido al tipo en sentido metodológico. Bien es verdad que dominio, deber y naturaleza de propia mano muestran siempre, con independencia del tipo concreto, la misma estructura. Pero de ahí no cabe deducir que aquí, por las consideraciones dogmáticas que sea, se le impongan a los tipos conceptos dogmáticos preconcebidos, sin tener en cuenta sus peculiaridades. Más bien ocurre al contrario: hay que verificar, con respecto a cada tipo, mediante qué criterios ha de llenarse de contenido covenientemente el concepto de la figura central. Al respecto, ha resultado para una pluralidad de preceptos —a los que hemos denominado delitos de dominio— una igualdad de los puntos de vista. Allí donde, en función de la estructura del respectivo tipo concreto había que recurrir a otras circunstancias, las hemos destacado y abarcado con los puntos de vista rectores del deber especial extrapenal y de la necesidad de comisión de propia mano. Nuestras tres manifestaciones de la figura central están abstraídas, pues, a partir de los tipos individuales. La estricta referencia al tipo en este sentido forma parte incluso de los fundamentos metodológicos esenciales de la teoría aquí desarrollada.

cc) El concepto de autor no está, sin embargo, referido al tipo, concibiendo esta idea de manera que fuera incorrecto desarrollar criterios de la autoría que trascendieran los tipos concretos. Así leemos, por ejemplo, en Hellmuth MAYER [19] que la última evolución científica apunta a un concepto de autor que cabría denominar "referido al tipo". Conforme a éste, no es un defecto que la ley no nos proporcione ninguna definición general de autor, porque de las distintas descripciones típicas individuales resulta quién es autor. A la teoría científica incluso le está vedado desarrollar un concepto

[19] *Rittler-Festschrift*, p. 244.

generalizador de autor, porque éste ampliaría *contra legem* las descripciones típicas [20].

No está del todo claro en qué sentido se dice esto. Pero en cualquier caso cabe entenderlo como si hubiera que abandonar la autonomía del concepto de autor en favor de la teoría del tipo; habría entonces que desarrollar, a partir de cada tipo, un concepto de autor que le correspondiera a él en exclusiva. A la luz de una teoría así, la división trimembre aquí desarrollada (en delitos de dominio, de infracción de deber y de propia mano) tiene que parecer una simplificación inadmisible. Llevando este punto de partida hasta sus últimas consecuencias, la doctrina de la autoría pasaría de ser materia de Parte General a serlo de Parte Especial. Lo cual no sería impensable. Así, también para los delitos omisivos se propone recientemente no sacar las posiciones de garante "delante del paréntesis", reuniéndolas en grupos, sino desarrollarlas para cada tipo autonómamente [21].

Un concepto de autor referido al tipo en este sentido condenaría al fracaso a nuestro esfuerzo por salir adelante con un número muy limitado de criterios de la autoría. Pero todos los intentos de tal índole nunca han pasado en la teoría de la participación de su fase incipiente. Y tampoco van a triunfar en el futuro. En contra de ellos hablan no sólo la "atomización" de la teoría de la participación que necesariamente producen y su inviabilidad, sino que, además, una solución así sería sencillamente incorrecta. Por ejemplo, si hemos llegado al resultado de que en todos los delitos de dominio las coacciones mencionadas en el § 52 StGB convierten en autor al sujeto de detrás, la opinión contraria tendría que demostrar que aquí se tiene que producir una decisión distinta caso a caso; lo mismo valdría para la cooperación en división del trabajo y para la realización del tipo de propia mano. Lo cual no puede ser correcto, porque hasta ahora nunca se han revelado argumentos de que en grupos de supuestos de tal manera típicos se pudiera requerir una valoración legal distinta para cada tipo.

Bien es verdad que hay tipos de índole tal que en ellos ni el estado de necesidad coactivo ni la cooperación funcional fundamentan la autoría; éstos se basan en otros criterios de la autoría, como el deber especial o la comisión de propia mano. Pero también en esta medida falta toda prueba de que sean necesarias o siquiera posibles ulteriores distinciones tipo a tipo. Más bien un proceder así conduciría a un "caos valorativo", a un tratamiento desigual de lo estructuralmente igual, que anularía el sentido de toda la delimitación. Así pues, un concepto de autor referido al tipo en este sentido habría que rechazarlo de plano.

[20] *Op. cit.*, p. 245.

[21] En contra de estos esfuerzos, HENKEL, *Festschrift für Tesar, Monatschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform*, 1961, pp. 178 ss.

dd) Finalmente, el concepto de autor tampoco está referido al tipo en el sentido de que, manteniéndose la idea del dominio del hecho como principio supremo, sin embargo los criterios del dominio se acomoden, caso a caso, a los requisitos de cada tipo concreto.

Ya hemos aludido varias veces a tales tendencias en GALLAS y LANGE [22], que resultan, como ya sabemos, del esfuerzo por armonizar los delitos de infracción de deber y de propia mano con el principio del dominio del hecho. Lo cual es —al menos terminológicamente— posible únicamente basando estos grupos de delitos en un concepto distinto de dominio y hablando luego de un «dominio del hecho en el sentido aludido por el tipo en cuestión» [23]. Los criterios del deber y de la comisión de propia mano son, entonces, simples «elementos dentro del concepto de dominio del hecho relativo y valorativo» [24], concepto que se refiere «al contenido de injusto específico del respectivo tipo de delito».

Hay que rechazar estas construcciones, que obligan a acomodarse a lo materialmente no compatible de manera externa en un concepto igual en apariencia, cuya unidad, al tener en cuenta la heterogeneidad de los tipos, vuelve en seguida a quebrarse. Que un proceder así conduce a resultados materialmente incorrectos e impide percibir el carácter autónomo de los delitos de infracción de deber y de propia mano se ha puesto de manifiesto *supra* y no hace falta repetirlo.

Tampoco es sólido el argumento que ha aducido recientemente FRANZHEIM en pro de la necesidad de un concepto de autor referido al tipo en este sentido. Alude a los tipos que «constituyen acciones de participación independizadas» diciendo [25]: «No concibiendo el dominio del hecho referido al tipo, aquellos que realizan los tipos de los susodichos delitos no podrían ser castigados como autores, sino sólo como cómplices.»

Es fácil darse cuenta de que FRANZHEIM ha sido víctima de un equívoco, pues la circunstancia de que quepa independizar acciones de participación y que éstas a su vez se sometan al principio del dominio del hecho se deduce de que el "hecho" es distinto en cada precepto, confiriendo forzosamente a la acción del autor una impronta distinta en cada caso, referida al tipo [*supra aa)*]. Pero de ahí no cabe derivar que también cambien los elementos del concepto de dominio; en los preceptos de participación independizados estos elementos no han de determinarse de modo distinto que en general. Así pues, se están confundiendo aquí dos significados distintos de la referencia al tipo [*aa)* y *dd)*].

[22] Cfr. pp. 92-94, 95-96, 282-284 y 414.
[23] GALLAS, *Guatchten*, p. 133.
[24] FRANZHEIM, *Teilnahme an unvorsätzlichen Haupttat*, p. 40.
[25] *Teilnahme an unvorsätszlicher Haupttat*, p. 37.

De cuanto antecede se desprende que la "referencia al tipo" tampoco fuerza a formar el concepto de autor, más allá de la división trimembre que hemos desarrollado, de manera distinta en cada tipo, en función de elementos también distintos en cada caso.

b) *Conceptos de autor referidos a grupos de delitos*

Otra posibilidad de multiplicar y variar los criterios de la autoría podría consistir en formarlos de modo distinto según la índole de los bienes jurídicos atacados (vida e integridad, propiedad y patrimonio, libertad e intangibilidad sexual). Un proceder así sería menos extremo que la fragmentación por tipos que se ha expuesto *supra* [*cc)*], pero igualmente estaría en contradicción con nuestro concepto de autor, que no tiene en cuenta la índole del bien jurídico atacado.

El único intento en la actualidad de formar un concepto de autor referido a grupos de delitos de este modo procede de SAUER [26], quien distingue entre delitos de provecho, de impulso y de ataque [27], entendiendo que, con respecto a la autoría, «se observa en el caso concreto una configuración distinta en cada uno de estos grupos de delitos» [28]. En el ámbito de los delitos de provecho hay que tener en cuenta especialmente la voluntad, «ya porque el elemento subjetivo del actuar está expresado en la mayoría de los tipos de este grupo de delitos como elemento del tipo (ánimo de apropiación o de enriquecimiento, por codicia, en provecho propio)» [29]. En los delitos de impulso, en cambio, lo principal reside en el resultado, y la voluntad pasa a segundo plano tras el puro impulso; así, en los abusos sexuales, el aborto y los delitos imprudentes decidirían únicamente las circunstancias objetivas, mientras que una eventual, contrapuesta, voluntad de autor o de partícipe sería irrelevante. Otro tanto cabe afirmar con respecto a los puros delitos de ataque, en los que importa sobre todo la forma de comisión y el daño. Si A le propina una paliza a C, mientras que B le sujeta a éste para que no escape, B sólo presta complicidad, aun cuando desee la lesión como hecho propio.

No cabe considerar precisamente afortunada esta clasificación. En primer lugar, en cuanto atañe a los "delitos de provecho", no se comprende por qué en ellos necesariamente «la voluntad [ha de estar] formada con intensidad» [30]. Los elementos subjetivos del tipo que SAUER menciona se refieren no tanto a la voluntad como a los motivos y tendencias del sujeto actuante. Asimismo, el interés propio, que al denominar a estos hechos "delitos de

[26] *Allgemeine Strafrechtslehre*, 1955 (3.ª ed.); cfr. sobre su concepción general ya *supra*, p. 107.
[27] *Op. cit.*, pp. 207 y 210-212.
[28] *Op. cit.*, p. 209.
[29] Esta cita y las siguientes *op. cit.*, p. 210.
[30] *Op. cit.*, p. 211.

provecho" se declara esencial, sólo tiene relación indirecta con la intensidad de la voluntad y, ante todo, es inútil como criterio de delimitación justamente aquí, puesto que el § 263 abarca expresamente el actuar en provecho de otro y los hurtos altruistas son perfectamente posibles, como hemos comprobado *supra* [31]; finalmente, en la receptación bien es verdad que el autor tiene que tener ánimo de lucro, pero éste por sí solo no le convierte en autor si no se procura la cosa objetivamente. No es, pues, que en los "delitos de provecho" la "voluntad" en un sentido u otro sea más importante para fundamentar la autoría que en otros delitos; SAUER mismo relativiza su propia teoría al subrayar concluyentemente que «también en los delitos de provecho conviene ser cauto con la teoría subjetiva» [32].

Asimismo son poco convincentes los argumentos que SAUER aduce en apoyo de que en los delitos de impulso y de ataque tenga de regir la teoría objetivo-formal. Cuando con respecto a los delitos de impulso dice que «la voluntad del autor principal opera sólo débilmente, siendo más intensas las del inductor e incluso del cómplice que aconseja» [33], en primer lugar es una tesis muy discutible, y en segundo lugar, hablaría más bien en pro de la teoría subjetiva, o sea, de lo contrario de lo que SAUER pretende demostrar. Él mismo lo advierte, señalando que «correspondería a la medida del merecimiento de pena» considerar también al no ejecutor como autor. No se entiende entonces por qué, a pesar de ello, "lo principal [tiene que residir] en el resultado" y la voluntad tiene que pasar "del todo" a un segundo plano. Asimismo, no está claro cómo es que el aborto y los delitos imprudentes son delitos de impulso y pueden reunirse en un mismo concepto con los delitos contra las buenas costumbres.

Para fundamentar la delimitación objetivo-formal en los delitos de ataque SAUER invoca simplemente la sensibilidad lingüística [34]: «Según el lenguaje común y el sentimiento jurídico, asesino es sólo aquel que realiza el disparo mortal.» Sin embargo, esto cabe cuestionarlo con buenos motivos; además, en repetidas ocasiones se ha puesto de relieve por qué el lenguaje común no puede tenerse en cuenta como criterio fundamental de delimitación [35].

En todo caso, es cierto que los delitos de impulso y de ataque, a diferencia de los de provecho, vulneran bienes jurídicos personalísimos [36]. Pero no alcanzo a entender por qué el autor va a tener que realizar, por ello, el resultado de propia mano. El carácter personalísimo se da en el bien jurídico atacado, no en la persona del atacante.

[31] *Vid.* pp. 369 ss.
[32] *Op. cit.*, p. 212.
[33] *Op. cit.*, p. 211.
[34] *Op. cit.*, p. 210.
[35] *Vid. supra*, pp. 40 y 436-437.
[36] SAUER, *op. cit.*, p. 211.

Consiguientemente, a mi juicio, las únicas agrupaciones de delitos determinantes para la teoría de la autoría consisten en la división trimembre que hemos desarrollado en delitos de dominio, de infracción de deber y de propia mano, y en esa medida puede decirse con razón que el concepto de autor está "referido a grupos de delitos". Por el contrario, realizar distinciones en función del bien jurídico atacado no resulta necesario ni viable.

II. CARÁCTER POSITIVO Y VINCULANTE DEL CONCEPTO DE AUTOR

Una vez que a lo largo de nuestras consideraciones se han revelado incorrectas todas las teorías divergentes, se plantea, por último, la antigua cuestión, muy controvertida en la doctrina de la autoría, de hasta qué punto una delimitación determinada de las formas de intervención puede tener validez general y en qué medida está ligada al Derecho positivo. ¿Acierta también aquí la conocida frase de v. KIRCHMANN de que «tres palabras correctoras del legislador» podrían convertir en «papel mojado» a una investigación elaborada tan en profundidad sobre la doctrina de la autoría?

Esta opinión la ha defendido recientemente SCHRÖDER [37], según el cual la cuestión del concepto de autor desempeña en la dogmática penal un papel que sobrepasa ampliamente la significación real del problema y que hace olvidar que «no se trata aquí de un problema dogmático, sino de una cuestión técnico-conceptual» [38]. Un concepto de autor no puede ser o cierto o falso, sino que el legislador puede, a su gusto, "seguir uno u otro concepto de autor" [39]. Desde este punto de vista, obviamente se llega pronto a comprobar con resignación, como SCHRÖDER al concluir su trabajo, que se ha empleado «una suma ímproba de trabajo y de agudeza en el problema de los conceptos de autor y en las relaciones entre autoría y participación, sin que ni de lejos se haya conseguido favorecer el entendimiento recíproco mediante tales disquisiciones» [40]. Según lo cual el concepto de autor, si se me permite expresar —quizá con cierta exageración— esta tesis, no sería, como producto aleatorio del humor del legislador, objeto digno de investigación dogmática.

Partiendo de la solución que aquí hemos desarrollado, ¿qué hay de cierto en esto? La problemática general de teoría jurídica de la "doctrina del papel mojado" no puede abordarse aquí, debiendo limitarnos a responder brevemente a esta cuestión con respecto a la doctrina de la autoría, así como a la interpretación que nosotros le damos. Resulta entonces lo siguiente:

[37] «Der Täterbegriff als "technisches" Problem», en *ZStW*, t. 57, 1938, pp. 459 ss.
[38] *Op. cit.*, p. 459.
[39] *Op. cit.*, p. 460.
[40] *Op. cit.*, p. 488.

De entrada, depende del arbitrio del legislador que (y en qué medida) cree tipos que se presenten, según nuestros criterios, como delitos de dominio, de infracción de deber o de propia mano. Así, por ejemplo, puede renunciar por completo a los delitos de propia mano, puesto que desde la perspectiva del Estado de Derecho son cuando menos cuestionables en cuanto que castigan la mera inmoralidad y ni siquiera mediatamente sirven a la protección de bienes jurídicos. Asimismo quizá dependa de su arbitrio configurar un tipo determinado como delito de dominio o de infracción de deber [41]. Todo esto es consecuencia de la legítima referencia a tipo del concepto de autor [42], y un examen más de cerca muestra que también SCHRÖDER ha estado pensando en estos puntos de vista al formular sus tesis [43].

Pero esta circunstancia —y ahí estriba el error de SCHRÖDER— nada cambia en la "transpositividad" y en la trascendencia dogmática de nuestra doctrina de la autoría. En efecto, en tanto que aquí se trata de un problema dogmático y no de una interpretación de la obviamente mudable *lex lata*, las manifestaciones de la figura central que hemos destacado presentan "modelos" que están abstraídos a partir de los tipos del Derecho vigente, pero que pueden aplicarse igualmente al Derecho futuro siempre y cuando el legislador describa cursos de acciones que se ajusten estructuralmente a estas formas de autoría.

Sin embargo, eso apenas cabe dudarlo, porque la materia de regulación a menudo no admite otra solución y, por ejemplo, difícilmente cabe imaginar que el legislador pudiera dejar impunes los delitos de funcionarios y profesionales o transformarlos en delitos de dominio, a costa de lagunas clamorosas y de injusticias [44]. Y aun cuando ocurriera lo altamente improbable, para la doctrina de la autoría no tendría más consecuencia que la de verificar que en el Derecho vigente no existirían delitos de infracción de deber, pero como categoría para la clasificación adecuada de determinadas formas del comportamiento punible éstos seguirían siempre existiendo.

Por lo demás, para el Derecho futuro ha de estimarse con certeza que los delitos de dominio, de infracción de deber y de propia mano continuarán presentándose aproximadamente en las mismas proporciones, aun cuando se añadan nuevos delitos y otros se reestructuren. En "papel mojado", pues, se convertirá a lo sumo (se modifique como se modifique aún el Proyecto de 1962) lo que se haya dicho con respecto a la interpretación de un determinado tipo que desaparezca o se reforme; pero esto, de entrada, no afecta a la doctrina de la autoría, sino que sirve simplemente para ilustrarla al hilo de un ejemplo intercambiable.

[41] Cfr. *supra*, pp. 417 ss., con respecto al supuesto del § 288 StGB.
[42] Cfr. *supra*, I, 2, a, bb, p. 478.
[43] Cfr. *op. cit.*, pp. 344 y 345; el problema del concepto de autor es qué es "típico".
[44] Por comparar, simplemente recuérdese en qué escasa medida la teoría del dominio del hecho ha conseguido explicar con sus criterios los actuales delitos de infracción de deber.

Así pues, no cabe admitir que el concepto de autor sea un "problema técnico", dependiendo en su existencia de la ley positiva. Esta concepción se relaciona en definitiva con la teoría, ya rechazada *supra* [45], según la cual a cada tipo le corresponde un concepto propio de autor, la formación de criterios generales de la autoría carece de objeto y es inadmisible y la doctrina de la autoría, en consecuencia, ya no podría reclamar su lugar en la Parte General del Derecho penal.

2. La problemática de la transpositividad del concepto de autor se pone de relieve a otra luz, si tenemos presente no los tipos concretos, sino las múltiples fórmulas de la autoría establecidas, partiendo hipotéticamente de que el legislador se somete a una teoría determinada, sea la objetivo-formal, la subjetiva o incluso la del dominio del hecho. ¿Es la concepción de la autoría que consideramos correcta "vinculante" en el sentido de que al legislador "no le está permitido hacer" algo así, o de que su decisión tendría que dejar prevalecer a la solución que resulta de la lógica de las cosas? ¿O una vez que el legislador se ha pronunciado quedaría contestada la cuestión de la autoría y por tanto desfasada toda teoría no concorde?

Uno se siente tentado de decir que obviamente está a criterio del legislador el adoptar una teoría u otra. Sin embargo, también en este caso se presenta más complicada la relación entre libertad y vinculación:

a) Ciertamente, el legislador puede consagrar en el código una fórmula de autoría determinada, pero no debería hacerlo, pues no es su misión sentar doctrina y que quisiera resolver la cuestión no clara mediante un pronunciamiento de autoridad impediría el desarrollo científico.

b) Pero sobre todo las posibilidades del legislador de imponer en el Código una "teoría" abstracta, unilateral y por eso en parte incorrecta, son mucho más limitadas de lo que en principio parece. Lo cual se deduce del hecho, ya pormenorizadamente demostrado *supra* [46], de que las posibilidades imaginables de cooperación son demasiado heterogéneas como para que cupiera captarlas en una fórmula, por cuidadosamente que se escogiera. El legislador, a lo sumo, podría trabajar con expresiones hechas, como, por ejemplo, que el autor ha de tener la voluntad de cometer el hecho como propio, o de que el hecho debe depender decisivamente de su voluntad, o bien que la autoría requiere un actuar ajustado al tipo o el dominio del hecho. Pero en este caso quedaría para doctrina y jurisprudencia el cometido de llenar de contenido las ideas rectoras en forma de cláusula general.

Y ahí se pone de manifiesto la gran impotencia del legislador: aunque las frases hechas que hemos enumerado a título de ejemplo parecen sintetizar puntos de vista muy distintos, ninguno de ellos impediría una solución como

[45] Cfr. I, 2, a, cc, pp. 478 ss.
[46] Cfr. pp. 139 ss.

la que aquí se ha propuesto. Los resultados prácticos podrían seguir siendo los mismos. Así lo demuestra claramente la jurisprudencia actual, que externamente acoge la teoría subjetiva, pero que ha ido llenando sus fórmulas extensibles con contenidos materiales de la teoría el dominio del hecho; incluso ha ayudado a que se abriera camino el concepto de autor de los delitos de infracción de deber, bajo ropaje subjetivo, allí donde era materialmente pertinente [47].

Y en la doctrina no es distinta la situación cuando se pretende hacer valer una "teoría" determinada: también desde un punto de partida objetivo-formal se ha podido penetrar hasta los elementos del dominio del hecho. La propia teoría del dominio del hecho, al final, "relativizando" su principio, ha intentado dar debida cuenta de los delitos de infracción de deber y de propia mano, en sí no compaginables con ella.

Así pues, la doctrina de la autoría presenta la peculiaridad de que la adecuación material suele modificar y compensar entre sí las soluciones de las distintas teorías. Y de ahí resulta la vinculatoridad y transpositividad de la doctrina de la autoría asimismo en este aspecto. A decir verdad, este fenómeno supone simplemente la plasmación de una síntesis del pensamiento problemático y del sistemático, que en general hay que perseguir, por ser la única que puede superar el barullo caótico de la dispersión dogmática y sistemática. Hay que analizar en profundidad cada grupo de problemas y luego elaborar los resultados concretos abstrayendo lo común y dejando despejadas las relaciones de ordenación materiales hasta formar un sistema abierto. En tal proceder nunca algo entendido como correcto, ni siquiera en la ciencia jurídica, puede convertirse en "papel mojado".

Naturalmente, tampoco un concepto de autor "abierto", en el sentido expuesto *supra*, se sustrae a la codificación. Cómo ha de efectuarse ésta se mostrará al final de nuestro trabajo [48]. De todos modos, mediante una regulación legal así una doctrina de la autoría basada en los mismos fundamentos sólo puede perder su valor cuando sus soluciones son sustituidas por mejores conocimientos sustanciales.

c) Finalmente, no cabe negar que el legislador también podría decidir "incorrectamente" en el plano teórico cuestiones concretas de la doctrina de la autoría. Así ocurriría si, por ejemplo, como requerían los partidarios de la teoría objetivo-formal con coherencia doctrinaria, suprimiera por completo la autoría mediata, integrándola en el concepto de inducción.

Poder puede hacerlo. Pero así no cambiaría nada en la estructura de validez general de la autoría. Simplemente significaría que, de acuerdo con la terminología legal, la inducción y la autoría mediata estarían reunidas

[47] Cfr. *supra*, p. 387, con respecto a *BGHSt*, 9, pp. 217 ss.
[48] Cfr. pp. 629 ss.

en un concepto común. O por escoger un ejemplo más próximo: si el legislador, como está previsto en el Proyecto de 1962, excluyera por completo la inducción al hecho no doloso también en los delitos de infracción de deber, ignorando la especificidad de su concepto de autor y de partícipe, ello sólo tendría como consecuencia la de que en el futuro quedaría impune injustamente una serie de supuestos de inducción, pero no que se modificara la esencia de la participación en los delitos de infracción de deber [49]: *Caesar ne supra grammaticos*.

III. EL CONCEPTO UNITARIO DE AUTOR

¿Qué sería de la doctrina de la autoría si el legislador se decidiera por el concepto de autor unitario? La cuestión carece de interés práctico por cuanto que, a tenor de las deliberaciones de la Comisión de Derecho Penal —donde desde luego se debatió una solución en tal sentido— la división trimembre, válida hasta ahora, también se va a mantener con certeza en el Derecho futuro. Así pues, la trascendencia del tema se limita a la problemática, ya tratada antes, de la positividad del concepto de autor. Al respecto hay que decir muy brevemente:

En primer lugar, el concepto de autor unitario supondría un cambio radical en la punibilidad y en los marcos penales. Tanto en la actualidad como *de lege ferenda* ocurre que en los delitos de dominio y en los de propia mano la complicidad se ve privilegiada en el marco penal; en los delitos de infracción de deber, asimismo al inductor le corresponde una pena atenuada [50]. Además, en los delitos de propia mano la determinación al hecho no doloso es impune. Por último, la tentativa, con arreglo al § 49a StGB prevé regulación distinta para autoría, inducción y complicidad.

Todas estas distinciones con tanto fundamento material habría que abandonarlas de sostener el concepto unitario de autor. Ya en eso se muestra que su introducción no constituye un mero problema técnico y que ante todo no puede requerírsela aludiendo simplemente a dificultades de delimitación. Más bien, entrañaría una ampliación de la punibilidad considerable y difícilmente mantenible en un Estado de Derecho.

Pero sobre todo no por ello devendría la doctrina de la autoría desfasada y superflua. Simplemente se trasladaría, en forma de reglas generales de atenuación de la pena, al ámbito de la praxis judicial. Bien es verdad que *in concreto* un cómplice puede ser tan merecedor de pena como un autor; pero la cuestión de si un sujeto era figura central o periférica del suceso

[49] Cfr. al respecto también Hellmuth MAYER, *Rittler-Festschr.*, p. 254.
[50] En el Derecho vigente este principio sólo se ha impuesto de modo limitado en el § 50.1 StGB.

de la acción en todo caso formaría al menos un punto de vista esencial para precisar la gravedad del hecho [51] y, por tanto, siempre tendría que tenerse en cuenta [52]. A ello ya se ha aludido repetidas veces. Así pues, las distinciones de la doctrina de la participación se impondrían incluso frente al concepto unitario de autor, quedando simplemente desplazadas al espacio de lo no regulado.

IV. LA AUTORÍA EN EL DELITO INTENTADO

1. Los criterios de la autoría en el hecho no culminado

La delimitación entre autoría y participación en el delito intentado puede presentar dificultades debido a que el suceso de la acción, cuya figura central tenemos que determinar para averiguar la autoría, queda interrumpido prematuramente y la parte del hecho realizada hasta ese instante no tiene por qué corresponderse con la posición de los intervinientes en el plan global.

a) Comenzando por el dominio del hecho, surge en seguida la cuestión materialmente decisiva: ¿Es autor de la acción de tentativa aquel que ha dominado la porción de la acción ejecutada o aquel que (aun cuando hasta entonces apenas se haya significado) habría tenido el dominio del hecho en el marco del delito consumado? Piénsese en el caso de un atentado político, en el que dos conjurados, A y B, han montado conjuntamente la bomba y la han escondido en el auditorio, donde C, mientras pronuncia su discurso el oponente político, va a detonarla. Precisamente cuando se dispone a llevarlo a cabo los tres son detenidos.

Pues bien, ¿son A y B autores de la tentativa de homicidio y C sólo cómplice, porque A y B son los únicos en haber actuado, mientras que C simplemente les ha apoyado psíquicamente? ¿O es C autor porque, con arreglo al plan conjunto, tenía que efectuar la genuina acción de homicidio, y acaso A y B son sólo cómplices, porque su aportación al hecho, supongámoslo, en el marco del hecho ejecutado se habría presentado sólo como acción preparatoria?

Ya el RG se ocupó de este problema, al que hoy apenas se presta atención. En una sentencia muy temprana [53] se trataba de un supuesto en que un matrimonio pretendía cometer un hurto, y el marido, cuando fueron descubiertos, se afanaba en fracturar la puerta de la cocina mientras la mujer, que se iba a llevar luego las cosas, permanecía inactiva a su lado. Desde el punto de vista de la teoría del dominio del hecho la mujer habría sido

[51] Cfr. al respecto, en el terreno de los principios, *supra*, p. 47.
[52] Cfr. simplemente, en fechas recientes, HEINITZ, *Festschr. zum 41. Juristentag*, 1955, pp. 97 ss.; GALLAS, *Actas de la Comisión de Derecho penal*, sesión 16.ª, p. 69.
[53] *RGSt*, 9, pp. 3-10.

coautora de haberse consumado el hecho, mientras que en la parte de acción hasta entonces realizada no había desempeñado función alguna, habiendo a lo sumo apoyado a su marido como cómplice. Así pues, también aquí se plantea la cuestión de si hay que considerarla, a tenor de lo realizado, como cómplice o, a tenor de lo planeado, como coautora de tentativa de hurto.

Para el RG se presentaba la misma dificultad, porque ciertamente hacía depender en lo esencial la autoría del *animus auctoris*, pero limitaba este punto de vista objetivamente al requerir —aunque sólo fuese preparatoria e insignificante— cooperación externa [54], lo que aquí no se daba. El RG intentó resolver el problema eligiendo una vía intermedia. Por una parte, en la delimitación no se atendería sólo a quién habría tenido que ser considerado autor, conforme a la ejecución según lo planeado, pues no podría saberse si el hasta entonces inactivo habría cumplido lo prometido. Quien «no ha salido de su inactividad de ningún modo en la acción de tentativa del otro» no puede «ser considerado coautor ya en función de su mera promesa y propósito de pretender hacerlo después» [55]. Pero tampoco se requiere una cooperación genuina en la acción de tentativa; más bien bastaría «que el plan común hubiera prescrito alguna acción o conducta para el instante de la acción de tentativa del otro» que se «distinguiera del hacer o comportamiento de un tercero no interviniente» y que aquel que «sólo en el futuro tendría que sumarse a la ejecución del hecho se comportase conforme a ello realmente» [56]. Este comportamiento podría «haber quedado por debajo del mínimo de actividad que se podría requerir para la coautoría en el hecho consumado».

Según lo cual, en el caso que se sometía a sentencia, cabría estimar coautoría, porque la mujer, si bien nada había contribuido a la acción de tentativa, mediante el mero acompañar había mostrado una conducta que se distinguía de la de un tercero no partícipe. Por el contrario, en nuestro ejemplo de partida es dudoso que C, en tanto que se movía sin llamar la atención entre los concurrentes, conforme a los criterios del RG tuviera que ser considerado autor de tentativa.

Sin embargo, tampoco de ese aspecto puede hacerse depender la solución de la cuestión. Más bien, la delimitación ha de efectuarse sin tener en cuenta las aportaciones activas hasta entonces realizadas, exclusivamente en función del plan del hecho.

aa) Atender al curso de la acción realizada antes de interrumpir la tentativa no sería razonable. Lo cual se deduce, en primer lugar, de una reflexión de orden práctico: no se entiende por qué en un actuar conjunto

[54] Cfr. al respecto ya *supra*, p. 76, con referencias.
[55] *Loc. cit.*, p. 6.
[56] *Loc. cit.*, p. 7.

en división del trabajo aquel cuya parte del hecho se efectúa más tarde y, por tanto, es más importante, únicamente debido al descubrimiento prematuro del hecho va a salir mejor librado que sus compinches.

Pero sobre todo esta concepción, a mi juicio, contradiría asimismo la esencia de la punición de la tentativa, pues el fundamento de punición no reside en la lesión o puesta en peligro objetivos del bien jurídico, esto es, en lo que ya ha ocurrido, sino en lo que, sobre la base de la voluntad delictiva de los intervinientes, habría podido ocurrir. Bien es verdad que esta voluntad no basta por sí sola, aunque se haya manifestado, para la punición; ha de añadírsele un comienzo de ejecución directo, que trascienda la fase preparatoria. Pero este comportamiento externo no se castiga por lo que él constituye, sino sólo porque en él se hace presente que la voluntad delictiva, más allá de la fase del planear, vacilar y sopesar, ha progresado hasta la de realización. Con otra concepción no cabe explicar la punibilidad de la tentativa inidónea.

Así pues, si el sujeto actuante en la tentativa no es punible por lo hecho, sino por lo querido, asimismo en la delimitación entre autoría y participación sólo cabe tener en cuenta la configuración planeada del curso de la acción, puesto que las formas de participación de la ley se refieren a lo que es punible, a la voluntad de acción que se ha internado en la fase de realización, y no a la conducta realizada, objetivamente atípica. Según este criterio, tanto C es autor del atentado intentado como la mujer ha de responder como coautora del hurto con fractura intentado.

Cabría, ciertamente, objetar que la pena por tentativa sólo debe afectar a aquel que, mediante una acción propia, calificable como comienzo de ejecución, ha manifestado su voluntad delictiva. Pero suponer esto, que de entrada no sería acertado en la inducción y la complicidad en la tentativa, presupondría para la autoría de tentativa una necesidad de comisión de propia mano no fundamentable. Ante todo, desconocería que también a las aportaciones de aquellos que mediante su obrar personal han ingresado en la fase de tentativa, sólo les corresponde significado autónomo por su referencia a la acción esperada de otro: si C no detona la bomba y si la mujer no se lleva las cosas que le corresponden, el hecho no tendría lugar. Los hasta ahora inactivos, que sólo tienen que ejercer su función en un momento posterior, tienen en todo momento en sus manos el acontecer al menos tanto como los demás; por eso pueden poseer el dominio conjunto aun sin actividad externa alguna, de manera que ya por este motivo la delimitación de las formas de participación sólo debe efectuarse en función del plan el hecho.

Por último, en favor de la solución desarrollada aquí habla asimismo la idea de que inducción y complicidad se refieren, sin duda alguna, al hecho planeado y no a la parte de acción realizada: sólo quien quería inducir al

hecho consumado o ayudar a él puede responder por participación en la tentativa; en otro caso sería un agente provocador impune.

bb) Todos los puntos de vista aducidos demuestran que tampoco la opinión intermedia del RG merece aprobación. Con respecto a las razones argüidas por éste en favor de su solución hay que observar, asimismo, que bien es cierto que de hecho no se puede saber con seguridad si el hasta ahora inactivo va a realizar la tarea que le corresponde en el plan global; pero eso no puede ser determinante, porque posibilidad de desistimiento les queda a todos los intervinientes en la fase de tentativa. Lo único determinante es que el autor de tentativa que hasta ahora no se ha significado quisiera realizar su función. Si bien aquí pueden aparecer a veces dificultades de prueba, en todo caso establecer una delimitación específica de las formas de participación no es una vía adecuada para resolverlas.

Al margen de ello, es que tampoco el criterio empleado por el RG puede eliminar sin más tales dudas, pues aun cuando el coautor cuya intervención se espera haya efectuado una acción que, no aportando nada a la tentativa, sin embargo sí le distinga de la conducta de un tercero no partícipe, de ahí no cabe colegir que en ningún caso fuera a "desertar". Por tanto, hay que entender que sólo el plan del hecho decide sobre autoría y participación.

Esta solución no entraña que, por ejemplo, en la tentativa se delimiten las formas de participación, a diferencia de como en general, según puntos de vista subjetivos. El fundamento de la clasificación es ciertamente el plan del hecho, o sea, algo sólo pensado, si bien realizado en parte. Pero también el plan es algo objetivo y sobre todo sólo el sustrato para la clasificación de las formas de participación, que se lleva a cabo justamente de la misma manera que en el delito consumado.

b) En los delitos de propia mano difícilmente pueden aparecer los problemas que surgen para los delitos de dominio, pues como la autoría presupone la realización personal de la acción típica, la actividad de un cómplice, por intensa que sea, no podrá considerarse como "comienzo de ejecución" si el autor se comporta pasivamente. Así pues, también para la autoría por tentativa se requiere comisión de propia mano.

c) En los delitos de infracción de deber es concebible la tentativa de dos modos:

aa) En primer lugar, la propia acción típica puede fracasar antes de la consumación: entonces —como en general— es autor aquel al que le incumbe el deber especial extrapenal, y los demás son cómplices o inductores. El problema de si hay que atender a la intensidad de la cooperación en la fase de tentativa o al reparto de papeles en el plan global, tampoco surge aquí, puesto que ni en el propio hecho consumado se efectúa la delimitación conforme al genero de la intervención externa, sino conforme al criterio

del deber que, en contraposición a las cambiantes relaciones de dominio, no se modifica entre preparación y consumación.

bb) Pero también cabe concebir una tentativa en que el sujeto se considere titular de un deber que en realidad no le incumba. Se trata entonces de un caso de sujeto inidóneo, cuya punibilidad, como se sabe, es muy controvertida. Suponiendo la punibilidad, parece como si aquí se diera una arrogación subjetiva con efecto fundamentador de autoría: así, quien pretende, conjuntamente con otros particulares, cometer el tipo de un delito propio de funcionario, mediante su mero imaginar ser funcionario, se convertiría en autor de la tentativa, aun cuando, al igual que sus compañeros, no infringía deber alguno y externamente, a diferencia de ellos, quizá incluso ha permanecido inactivo.

No obstante, tampoco en este caso se habría abandonado la delimitación objetiva. En efecto, la punibilidad por hecho intentado —si es que existe— se basa en todo caso no en una mera arrogación de deber (ello sería un error de subsunción inverso); más bien presupone que el autor se imagina una situación que, de darse, efectivamente fundamentaría un deber, por ejemplo, un nombramiento válido como funcionario, un conferir funciones jurídico-públicas en su ámbito de competencias, etc. Sobre la base de lo imaginado —lo único que en toda tentativa inidónea fundamenta la punición para las tres formas de participación— la delimitación no se lleva a cabo de modo distinto que en el delito consumado. La situación es, pues, la misma que en los delitos de dominio; la diferencia consiste en que en éstos las circunstancias fundamentadoras del dominio han de deducirse del planeamiento del curso de la acción, mientras que en los delitos de infracción de deber los elementos constructivos de la autoría son independientes del reparto de papeles en la ejecución, presuponiendo, por tanto, un acto de conciencia autónomo del autor de la tentativa.

2. Adecuación, tentativa y dominio del hecho

Los intentos de descartar los cursos causales inadecuados del ámbito de la responsabilidad penal, con ayuda de la teoría del dominio del hecho, son antiguos. Hermann Bruns [57] fue el primero en desarrollar la idea; Lange [58], Gallas [59] y Less [60] la asumieron y conformaron.

El punto de vista rector es siempre el mismo: un suceso que, con los medios empleados, según enseña la experiencia, no es dominable, no puede imputársele al sujeto actuante como obra suya cuando el resultado se produce,

[57] *Kritik der Lehre vom Tatbestand,* 1932, pp. 72 y 73; cfr. *supra,* pp. 80-81.
[58] *Moderner Täterbegriff,* 1935, pp. 42 ss. y 46 ss.
[59] Número especial Atenas, pp. 16 y 17; cfr. *supra,* pp. 90-91.
[60] *JZ,* 1951, p. 552; cfr. *supra,* pp. 101.

no obstante, a consecuencia de una concatenación de circunstancias imprevisibles. Dicho suceso no estaba sometido a su dominio del hecho. Al respecto, vienen en consideración dos grupos de supuestos distintos [61]:

Quien impulsa a su tío, a quien un día ha de heredar, a que efectúe un viaje por avión, esperando que éste se estrelle, queda impune, aun cuando la desgracia se produzca efectivamente. Y lo que es más importante en la práctica y justifica el tratamiento de estos casos entre los requisitos de la autoría de la tentativa: tampoco puede hacérsele responder por asesinato intentado si las cosas transcurren normalmente, esto es, si no ocurre nada. Por esta vía se solucionan también los tan debatidos problemas de la llamada tentativa supersticiosa (imprecar la muerte de otro), con ayuda de la teoría del dominio del hecho.

En un segundo grupo de casos ocurre que el sujeto pretende producir un resultado con medios en sí inadecuados, y que la lesión del bien jurídico también sobreviene en virtud de su obrar, pero como consecuencia de un curso causal tan desviado con respecto a lo que él imaginaba o a lo que era objetivamente previsible, que sólo cabe castigarle por hecho doloso intentado y ni siquiera por hecho imprudente consumado. Para fundamentarlo cabe argüir que el acontecer no se ha sujetado a su dominio del hecho, ni al real, requerido para la autoría dolosa, ni al potencial, requerido para la responsabilidad imprudente, no pudiendo considerársele como obra suya.

Dejando de lado las cuestiones dudosas y dificultades de delimitación múltiples que también surgen de este enfoque, nada hay que objetar a tal aprovechamiento del criterio del dominio del hecho, puesto que posibilita una limitación de la responsabilidad en el ámbito del tipo que no cabe conseguir mediante una pura consideración causal, que trabaje con encadenamientos de condiciones libres de valoración; de este modo, la teoría del dominio del hecho corrige un punto de partida metodológico incorrecto, al que los grupos de casos mencionados deben su fama, en cierta medida inmerecida.

De todos modos, tampoco hay que sobreestimar la importancia de la teoría del dominio del hecho en la solución de estos casos, puesto que no va más allá que la teoría de la adecuación concebida como teoría general de la imputación. Únicamente en la medida en que el dominio del hecho, como especial criterio de imputación, haya asumido los requisitos generales de la imputación puede descartar los cursos causales inadecuados. Pero desde luego, estos supuestos de hecho no muestran especial referencia a la autoría o al dominio del hecho. Lo cual se pone de manifiesto en varios aspectos:

a) La irrelevancia penal de los cursos causales inadecuados de ningún modo se limita al ámbito del dominio del hecho. Evidentemente, aquel que

[61] Cfr., por ejemplo, Gallas, *op. cit.*, pp. 16 y 17.

ha determinado al sobrino para que anime a su tío a viajar en avión no puede ser castigado, por ejemplo, por inducción o inducción intentada. La razón estriba en que tales resultados no sólo no son dominables, sino ni siquiera *producibles* de modo imputable, y precisamente esto es lo que quiere significar la teoría de la adecuación bien entendida. La falta de dominabilidad de lo no producible es, pues, sólo una derivación de la idea de la adecuación y no un fenómeno perteneciente específicamente a la doctrina de la autoría.

b) Por ende, el criterio general de imputación representado por la adecuación no sólo sirve para el partícipe que se encuentra junto al señor del hecho, sino también allí donde hay que recurrir a elementos de la autoría de índole distinta. Aunque, por ejemplo, en los delitos de infracción de deber no haya que atender a la dominabilidad, tampoco en ellos cabe imputar los cursos causales inadecuados. La tentativa consistente en imprecar la muerte de otro no es una infracción de deber en el sentido de estos tipos, y unas lesiones intentadas, pero no producidas de forma previsible, no constituyen lesiones en ejercicio de cargo, porque no cabe entenderlas producidas por medio del quebrantamiento del deber.

Así pues, cabe decir, resumiendo, que la teoría del dominio del hecho contiene ciertamente el elemento de la adecuación, pero que éste constituye un criterio general de imputación que no puede limitarse ni a la autoría ni siquiera al concepto del dominio del hecho.

CAPÍTULO DÉCIMO

AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN EN LAS OMISIONES

§ 37. EL AUTOR DEL DELITO DE OMISIÓN

I. INTRODUCCIÓN

La cuestión de la autoría y la participación en las omisiones sólo en los últimos años ha llegado a ocupar el primer plano del interés. Que no se le haya prestado atención al principio [1] en la doctrina de la autoría se debe a tres causas: en tanto que los hechos omisivos —al menos los llamados delitos de omisión "impropios"— se consideraban como delitos de comisión o no se estaba dispuesto a extraer consecuencias dogmáticas de su heterogeneidad estructural, no existía motivo ni siquiera para plantearse la posibilidad de su tratamiento especial en la doctrina de la autoría. En segundo lugar, el método deductivo-formal, predilecto en la interpretación de los tipos, indujo a no atender a las especificidades de la respectiva materia de regulación. Y por último, la teoría subjetiva imperante en la praxis parecía ajustarse precisamente a los delitos omisivos: cuantas menos diferencias objetivas se presentaran en la conducta de varios omitentes tanto más evidente era efectuar la distinción exclusivamente en función de la disposición interna de los intervinientes, atendiendo aquí, como en general, a si el omitente había querido el hecho "como propio".

Este panorama ha cambiado recientemente. En un principio, el BGH —como ya se ha expuesto pormenorizadamente *supra*— [2] utilizó ampliamente a los delitos de omisión para introducir el concepto del dominio del hecho en la jurisprudencia; la viva polémica doctrinal en torno a la punibilidad de la omisión de impedir el suicidio profundizó la problemática. Finalmente,

[1] Representa una excepción PERTEN, *Die Beihilfe zum Verbrechen,* 1918, pp. 114-119; su concepción coincide sustancialmente con la teoría mantenida en la actualidad por GALLAS, no requiriendo, por ello, análisis específico (cfr. *supra,* pp. 49 ss. y 64 ss.).

[2] Así pp. 109 ss.

en los últimos años varias manografías relativas a la dogmática de la omisión, en particular la fundamental obra de Armin KAUFMANN [3] —alguna de cuyas cuestiones importantes ya había preelaborado GRÜNWALD— [4] han enriquecido el tema con puntos de vista y soluciones completamente novedosas.

No resulta posible, en el marco del presente estudio, tomar postura sobre los aspectos básicos de la dogmática general de la omisión, debiendo limitarnos a las cuestiones insoslayables para fundamentar la teoría de la participación que aquí se desarrolla. Vamos a intentar, considerando la singularidad estructural del delito omisivo, obtener puntos de apoyo para la delimitación de las formas de participación a partir de la doctrina de la autoría hasta aquí expuesta. Al respecto tendrá que situarse en primer plano la polémica con la doctrina y jurisprudencia recientes.

II. EL DELITO OMISIVO COMO DELITO DE INFRACCIÓN DE DEBER

1. El deber de evitar el resultado como elemento fundamentador de la autoría

Examinando los hechos omisivos a la luz de los criterios, hasta aquí desarrollados, para delimitar autoría y participación, en seguida llama la atención que en todos los casos se trata de delitos de infración de deber: no todo aquel que omite viene en consideración como autor, sino exclusivamente aquel al que incumbe el concreto deber de evitar el resultado descrito en el tipo.

Esto es hoy prácticamente indiscutido, pudiendo darse por sentado en lo sucesivo. La conocida teoría de Hellmuth MAYER, a la que consideraba inconstitucional la tradicional "teoría de la infracción del deber" [5], y que pretende equiparar la omisión al hacer cuando aquélla exige «la misma medida de energía volitiva hostil al Derecho que la actividad positiva» [6], sólo se opone a esto en apariencia. En efecto, tampoco Hellmuth MAYER pretende atender a la intensidad de impulsos volitivos empíricamente mensurables. Más bien tiene en cuenta expresamente, en el caso en que la madre, que pretende dejar morir de hambre a su hijo, y el guardavía que no aparta adrede de la vía un obstáculo, que «eran tan empedernidos que no tuvieron ni que contener el impulso volitivo de socorrer» [6]. Cuando, no obstante esto, propugna castigarlos como autores de omisión porque «una disposición así

[3] *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, 1959.

[4] *Das unechte Unterlassungsdelikt*, tesis doctoral inédita, Gotinga, 1956; el apartado relativo a la teoría de la participación se reproduce en esencia en *GA*, 1959, pp. 110 ss.

[5] Cfr. *Lehrbuch*, pp. 119-121.

[6] *Op. cit.*, p. 113.

con mayor razón ha de valorarse como rebelión activa contra la voluntad general» [6], la "voluntad general", aquí erigida en instancia suprema, sólo puede encarnarse en el ordenamiento jurídico, y frente al individuo no puede manifestarse sino en la imposición de un deber de evitar el resultado. No hay, pues, vía que soslaye el deber. En el fondo, la crítica de MAYER no se dirige contra el deber, sino sólo contra la forma tradicional de fundamentarlo, lo que para nosotros no requiere más indagación.

Los deberes fundamentadores de autoría en la omisión no se distinguen en cuanto a su esencia de los que surgen en los delitos de comisión correspondientes. Se trata de deberes de protección y conservación, de índole jurídico-civil, pública y consuetudinaria, cuyo quebrantamiento se valora como infracción normativa penal. Los deberes determinantes en los hechos comisivos abarcan incluso, por lo general, el ámbito de la omisión: el deber de velar por un patrimonio ajeno, por ejemplo, en la administración desleal, puede infringirse mediante hacer del mismo modo que omitiendo. En los delitos de funcionarios esta estrecha relación incluso está expresada en la ley: por ejemplo, el § 347 StGB menciona al "dejar escapar" a los presos en plano de igualdad con la "producción" y el "favorecimiento" de la fuga. El § 340 StGB comprende el "dejar cometer" junto al "cometer" lesiones. Un abogado puede servir a la parte contraria tanto mediante omisión como mediante hacer positivo (§ 356 StGB), por ejemplo, «faltando a una comparecencia o dejando transcurrir un plazo en perjuicio de su cliente, o no utilizando un medio jurídico o silenciando hechos relevantes» [7]. Estos ejemplos podrían multiplicarse [8], y en todos ellos es indiferente para el quebrantamiento del deber que éste consista en un hacer o en un omitir, no existiendo diferencia entre el hecho comisivo y el omisivo desde la perspectiva de la autoría.

La especificidad determinante de las omisiones, en la que se basan en lo esencial también las dificultades prácticas de su tratamiento, no cabe encontrarla, pues, en los conceptos de "omisión" o de "dominio del hecho", ambos sin mayor importancia para la doctrina de la autoría en este ámbito; tampoco reside en el deber como elemento fundamentador de la autoría, que aquí no tiene índole distinta que en los delitos de infracción de deber comisivos. La principal diferencia consiste, más bien, en que en las omisiones todas las lesiones de bienes jurídicos, que en los supuestos comisivos eran delitos de dominio, se transforman en delitos de infracción de deber, de manera que todos los delitos sometidos al concepto general de autor, en tanto que son comisibles por omisión, presentan una estructura doble: son delitos tanto de dominio como de infracción de deber, y por eso, en función de si se trata de un hacer o de un omitir, están sujetos a una delimitación, completamente distinta, de las formas de participación.

[7] Así acertadamente GEPPERT, *Der strafrechtliche Parteiverrat*, 1961, p. 115.

[8] Cfr. al respecto, indicando otros tipos, BOHM, *JuS*, 1961, núm. 6.

En lo que sigue se estudiará detalladamente a qué consecuencias conduce este dato. Aquí ha de abordarse brevemente aún la cuestión de cómo opera nuestra idea sobre la controversia en torno al tipo de las omisiones. Recientemente se ha discutido si los delitos impropios de omisión han de subsumirse en el respectivo tipo de comisión [9] o en tipos autónomos prescriptivos de garante [10]. Teniendo en cuenta que la doctrina de la autoría pertenece al tipo, de manera que un distinto concepto de autor no puede quedar sin efectos en el tipo, resulta, en pocas palabras, lo siguiente:

a) Es cierto que, si no se quiere contradecir irremisiblemente el principio del *nulla poena*, sólo pueden obtenerse los presupuestos de la punición por omisión a través de una interpretación de los preceptos concretos, los cuales en su formulación casi siempre están concebidos a la medida de los hechos comisivos. El concepto de "matar" en el § 212 StGB, por ejemplo, tiene que contener tanto el hacer como los elementos de la omisión antijurídica. Así pues, de entender el concepto "tipo" de manera que aluda a un precepto penal concebido en un parágrafo, hacer y omitir se sujetan al mismo tipo.

b) Distinta es la cuestión si se considera al tipo como concepto sistemático fundamental, como norma, cuyo tratamiento dogmático no está condicionado por la conminación penal, sino por la estructura de la conducta incriminada. Entonces los delitos de dominio y de infracción de deber —y por ende, en el ámbito del concepto general de autor, los delitos de comisión y de omisión— se apartan como tipos autónomos, porque la imputación se basa en requisitos distintos para la punibilidad en general y para las formas de participación en particular. Así pues, en este punto quedan corroboradas las tesis de Armin KAUFMANN y de GRÜNWALD por nuestro estudio desde la perspectiva de la doctrina de la autoría. Al concepto de tipo aquí caracterizado es al que nos referiremos en los sucesivo, salvo advertencia en contrario.

c) A su vez, la cuestión es distinta, sin embargo, allí donde el propio hacer positivo es punible sólo como delito de infracción de deber. Aquí no surgen —al menos en la doctrina de la autoría— [11] diferencias estructurales entre cometer y omitir, debiendo subsumirse ambas formas de conducta en un tipo unitario también en el segundo sentido del concepto: el que yo, como obligado a velar por un patrimonio ajeno, dañe a mi mandante omitiendo deliberadamente una acción necesaria o bien llevando a cabo una acción perjudicial, no supone típicamente diferencia alguna; al igual que tampoco puede entrañar diferencias, desde la perspectiva típica, el que el funcionario de prisiones omita conscientemente cerrar con llave la puerta o, para posibilitar la fuga de los internos, deje la llave puesta (o sea, hacer positivo).

[9] En tal sentido la doctrina tradicional.

[10] Así GRÜNWALD, *Das unechte Unterlassungsdelikt*, 1956; asimismo, *ZStW*, t. 70, 1959, pp. 4112 ss.; Armin KAUFMANN, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, 1959; BOHM, *JuS*, 1961, pp. 173 ss.

[11] No es éste el lugar de analizar otros ámbitos de problemas dogmáticos.

Naturalmente, subsiste en estos casos la diferencia ontológica entre hacer y omitir; pero como el tipo es una figura normativa, la relación entre menoscabo del bien jurídico y sujeto del delito sólo queda instituida por el quebrantamiento del deber, frente al cual son irrelevantes las variantes del curso externo del acontecer. Precisamente esto es de otro modo en la relación entre los delitos de dominio con sus correspondientes hechos omisivos: la dirección configuradora del curso causal y la posición de garante, dependiente de requisitos absolutamente distintos, constituyen formas de imputación que no cabe reducir a un común denominador en cuanto a su contenido y que sólo vuelven a converger en el punto de vista rector de la "figura central", situada por encima del tipo concreto.

Los puntos de vista acabados de esbozar brevemente son importantes porque no tenerlos en cuenta induce a conclusiones prematuras. Así, por ejemplo, a partir de la autonomía típica de las omisiones en el sentido de *b)* no cabe extraer sin más ni más la conclusión de que *de lege ferenda* han de preverse dos parágrafos distintos para los hechos comisivos y para los omisivos. Éste es un problema aparte, que afecta exclusivamente a las cuestiones planteadas en *a)*.

Y lo que para la doctrina de la autoría es más importante y aún no se ha advertido en todo su calado: de la unidad del tipo en el sentido de *a)* no se puede deducir la exigencia de que autoría y participación hayan de delimitarse en la comisión y en la omisión conforme a los mismos criterios; aquí hay que atender más bien únicamente al concepto de tipo mencionado en *b)*.

Por último, sería incorrecto, a partir de las diferencias típicas, deducir en el caso de *b)* la incompatibilidad general de los conceptos de autor en el hacer positivo y en los delitos de omisión. Al hacerlo se pasaría por alto el grupo *c)* y se impediría apreciar la autoría por omisión y el elemento de deber que la fundamenta, no consiguiéndose ya su integración en la doctrina de la autoría.

Todas estas cuestiones, que encierran muchos otros problemas, sólo pueden aquí señalarse a modo de anticipación. Habrá que volver a abordarlas en lo sucesivo, en polémica con las distintas opiniones divergentes.

2. La eliminación de la idea del dominio del hecho

Nuestras reflexiones nos conducen, en principio, al sorprendente resultado de que las consideraciones sobre dominio del hecho de entrada no son pertinentes en los delitos de omisión: el omitente no llega a ser autor por su eventual dominio del hecho, sino por el quebrantamiento de su deber de evitar el resultado. Y esta idea es sorprendente porque justo en los delitos

de omisión es donde doctrina y jurisprudencia han recurrido con especial frecuencia a la idea del dominio del hecho; pero acto seguido, siendo así que el omitente, de tener la posibilidad de evitar el resultado, sobre la base de nuestra tesis aparecería, por lo general [12], como autor, la doctrina dominante tiende, por el contrario, a considerar cómplice al omitente cuando cooperan varios [13].

No obstante, lo correcto de la concepción que aquí se defiende resulta más fácil de exponer en las omisiones que en los delitos de infracción de deber por comisión. Mientras que en éstos la aplicación del principio del dominio del hecho sería concebible, si bien incorrecta e insatisfactoria en cuanto a sus resultados, en las omisiones ello es imposible desde el principio: no haciendo nada, no cabe dirigir, configurándolo, el curso de la acción. La dirección, con dominio, del acontecer presupone entre el resultado producido y la persona del autor una relación basada en conducta rectora activa, lo que justamente falta en aquel que se limita a dejar que los acontecimientos sigan su curso.

Obviamente podría considerarse demasiado estricto un concepto de dominio del hecho así entendido. Una modificación del criterio del dominio ajustada a la peculiaridad de las omisiones cabría concebirla en dos modos: se podría concebir la esencia del dominio por omisión como posibilidad —pura o incrementada— de intervenir impidiendo el resultado [*a*)] o bien como intervención configuradora en sentido prejurídico-social [*b*)]. Ambos puntos de vista merecen un breve estudio.

a) *¿La posibilidad de intervención como dominio por omisión?*

Si alguien omite deliberadamente lanzar el salvavidas a quien se está ahogando, o si, en general, un garante no sale al paso, conscientemente, de un peligro que se cierne, puede decirse perfectamente de ambos, en tanto que el resultado sea evitable, que —al margen de la cuestión de la causalidad— tienen el suceso "en sus manos": De ellos depende que el nadador se ahogue o que ocurra otra desgracia. La idea de denominar a una relación así "dominio del hecho" con respecto al resultado está a un paso. Por eso se entiende que la doctrina haya aplicado este concepto en tales casos, al principio, sin el menor reparo [14]. Asimismo el BGH, ya en su primera sentencia decisiva [15], fundamenta el dominio del hecho exclusivamente en esta consideración, diciendo: «Por lo general el obligado a

[12] Acerca de las pocas excepciones existentes se tratará más adelante, pp. 514 ss.

[13] Cfr., por ejemplo, GALLAS, *JZ*, 1952, pp. 372 ss.; *Z*, 1960, p. 687; KIELWEIN, *GA*, 1955, pp. 225 ss. Al respecto con detalle *infra*, pp. 534 ss.

[14] Cfr., por ejemplo, KIELWEIN, *GA*, 1955, p. 227.

[15] *BGHSt*, 2, pp. 150-157 (156); cfr. *supra*, p. 111, núm. 3.

socorrer tiene el dominio sobre la situación, plenamente o en gran parte, pudiendo mediante su intervención darle el giro decisivo.»

Y sin embargo, este modo de hablar es incorrecto, pues lo que aquí se denomina "dominio del hecho" no es sino la posibilidad de evitar el resultado. Que ésta no puede fundamentar dominio ya lo hemos expuesto *supra*, con respecto a la delitos de comisión, en los que el BGH ha sufrido el mismo error en una ocasión [16]: si se quisiera considerar señor del hecho a aquel que sólo tiene una importancia de segundo orden en el curso de la acción, por la simple circunstancia de que hubiera podido evitar el resultado interviniendo activamente —por ejemplo, denunciando o demandando auxilio ajeno—, ya no habría apenas inductores y cómplices. Con el dominio del hecho real nada tiene que ver tal "dominio de impedir potencial".

Tampoco cabe decir que un concepto de dominio en tal sentido, que es incorrecto en los hechos comisivos, sin embargo sea acertado al aplicarlo a los delitos de omisión, puesto que el que ayuda activamente, que sólo puede responder por el § 49 StGB (complicidad) debido a que le falta el dominio del hecho, tendría entonces no obstante, en tanto que omite impedir el resultado, el dominio. Es evidente que esto supondría un resultado absurdo, conceptual y materialmente.

En los delitos de omisión se añade un motivo más que excluye la posibilidad de servirse de un concepto de dominio del hecho en tal sentido, motivo que ha sido formulado en primer lugar por GALLAS [17] indicando «que, a diferencia de en el influjo real del sujeto actuante en el curso del acontecer, sólo cabe hablar de dominio del hecho del omitente en el sentido de la posibilidad de intervenir, impidiendo, en este curso, y que tal dominio del hecho "potencial" pertenece al concepto de la comisión mediante omisión, no pudiendo, pues, servir al mismo tiempo para discernir entre autoría y participación por omisión». Así pues, se frustraría el alcanzar el objetivo de delimitar autoría y participación, perseguido por la teoría del dominio del hecho.

Para este dilema sólo hay dos salidas. O bien, dado que no todo omitente puede responder como autor, cabe conceder que, además del "dominio del hecho" —que se da siempre y por tanto nada aporta a la distinción—, se requiere una posición de garante: entonces ya no es la posibilidad de evitar el resultado, sino el deber, lo que decide sobre la autoría, de manera que se acaba desembocando en la posición aquí defendida.

O bien puede intentarse encontrar la distinción entre autoría y participación en la mayor o menor dificultad de evitar el resultado. Según lo cual un omitente sería señor del hecho no ya cuando podría evitar el resultado, sino sólo cuando le sería posible evitarlo sin gran esfuerzo.

[16] Cfr. pp. 340-342.

[17] *JZ*, 1952, p. 372.

Pero con tal concepción, sobre cuyas manifestaciones en la doctrina actual volveremos a incidir más adelante, se habría abandonado el principio de partida. En efecto, incluso aquel que sólo con esfuerzo puede cambiar el destino tiene el resultado —de quererse trabajar con esta idea— "en sus manos", quedando descartadas otras distinciones ulteriores. Además, las graduaciones en función de la mayor o menor dificultad de una conducta no permiten trazar límites ni con una seguridad mínima, sobre todo teniendo en cuenta que, como aquí, se trata de consideraciones puramente hipotéticas.

Y, finalmente, un concepto del dominio del hecho así construido queda reducido *ad absurdum* considerando que un garante que omite, no existiendo ningún autor de comisión entre él y el resultado, tiene que ser autor sean cuales sean las circunstancias, con tal que sea posible y exigible una intervención que impidiera el resultado. Pero si el cuasi-dominio del hecho es independiente aquí de la "facilidad" de la evitación, tiene que serlo siempre.

De donde se deduce que una formación de conceptos con arreglo a la cual el "dominio del hecho" del omitente se base en su posibilidad de intervenir evitando, o en la posibilidad de evitación del resultado particularmente cómoda, es incorrecta e inviable en la práctica. No existe dominio del hecho del omitente en estos casos y, si existiera, con su ayuda no cabría efectuar una delimitación de las formas de participación.

b) *¿El omitente como sustentador de dominio del hecho "social"?*

Podría hablarse de dominio del hecho del omitente en un segundo sentido, a saber, allí donde conforme a la consideración social hacer y omitir ya no se distinguen, donde la inactividad no aparece como tal, sino sólo como manifestación del hecho comisivo y, por tanto, como conducta ligada a dominio.

Aquí se incluirían los famosos ejemplos académicos, tan citados y no por casualidad, de la madre que deja morir de hambre a su hijo y del guardagujas que produce un choque al no efectuar el cambio de agujas. De producirse en estos casos el resultado de muerte, el juicio social que se expresa en el lenguaje común sería del tenor de que la madre y el guardagujas han "matado" a sus víctimas respectivas y de que el acontecer ha estado sometido a su "dominio". Tal modo de hablar tiene aquí un sentido más preciso que la mera alusión a la posibilidad de evitar, pues estos dos ejemplos se distinguen esencialmente con respecto a los casos comunes de omisión, como aquel en que un padre no salva a su hijo, que ha caído al agua, o el del policía que, quebrantando su deber, no procede a evitar un delito, por ejemplo, unos daños. En situaciones de este segundo género el contenido de significado social de la inactividad no estriba en que el padre haya "matado" [18] a su hijo o en que el policía haya "dañado" la cosa, sino que únicamente cabe reprocharles que no hayan intervenido y no hayan evitado el resultado [19].

Tal distinción de los supuestos de omisión entre aquellos en los que el no hacer equivale en sentido social al cometer y aquellos otros que mantienen su carácter omisivo, no se basan, digamos, en matizaciones arbitrarias del lenguaje común, sino que se trata de una heterogeneidad cualitativa, que se expresa asimismo en que, de cumplir los intervinientes con su posición de garante, ciertamente se alabará al padre y al policía por haber socorrido, evitando el resultado, pero a nadie se le ocurrirá felicitar a la madre o al guardagujas como salvadores de vidas humanas. Parece absurdo contemplar las comidas cotidianas en casa o el ejercicio diario del oficio de ferroviario como continua evitación de resultados de muerte.

Esta diferencia social entre distintos grupos de casos de omisión se basa en lo siguiente: allí donde el funcionamiento del organismo social se basa en determinadas actividades, planificadas desde el principio (alimentación de menores, regulación de la circulación ferroviaria), la omisión del hacer prescrito se presenta, conforme a su sentido social, como manifestación del cometer. Donde, por el contrario, no está prescrito el hacer, en el curso normal de las cosas, sino que está prescrito por el ordenamiento jurídico sólo para solucionar desgracias u otros trastornos —como ocurre en los casos de salvar la vida o de impedir delitos—, conforme a su sentido social, ahí la inactividad no es un cometer, no es un menoscabo del curso deseado del suceso, sino un no restablecer el orden y, por tanto, un omitir. Así pues, cometer y omitir, desde el punto de vista ontológico —tal como, por ejemplo, los finalistas entienden aquí este concepto— no coinciden con el significado social de esta pareja de conceptos. Lo que ontológicamente es una omisión no lo es siempre también en sentido social.

No podemos estudiar aquí en detalle las consecuencias jurídicas de tal distinción [20], debiendo limitarnos a preguntar si de ella se deriva alguna posibilidad de aplicar el concepto del dominio del hecho a la omisión. Tendríamos entonces que atribuir el dominio del hecho a aquel cuya inactividad aparece como menoscabo del orden social y, por tanto, como acción comisiva, mientras que quedarían relegados a la zona periférica de la participación los omitentes que se han limitado a no restablecer el orden perturbado.

No va a discutirse que sea posible el concepto de dominio del hecho "social" así entendido y que en nuestros ejemplos podría aplicársele razo-

[18] Cuestión distinta es que esta conducta, no obstante, quepa subsumirla en el concepto jurídico del matar del § 212 StGB (cfr. al respecto *supra*, p. 498); los conceptos jurídicos no tienen por qué coincidir plenamente con los contenidos de sentido sociales previos.

[19] Cfr. al respecto también la indicación de HENKEL, *Festschrift für Tesar, Monatschr. f. Krim.*, 1961, p. 180, nota 7.

[20] Con respecto a su influencia en el marco penal de la omisión, cfr. *infra*, pp. 540-541.

nablemente al comportamiento de la madre y del guardagujas. Al mismo tiempo, la doctrina dominante, que pretende considerar la inactividad del garante siempre sólo como participación, cuando éste no interviene contra el hacer activo de un tercero, se vería justificada desde el principio del dominio del hecho. En efecto, a quien deja plena libertad a otro sujeto actuante autónomo siempre se le achaca sólo el no haber eliminado una perturbación social.

No obstante, tal concepción de la autoría por omisión sería incorrecta, pues fracasa ya por la consideración práctica de que no sabría explicar por qué, por ejemplo, el socorrista que deja perecer al bañista debe responder como autor del § 212 StGB. En efecto, lo que se le reprocha no es matar, sino omitir salvar. El supuesto normal de delito de omisión no es aquel en que se desatiende a propósito un hacer conforme al curso de la cosas que espera la sociedad, sino aquel en que el que no actúa no despliega la energía para contrarrestar un daño que amenaza producirse en virtud de circunstancias anómalas. En todos estos casos no cabría fundamentar la autoría del omitente, y de no intervenir ningún sujeto activamente de modo delictivo, tampoco su punibilidad. Pero como la responsabilidad penal del omitente en estos casos está fuera de duda en la práctica (de lo contrario, habría que modificar radicalmente toda nuestra teoría de la omisión), se evidencia que lo que convierte en autor al omitente no es el "dominio del hecho social" en el sentido explicado *supra*, sino únicamente el deber de evitar el resultado.

Y es más, reflexionando por qué precisamente el hacer de determinadas personas concretas está tan integrado en el suceso social entero que la desatención de las funciones realizables por ellas, con arreglo a patrones sociales, aparece como hecho comisivo, resulta que este enjuiciamiento se remite a una especificidad de su posición de deber. Mientras que, por ejemplo, el deber de evitar el resultado del garante por lo general es un "deber de socorrer" *(Notpflicht)* —en cierto modo el ordenamiento jurídico le encomienda salvar en peligros—, el "autor comisivo que omite" tiene que cumplir "un deber funcional social". Sólo así se explica que nuestro guardagujas que adrede deja descarrilar el tren aparezca como señor de este proceso, mientras que a otro que todo lo vislumbraba y no estaba en este puesto, también según la concepción social, sólo podría hacérsele responder por omitir intervenir.

El "dominio del hecho social" del omitente es, pues, en definitiva, sólo un derivado de su deber funcional social. De ahí se deduce que también aquí la circunstancia primaria, fundamentadora de la autoría, es el deber y que no existe un dominio autónomo con respecto a este deber. El concepto de dominio del hecho carece, también en este sentido, de importancia para la autoría en la omisión, ya que no puede captar atinadamente su alcance,

y donde fuera aplicable, no lleva más allá que el criterio del deber, para nosotros determinante.

3. El concepto del autor por omisión en Armin Kaufmann y Grünwald

Nuestra teoría, con arreglo a la cual todo obligado realiza los presupuestos de la autoría por omisión, no pudiendo ya ser castigado como partícipe de un sujeto que actúe activamente, coincide con los recientes trabajos de Grünwald [21] y Armin Kaufmann [22] en la medida en que ambos rechazan la distinción entre autoría y participación en el ámbito de la omisión. Los dos llegan a esta concepción a través de la demostración, efectuada convincentemente por primera vez por Grünwald, de que no cabe encontrar criterios razonables para distinguir entre autoría y participación y que tal cometido incluso conduciría en la tentativa (debido a la impunidad de la complicidad intentada) a resultados absurdos [23]. Sobre estas cuestiones se volverá más adelante; de momento baste con remitir a los trabajos susodichos.

Tanto Grünwald como Kaufmann se conforman, sin embargo, con una demostración hasta cierto punto "negativa": se omite la distinción porque no se ha encontrado ningún elemento de distinción viable. Por el contrario, ninguno de ambos intenta desarrollar un concepto positivo de autor por omisión para ponerlo en relación con el concepto general de autor.

Kaufmann se limita a decir [24]: «En los delitos de omisión ha de partirse del concepto indiferenciado de omitente, análogo al concepto unitario de autor.» Pero esto no es correcto, puesto que autor no es en absoluto —en correspondencia con el concepto de autor unitario en la comisión— todo omitente, sino sólo el obligado a evitar el resultado. Resulta perfectamente posible distinguir entre los omitentes en función de que estén o no obligados; de todos modos, el no obligado por lo general no responde, no quedando por tanto espacio para la participación por omisión [25].

Grünwald califica a la intervención mediante omisión, junto a la autoría y a la complicidad mediante acción, como "forma de intervención propia" [26]. A esta estimación llega considerando determinante, también para la forma de intervención en las omisiones, la "distinta clase e intensidad de dominio del suceso" [27]. Como establece acertadamente que el omitente domina el suceso incluso menos que el cómplice por acción, resulta absolutamente

[21] *GA*, 1959, pp. 110 ss.
[22] *Unterlassungsdelikte*, pp. 291 ss.
[23] Cfr. Grünwald, tesis, pp. 109-115; Kaufmann, *Unterlassungsdelikte*, pp. 293 ss. y 296 ss.
[24] *Unterlassungsdelikte*, p. 302.
[25] Sobre posibles excepciones, cfr. *infra*, pp. 523 ss.
[26] *GA*, 1959, p. 112.
[27] *GA*, 1959, p. 113.

consecuente, desde su punto de partida, deducir una forma de intervención autónoma. Pero esta solución, obtenida no teniendo en cuenta el criterio del deber, es muy cuestionable, porque la ley no menciona ninguna otra forma de participación punible junto a autoría, inducción y complicidad. Además, en la omisión nos encontraríamos ante hechos *(Taten)* sin autor *(Täter)*, idea difícil de concebir que asimismo conduce a dificultades prácticas, pues a la inducción y a la complicidad en la omisión —que GRÜNWALD reconoce, a diferencia de KAUFMANN— les falta entonces la autoría como punto de referencia.

Así pues, mientras que en GRÜNWALD y KAUFMANN el autor del delito omisivo queda eliminado o reducido al concepto de omitente, la concepción que aquí se propugna de los hechos omisivos como delitos de infracción de deber, colma la laguna que así surge, devuelve al sujeto del delito su plasticidad y vuelve a incardinar las omisiones en la doctrina general de la autoría, en la que, de otro modo, como cuerpo extraño sin elaborar, ya no podría encontrar acomodo.

III. COAUTORÍA Y AUTORÍA MEDIATA EN LA OMISIÓN

Mediante nuestra concepción del autor de omisión también las formas de cooperación en coautoría, que para KAUFMANN quedan descartadas de entrada en la omisión, cobran cierta importancia (si bien limitada); por el contrario, la autoría mediata mediante omisión está excluida.

1. Coautoría

En primer lugar, por lo que respecta a la coautoría, cabe concebirla de dos formas: por una parte, varios omitentes pueden ser considerados como coautores de un hecho omisivo; por otra, también un sujeto actuante y uno omitente pueden cooperar como coautores de un hecho común.

a) *Varios omitentes como coautores*

Estimar la coautoría de varios omitentes presupondría que son titulares de un deber común y que no están llamados a actuar, respectivamente, como individuos singulares. Por lo general, falta este carácter común, debiendo dársele la razón a Armin KAUFMANN cuando señala [28]: «Si 50 nadadores contemplan inactivos cómo se ahoga un niño, bien es cierto que todos ellos han omitido salvarlo, pero no han omitido "en común". Cada uno de por

[28] *Unterlassungsdelikte*, p. 189.

sí es "autor por omisión" o, si se quiere, "autor simultáneo" de la omisión.» Desde la postura que aquí se mantiene esto no es nada singular, sino que se corresponde con la situación en los delitos de infracción de deber por comisión, a cuyo tratamiento podemos remitirnos [29].

De donde se deduce, asimismo, que allí donde existe un deber común resulta perfectamente posible la coautoría por omisión. Lo cual cabe predicarlo, en principio, para los delitos de infracción de deber establecidos legalmente: si dos funcionarios tienen el cometido de vigilar conjuntamente a un preso, y si, quebrantando su deber, se ponen de acuerdo para permanecer impasibles ante la fuga de éste, realizan el tipo del § 347 StGB como coautores por omisión. Igualmente ocurre cuando dos obligados a velar por un patrimonio, puestos de acuerdo, omiten una acción necesaria para conservar los bienes a su cargo (§ 266 StGB) y en muchos otros casos. Otro tanto rige, asimismo, para los delitos omisivos "no descritos": si dos guías de montaña asumen contractualmente el deber de guiar conjuntamente a un grupo de alpinistas y si conciben y ejecutan el plan de dejarlos en la estacada en un lugar peligroso, son, en función de qué tipo sea aplicable, coautores del abandono, de lesiones o de homicidio.

Frente a la posición que aquí se propugna, Armin KAUFMANN se opone a la posibilidad de coautoría en la omisión. La razón reside, por una parte, en que no conoce la categoría de los delitos de infracción de deber, no aplicándola tampoco en la omisión y no pudiendo encontrar, por inutilidad del principio del dominio del hecho, punto de partida alguno para una formación de conceptos en tal sentido. Por lo demás, se apoya simplemente en el argumento de que no cabe apreciar "decisión del hecho conjunta" porque no existe el dolo de omitir [30].

Pero aun aceptando la tesis de KAUFMANN de que a la omisión no le es propia ninguna finalidad paralela a la de los hechos comisivos, su razonamiento sigue incurriendo en *petitio principii*: en efecto, en ningún lugar está escrito que la coautoría en la omisión requiera un dolo que KAUFMANN concibe a la medida de las peculiaridades de los delitos comisivos y cuya existencia él no requiere ni siquiera en la autoría única del omitente. Si, dando por supuestas las premisas de KAUFMANN, a pesar de la inexistencia de dolo de omitir, se puede llegar a ser autor único de la omisión, ¿por qué no va a ser igualmente posible la coautoría?

b) *Sujeto agente y sujeto omitente como coautores*

Conforme a puntos de vista distintos ha de contestarse la cuestión de si un sujeto actuante y otro omitente pueden ser coautores de un delito.

[29] Cfr. *supra*, pp. 388 ss.
[30] *Unterlassungsdelikte*, p. 189.

Tal posibilidad no procede, en general, porque la coautoría requiere criterios de imputación unitarios para los diversos intervinientes, lo cual falta aquí, porque —como se expuso— hacer y omitir por lo general están sujetos a conceptos de autor distintos. Así pues, si el socorrista contempla impávido cómo un sujeto empuja a quien no sabe nadar a un lugar en que el agua cubre, ciertamente ambos son autores (de un hecho comisivo y de un delito de omisión), pero no coautores.

Y esto no cabe despacharlo considerando que se trata de una consecuencia doctrinaria a partir de la tesis de la autonomía de los tipos de omisión, pues esta solución se deriva de la contemplación directa de la esencia de la coautoría, la cual sólo puede fundamentarse o en el dominio común en división del trabajo —que aquí no se se da— o en el quebrantamiento de un deber común, lo que asimismo falta.

Distinta es la situación en los delitos de infracción de deber comisivos. Si —por retomar el tipo del § 347 StGB— dos funcionarios de prisiones, conforme a lo acordado, hacen posible la fuga del interno entregándole uno la llave de la celda (hacer activo) y dejando el otro, infringiendo su deber, sin cerrar el portón exterior (omisión), ambos son coautores de favorecimiento de evasión, pues realizan el mismo tipo y quebrantan el deber común de vigilancia, cuya vulneración les hace llegar a ser autores sin tener en cuenta el género del comportamiento externo.

Ciertamente cabría objetar que ya en el acuerdo existe una "actividad psíquica" del sujeto que por lo demás permanece inactivo, actividad que convierte su conducta en delito comisivo [31]. Esto nada cambiaría en el resultado; pero tal solución no es atinada porque el comportamiento acordado tenía que consistir precisamente en una omisión. Si se pretendiera considerarlo como hecho comisivo únicamente debido a la "actividad psíquica" del acuerdo, consecuentemente habría que darle el sentido de delito comisivo a toda omisión deliberada, merced a la energía psíquica activa puesta de manifiesto en el proceso mental.

Por lo demás, la fluidez de la línea demarcadora entre el auxilio psíquico que (co)fundamenta la autoría en los delitos de infracción de deber y la mera omisión acordada pone de relieve que no sería correcto descartar la posibilidad de coautoría del autor por comisión y del autor por omisión en este grupo de delitos.

[31] Así Armin KAUFMANN, *Unterlassungsdelikte*, p. 294.

2. Autoría mediata

La autoría mediata por omisión, posibilidad que se ha admitido en multitud de ocasiones [32], por el contrario, hay que negarla en general. En efecto, toda autoría mediata presupone que el sujeto de detrás se sirve de una persona interpuesta a la que, mediante hacer activo, emplea en el curso de la acción, bien sea dirigiendo el suceso en virtud de su dominio de la voluntad, bien sea simplemente impulsando él, como obligado, a un *extraneus* doloso (lo que en el caso del "instrumento" doloso no cualificado basta para fundamentar la autoría mediata).

Tal "impulso" falta por naturaleza en la omisión. Si se quisiera renunciar a este requisito habría que estimar autoría mediata en todos los casos en que un garante no interviene para contrarrestar el delito de un tercero. Lo cual supondría una formación de conceptos poco razonable, porque todo omitir representa una ausencia de intervención en un acontecer que se desenvuelve con independencia del autor, no significando diferencia estructural alguna el que este acontecer se base en las fuerzas de la naturaleza o en una conducta humana. La autoría del omitente es en ambos casos directa o mediata, por igual.

Debido a este hecho fracasa asimismo la concepción de MAURACH [33], que considera posible la autoría mediata por omisión cuando «el autor mediato, omitiendo una acción prescrita, produce el hecho del instrumento que desencadena el resultado». Lo problemático de esta construcción se pone de relieve ya en su formulación; en efecto, ¿cómo cabe "producir" mediante omisión el hecho de otro? Para ilustrarlo aduce MAURACH el siguiente ejemplo: «El enfermero encargado de la vigilancia en una institución psiquiátrica deja, adrede, que un enfermo mental ataque a otro.» Aquí, una de dos: o el enfermo mental ha llevado a cabo el ataque con independencia del cuidador, por propia iniciativa, y entonces el cuidador no ha "producido" el hecho, sino que es un autor por omisión normal [34]. O ha "producido" el ataque, determinando de algún modo al enfermo a realizar su hecho, y entonces claro que el cuidador es autor mediato, pero por comisión y no por omisión.

También el segundo grupo de casos que suele aquí aducirse, en el que «el autor mediato, por medio de su propia actividad, ocasiona la omisión del instrumento, que condiciona el resultado» [35], se integra en otro contexto.

[32] En tal sentido MAURACH, *AT*, 1.ª ed., § 48, III, 1, p. 517; 2.ª ed., *op. cit.*, p. 504; MEZGER, *Lehrb.*, 2.ª y 3.ª eds., p. 40.

[33] *AT*, 2.ª ed, § 48, III, 1, p. 504.

[34] Igualmente, con fundamentación muy semejante, GRÜNWALD, *GA*, 1959, p. 122.

[35] MAURACH, *AT*, 1.ª ed., § 48, III, 1, p. 517; en la segunda edición MAURACH ha eliminado este grupo y su ejemplo correspondiente.

Si, por ejemplo, un sujeto "impide que actúe el obligado a hacerlo, narcotizándolo" [36], éste no es un hecho omisivo [37], sino un delito de comisión [38]. La dificultad de verificar aquí causalidad mecánica no obsta para la imputación penal, que en todo caso tiene que vincularse al hacer positivo del sujeto de detrás. Ya la consideración práctica de que no sería conveniente hacer depender la punibilidad en tales casos de una posición de garante conduce a este resultado.

Por lo demás, cabe hablar aquí perfectamente, también a diferencia de en la omisión, de genuino dominio del hecho. El que abate a golpes a la persona dispuesta a socorrer, para que así acabe desangrándose un accidentado, tiene la muerte de éste "en sus manos" y no en el sentido figurado de que interviniendo habría podido procurar ayuda, sino también en el sentido de los delitos comisivos: su hacer positivo (el abatir) lleva a la muerte de la víctima. La circunstancia de que la responsabilidad penal se base en la verificación de un curso causal hipotético (a saber, que sin la intervención del sujeto de detrás habría sido posible la salvación) no nos veda, en caso de poder demostrarse, hacerle responsable de su hacer.

IV. LA OMISIÓN DE IMPEDIR EL SUICIDIO

1. Inidoneidad de la teoría de la participación para resolver la problemática

El concepto de autor que en nuestra concepción subyace a los delitos de omisión posibilita, en la cuestión extremadamente dificultosa de si el no evitar el suicidio ajeno es punible, advertir de entrada lo siguiente: la teoría de la participación, que según la jurisprudencia del BGH y un amplio sector doctrinal traza la frontera entre la impunidad y el homicidio doloso, no puede llevar a cabo la tarea que se le ha atribuido. No es correcto que omitir impedir el suicidio ajeno, existiendo deber de evitar el resultado, se pueda presentar ora como complicidad impune con el suicidio, ora como autoría del § 212 StGB (homicidio).

Más bien ocurre lo siguiente: o se estima que ciertos grupos de personas (siempre o en función de requisitos que habrán de determinarse) están obligados por el ordenamiento jurídico a evitar el suicidio —aunque sea libremente elegido— de otro. Y entonces, el omitente, de tener posibilidad de intervenir, realiza como autor en todo caso el tipo prescriptivo de garante desarrollado a partir del § 212 StGB. Y como únicamente el quebrantamiento del deber fundamenta la autoría, no hay que atender a su "dominio del

[36] MEZGER, *Lehrb.*, 2.ª y 3.ª eds., p. 420.
[37] Así, no obstante, SAUER, *GS*, 114, 320; ZIMMERMANN, *NJW*, 52, p. 1322.
[38] Acertadamente Armin KAUFMANN, *Unterlassungsdelikte*, p. 190; pero ya así MAURACH, *AT*, 1.ª ed., § 18, II, B, p. 174.

hecho", ni a la "voluntad de autor", ni a cualesquiera otras circunstancias. Estimar mera "complicidad" con el suicidio por omisión está descartado desde el principio.

O bien se parte de que, frente a la decisión responsable de suicidarse adoptada por otro, nunca (o el menos no en ciertos casos) existe un deber de evitar el resultado penalmente relevante. Entonces está excluida la punición del omitente; su cuasi "dominio del hecho" y su falta de voluntad de subordinación son una vez más irrelevantes.

Así pues, cuando el BGH, en varias sentencias [39], ha declarado sin más a los acusados obligados a evitar el suicidio del cónyuge, de la suegra, del prometido, pero a renglón seguido ha hecho depender la punición de consideraciones, complicadas y en parte contradictorias, sobre autoría y participación, se equivoca ya en su punto de partida. Dado que los razonamientos de las sentencias mencionadas no se circunscriben a la problemática del suicidio, sino que tienen importancia fundamental para la delimitación entre autoría y participación, la crítica de las distinciones de detalle que el BGH lleva a cabo puede aplazarse a posteriores consideraciones [40].

Así pues, el planteamiento correcto en la omisión de impedir el suicidio no reza: "autoría o participación", sino "posición de garante o no". Esta alternativa, que se deriva forzosamente en vía constructiva del concepto de autor aquí desarrollado, es la única que posibilita resultados exentos de contradicciones incluso en la práctica. Particularmente no puede desempeñar papel alguno la cuestión que siempre se plantea en primer término de si el suicidia, en el instante del omitir, era o no aún señor de su decisión. No se explica por qué el que le hace el nudo de la soga al suicida queda impune, pero aquel que después no la corta va a ser homicida. La posición de garante, de existir (y en la medida en que exista), obliga a intervenir en cualquier fase del suceso. Por el contrario, de suponer que hay que respetar la libre voluntad del suicida, esta voluntad, como advierte con buen criterio el BGH incluso en otro contexto [41], «habría que respetarla también cuando el suicida ha quedado desamparado o inconsciente».

2. Debate con GALLAS

En el marco de este obra es imposible abordar individualmente las numerosas soluciones desarrolladas para la problemática del suicidio, lo cual además es superfluo porque la mayoría de ellas recurre a la delimitación entre autoría y participación en la omisión, que se va a tratar más adelante. Pero

[39] *BGHSt*, 2, pp. 150 ss.; 13, pp. 162 ss.; *MDR*, 1960, pp. 939 y 940.
[40] *Infra*, pp. 527 ss.
[41] *BGHSt*, 6, pp. 147-155 (153).

sí merece una valoración aparte la postura de GALLAS, que ha dedicado recientemente a la cuestión un estudio profundo [42], desarrollando una solución circunscrita a los supuestos de suicidio. Dicha solución es característica de las dificultades en que se incurre cuando, en los tipos prescriptivos de garante, no se considera suficiente para fundamentar la autoría el deber de evitar el resultado. En esencia, GALLAS parte de que el garante que omite sólo es autor en tanto que no haya un tercero actuante con dominio del acontecer [43]. Al respecto se tomará postura más adelante [44]. Aquí interesan simplemente las consecuencias que de esta concepción resultan para la omisión de impedir el suicidio:

Dado que GALLAS afirma el deber de evitar el resultado según reglas generales, el garante tendría que quedar impune si «le compra la soga [al suicida], le ayuda a subir a la silla o le pone la soga al cuello» [45], pues hasta ahí la persona resuelta a suicidarse mantiene el dominio del hecho. Pero si el garante llega después y no corta la soga, se hace acreedor a una pena de prisión, pues ahora es autor, dado que el suicida ha perdido el dominio del hecho.

Esta consecuencia, a cuya rareza ya se aludió *supra*, la extrajo expresamente GALLAS al principio [46]; NIESE [47] y KIELWEIN [48] se le han sumado. Pero hoy GALLAS la rechaza, señalando: «Como sólo de este modo cabe evitar una demarcación absurda entre el comportamiento punible y el impune, hay que estimar que el espacio libre de pena que la ley, en el ámbito de los delitos contra la vida, ha querido crear no castigando el suicidio ni la participación en éste, comprende asimismo el no evitar el resultado de muerte en la tentativa acabada de suicidio. En todo caso, tal ampliación de la zona exenta de punición hasta más allá de la auténtica participacion en el suicidio, desde la perspectiva del merecimiento de pena, parece bastante menos absurda que estimar que la ley ha dejado impune al garante que induce al suicidio, pero en cambio ha querido castigar como autor de delito contra la vida al garante que no evita el resultado de suicidio» [49].

Esta nueva solución ciertamente es correcta en cuanto al resultado, de considerar impune —con GALLAS— el no intervenir junto con el suicida que aún está obrando. Pero la fundamentación evidencia lo poco que se resuelve un problema con una teoría que no considera a los tipos prescriptivos de garante como delitos de infracción de deber en el sentido que se describía

[42] *JZ*, 1960, pp. 649 ss. y 686 ss.
[43] *Op. cit.*, p. 687.
[44] Cfr. *infra*, pp. 534 ss.
[45] GALLAS, *JZ*, 1960, p. 689.
[46] *JZ*, 1952, pp. 372 y 373.
[47] *JZ*, 1953, p. 175.
[48] *GA*, 1955, p. 227.
[49] *JZ*, 1960, p. 689.

supra. En efecto, en primer lugar la estimación de GALLAS representa una excepción no explicable teóricamente desde su punto de partida, justificada sólo por los resultados "absurdos" a los que de otro modo se llegaría. Y en segundo lugar, supone una construcción contradictoria afirmar en los supuestos de suicidio por una parte un deber de evitar el resultado, pero por otra dejar que su infracción caiga siempre en el "espacio exento de punición". La posibilidad de formar, a partir del § 212 StGB, un tipo que prescriba impedir el suicidio, ¡sólo se da si se equiparan estos casos con los de homicidio en cuanto a la cualidad de injusto y se les castiga por este precepto! Si se cree que esto no es compatible con la voluntad del legislador me parece forzoso que entonces no puede estar dado un deber de evitar el resultado (que eleve el omitir a homicidio).

3. La problemática de la posición de garante

Así pues, la única cuestión justificada es la de si cabe obligar al sujeto, conminándolo con pena, a que impida el suicidio de otro. La respuesta, como sólo puede obtenerse por interpretación del § 212 StGB, está fuera del tema que aquí ha de tratarse. Y sin embargo, sí se manifiesta una directriz general: dado que ya el favorecimiento activo del suicidio únicamente es punible cuando el favorecedor tiene el dominio del hecho [50], sería poco razonable imponer al omitente un deber de evitar el resultado en los términos de las posiciones generales de garante, teniendo en cuenta que le está permitido apoyar impunemente al suicidia mediante hacer positivo. Así pues, el deber de impedir el suicidio sólo podrá afirmarse allí donde —como ocurre con los niños, los enfermos mentales o quienes sufren error— toda cooperación activa aparecería fundamentando dominio del hecho [51].

También es desde luego concluyente y coherente la concepción de MAURACH, que traslada los deberes generales de evitar resultados nocivos, sin más, a los supuestos de suicidio, pero luego propugna castigar como homicidio en autoría mediata hasta la cooperación activa más insignificante [52]. Así resulta relegado el principio del dominio del hecho por el criterio del deber también en los hechos comisivos. En cualquier caso, se restablece la unidad del enjuiciamiento; pero este planteamiento, de ser cierto, no cabría limitarlo a las situaciones de suicidio, sino que en todo delito hasta la intervención más remota de un garante entrañaría la punición por autor, sin tener en cuenta el dominio del hecho. «Tal "envolvimiento" de la teoría de la participación desde el delito omisivo nadie lo asumiría», señala con buen criterio

[50] Cfr. al respecto *supra*, pp. 180-185 y 249-255.
[51] Sustancialmente coincidente, por ejemplo, WELZEL, *Lehrb.*, 7.ª ed., p. 245; HEINITZ, *JZ*, 54, pp. 403-06; 55, pp. 105 ss. y 29 ss.
[52] *BT*, 3.ª ed., 1959, p. 18.

GRÜNWALD [53]. Por qué no puede sustentarse una concepción en tales términos, que nadie sustenta hoy [54] y que ni siquiera MAURACH comparte con ese carácter general, se expondrá *infra* con más detalle [55]. Limitarla a la cooperación en el suicidio, convirtiendo así al homicidio en delito de infracción de deber para un grupo de casos concreto, tampoco es viable, puesto que por esa vía la intervención en el suicidio se basaría en un derecho especial fundamentador de pena carente de todo apoyo en la ley.

§ 38. LA PARTICIPACIÓN POR OMISIÓN

I. PROBLEMÁTICA DE PARTIDA

Partiendo, conforme a los resultados a los que nuestro estudio nos ha llevado, de que el omitente llega a ser autor por su deber de evitar el resultado, se abre camino la cuestión de si sigue siendo posible la "participación por omisión", que hasta los estudios de Armin KAUFMANN y GRÜNWALD formaba parte del patrimonio de nuestra dogmática. Si el omitente obligado es autor, pero el omitente no obligado queda impune, ¿cómo va entonces a concebirse la participación por omisión?

Por anticipar la respuesta: sí es concebible. Y ello se entiende si recordamos la naturaleza "secundaria" del concepto de participación que establecíamos *supra*. La participación es una cooperación fuera de la autoría determinante para el tipo en cuestión. Así pues, se presenta participación por omisión allí donde una inactividad, con arreglo a patrones jurídicos, aparece como cooperación en un delito, sin reunir los requisitos de la autoría.

Para lo cual existen dos posibilidades. Y es que únicamente se puede ser autor de un delito omisivo concurriendo dos condiciones: en primer lugar, tiene que darse un tipo de omisión, esto es, debe existir la posibilidad de cometer el delito autónomamente por omisión. Y en segundo lugar, al omitente, para ser autor, le ha de incumbir un deber de evitar el resultado.

Por consiguiente, puede concurrir participación por omisión siempre que falte alguno de estos dos requisitos: por una parte, puede ocurrir que el sujeto contravenga un deber de evitar un resultado, pero que no exista un tipo autónomo omisivo del que se derivara la punición por autoría (*infra* II). Y por otra parte, es concebible que se dé un tipo omisivo, pero que aquel cuya omisión favorece el hecho no ocupe una posición de garante; esta segunda posibilidad presupone que hay supuestos en los que la omisión puede

[53] *GA*, 1959, p. 114.

[54] Cfr. críticamente también SCHÖNKE-SCHRÖDER, 10.ª ed., comentario previo IV, 1, c, p. 815, ante § 211.

[55] Cfr. pp. 537 ss.

ser punible incluso sin deber de evitar el resultado (III). Pasemos a abordar ambas cuestiones.

II. PARTICIPACIÓN EN SUPUESTOS EN QUE FALTA EL TIPO OMISIVO

1. Exclusión de la autoría por omisión a pesar de existir deber de evitar el resultado

a) *Requisitos de los tipos prescriptivos de garante*

Ya hemos establecido que la participación por omisión es posible siempre que el obligado no sea autor. Aquí surge en seguida una cuestión básica: si en el no evitar una lesión de bien jurídico lo único que puede fundamentar autoría es el deber de evitar el resultado, ¿cómo cabe entonces concebir que, a pesar de darse este deber, no proceda la autoría del omitente?

La respuesta se deduce de la consideración ya aducida al principio [1] de que los tipos omisivos, no estando mencionados en la ley *expressis verbis*, metodológicamente sólo cabe extraerlos a partir de los preceptos de la Parte Especial. Al respecto, la posición de garante cumple dos funciones: fundamentar la punibilidad y al mismo tiempo la autoría. Pero la punibilidad y la autoría tienen, al igual que en los delitos comisivos, requisitos distintos. Por esta vía es posible que en el caso concreto se den los requisitos de la punibilidad, pero no los de la autoría (por ser concepto más estricto).

La punibilidad requiere simplemente la lesión imputable del bien jurídico (en el más amplio sentido de la palabra) protegido en un tipo legal. Para que, por ejemplo, un sujeto responda por omitir evitar un hurto o un perjurio no hace falta que su conducta sea equiparable a la de un ladrón o perjuro que actúen típicamente. Tampoco el que auxilia activamente, proporcionando la ganzúa o dando consejos para el falso testimonio, comete desde luego hurto o perjurio. Por tanto, para la imputación requerida con vistas a la punibilidad basta que de un precepto quepa deducir que el que permanece inactivo sea responsable del bien jurídico protegido típicamente. En esta medida, el deber tiene una función fundamentadora de la punibilidad.

La autoría requiere asimismo que la omisión equivalga en cuanto a su desvaloración ético-social al hacer descrito primariamente en la ley. Si no, no sería posible subsumir, por ejemplo, el no evitar un resultado de muerte en el concepto de "matar" del § 212 StGB. Tal equivalencia se da en el precepto del homicidio: la conminación penal se vincula a la responsabilidad del individuo por un resultado de muerte, y para la cualidad de la des-

[1] Pp. 497-498.

valoración ético-social no representa diferencia alguna que la responsabilidad se base en el dominio del hecho o en el incumplimiento de un deber de evitar.

Otro tanto cabe afirmar de la mayoría de los demás preceptos penales. Al carácter irrenunciable y verificable de tal coincidencia de la cualidad de injusto de hacer y omitir se remite sobre todo la tesis de que se trata en cada caso de un tipo unitario. Lo cual, como hemos visto [2], resulta incluso acertado, siempre que se tenga claro que no se deja decidir sobre la unidad del tipo a la estructura dogmática, sino a la especificidad de la conducta ético-socialmente disvalosa.

El deber de evitar el resultado tiene, pues, la virtualidad de fundamentar la autoría siempre que el no evitar un delito se corresponda con la cualidad de injusto de un cometer activo (aun cuando en su contenido de desvalor cuantitativo le vaya a la zaga). Faltando esta equivalencia, ciertamente la posición de garante surte efecto fundamentador de la pena, pero no se da autoría por omisión correspondiente a la comisión y, por tanto, tampoco tipo prescriptivo autónomo. La inactividad contraria a deber puede entonces entrañar el castigo por participación.

La noción ahora obtenida de que el deber de evitar el resultado no convierte a todo omitente en autor, parece contradecir nuestra tesis de partida de que en los delitos de omisión el único criterio de la autoría es el deber. Sin embargo, lo que ocurre es que autor es sólo el obligado; de no estarlo, decae por completo la posibilidad de autoría por omisión. Que esto suceda o no depende de la estructura del precepto de que se trate y no es problema de teoría de la participación. Por eso no es ni posible ni necesario aducir aquí los preceptos penales en los que falta el tipo de omisión. Conformémonos, más bien, con tomar algunos ejemplos principales. No se trata en este estudio tanto de ocuparnos exhaustivamente de los detalles como de los principios de los que depende el castigo de la participación por omisión en el caso concreto.

b) *Ejemplos de falta de tipos de omisión*

A. *Delitos de propia mano*

Más atrás [3] considerábamos que los delitos de propia mano se caracterizaban por faltar en ellos la lesión de bien jurídico necesaria en todos los demás casos; en su lugar, la conminación penal se refiere a determinadas formas de talante antisocial o a la mera reprochabilidad moral de ciertas

[2] Cfr. *supra*, pp. 497-498.
[3] Pp. 432 ss. y 444 ss.

conductas. De donde se deduce que el tipo queda circunscrito a llevar a cabo de propia mano las conductas descritas.

Resulta fácil advertir que tales preceptos no van acompañados del correspondiente tipo omisivo. En efecto, el punto de referencia común de hacer y omitir es la lesión de bien jurídico castigada en el tipo respectivo; ésta hace posible la equiparación —si bien sobre la base de criterios distintos— del igualmente responsable del resultado. Donde falta tal lesión de bien jurídico, expresándose la cualidad delictiva del tipo comisivo más bien en el contenido de desvalor moral de un hacer positivo específico, por naturaleza no queda espacio alguno para el tipo comisivo. Si, por ejemplo, un militar de superior graduación, sin tomar parte personalmente, tolera de buena gana actos homosexuales de sus subordinados, en cierta medida obra censurablemente, y se espera de él que impida tales actos; sin embargo, no responde como autor por omisión del § 175 StGB, porque su conducta improcedente no está vinculada a la inmoralidad inherente al impuro acto carnal propio, a la especial coloración del injusto, la única que caracteriza el tipo de los abusos homosexuales. Lo mismo cabe decir de los demás delitos a los que denominábamos de propia mano.

La posición especial de estos preceptos, por lo demás, la conceden también Armin KAUFMANN y GRÜNWALD, autores ambos que por razones dogmáticas no reconocen la genuina "complicidad por omisión". Sus argumentos en contra se tratarán más adelante. Baste aquí la indicación de que KAUFMANN [4], "en el ámbito de los delitos de acto auténticos", con buen criterio rechaza el desarrollo de un tipo prescriptivo de garante "en analogía con el tipo comisivo". Es cierto que en supuestos de omisión de esta índole "tampoco se da dogmáticamente la 'participación por omisión' en el delito de acto auténtico"; pero político-criminalmente existe "un paralelismo entre la participación activa en el delito de propia mano y la infracción del mandato de garante de evitar precisamente ese acto". De manera similar, GRÜNWALD [5] propugna estimar en delitos de este género la "participación por omisión" que, a diferencia de en los demás casos, según su teoría no se sitúa autónomamente junto a la autoría por comisión de un tercero, sino que se sujeta a los principios de la accesoriedad, esto es, se trata como la complicidad.

Hay que tener en cuenta que los supuestos de exclusión de la autoría por omisión tienen que circunscribirse estrictamente a los delitos de propia mano, no debiéndose extender, por ejemplo, a todos los delitos de actividad o contra las buenas costumbres. Y ello por las mismas razones que ya *supra* [6] nos impulsaban a reconocer la autoría mediata en tales tipos. Si, por ejemplo, el cuidador en la institución psiquiátrica tolera que un interno delinca con

[4] *Unterlassungsdelikte*, p. 300.
[5] *GA*, 1959, pp. 118 y 119.
[6] Pp. 450-454.

una mujer en los términos de los tipos de los §§ 176 y 177 StGB (agresión sexual), ha de responder como autor de estos preceptos por no haber evitado el resultado típico. Ciertamente él no ha llevado a cabo ningún acto carnal impuro; pero ello, como se expuso *supra*, ya no es decisivo para la comisión a título de autor. Más bien la cualidad delictiva viene determinada por la lesión del bien jurídico, esto es, aquí por el menoscabo de la integridad sexual de la mujer, y de eso se puede ser responsable igualmente tanto por acción como por omisión. El que el "lenguaje común" no puede decidir sobre la posibilidad de autoría por omisión no requiere más fudamentación, a tenor de nuestras anteriores consideraciones con respecto al problema de la comision de propia mano [7] y al "dominio del hecho social" en la omisión [8].

B. *Delitos de infracción de deber personalísimos*

Los supuestos más importantes en la práctica en que está excluida la autoría por omisión se presentan, pues, en los delitos de infracción de deber personalísimos, que llamábamos *supra* "delitos de propia mano inauténticos". Se trata de infracciones en las que opera fundamentando la autoría un quebrantamiento de deber que sólo puede consistir en una forma determinada de comportamiento directamente personal. Constituyen ejemplos principales los delitos de expresión y la deserción [9].

Los tipos de esta clase pueden llevarse a cabo perfectamente por omisión. Puede cometerse un perjurio silenciando aspectos esenciales en una declaración, y un soldado puede convertirse en desertor omitiendo seguir a su batallón, que se traslada. Se trata en esta medida sólo del fenómeno, ya anotado *supra* [10], de que en los delitos de infracción de deber por comisión no existe una diferencia relevante para el tipo entre hacer y omitir.

Por el contrario, en los delitos de infracción de deber personalísimos no es posible la autoría en la forma de, en posición de garante, omitir contrarrestar el perjurio o la deserción de otro. La exclusión de la autoría por omisión en tales casos se basa, obviamente, en razones totalmente distintas que en los delitos de propia mano, pues aquí sí existe lesión de bien jurídico: si, por ejemplo, alguien no impide un perjurio a cuya evitación está obligado, perjudica a la Administración de Justicia tanto como el propio perjuro. Sin embargo, no responde como autor por omisión porque los preceptos de los §§ 153 ss. StGB presuponen para cualquier clase de autoría un deber personal de declarar que le falta tanto al sujeto actuante que no presta

[7] Pp. 436-439.
[8] Pp. 502-505.
[9] Cfr. en concreto *supra*, pp. 425-428.
[10] Pp. 498-499.

testimonio personalmente como al omitente. Así pues, lo que fundamenta la autoría aquí es un deber específico no idéntico al deber general de evitar el resultado, que no puede ser suplido por éste. Por ende, el no evitar un juramento en falso nunca puede equivaler al perjurio en cuanto a calidad de injusto, de manera que de entrada no procede un tipo autónomo de omisión y la inactividad del garante sólo cabe captarla como cooperación a título distinto al de autoría, esto es, a título de complicidad. No hay que poner, pues, reparos en cuanto al resultado al tratamiento de estos casos en la jurisprudencia. La controvertida cuestión de con qué requisitos existe deber jurídico de evitar el falso testimonio obviamente no queda afectada por ello.

Con arreglo a los mismos puntos de vista han de enjuiciarse todos los demás tipos de este grupo de delitos. En éste han de incluirse, en sentido más amplio, las injurias [11]. En efecto, las injurias admiten la autoría mediata, pero requieren la lesión de una pretensión de respeto personalísima. Por tanto, se puede llegar a ser autor de injurias por omisión negándole a otro ostensiblemente la mano o el saludo. Pero en la forma de no evitar las injurias por parte de otro no es concebible la autoría por omisión, puesto que el que calla difícilmente puede lesionar así la pretensión de respeto que se le dirige a él personalmente.

C. *Delitos de apropiación*

Tampoco cabe desarrollar tipos autónomos de omisión a partir de los preceptos de los delitos de apropiación. Lo cual estriba en la esencia de la apropiación, que significa algo más que una sustracción, que podría imputarse tanto al garante inactivo, contra su deber, como al autor por comisión. El plus que convierte una sustracción en un apropiarse reside en que el autor, con objeto de aprovecharla económicamente, adquiere el poder de disposición autónoma sobre una cosa [12]. Este elemento constitutivo de la cualidad de delito no está al alcance del omitente porque precisamente le falta este poder de disposición [13].

Por eso el vigilante nocturno que, quebrantando su deber, no impide un hurto, simplemente puede así favorecer el hecho ajeno, pero no realizar en su persona el sentido del § 242 StGB. Del mismo modo, tampoco el jefe de negociado que permite que los empleados sustraigan bienes a su cargo pertenecientes a la empresa, y el guardia forestal que deja a su aire al cazador furtivo, no pueden ser castigados como autores de apropiación indebida

[11] Cfr. al respecto más en detalle pp. 420-425.
[12] Cfr. en concreto *supra*, pp. 369-383.
[13] Cfr., asimismo, GRÜNWALD, *GA*, 1959, pp. 118 y 119.

o de caza furtiva, de manera que su conducta sólo cabe captarla con arreglo a los criterios de la participación.

Así pues, el dominio del hecho no sólo fundamenta aquí la autoría por comisión, sino que al mismo tiempo excluye el eventual tipo omisivo correspondiente. En función de esta segunda función cabría hablar de "delitos de dominio cualificados". El fin legislativo de regulaciones en tal sentido reside en la delimitación del tipo de delito. El elemento de la apropiación, caracterizador del precepto, está "vinculado a dominio": no hay apropiación sin dominio del hecho. Debido a esta sujeción, el dominio del hecho del delito comisivo no cabe sustituirlo, como en general en la omisión, por el criterio del deber.

Si nos preguntáramos si sería posible derivar de los grupos de supuestos aducidos criterios generales relativos a la posibilidad de autoría por omisión [14] cabría decir brevemente lo siguiente:

1. Los delitos de propia mano nunca son comisibles por omisión.
2. *a)* Los delitos de infracción de deber admiten autoría por omisión siempre que el deber determinante para el precepto sea vulnerable mediante un no hacer. A este respecto no existe diferencia estructural alguna entre hacer y omitir para la teoría de la participación.

b) En los delitos de infracción de deber personalísimos la contravención del mandato de evitar el resultado no fundamenta autoría cuando dicha contravención consiste en no contrarrestar la realización de un delito por parte de un tercero. El incumplimiento del deber específico del tipo no es sustituible por la posición de garante (ejemplos: delitos de expresión, deserción).

3. *a)* Los delitos de dominio simples van acompañados siempre por un tipo de omisión autónomo, que obviamente —a diferencia de en los delitos de infracción de deber— presenta una estructura distinta a la del hecho comisivo.

b) En los delitos de dominio cualificados la autoría por omisión está descartada (ejemplo: delitos de apropiación).

2. Fundamentación de la participación por omisión a pesar de existir deber de evitar el resultado

En lo esencial, ya sabemos cuándo y por qué puede estar excluida la autoría por omisión a pesar de existir deber de evitar el resultado. Pero así no está demostrado aún que en tales casos se dé participación, pues ésta es ciertamente de naturaleza secundaria, pero desde luego no es un

[14] No cabe en este contexto facilitar una indicación más precisa del razonamiento simplemente esbozado.

concepto de recogida para todos los casos en que no proceda la punición a título de autor. Más bien la punición por participación presupone una cooperación que no satisface el criterio de autoría determinante para el tipo de que se trate. Así, por ejemplo, en los delitos de dominio (al margen del error sobre el dolo de la persona interpuesta), no hay participación en el hecho no final [15], porque el no ejecutor en tales situaciones dirige el curso del suceso, no pudiendo ser partícipe si la punición a título de autor fuera imposible por algún motivo; en ello se basan las conocidas lagunas que se derivan en el castigo por participación, según la doctrina dominante, de absolutizar el principio del dominio del hecho.

También en los delitos de omisión surgen de ahí dificultades, pues elemento de la autoría es aquí el deber. Ahora bien, ya hemos aclarado por qué a pesar de su existencia no procede castigar por autoría. Pero así no se entiende aún por qué este comportamiento se presenta como complicidad, pues no se trata de una omisión sin infracción de deber. ¿Acaso será imposible por razones constructivas la complicidad por omisión, como en la actualidad sustenta Armin KAUFMANN?

Para entender que en el no evitar, contrariamente a deber, un hurto, un perjurio o un incesto, podemos hablar no obstante de auténtica "complicidad por omisión", vamos a recurrir, a efectos comparativos, a un supuesto de autoría por omisión; por ejemplo, aquel en que el garante no interviene para impedir un homicidio. Este supuesto ofrece dos aspectos, desde la perspectiva de la autoría: el del dominio del hecho (que corresponde al que actúa) y el del deber (que convierte en autor al omitente). Sólo aplicando este patrón doble se obtienen dos autores simultáneos concebidos autónomamente. Ahora bien, si no se atiende a la virtualidad fundamentadora de autoría del deber de evitar el resultado y se enjuicia el suceso en su totalidad según el criterio del dominio del hecho, la calificación penalmente relevante del omitente desciende hasta constituir una cooperación a título distinto a autoría que sólo puede valorarse como complicidad.

Tal modo de considerar no es en absoluto inadmisible, pues como la autoría del que actúa resulta de su dominio exclusivo, es insoslayable recurrir para su fundamentación al carácter periférico (en esta medida) de la cooperación por omisión. Así pues, el omitente, de terciar un sujeto actuante con dominio del hecho, es siempre autor de un delito de infracción de deber y cómplice en un delito de dominio. Otro tanto rige en los delitos de infracción de deber: quien infringe su deber omitiendo, de forma que fundamente autoría, puede así a la vez favorecer el delito comisivo de un sujeto que actúe quebrantando su deber.

Naturalmente, este auxilio no merece mencionarse, ya que queda desplazado por el dominio del hecho con arreglo a reglas concursales indiscutidas.

[15] Cfr. *supra*, pp. 295 y 397-399.

De todos modos, se evidencia que no le falta del todo razón a la teoría (muy extendida y que se debatirá *infra*) que, cuando coinciden hacer y omitir, considera en general la inactividad como complicidad. El fallo no estriba en que se desconozca la esencia de la complicidad, sino sólo en la circunstancia de que queda sin considerar la autoría que desplaza a aquélla, pues hasta ahora en ninguna parte se abarca suficientemente la significación autónoma del elemento del deber.

Por lo demás, este fenómeno no se limita a la omisión, sino que halla su correspondencia exacta en los delitos de infracción de deber por comisión. Si un funcionario, en ejercicio de cargo, determina a un *extraneus* a cometer lesiones, indudablemente, contemplando el delito de dominio del sujeto instigado (§ 223 StGB, lesiones), es inductor; pero al mismo tiempo, por infringir el deber especial jurídico-funcionarial que le incumbe, al margen de que le falte dominio del hecho, es autor del delito de infracción de deber (§ 340 StGB, lesiones en ejercicio de cargo). También aquí ha de resolverse el concurso en el sentido de que la inducción queda desplazada por la autoría. Otro tanto cabe decir —*mutatis mutandis*— de la complicidad del funcionario en supuestos semejantes.

La posibilidad constructiva de participación por omisión queda, pues, demostrada. Bien es verdad que por lo general —esto es, cuando existe un tipo de omisión autónomo— carece de importancia práctica. En este sentido tiene razón en cuanto al resultado Armin KAUFMANN al punir siempre al garante sólo como autor. La diferencia de nuestra teoría con su postura cobra importancia cuando la autoría por omisión decae por los motivos expuestos *supra*. Entonces resurge la participación por lo general desplazada, determinando la punición del garante inactivo.

Por ilustrarlo con nuestros tres grupos de ejemplos: el vigilante que deja, adrede, que se produzca el hurto, dado que la imputación se basa en su deber de evitar, es culpable de cooperación sin dominio del hecho en el hurto; los padres que toleran la relación incestuosa de sus hijos son punibles como partícipes no de propia mano, y el garante que no impide el perjurio es cooperador sin el deber de declarar que fundamenta la autoría. En los tres supuestos se trata de participación en el delito comisivo, cuyo punto de referencia en cuanto a autoría es distinto en cada caso (dominio, necesidad de comisión de propia mano o deber), pero que reúne todos los requisitos del favorecimiento imputable de hecho ajeno.

En todos estos casos se da participación. La "inducción por omisión" está descartada, y ello por las mismas razones que la autoría mediata [16], por requerir un "impulso" al autor por parte del no ejecutor que convertiría la acción necesariamente en hecho comisivo.

[16] Cfr. pp. 509-510.

Así pues, cabe establecer, sintetizando, que, de acuerdo con la concepción que aquí se sustenta —coincidiendo con la doctrina dominante, pero frente a la postura de Armin KAUFMANN— no sólo hay autoría, sino también complicidad por omisión. Pero no es posible, como supone la doctrina dominante, en un solo tipo castigar un omitir contrario a deber ora como autoría ora como participación. Más bien la complicidad por omisión, con arreglo al resultado de nuestro estudio, sólo alcanza significación autónoma allí donde no existe un tipo prescriptivo de garante, esto es, según nuestra teoría, en lo esencial en los delitos de propia mano, en los delitos de infracción de deber personalísimos y en los de apropiación. Existiendo un tipo de omisión autónomo únicamente se estima —a reserva de los supuestos que van a tratarse en seguida (*infra* III)— autoría por omisión; en esta medida merece suscribirse la postura de Armin KAUFMANN.

Las tesis desarrolladas hasta ahora exclusivamente a partir de nuestro concepto de autoría, en lo sucesivo (*infra* IV) se continuarán fundamentando y profundizando en polémica con las opiniones divergentes de jurisprudencia y doctrina.

III. LA PARTICIPACIÓN EN LOS CASOS EN QUE FALTA EL DEBER DE EVITAR EL RESULTADO

1. La omisión como favorecimiento positivo del hecho

Si existe la posibilidad de omisión punible sin deber de evitar el resultado, es evidente que tal conducta, según nuestra teoría, sólo cabe valorarla como participación. El tipo omisivo no falta, ciertamente, en tales casos (o por lo menos no tiene por qué faltar); pero como el criterio de la autoría (el deber) no se da, la inactividad sólo puede referirse al hecho del sujeto actuante como cooperación sin dominio o sin deber y, por tanto, como complicidad.

Pues bien, la doctrina absolutamente dominante entiende que la omisión sin deber de evitar el resultado en todo caso es impune. Pero ello no es tan seguro. Piénsese en el caso siguiente: En una época de revueltas políticas se planea atentar contra un estadista. Como la casa de éste se encuentra bien vigilada por la policía, los terroristas deciden procurarse con ganzúas y en su caso con palancas la entrada a la casa contigua, ya anochecido, para desde su patio penetrar en la vivienda de la víctima. Al hacerlo, son conscientes de que no es pequeño el riesgo de ser atrapados por la policía al irrumpir en la casa contigua. Sin embargo, confían en no ser descubiertos y, como máximo, en que se les haga responder sólo por allanamiento intentado. A mediodía de la fecha prevista para el atentado el plan es descubierto por el morador de la casa vecina por circunstancias desconocidas para los conjurados. Éste es un enemigo acérrimo del estadista, que desea fervien-

temente que el atentado tenga éxito. Por eso deja sin cerrar la puerta con llave, frente a lo que acostumbra, para que los terroristas, sin despertar sospechas, penetren y puedan acceder al patio, como efectivamente ocurre, pereciendo el estadista apuñalado por los conjurados.

¿No tendría que ser aquí el vecino culpable de complicidad por omisión con el asesinato? Desde luego posición de garante es difícil reconocerle. La relación de comunidad vecinal u otra análoga no existe en las condiciones imperantes en una gran ciudad. Difícilmente cabe tener en cuenta el hacer precedente, pues abrir la puerta de la casa por la mañana, lo único a lo que se podría recurrir, era socialmente adecuado, objetivamente necesario y en absoluto suponía peligro para bienes jurídicos; además, nada cambiaría en la calificación si fuese otro el que hubiera abierto la puerta. Deber de evitar el resultado, que le convirtiera en autor de homicidio por omisión, lo tenía en tan escasa medida como cualquier tercero que hubiera sabido del plan. Lo que se le puede reprochar desde la perspectiva del delito contra la vida no es, pues, que no evitase el atentado, sino sólo la circunstancia de que lo favoreciera deliberadamente, dejando abierta la puerta. Si la hubiera dejado cerrada con llave, como todas las noches, aun cuando así probablemente no habría evitado el hecho, siendo más eficaz que hubiera denunciado el plan criminal, no se le podría hacer responder por los §§ 211 y 212 StGB.

Pues bien, ¿en que reside que tal omitir, aun no existiendo deber de evitar el resultado, nos aparezca no obstante como participación punible? El lenguaje común, que por sí solo no esclarece nada, pero que a menudo capta con gran sutileza el significado de la realidad, sin vacilar diría aquí que el vecino, al dejar la puerta sin cerrar con llave, no sólo no ha evitado el hecho —lo que sería un mero omitir— sino que lo ha facilitado positivamente. Nos encontramos aquí, en el ámbito de la participación, con un fenómeno análogo que ya aparecía en otro contexto, en la autoría: lo que considerado fácticamente es un omitir, puede presentarse con arreglo a su sentido social, al margen de todo deber, como hacer favorecedor.

El sentimiento jurídico apoya este dato, pues si el vecino siempre hubiera mantenido cerrada con llave la puerta y únicamente ese día, con vistas al atentado, la hubiera abierto, nadie dudaría de que aquí hay que estimar participación incluso por hacer positivo. Pero ¿por qué tiene que ser distinto si el sujeto siempre ha cerrado la puerta con llave y esa noche, a la vista del plan del asesinato, la ha dejado abierta? Las divergencias en la imagen naturalística de la conducta no merman la homogeneidad del proceso de sentido social. Sería incoherente afirmar en un caso la complicidad con el asesinato y negarlo en el otro.

Con todo lo cual, naturalmente, no queda claro qué requisitos generales han de concurrir para que la omisión del género descrito equivalga al favo-

recimiento activo. El lenguaje común y el sentimiento jurídico por sí solos son consejeros poco fiables; además, ambos tienen que basarse en datos objetivos cuya expresión representan y cuya descripción conceptual es irrenunciable, salvo que se quieran difuminar los límites de la conducta punible.

Aproximémonos al problema variando el supuesto de partida: supongamos que en la casa del vecino nunca hubiera sido habitual dejar cerrada la puerta con llave, sino que, por el contrario, se dejaba abierta de día y de noche, y que en lugar de ello los moradores hubieran cerrado con llave. Si en esta situación el vecino hubiera averiguado los planes y no hubiera cerrado la puerta, esto es, hubiera dejado todo como siempre había estado, entonces no se podría calificar su conducta como complicidad con el asesinato. Más bien, incluso con arreglo al significado social del suceso, no habría favorecido el hecho positivamente, sino sólo omitido dificultarlo.

De donde se deduce en qué consiste, faltando el deber de evitar el resultado, la diferencia entre el omitir impune desde la perspectiva del delito de omisión impropia y el punible equivalente a comisión: la inactividad aparece como facilitamiento y favorecimiento positivo de un hecho cuando el sujeto, en consideración al delito planeado, omite una acción que estaba dispuesto a llevar a cabo al margen de toda comisión delictiva y que habría impedido o dificultado objetivamente la comisión del hecho. Por el contrario, queda impune quien omite, aun sabiendo de la comisión del delito, una acción que impediría o dificultaría el resultado, acción que de todos modos no habría llevado a cabo. Formulándolo brevemente: quien para posibilitar un delito abandona la resolución de actuar ya adoptada, incurre en participación; quien no hace el esfuerzo de decidirse a contrarrestar un delito, queda impune.

Tampoco es difícil entender por qué es así: la materialización de todo resultado presupone que se realicen determinadas circunstancias y que otras, desfavorables, no se produzcan. Por consiguiente, aquel que aporta condiciones en pro del resultado es partícipe, al igual que aquel que elimina factores opuestos al resultado, «pues toda disminución de impedimentos de una actividad es favorecimiento de esa actividad» [17]. Por ende, quien abre la puerta al ladrón es cómplice, aun cuando se haya limitado a despejar un obstáculo (y además insignificante). Un factor obstaculizador así (en nuestro ejemplo, saliendo al paso del atentado) es la decisión del vecino de cerrar con llave la puerta de su casa por la noche. Si éste cambia de decisión, para hacer posible o facilitar el asesinato a los conjurados, está despejando una circunstancia (incluso trascendental) que obstaculizaría el resultado, favoreciendo el hecho exactamente igual que mediante hacer positivo. Por eso, en este contexto no hay que atender, desde un principio, al deber jurídico de evitar.

[17] KANT, *Kritik der praktischen Vernunft*, 1.ª ed., p. 140.

Y no cabe decir que se trata aquí de una revitalización de la vieja teoría de la interferencia, pues no importa cualquier causalidad, ni siquiera la contención de un impulso de actuar, entendida psicológicamente, que, tras descubrir el plan de asesinato, no hace falta que exista. Más bien importa la decisión de actuar que se abandona en consideración al delito, factor cuya realidad social queda demostrada ya por el hecho de que los conjurados lo tienen en cuenta, acomodando su plan al obstáculo esperado.

Igualmente sería incorrecto que se pretendiera excluir estos supuestos de omisión del ámbito de la complicidad punible favorecedora del hecho, considerando que el abandono de una resolución de actuar es más sencillo que la eliminación de factores, que si no obstaculizarían el hecho, hasta tal punto que no podría ser equiparable a ésta. En efecto, en primer lugar, no hay que atenerse a la dificultad: la complicidad psíquica activa, por ejemplo, aconsejar o aprobar, puede requerir una medida mínima de energía interna, sin actividad externa, y sin embargo es punible. Y en segundo lugar, el apartarse de una voluntad firme de actuar para hacer posible un delito, por motivos externos e internos, puede costar mayor esfuerzo que un auxilio activo incidental.

Para despejar la última duda acabemos recurriendo a un ejemplo paralelo: concibiendo el supuesto de partida de manera que los conjurados hubieran acordado con el vecino que dejase abierta la puerta, frente a lo que solía hacer, todos considerarían dada la participación que, en forma de complicidad psíquica, se concebiría perfectamente como apoyo activo. Y sin embargo, tampoco aquí el centro de gravedad del reproche penal reside en el animar psíquicamente a los conjurados (que no necesitaban tal apoyo psíquico), sino en facilitar el hecho, esto es, en no cerrar la puerta, y, por tanto, en el omitir. La construcción de la complidad psíquica oculta, pues, aquí y en muchos casos análogos, simplemente la circunstancia de que una omisión favorecedora del hecho, a pesar de faltar el deber de evitar el resultado, se castiga como participación.

En todos los grupos de supuestos de este género es punible un omitir sin posición de garante. Como decae la autoría por faltar el deber y a menudo también la posibilidad de evitar el delito, sólo cabe abarcar el suceso como complicidad por omisión, de manera que junto al omitir sin tipo de omisión, en el omitir sin posición de garante podemos presentar una segunda manifestación de la participación por omisión.

Al respecto hay que concluir haciendo una salvedad: las cuestiones aquí tratadas lo han sido hasta ahora en tan escasa medida que el breve esbozo en el que hemos desarrollado nuestra concepción no basta para hablar de conocimiento científico consolidado. Pero no resulta aquí posible una exposición más extensa, como el tema merecería, debido a que la punibilidad de la omisión queda al margen de nuestro tema. De todos modos, podemos

dar por supuesto que, una vez aceptada nuestra hipótesis de la punibilidad de estos supuestos de omisión sin deber, hay que atribuirlos al ámbito de la participación.

2. ¿La omisión de dificultar el hecho como complicidad?

En este contexto hay que abordar, siquiera sea brevemente, una teoría que podría aportar otro grupo de casos más a la complicidad por omisión. Así, el RG [18] y —siguiéndole— el BGH [19] han establecido que el sujeto, aun no siéndole posible evitar el resultado, tiene que responder por complicidad con el hecho comisivo si, incumpliendo su deber, omite dificultar la realización del delito al menos en lo que está en su mano.

De ser correcto que el omitente tuviera que responder en tales casos, se daría en efecto complicidad, pues al faltar la posibilidad de evitar el resultado, tampoco puede existir *in concreto* deber alguno, de manera que la omisión punible sólo cabría calificarla como complicidad. Omitir dificultar el hecho habría de contemplarse entonces, como participación si quien permanece inactivo, de haber existido la posibilidad de evitar el resultado, habría estado obligado a ello.

Pero esta concepción no merece suscribirse. Se basa en considerar que omitir dificultar el hecho por parte del garante equivale a facilitarlo activamente, lo cual es incorrecto. «El Derecho no tiene motivos para exigir una intervención inútil», señala con buen criterio GRÜNWALD [20], y Armin KAUFMANN [21] ilustró con gráficos ejemplos los resultados "grotescos" a los que podría conducir esta opinión. «El guarda de la fábrica que huye ante la superioridad de los atracadores, ¡omite dejarse atar, lo que habría dificultado la actividad de éstos! Si ya está atado, tiene que intentar —aun cuando no vaya a servir de nada— conseguir que desistan haciéndoles ver las consecuencias del hecho, etc.»

Nada hay que añadir. Los únicos supuestos en los que omitir dificultar el hecho fundamenta complicidad punible se han descrito ya *supra*. En ellos la omisión constituye un verdadero favorecimiento del hecho, no estando ligada ni a la posibilidad ni al deber abstracto de evitar el resultado. No hay más grupos de casos de esta especie.

[18] *RGSt*, 71, pp. 176-178 (178); *RGSt*, 73, pp. 52-60 (54).
[19] *BGHSt*, Sentencia de la Sala v de 27 de octubre de 1953; *NJW*, 1953, pp. 1838/39 (1838).
[20] *GA*, 1959, p. 118, nota 21.
[21] *Unterlassungsdelikte*, p. 293.

IV. CONCEPCIONES DIVERGENTES

1. La jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal (BGH)

El BGH se ha ocupado hasta la fecha de la delimitación entre autoría y participación en las omisiones en cuatro sentencias. La circunstancia de que en tres de ellas se tratase de la omisión de evitar un suicidio puede dejarse sin tener en cuenta en este contexto, ya que el Tribunal basó su decisión en las reglas generales de la doctrina de la autoría.

a) La sentencia BGHSt 2, 150 ss. [22] trabaja con el criterio del dominio del hecho, que sin embargo equipara a la posibilidad de evitación. Ya se expusieron en sus momento las razones por las que este punto de partida es incorrecto, no haciendo falta repetirlas [23].

Una sentencia de la misma Sala (I), de 2 de septiembre de 1954 [24], en la que se condena por homicidio a un sujeto que no había impedido el suicidio de su novia, se abstiene de tomar postura expresamente con respecto a los criterios de la autoría por omisión, pero se basa en los mismos fundamentos.

b) Otra sentencia (asimismo de la Sala I) de 24 de junio de 1955 [25] abandona el punto de vista unilateral de las anteriores pretendiendo hacer depender la delimitación de la "disposición interna" del omitente, que se decidiría en función de la dirección de voluntad, del interés, del dominio del hecho y del alcance de la propia realización del tipo.

Si prescindimos del último criterio, que en los delitos de omisión es inaplicable ya conceptualmente, sólo quedan como puntos de vista nuevos los elementos subjetivos (dirección de voluntad, interés). Se trata, pues, en esa medida de aplicar la teoría subjetiva al ámbito de la omisión, solución que en la doctrina no ha encontrado ningún partidario [26].

La teoría subjetiva parece conveniente precisamente en la omisión en razón de su practicabilidad aparente y de que, debido a su renuncia a distinciones objetivas, es la que se deja trasladar hasta aquí desde los tipos comisivos. Pero correcta no es. En principio, la teoría subjetiva en sus dos manifestaciones está expuesta a las mismas objeciones que ya se le oponían en los delitos comisivos [27]. En los hechos omisivos, sin embargo, se suman otros dos argumentos en contra.

En primer lugar, en la omisión se volatiliza hasta la ficción el sentido

[22] *Supra*, p. 111, núm. III.
[23] Cfr. *supra*, pp. 500-502.
[24] *JR*, 1955, pp. 104 ss., con comentario negativo de HEINITZ (pp. 105 ss.).
[25] *LM*, núm. 10, ante § 47, *supra*, p. 115, núm. VIII.
[26] Cfr., por ejemplo, MEZGER, *StuB, BT*, 7.ª ed., 1960, § 5, IV, pp. 12 y 13; BAUMANN, *Lehrb.*, 2.ª ed., p. 444; *NJW*, 1962, pp. 376 y 377.
[27] Al respecto *supra*, pp. 69-73.

de la teoría del dolo y de la del interés, que en los delitos comisivos se deduce siempre de la relación psíquica real entre los intervinientes. Así, por ejemplo, queda sin aclarar cómo en un omitente cabe hacer depender la delimitación entre autoría y participación de que el garante inactivo haya "dejado [o no] a criterio" del agente la ejecución del hecho. Al garante no le queda más remedio —pues su conducta es pasiva— que "dejar [todo] a criterio del agente". De no ser así, tendría que poner manos a la obra y se daría un delito comisivo.

Algo así ocurre con la teoría del interés. Su importancia relativa estriba en que aquel que obra en interés de otro, al hacerlo concede a éste cierta influencia en el suceso. Pero eso falta aquí, porque en una relación así entre autor por comisión y sujeto de detrás, éste ya no sería omitente, sino que respondería por complicidad psíquica en el hecho comisivo o inducción a éste (según la jurisprudencia, incluso como coautor).

Así pues, las dos teorías pueden apoyar sus distinciones a lo sumo en los sentimientos subjetivos del omitente, esto es, atender, por ejemplo, a si se regocija o no por la realización del hecho. Pero un dato así, al quedar sin efectos objetivos, no es verificable judicialmente; además, la delimitación en ese sentido sería indefendible metodológica, dogmática y político-criminalmente, dado que las emociones, que no dependen de uno, no pueden decidir sobre la aplicación de un marco penal agravado o atenuado.

En segundo lugar, a fin de cuentas toda teoría subjetiva fracasa al ser inaplicable al "autor único" omitente. Si el niño al que su padre deja ahogarse no fue arrojado al agua por un tercero, sino que se cayó, hasta ahora nadie ha mantenido la opinión de que el padre, al que la ley instituye garante, pueda eludir la responsabilidad penal como autor por omisión invocando que no quiere el hecho "como propio" o que "no está interesado" en que muera el niño. ¿Y por qué iba a ser distinto cuando ha sido un tercero el que ha generado la situación del niño, circunstancia absolutamente irrelevante para la situación interna y externa del padre y para su deber de evitar el resultado?

c) La tercera sentencia del BGH [28] al respecto continúa por la senda de la subjetivización. La Sala IV deja aquí de lado todas las limitaciones objetivas y establece sencillamente que el acusado omitente «no quiso dominar el acontecer conducente a la muerte de su suegra, faltándole, pues, la "voluntad de autor"». Esta voluntad, según el BGH, se requiere también en la perpetración de homicidio por omisión [29].

Se trata en este supuesto de que no se evitó un suicidio. La fundamentación de la sentencia evidencia que el tribunal tenía presentes con nitidez los

[28] *Loc. cit.*, p. 166.
[29] *Loc. cit.*, p. 166.

peligros que comportaría una "aplicación extensiva del concepto de autor" [30] como la que resultaba de la sentencia BGHSt 2, 150 ss. Así pues, recurrir unilateralmente a la teoría subjetiva serviría para limitar la responsabilidad penal por el suicidio ajeno.

Esta tendencia, en sí loable, no debe hacer perder de vista la fragilidad de su fundamentación, pues precisamente en un supuesto de esta clase se añade a las razones aducidas *supra* (que rebaten únicamente la teoría subjetiva) otro reparo determinante: si (como cuestionablemente hace el BGH) se le atribuye al acusado un deber de evitar un suicidio libremente decidido, es imposible que se le permita sustraerse luego a este deber por la mera salvedad de que se somete a la voluntad de otro o de que no quiere el hecho "como propio". El deber lo único que puede significar es que al garante no le está permitido someterse precisamente a la decisión de suicidarse de otro, sino que tiene que salvarle incluso contra la voluntad de éste.

Por lo demás, todos reconocen que la idea de la subordinación de la voluntad si acaso puede aplicarse cuando concurren varios delincuentes, pero que está fuera de lugar en la autoría única. La consecuencia inevitable, en la fundamentación del BGH, de que sobre la punibilidad de una conducta no decidiría el ordenamiento jurídico, sino la "dirección interna de voluntad" del propio acusado, su "voluntad de dominio" desligada de datos externos, al final lleva el punto de partida *ad absurdum*. Estas consideraciones me parecen demostrar forzosamente que sólo cabe enfrentarse al problema negando, como la teoría que se propugnaba *supra*, toda posición de garante.

d) La última, hasta la fecha, sentencia del BGH [31] vuelve finalmente, con sinuosa fundamentación, al punto de partida de la jurisprudencia, al criterio del "dominio del hecho" deducido de la posibilidad de evitación. El acusado de este supuesto no había evitado el suicidio de su novia porque la muerte de ésta le era "indiferente".

El BGH también aquí se mantiene externamente en su exigencia de "voluntad de autor", pero pretende discernir esta "dirección de voluntad" con arreglo al modelo de otras sentencias anteriores, "valorativamente", ante todo con ayuda del elemento del dominio del hecho. La condena se apoya, a renglón seguido, simplemente en que el acusado, cuando su novia colgaba ya inconsciente de la soga, [tenía] el dominio del hecho pleno y exclusivo".

Lo que cabe decir para refutar esta argumentación ya se expuso *supra*. Únicamente queda establecer, resumiendo, que la jurisprudencia relativa a la delimitación entre autoría y participación en las omisiones oscila entre la teoría del dolo y una teoría del dominio del hecho equivocadamente entendida, ambas igual de inidóneas para resolver las cuestiones que aquí surgen.

[30] *Loc. cit.*, p. 167.
[31] *MDR*, 1960, pp. 939 y 940; *supra*, p. 123, núm. XVII.

2. Armin KAUFMANN

KAUFMANN rechaza con carácter general la figura de la complicidad por omisión [32]. En cuanto que esto se deduce del concepto unitario de autor que mantiene en la omisión, ya se enjuició *supra* su postura. Sin embargo, sí requieren examinarse algunos argumentos adicionales «que se derivan específicamente de la teoría de la participación para la "participación por omisión en la comisión"» [33].

a) La primera tesis de KAUFMANN es del tenor siguiente: «Al advertir la inviabilidad del principio de que la omisión impropia se sujete al tipo del delito comisivo, se cierra el paso a la posibilidad de construir dogmáticamente supuestos de omisión impropia como participación en el delito comisivo» [34].

No cabe aceptar esta tesis. La consecuencia que KAUFMANN extrae sería concluyente sólo si la complicidad (ya sea por acción o por omisión) se sujetara o tuviera que sujetarse alguna vez al tipo de un delito comisivo. Pero éste no es el caso, como se ha expuesto repetidas veces, desde la perspectiva del concepto restrictivo de autor, el único atinado. El tipo siempre se limita a describir al autor del delito de que se trate; las formas de participación, cuya punibilidad se deriva de los §§ 48 y 49 StGB, se añaden ampliándola. Así pues, aun cuando se dé la razón a KAUFMANN en que la participación por omisión o la omisión en general no pueden subsumirse sin más en el tipo de un delito comisivo, no se ve cuestionada la posibilidad dogmática de complicidad por omisión.

Por lo demás, según el resultado de nuestro estudio, hay que estimar lo contrario que según la teoría de KAUFMANN: justamente allí donde la omisión está comprendida en el tipo comisivo —como se indicó *supra* con respecto a los §§ 266 (administración desleal) y 347 (permitir la fuga de presos) StGB— no es posible la complicidad por omisión, existiendo posición de garante, pues como aquí el quebrantamiento de deber del sujeto agente o del omitente siempre fundamenta autoría, de entrada no procede la punición por participación.

b) Un segundo argumento se deduce, para KAUFMANN, de la falta de causalidad en la omisión: «El sujeto no puede ser causal por omisión, o sea, tampoco puede "favorecer" por omisión un delito comisivo» [35]. Esta consideración se basa en la premisa de que el partícipe por omisión para poder ser castigado tiene que ser necesariamente causal del resultado. Lo

[32] *Unterlassungsdelikte*, pp. 291 ss.
[33] *Op. cit.*, p. 291.
[34] *Unterlassungdelikte*, p. 295.
[35] Esta cita y las siguientes, *op. cit.*, p. 295.

cual es equivocado ya porque tampoco el autor por omisión, según la propia opinión de KAUFMANN, es "causal", y no cabe exigir más del partícipe que del autor. Del concepto de "favorecer" no se puede deducir argumento contrario alguno. En efecto, dicho concepto no necesariamente presupone causalidad; al menos en la omisión no se entiende por qué va a ser inconcebible considerar el dejar suceder contrario a deber como "favorecer" el hecho ajeno, conforme a baremos jurídicos.

KAUFMANN aún añade una razón auxiliar: «Si se quisiera decidir en otro sentido, habría que considerar todo no impedir la lesión del bien jurídico como "participación por omisión", incluso la omisión de quien no es garante.» Sin embargo, esto no es forzoso, pues el deber de evitar el resultado es un elemento fundamentador de la pena que, concurriendo un tipo prescriptivo de garante, además constituye la autoría. Esta última función decae si falta el tipo omisivo. Pero como presupuesto de la punibilidad queda la posición de garante. No hay nada que pudiera forzar al legislador a castigar también al no garante cuando sólo quiere hacer responder a obligados a evitar el resultado, por su cooperación.

c) Asimismo, entiende KAUFMANN que como el omitente siempre es autor, «huelga ya, desde el punto de vista político-criminal, la cuestión de si este delito de omisión impropia cabe abarcarlo además como complicidad en la comisión» [36]. Lo cual es cierto sólo en tanto que exista un tipo prescriptivo de garante que permita la punición como autor por omisión. Las dificultades prácticas de la teoría de KAUFMANN se revelan, sin embargo, en los grupos, tratados *supra*, de los delitos de propia mano, de infracción de deber personalísimos y de apropiación. Dado que en ellos está descartada la autoría por omisión, todo no impedir el resultado pese a existir posición de garante tendría que quedar impune. Y eso sería aún más insatisfactorio, por cuanto que entonces no podrían abarcarse algunos de los supuestos más importantes de la participación por omisión (hurto, perjurio).

KAUFMANN [37] trata las cuestiones que aquí se plantean únicamente en los preceptos del hurto y de los "delitos puros de acto", aludiendo con esta última expresión, en lo esencial, a los dos primeros complejos de delitos que hemos aducido.

Por lo que respecta al tipo del hurto, señala que desde el punto de vista del garante siempre se trata sólo de privación impune de la cosa (impune incluso en los supuestos de comisión). Tanto si el sujeto no impide que una urraca "se lleve un broche en el pico" como si deja que se produzca un hurto simple o uno agravado, en todos los casos el contenido de injusto

[36] *Op. cit.*, p. 295.
[37] *Op. cit.*, pp. 297-300.

del omitir es siempre el mismo [38]. Por eso no aprecia KAUFMANN motivo para tratar de modo distinto estos casos.

En contra cabe esgrimir que en el auxilio a un hecho mediante hacer activo la situación no es distinta. Si un sujeto presta una herramienta puede (dependiendo de que el que la toma prestada cometa una mera privación de la cosa, un hurto simple o uno agravado) no responder, o responder por complicidad con un delito menos grave o por favorecer un delito grave, y sin embargo, considerando aisladamente su aportación al hecho, en los tres casos ha hecho lo mismo.

Lo cual no escapa a KAUFMANN, que dice: «No se objete que en la complicidad activa ocurre igual; *ésta* se refiere precisamente a la propia acción típica, a la que favorece y a la que le son inherentes las cualificaciones. La omisión del garante, en cambio, se refiere *exclusivamente* [39] al bien jurídico que éste debe garantizar y que omite proteger» [40].

Aquí reside el quid de la cuestión. Si efectivamente no fuera posible referir la omisión a la acción del delito, habría que dar la razón a KAUFMANN. Pero ya se expuso *supra*, por el contrario, que puede contemplarse perfectamente relacionada con el delito de dominio del autor por comisión y considerarse como complicidad genuina [41]. La circunstancia de que, concurriendo un tipo prescriptivo de garante, la omisión aparezca a la vez como delito de infracción de deber autónomo no excluye esta posibilidad. Por esta razón es posible, sin reparos, la complicidad por omisión en el hurto.

Que en estos casos se dé merecimiento de pena lo reconoce el propio KAUFMANN. Por eso no objeta nada a que *de lege lata,* «mejor o peor, más bien peor» (como él dice), se trabaje con «el tapahuecos, que no encaja, de la complicidad por omisión en el hurto» [42]. Pero este gesto conciliatorio en seguida deviene cuestionable, pues no dándose complicidad u otro comportamiento punible, el merecimiento de pena por sí solo no puede sustentar de ningún modo una condena.

Las mismas objeciones cabe oponer a las consideraciones de KAUFMANN acerca de los "delitos puros de acto". Cuando señala que si bien dogmáticamente no es posible aquí la participación por omisión, pero "político-criminalmente" existe un paralelismo con los supuestos de la complicidad, semejante reflexión no puede fundamentar la punibilidad de tal conducta. Si es imposible hallar con medios dogmáticos un fundamento de punición legal, a la vista del principio del *nulla poena*, la necesidad de orden político-criminal

[38] Cfr. *op. cit.*, p. 298.
[39] Cursiva en el original.
[40] *Op. cit.*, pp. 297 y 298.
[41] Cfr. al respecto *supra*, pp. 520-522.
[42] *Op. cit.*, pp. 299 y 300.

no puede subsanar la laguna legal. Una vez que uno ha serrado la rama en la que se sentaba no puede pretender quedarse sentado en el aire.

Precisamente las dificultades en las que incurre KAUFMANN prueban, a mi juicio, que ha exagerado un poco la idea en sí fructífera de la independización de los tipos omisivos. Aun cuando la complicidad por omisión no desempeñe papel alguno en muchos tipos, es perfectamente posible en el plano dogmático e incluso imprescindible en la práctica en muchos supuestos importantes.

3. GALLAS y KIELWEIN

Las mejores perspectivas de reconocimiento general probablemente las tenga en la actualidad un procedimiento objetivo de delimitación que, conectando con la doctrina y jurisprudencia al principio dominantes, ha sido desarrollado por GALLAS [43] y KIELWEIN [44, 45]. Esta teoría ha sido formulada de nuevo recientemente por GALLAS [46] en los siguientes términos: «junto al autor que despliega el dominio del hecho en el delito doloso de comisión, a todo garante que no impida el resultado no le queda sino el papel de cómplice». Lo cual sólo valdría en tanto que el sujeto agente aún domine el curso del hecho [47]. Si el omitente, en cambio, «ya no se ve ante el ejercicio de dominio del hecho, sino meramente ante los efectos, aún corregibles, de tal ejercicio (por ejemplo, se topa con la víctima de un atentado, gravemente herida), de permanecer inactivo, hay que considerarlo autor exactamente igual que en el supuesto en que el peligro no se basa en el delito de un tercero, sino en un accidente o similar». Análogamente, KIELWEIN [48] hace depender la autoría del omitente de que «haya llegado a sus manos el curso causal puesto en marcha, bien sea por un tercero, dolosa o imprudentemente, bien sea por sucesos naturales. Tal es el caso desde el momento en que la producción del resultado penal depende en exclusiva de la conducta del garante».

En la fundamentación existen diferencias entre KIELWEIN y GALLAS. Mientras que KIELWEIN atribuye expresamente el "dominio del hecho" al garante que no tiene ante sí a ningún sujeto agente [49] —calificación a la que ya nos opusimos *supra*— [50] acertadamente parte GALLAS de que «la autoría

[43] *JZ*, 1952, pp. 371-373.
[44] *GA*, 1955, pp. 25 ss.
[45] Coincidente, asimismo, NIESE, *JZ*, 1953, p. 175; FRANZHEIM, *Die Teilnahme an unvorsätzlicher Haupttat*, p. 38.
[46] *JZ*, 1960, p. 687.
[47] Ahí reside la diferencia con respecto a la doctrina antes dominante; cfr. GALLAS, *JZ*, 1960, p. 687, nota 67.
[48] *GA*, 1955, p. 227.
[49] *Op. cit.*, p. 227.
[50] Pp. 499 ss.

y la complicidad por omisión no cabe distinguirlas por el patrón del dominio del hecho». Para él, la delimitación entre autoría y participación en el hecho comisivo resulta más bien de su «equivalencia, bien sea con la autoría activa, bien sea con la complicidad activa» [51].

Prescindiendo de estas cuestiones teóricas, en principio es ciertamente correcto que el garante que es el único que aún puede evitar la lesión del bien jurídico siempre es autor cuando la víctima ha sido llevada a la situación amenazante por una persona [52]. La cuestión es por qué tiene que ser de otra manera cuando entre el garante y el resultado se interponga un tercero actuante.

GALLAS (polemizando precisamente con Armin KAUFMANN) ha reforzado recientemente esta teoría con dos argumentos:

a) En primer lugar, señala que «con la intervención activa de un tercero que actúe dolosamente se modifica el significado de que el garante permanezca inactivo. Efectivamente, en tanto que el que actúa activamente domina el curso del hecho, "obstruye" al garante que permanece inactivo el "acceso" al resultado punible: el no intervenir sólo puede adquirir significado como no cerrar el paso al sujeto agente y, por tanto, sólo como "favorecimiento negativo" de la actividad desplegada por éste».

El argumento es sugestivo, pero a fin de cuentas carece de solidez. Bien es verdad que GALLAS tiene razón frente a KAUFMANN en que al terciar el otro sujeto la situación queda modificada en cuanto que a partir de entonces la conducta del garante se puede también referir ya al dominio del hecho del agente, frente a la cual aparece únicamente como complicidad. Pero no es concluyente la afirmación de que el omitir sólo puede tenerse en cuenta ya como favorecimiento negativo al agente. Si antes era posible concederle al garante la posición de autor, a pesar de faltarle, según el propio GALLAS mantiene, el dominio del hecho, no se entiende entonces por qué ahora va a ser distinto, aun subsistiendo el deber y la posibilidad de evitar el resultado. El carácter de delito de infracción de deber del tipo omisivo no queda afectado por ello. También la responsabilidad del omitente es en ambos supuestos la misma.

Cuando GALLAS prescinde de estas concordancias estructurales y valorativas y en su lugar compara al garante con el autor por comisión, la "falta de equivalencia" que advierte sólo puede basarse en el merecimiento de pena, a menudo menor [53]. Pero ésta —como el propio GALLAS concede— [54]

[51] Cfr. *JZ*, 1960, p. 686, nota 56; asimismo, en el texto p. 686, columna derecha.
[52] Cfr. al respecto KIELWEIN, *GA*, 55, p. 227, con certeros ejemplos; Armin KAUFMANN, *Unterlassungsdelikte*, p. 296; GRÜNWALD, *GA*, 59, p. 115; SCHÖNKE-SCHRÖDER, 10.ª ed., pp. 35 y 36.
[53] Cfr. al respecto en seguida *infra*, pp. 537 ss.
[54] *JZ*, 1960, p. 687, nota 70.

obedece a que «el omitir, en general [55], se siente menos merecedor de pena que el hacer positivo». De ajustarse esta idea a las omisiones en general no puede servir al mismo tiempo para hacer aparecer el permanecer inactivo ora como autoría, ora como complicidad.

b) Las diferencias en la cualidad del propio omitir, que hasta ahora no se ha acertado a señalar, sin embargo intenta GALLAS demostrarlas con una segunda consideración. Así, halla «la justificación de estimar la punición más grave ligada a la autoría» en que «la intervención directamente salvadora, al menos *en general,* plantea menores exigencias al garante que la superación de una voluntad de actuar contraria» [56].

Pero tales enunciados "generales", como Armin KAUFMANN [57] ha expuesto convincentemente, no es posible hacerlos. «Por ejemplo, es más fácil para un socorrista evitar a gritos que un joven empuje al agua a quien no sabe nadar que después salvarlo cuando se está ahogando.» Sobre todo, no hay que imaginarse en tales casos al autor activo como si, armado con un revólver, pudiera ahuyentar o poner en serio peligro al garante dispuesto a socorrer, puesto que la punición por omitir presupone desde luego en todo caso que el obligado pudiera evitar el resultado con seguridad [58] y que intervenir asimismo le era exigible, lo que no se daría de estar amenazada su propia vida. Pero continuar distinguiendo, en el ámbito de lo posible y de lo exigible, conforme a los criterios de "más fácil" y "más difícil", me parece inviable, porque tales graduaciones también son posibles en la "autoría única" por omisión, sin que tenga efectos jurídico-penales [59]. Así, por lo general, será más fácil evitar que un niño caiga al agua que salvarlo de una casa en llamas. Y no obstante, el garante, concurriendo los requisitos de la punibilidad, es en ambos casos autor.

c) Las dos razones aducidas por GALLAS para demostrar su teoría no son, pues, incontrovertibles. Además, otras consideraciones hablan en contra de su delimitación.

Una primera objeción resulta de que ésta conduce a resultados aleatorios. Si un sujeto ha de garantizar la vida de una persona y no hace nada por evitar que un tercero le dispare, se le castigará por complicidad en el asesinato o en el homicidio. Pero si el tercero se decide, fortuitamente, por empujar a su víctima al agua para que se ahogue, de repente el garante asciende a autor sólo porque después hubiera podido rescatar del agua al afectado.

Ahora bien, cabría sustentar que si un sujeto concibe la resolución delictiva de dejar morir a una persona confiada a su cargo, queda comprendido como

[55] En cursiva en el original.
[56] *JZ,* 1960, p. 687.
[57] *Unterlassungsdelikte,* pp. 296 y 297.
[58] Cfr. al respecto *supra,* p. 527.
[59] Cfr., con respecto a estas cuestiones en general, ya *supra,* pp. 501-502.

consecuencia del plan que no está dispuesto a salvarla ni al final ni al principio. En todo caso, no se entiende por qué el perseverar en un plan concebido en su momento va a fundamentar un marco penal más grave. En el supuesto especial de no evitar el suicidio ajeno, el propio GALLAS habla de "dilema" y ha abandonado a este respecto su teoría, debido a sus resultados "absurdos" [60].

Otra dificultad más la ha desvelado GRÜNWALD [61]. Dado que la complicidad intentada no es punible, tendría que quedar impune «el padre que no se apresura a socorrer a su hijo si supone erróneamente que lo están asesinando» [62], mientras que se le impondría pena de prisión por asesinato intentado si ha supuesto equivocadamente que ha sufrido un accidente, resultado tan inevitable como insostenible frente al que GALLAS no puede acallar sus "reparos" [63]. Naturalmente, tampoco GRÜNWALD lo tiene tan fácil para fundamentar la punibilidad del padre en estos supuestos, pues si la cooperación por omisión no es autoría ni participación, sino una forma de participación *sui generis*, "con menos peso que la propia complicidad" [64], entonces no cabe explicar cómo, a falta de anclaje legal, se va a fundamentar la punibilidad de esta tentativa de participación. En cambio, partiendo de la teoría que aquí se propugna, de que se trata de genuina autoría, se comprende por sí sola la punibilidad de la conducta, de cuyo merecimiento de pena nadie duda.

Reuniendo todas estas razones, me parece que ha quedado patente que la concepción mantenida por GALLAS y KIELWEIN no es correcta; contiene un punto de partida atinado, pero yerra el blanco tan de lejos por un lado como la teoría de KAUFMANN por el otro lado. En un caso (KAUFMANN) se contempla la conducta del omitente exclusivamente en su autonomía; en otro (GALLAS y KIELWEIN), simplemente en su relación con el sujeto agente, mientras que en realidad sólo ambos enfoques juntos dan cabal cuenta de la situación: el que omite, incumpliendo su deber, es la figura central del tipo prescriptivo de garante y al mismo tiempo figura periférica con respecto al delito comisivo del sujeto agente que tercia.

d) De todos modos, aún tenemos que polemizar con otra objeción en contrario que, a pesar de todos los aspectos insostenibles que hemos puesto de manifiesto, podría hace aparecer como inevitable estimar que, concurriendo comisión y omisión, el omitente es siempre sólo cómplice del agente. Así, si se parte, con nuestra teoría, de que existiendo un tipo correspondiente de omisión la mera infracción de deber por parte del garante le convierte

[60] *JZ,* 1960, p. 689; cfr. *supra,* pp. 511-513.
[61] *GA,* 1959, pp. 116-119; enlazando con él, asimismo, Armin KAUFMANN, *Unterlassungsdelikte,* pp. 293 y 294.
[62] *Op. cit.,* p. 116.
[63] *JZ,* 1960, p. 687, nota 69 *in fine*.
[64] *Op. cit.,* p. 113.

en autor por omisión, esto parece contradecir que se condene por complicidad activa al obligado.

Por ilustrarlo con un ejemplo: si el padre extramatrimonial mata a su hijo y la madre le aconseja al respecto, el padre es autor y la madre cómplice de homicidio. Pero si la madre prescinde de dar consejos y se comporta de modo completamente pasivo —lo que desde luego merece una condena inferior—, es autora por omisión, decayendo la posibilidad de atenuación de la pena prevista en el § 49 StGB. O bien, por permanecer en el auxilio activo: el cómplice, en tanto que tiene deber y posibilidad de evitar el resultado, tendría que sujetarse a los baremos de la autoría por omisión; así, en los supuestos de garantes, la complicidad activa quedaría desplazada y convertida en ilusoria en la práctica, lo que no encuentra puntos de apoyo en la ley y se opone al peso criminal relativo de hacer y omitir. No cabría hacer entender que una conducta con menos peso delictivo (el mero no hacer nada) se condenara con más gravedad que un actuar lesivo de bienes jurídicos.

La dificultad que aquí se plantea no ha sido hasta ahora objeto de la atención que merece. Con todo, es evidente que la teoría tan difundida de que al terciar un autor por comisión sólo ha de estimarse complicidad por omisión, podría verse apoyada con puntos de vista de esta índole, a pesar de todos los defectos que la aquejan. Naturalmente hay otra vía para domeñar la problemática: en lugar de degradar a cómplice al autor por omisión, concitando otras consecuencias absurdas mediante esta destrucción del concepto de autor, se podría, a la inversa, ascender al que apoya activamente a autor por comisión, eliminando así las incoherencias.

De este método se sirven, si bien de modo limitado y distinto en ambos, SCHRÖDER y MAURACH. SCHRÖDER, cuya teoría se abordará más adelante con más detalle, estima por lo general, coincidiendo con nuestra concepción, que el que omite, incumpliendo su deber, es autor, aun cuando otro haya realizado el tipo comisivo [65]. Prosiguiendo, establece que de esta postura se deriva «asimismo que también en caso de apoyo a un hacer en tal sentido mediante obrar positivo, aquel a quien incumbe un deber de protección o de cuidado para con el bien jurídico lesionado no puede intervenir en este delito a título de complicidad, sino sólo a título de autoría» [66]. Una teoría semejante, ya expuesta *supra* [67], la defiende MAURACH con respecto al suicidio: como estima que el deber de preservar a otro de daño incluye el mandato general de evitar el suicidio, castiga como homicidio a toda cooperación activa con el suicida, aunque éste obre libremente [68].

[65] SCHÖNKE-SCHRÖDER, 10.ª ed., observación previa VI, 8, a, ante § 1, p. 36.
[66] *Op. cit.*; asimismo, § 47, III, p. 232.
[67] Pp. 513-514.
[68] Cfr. MAURACH, *BT*, 3.ª ed., p. 18.

Sin embargo, estas teorías, aunque evitan la incoherencia de que se castigue más gravemente la omisión que el hacer positivo, no satisfacen. En primer lugar, colisionan (al igual que admitiendo en general la complicidad por omisión se abandona el concepto de autor de los delitos de omisión) con el concepto general de autor de los delitos comisivos. Entonces, autor de homicidio por comisión ya no es (o ya no sólo es) aquel que tiene el dominio del hecho, sino todo aquel que, de no haber tomado parte activa, habría tenido que responder por hecho omisivo. El «envolvimiento de la teoría de la participación desde el delito omisivo» que aduce GRÜNWALD [69] quedaría culminado y descartaría toda inducción y complicidad.

Pues bien, cabría asumir resignadamente una teoría así siempre que comportase resultados convincentes en el aspecto material. Pero ocurre al contrario. La "no equivalencia" que GALLAS advertía en la relación entre el omitente y el autor por comisión se basa en general, como ya se hizo patente *supra* [70], en que es injusto condenar por el marco íntegro de la autoría por comisión a quien simplemente no ha desplegado la energía necesaria para tomar la decisión de actuar. Pero si, como propugna la concepción de SCHRÖDER y MAURACH, en lugar de atenuar la pena por omisión se excluye suplementariamente a la complicidad activa de la posibilidad de atenuación, se supera un error con otro mayor, yendo a parar —permítaseme la expresión— de la sartén a las brasas.

Así pues, esta "salida" *(Ausweg)* es un camino equivocado *(Irrweg)*. Que la omisión *ceteris paribus* tiene menor gravedad que el hecho comisivo se reconoce hoy tan en general que no hace falta repetir aquí las razones en su favor [71]. En todo caso, de ahí se deduce: es incorrecto materialmente establecer la equivalencia del omitir con la complicidad activa excluyendo en general para el garante la posibilidad de participación y con ella de aplicar el marco penal atenuado. Se trata de una extensión del principio del deber que, a pesar del abandono general de este criterio, aún se encuentra a veces [72].

Pero así nos encontramos de nuevo ante la pregunta de si estimar complicidad por omisión —aun cuando sea tan poco fundamentable dogmáticamente la exclusión de la autoría— no sería, en cuanto a sus resultados, una solución mejor que la nuestra, que cuando concurre un tipo omisivo (ya sean personas o fuerzas de la naturaleza las que hayan desatado la desgracia) afirma sin excepción la autoría.

Sin embargo, hoy ya no es difícil la respuesta. En efecto, sería ciertamente injusto castigar al omitente por un marco penal más elevado que al que apoya activamente. Pero esta dificultad tampoco la resuelve la opinión con-

[69] *GA*, 1959, p. 114.
[70] Pp. 535-536.
[71] Cfr., sintetizando, con más bibliografía Armin KAUFMANN, *Unterlassungsdelikte*, pp. 300 ss.
[72] Cfr. *supra*, p. 417.

traria, que no prevé posibilidad de atenuación para el garante que, por miedo, deja de salvar a su protegido, que ha zozobrado en la tempestad, aun cuando en este caso el omitir tenga menos peso que la complicidad activa en el homicidio. Y además comporta el despropósito de tener que aplicar marcos penales distintos en función de la clase de la fuente de peligro, aun siendo la cualidad delictiva del omitir independiente de esta circunstancia.

De ahí se deduce forzosamente que sólo cabe dar cabal cuenta de los problemas de determinación de la pena que surgen de la relación entre hacer y omitir, no mediante una teoría de la participación construida *ad hoc*, sino sólo mediante una atenuación de la pena que rija por igual para todas las manifestaciones de la omisión. Hay que admitir para todo hecho omisivo, en especial también para la autoría por omisión, ya *de lege lata* una posibilidad de disminución de la pena análoga a la prevista para la participación. Lo cual cabe fundamentarlo dogmáticamente sin problemas, con sólo dejar de lado las consideraciones criminológicas y de política jurídica. Ya GRÜNWALD [73] y KAUFMANN [74] han aducido notables aspectos en su favor. Otro argumento más se deduce directamente de nuestra teoría de la participación:

En efecto, con arreglo a ésta, como se indicó *supra* [75], existe de hecho complicidad cuando entre la omisión y el resultado se encuentra un autor por comisión. El comportamiento pasivo se presenta al mismo tiempo como complicidad en la realización del tipo comisivo y como realización en concepto de autor del tipo omisivo. De donde resulta que si se mide el omitir contrario a deber con el mismo patrón que el delito comisivo, a la medida del cual está sin duda concebido el marco penal legal, tal omitir aparece como complicidad, evidentemente sujeta a la atenuación facultativa. Si la misma conducta además ha de enjuiciarse como autoría por omisión, esta imputación tiene lugar, sobre la base de otro criterio de autoría, con arreglo a baremos distintos, que ciertamente pueden equipararse a los de la autoría por comisión en la cualidad de la desvaloración ético-social [76], pero en ningún caso en la magnitud de la culpabilidad y del merecimiento de pena individual. Más bien cabe deducir como dogmáticamente correcto (lo que es requerido por nosotros y por un amplio sector doctrinal para la medida de la pena en la omisión), de la concepción que aquí se mantiene, lo siguiente: autoría por omisión = complicidad en el delito comisivo. Por eso precisamente es desatinado en términos constructivos enjuiciar el hecho omisivo como autoría por comisión con arreglo al marco penal de ésta, pues así se equipararía lo desigual. La autoría por omisión nunca es, cuando media un sujeto

[73] *GA*, 1959, p. 113.

[74] *Unterlassungsdelikte*, pp. 302 y 303.

[75] Pp. 520-522.

[76] Cfr. al respecto, *supra*, pp. 516-518.

agente, más que la complicidad por comisión, y consiguientemente tampoco puede ser castigada de otro modo.

Dado que, como igualmente se ha indicado ya, no cabe hacer patentes diferencias valorativas de principio entre las distintas formas de omisión, lo dicho rige también cuando el omitente es "autor único", esto es, cuando deja de intervenir, incumpliendo su deber, en lugar de frente a personas, frente a fuerzas de la naturaleza. Naturalmente hay que tener en cuenta que la atenuación de la pena ha de ser facultativa y no obligatoria, pues hay aquí supuestos —como en la complicidad por comisión— que no le van en zaga, en cuanto a merecimiento de pena, a la autoría por hacer positivo.

Sobre la base de los aspectos que desarrollábamos, estos casos pueden incluso indicarse con bastante exactitud: se trata, en primer lugar, de las manifestaciones de la omisión equivalente a comisión y por tanto ajustadas también en cuanto al marco penal al hacer activo, que se agruparon *supra* [77] bajo la rúbrica del "dominio social del hecho", esto es, de los ejemplos de la madre que deja morir de hambre a su bebé y del guardavías que, al no cambiar las agujas, produce adrede una colisión de convoyes. Y en segundo lugar, se incluyen aquí los delitos de infracción de deber por comisión, en los que hacer y omitir no se distinguen en cuanto a estructura de la autoría [78], debiendo, por tanto, enjuiciarse en su marco penal con arreglo al mismo baremo: que el funcionario de prisiones posibilite la fuga de internos no cerrando con llave la puerta, o abriéndola, o de cualquier otro modo, no tiene influencia alguna en la reprochabilidad de su conducta.

A la vista de todas estas circunstancias, hay que admitir que los resultados prácticos de nuestra teoría son satisfactorios en todos los aspectos y que ésta evita las muchas incongruencias de la concepción que criticamos. La objeción en contra, de la que partíamos, debe su capacidad de impresionar al hecho de que injustificadamente sujeta la autoría por comisión y por omisión al mismo marco penal, no advirtiendo que la autoría por omisión en el plano dogmático ciertamente cabe entenderla al mismo tiempo como complicidad por comisión, pero no como autoría activa.

Consiguientemente, la concurrencia entre hacer y omitir ha de resolverse como sigue: si existe tipo de omisión y el garante permanece inactivo incumpliendo su deber, se le castiga como autor del delito omisivo con arreglo al marco penal de la complicidad, y ello incluso cuando un tercero ha realizado el tipo comisivo actuando. La complicidad en el delito comisivo, que en tales casos reside al mismo tiempo en la inactividad, queda desplazada por la autoría por omisión. De no existir tipo de omisión, el garante que no interviene responde simplemente como cómplice del autor por comisión.

[77] Pp. 502-505.

[78] Cfr. al respecto en concreto, *supra*, pp. 497 y 498-499.

Si, por el contrario, el obligado omite evitar el resultado y asimismo auxilia al autor comisivo mediante hacer positivo, con independencia de que concurra un tipo omisivo, sólo ha de responder por complicidad con el delito comisivo, pues si el garante actúa positivamente en dirección al resultado que debería evitar, esto prepondera sobre el hecho de que haya omitido; entonces, el hecho omisivo que coexiste con la complicidad activa es subsidiario. Así pues, la autoría por omisión desplaza a la complicidad por omisión en el delito comisivo, pero a su vez es desplazada por la complicidad activa con el hecho comisivo.

Todas estas consecuencias se ajustan tanto a los datos objetivos como al sentimiento jurídico imparcial. Por eso ha de reclamarse *de lege ferenda* que se prevea en la ley expresamente una atenuación facultativa de la pena para el hecho omisivo. El Proyecto de 1962 ha optado por no incluir un precepto en tal sentido, aunque en las sesiones de la Comisión numerosos penalistas así lo preconizaron. Sin embargo, en la Exposición de Motivos del Proyecto se admite que en favor de la posibilidad de atenuación "pueden aducirse motivos de peso" [79].

El propósito de este trabajo veda abordar en detalle los argumentos contrarios del Proyecto. Cuando en éste se dice: «una madre que deja morir de hambre a su bebé en ocasiones cometerá un injusto más grave que aquella que lo mata indoloramente» ello es cierto, pero por los motivos ya tantas veces indicados no puede considerarse como regla de la omisión. Y resulta equivocado que se estime que la admisibilidad de la atenuación facultativa se encuentra «en contraposición llamativa con el requisito de la equivalencia del hecho omisivo».

La "equivalencia" con el hacer positivo, de la que el § 13 del Proyecto de 1962 hace depender la punición del omitir, como dice con razón la Exposición de Motivos [80], sólo puede entenderse en el sentido de que hay que demostrar si (y cuándo) una omisión «cae dentro del ámbito del injusto de la norma penal en cuestión, interpretando conforme a sentido la ley». Lo cual nada tiene que ver con la cuestión de la determinación de la pena. También la Exposición de Motivos del Proyecto lo deja entrever cuando alude a que "se puede tener en cuenta [la menor gravedad de la omisión] en la determinación de la pena, dentro del marco penal" y además que cabe estimar a veces complicidad por omisión [79].

Y sin embargo, estas dos concesiones son cuestionables metodológica y dogmáticamente, pues la teoría de la participación, como se ha expuesto en repetidas ocasiones, no es asunto de determinación individual de la pena. Y además esta solución a menudo no lleva muy lejos, puesto que el garante que por miedo no interviene ante el incendio de una casa, aun cuando le

[79] Esta cita y lo siguiente: p. 126 de la Exposición de Motivos.
[80] P. 125.

fue posible y exigible, según la actual regulación ha de ser castigado necesariamente, por el § 306 StGB, con pena de prisión, aun cuando su merecimiento de pena de ningún modo equivale a la del incendiario activo.

Si el legislador, a pesar de todo, no pudiera decidirse a introducir la posibilidad general de atenuación de la pena, en el futuro se podría condenar al autor de omisión, en el caso de que haya terciado un sujeto agente, no obstante, por el marco penal de la complicidad. En efecto, la Exposición de Motivos del Proyecto [80] subraya expresamente que es de justicia «imponer la pena atenuada del cómplice a las omisiones mediante las que simplemente se apoya el hecho principal de otro y que no son más graves que una complicidad». Así pues, la circunstancia de que dogmáticamente se trate de una autoría nada cambia en que estos supuestos tienen que someterse materialmente al marco penal atenuado; la cuestión de cómo han de calificarse jurídicamente se sustrae desde luego a la influencia del legislador; además, el tenor literal del Proyecto nada dice al respecto.

Naturalmente puede ser dudoso si, como ha de estimarse dado el silencio actual de la ley, también el "autor único" por omisión a partir de la Exposición de Motivos del Proyecto tendría que estar sometido al marco penal atenuado. Los aspectos intolerables que se deducirían si se le equiparara en la punición al autor por comisión, afectarían simplemente al Derecho positivo y no a nuestra teoría de la participación, pues el que en este supuesto se da autoría por omisión está fuera de duda. Si el legislador le aplica una conminación penal inadecuadamente elevada, el error es suyo.

De la misma raíz provienen asimismo las diferencias valorativas que pueden surgir en la relación con la complicidad intentada y sobre las que no se ha dicho nada concluyente. Si —modificando nuestro ejemplo de partida— la madre supone erróneamente que el padre se dispone a matar al hijo extramatrimonial, y si para cuidar de que no se vea perturbado el hecho, impide que se acerquen ciertos conocidos, cierra con llave la puerta, etc., estas acciones activas son impunes como tentativas de complicidad; pero la mera inactividad estaría sujeta a pena como tentativa de omisión a título de autoría.

Que tal tratamiento parezca curioso se debe simplemente a que el legislador, al prever las conminaciones penales, no ha reducido a común denominador la omisión con la complicidad. De estar punida la complicidad intentada, desaparecería esta diferencia. En todo caso, el problema no cabe resolverlo negando de entrada la concurrencia de autoría por omisión, pues no se entiende por qué en nuestro caso la madre —aun cuando sólo le costara una palabra disuadir al padre de su hecho— tendría que quedar impune, mientras que (incluso desde el punto de vista de la doctrina contraria) tendría que ingresar en prisión si no salva a su hijo que, según cree ella, se está asfixiando con la almohada sin intervención ajena.

Una delimitación entre conducta merecedora de prisión e impune, como la que efectúa la doctrina que aquí se rechaza, sería sumamente incongruente, porque existiendo deber de evitar el resultado, razonablemente no puede representar diferencia tan fundamental que la madre tenga que salvar a su bebé, en la situación concreta, dando un grito al padre o retirando la almohada. Los despropósitos que podrían surgir, estimando en general la autoría por omisión, en la relación con la tentativa de apoyo activa, no residen, por el contrario, en la propia materia, sino únicamente en la impunidad legal de la complicidad intentada. Ya por razones metodológicas resulta que tal circunstancia no puede tener influjo alguno en la determinación de la autoría y la participación, pues los criterios de delimitación sólo pueden obtenerse, obviamente, a partir de la propia dogmática de la omisión y no a partir de las conminaciones penales legales de conductas activas totalmente independientes de ella.

Por lo demás, hay que tener en cuenta que en la punibilidad de la omisión intentada, en relación con la impunidad de la complicidad por comisión intentada, a la actividad del sujeto agente no se contrapone un mero no hacer. La punibilidad del omitente no queda fundamentada por la inactividad, sino sólo por su posición de garante, mientras que esta circunstancia, en la complicidad activa, sometida al principio del dominio del hecho, no se tiene en cuenta. A la vista de todo, habrá que admitir que incluso con respecto a la complicidad intentada, la postura que aquí se mantiene ofrece la mejor solución.

4. Schröder

Schröder [81] parte en esencia —como Armin Kaufmann y nosotros— de que el garante omitente es autor también cuando tercia un sujeto actuante. «El padre que deja morir de hambre a su hijo, es autor por omisión, al igual que el padre que no impide que la madre mate al hijo de ambos» [82]. Y lo fundamenta considerando que el omitente «ha realizado aquí en su persona y en su conducta todos los requisitos de los tipos delictivos». Lo cual es cierto si —lo que no hace Schröder expresamente— se da por supuesta la existencia de tipos de omisión autónomos; en otro caso no cabe hablar de realización personal de los elementos del tipo, porque desde luego no se da la muerte de propia mano en el sentido de los delitos comisivos.

Schröder, sin embargo, más allá de los supuestos que establecíamos [83], reconoce dos excepciones más al principio de la autoría por omisión.

[81] Schönke-Schröder, 10.ª ed., ante § 1, VI, 8, pp. 35-37.
[82] *Op. cit.*, p. 36.
[83] Cfr. al respecto *supra*, pp. 516-520.

a) En primer lugar, la omisión ante una autoría por comisión se presenta sólo como complicidad cuando la posición de garante se basa en el hacer precedente. «Así pues, quien sin precauciones tiene guardado veneno es cómplice si descubre que otro ha tomado el veneno para cometer un asesinato. Quien deja colgada en la taberna la escopeta cargada es cómplice del asesino que la autiliza para matar, si tuvo la posibilidad de impedir el hecho» [84].

Schröder lo fundamenta entendiendo que el hacer precedente, efectuado con dolo (esto es, cuando el que después omite habría entregado el veneno o la escopeta al asesino, conociendo la situación), "por lo general constituiría complicidad".

En contra cabe esgrimir varias razones. En primer lugar, la indicación de Schröder no altera en nada que el omitente también aquí ha realizado "en su persona y en su conducta todos los requisitos" del tipo de omisión. Si Schröder, invocando la sentencia BGHSt 8, 393 ss., siempre estima autoría en casos así, aquí no puede proceder de otro modo.

Asimismo, es inexacta la comparación con el hacer doloso, pues si se pune al garante no es desde luego por su hacer precedente no doloso (que ni siquiera constituye complicidad, quedando impune), sino por su posterior inactividad contraria a deber. Cierto que ésta, en caso de deber de evitar el resultado basado en injerencia, casi nunca será más merecedora de punición que la complicidad activa —en esto hay que darle la razón a Schröder—, pero también hay que tener en cuenta que el marco penal de la omisión en general se rebaja ajustándolo al de la complicidad [85].

Pero ello nada tiene que ver con la delimitación entre autoría y participación, ya porque el omitente, en el supuesto de injerencia, faltando un autor comisivo, no es más merecedor de pena y, sin embargo, sigue siendo autor. No es evidente, ni mucho menos, que aquel que en el ejemplo de Schröder ha dejado descuidadamente guardado el veneno sea menos merecedor de punición cuando deliberadamente no impide que el asesino lo eche al café de la víctima que cuando deja que una persona lo tome por error, sin mediación de tercero.

b) La segunda excepción de Schröder se refiere a los supuestos en los que «el omitente no está obligado para con el bien jurídico protegido, sino que tiene la responsabilidad» de que personas de su esfera de influencia no cometan delitos [86]. Se está pensando en situaciones como la de un cónyuge que no interviene para impedir que el otro perpetre un aborto en el domicilio conyugal u oculte bienes receptados. Aquí, por lo general, sólo habrá que estimar complicidad en el delito del sujeto agente; sin embargo, existiendo "acuerdo bilateral" se dará coautoría.

[84] *Op. cit.*, p. 36, apdo. *b)*.
[85] Cfr. al respecto pp. 537 ss.; asimismo, Armin Kaufmann, *Unterlassungsdelikte*, p. 297, nota 207.
[86] *Op. cit.*, p. 37, apdo. *c)*.

SCHRÖDER no aduce fundamentación propia para el tratamiento especial de este grupo de casos. Su consideración de que aquí no se da obligación para con el bien jurídico protegido debería excluir la punición del omitente, pues la vulneración de un mero deber de vigilancia a lo sumo podría quedar abarcada por una norma a imagen y semejanza del § 143 StGB (descuido del deber de vigilancia de menores que habría evitado el delito de éstos), lo que aquí falta. Si en cambio se atribuye al omitente un deber de evitar el resultado (y éste es en tales casos requisito tanto de la autoría como de la participación), no es posible, como hace SCHRÖDER, negar al mismo tiempo la obligación para con el bien jurídico protegido [87].

c) Las distinciones de SCHRÖDER entre aquellas posiciones de garante que siempre comportan la autoría y aquellas otras que sólo fundamentan complicidad por omisión, tienen su causa última en la acertada idea de que no es pertinente someter la omisión a otro marco penal que al de la complicidad activa. Pero este objetivo no lo persigue SCHRÖDER por medio de una atenuación general de la pena para la omisión, sino por otro procedimiento. Divide las posiciones de garante en dos grupos: en uno —que eleva a regla— todo omitente es autor, con la consecuencia de que también el que apoya activamente asciende a autor del delito comisivo, de manera que resultan equivalentes las conminaciones penales [88]. En el otro —que considera una excepción— el omitente, en tanto que hay autor comisivo doloso, no pasa de cómplice, mientras que al mismo tiempo el garante que apoya activamente sólo responde por complicidad, de manera que también aquí coinciden los marcos penales.

La argumentación mediante la cual se distingue aquí entre autoría y participación del omitente no queda muy lejos del círculo vicioso. Cuando SCHRÖDER, por ejemplo, califica como autor por omisión al padre que no impide que la madre mate al hijo de ambos, deduciendo que incluso un padre que auxilie aunque sea de manera insignificante tendría que ser autor por comisión, con la misma coherencia formal podría proceder a la inversa, diciendo que, dado que un padre que, sin dominio del hecho o sin voluntad de autor, apoya a la madre, únicamente es cómplice, el mero omitir, con más razón, no puede ser sino complicidad. Igualmente, en la injerencia, en lugar de complicidad del omitente, del hecho de que el hacer doloso precedente sólo habría fundamentado complicidad activa, se podría en sentido contrario deducir que el auxilio positivo es autoría porque el omitir subsiguiente comportaría igualmente la pena de autor (lo que, dada la posterior posibilidad de evitar el resultado, desde luego excluiría prácticamente la complicidad).

[87] Cfr. también Armin KAUFMANN, *Unterlassungsdelikte,* p. 297, nota 207: «A mi juicio, también en estos casos existe el deber de garante para con el bien jurídico protegido, sea cual sea la base de la que surja la posición de garante.» Como aquí en esto, asimismo, GALLAS, *JZ,* 1960, p. 687, nota 66.

[88] Cfr. al respecto *infra,* 3.º; *supra,* pp. 537-539.

Obviamente, la distinción entre posiciones de garante fundamentadoras de autoría y de complicidad podría estar justificada materialmente si cupiera hacer ver los motivos de la diferencia valorativa material entre deberes de evitar. Esta cuestión requiere aún debatirse (*infra* 5).

5. Intentos de graduación de las posiciones de garante (GALLAS, SCHRÖDER)

Otra posibilidad de delimitar objetivamente autoría y participación en las omisiones podría consistir en asignar distinta jerarquía a las posiciones de garante dependiendo de su fundamentación, de manera que, por ejemplo, el deber de evitar el resultado basado en una estrecha comunidad vital siempre convertiría en autor al omitente, mientras que la injerencia o la posición de garante contractual, de concurrir con otra autoría por comisión, comportaría estimar sólo complicidad.

Una teoría elaborada de esta suerte no existe hasta ahora; no obstante, se encuentran en la bibliografía diversos planteamientos en esta dirección que merecen valorarse al menos brevemente. Así, por ejemplo, GALLAS, al objeto de "mitigar" los reparos que contra su concepción «se han deducido de la impunidad de la tentativa de complicidad», reflexiona acerca de «si en ciertos casos de dependencia extrema de la víctima con respecto a la posición de protección del garante (relación paterno-filial), no habrá que enjuiciar el hecho de que éste permanezca inactivo, ante la actividad del sujeto agente, como conducta equivalente a la de autoría» [89]. SCHRÖDER propugna, como se deduce del contexto de su teoría tratada *supra*, que los deberes de evitar el resultado derivados del hacer precedente o de la esfera de influencia del omitente quedan relegados por los supuestos de "deber de protección frente a un objeto determinado". Las posiciones de garante del primer género fundamentan por lo general, según su postura, dada la simultánea autoría por comisión de un tercero, sólo complicidad por omisión; las del segundo género comportan sin excepción la autoría por omisión.

Sin embargo, tales distinciones han de rechazarse. Lo cual se deduce en primer lugar del hecho de que para clasificar jerárquicamente los deberes de evitar el resultado en aquellos que fundamentan autoría y los que fundamentan complicidad no se encuentra punto de apoyo alguno en la ley. Asimismo, resulta cuestionable sistemáticamente distinguir entre posiciones de garante "primarias" y "secundarias", pues *de iure* a evitar un resultado uno sólo puede estar o bien obligado o bien no obligado, no pudiéndose establecer diferencias entre un "más" y un "menos". Además, tampoco se entendería por qué las posiciones de garante de rango inferior, al faltar un tercero agente, de repente vuelven a comportar la autoría.

[89] *JZ,* 1960, p. 687, nota 69.

Las dificultades residen, en definitiva, en lo equivocado del punto de partida. Se trata aquí del intento —que ya en los delitos comisivos inducía a error [90] y que en la omisión aparece con especial frecuencia— de convertir en fundamento de la doctrina de la autoría consideraciones sobre determinación de la pena. En el ámbito de la omisión, como en los demás, ello no es posible porque no cabe hacer declaraciones generalizables acerca de la magnitud de la culpabilidad del caso concreto (y que asimismo nada tienen que ver con la teoría de la participación circunscrita al injusto): quien está obligado a evitar el resultado debido a su hacer precedente puede en concreto merecer una pena más grave que aquel que no evita que se produzca una lesión de bien jurídico en una persona allegada. Al margen de lo cual la problemática del marco penal ha de decidirse materialmente de otro modo (a saber, en el sentido de la posibilidad general de atenuación).

§ 39. INDUCCIÓN Y COMPLICIDAD RELATIVAS AL HECHO OMISIVO

I. ¿EXCLUYE LA FALTA DE DOLO DE OMITIR LA POSIBILIDAD DE INDUCCIÓN A OMITIR?

Hasta muy recientemente jamás se ha discutido que fuera posible la inducción al hecho omisivo de acuerdo con las reglas generales de la teoría de la participación (esto es, paralelamente a los principios válidos para los delitos comisivos). Se pensaba en situaciones en que un sujeto determinaba que se abstuviera de intervenir la persona dispuesta a auxiliar y obligada a hacerlo en virtud de su posición de garante o del § 330c StGB (omisión de socorro). Parecía evidente que el instigador podía y debía ser castigado como inductor, bien sea al delito de omisión propia, bien al del § 330c.

Esta seguridad ha quedado perturbada recientemente por los estudios de KAUFMANN sobre la problemática de la omisión, a cuyos resultados se ha sumado WELZEL [1]. KAUFMANN propone la atrevida tesis siguiente [2]: «La inducción a omitir es inconcebible». Con una sola frase intenta rebatir la opinión contraria diciendo [2]: «... como no existe el "dolo de omitir", no puede realizarse tampoco el elemento esencial de la inducción, esto es, el suscitar la decisión del hecho».

Naturalmente, esta frase está respaldada por todo un libro. Para comprender lo que aquí se expresa lacónicamente hace falta al menos esbozar telegráficamente su razonamiento:

La inducción presupone provocar la resolución del hecho. La realización del hecho requiere dolo. Dolo equivale a finalidad. La finalidad consiste

[90] Cfr. al respecto, en cuanto a los principios, *supra*, pp. 47 ss.

[1] *Lehrb.*, 7.ª ed., p. 182.

[2] *Unterlassungsdelikte*, p. 191.

en la dirección de un curso causal. El omitente no es causal del resultado. Así pues, tampoco puede dirigir un curso causal, o sea, no puede actuar finalmente. Como no hay finalidad de la omisión, tampoco puede existir dolo de omisión. Si el omitente no puede obrar dolosamente tampoco puede adoptar resolución del hecho alguna. Donde no es posible ninguna resolución del hecho tampoco cabe provocarla. Luego la inducción a omitir es inconcebible.

Las tesis de KAUFMANN se basan, pues, en lo esencial, en su negación del dolo de omitir. Y tiene a buen seguro razón en la medida en que en el autor por omisión no cabe hablar de "dirección del curso causal". Si no obstante se pretende reconocer "dolo" de omisión, hay que desligar este concepto de su conexión a la finalidad comisiva y hacer que baste la "omisión consciente", cuya posibilidad KAUFMANN no niega [3]. Ciertamente, KAUFMANN no considera factible esta vía; no sólo porque, como finalista, cree no poder renunciar a la "supradeterminación del curso causal" como elemento esencial del dolo, sino ante todo porque mantiene con énfasis la opinión de que también basta la "omisión inconsciente" para castigar al garante por el marco penal del delito doloso de comisión [4]: «Aquel que, a la vista de una desgracia, ni siquiera para mientes en si (y cómo) puede socorrer, omite "inconscientemente" justo porque las consecuencias de la desgracia le son indiferentes o incluso deseadas» [5]. No procede privilegiarle con respecto a aquel que al menos ha sopesado la posibilidad de salvación y la ha desatendido, pues privilegiarlo "comportaría premiar al insensible o indiferente" [6].

Obviamente este último argumento carece de fuerza probatoria en los supuestos de inducción que nos ocupan, puesto que si se determina a la persona dispuesta a socorrer para que abandone el plan de salvación, éste omite siempre, necesariamente, de modo consciente. Así pues, tampoco tendría que haber "inducción a la omisión inconsciente" de tratar a ésta igual que una inactividad consciente.

Subsiste, pues, la cuestión de si (y, en su caso, cuándo) puede considerarse dolosa la "omisión consciente". Esclarecerla requeriría un análisis del concepto de dolo que sobrepasaría el marco de nuestro tema [7]. Pero ello tampoco hace falta, pues, a mi juicio, en la demostración de KAUFMANN se halla una incoherencia que priva de base a su tesis de que es "inconcebible" la inducción a omitir.

[3] Cfr. *Unterlassungsdelikte*, pp. 79 y 80.

[4] *Op. cit.*, pp. 110-127, y *passim*.

[5] *Op. cit.*, p. 116.

[6] WELZEL, *Lehrb.*, 7.ª ed., p. 181; en el mismo sentido, KAUFMANN, *op. cit.*, p. 112.

[7] Cfr. las primeras tomas de posición de ENGISCH, *JZ*, 1962, p. 190; HARDWIG, *ZStW*, t. 74, 1962, pp. 27 ss.; asimismo, mi artículo «Zur Kritik der finalen Handlungslehre», en *ZStW*, t. 74, 1962, pp. 515 ss. (530).

Negando el dolo de omitir, sería evidente argumentar así: la punición por el § 212 StGB (homicidio) requiere indudablemente el dolo del autor. El omitente, aun cuando conscientemente no evite el resultado como garante, no puede obrar dolosamente. Así pues, tampoco se le puede castigar. KAUFMANN, sin embargo, no extrae esta conclusión. Más bien aplica el marco penal del dolo también a la omisión, sustituyendo el dolo por otros criterios ajustados a la peculiaridad estructural de la omisión.

De aprobar este proceder —y de otro modo, según las premisas de KAUFMANN, no es posible fundamentar la condena de las omisiones impropias por el marco penal de los delitos dolosos—, de entrada no cabe referir la inducción a una autoría estructurada de modo distinto que la de los delitos comisivos. No se puede considerar superfluo el dolo en la autoría por omisión, pero cuando se trata de la inducción a tal conducta presuponerlo como algo imprescindible. La idea directriz de KAUFMANN de que la inducción requiere una "resolución del hecho" (lo que para él significa: dolo de cometer) en el fondo no es sino una *petitio principii*. Afirma precisamente lo que habría que explicar, algo para lo que tampoco aporta a continuación fundamento probatorio alguno. Si anticipadamente se define el concepto de inducción de manera que sólo se ajuste a los delitos comisivos, luego no se puede estimar su inaplicabilidad a la omisión como prueba de que la inducción no es posible aquí. En definitiva, se trata del siguiente argumento: «La inducción a omitir no es concebible porque sólo hay inducción al hecho comisivo.»

Más bien haría falta fundamentar autónomamente por qué la inducción requiere ineludiblemente dolo de cometer en el autor. En realidad, no cabe evidenciar este principio. Lo cual se deriva de una serie de consideraciones:

En primer lugar, la ley, en la definición de inducción del § 48 StGB, habla sólo de que el inductor tiene que haber "determinado" a otro a una acción conminada con pena. El concepto de "acción conminada con pena" abarca también las omisiones. Y ¿por qué no va a poder uno ser determinado a omitir? Si un sujeto se dispone a auxiliar a un accidentado y otro le disuade, éste lo ha "determinado" a una conducta que se presenta como hecho omisivo. Ni el tenor literal de la ley, ni el lenguaje cotidiano, ni la sustancia del acontecer impiden hablar aquí de "inducción a omitir".

Pues bien, KAUFMANN ciertamente esgrime que no se trata de un "inducir", sino de un "disuadir" de cumplir el mandato [8]. Con este criterio del "disuadir", esto es, de impedir la resolución del hecho o de hacer que se desista de ella, el suceso está descrito de forma absolutamente exacta. Pero no por ello queda descartada la "inducción a omitir"; antes al contrario: únicamente cabe determinar a alguien a una inactividad determinándolo al mismo tiempo a abstenerse de una acción posible.

[8] *Unterlassungsdelikte*, pp. 191-195 (191).

Tampoco una eventual "esencia" de la inducción, dada para el legislador, impide la aplicación de este concepto a la omisión. Ciertamente también la figura jurídica de la "inducción" tiene un núcleo conceptual inmutable; presupone en todas sus manifestaciones que el inductor, sin ser autor, haya determinado, por la vía del influjo psíquico, a una conducta penalmente relevante. Este requisito mínimo conceptual se realiza en la inducción a omitir; al igual que, por ejemplo, la inducción al hecho no doloso queda cubierta con esta fórmula en los delitos de infracción de deber.

Si, dando un paso más, se hace requisito irrenunciable de la inducción el que se provoque en el autor dolo de cometer, ahí (al margen de que falta fundamentación para tal tesis) residiría un desconocimiento de la singularidad estructural del concepto de partícipe: inducción y complicidad son de naturaleza "secundaria" [9], esto es, jurídicamente sólo pueden surgir en el espacio no acotado ya por el concepto "primario" de autor. Lo cual rige no sólo en el sentido "negativo" ya debatido *supra*, conforme al cual participación sólo puede ser lo que *no* realiza el criterio de la autoría; más bien la autoría tiene para la participación también un significado positivo-constructivo en la medida en que establece aquello a lo que tienen que referirse inducción y complicidad. La clase de la conducta a la que en la inducción tiene que instigarse al autor se determina con arreglo al respectivo concepto de autor; no es que, a la inversa, un concepto de inductor preconcebido decida sobre qué cualidad haya de tener una autoría para poder ser objeto de participación. Por consiguiente, también en los delitos comisivos inducción y complicidad muestran una impronta cambiante, ajustada al respectivo concepto de autor en los delitos de dominio, de infracción de deber y de propia mano: así, la coacción en los términos del § 52 StGB, que por lo general comportaría autoría mediata, en los delitos de propia mano y de infracción de deber fundamenta simplemente inducción [10]; determinar a un hacer no doloso representa inducción en los delitos de infracción de deber, mientras que en los delitos de dominio por lo general autoría mediata y en los delitos de propia mano es impune [11]. Pues bien, al igual que aquí las manifestaciones de la participación quedan fijadas por medio del concepto de autor, también ocurre así en los hechos omisivos: sólo disuadir de cumplir el mandato, esto es, determinar a permanecer inactivo, aparece como forma genuina de inducción. La provocación de una decisión del hecho, en el sentido de los delitos comisivos, que en vano busca KAUFMANN, de entrada no se ajustaría al concepto de inducción aquí aplicable.

Así pues, llegamos al resultado de que, aun cuando no hubiera dolo de omitir, esta circunstancia en ningún caso excluiría la posibilidad de inducción a omitir.

[9] Cfr. la problemática relacionada con ello, pp. 295 ss. y 397 ss. (401).
[10] Pp. 460 ss., 394-396 y 401.
[11] Cfr. pp. 454 ss. y 396 ss.

II. ¿SE OPONEN CONSIDERACIONES DE JUSTICIA MATERIAL Y DE MERECIMIENTO DE PENA A ESTIMAR INDUCCIÓN A OMITIR?

No obstante, KAUFMANN intenta demostrar que la solución obtenida por vía constructiva es también la única razonable a la vista de numerosos ejemplos prácticos [12] y la que garantiza una aplicación uniforme del Derecho. Al respecto aduce varias consideraciones:

1. ¿Resultados aleatorios?

KAUFMANN construye algunos supuestos que, en cuanto a sus resultados, llevarían *ad absurdum* la idea de la inducción a omitir. «Tras un accidente, R se dispone a socorrer al accidentado. G, entregando a R un billete de cien marcos, determina que éste siga su camino» [13]. Pregunta KAUFMANN: «¿Puede ser acertado, en función de que la persona dispuesta a auxiliar, sea garante o simplemente obligado a socorrer por el § 330c StGB, aplicar a G este o aquel marco penal?» [14]. Otro ejemplo ilustraría con más nitidez lo aleatorio de los resultados: «R ha conseguido con gran esfuerzo para su pariente X, gravemente enfermo, sin que éste lo sepa, un medicamento, el único que puede ser eficaz.» Cuando se dirige a buscar a X, encuentra a K, «que, tirando de talonario y extendiendo un cheque de más de mil marcos, disuade a R de que le lleve la ampolla salvadora a X» [13]. Como ni R ni K están obligados a actuar, K indujo a una conducta atípica y debería quedar impune, entiende KAUFMANN, resultado que considera "inaceptable" [14].

Él, que rechaza la inducción en los tres supuestos, no quiere dejar impune al sujeto de detrás. Más bien propugna —tanto si el omitente responde por el § 330c StGB, o como garante, o como si no responde— castigar a quien da el dinero como autor mediato de asesinato o de homicidio por comisión. Esta postura, que requiere revisión crítica desde la perspectiva del concepto de autor, se tratará más adelante (*infra* III). Aquí interesa, de momento, averiguar si estimar inducción comporta realmente resultados insoportablemente injustos.

Comencemos con el útlimo ejemplo, el más clamoroso. Aquí habría que plantear en primer lugar la cuestión de si no habría que considerar a R como obligado a actuar por el § 330c StGB. Obtener el medicamento puede haber sido originariamente tan difícil que ello no hubiera sido exigible; pero

[12] *Unterlassungsdelikte*, pp. 195 ss.
[13] *Op. cit.*, p. 196.
[14] *Op. cit.*, p. 197.

una vez que lo tiene en sus manos, el auxilio es, sin embargo, fácilmente posible y desde luego ya no inexigible. Si al no entregarlo, la enfermedad se agrava, tal evolución, no susceptible de remedio por otra vía, habrá que considerarla como "accidente" *(Unglücksfall)* [15], pudiéndose castigar a K por inducción al § 330c.

Sin embargo, ésta es una cuestión fáctica. Supongamos, pues, que la enfermedad de K no corre peligro de agravarse súbitamente. Entonces el sujeto de detrás no es responsable penal. Y al contrario que KAUFMANN, entiendo que este resultado es correcto, puesto que en otro caso habría que castigar como autor de lesiones a todo aquel que disuade a otro de curar a un enfermo, aunque la persona dispuesta a curar no estuviera obligada a lo que constituye un favor. Esta objeción rige asimismo en general: no es aceptable que acabe en prisión quien instiga a otro a una conducta acaso moralmente censurable, pero no prohibida penalmente, mientras que el instigado, que mantiene en sus manos la decisión sobre si actúa, a pesar de su motivación reprobable, indiscutiblemente quede impune. Ni la lógica ni el sentimiento jurídico hablan, a mi juicio, en favor de que la instigación a una conducta impune tenga que ser punible; es más, cabe aducir numerosas razones en contra, que se analizarán *infra* [16].

Así pues, sólo queda la diferencia de marco penal entre el § 330c y el delito de omisión impropia, que ciertamente es inevitable *de lege lata*, pero que se justifica por el evidente principio de que la inducción sólo puede punirse por la medida de la autoría. Ciertamente KAUFMANN esgrime: «Que no se objete que tal es la situación de la participación, pues precisamente se trata de determinar si estamos o no hablando de participación» [17]. Sin embargo, esta réplica anticipada a su vez no es concluyente, puesto que si, en contra de estimar inducción, se pretende derivar objeciones de las consecuencias de la esencia de su accesoriedad, en todos los delitos habría que excluir la participación y en su lugar preconizar que concurre autoría.

Sin embargo, al margen de ello tampoco es materialmente injusto que el instigador tenga que ser castigado ora por el marco penal del § 330c, ora por el del delito de omisión impropia. En efecto, si el legislador parte de que omitir salvar muestra un contenido de injusto mayor o menor en función de la persona que permanezca inactiva, otro tanto debe predicarse de la inducción a tal hecho. Si se instiga a un padre a dejar que se ahogue su hijo, ciertamente esto es, según los baremos valorativos del legislador,

[15] Cfr. *BGHSt*, 6, 148, 155 (152 ss.), donde se señala que «lo repentino e inesperado no [ha de] interpretarse de manera excesivamente estricta». En enfermedades, basta que ésta tome un "cariz de rápido empeoramiento", lo que cabe estimar sin más en caso de peligro agudo y cuando fracasan otras posibilidades de auxilio.
[16] Cfr. al respecto pp. 520-521 ss. y 521 ss.
[17] *Unterlassungsdelikte*, p. 197.

más merecedor de pena que si se anima a seguir su camino a un desconocido que pasaba por casualidad por el lugar del accidente.

En un aspecto puede que quede parte de injusticia (lo que, por lo demás, cabrá decir con más motivo contra la solución de KAUFMANN): el inductor al delito de omisión impropia responde por el marco penal del garante, aun cuando a él no le incumbe el deber fundamentador de la pena. Sin embargo, ésta no es ninguna peculiaridad de la inducción a omitir, sino que ocurre en todos los delitos de infracción de deber. Así, la diferencia de los marcos penales en los delitos propios e impropios de funcionarios siempre ha estado sujeta a objeciones. El § 33.1 del Proyecto de 1962, que en los elementos de la autoría personales fundamentadores de pena prevé atenuación de la pena para los partícipes, surtiría efecto también sobre la inducción a omitir. La diferencia en la magnitud de la pena que sigue habiendo frente a la inducción al § 330c está completamente justificada por la distinta gravedad del contenido de desvalor ético-social.

Por eso no cabe admitir que, reconociendo la inducción a omitir, como consecuencia se produzcan resultados fortuitos incongruentes.

2. ¿Es la inducción en los delitos omisivos relativamente más merecedora de pena que en los hechos comisivos?

a) La afinidad entre la inducción y la "disuasión", la única que cabe en los delitos omisivos, es simplemente externa, opina KAUFMANN [18]: «Para la inducción es esencial precisamente que tras tener éxito, tras suscitar la resolución del hecho, el autor inducido tiene que mantener su dolo y renovarlo constantemente... El inducido mantiene en sus manos si realiza o no la resolución... En la disuasión es distinto: la disuasión de cumplir el mandato sólo tiene éxito... cuando, en el instante decisivo en que la acción habría tenido que producirse, no se dio la decisión del hecho. A partir de ese instante ya no hay vuelta atrás —ni avance posible— para el omitente.»

Sin embargo, frente a la opinión de KAUFMANN, su comparación habla más bien en favor que en contra de la semejanza de ambas formas de inducir. De ocurrir efectivamente que el autor por comisión inducido mantenga el suceso en sus manos hasta la consumación, mientras que para el omitente, después de que lo hayan determinado a permanecer inactivo, ya no hubiera vuelta atrás, en el segundo caso el inductor se enfrentaría seguramente a una responsabilidad mayor. Pero no es así, sino que el omitente también decide, mucho después de que se le haya instigado, sobre su hecho libre y autónomamente en la medida en que aún le es posible evitar el resultado;

[18] *Op. cit.*, p. 193.

exactamente igual que si se hubiera decidido al hecho *motu proprio*. La inducción no le reduce en absoluto su margen de decisión.

Si KAUFMANN llega a otro resultado es porque emplea el concepto de "tener éxito" con distinto significado. La inducción a cometer, según sus propias palabras, ha tenido éxito al "suscitar la resolución del hecho"; a ello correspondería calificar de "exitosa" la inducción a omitir cuando el instigado se manifiesta dispuesto a permanecer inactivo. En este instante, sin embargo, el omitente aún puede decidirse en otra dirección. En lugar de ello, KAUFMANN sitúa el "tener éxito" en el último momento en que es posible evitar el resultado, o sea, en el instante que se correspondería con la acción del hecho en los delitos comisivos: si se considera que la inducción a omitir sólo ha "tenido éxito" cuando ya no es posible evitar el resultado, sólo cabría hablar de "éxito" de la inducción en los delitos comisivos cuando el ejecutor ha efectuado la acción del hecho y ya no puede desistir.

Así pues, empleando el mismo patrón resulta que el inductor a la omisión no tiene más influencia sobre el suceso penalmente relevante que el inductor al delito comisivo. Por tanto, este aspecto no representa argumento alguno en favor de castigar al inductor al hecho omisivo como autor de un delito comisivo, como pretende KAUFMANN.

b) Asimismo, esgrime KAUFMANN [19] que la doctrina dominante se ve expuesta a la objeción de que califica como hecho principal una omisión, pero como supuesta inducción a este hecho principal, en cambio, una acción, aun estableciendo para ambas el mismo marco penal. Aduce, invocando a GRÜNWALD [20], que el desvalor de tal acción de inducir prepondera sobre el del mero omitir, esto es, el del hecho principal, deduciendo: «Ciertamente... es singular que —*ceteris paribus*— en general en un grupo de delitos ¡la (supuesta) inducción muestre un contenido de desvalor considerablemente superior al del hecho principal! Lo cual contradice la valoración que subyace al § 48 StGB y debe suscitar la sospecha de que aquí reside un problema no resuelto.»

Sin embargo, tampoco con este argumento se demuestra que la inducción a omitir sea una figura mal construida, pues al margen de que la inducción, según la valoración legal, no es menos grave que la autoría y que las consideraciones sobre merecimiento de pena no desempeñan un papel determinante en la delimitación de las formas de participación [21], ya es discutible el presupuesto sobre el que descansa estimar que hay un "problema no resuelto". No es cierto que la instigación a omitir en general muestre un desvalor superior al del omitir. Más bien ocurre lo siguiente:

[19] *Op. cit.*, p. 194.
[20] *Das unechte Unterlassungsdelikt*, p. 124.
[21] GRÜNWALD *(op. cit.)*, por ejemplo, de ningún modo extrae del contenido de desvalor de la inducción, que él asume, la conclusión de que por eso no se trate ya de inducción.

Cuando un sujeto comete un delito mediante hacer positivo, o toma parte en su realización, ello es más grave que si meramente omite intervenir contra el autor comisivo. A esta consideración obedece que la autoría por omisión, en el pronunciamiento de la pena, quede desplazada por la complicidad activa (y con más razón por la inducción) y que se le aplique en el marco penal una atenuación facultativa conforme a los principios de la complicidad. Sin embargo, de esta idea no se deduce nada sobre la relación entre el desvalor de la inducción a omitir y el de la omisión misma.

Lo cual se comprende en seguida si se tienen presentes las relaciones estructurales subyacentes a la distinta valoración de hacer y omitir. Omitir evitar el resultado es menos grave que el hecho comisivo de un sujeto agente porque la autoría del omitente, referida al delito de dominio del ejecutor, ya desde la perspectiva dogmática, aparece sólo como cooperación sin dominio y, por tanto, como complicidad [22]. En la inducción a omitir ocurre justamente el contrario: la figura central del tipo omisivo es el garante inactivo, y con respecto a este tipo el instigador es una mera figura periférica situada fuera de la vinculación de deber.

Que aquí la inducción no es en general más merecedora de pena que la omisión es evidente incluso dejando de lado las categorías específicas de nuestra doctrina de la autoría, pues mientras que en los casos antes tratados, en los que la omisión le va a la zaga al hacer positivo en cuanto a merecimiento de pena, la conducta comisiva dirigida a la lesión del bien jurídico se encuentra "más próxima al resultado" que el mero omitir, aquí ocurre que precisamente la omisión muestra la relación más estrecha con la realización del delito. Lo que produce el resultado no es directamente el hacer, sino lo que aquí integra la materia de prohibición: la omisión contraria a deber.

Y por último, por decirlo más sencillamente: en pura lógica, la instigación a una conducta —prescindiendo del factor de la corrupción, que para KAUFMANN no desempeña papel alguno— sólo puede ser merecedora de pena en la medida de la propia conducta que se persiga. En efecto, la lesión del bien jurídico, que constituye el fundamento de punición de la inducción, conforme a las intenciones del sujeto de detrás, como máximo puede tener la medida que se plasma en la conducta del autor. Lo cual viene confirmado por el sentimiento jurídico: que un sujeto incite a una madre a que no lleve al médico a su hijo enfermo y a que lo deje morir ciertamente es execrable; pero aún más lo es (o como mínimo: no es menos reprobable) la conducta de la madre que hace caso a tal incitación.

Así pues, no cabe admitir que la inducción a omitir muestre en general un desvalor superior al del hecho principal. Por eso, a partir de consideraciones sobre merecimiento de pena no es posible extraer un argumento en contra de que exista tal forma de participación.

[22] Cfr. *supra*, pp. 520-521.

III. ¿CABE CONCEBIR LA INDUCCIÓN A OMITIR COMO AUTORÍA COMISIVA DIRECTA?

1. La teoría de Armin KAUFMANN y WELZEL

En lugar de la figura jurídica, que rechazan, de la inducción a omitir, Armin KAUFMANN y WELZEL estiman en todos los casos —tanto si el instigado es garante, como si está llamado a intervenir en los términos del § 330c StGB, como si no está obligado a socorrer— autoría comisiva directa. Así dice, por ejemplo, WELZEL [23]: «Quien en una situación de desamparo determina, entregándole un billete de cien marcos, al obligado a socorrer a que abandone su resolución de salvar, no ha de responder por "inducción al § 330c", sino por homicidio o asesinato.» Ya se indicó *supra* [24] que Armin KAUFMANN decide sus ejemplos en el mismo sentido.

La cuestión requiere verificación autónoma, pues aun cuando —como hemos hecho— se entienda que en tales casos se da inducción a omitir, si concurriera al mismo tiempo autoría ésta desplazaría desde luego a tal forma de participación, de manera que en cuanto al resultado práctico tendrían razón Armin KAUFMANN y WELZEL. La fundamentación que aducen en favor de su postura, sin embargo, es bastante escasa. En lo esencial, consiste en entender que la "inducción" a omitir representa una acción que es causal del resultado y, por tanto, puede subsumirse en el tipo del delito comisivo. Así, leemos en KAUFMANN [25]: «Como existe causalidad "genuina", la acción en cuestión realiza el tipo de un delito comisivo con tal de que se den los demás requisitos típicos.» Sin embargo, los elementos especiales de la autoría, que trascienden la causalidad, no se cuentan entre los "demás requisitos típicos".

Esta línea argumental sería impugnable, en principio, en tanto que cabría dudar de la causalidad de la inducción a omitir. Si se parte de que el propio omitir —o sea, el hecho principal— no es causal del resultado, es evidente estimar que tampoco el determinar a una conducta omisiva puede ser causal en el sentido de un delito comisivo. De hecho, para WELZEL estimar autoría comisiva tendría que ser imposible ya debido a la cuestión causal. Así mantiene, conectando con SPENDEL [26], que en los delitos comisivos para averiguar la causalidad fundamentadora de responsabilidad no se puede «añadir men-

[23] *Lehrbuch*, 7.ª ed., p. 182.
[24] Pp. 552-553.
[25] *Unterlassungsdelikte*, p. 203.
[26] *Die Kausalitätsformel der Bedingungstheorie für die Handlungsdelikte*, 1948.

talmente aquellas circunstancias posibles o probables que no han acontecido» [27]. Precisamente de eso se trata aquí: sólo cabe mantener la causalidad de la inducción a omitir si se añade mentalmente que en otro caso el omitente habría evitado el resultado. Esta contradicción en la concepción de WELZEL es más llamativa cuando KAUFMANN [28] había abordado la problemática cuasal que se plantea aquí y se había pronunciado en contra de la teoría de SPENDEL.

Polemizar en torno a esta controvertida cuestión queda fuera del tema de nuestro estudio. Pero para la solución que sustentamos tampoco importa, porque la "disuasión" (para cualquier teoría) es causal de la resolución de no actuar, no requiriéndose en la inducción a omitir ninguna causalidad con otro contenido. Por eso baste indicar que es adecuado no excluir de entrada en tales casos la imputación desde la perspectiva de la autoría por comisión; de lo contrario, tendría que quedar impune aquel que retiene el bote neumático que la corriente impulsa hacia X, que se está ahogando [29], pues también aquí hay que añadir mentalmente que X en otro caso se habría salvado. Quede sin decidir si se trata de causalidad "genuina", como opina KAUFMANN [30]; en todo caso, para la imputación de un hacer positivo basta un encadenamiento lógico de condiciones (lo que aquí se da); no hace falta que exista un encadenamiento mecánico de efectos.

2. El requisito del dominio del hecho como factor excluyente de la autoría

Estimar autoría comisiva, sin embargo, no es posible debido a la falta de dominio del hecho. La construcción con ayuda de la cual Armin KAUFMANN y WELZEL eluden la impunidad de la inducción a omitir, en otro caso inevitable, se basa en un concepto de autor puramente extensivo: el que causa el resultado típico ya por eso es autor.

Tal proceder está expuesto a todas las objeciones que ya se adujeron *supra* [31] para rechazar la teoría extensiva, no siendo necesario repetirlas. Sin embargo, resulta curioso que Armin KAUFMANN y en especial WELZEL, que en el terreno de los principios siguen la teoría del dominio del hecho sin limitaciones, afirmen aquí la autoría, sin reparar en que de este modo entran en contradicción insalvable con las premisas de su propia doctrina de la autoría. Si la "eficacia causal psíquica" [32] existente en tales casos ha de fundamentar la autoría por sí sola, sin requerir ejercicio de coacción alguno, no se entiende entonces que en otros casos se impongan requisitos

[27] *Lehrb.*, 7.ª ed., p. 42.
[28] *Unterlassungsdelikte*, pp. 201-203, pp. 57 ss.
[29] Ejemplo de Armin KAUFMANN, *op. cit.*, p. 195.
[30] *Unterlassungsdelikte*, p. 302.
[31] Pp. 45-47.
[32] Armin KAUFMANN, *Unterlassungsdelikte*, p. 199.

mucho más estrictos y, según la teoría de Armin KAUFMANN, incluso el que coacciona en los términos del § 52 StGB —siempre que no fuerce a omitir— no sea autor mediato, sino sólo inductor [33].

Por no tener en cuenta, de contrariedad a la sistemática, el principio del dominio del hecho se explica asimismo que Armin KAUFMANN emplee por las buenas algunos de sus ejemplos de auténtico dominio del hecho como argumento en favor de que también en otros casos, en los que al sujeto de detrás le falta el dominio del hecho, tendría que decaer la inducción a omitir [34]. Es cierto que hay que considerar autor por comisión al sujeto agente en el siguiente caso [35]: «Al encontrarse con un accidente, el conductor R se detiene para prestar auxilio. F pretende impedirlo, para lo cual engaña a R haciéndole creer que al herido ya se lo han llevado.» Pero F no es aquí autor porque sea imposible la inducción al faltarle el dolo a R o porque haya causado la muerte del herido [36], sino porque el engaño le procura el dominio del suceso: tras haber desactivado el factor que evitaría el resultado, el hecho aparece como obra de F, al igual que si le hubiera cerrado el paso a un cosa que iba a determinar la salvación (el bote neumático que se dirigía hacia el que se ahogaba, o el perro pastor que se le acercaba nadando), pues R, no siendo conocedor de la situación, ya no pudo decidir sobre su actuación con la consciencia de las posibilidades de salvación. Lo mismo ocurre si se retiene con violencia a la persona dispuesta a socorrer o —en nuestro anterior ejemplo— otro destruye la ampolla salvadora.

Todos estos ejemplos, a los que se añaden la intimidación en los términos del § 52 StGB («amenaza de un peligro para la vida o integridad física de uno mismo o de persona allegada»), la instigación de enfermos mentales, niños, etc., se distinguen de la mera inducción a omitir en el elemento del dominio del hecho, el único que puede elevar la causación a autoría. Quien es persuadido a omitir, o es seducido con el señuelo del billete de cien marcos, no obstante tiene la responsabilidad, con arreglo a los baremos del ordenamiento jurídico, por su hacer u omitir; sólo allí donde dicha responsabilidad se le quita, avanza el otro al centro del acontecer y llega a ser autor. Ahí reside el motivo interno, en vano buscado por KAUFMANN, para el distinto tratamiento de estos casos.

Solución distinta no puede justificarse entendiendo que la inducción, en tanto que acción, no puede subsumirse en el tipo del delito de omisión, debiendo por eso ser valorada autónomamente como autoría única por comisión [37]. En efecto, como el tipo en todo caso describe sólo la autoría, la inducción desde luego no puede realizarlo, esto es, no hace falta que se

[33] *Unterlassungsdelikte*, p. 165, nota 187.
[34] Cfr. *Unterlassungsdelikte*, p. 197.
[35] *Unterlassungsdelikte*, p. 196, núm. 6.
[36] Cfr. KAUFMANN, *Unterlassungsdelikte*, p. 197.
[37] Así Armin KAUFMANN, *Unterlassungsdelikte*, p. 199.

iguale estructuralmente a la autoría, mientras que en los delitos comisivos que aquí vienen en consideración la autoría única que realiza el tipo requiere algo más que la mera causalidad, esto es, requiere el dominio del hecho.

3. La inviabilidad práctica de considerar al sujeto autor por comisión

En contra de considerar a la inducción a omitir como autoría por comisión hablan, asimismo, sus resultados prácticos. El propio Armin KAUFMANN admite que hay casos de disuadir de actuar en los que la pena del delito comisivo —singularmente de los §§ 212 ss. (delitos contra la vida)— aparece como excesivamente alta. Pone el ejemplo en que R se dispone a arrojarse al agua para salvar a X, que se está ahogando, y su amigo L le hace cambiar de idea diciéndole: «¡Que te vas a resfriar!» [38]. ¿Va a ser aquí L autor de un homicidio? Asimismo, KAUFMANN modifica el varias veces citado caso de la ampolla. Si K hace cambiar a R de parecer diciéndole: «Usted no está obligado a llevar a X el medicamento que le va a salvar; además, X no va a poder pagarle». Si acto seguido R se marcha a casa, ¿va a condenarse a K a cadena perpetua por asesinato?

También KAUFMANN considera insoportables estos resultados, diciendo: «Aun cuando tal proceder esté sustentado en el dolo de matar (el dolo de instigar a que otro abandone la resolución de salvar), sigue siendo socialmente adecuado.» Pero esta solución es muy cuestionable, tanto si se considera la adecuación social con KAUFMANN, "como limitación de la tipicidad", como, con WELZEL, como mera causa de justificación, pues ¿acaso alguna vez puede considerarse socialmente adecuada una muerte dolosa? La legítima defensa justificada nunca lo es, según KAUFMANN y WELZEL, aun cuando en ésta el autor actúa más impecablemente que en nuestros ejemplos. De todos modos, se introduce una nueva forma de homicidio impune, carente de fundamento en la ley.

Asimismo, KAUFMANN, cuando en sus ejemplos declara socialmente adecuado el homicidio, deja totalmente de lado las motivaciones y tendencias del autor (su eventual intención de matar, los móviles viles, etc.). De tenerlas en cuenta, seguramente se verían influidas las valoraciones de nuestro "orden ético-social formado históricamente" [39], sobre todo considerando que según la teoría finalista tambien en las causas de justificación la impunidad depende de "especiales tendencias subjetivas de justificación" [40].

También debido al principio de legalidad aparece como no adecuado un criterio tan poco fijado típicamente como el de la adecuación social para

[38] Esta cita y las siguientes, *Unterlassungsdelikte*, p. 200.
[39] WELZEL, *Lehrb.*, 7.ª ed., p. 76.
[40] WELZEL, *op. cit.*, p. 77.

trazar la frontera entre el hacer impune y el delito conminado con cadena perpetua. ¿Cómo hay que decidir cuando, por ejemplo, el sujeto de detrás hace que el omitente repare en los peligros de la salvación o en la falta de deber de evitar el resultado, pero además le ofrece dinero para que se abstenga de salvar?, y ¿qué ocurre si, por puro desvelo hacia el salvador temerario, dado que por su forma de ser no atiende a advertencias objetivas, desde el principio simplemente se le ofrece un regalo? ¿Hay que atender aquí de nuevo a los motivos o a la actitud del agente, que declarábamos irrelevantes, y cómo se valorarían ambos? Los posibles grupos de casos y factores impelentes son tan plurales y están tan inabarcablemente ramificados, las ideas valorativas ético-sociales están en este ámbito tan poco diferenciadas y el propio sentimiento jurídico individual reacciona de modo tan vacilante y ambiguo, que comportaría insoportable inseguridad jurídica y resultados contradictorios el dejar decidir, como pretende KAUFMANN, a la adecuación social sobre la punibilidad.

Por el contrario, la postura que aquí se mantiene conduce a soluciones absolutamente nítidas: si el omitente no está obligado a intervenir ni por el § 330c StGB ni como garante, se trata —siempre que el sujeto de detrás no tenga el dominio del hecho— de instigación impune a un comportamiento atípico. El que el instigador se conforme con un mero consejo o formule promesas de cualquier género es tan indiferente como la índole de sus motivos o actitudes.

Si, en cambio, al omitente le incumbe un deber concreto de actuar, el sujeto de detrás, siempre que conozca sus presupuestos materiales, ha de responder siempre como inductor. La supuesta adecuación social nada cambia en esto. Si, por ejemplo, ocurre que los riesgos que amenazan a un garante al salvar no son tan elevados como para que su intervención aparezca como inexigible según baremos jurídicos, el inductor responde si hace que el garante se abstenga de actuar aludiendo al riesgo (reducido) que le representa verazmente [41]. Pero si el peligro realmente es tan elevado que no se le puede exigir actuar al omitente, decae su deber concreto; el instigador induce entonces a una conducta no típica, tanto si ofrece un billete de cien marcos como si no.

KAUFMANN entiende, obviamente, que las dificultades que surgen al estimar autoría por comisión existen asimismo "desde siempre" para la inducción al delito de omisión impropia. Así, pregunta [42]: «Desde el punto de vista de la doctrina dominante, ¿constituye inducción al homicidio que el tercero le diga al socorrista que corre peligro de contraer la gripe al intentar salvar del agua?» Pero justamente este ejemplo pone de relieve las ventajas de la doctrina dominante frente a su teoría, pues KAUFMANN, al parecer, pretende

[41] Cuestión distinta es que en el caso concreto pueda darse aquí error de prohibición.
[42] *Unterlassungsdelikte*, p. 200.

estimar aquí, por lo que respecta a la conducta del tercero, un homicidio del bañista adecuado socialmente y por tanto impune.

Y esta solución no es acertada. Si, lo que no queda claro en la formulación elegida, las palabras del tercero han de entenderse en el sentido de que aludiendo a la posible gripe quiere instigar al socorrista a dejar morir al bañista que se está ahogando, desde luego esto hay que castigarlo, sin duda, como inducción al homicidio. Efectivamente, en primer lugar, el peligro de contraer la gripe (¡en un socorrista!) es muy lejano, y en segundo lugar, dada la clase de posición de garante, éste tiene que asumir ese riesgo. Así pues, el instigado comete, al dejar morir al bañista, homicidio por omisión. Pero entonces no existe ni la menor razón para dejar impune al inductor sólo porque haya adornado su instigación con una advertencia bastante ridícula. Desde el punto de vista que aquí se mantiene, no se entiende en qué consistirían las dificultades de delimitación. Que la opinión contraria vea en este caso un problema sólo confirma lo poco que da de sí el criterio de la adecuación social.

Así pues, ocurre lo contrario de lo que dice KAUFMANN: no es la construcción de la inducción a omitir, sino el estimar autoría por comisión lo que contradice los principios de la doctrina de la autoría, conduciendo a resultados aleatorios incongruentes.

4. Las lagunas de punibilidad en la solución de considerar al sujeto autor comisivo

Sin embargo, lo que lleva *ad absurdum* la calificación de autoría comisiva en vez de inducción son las abismales lagunas de punibilidad que con tal solución se abren. Mientras que, por ejemplo, KAUFMANN y WELZEL parten de que la figura jurídica de la inducción no puede abarcar ciertos supuestos merecedores de punición (tesis a la que nos oponíamos *supra*), en realidad ocurre al revés:

En el fondo, la autoría comisiva sólo cabe construirla (al margen de todos los reparos que cabe oponerle) en algunas pocas inducciones a omitir; a saber, en aquellas que se encaminan a que no se eviten daños cuya causación es imputable al sujeto de detrás como puro delito de resultado; esto es, por ejemplo, en el homicidio y en los daños. Pero la mayoría de los tipos requieren un determinado género de actuar a título de autor que no se da en el que determina. Piénsese en que A instiga a B para que estafe a un socio, silenciándole, con quebrantamiento de su deber aclaratorio, circunstancias esenciales. B comete estafa por omisión. Según la teoría de KAUFMANN y WELZEL, A tendría que ser, dado que "no es concebible" [43] la inducción, autor de estafa por comisión. Por tanto, habría que entender su instigación a B como "acción engañosa" directa, lo que desde luego resulta difícilmente posible.

[43] WELZEL, *Lehrb.*, 7.ª ed., p. 182.

De ejemplos así cabe acumular infinidad. KAUFMANN y WELZEL se encuentran aquí siempre ante la alternativa de o dejar impune al sujeto de detrás, lo que me parece un resultado inadmisible, o estimar autoría por comisión, lo que reduciría el concepto de autoría a un puro encadenamiento de condiciones y anularía todos los logros de la moderna doctrina de la autoría (en los que a la propia doctrina final de la acción le corresponde una parte importante).

Sin embargo, aun cuando uno se resignara a ello, esta salida está cerrada en todo un grupo de delitos, los de infracción de deber por comisión. Basta con sustituir, en nuestro ejemplo anterior, la estafa por el perjurio: A instiga a B para que omita, en su declaración bajo juramento ante el tribunal, indicar circunstancias esenciales. O bien: en un proceso, la parte contraria, A, le entrega mil marcos al abogado B para que deje transcurrir un plazo, coadyuvando así a que se convierta en firme una sentencia. En ambos casos B responde como autor de los §§ 154 (perjurio) o 356 StGB (deslealtad profesional).

Pero ¿qué ocurre con A? Según la doctrina aquí criticada, la respuesta sólo puede ser: ¡nada! En efecto, la inducción a omitir es imposible, y para castigar por autoría comisiva falta la posición de deber que la fundamenta. Y ¡no estamos hablando de excepciones! Más bien, lo mismo cabe ponerlo de manifiesto con respecto a numerosos delitos de infracción de deber, de gran trascendencia práctica: A instiga a B para cometer administración desleal por omisión; un *extraneus* determina al funcionario de prisiones para que posibilite la fuga de un delincuente omitiendo cerrar con llave el portón, etc.

Que estimar impunidad del *extraneus* en todos estos supuestos no puede ser acertado no necesita más fundamentación. Simplemente los resultados que aquí se ponen de relieve bastarán para forzar a KAUFMANN y WELZEL a revisar su teoría en este punto.

IV. COMPLICIDAD EN LA OMISIÓN

1. Se considera posible [44] la complicidad, mediante hacer positivo, en el delito omisivo, por lo general en forma de apoyo psíquico, por ejemplo, reafirmando al omitente en su decisión de no intervenir.

[44] Cfr. simplemente MAURACH, *AT*, 2.ª ed., § 52, II, A, 2, a, p. 544.

Para Armin KAUFMANN [45] y WELZEL [46], en cambio, tal posibilidad está descartada por los mismos motivos que en la inducción. Así pues, en tanto que el apoyo psíquico es causal del resultado, el sujeto de detrás responde como autor comisivo directo. Los reparos aducidos *supra* en contra de tal solución son aplicables tambien aquí. Incluso surgen antes aquí debido a que la complicidad psíquica con el hecho omisivo, esto es, la forma de participación con relevancia penal menor, se conminaría con el marco penal entero de la autoría comisiva, aun cuando la persona cuya decisión se refuerza sólo responda, por ejemplo, por el § 330c StGB.

2. La complicidad activa en el delito omisivo realizada de otro modo en muchos casos se considera no concebible [47]. Lo cual se basa en suponer que el sujeto tiene necesariamente que tener el dominio del hecho si es el único que causa el resultado dolosamente. Pero ello no es cierto en todos los casos, como muestra un ejemplo de Armin KAUFMANN [48]: «A se había decidido a denunciar a tiempo un plan delictivo y echado al correo una carta en este sentido. Habiéndose arrepentido de esa decisión, resuelve recuperar la carta, para lo cual se sirve de B (al que le cuenta todo), que efectivamente se hace con ella.» Esto constituiría complicidad, realizada mediante hacer positivo, con el delito de omisión del § 138 StGB (omisión de denunciar delitos planeados); pero al mismo tiempo habría que castigar por este precepto a B como autor por omisión. Otro tanto rige para todos los demás casos en los que el sujeto, desistiendo del intento de cumplir el mandato, se hace ayudar por otro.

Armin KAUFMANN entiende, consecuentemente, que el sino dogmático de tales grupos de casos no puede ser otro que el de la "disuasión": así pues, si el plan delictivo consistía en un homicidio, habría que considerar a B como autor comisivo directo del § 212 StGB. Contra tal solución hablan, junto a todos lo argumentos ya aducidos *supra*, otras dos objeciones fundamentales:

a) En primer lugar, la contradicción con el principio del dominio del hecho resulta aquí más palmaria, pues mientras que en la "disuasión" sólo es un omitir no fundamentador de dominio del hecho lo que forma el hecho principal, aquí hay claramente otros, los homicidas, que tienen en sus manos activamente el suceso. Si en tal caso se hace autor a B, se están allanando todas las diferencias objetivas entre las formas de participación y convirtiendo a la autoría en un concepto "secundario" que sirve de tapahuecos [49]. Dado que a algún sujeto no se le puede captar como cómplice, se le declara autor:

[45] *Unterlassungsdelikte*, p. 195, nota 249a.
[46] *Lehrb.*, 7.ª ed., pp. 182 y 183.
[47] Cfr. GRÜNWALD, *Das unechte Unterlassungsdelikt*, p. 124; cfr., asimismo, PERTEN, *Die Beihilfe zum Verbrechen*, p. 119, nota 215.
[48] *Unterlassungsdelikte*, p. 195, nota 249a.
[49] Cfr. *supra*, pp. 43-47.

huelga repetir aquí que un proceder en tal sentido es incompatible con los principios de la doctrina de la autoría.

b) En segundo lugar, a mi juicio, el propio A, si retira su denuncia del delito planeado, tendría consecuentemente que responder, conforme a la teoría que aquí se rechaza, como autor comisivo directo. En efecto, la condición del resultado puesta por su actividad de desistir no merece calificación distinta que la causalidad que se da en B. Esta consecuencia no la extrae, sin embargo, KAUFMANN [50], sino que considera el supuesto, acertadamente, como un desistimiento de la tentativa acabada de evitar el resultado, que comporta la pena de la omisión. Pero entonces la consecuencia no puede ser distinta para B: B presta complicidad a este desistimiento y, por tanto, sólo puede responder por complicidad en el hecho omisivo.

[50] Cfr. *Unterlassungsdelikte*, p. 108.

CAPÍTULO UNDÉCIMO

PROBLEMA, SISTEMA Y CODIFICACIÓN EN LA DOCTRINA DE LA AUTORÍA

§ 40. IDEAS PARA FORMAR UN SISTEMA DE TEORÍA DE LA AUTORÍA

I. SÍNTESIS DE LOS RESULTADOS

Si al final de nuestro camino volvemos la vista atrás y tratamos de resumir los resultados que hemos obtenido para la doctrina de la autoría, resulta el siguiente esquema:

1.º El autor es la figura central del suceso concreto de la acción.

2.º La figura central se caracteriza por los elementos del dominio del hecho, del quebrantamiento de un deber especial o de la comisión de propia mano.

3.º El dominio del hecho, que en los delitos dolosos de comisión determina el concepto general de autor, presenta las manifestaciones del dominio de la acción, del dominio de la voluntad y del dominio funcional del hecho.

4.º El dominio de la acción consiste en la realización del tipo final y de propia mano.

5.º El dominio de la voluntad, que corresponde a la autoría mediata, se clasifica en las formas de configuración del dominio de la voluntad en virtud de coacción, que se ajusta al principio de responsabilidad, del dominio de la voluntad, de cuatro grados, en virtud de error y del dominio de la voluntad en virtud de maquinarias de poder organizadas.

6.º El dominio del hecho funcional, que expresa el contenido de la línea directriz de la coautoría, se presenta como cooperación en división del trabajo en la fase ejecutiva.

7.º El criterio del quebrantamiento del deber especial es determinante para la autoría en los delitos de infracción de deber por comisión, en los delitos omisivos y en los imprudentes.

8.º La autoría mediata en los delitos de infracción de deber se caracteriza por que el obligado produce el resultado típico por medio de un no obligado.

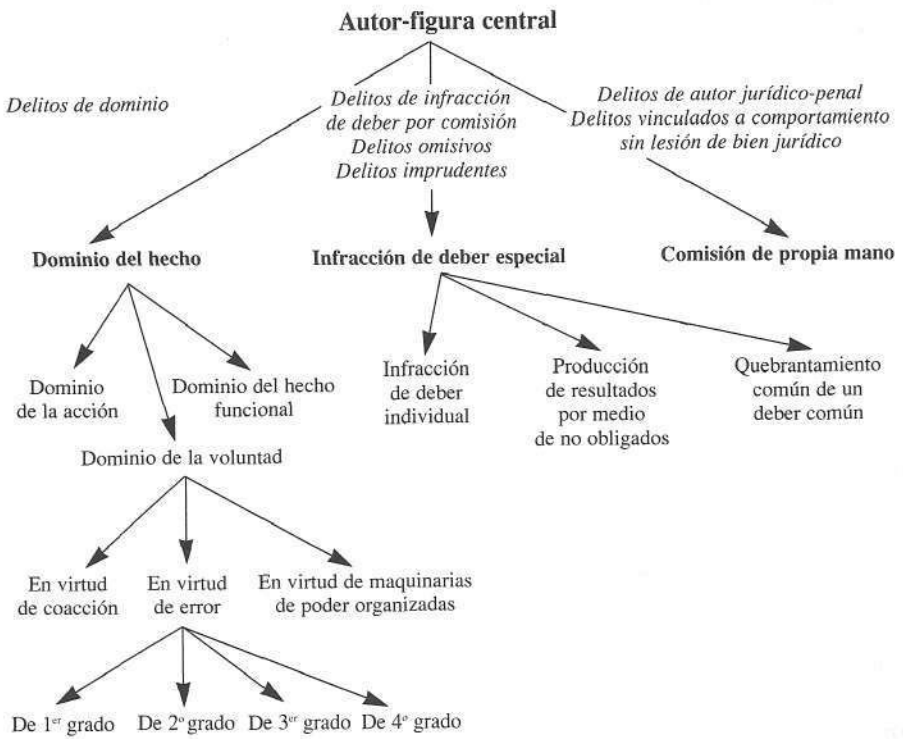
9.º La coautoría en los delitos de infracción de deber aparece como quebrantamiento conjunto de un deber especial conjunto.

10. Los delitos de propia mano se encuentran en el Derecho vigente como delitos de autor jurídico-penal y como delitos vinculados a comportamiento sin lesión de bien jurídico.

11. La participación es un concepto secundario con respecto al de la autoría. Por eso ha de caracterizarse como cooperación sin dominio, sin deber especial y sin ser de propia mano.

12. La participación en un hecho principal cometido sin finalidad típica por principio está excluida en los delitos de propia mano, es posible en los delitos de infracción de deber y en los delitos de dominio se circunscribe a la suposición errónea de circunstancias fundamentadoras de dominio del hecho en la persona del ejecutor directo.

Esta síntesis expresada en principios, que reproduce, obviamente, el armazón de nuestra exposicion a modo de esbozo y que no da idea del desarrollo diferenciado de las ideas básicas en la concreta materia jurídica, se presentaría esquemáticamente así:



II. DIALÉCTICA DEL CONCEPTO DE AUTOR

Las panorámicas esquemáticas en forma de tesis, como la que acabamos de exponer, sin embargo no sólo son insatisfactorias por su relativa pobreza de contenido, sino sobre todo porque suscitan la impresión, que hemos tratado de despejar en repetidas ocasiones, de que las distintas manifestaciones de la autoría constituyen deducciones de un concepto supremo abstracto. Pero en realidad, el criterio de la "figura central", del que hemos partido y cuya riqueza de contenido podemos ahora vislumbrar, es un concepto dialéctico "concreto" que se destaca, como "unidad de distintas determinaciones" [1], con respecto a los conceptos tradicionalmente empleados en Derecho penal. Permítaseme, pues, exponer esto algo más pormenorizadamente:

1.º El elemento de la "figura central" con el que empezábamos es, en principio, un concepto vacío, sin contenido, del que no cabe derivar prescripciones, con contenido positivo, de la autoría. Así, al igual que en la lógica hegeliana el "ser puro", como "abstracción pura", equivale a la nada y sólo a continuación, mediante la serie de los fenómenos, adquiere contenido en el "devenir", el concepto de la figura central sólo va recibiendo forma y contenido al recorrer la materia jurídica mediante la plétora, continuamente creciente, de sus manifestaciones.

El método que, al hacerlo, hemos empleado es dialéctico en el sentido que Nicolai HARTMANN [2] caracteriza soberanamente con estas palabras: «La dialéctica no es deducción, sino que es un vagar que se va adaptando a la articulada y enmarañada estructura del objeto» [3]. Por tanto, el concepto de autor no puede quedar fijado desde el principio, sino que debe "desplegarse" paso a paso en la materia jurídica, de manera que, lejos de que cada una de sus manifestaciones se presente como mera "aplicación" de un principio dado o como resultado de subsunción en un concepto superior, lo amplíen y enriquezcan en su contenido. "Cada predicado le añade un nuevo elemento" [4].

Sólo una vez que se ha recorrido toda la serie de configuraciones y la materia jurídica completa, incluidos los delitos omisivos e imprudentes, se puede saber, procediendo así, lo que *son* la autoría y la figura central. Antes,

---

[1] HEGEL, *Enzyklopädie*, § 82, 2.

[2] *Die Philosophie des deutschen Idealismus*, pp. 384 y 385.

[3] Así pues, la concepción aún muy difundida de que el modo de proceder dialéctico es una pura construcción mental es absolutamente errónea. Cfr., asimismo, N. HARTMANN, *op. cit.*, p. 385: «Sería el *summum* de la falsedad considerar una deducción la dialéctica de Hegel. Con la misma razón cabría tildar de deducción a la zoología descriptiva. Por el contrario, no puede pasar inadvertida la nota descriptiva en la dialéctica.»

[4] Como dice HARTMANN, *op. cit.*, p. 388 (obviamente, sin referencia alguna a nuestro tema específico).

uno sólo ve manifestaciones individuales ciertamente fundamentadoras de autoría, pero imposibles de establecer con carácter absoluto, que se presentan simplemente como "elementos" del concepto global. "Lo verdadero es el todo" [5]. Y ese todo lo conocemos sólo al final del camino que, como un círculo que se cierra, torna al comienzo y nos vuelve a poner a la vista, por fin, a la figura central, "como una unidad diferenciada en pluralidad determinada" [6], figura central que al principio se nos presentaba como una forma vacía regulativa y luego se perdía en sus manifestaciones.

2.º Pero el concepto de autoría es también dialéctico en el sentido de que se despliega mediante antítesis. Esto se advierte con claridad en el curso de nuestro estudio. El dominio de la acción no es lo mismo que el dominio de la voluntad, sino que se contrapone a él. Mientras que en el primer caso se presupone la realización autónoma de la acción típica, el segundo se basa en la falta de este criterio. Sin embargo, ambas formas se oponen al dominio funcional del hecho. Por otra parte, el dominio del hecho, estructurado en sí de modo contrapuesto, se opone como un todo a su vez al criterio de la infracción del deber especial y a ambos se les añade el elemento de la comisión de propia mano como una contraposición más.

Esta estructura dialéctica se advierte hasta en las ramificaciones del concepto de autoría. Así, el dominio de la voluntad, que a su vez sólo aparece como elemento parcial de un elemento parcial (a saber, del dominio del hecho como manifestación de la figura central), se despliega en tres formas de configuración contrapuestas entre sí: en el dominio por coacción el instrumento obra coaccionado, pero de modo vidente; en el dominio por error, a la inversa, el ejecutor es libre, pero está engañado, y en el dominio de la organización, por último, la persona interpuesta, en contraposición a las otras dos formas, ejecuta el hecho libre y videntemente, representando la antítesis el elemento de la fungibilidad. Por su parte, en el dominio por error los distintos grados se contraponen en tanto que el superior siempre presupone el conocimiento de lo que se desconoce en el grado inmediato inferior.

De este modo, la doctrina de la autoría se va elevando, mediante nuevas dicotomías, a síntesis cada vez superiores. El dominio por error, el dominio por coacción y el dominio de la organización se reúnen en el concepto del dominio de la voluntad, que asume a los tres junto con sus contraposiciones. En el siguiente escalón se encuentran a su vez dominio de la voluntad, dominio de la acción y dominio funcional del hecho, en su contraposición dialéctica, en el concepto común de dominio del hecho. Y también este concepto, junto con los criterios opuestos de la infracción del deber y de

[5] HEGEL, *Phänomanologie des Geistes,* Prefacio, p. 21 (Philosophische Bibliothek, 6.ª ed., 1952).
[6] BLOCH, *Subjekt-Objekt, Erläuterung zu Hegel,* edición ampliada 1962, p. 127.

la comisión de propia mano, está abarcado por el elemento de la figura central. En esta articulación, mediante síntesis cada vez más amplias, los distintos elementos de la autoría son "alzados" *(aufgehoben)* en el sentido clásico del término, esto es, en las acepciones de elevar, negar y mantener (*N. de los T.*: en efecto, se trata de las tres acepciones más comunes del verbo *aufheben*): la síntesis los eleva a un grado superior (1), los niega en su carácter absoluto (2) y los mantiene como parte del todo (3).

Así, la figura central se presenta como quintaesencia de todos los elementos de la autoría, como una síntesis en la que «nada se aniquila, sino que todo se "articula" añadiéndose y contraponiéndose, de manera que se sostiene conjuntamente. De todos modos asume lo contradictorio, A y no-A coexisten en ella» [7]. «El todo no es suma, ni generalidad abstracta, sino una multiplicidad articulada al máximo, y todo detalle es esencial en él» [8]. Esta vinculación de unidad y diversidad posibilita a la doctrina de la autoría proporcionar igualmente armonía de conjunto y plétora de contenido, sustrayéndose tanto a la yerma abstracción como a la atomización en individualidades dispares.

3.º Un concepto de autor de esta índole cabe denominarlo "concreto", permaneciendo en el marco de la terminología hegeliana, entendiendo lo "concreto" al pie de la letra, en el sentido del término latino *concrescere* * y, en contraposición a la generalidad abstracta de los conceptos genéricos comunes, como algo que se va aglutinando, a partir de distintas determinaciones, hasta ser totalidad [9].

La trascendencia práctica de conceptos tales reside principalmente en que sólo con su ayuda es posible comprender en su globalidad y relaciones recíprocas la multiplicidad de teorías y puntos de vista aparentemente incompatibles, multiplicidad que surge en la historia dogmática casi inevitablemente y en la doctrina de la autoría de manera particularmente enmarañada, esclarecer su unilateralidad y darse cuenta de la compleja envergadura del concepto. El criterio de la figura central no sólo reúne en una unidad los aspectos parciales de la autoría de manera en cierto modo "horizontal", sino que, como ya vimos antes circunscribiéndonos al elemento del "dominio del hecho" [10], ofrece al mismo tiempo una síntesis "vertical" de todas las teorías de la participacion aparecidas en la historia doctrinal, que en su conjunto contienen algo acertado y sólo devienen incorrectas al absolutizar sus ideas

[7] N. HARTMANN, *op. cit.*, p. 398.
[8] N. HARTMANN, *op. cit.*, p. 403.
* Y del alemán *zusammenwachsen,* esto es, crecer conjuntamente y, por extensión, adherirse, aglutinarse, cuajar *(N. de los T.)*.
[9] Compárense aquí las consideraciones de LARENZ en la conclusión de su *Juristische Methodenlehre* (pp. 353 ss.) acerca del «despliegue de sentido por medio del concepto concreto-general en la Filosofía del Derecho». Aquí se encuentran varias líneas de pensamiento comparables. Naturalmente, LARENZ entiende que se trata de tareas más de Filosofía jurídica que dogmáticas.
[10] Cfr. *supra,* pp. 352-356.

limitadas. Además, de este modo, también en el aspecto metodológico, es posible superar las contradicciones, irremediables para la concepción abstracta, entre planteamientos "ontológicos" y "teleológicos", entre formación de conceptos descriptiva y normativa y dualismos análogos, sin allanar por ello las diferencias verdaderamente existentes.

En este sentido le conviene también a la doctrina de la autoría lo que dice Nicolai HARTMANN en general sobre la dialéctica de los conceptos concretos: que «no mira puntualmente al contenido específico artificialmente delimitado, sino a amplios contextos de contenido. Mira "conspectivamente"... Por eso tiene que apuntar a los contextos, aprender a ver lo mismo desde muchos lados como algo distinto y en sí contradictorio, no sólo teniendo en cuenta tal multiplicidad, sino también intentando superarla» [11]. Que al hacerlo la autoría cambia en función de la materia jurídica y que «cada paso requiere modificar y recrear el concepto» [12] se ha puesto de relieve suficientemente en el curso de nuestro estudio.

III. CONSECUENCIAS DOGMÁTICAS

Pues bien, ¿ha ganado algo la dogmática con esta terminología de dialéctica, negación, concreción y síntesis? En el curso de nuestras disquisiciones desde luego no la hemos necesitado. Los resultados a los que hemos llegado se sustentan, pues, por sí solos, con independencia de ésta. Naturalmente, así simplemente se pone de manifiesto que, al avanzar en las relaciones de la materia de regulación, el método va surgiendo por sí solo, esto es, que no es algo añadido desde fuera, sino que reside en las estructuras de la realidad. Pero al tomar conciencia de ello se acentúan algunos de los aspectos esenciales para la dogmática y la sistemática de la teoría de la participación, y por eso merece la pena examinar un poco más de cerca estas cuestiones con tal enfoque:

1.º Los dos defectos capitales de la dogmática de la participación

Aceptada la tesis de que sólo un concepto "concreto" en el sentido expuesto puede dar cabal cuenta de la multiplicidad de los fenómenos y de sus relaciones, se advierte con toda claridad por qué son insuficientes los dos modos de proceder seguidos con más frecuencia, consistentes en emplear conceptos abstractos o fijados.

El concepto abstracto, como el que subyace a un criterio determinado del dominio del hecho, al recurso a una "consideración global" indiferenciada

[11] *Op. cit.*, p. 384.
[12] *Op. cit.*, p. 386.

y a la remisión (recurrente en la jurisprudencia) a la valoración del caso concreto, es lo suficientemente comprensivo como para acoger la plétora de contenido de los fenómenos, pero se queda en mayor o menor medida por desarrollar en la vaga generalidad inicial y se recata de descender a las configuraciones concretas de la autoría. Lo cual obedece en parte a la idea acertada de no poder abarcar lo poliédrico de la materia mediante determinaciones sustanciales de esta o aquella índole. Pero en la resignación prematura que se manifiesta en obstinarse en la generalidad vacía también reside, desde el punto de vista científico, un fenómeno de cansancio, de eludir el "trabajo del concepto", que presupone recorrer pormenorizadamente los múltiples estratos de la materia.

Ahí estriba también, en el fondo, el defecto principal de la teoría subjetiva, entendida tal como se la aplica en la praxis. El elemento de la "voluntad de autor", que en la jurisprudencia se entiende cada vez menos como realidad psíquica y cada vez más como vacua cláusula general para innumerables indicios de la autoría objetivos y subjetivos, designa un concepto sin estructura fija, no desplegado, "embrionario", por así decirlo. No se sabe cuántos "indicios" hay aún y qué rango tienen. A ello se debe también que los resultados muestren cierta arbitrariedad en la jurisprudencia y que la teoría de la participación vaya yendo cada vez más a parar al ámbito, exento de regulación, de la "valoración" judicial individual.

El defecto contrario se manifiesta en las teorías objetivo-formales y objetivo-materiales, que delimitan de modo definitorio exacto la autoría. Aquí se encuentra la idea de que es necesario internarse hasta prescripciones concretas, pero esta idea lleva aparejada cierta ceguera para con la riqueza de contenido del concepto. Se concibe acertadamente un aspecto y se le toma por el todo. Se tiene el valor de dar el salto desde las alturas de la generalidad abstracta al contenido concreto, pero tras los primeros pasos llega la detención, creyéndose erróneamente que se ha cruzado el país y que se ha acabado el camino. Así pues, desde el detalle limitado se pierde el panorama, manifestándose el mismo fenómeno de cansancio que en los partidarios del proceder abstracto, que desde la amplitud del panorama de su elevado punto de vista ni siquiera son capaces de comenzar, porque desde un principio desesperan de alcanzar alguna vez el objetivo.

Al concepto abstracto y al concepto fijado, pues (por seguir con el símil), "les falta el aliento"; ahí ha patinado siempre nuestra doctrina de la participación. La propia teoría del dominio del hecho, la que más lejos ha llegado en su penetración del complejo global, se limita a su círculo y o bien tiene que amoldar los delitos de infracción de deber y de propia mano, así como todo el ámbito de los hechos omisivos e imprudentes, al lecho de Procusto de sus categorías que no se les ajustan, o bien tiene que dejarlos como *terra incognita* fuera de sus fronteras.

2.º La "resistencia del objeto" como criterio de acierto en cuanto al contenido

La problemática de la formación jurídica de conceptos en la teoría de la participación quizá quepa seguir dilucidándola mediante otro punto de vista. En un estudio reciente [13] BOLLNOW ha intentado exponer que en el ámbito de las ciencias del espíritu cabe emplear la "resistencia del objeto" en cierto modo como piedra de toque de lo acertado de una idea. Donde todo se amolda "sin fricciones" a una «teoría suave, ininterrumpida, donde el principio encontrado a partir de un ejemplo [se deja] trasladar fácilmente a otro», hay que ser precavidos. En cambio, donde la resistencia del objeto obliga a redoblar los esfuerzos ahí está uno seguro de no haber perdido el contacto con la realidad [14].

Creo que estas palabras son válidas también para la dogmática penal y en particular para la doctrina de la participación. La ventaja de un concepto de autor "concreto", comprensivo de las determinaciones más dispares, estriba precisamente en que de continuo tiene que dedicarse al trabajo de detalle siempre nuevo, no pudiendo alejarse de él sin resistencia. Del curso de nuestro estudio se deduce lo que ello significa: así, lo que se elabora para la autoría mediata en el caso el § 52 StGB (estado de necesidad debido a violencia irresistible o intimidación) no nos permite eludir el esfuerzo de indagar en concreto las relaciones de participación en el § 54 StGB (estado de necesidad por peligro para la vida o integridad), o en el estado de necesidad disculpante supralegal, etc. Lo que rige para el dominio por error en los delitos no por ello tiene que valer igualmente para los autodaños. Los delitos omisivos ofrecen dificultades distintas que los comisivos, la situación problemática en un tipo es distinta de la de otro. El "contacto *(Fühlunghabe)* con el objeto" [15] permite al juzgador reflexivo verificar con exactitud las soluciones y argumentos particulares, refutar errores y continuar trabajando fructíferamente en los detalles.

Sin embargo, justo lo contrario se hace cuando, como es habitual, se "fija" o se "abstrae" el concepto de autor. Se toma, como por ejemplo ocurre en las teorías objetivo-materiales fijadas a manera de fórmulas, cualquier género especial de causación y se aplica sin más el esquema de las relaciones de participación que de ahí surge, en general, al igual que el pintor va haciendo rodar por la pared la muestra del papel pintado. Obviamente aquí

[13] Sobre «Die Objektivität der Geisteswissenschaften und die Frage nach dem Wesen der Wahrheit» («La objetividad de las ciencias del espíritu y la cuestión de la esencia de la verdad»), en *Zeitschr. f. philosophische Forschung,* núm. 1, 1962; reimpreso en la colección de ensayos *Maß und Vermessenheit des Menschen,* 1962, pp. 131-159.

[14] *Op. cit.,* pp. 146 y 147.

[15] Nikolai HARTMANN, *op. cit.,* p. 385.

ya no cabe hablar de "resistencia del objeto". Que, por ende, también devienen incorrectos los resultados lo ha puesto suficientemente de manifiesto la panorámica del principio de nuestro estudio.

No ocurre de modo distinto en la abstracción. Forma parte de su esencia excluir las respectivas peculiaridades del objeto y atenerse a lo común a todos. Así se supera la "resistencia del objeto", pero no teniéndola en cuenta, lo que constituye un modo incorrecto. El mejor ejemplo lo representa el concepto extensivo de autor, en el que de la riqueza de contenido de la materia de regulación sólo queda la mera causación. Resulta fácil darse cuenta de cuánto se aparta este proceder del modo de las síntesis desarrolladas *supra*. Mientras que allí los elementos de la autoría de diversa estructura se mantienen en el todo, aquí desaparecen en la uniformidad de la relación causal siempre igual. Y eso no es superar las contradicciones, sino sólo no hacer caso de ellas, cómodamente.

Análogamente ocurre con el empleo de la vacua fórmula del *animus*, de la "consideración global intuitiva" y otros métodos tan del gusto de la praxis. La "voluntad de autor" inespecífica y el tener algún tipo de "interés" en el resultado cabe estimarlos y rechazarlos en toda clase de delito y en toda forma de conducta sin tener que abordar la estructura del supuesto de hecho a evaluar. Así pues, también falta la "resistencia del objeto" y justamente por eso tenía que ocurrir que el *animus auctoris* acabara siendo una mera etiqueta ya no ajustada a la realidad. Como consecuencia de tal punto de partida, la solución del caso concreto ya no es controlable en la práctica, la "valoración judicial del caso concreto" se antepone a los baremos objetivos (como repetidamente ha subrayado un conocido autor), las decisiones irracionales guiadas por sentimientos se envuelven con justificaciones aparentemente teóricas [16] y la doctrina de la participación sigue siendo hasta la fecha "el capítulo más oscuro y enmarañado de la ciencia penal alemana" [17]. Incluso en la jurisprudencia reciente siguen surtiendo efecto estas tendencias. Y las dificultades no residen en el objeto, sino sólo en que se imagina que cabe prescindir de éste y de su resistencia.

3.º Realzar las antítesis en lugar de allanarlas

La "unidad de las determinaciones en su antítesis" [18], propia del concepto de autor "concreto" aquí preconizado, se caracteriza por acentuar especialmente otro punto de vista más, en el que la dogmática de la participación no ha solido reparar: a saber, por realzar con exactitud las diferencias estructuales que existen en las concretas formas de autoría. La tendencia tan difun-

[16] Cfr. al respecto, con bibliografía, *supra,* pp. 130-131 y 138 ss.

[17] Cfr. al respecto *supra,* p. 1.

[18] HEGEL, *Enzyklopädie,* § 82.

dida a la abstracción unificadora o a la aplicación por igual de un criterio concreto limitado se opone diametralmente a esto, revelándose como fuente de innumerables errores y ambigüedades.

Ello cabe ponerlo de relieve fácilmente mediante ejemplos tomados al azar: una y otra vez se ha intentado demostrar que la autoría mediata es exactamente lo mismo que la ejecución directa del hecho, o bien se ha negado con carácter absoluto la existencia de tal forma de autoría. Y la identificación es tan funesta como la negación, pues la equiparación sólo puede fundamentarse en la causalidad y tiene que conducir a un concepto extensivo de autor que incorpora a la inducción y a la complicidad y que ya no permite distinguir las distintas formas del dominio de la voluntad.

Análogamente, hasta hoy se ha esforzado la doctrina por presentar la coautoría como un supuesto de autoría mediata. En el curso de nuestra exposición se ha evidenciado que mediante ese allanamiento de las diferencias no se da cumplida cuenta de ninguna de las dos formas de intervención, cerrándose uno mismo el paso para entender la estructura del dominio funcional del hecho y del dominio de la voluntad. Mediante este tratamiento paritario de lo distinto, al determinar se acaba incurriendo en una generalidad imprecisa, que diluye toda posible solución exacta. Otro tanto ocurre con la falta de precisión de las estructuras divergentes del dominio por coacción y dominio por error. Ya hemos visto cómo la incorrecta negación del dominio de la voluntad en virtud de error en los supuestos del cuarto grado de dominio del hecho, en el empleo de menores, enfermos mentales y supuestos similares, una y otra vez se debía al argumento, prestado del dominio por coacción, de que el sujeto agente es "libre" y puede desplegar una voluntad autónoma (lo que resulta absolutamente irrelevante para la estructura del dominio por error).

Con más nitidez se revela esto en los delitos de infracción de deber. Las diferencias con respecto a los delitos de dominio se evidencian en las dificultades que generan a la teoría de la participación. No obstante, se intenta (aun cuando nunca se consigue) fundamentar la identidad de dominio y deber, con la consecuencia de que se desconocen los problemas del instrumento doloso sin cualificar y de que no cabe vislumbrar las relaciones de accesoriedad. Lo mismo rige cuando se pasan por alto las divergencias entre las estructuras de comisión y de omisión y se pretende someter ambas formas de delito al criterio del dominio del hecho. O en los delitos imprudentes; y no de otro modo ha de enjuiciarse el intento de negar de plano la existencia de los delitos de propia mano cuando no se es capaz de explicar sus peculiaridades.

No hace falta seguir acumulando ejemplos para darse cuenta de que la frecuencia poco común con la que aparece el mismo fallo en los autores y los objetos más dispares sólo puede basarse en que aún falta la consciencia

del problema en este punto. Al proceder tradicional de la formación jurídica de conceptos, la de la abstracción y la fijación, le repugna tomar consciencia de las distinciones obstativas. Hace falta el proceder dialéctico para advertir el sentido al "agudizar todo lo antagónico" y plantearse la exigencia de "captar como uno lo antitético" [19].

Sin embargo, que en la teoría de la participación sólo cabe avanzar de este modo y que merece la pena dedicar más atención a esta cuestión incluso en el aspecto metodológico debe evidenciarlo la presente obra. Se pone aquí de manifiesto que el viejo adagio *bene iudicat, qui bene distinguit* encierra más sabiduría de la que muchas veces se cree.

IV. PROBLEMA Y SISTEMA EN LA DOCTRINA DE LA AUTORÍA

Si, para concluir, intentamos elevar nuestras consideraciones generales a un nivel algo superior, es posible lanzar la pregunta de si de ellas cabe aprovechar algo para resolver el conflicto que nuevamente ha devenido actual sobre la prevalencia del pensamiento problemático o del pensamiento sistemático. La controversia a que así se alude es demasiado poliédrica como para despacharla al paso. Por eso, en el marco de esta obra, tenemos que limitarnos a algunas indicaciones para la doctrina de la autoría, sin polemizar con la bibliografía y los demás aspectos del tema.

Puede decirse que el desarrollo dialéctico de un concepto concreto, que caracteriza a nuestro proceder descriptivo, se presenta a este respecto como síntesis superadora del dualismo de ambos métodos.

1.º Del pensamiento problemático se da cabal cuenta en tanto que ha de elaborarse nueva y autónomamente todo fenómeno de la realidad, sin ideas dogmáticas preconcebidas, y ha de tratársele con arreglo a sus estructuras inherentes. Esto se ha mostrado con tanta frecuencia a lo largo de nuestra exposición e incluso descrito teóricamente subrayando la "resistencia del objeto" que no hacen falta más indicaciones. Al atender a los problemas materiales respectivos se evitan todos los inconvenientes que cabe reprochar con razón al pensamiento sistemático: decaen todas las deducciones que descartan una u otra solución que materialmente valdría la pena considerar, debido a su supuesta "imposibilidad conceptual". Tampoco las consecuencias sistemáticas pueden acuñarse por vía puramente constructiva como resultados prácticos: la "esencia" de la acción, la delimitación entre dolo e imprudencia consciente, la teoría del error, la incardinación sistemática de este o aquel elemento del delito plantean sus problemas respectivos, de los que, sin embargo, nada cabe extraer directamente para la delimitación entre autoría y participación. Así se exonera a la teoría de la participación de muchas cuestiones

[19] N. HARTMANN, *op. cit.*, pp. 36 y 395.

teóricas que desvían la mirada del supuesto de hecho concreto, no aportando nada para clarificar las respectivas relaciones de participación.

2.º Por otra parte, en una doctrina de la autoría así se tiene en cuenta sin limitaciones la relativa razón del pensamiento sistemático, pues en el método que seguimos no ocurre que la doctrina de autoría se deshaga en una pluralidad de resultados concretos inconexos. Al peligro de que la delimitación entre autoría y participación se desligue de baremos objetivos y quede a merced de un casuismo ecléctico, como ya se ha expuesto en repetidas ocasiones, está mucho más expuesto el pensamiento abstractivo, porque no tiene contacto con el objeto y, por tanto, ha de dejar todo a la "valoración judicial del caso concreto". Por el contrario, si se tratan de aclarar descriptivamente los fenómenos, resulta evidente por sí solo que las relaciones existentes en ellos se van desvelando paulatinamente, dejando apreciarse al final un sistema obtenido a partir del objeto, que abarca la materia jurídica como una unidad articulada racionalmente. La posibilidad de sintetizar los resultados de nuestro trabajo en principios expresivos de tesis y en panorámicas esquemáticas, muestra que un sistema así compuesto resulta claro, comprensible y aplicable en la práctica.

Naturalmente, no merece la pena reflexionar sobre por qué esto es así. Si uno está familiarizado con establecer sistemáticas mediante conexiones deductivas de conceptos, no se comprende al mismo tiempo cómo es que también los contenidos materiales no circunscritos constructivamente así pueden reunirse en síntesis, sin resistirse a la unidad. Cabría preguntar: ¿no se daría lugar a un caos que rehuyera todo orden, que condujera todo el método *ad absurdum*? Sin embargo, no hace falta recurrir a tesis metafísicas sobre la racionalidad de todo lo real para entender por qué también en un proceder inductivo, que se inicie sin sistema preconcebido y que vaya recorriendo los fenómenos concretos, al final surja un todo racionalmente articulado.

En efecto, el "objeto" al que hemos de orientarnos no es desde luego la facticidad desnuda, sino un material ya con impronta jurídica. Los delitos de infracción de deber, los supuestos de coacción, los delitos de propia mano, etc., portan estructuras surgidas de la interacción de contenidos de sentido sociales y señalamiento de objetivos legislativos. A lo cual se añaden líneas supremas de la propia doctrina de la autoría, tal como las hemos elaborado al principio, como síntesis, de varios grados, de captación de sentido y formación teleológica de conceptos. Considerando lo cual se entiende que los puntos de vista desde los que cabe contemplar racionalmente, en el ámbito de la autoría, los fenómenos de la realidad, sean tan limitados como las distinciones que la materia jurídica admite sin desgarrarse. Ocurre aquí lo mismo que en todas las materias jurídicas en que el norte amenaza con perderse en la pluralidad de opiniones contradictorias: en realidad, los problemas materiales y los "topoi" a los que cabe recurrir para resolverlos son totalmente limitados. Precisamente por eso es posible llegar a resultados que pueden surgir con la pretensión de ser "correctos" y a los que les es inherente cierta suprapositividad, ya explicada antes [20]. De lo contrario, también la labor dogmática sería mero juego conceptual y cualquiera de las teorías, todo lo numerosas que se quiera, podría ser igualmente correcta o incorrecta.

3.º Por consiguiente, nos encontramos ante un método que conserva los logros tanto del pensamiento problemático como del sistemático. En él, el sistema de la doctrina de la autoría es "abierto" en la medida en que ni relaciones deductivas cerradas ni *numerus clausus* lógico-conceptuales impiden procesar nuevos fenómenos. Se trata simplemente de una fenomenología de las formas de autoría que trata de esclarecer las estructuras de la materia, y es propio de la naturaleza de tales empresas que, se emplee el esfuerzo que se emplee por iluminar completamente la materia jurídica, se sustraigan a la mirada este fenómeno o el de más allá. Así como, por ejemplo, nosotros, con los delitos de infracción de deber, los distintos grados del dominio por error y del dominio de la organización, hemos incluido criterios de la autoría en los que hasta ahora no se había reparado y hemos precisado otros, también tiene que ser así con datos que se hayan pasado por alto y que eventualmente se descubran, por no hablar de la elaboración pormenorizada y de las inevitables correcciones en cuestiones de detalle. Sólo manteniéndose abierta a tales posibilidades puede conservar la doctrina de la autoría la elasticidad que le permita no perder el paso del desarrollo en continua progresión, impidiendo la parálisis doctrinaria.

4.º No es posible seguir tratando aquí si (y hasta qué punto) cabe obtener provecho globalmente también para la sistemática de la teoría del delito a partir de estas ideas relativas al aspecto parcial aquí abordado. Con todo, digamos que los conceptos concretos del género descrito prometen resultados siempre que se trate de figuras jurídicas que puedan presentarse en toda la materia jurídica. Lo cual es válido no sólo para la autoría y la participación, sino también, por ejemplo, para el concepto de acción, que de esta manera podría liberarse de su existencia estéril como "espíritu exangüe". O por mencionar un ejemplo con mayor importancia práctica: mediante un proceder así se podría desarrollar con mucha más amplitud y coherencia, a partir de las estructuras de la materia de regulación que aquí se muestran, los delitos de omisión, cuyas manifestaciones en su forma actual se basan en contingencias históricas.

Conceptos fijados con precisión en el sentido de la técnica definitoria tradicional, en cambio, se encuentran siempre allí donde hay que describir segmentos de realidad con arreglo a las exigencias del principio del *nulla*

[20] Cfr. pp. 483 ss.

poena. Lo que es un "edificio", un "espacio cerrado", un "documento", etc., ha de caracterizarse, en vía de subsunción, mediante fórmulas descriptivas con aportaciones normativas que en todo caso den mayores facilidades. Pero también entraña una diferencia capital que se trate de determinar, por ejemplo, el concepto de "persona" en el sentido del § 212 StGB (homicidio) o el concepto de autor determinante para todos los tipos y formas de conducta. De imponerse esta idea, habría que abandonar ya por esta razón tanto la búsqueda de una fórmula fácil de autor como la opinión de que se haya encontrado una solución con un término como el de la "voluntad de autor".

§ 41. SOBRE LA CODIFICACIÓN DE LA DOCTRINA DE LA AUTORÍA

I. El Código penal alemán vigente dedica a la autoría un solo precepto, el § 47, que caracteriza a la coautoría señalando que "varios ejecutan conjuntamente una acción punible". Sobre la autoría única y la autoría mediata no se manifiesta la ley. El Proyecto de 1962, hasta la fecha el último resultado de los esfuerzos en pro de la reforma penal, vuelve a contener una sola norma relativa a la autoría, que reza así:

§ 29. Autoría

I. Se castiga como autor a quien comete el hecho personalmente o mediante otro.

II. Si varias personas cometen el hecho conjuntamente, cada uno de ellos es castigado como autor (coautor).

Así pues, el legislador se conforma con reconocer las figuras jurídicas de la autoría directa, de la autoría mediata y de la coautoría como manifestaciones distintas de la autoría y con caracterizarlas remitiéndose en forma alusiva a las peculiaridades de la comisión (personalmente, mediante otro, conjuntamente). En cambio, el Proyecto se abstiene de concretar más estos conceptos. En la Exposición de Motivos se dice expresamente que el § 29 renuncia a «determinar el concepto de autor de modo taxativo y exhaustivo. Sólo en unión con los respectivos tipos de la Parte Especial indica el precepto quién es y puede ser autor» [1]. No se dice por qué el legislador quiere proceder así. Sólo con respecto a la autoría mediata se señala que «ciertas cuestiones aún requieren clarificación por parte de la jurisprudencia, no debiéndose anticipar el desarrollo jurídico».

II. Esta reserva es plausible. Lo peligroso que es pretender asumir en la ley indicaciones detalladas sobre las distintas formas de autoría lo evi-

[1] Esta nota y las siguientes en la Exposición de Motivos, p. 149.

dencian varios de los intentos de los últimos años de recoger en un Código las ideas afianzadas.

1.º Así, por ejemplo, dice al § 28.2 del Proyecto de 1958, coincidente en lo esencial con las propuestas de GALLAS [2], acerca de la autoría mediata: «Como autor se castiga asimismo a quien ejecuta el hecho dolosamente por medio de otro que obra sin dolo, u obra a pesar de su dolo inculpablemente, o de aquel en el que no concurren las cualidades, relaciones o circunstancias personales especiales (especiales elementos personales) que fundamentan la punibilidad.»

Mediante esta redacción, lingüísticamente bastante circunstanciada, quedarían abarcadas las situaciones de error y de coacción, así como los supuestos de "instrumentos" sin cualificación o sin intención como únicas formas existentes de autoría mediata. Y sin embargo, hay múltiples objeciones que formular: se pasan por alto los supuestos en los que la persona interpuesta obra dolosa *y* culpablemente, esto es, los casos de los grados segundo, tercero y cuarto del dominio del hecho, con sus manifestaciones especiales (*error in persona*, error sobre el riesgo, error de prohibición culpable, etc.), así como el dominio sobre la organización. Las circunstancias especiales en el obrar imprudente consciente del ejecutor tampoco se tienen en cuenta. El criterio de la autoría de los delitos de infracción de deber queda caracterizado con suma imprecisión y más bien oscurecido por la alusión a las "cualidades, relaciones o circunstancias personales especiales". La mención de los delitos de intención, que no fundamentan forma alguna propia de autoría mediata, carece de justificación. Además, se vuelve así a hacer posible lo que precisamente se trataría de evitar: que se estime autoría mediata cuando meramente exista "voluntad de dominio del hecho" por parte del sujeto de detrás aun dándose la plena responsabilidad del ejecutor; puesto que con la jurisprudencia actual se eleva a criterio de la autoría la "voluntad de cometer el hecho como propio", el paso siguiente consiste en concebir su ausencia en el ejecutor directo como excluyente del tipo y su presencia en el no ejecutor como una "intención especial" que en tales casos fundamenta la punibilidad.

Véase cómo una formulación de la ley en tales términos no favorecería el desarrollo de la doctrina de la autoría: en tanto que es correcta, es opinión general que también valdría sin estar establecida; pero allí donde se interna en terreno controvertido, más bien impediría que se impusiera la concepción acertada.

2.º SAX, que igualmente critica con énfasis el Proyecto de 1958 [3], sitúa en lugar de la redacción de éste algunas propuestas del tenor siguiente [4]:

[2] Cfr. *Niederschriften (Actas)*, t. 2, apéndice núm. 14, rep. R 29.
[3] Cfr. *ZStW*, t. 69, 1957, pp. 430 ss.
[4] *Op. cit.*, pp. 435 y 436.

§ a) *Autoría*

«Como autor se castiga a quien ejecuta el delito.»

§ b) *Autoría mediata*

«Si alguien ejecuta el delito por medio de otro, cuyo actuar domina conscientemente, es autor mediato.»

§ c) *Coautoría*

«Si varios ejecutan su delito cooperando en forma de división del trabajo y cada uno de ellos co-domina conscientemente el actuar de los demás, son coautores.»

En esta redacción el § *a)* abarcaría, como "precepto comprensivo de partida", a todas las formas de autoría, mientras que los §§ *b)* y *c)* indicarían los criterios «que en el autor mediato y en el coautor permiten decir que también han cometido el delito» [5]. Brevemente cabe aducir lo siguiente:

Una formulación como la que se ha elegido en el § *a)* ciertamente no es objetable en cuanto a su contenido, pero por la sola razón de que no contiene una declaración sustancial, pues "ejecutar" no significa aquí "hacer personalmente", sino "ser autor". También en caso de "apoyo [simplemente] espiritual", que Sax propugna que baste para la coautoría [6], el sujeto de detrás que externamente permanece inactivo del todo es "ejecutor" en su terminología. Dudo mucho que se trate de una expresión afortunada si se repara en que tradicionalmente se distingue precisamente entre preparación y ejecución, de manera que puede comportar malentendidos llamar "ejecutor" al autor de actos preparatorios (lo que no debe reconocerse, según la opinión que aquí se mantiene).

Pero sea como fuere, el § *a)* apenas va más allá de la significación terminológica, dado que queda en el aire lo que ha de entenderse por "ejecutor". No se pierda de vista que este concepto, en el sentido de concepción de la autoría acertadamente restrictiva, caracterizaría al comportamiento típico específico como fundamentador de autoría. Sin embargo, tal idea es más propia de un Tratado, en tanto que sólo proporciona un método para averiguar la autoría y no resultados prácticos.

El § *b)*, que describe la autoría mediata, ciertamente evita los escollos de la enumeración exhaustivamente ejemplificadora; pero a cambio se queda

[5] *Op. cit.*, p. 435.
[6] *Op. cit.*, pp. 434 y 435.

en el concepto indeterminado del "dominar", el cual, a falta de indicaciones más precisas, puede dotarse de contenido prácticamente a voluntad. Como Sax considera posible en general el "dominio" también en la cooperación espiritual y preparatoria en el hecho de un ejecutor responsable, se pone de relieve que este concepto ha perdido ya su significado, no indicando nada más que, pongamos por caso, la "voluntad de autor". Asimismo, Sax considera los supuestos de "instrumento" no cualificado y doloso no intencional como situaciones de estar sujeto a dominio, incurriendo así en los mismos errores ínsitos en el Proyecto de 1958. La formulación del Proyecto de 1962, que sólo habla de cometer el hecho "por medio de otro", es materialmente más correcta.

Por último, el § *c)* interpreta la coautoría en el sentido de una de las concepciones que se rechazaron *supra* como "autoría mediata recíproca" [7]. Aun no sumándose a ese rechazo y considerando acertada la equiparación general de ambas formas de autoría, sin embargo hay que preguntarse si es cometido del legislador codificar una opinión así, de ningún modo dominante; sobre todo porque también este problema es de naturaleza predominantemente teórica y, dada la indeterminación del concepto de dominio que se emplea en la práctica, son posibles todos los resultados. La alusión a la "cooperación en división del trabajo" apunta a algo correcto, pero en el marco del § *c)* comporta confusión, pues cuando Sax pretende estimar división del trabajo también en el supuesto en que «un sujeto ejecuta él solo la acción exterior del hecho y su compañero le apoya sólo espiritualmente», se volatiliza hasta tal punto este concepto (que ha de referirse al curso de la acción) que no se aprecia entonces qué cooperación ya *no* constituye división del trabajo. Además, tampoco se entiende por qué hay que atender a esta "división del trabajo" si uno domina al otro al modo de la autoría mediata, lo que, conforme al § *b)*, ya tendría que bastar para fundamentar la autoría.

Por todas estas razones no creo que fuera recomendable tomar la propuesta de Sax como base para una eventual codificación.

III. Se prescinde de indicar más ejemplos, así como de debatir los numerosos Proyectos más antiguos, porque la toma de postura con respecto a ellos se deduce fácilmente de los resultados de este estudio. Al mismo tiempo, la concepción de la doctrina de la autoría que hemos desarrollado deja traslucir por qué es tan difícil encontrar una redacción de la ley que satisfaga los datos de la materia y pueda ayudar al juez a resolver los casos. Schwalm tiene dicho [8] en las sesiones de la Comisión de Derecho penal, con buen criterio, que «los límites del anclaje del legislador residen en la esencia de la propia realidad». En efecto, un concepto concreto, el único adecuado

[7] *Op. cit.*, p. 434.
[8] *Niederschriften*, t. 2, p. 92.

para la materia jurídica, difícilmente puede encontrar acogida, sin reducción de su contenido material, en los parágrafos de la ley. Una "determinación conceptual cerrada y exhaustiva", de la que también habla la Exposición de Motivos del Proyecto, no es aquí posible en ningún caso. Definiciones fáciles de manejar, como las propias de un concepto fijado de autoría, o una cláusula general, en la que estuviera recogido un concepto de autoría indeterminado, se oponen mucho más a los métodos comunes de la técnica legislativa. Por el contrario, un concepto que contenga todo un sistema de la doctrina de la autoría múltiplemente articulado necesita, si pretende responder a cuestiones de detalle, de despliegue descriptivo, lo que corresponde más bien a un Tratado que a la ley.

A la vista de esta problemática es conveniente caracterizar, sugiriéndolas, las manifestaciones de la autoría, renunciando por lo demás a "fijar" el concepto de autor, lo que simplemente sería una rémora para el desarrollo, orientado a los objetos de regulación, de doctrina y jurisprudencia. El Proyecto de 1962, al proceder así, da pruebas de una notable perspicacia. La objeción obvia de que tal proceder no se ajusta a la exigencia de taxatividad de la ley no es pertinente en este caso, pues a diferencia de en una cláusula general, que deja al juez todo lo demás, el Proyecto se remite, correctamente interpretado, a las formas concretas de la autoría mediata, de la coautoría, etc., sin querer decir que no sean susceptibles de precisión y que el dotarlas de contenido deba dejarse a criterio de la valoración individual.

Naturalmente, de poco serviría esto en tanto que la ley se conformara con tales indicaciones. Pero en realidad no ocurre así, de aceptarse los principios metodológicos que aquí se expusieron. En efecto, los elementos de la autoría no se deducen entonces únicamente del § 28, previsto para ella, sino que sólo a partir de la interacción de esta norma con las estructuras inherentes a los tipos de la Parte Especial, los delitos de infracción de deber, los de dominio, los de propia mano, etc., resaltan con claridad, proporcionando resultados absolutamente precisos a la contemplación penetrante. Así pues, el concepto de autor así entendido sigue sin estar auténticamente codificado en cuanto a sus detalles. Simplemente, se resiste tanto a la abstracción como a la fijación unilateral, y esto no es un defecto, sino una ventaja, fundada en la naturaleza de la materia.

IV. De cuanto antecede, sin embargo, no cabe deducir que esté descartado describir las manifestaciones de la autoría también en la Parte General mediante indicaciones más precisas. La vía adecuada para ello reside en formular, del modo más conciso posible en sus resultados más importantes para la aplicación del Derecho, las síntesis en las que se funden las ramificaciones de la figura central. Obviamente, si se quiere ir más allá de generalidades indeterminadas, no se debe temer cierta amplitud codificatoria. Cabría entonces decir, por ejemplo, sobre la base de las soluciones que aquí se han desarrollado:

§ a) *Autoría directa*

Autor directo es aquel que realiza la acción típica personalmente.

§ b) *Autoría mediata*

I. Autor mediato es aquel que domina la realización del tipo, al

1. coaccionar de manera exculpante al sujeto que actúa directamente o aprovechar su falta de libertad volitiva basada en otras razones;
2. dirigir de manera configuradora de sentido la acción típica, sustrayéndose a la voluntad del ejecutor directo mediante la provocación o aprovechamiento de un error;
3. servirse para realizar el delito de un órgano a él sometido en el marco de maquinarias de poder oganizadas.

II. En las infracciones penales en que la autoría se fundamenta en el quebrantamiento de un deber especial (delitos de infracción de deber) es autor mediato aquel que produce el resultado típico por medio de una persona no obligada.

§ c) *Coautoría*

I. Coautor es aquel que, sobre la base de la cooperación en división del trabajo en la fase ejecutiva, presta una aportación no inesencial al hecho.

II. En los delitos de infracción de deber es coautor aquel que, mediante la infracción en común de un deber conjunto, contribuye a la realización del tipo.

Hay que admitir que una regulación legal en estos términos (desde luego, aún mejorable en cuanto a su formulación) pondría en manos del juez principios bastante precisos para determinar la autoría. Ciertamente los conceptos que aquí se emplean aún requerirían desarrollarse más, pero esta necesidad no cabe eludirla de ningún modo. Sería también perfectamente posible (en función de los planes del legislador) ampliar más tal descripción de las formas de autoría, por ejemplo, caracterizando en la Parte General la naturaleza de los delitos de propia mano, o desarrollando pormenorizadamente los distintos grados del dominio en virtud de error. Por otra parte, asimismo se podría limitar el alcance de la fórmula de codificación propuesta, por ejemplo, prescindiendo de desglosar las distintas formas del dominio de la voluntad.

Forma parte de la discrecionalidad del legislador elegir alguna de las formas de proceder concebibles. Como los resultados de nuestro estudio no cuentan con el reconocimiento general, difícilmente cabe plantearse de momento su asunción expresa en la ley, de manera que la regulación del Proyecto de 1962, que deja margen para el ulterior desarrollo científico de la materia, merece preferirse en todo caso actualmente. Pero aun cuando fuera de otra forma, podría dudarse sobre si son convenientes en este ámbito codificaciones detalladas. Bien es verdad que facilitan al juez el manejo de la ley, pero dificultan la superación de errores y el tener en cuenta ideas nuevas. Es mucho lo que habla en favor de que el legislador tenga esto presente, pues mientras que una buena ley perdura, sin embargo la ciencia progresa y nunca va a poner fin a su labor.

CAPÍTULO DUODÉCIMO

PARTE FINAL DE 1999. SOBRE EL RECIENTE ESTADO DE LA DOCTRINA DE LA AUTORÍA Y LA PARTICIPACIÓN

§ 42. DESARROLLO DE LA AUTORÍA Y DE LA PARTICIPACIÓN EN LA LEY

La nueva Parte General del Código penal alemán (StGB) que entró en vigor el 1 de enero de 1975 ha dado también a la doctrina de la autoría y la participación un nuevo fundamento legal en los §§ 25 a 31. En cuanto al contenido, en el ámbito de la delimitación entre autoría y participación han de reseñarse sólo dos notables (en su alcance, con todo, aún hoy muy controvertidas) modificaciones (o, por ser más exactos, concreciones). La primera apoya la teoría el dominio del hecho sustentada en esta obra, al privar de base a la teoría subjetiva de la participación en un punto decisivo; la segunda contradice la tesis aquí preconizada de que también sea posible la participación en el hecho no doloso. De ahí se deduce en concreto lo siguiente:

I. LA REALIZACIÓN DEL TIPO DE PROPIA MANO

El nuevo § 25 StGB es del tenor siguiente:

1) Será castigado como autor el que cometa el hecho personalmente o por medio de otro.

2) Si varios cometen el hecho en común, se castigará a cada uno como autor (coautor).

De este modo se fijan legalmente las tres formas de autoría: autoría única, autoría mediata y coautoría, del modo en que subyacen a la presente obra; hasta ahora sólo se hacía así para la coautoría (§ 47, redaccion antigua). La redacción se corresponde literalmente con el proyecto de ley, contenido

ya en el Proyecto de 1962 (§ 29) y en el Proyecto Alternativo (§ 27), y ya propugnada en las dos primeras ediciones de esta monografía (cfr. ahí pp. 590 ss.).

Este texto legal, por cuanto se refiere a la autoría mediata y a la coautoría, cabe compatibilizarla con todas las teorías que reconocen estas dos formas de autoría [1]. Por el contrario, bajo la nueva ley habrá que castigar siempre como autor directo a aquel que ejecuta el hecho de propia mano y culpablemente, esto es, cuando lo "comete personalmente" en el sentido del tenor literal del precepto. Así, el legislador ha pronunciado un "no" definitivo a una de las consecuencias más trascendentales de la teoría subjetiva de la participación, que precisamente en los años previos a 1975 había vuelto a imperar especialmente en la jurisprudencia, esto es, la de que el que ejecuta el hecho personalmente sin embargo únicamente es cómplice si le falta la "voluntad de autor".

También la doctrina dominante parte hoy de que aquel que realiza el tipo de propia mano siempre es autor [2]. Esta opinión ha llegado a imponerse asimismo en la jurisprudencia. El OLG de Stuttgart [3] establecía ya en 1978: «El que realiza personalmente todos los elementos objetivos y subjetivos del tipo no es cómplice, sino autor.» Tres sentencias de la Sala III de lo Penal, de las que dos proceden de fechas recientes, también han hecho valer esta concepción en la jurisprudencia del BGH [4]. Las sentencias no se pronuncian sobre si sería de aplicación algo distinto para "casos excepcionales extremos". Como tales supuestos no se han producido hasta ahora y ni siquiera son concebibles, esta semirreserva no modifica nada en cuanto al resultado práctico.

[1] Así pues, no cabe ya mantener una postura como la que últimamente aún defendía LANGE [*ZStW*, 77 (1965), pp. 262 ss.], a tenor de la cual la autoría mediata se desharía en la inducción.

[2] BLEI, *AT*[18], 1983, p. 251; BLOY, *Zurechnungstypus*, pp. 96 ss.; BOCKELMANN-VOLK, *AT*[4], p. 175; CRAMER, *Bockelmann-Festschrift*, 1979, p. 392; ESER, *Strafr.*, II[3], 1980, supuesto práctico 37, núm. marg. 13; GROPP, *AT*, 1998, § 10, núms. margs. 41 ss.; HERZBERG, *Täterschaft und Teilnahme*, 1977, pp. 5 ss.; el mismo, *ZStW*, 99 (1987), pp. 52 ss.; HÜNERFELD, *ZStW*, 99 (1987), p. 233; JAKOBS, *AT*[2], 1991, pp. 21-36; JESCHECK, *SchwStr*, 1975, p. 31; JESCHECK-WEIGEND, *AT*[5], 1996, p. 652; KÖHLER, *AT*, 1997, pp. 504 ss.; KÜHL, *AT*[2], 1997, § 20, núms. margs. 36 ss.; KÜPPER, *GA*, 1986, p. 444; MAIWALD, *ZStW*, 88 (1976), p. 729; ROXIN, *LK*[11], § 25, núm. marg. 33, pp. 47 ss.; SCHÖNKE-SCHRÖDER-CRAMER, *StGB*[25], 1997, núm. marg. 79, ante § 25; SAMSON, *SK*[5], 1993, § 25, núm. marg. 33; el mismo, *Strafr.*, I[7], 1988, supuesto práctico 39, p. 214; TRÖNDLE-FISCHER, *StGB*[49], 1999, § 25, núm. marg. 2; WESSELS-BEULKE, *AT*[28], 1998, núms. margs. 504 ss.

[3] *NJW*, 1978, 715.

[4] BGH, *NStZ*, 1987, pp. 224 ss.; *BGHSt*, 38, 315; BGH *NStZ*, 1993, p. 138. Con más detalle acerca de estas sentencias, *infra* núms. 27, 50 r y 50 t. Últimamente, BGHR, *StGB*, § 25, I, comisión, de propia mano, 3: «Pero quien, obrando dolosamente, realiza de propia mano todos los elementos de un delito, es autor... No puede invocar que le falta voluntad de autor o que sólo habría de auxiliar a otro... Puede quedar al margen aquí si en "supuestos estremos excepcionales" regiría algo distinto». Luego, BGHR, *BtMG*, § 29, I, núm. 1, importación, 34: «... En esencia es autor quien realiza el tipo de propia mano, aun cuando obre bajo la influencia y en presencia de otro, únicamente en interés de éste....»

Por el contrario, en la doctrina no deja por completo de ser controvertida la autoría del que realiza el tipo de propia mano. Así, BAUMANN-WEBER [5], como casi los últimos representantes (en la doctrina) de la teoría subjetiva [6], perseveran impasibles en que «no puede admitirse que se estime con carácter general autoría en caso de realización del tipo "enteramente de propia mano"». Y LACKNER [7] llega a intentar deducir, de los trabajos preparatorios de la ley, la concepción de que el problema sigue estando abierto [8]. Así «en el seno del Comité Especial se cuestionó la equiparación del concepto de comisión del hecho con el de ejecución del hecho, manteniéndose reservada a la jurisprudencia la verificación de si no son concebibles, en la realización de propia mano de todos los elementos del tipo, casos extremos —p. ej., homicidios en el marco de un pelotón de fusilamiento— en los que estimar autoría no da cabal cuenta del papel de los intervinientes (cfr. Prot. V, p. 1825). Por ende, la polémica en torno a la delimitación entre autoría y participación no está decidida en contra necesariamente de la teoría subjetiva».

Yendo más allá que LACKNER/KÜHL, entiende SCHMIDHÄUSER [9] que, conforme a "la naturaleza de las cosas", la cuestión no ha de regularse en la ley; estimar que a partir del tenor literal de la ley ("el que comete el hecho personalmente") resulta que es imposible afirmar la mera complicidad del que ejecuta el hecho de propia mano, significa un "nuevo positivismo legal". «Se dejaría de tener en cuenta toda experiencia en la interpretación de leyes si se pretendiera calificar de trasnochada a la teoría subjetiva sólo por una redacción legal en tal sentido» [10].

Más recientemente, SCHILD [11] ha desarrollado la idea de que el hecho de que el ejecutor desempeñe un papel socialmente auxiliar puede convertirlo en cómplice, en virtud de lo cual el camarero que sirve la comida envenenada por el cocinero, sabiéndolo, sólo sería cómplice. Por el contrario, sería autor si sirviese la sopa a persona distinta a la que le ha indicado el cocinero,

[5] *AT*[9], 1985, p. 532, en nota 26; una exposición más detallada de la opinión de que la ley ha dejado abierta la cuestión la proporciona BAUMANN, *Festschrift für Jescheck*, 1985, pp. 108 ss.

[6] Con la observación de que mis argumentos, derivados de la nueva redacción del § 25, I, en contra de la teoría subjetiva, «no [son] sólidos»; desde la 7.ª ed. se añade que del adverbio "personalmente" no puede "derivarse que se haya asumido la teoría subjetiva"; cfr. al respecto *infra* en el texto.

[7] *StGB*[20], 1993, § 25, núm. marg. 1; en términos semejantes JÄHNKE, *LK*[10], § 212, núm. marg. 6; MAURACH-GÖSSEL, *AT*[27], 1989, 47-64, y para "supuestos extremos" también JESCHECK-WEIGEND, *AT*[5], 1996, p. 647.

[8] Aun cuando él por su parte es un oponente a la teoría subjetiva y "prefiere" la teoría del dominio del hecho (*StGB*[20], 1993, núm. marg. 6 ante § 25).

[9] *AT*[2], 1975, 14-168, p. 58; pero también él saludaría para la mayoría de los casos un "alejamiento" de la teoría subjetiva extrema. En tal sentido, de nuevo SCHMIDHÄUSER, *Stree-Wessels-Festschrift*, 1993, p. 345, nota 7.

[10] *StuB*, 1982, p. 323.

[11] *Täterschaft als Tatherrschaft*, 1994, pp. 45 ss.

por cuanto que se excedería de su función. Lo cual, sin embargo, resulta poco convincente [12], pues en ambos casos el camarero tiene en sus manos el que muera alguien, y quién muera. En todo caso, matar a un cliente queda muy lejos de la función social de un camarero.

Por lo demás, en contra de BAUMANN, LACKNER/KÜHL, SCHMIDHÄUSER y SCHILD, hay que dar la cuestión por ya resuelta legalmente. De entrada, es evidente el tenor literal del § 25.1 StGB; si según éste se "castiga... como autor a quien comete el delito por sí mismo", no es posible compatibilizar con la ley el considerar no obstante a quien así actúa, en ocasiones, sólo como cómplice; el sentido de la redacción legal no permite decir que alguien que realiza dolosamente y de propia mano todas las circunstancias del hecho, no ha cometido el delito "por sí mismo". No comparto la posición de SCHMIDHÄUSER de que la redacción de la ley nunca podría impedir otra interpretación distinta, pues significaría que el legislador nunca podría imponer una indicación vinculante frente a las modificaciones de sentido de los intérpretes, lo cual vulneraría el principio *nullum crimen sine lege* y negaría la prevalencia de la ley.

Sin embargo, en contraposición a BAUMANN, LACKNER y SCHMIDHÄUSER, hay que considerar como cuestion ya decidida legalmente la autoría del ejecutor. De entrada, es inequívoco el tenor literal del § 25.1. Si se "castiga como autor" al que "ejecuta el hecho personalmente", no cabe compaginar con la ley punir en determinadas circunstancias a quien así actúa sólo como cómplice; el sentido literal de la redacción legal no permite decir que alguien que realiza todas las circunstancias típicas dolosamente y de propia mano no ha cometido el hecho "personalmente". La postura de SCHMIDHÄUSER de que la redacción literal de la ley nunca podría impedir otra interpretación divergente, no la comparto, pues significaría que el legislador nunca estaría en condiciones de imponer una indicación vinculante en contra de lecturas en otro sentido del intérprete; eso no se compaginaría con el principio *nullum crimen sine lege* y negaría por principio la prevalencia de la ley.

Asimismo es inequívoco, en el sentido del criterio de interpretación historica, el Proyecto de 1962, del que procede la actual redacción legal. El Proyecto entiende por autor directo [13] «un autor que comete la infracción penal personalmente, esto es, que realiza en su persona todos los elementos del tipo... Esta definición evidencia que quien comete el hecho personalmente, esto es, p. ej., mata él, es siempre autor, y no, pongamos por caso, va a ser cómplice por falta de voluntad de autor, como en ocasiones estimaba la jurisprudencia». El informe escrito del Comité Especial de Reforma Penal, relativo al Proyecto de la 2.ª StrRG (Ley de Reforma Penal) [14], que asume

[12] Con respecto a SCHILD, críticamente BLOY, *GA*, 1996, p. 243. Cfr. asimismo RENZIKOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff und Fahlässige Beteiligung*, 1997, pp. 23 ss.

[13] *Bundestagsdrucksache*, IV/650, p. 149.

[14] *Bundestagsdrucksache*, V/4095.

la redacción del Proyecto de 1962 (y como correspondía a su carácter circunscrito a la complementación de las modificaciones del Proyecto de 1962) no ha repetido la anterior fundamentación, pero tampoco ha indicado nada que la contradijera, pudiendo, pues, concebirse como válida también para la ley actualmente vigente.

Cuando LACKNER/KÜHL, en contra, invocan "sesiones del Comité Especial" de contenido divergente, hay que decir que los debates en el seno de una Comisión parlamentaria que no han tenido consecuencias en el texto legal ni en su Exposición de Motivos, no pueden cuestionar una decisión del legislador que no deja lugar a dudas. Al margen de ello, las actas de las sesiones del Comité tampoco indican en modo alguno que la autoría del ejecutor, según la opinión de sus miembros, tenga que quedar "reservada" a "verificación" por parte de la jurisprudencia. STURM, que en las sesiones 82.ª y 91.ª del Comité Especial abrió el debate relativo a "autoría y participación" con una ponencia introductoria desde la perspectiva del Ministerio Federal de Justicia [15], precisamente puso el problema de la posible complicidad del ejecutor en el centro de su exposición. El Ministerio había ofrecido dos formulaciones auxiliares, la primera de las cuales contenía una descripción del autor directo en los términos del actual tenor literal de la ley ("quien comete el hecho personalmente"), mientras que la segunda prescindía de definir al autor directo y al autor mediato. En relación con lo cual aclaraba lo siguiente [16]: «De hecho, habrá que ver en la definición del autor del Proyecto de 1962 y del Proyecto Alternativo una indicación del legislador en el sentido de que aquel que, espontáneamente y sin ser dependiente de otro de un modo que exceda a lo socialmente normal, realiza personalmente todos los elementos del tipo, es autor y no partícipe. Así pues, en el caso de la bañera y en el caso Staschynskij, con la definición de autor prevista, ya no va a ser posible estimar sólo complicidad. El que desee ese resultado tiene que acoger en la ley esta definición de autor. Pero quien, como hasta ahora, en este punto trascendental quiera dejar margen al desarrollo ulterior por parte de doctrina y jurisprudencia, tendría que prescindir de la definición de autor y del autor directo.» Hacia el final del debate volvió a confirmar [17] que «la decisión material que ha de adoptarse aquí se refiere a si se quieren evitar en el futuro sentencias como la del caso Staschynskij». En la "votación de principio" que tuvo lugar acto seguido, el Comité Especial se decidió, con un solo voto en contra, y en la "votación final" incluso por unanimidad, en favor de la definición de autor del Derecho vigente, y ello a sabiendas y con la voluntad de cerrar así el paso en el futuro a la jurisprudencia sobre la participación de tendencia subjetiva extrema.

[15] Sesión 82.ª, de 4 de octubre de 1967, *Protokoll*, pp. 1647-1650; sesión 91.ª, de 14 de diciembre de 1967, *Protokoll*, pp. 1821-1824.

[16] *Loc. cit.*, p. 1823.

[17] *Loc. cit.*, p. 1826.

Desde luego, STURM había querido dejar abierta desde el principio, en contra de la Exposición de Motivos del Proyecto de 1962, la posibilidad de castigar al ejecutor sólo como cómplice en raras situaciones excepcionales (los "casos extremos" mencionados por LACKNER). Obviamente, tales supuestos tendrían que ser *expressis verbis* "más extremos" que el propio caso Staschynskij, de manera que apenas se producirán; de todos modos, uno se pregunta cómo van a fundamentarse tales excepciones. El único intento en este sentido lo emprendió, en las sesiones del Comité, DREHER, cuyas consideraciones están así recogidas en actas [18]: «Intencionadamente se ha dicho: "Quien comete el hecho personalmente" y no "quien ejecuta". "Cometer" es un concepto normativo, susceptible de interpretación. Cabe imaginar casos extremos en que el sujeto realice todos los elementos del tipo pero sólo sea cómplice. Como ejemplo menciona a un pelotón de fusilamiento en el que un superior ordena a cinco de sus hombres que fusilen a un prisionero, lo que éstos llevan a cabo en la situación coactiva. Los cinco hombres no tienen el pleno dominio del hecho y no son las figuras centrales del curso del hecho; sólo son instrumentos. En un caso así, la redacción propuesta posibilita castigar a los cinco sólo por complicidad. El que da la orden queda comprendido como mínimo por las palabras "o comete por medio de otro".»

Esta deducción es la única que aún hace posible los debates futuros sobre la calificación de "supuestos extremos". Sin embargo, no cabe suscribir la argumentación de DREHER. Evidentemente es cierto que el término "cometer" tiene naturaleza "normativa" en tanto que abarca asimismo la autoría no de propia mano; de lo contrario, el legislador no podría emplearlo asimismo, como ha hecho en el § 25, para caracterizar a la autoría mediata y a la coautoría. En este sentido había aclarado sus palabras el Ministerio Federal de Justicia ya en su primera propuesta de 1955 [19], coincidente con el actual texto de la ley: «Se ha preferido la expresión "cometer" a la de "ejecutar" porque ésta alude a la realización de propia mano.» Pero así, obviamente, sólo se dice que el "cometer" un hecho no tiene que ser "ejecución" de propia mano, pero no que el "ejecutar" (esto es, la realización del tipo de propia mano) no necesite ser comisión en concepto de autor. Que al hablar de aquel que "comete [el hecho] personalmente" y con arreglo al § 25 es autor sin excepción, se aluda al ejecutor de propia mano, no se deduce en absoluto del concepto del "cometer", sino del adverbio "personalmente", que no cabe entenderlo en otro sentido que en el de la realización del tipo personal y directa [20]. Como pone de manifiesto la Exposición de Motivos del Proyecto de 1962, nunca se ha entendido de otro modo al incluir el precepto en los Proyectos. Dado que el tenor literal de la ley no deja el menor margen para estimar que en el supuesto de comisión personal —aunque sea en casos extremos— pueda negarse la autoría, se cierra así a la jurisprudencia la posibilidad de tal interpretación. Tampoco ha votado el Comité Especial sobre una interpretación en tal sentido (de esta forma sólo DREHER la ha sacado a colación), sino únicamente sobre la definición de autor del Derecho actualmente vigente, no habiéndose producido nunca una opinion articulada del Comité Especial sobre el problema de los "casos extremos" de DREHER. Cuando éste [21], en su comentario posterior al § 25, conviene conmigo en que "aquel que realiza todos los elementos del tipo siempre es autor", se evidencia que él mismo tampoco mantiene ya la opinión que expresó en el Comité Especial. Y mucho menos hay razón, ni siquiera posibilidad, de introducirla intepretativamente en la ley.

Pero tampoco se da en realidad una necesidad político-criminal de, en casos extremos, castigar al ejecutor sólo por complicidad. Dado que también en el Comité Especial todos los oradores se mostraron de acuerdo en que en casos como el de la "bañera" [22] o el "Staschynskij" [23] el sujeto que actúa directamente tendría que ser considerado autor, como único presunto caso extremo quedaría el del pelotón de fusilamiento. Al margen de que aquí por lo general sólo se daría un homicidio (entre tanto prescrito en casi todos los casos) castigado, en su caso, por el marco penal extraordinariamente reducido del § 213, incluso no dándose una situación coactiva no exculpada con arreglo al § 35.1, los preceptos sobre el error de prohibición (§ 17) y el estado de necesidad putativo (§ 35.2) ofrecen posibilidades de atenuación tan amplias que a su lado no existe la necesidad de aplicar el marco penal reducido de la complicidad. Pero si uno de los soldados del pelotón advierte la antijuricidad de su actuar y ni siquiera subjetivamente ha creído que, al negarse a cumplir la orden, arriesgaría su libertad personal (pues también este caso se encuadraría en el tenor literal del nuevo § 35), con razón ha de aplicársele la pena de la autoría. No cabe hablar entonces de la "situación coactiva" que invoca DREHER en su ejemplo.

Como resultado, pues, cabe indicar que quien ejecuta el hecho de propia mano es siempre autor con arreglo al § 25.1 StGB; no existe posibilidad legal

[18] *Loc. cit.*, p. 1825.

[19] Propuestas y observaciones de los expertos del Ministerio Federal de Justicia respecto al tema "autoría y participación", en *Niederschriften (Actas) über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission*, t. 2, 1958, apéndice pp. 38 ss. (40); asimismo el Ministerio Federal de Justicia en el informe de SCHWALM, *Niederschriften*, t. 2, p. 92.

[20] También HORSTKOTTE subrayó en las sesiones de la Comisión (*loc. cit.*, p. 1826): «Así la expresión "personalmente" adquiere particular importancia. El alcance de una regulación así resulta de que haga recaer el acento aquí, en contra de la actual jurisprudencia.»

[21] *StGB*, desde 35.ª ed., 1975, 1, A ante § 25; así ya, asimismo, DREHER-TRÖNDLE, *StGB* [46], 1993, § 25, núm. marg. 2.

[22] Cfr. al respecto la amplia bibliografía en el registro de este volumen.

[23] Cfr. al respecto la bibliografía en el índice de materias así como el detallado análisis del supuesto *infra* pp. 606 ss.

ni necesidad político-criminal de reconocer excepciones —ni siquiera en "casos extremos"— a este principio.

II. PARTICIPACIÓN SÓLO EN CASO DE HECHO DOLOSO

La segunda clarificación importante de la nueva ley consiste en que los §§ 26 y 27 StGB admiten ya *expressis verbis* la inducción y la complicidad únicamente en el "hecho antijurídico cometido dolosamente". Con lo cual el legislador ha decidido, en el sentido de la jurisprudencia antigua [24], que está excluida la participación en el hecho no doloso. Ello contradice la opinión —defendida en esta obra [25], y en gran medida en la doctrina y en la jurisprudencia, así como en el Proyecto Alternativo— de que al liberar a la participación del requisito del hecho principal doloso se permite la punición del sujeto de detrás no cualificado cuando éste ha determinado al *intraneus* que actúa directamente a que realice el tipo, mediante engaño excluyente del dolo de éste. Los argumentos aducidos en favor de esta concepción son tan válidos hoy como ayer. Tampoco se ve afectada por el pronunciamiento del legislador la problemática dogmática y político-criminal de esta controvertida cuestion de accesoriedad, razon por la cual examinarla en esta obra sigue siendo pertinente (ya con vistas a debates sobre futuras reformas). Como asimismo está claro que hemos de plegarnos a la decisión del legislador, de manera que con arreglo al Derecho vigente el partícipe en el hecho no doloso queda impune.

De todos modos, la nueva redacción legal no es tan unívoca como para que su interpretación, ya antes de la entrada en vigor, no haya dado lugar a diferencias de parecer.

a) SCHMIDHÄUSER [26], al principio como único autor, defiende la postura de que la nueva redacción de la ley nada cambia con respecto a la situación jurídica anterior, o sea, que cabe seguir estimando la punibilidad de la participación en el hecho no doloso. Y lo fundamenta con la tesis de que la dolosidad es un elemento de la culpabilidad y de que, a tenor del principio de la accesoriedad limitada expresado en el § 29, la participación es independiente de la culpabilidad del autor (y con ello también del dolo de éste). Esta decisión fundamental prevalece sobre "cualquier regulación singular divergente", esto es, también sobre los nuevos §§ 26 y 27 StGB; ambos preceptos no han de entenderse en el sentido de que requieren hecho principal

[24] Desde *BGHSt*, 9, pp. 370 ss. La decisión del legislador se adoptó, no obstante, en contra del parecer del representante del Ministerio Federal de Justicia (DREHER, *MDR*, 1976, p. 436).

[25] Cfr. las amplias referencias en el registro bajo el epígrafe «participación en el hecho principal no doloso».

[26] *AT*[1], 1970, pp. 14-87 ss.; en *AT*[2], 1975, pp. 14-94, 97, 115, 134; SCHMIDHÄUSER había aceptado de pasada el requisito, para él desacertado, de hecho principal doloso.

doloso, sino «en todo caso, en el de que se presupone como hecho principal un hacer querido».

Sin embargo, tal interpretación constituye una tergiversación de la ley que no puede suscribirse. En todas las sesiones de la Comisión y del Comité que se han celebrado desde la época de la Gran Comisión de Derecho Penal, el debate sobre la accesoriedad giraba en torno al requisito de hecho principal doloso con tanta claridad que no existe el menor apoyo para suponer que el legislador se haya querido referir a algo distinto de lo que se deduce del sentido literal de sus palabras. Y la contradicción sistemática entre los §§ 26 y 27 y el principio de la accesoriedad limitada expresado en el § 29, no existe ni siquiera cuando, con SCHMIDHÄUSER, se considera el dolo no en el injusto, sino como "elemento de la culpabilidad" [27], pues si con arreglo al § 29 la participación es independiente de la culpabilidad del autor, esto en absoluto excluye la posibilidad de hacer depender la participación de un elemento de la culpabilidad concreto (la dolosidad del hecho principal en los términos de los §§ 26 y 27). La sugerencia de SCHMIDHÄUSER de entender el concepto de "hecho doloso" en el sentido de un "hacer querido" caracterizador de la acción comisiva, subsume bajo esta denominación precisamente también hechos no dolosos. Y ello no cabe reconocerlo ya como una interpretación posible.

b) Sin embargo, con razón es discutible la cuestión de cómo ha de tratarse, con arreglo al Derecho vigente, el supuesto en que un *extraneus* engaña a un obligado especialmente sobre los presupuestos de una causa de justificación. Como ejemplo canónico de estos supuestos sirva el tan repetidamente tratado por la jurisprudencia, en que haciendo creer engañosamente a un médico sobre que está liberado del deber de sigilo, se le sonsacan informaciones sobre la enfermedad de un paciente [28]. Si uno se pregunta si el sujeto de detrás ha de responder por inducción a la revelación de secretos del § 203, párrafo 1, núm. 1, StGB cuando hace creer a un médico que el paciente está de acuerdo en que se revelen datos sobre su enfermedad, desde luego es posible hacer depender la respuesta de decisiones jurídico-materiales situadas fuera de la teoría de la participación. Pero si se considera la exoneración del deber de sigilo (= conformidad con la revelación del secreto) como excluyente del tipo, está claro que no procede la inducción; por otra parte, si se estima una causa de justificación y al mismo tiempo se mantiene la teoría estricta de la culpabilidad, para la que desde luego el nuevo Derecho aún deja espacio [29], no plantea problemas la existencia de inducción, debido al dolo de autor que ha de afirmarse claramente.

[27] Cfr. al respecto ya mi toma de postura en *ZStW*, 83 (1971), pp. 398 ss.; en el sentido del texto, en contra de SCHMIDHÄUSER y BOCKELMANN, *Gallas-Festschrift*, 1973, p. 263, nota 3.

[28] Cfr. *BGHSt*, 4, pp. 355 ss.; OLG Köln, *MDR*, 1962, pp. 591 ss.; al respecto con detalle *supra* pp. 401 ss.

[29] Cfr. al respecto mi aportación a ROXIN-STREE-ZIPF-JUNG, *Einführung in das neue Strafrecht*, 2.ª ed., 1975, pp. 12 ss.

Sin embargo, la doctrina dominante le reconocerá también en el futuro en situaciones de esta índole al médico un error que, conforme a la teoría limitada de la culpabilidad, excluye la pena del dolo (y así, por lo general, la punibilidad). El que el sujeto de detrás pueda responder como inductor se decide entonces sólo en función de si el dolo que los §§ 26 y 27 requieren se limita al dolo de tipo en sentido estricto o si incluye también el no suponer elementos de justificación. En el primer caso, a pesar de la no punibilidad del "autor", es posible la inducción; en el segundo, no. La problemática que de ahí surge ha sido abordada hasta ahora sobre todo por DREHER, que interpreta el dolo de autor exigido en los §§ 26 y 27 StGB en el sentido del dolo de tipo, entre otras razones porque así se posibilita el castigo del sujeto de detrás como partícipe [30]. Entonces hay que trabajar en el StGB con un doble concepto de dolo, de manera que la errónea suposición de presupuestos de justificación ciertamente excluye el dolo en el sentido de la teoría del error (esto es, en los términos del § 16 StGB), pero no en el sentido de la teoría de la participación (o sea, en los términos de los §§ 26 y 27 StGB). Como el legislador ha dejado el dolo sin definir, legalmente no está descartada esta solución, y DREHER entiende también el error sobre el "tipo de autorización" expresamente de manera [31] que «ciertamente queda intacto el dolo como dolo de tipo, pero se excluye el dolo como forma de culpabilidad». Por una construcción distinta, pero equivalente, opta JESCHECK [32], al considerar excluido, en el error sobre circunstancias de la justificación, no el dolo, sino sólo la pena del dolo, con el efecto de que sigue siendo posible la participación del astuto sujeto de detrás a pesar de la impunidad del obligado especialmente que se cree justificado [33].

En todo caso, ambas concepciones coinciden en que el "hecho antijurídico cometido dolosamente" en el sentido de los §§ 26 y 27 StGB es una acción en la que el autor realiza los elementos del tipo (figura rectora) objetivo con consciencia y voluntad; así pues, el error sobre la justificación que impide la punición del autor por delito doloso no afecta en los delitos de infracción de deber a la posibilidad de participación del *extraneus* que entrevé la situación. Esto merece aprobación, a pesar de las dificultades constructivas de una solución así, por las razones que ya se expusieron pormenorizadamente *supra* [34] y que, no obstante el pronunciamiento del legislador, mantienen su significado para la regulación actual. Resulta, pues, que en los delitos

[30] Cfr. últimamente DREHER-TRÖNDLE, *StGB* [47], 1995, § 16, núm. marg. 27; *Heinitz-Festschrift*, 1972, 222; también en la última edición de TRÖNDLE-FISCHER, la 49.ª, 1999, se contiene ese pasaje; en otro sentido, ante todo, PREISENDANZ, 30.ª ed., 1978, § 26, 2, a.

[31] DREHER-TRÖNDLE, *StGB* [47], 1995, § 16, núm. mag. 27.

[32] Cfr. simplemente *AT* [5], 1996, pp. 464 ss.; en otro sentido abiertamente *AT* [2], 1972, pp. 348 ss.

[33] Así expresamente *AT* [5], 1996, p. 465.

[34] Pp. 401-413; asimismo RUDOLPHI, *SK* [5], 1989, § 16, núm. marg. 13; SCHMIDHÄUSER, *StuB* [2], 1984, pp. 10-22 ss.; LACKNER-KÜHL, *StGB* [23], 1999, núm. marg. 9 ante § 25; de otra opinión la doctrina dominante, cfr. p. ej. MAURACH-GÖSSEL, *AT* [27], 1989, pp. 53-107 ss.; SCHÖNKE-SCHRÖDER-CRAMER, *StGB* [25], 1997, núm. marg. 30 ante § 25; SAMSON, *SK* [5], 1993, núm. marg. 27 ante § 26; el mismo, *Strafr.*, [7], 1988, caso 40, pp. 220 ss.; OTTO, *Grundkurs, AT* [5], 1996, § 22, núms. margs. 29 ss.

[35] Con más detalle ROXIN, *AT* I [3], 1997, § 13, núms. margs. 12 ss.; § 14 núm. marg. 74.

[36] Por eso incluso hoy se sigue subrayando con razón que el requisito del dolo en los §§ 26 y 27 constituye un desacierto de política jurídica; cfr. SCHÖNKE-SCHRÖDER-CRAMER, *StGB* [25], 1997, núm. marg. 29, ante § 25; JAKOBS, *AT* [2], pp. 22-13 ss.

[37] Al respecto ya para la nueva regulación, ampliamente BOCKELMANN, *Festschrift für Gallas*, 1973, pp. 261 ss.

de infracción de deber —en los delitos de dominio se trata sin más de autoría mediata— sigue siendo punible, bajo la nueva regulación, la participación en un hecho no doloso en el sentido de la teoría limitada de la culpabilidad, en el ámbito de los errores sobre la justificación.

De todos modos, esta solución de emergencia no sirve de ayuda precisamente en los supuestos para los que podría tener mayor importancia práctica: aquellos en que se engaña al autor (principalmente, al médico que se manifiesta sobre enfermedades del paciente) sobre el consentimiento del titular del bien jurídico. En efecto, el consentimiento no es, según la opinión mejor fundada, causa de justificación, sino causa de exclusión del tipo [35]. El médico, p. ej., que cree estar liberado del deber de sigilo, no pretende vulnerar secretos del paciente. Por eso, le falta ya el dolo dirigido a la lesión típica del bien jurídico, de manera que en esa medida tampoco es posible la participación cuando no se requiere en el autor más que el dolo de tipo. Las lagunas de punibilidad decisivas, pues, se mantienen [36].

III. LA INTERVENCIÓN EN EL HECHO QUE SE HA SUPUESTO DOLOSO

El tercer grupo de casos cuyo tratamiento ha sido trazado por la nueva regulación se refiere al supuesto (tan debatido como poco trascendente en la práctica) de la intervención en el hecho que se ha supuesto doloso [37]. Se trata de casos como aquel en que la amante proporciona veneno al hombre casado para matar a su mujer, suponiendo que el hombre va a entender sus veladas alusiones a la eficacia letal de la "medicina" y, por tanto, va a matar dolosamente a su esposa. Sin embargo, el marido toma el veneno realmente por una medicina y se lo da, sin sospechar nada, a su esposa; esto es, a lo sumo puede responder por homicidio imprudente. La amante, en esta situación, no puede ser captada como autora mediata, por faltarle la consciencia de dirigir a un instrumento no doloso y, por tanto, el dominio del hecho. Conforme a la regulación anterior, no obstante, podía responder por inducción al asesinato, porque su disposición psíquica era la de una

partícipe y el peso objetivo de su aportación al hecho, debido a la ignorancia del ejecutor, era incluso más decisivo que lo planeado [38].

No cabe negar en serio que la punición como partícipe es político-criminalmente deseable, pues si el sujeto de detrás lleva a cabo la realización del tipo y subjetivamente cumple todos los requisitos de la inducción o la complicidad, no se entiende por qué ha de quedar impune (o, en su caso, ser castigado sólo por inducción intentada al delito). Pero sigue discutiéndose mucho el que un resultado así aún quepa mantenerlo con arreglo a la nueva redacción de los §§ 26 y 27 StGB. Desde el principio, yo he defendido la tesis [39] de que la punición ya no es posible, puesto que si la participación presupone un hecho principal doloso, no puede bastar la suposición errónea de un dolo no existente en realidad. Esta opinión es mantenida por toda una serie de partidarios en la doctrina [40]. Sin embargo, tras ser introducida por JESCHECK [41], se ha formado otra concepción contraria [42] que defiende el castigo por participación en tales casos también con arreglo al Derecho vigente. Se basa en que el Proyecto de 1962 contenía un precepto específico, conforme al cual había que castigar "como inductor" a «quien ha determinado a otro al hecho cometido antijurídicamente, en la suposición errónea de que el autor obraría dolosamente». El precepto fue suprimido por unanimidad en las deliberaciones del Comité Especial después de que STURM así lo suscitara y —según consta en las actas [43]— señalase: «El enjuiciamiento de tales casos es muy controvertido en la doctrina. En la praxis, sin embargo, sólo alcanzaban un papel muy secundario. Como el Proyecto de 1962, con el § 32, ha ido demasiado lejos en detallar, sería conveniente suprimir este precepto.» Con la indicación, sustentada en este motivo de supresión, de que el precepto no fue acogido en el Derecho futuro "únicamente por motivos

[38] Cfr. acerca del muy controvertido enjuiciamiento de estas situaciones en la doctrina y acerca de mi propia opinión, detalladamente *supra* § 26, pp. 288 ss. («el error sobre presupuestos de la autoría»).

[39] *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 1.ª y 2.ª eds., 1070/73, pp. 20 ss., nota 46; *Einführung in das neue Strafrecht*, p. 29.

[40] Básico: BOCKELMANN, *Zur Problematik der Beteiligung an vermeintlich vorsätzlichen Taten, Festschrift für Gallas*, 1973, p. 261; asimismo, BLOY, *Zurechnungstypus*, p. 98; CRAMER, *Festschrift für Bockelmann*, 1979, pp. 399 ss.; HERZBERG, *Täterschaft und Teilnahme*, 1977, p. 46; JAKOBS, *AT*[2], 1991, 22, 18; MAIWALD, *ZStW*, 88 (1976), pp. 731 ss.; MAURACH-GÖSSEL, *AT*[27], 1989, pp. 53-107 ss.; OTTO, *Grundkurs, AT*[5], 1996, § 22, núms. margs. 29 ss.; SAMSON, *SK*[5], 1993, núms. margs. 26, 27 ante § 26; el mismo, *Strafr.*, I[7], 1988, caso 40, pp. 221 ss.; STRATENWERTH, *AT*[3], 1981, núms. margs. 961 ss.; WESSELS-BEULKE, *AT*[28], 1998, núms. margs. 553 ss. Asimismo KG, *NJW*, 1977, 817, 819, con comentario de SCHALL, *JuS*, 1979, 104, defiende esta postura.

[41] *AT*[2], p. 499; la abandona en *SchwZSt.*, t. 90, 1975, p. 32; en otro sentido ahora asimismo JESCHECK-WEIGEND, *AT*[5], 1996, p. 656.

[42] Mantenida sobre todo por BAUMANN-WEBER-MITSCH, *AT*[10], 1995, § 30, núms. margs. 23 ss.; TRÖNDLE-FISCHER, *StGB*[49], 1999, núm. marg. 10 ante § 25; ESER, *Strafr.*, II[3], 1980, caso 41, núms. margs. 20, 22; LACKNER-KÜHL, *StGB*[23], 1999, núm. marg. 10 ante § 25, y SCHÖNEBORN, *ZStW*, 87 (1975), p. 911, nota 38.

[43] Actas de la Comisión, p. 1829; asimismo el informe escrito de la Comisión, *Bundestagsdrucksache*, V/4095, p. 13.

de redacción" (JESCHECK) y de que el Comité Especial con ello no quiso decidir nada (LACKNER), aún hoy se defiende la posibilidad de interpretar la ley en el sentido del § 32 del Proyecto de 1962.

Sin embargo, esta posibilidad no existe. En pimer lugar, el Comité Especial no tiene competencias para dejar abiertas determinadas posibilidades interpretativas en contra del tenor literal inequívoco de la ley. En segundo lugar, con todo, el Comité de ningún modo se ha manifestado en el sentido de que el precepto suprimido fuera superfluo porque mediante interpretación de los demás preceptos legales se podría llegar al mismo resultado, sino que la supresión se efectuó debido al carácter muy específico y a la reducida importancia práctica del grupo de supuestos. Así pues, se comprende que en aras de simplificar la ley se quisiera asumir también esta pequeña laguna, después de haber abierto a sabiendas lagunas de punibilidad mucho más amplias mediante el requisito del dolo. Pero sea como sea, el tenor literal de los §§ 26 y 27 StGB no deja espacio alguno para prescindir del requisito de al menos dolo de tipo en el autor del hecho principal, y en ese estado nada puede cambiar una eventual opinión discrepante de miembros del Comité. La única vía interpretativa factible para fundamentar la punibilidad por participación en tales casos consistiría en aplicar analógicamente los §§ 26 y 27 StGB. Una analogía así, dado que se trata de casos de auténtica participación [44], sería adecuada teleológicamente, por las razones mencionadas en esta obra; y justamente de esta idea extrae su fuerza la opinión contraria aquí criticada. Pero como la participación consiste en causas de extensión de la pena, la prohibición de la analogía cierra toda posibilidad de ampliar la punibilidad a supuestos no abarcados por la ley [45]. Así pues, tendremos que conformarnos con este insatisfactorio resultado, que se habría evitado fácilmente prescindiendo de la necesidad absoluta de hecho principal doloso consagrada en los §§ 26 y 27 StGB. De todos modos, lo dicho simplemente legitima el deseo de reforma mediante un "plumazo" del legislador, pero no nos exonera del deber de obediencia para con la ley vigente.

§ 43. EVOLUCIÓN DE LA DOCTRINA DE LA AUTORÍA Y LA PARTICIPACIÓN EN LA JURISPRUDENCIA

I. SENTENCIAS DE LOS AÑOS 1962 A 1999

La jurisprudencia, desde que apareciera la primera edición de esta obra, ha vuelto a profesar a veces la teoría subjetiva. Así pues, se podría considerar en buena parte trasnochada y prescindir de un análisis profundo de su evolución, de suponerse que la jurisprudencia, con arreglo a la nueva situación

[44] Cfr. *supra* pp. 288 ss.

[45] Así acertadamente BOCKELMANN, *Gallas-Festschrift*, p. 271.

legal, va a adoptar la teoría del dominio del hecho. Y, sin embargo, hasta ahora no se ha producido esa conversión fundamental. Bien es verdad que el legislador, al codificar la actual regulación, ha tenido presente esta teoría; pero no quiso comprometerse con ella unilateralmente. Ya en 1955 observaban los ponentes del Ministerio de Justicia, con motivo de la presentación de los primeros proyectos coincidentes con el actual tenor de la ley [46]: «La regulación propuesta de la participación se construye sobre la idea del dominio del hecho, pero prescinde de plasmar en detalle esta idea en la ley, pues el legislador ha de mostrarse reservado en la toma de postura ante tales cuestiones, debiendo dejar su ulterior clarificación en manos de doctrina y jurisprudencia.» Análogamente se dice aún en la Exposición de Motivos del Proyecto de 1962 [47]: «El Proyecto admite la idea del dominio del hecho. Sin embargo, se abstiene de consagrarlo legalmente.»

También en la doctrina se considera deseable la orientación de la jurisprudencia hacia la teoría del dominio del hecho [48]. Lo cual viene sugerido no sólo por la determinación del legislador en favor de esta teoría, sino también por su posición dominante en la ciencia y el pronunciamiento de la ley en contra de la teoría subjetiva en el nuevo § 25 (*supra* § 42, 1). Pero no está fuera de discusión, como ya vimos, para "casos extremos" ni siquiera la exclusión del castigo por participación del agente directo, de suerte que incluso defensores de la teoría del dominio del hecho, como LACKNER/KÜHL [49], no ven «decidida la controversia en torno a la delimitación entre autoría y participación necesariamente en contra de la forma extrema de la teoría subjetiva». En realidad, habrá que convenir en que la jurisprudencia, en todo caso, fuera de las situaciones de realización del tipo directa y de propia mano, aún tiene margen de interpretación, sobre todo teniendo en cuenta que también la teoría del dominio del hecho presenta ciertas variantes que en cuanto a sus resultados no se alejan mucho de la teoría subjetiva y que ya han sido combinadas con ésta por la jurisprudencia (singularmente en versión de la voluntad de dominio del hecho) [50]. Así pues, si la jurisprudencia, como es de esperar, se suma a la teoría (dominante) del dominio del hecho, previsiblemente no va a hacerlo en forma de ruptura brusca con la línea anterior, sino que, continuando la evolución de los puntos de partida, va a llegar a una concepción objetivo-material de la autoría que ya anteriormente fue desarrollada por el BGH. Las sentencias del pasado,

[46] *Niederschriften*, t. 2, apéndice núm. 16, J 8, p. 41.

[47] Pp. 147 y 148.

[48] ROXIN, en *Einführung in das neue Strafrecht*, 2.ª ed., 1975, pp. 29-30; DREHER, en la sesión 91.ª de la Comisión Especial (*Protokolle*, p. 1826) consideró «una desgracia que la jurisprudencia siga trabajando con la fórmula subjetiva del *animus*»; en *MDR*, 1976, p. 436, ve en la presente obra una "llamada" a la jurisprudencia: «lejos de la teoría subjetiva de la participación y, con la nueva ley, hacia la teoría de la autoría de Roxin»; cfr. asimismo PREISENDANZ, *StGB* [30], 1978, ante § 25, 2, b, cc, y SCHÖNEBORN, *ZStW*, 87 (1975), p. 911.

[49] *StGB* [23], 1999, § 25, núm. marg. 1.

[50] Cfr. la panorámica *supra* pp. 111 ss.

pues, proporcionarán al menos importantes elementos constructivos para la jurisprudencia del futuro. Tampoco se ha apartado expresamente el BGH de ninguna sentencia anterior suya en materia de autoría y sus últimas decisiones muestran, al menos en el ámbito de la coautoría, influencia muy intensa de la teoría subjetiva en su manifestación de la teoría del interés [51]. Por eso las sentencias de los últimos treinta años siguen necesitando un análisis detallado, que ha de separar las líneas argumentales trasnochadas de las progresivas. Para lo cual en la panorámica subsiguiente vamos a proceder con arreglo a la secuencia historica, que conecta cronológicamente con el texto de la primera edición (*supra* pp. 111-127).

1. La sentencia de la Sala IV de 15 de junio de 1962 [52] resulta especialmente característica de la tendencia a la resubjetivización de nuevo en auge a lo largo de los últimos doce años previos a la entrada en vigor de la nueva Parte General, tendencia introducida por una sentencia de la misma Sala [53] de un año antes. El acusado (plenamente imputable) en este caso volvía en auto a casa con otras cuatro personas, tras haber estado en un baile, en el que él y sus amigos habían bebido en abundancia; el coche lo conducía su compañero de trabajo K. Yendo a gran velocidad, K embistió con el coche a un peatón, M, que fue lanzado hacia arriba por el impacto y cayó de cabeza, «quedando con el pie atrapado entre la barra delantera y el marco superior delantero de la puerta derecha, que se había abierto por la colisión, mientras que el tronco y la cabeza del accidentado quedaron sobre el extremo inferior del guardabarros delantero derecho».

El acusado y los demás ocupantes del automóvil, al ver el pie, instaron al conductor K a que parara. K, sin embargo, se negó, señalando que no quería tener nada que ver con la policía. Dirigiéndose al acusado, añadió K: «"¡Gerd, tíralo!", refiriéndose al pie del accidentado. Ayudado por otro pasajero, el acusado consiguio tirar a la víctima a la carretera. Prosigue entonces la sentencia: «Al actuar, el acusado sabía que la víctima podía resultar muerta al arrojarla desde el vehículo en marcha; aprobó esa posible consecuencia. Tras haber arrojado el cuerpo, el acusado y los demás pasajeros animaron a voces a K a seguir su camino. Éste ya estaba decidido a hacerlo, pero se sintió reforzado por los gritos y, pisando el acelerador, se alejó del lugar.»

Conforme a los hechos probados de la sentencia, se trata aquí de un supuesto clásico del dominio del hecho funcional, desarrollado ya *supra* [54]. Así, el BGH da por probado lo siguiente [55]: «Puede partirse de que los ocupantes del automóvil no supusieron que ya por caer desde el guardabarros

[51] Cfr. al respecto el Resumen II, *infra* pp. 676 ss.

[52] *VRS*, t. 23, pp. 207 ss. = *GA*, 1963, p. 187.

[53] *BGHSt*, 16, pp. 12 ss., cfr. *supra*, pp. 125 ss.

[54] Pp. 305 ss.

[55] *Loc. cit.*, p. 209.

del coche parado pudiera producirse la muerte del accidentado, sino que sólo esperarían este resultado de la caída desde el coche que circulaba a gran velocidad. Pero el conductor era K. Sólo la acción conjunta de K y del acusado fue, pues, idónea para matar a M.» Tal división del trabajo en la fase ejecutiva, en la que sólo dos conjuntamente pueden producir el resultado, es siempre, desde la perspectiva aquí seguida, un "ejecutar en común" en el sentido del § 47 StGB, redacción antigua (r. a.), o un "cometer en común" del § 25.2 StGB vigente, sin que haya que atender a la "disposición interna" de los intervinientes. Por eso también el tribunal de jurado había considerado autor al acusado sólo "porque realizó personalmente todos los requisitos del tipo".

El BGH, sin embargo, declara incorrecta esa calificación. A su juicio, el acusado es cómplice, fundamentándolo así: «El acusado no prestó su aportación al hecho espontáneamente, sino a instigación de K. El resultado del hecho sólo interesaba a K, puesto que éste era el que había causado el accidente culpablemente; el acusado nada tenía que temer de que se esclareciesen las circunstancias del accidente. Al realizar el deseo de K, que a todo trance quería huir, el acusado se subordinó a la voluntad de éste.»

Aun cuando en principio nos limitemos a este caso concreto, la sentencia pone especialmente de relieve la imposibilidad de que se mantenga la teoría subjetiva, pues la supuesta "subordinación de la voluntad" del acusado se está deduciendo simplemente de que había sido instigado al hecho por K y, por tanto, al actuar cumplía el deseo de éste. De ser correcta esta deducción, todo aquel que ha sido inducido a su hecho ya por eso sería cómplice; al plegarse a la instigación de otro, desde luego necesariamente realiza el deseo de éste. Es evidente que una interpretación así es absolutamente incompatible con el tenor literal y con el sentido de los §§ 25.2 y 26 StGB (§§ 48 y 48 r. a.). En efecto, llevándola hasta sus últimas consecuencias, ya no dejaría espacio alguno para la relación inductor-autor, que nuestro legislador presupone. La expresión de que «el acusado no prestó su aportación al hecho espontáneamente, sino a instigación de K» pone de relieve sin lugar a dudas la confusión conceptual. Esta instigación, que con arreglo a la postura del legislador (la única defendible materialmente) provoca la decisión del hecho y determina al autor a su hecho, según la concepción de la sentencia ¡impediría *eo ipso* que la decisión adoptada fuera autónoma! Sin embargo, no es que el acusado, que actuaba de manera plenamente libre y no coaccionada, fuera dependiente de K, sino que, viceversa, K, si quería eludir la persecución penal, dependía del asesinato por parte del acusado y de que éste realizase su deseo.

Si, por tanto, la "subordinación de la voluntad" en este caso no es distinta a la de cualquier autor que obre inducido, queda como único criterio material de delimitación el elemento del interés, que el BGH resalta expresamente

en varias ocasiones: ¡El "caso de la bañera" [56] celebra su resurrección! Aun cuando la fórmula de los intereses fuera inútil ya debido a la regulación positiva y a razones dogmáticas incontestables [57], con todo fracasaría, como evidencia este supuesto, por su inviabilidad práctica, puesto que el asesino que obre libremente siempre va a tener algún tipo de interés en su hecho. Así, en nuestro ejemplo, sólo cabe imaginar tres posibilidades: o bien el acusado creyó, sobre la base de un sentimiento de solidaridad mal entendido, tener que hacer suyo el asunto de su compañero de juerga, y entonces se expresaría en su conducta esa "diligencia complaciente" que el BGH ha calificado de elemento decisivo de la autoría en el caso Staschynskij, que en seguida se abordará. O bien cometió el asesinato porque le pareció útil ganarse o conservar la "amistad" de su compañero K; difícilmente se negará que sea posible tener un gran interés en granjearse así la gratitud de otro. O bien el acusado obró porque tenía prisa por llegar a casa —el incidente se desarrolló a las dos de la madrugada— y porque quería eludir las molestias derivadas de que la policía llegara a saberlo; también esto sería un motivo guiado por un interés propio suficiente.

El BGH no menciona cuál de los tres móviles indujo al autor a su hecho; probablemente éste obedeció a los tres a la vez. Cabe suponer que el BGH, contrastándolos con el interés preponderante de K, no considerara de entrada suficientes estos intereses como para fundamentar coautoría. Pero no lo dice; casi nunca se ha intentado [58] delimitar los intereses que fundamentan la voluntad de autor con respecto a otros sin tal virtualidad. Por lo demás, tal intento no tendría perspectivas de éxito, llevaría a distinciones escolásticas sin apoyo en la ley y, dado que con posterioridad apenas es posible reconstruir la imbricación de motivos en la psique del autor, superaría las posibilidades de verificación del juez. Así hemos llegado a lo que yo quería demostrar: Los resultados que se consiguen con la fórmula del interés son arbitrarios. El afirmar un interés sobre el que se base una "voluntad de autor" psíquicamente imposible de encontrar, es materia de una decisión no verificable [59]. Lo que quiere decir que la teoría subjetiva, al recurrir al "interés", no ofrece criterios de contenido, limitándose a proporcionar simplemente etiquetas para un acto de voluntad judicial falto de pautas. Más adelante se insistirá sobre el aspecto metodológico de tal hallazgo. Con todo, ya debe

[56] *RGSt*, 74, 85.

[57] Cfr. simplemente *supra* pp. 74 ss., y ROXIN, *JZ*, 1966, pp. 294-295.

[58] Representa una excepción BAUMANN, *NJW*, 1963, pp. 561 ss. Sin embargo, sus distinciones a la medida de los asesinatos de los comandos nazis *(NS-Einsatzgruppen)* nada aportan para el enjuiciamiento de nuestro caso.

[59] Hasta qué punto esto es así lo evidencia, p. ej., la comparación con la sentencia de la misma Sala (la IV) de 28 de octubre de 1954, *MDR*, 1955, p. 244 (cfr. al respecto *supra*, p. XXX): Aquí, en caso de delito sexual violento, ya los gritos de aliento de un no partícipe directo, que nada aportó a la ejecución del hecho y no esperaba beneficio en absoluto, fundamenta coautoría. Sólo siendo conscientes de que resultados contrapuestos a la «voluntad de autor» son en seguida fácilmente fundamentables se tomará nota sin asombro de tales divergencias.

haberse evidenciado que la arbitrariedad de soluciones tales suscita fundados reparos desde el punto de vista del Estado de Derecho.

Para concluir el análisis crítico de nuestro "compañero de juerga", valga una última reflexión: Aun admitiendo todas las premisas del BGH y aceptando sin el menor reparo que el acusado hubiera asesinado a M sin ningún interés personal, sólo en favor de K, no cabría encontrar argumento alguno que explicara por qué esta circunstancia ha de comportar un privilegio para el acusado. En la ley, que sólo requiere "cometer en común", no se encuentra ningún punto de apoyo para ello. Pero si, como suele hacer la jurisprudencia, se hace "averiguar valorativamente" la autoría por el juez según puntos de vista de merecimiento de pena, también desde esta perspectiva parecería mucho más evidente la "valoración" inversa, que considera autor al acusado, pues el "asesino por complacencia" que actúa por agradar desinteresadamente, que según los principios de nuestra sentencia constituiría el prototipo del cómplice a quien menos se debería castigar, ciertamente es peor y más peligroso que el conductor K, que se ve arrastrado a su hecho por el miedo a la policía. El interés pasional bien es verdad que no puede disculpar un hecho; sin embargo, la brutalidad desapasionada y fría con la que el acusado de nuestro supuesto (suponiendo que le neguemos el interés) extingue "por las buenas" la vida de un accidentado lesionado, como si tirara un bicho molesto desde el coche, constituye una razón más para que no se sustraiga a las consecuencias jurídicas que la ley vincula a la realización del tipo personal y no coactiva.

2. Poco más de cuatro meses después, el 19 de octubre de 1962, fue sentenciado por la Sala III del BGH el "caso Staschynskij" [60], que luego ha llegado a ser famoso, en que el acusado que, según su confesión no rebatida, por encargo de un servicio secreto extranjero había matado a dos ex políticos de la República Federal de propia mano y no coaccionado con una pistola de veneno, fue castigado sólo por complicidad en el asesinato [61]. Con la aseveración expresada en el principio: «Quien comete un homicidio de propia mano, por regla general es autor», la sentencia atribuye a la ejecución autónoma del hecho más importancia para la fundamentación de la autoría que la que la Sala IV, en la sentencia acabada de debatir, le había dado; sólo "en determinadas circunstancias muy estrictas", se señala, puede el que mata de propia mano "ser simplemente cómplice". No obstante, en la valoración del caso concreto, la sentencia muestra un subjetivismo tan desmesurado

[60] *BGHSt*, 18, pp. 87 ss. Al respecto, BAUMANN, *NJW*, 1963, 561; SAX, *JZ*, 1963, 329; cfr. asimismo mi comentario al supuesto número 76 en ROXIN, *HRR-AT*, 1998.

[61] La sentencia sólo pudo abordarse *supra* con respecto a la autoría mediata de los sujetos de detrás (pp. 269 ss.); de la autoría del ejecutor directo, que en el texto sólo pudo esbozarse brevemente (p. 127, nota 52, pp. 152-153) se ocupa pormenorizadamente mi artículo en *GA*, 1963, pp. 193 ss. *(Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate)*, al que me remito. Con respecto a la reciente evolución de la problemática en la jurisprudencia, cfr. *BGHSt*, 40, 218 (*infra* núm. 38); la sentencia marca una inflexión decisiva.

que ha podido convertirse así en el *leading case* de una praxis que invierte la relación regla-excepción en los procesos por delitos nacional-socialistas. El elemento distintivo es también de naturaleza puramente intrapsíquica: Autor es "por regla general" el que «convierte objetivos criminales ajenos en base de la propia convicción y el propio actuar, o quien... de otro modo muestra diligencia complaciente o aprovecha tal terror asesino del Estado para fines propios»; por el contrario, hablaría en favor de la voluntad de partícipe de los que matan de propia mano que desaprueben la orden criminal, pero «no despliegan el valor para resistir o la inteligencia para sustraerse eficazmente, aunque tranquilicen su conciencia incidentalmente mediante consignas políticas e intenten autojustificarse» [62].

La sentencia no es plausible ya porque desplaza la delimitación entre autoría y participación a la teoría de la determinación de la pena. Más adelante volveremos sobre este problema básico; baste aquí indicar que los criterios que emplea, a pesar de su aparente viabilidad, son inaplicables en la práctica. Supongamos que el sujeto agente, de no ejecutar el delito que se le ha ordenado, ha de temer por su vida o integridad; entonces está exculpado y queda impune por estado de necesidad (§ 35 StGB). Si objetivamente no existe tal peligro, pero lo supone erróneamente, se da estado de necesidad putativo, que comporta, conforme al § 35.2, la impunidad o al menos la atenuación de la pena, pero que en cualquier caso hace aparecer como superfluo el recurso al marco penal de la complicidad, pues si el estado de necesidad real no excluye la autoría, sino sólo la culpabilidad [63], no puede ser de otro modo en el estado de necesidad putativo. Así pues, en supuestos como el sentenciado por el BGH, si es que se quiere que estimar complicidad tenga alguna trascendencia práctica, hay que partir de que el que mata de propia mano no se considera directamente en peligro y sabe que puede eludir cumplir la orden (en el caso Staschynskij, p. ej., presentando denuncia ante la policía de la República Federal). Pero entonces ya no son adecuados de entrada algunos de los elementos aducidos por el BGH: Quien no despliega el "valor para resistir" o por falta de inteligencia no ve escapatoria posible, cree estar expuesto a peligro para su vida o integridad en caso de no obedecer la orden. Para eximir de pena o para atenuarla hay que atender aquí a la teoría del estado de necesidad, no a la teoría de la participación.

Como criterio de delimitación para los supuestos pertinentes en la práctica queda, pues, la separación entre los destinatarios de órdenes "convencidos, dispuestos", que con diligencia complaciente basan su actuación propia en objetivos ajenos, y los que ejecutan "por debilidad humana" órdenes que desaprueban. Pero éste no es un criterio viable de discriminación, pues no es susceptible de investigación judicial (que además tendrá lugar casi siempre

[62] *Loc. cit.*, pp. 94 ss.

[63] Cfr. en detalle *supra* pp. 155 ss.

mucho tiempo después del hecho) cómo se entremezclan en el alma del que obra libremente convencimiento y desaprobación, conformidad y debilidad. Al margen de esta dificultad de orden práctico, la distinción tampoco es teóricamente factible. Así, si el ejecutor del asesinato u homicidio no obra en estado de necesidad putativo, se plantea la cuestión de por qué ha cometido el hecho, si lo desaprobaba. El BGH intenta sustraerse a este dilema mediante la construcción del "convencimiento temporal". Si el sujeto agente, al cometer el hecho, ha "tranquilizado su conciencia incidentalmente mediante consignas políticas", no se daría ahí suficiente voluntad de autor. Esta teoría se pone luego de manifiesto pormenorizadamente aplicándola al acusado del caso Staschynskij, cuando se dice en la sentencia [64] que no había surgido de "sugestión política propia" de Staschynskij considerar enemigos de su país a las dos víctimas a las que abatió con alevosía: «Tales ideas le fueron inculcadas en un proceso de adoctrinamiento desde la juventud sin resultado real y sin que llegaran a ser máximas fijas ni hubieran adormecido su conciencia. En el fondo nunca las había creído, sino que sólo buscó tranquilizarse con ellas temporalmente en el instante del hecho.»

Habrá que admitir que una distinción entre las formas de participación que en el adoctrinamiento político diferencia entre resultados de influjos motivadores del resultado, pero no suficientes para la autoría, y aquellos otros "reales", independientes de ello, que además discrimina "en el fondo" entre convicción superficial y creencia que indica la autoría, con tales distinciones se desliza al ámbito de lo puramente especulativo. ¿Cómo, en nuestro caso, habría recibido noticia un tribunal del estado anímico del acusado extranjero en los años anteriores al hecho? Está claro que en los hechos probados como los que considera el tribunal únicamente puede tratarse de interpretaciones intuitivas, que pueden adoptarse en un sentido o en otro en función de la persona que enjuicie. Así, también aquí decide sobre autoría y participación el arbitrio judicial irracional [65], que además está orientado a puntos de vista dogmáticos absolutamente inadecuados, pues no cabe defender en serio que el carácter del acusado tal como se formó desde la temprana juventud tenga que ser determinante, según la voluntad del legislador, para delimitar autoría y participación. La fundamentación de la sentencia del BGH deja entrever que el enjuiciamiento favorable de la personalidad que el tribunal se forma del acusado está motivado por el arrepentimiento ulterior de Staschynskij que, influido por su mujer alemana, se entregó posteriormente a las autoridades de la República Federal. Por mucho que una conducta así habría tenido que aconsejar pronto una medida de gracia, es extraño que acontecimientos que conforman la personalidad, que se desarrollan tras la comisión del delito, decidan sobre qué forma de participación se estima.

[64] *Loc. cit.*, p. 95.

[65] Cfr. al respecto mis consideraciones en *GA*, 1963, pp. 194-197.

Lo intercambiables que son las fundamentaciones en tales métodos de aplicación del Derecho lo pone de relieve la comparación con la sentencia del LG Stuttgart [66] en el llamado caso Hanke: Un policía de fronteras de la República Democrática Alemana, a "órdenes terminantes" de un sargento, había abatido, con dolo eventual, a un fugitivo de la RDA. El tribunal se apoya en la sentencia del caso Staschynskij, pero llega aquí al resultado contrario, la autoría del acusado, y lo fundamenta en los siguientes términos: «La misión de, llegado el caso, abatir a los fugitivos, ciertamente le parecía desde el punto de vista personal, tras larga reflexión, un deber desagradable, pero que debía cumplir en su caso incondicionalmente, porque por inconsideración simplemente asumió que el Estado le exigía, en relación con supuestas metas políticas, acciones que a él incluso podían parecerle ilícitas»; de este modo el acusado «ha llegado a ser prototipo del destinatario de órdenes complaciente, inconsiderado» [67]. El destinatario de órdenes "convencido" del BGH se convierte aquí, pues, en el que obedece "inconsideradamente", al que, sin embargo, en la misma frase se le atribuye "larga reflexión" (!). Mientras que, por una parte, su obrar le debía parecer "ilícito", en la siguiente frase se dice que lo ha considerado "justificado merced al interés estatal". Por último, cuando la sentencia afirma la autoría, ello es correcto en tanto que se entienda punible tal conducta [68]. Pero es evidente que, tras una fundamentación tan atormentada, absolutamente contradictoria, como la que se ha materializado aquí bajo la presión de la teoría subjetiva, hubiera sido igualmente posible afirmar la participación. En efecto, con la misma plausibilidad se habría podido mostrar que el autor, HANKE, había ejecutado la orden "terminante" sólo "por debilidad humana" y resistiéndose internamente. Y es en definitiva imprevisible en qué sentido se habría dictado la sentencia si el tribunal, en conexión con el BGH, se hubiera planteado la cuestión de si el agente había tranquilizado su conciencia temporal o definitivamente o si "en el fondo" estaba convencido o no.

No se trata de una exageración polémica, sino de una idea tan dolorosa como innegable para el cultivador de la ciencia penal, el que la teoría subjetiva, como muestran estos ejemplos, en lugar de resultados fundados científicamente sitúa el *hoc volo, sic iubeo, sit pro ratione voluntas* judicial. Que este resultado no es fortuito, sino que en la praxis se procede así normalmente, lo han subrayado expertos de prestigio [69]. Y en el fondo no puede ser de otra manera, pues la aplicación de la fórmula del interés a delitos ordenados por el Estado, que hacen depender la "voluntad de autor" de si el agente está convencido por las consignas políticas con que le han adoctrinado, ni siquiera se comprende desde el punto de vista del merecimiento de pena.

[66] *JZ*, 1964, pp. 101 ss.

[67] *JZ*, 1964, p. 103.

[68] Cfr. al respecto GRÜNWALD, *JZ*, 1966, pp. 633 ss.

[69] Cfr. *supra* pp. 132-133 y 140.

El que entrevé los fines delictivos del mando del Estado y, sin embargo, ejecuta sus instrucciones sin coerción, no merece condena más leve que el militante convencido, que incluso, a la inversa, puede en ocasiones invocar su "fe" en el mando del Estado como circunstancia atenuante.

3. En llamativo contraste con las dos sentencias hasta ahora descritas se encuentra otra de la Sala II, de 14 de agosto de 1963 [70], lo cual se advierte ya en el principio en que se señala: «En caso de doble suicidio que haya fracasado con respecto a uno de los sujetos, hay que castigar al superviviente por el § 216 StGB, si ha dominado el suceso conducente a la muerte (dominio del hecho).» En el supuesto, una pareja de amantes, cuyos padres impedían sus relaciones, había resuelto (principalmente a instancias de la muchacha) quitarse la vida. Tras no conseguir su objetivo ingiriendo ciertas tabletas, se les ocurrió envenenarse con los gases del tubo de escape de su automóvil. El acusado conectó una manguera al tubo de escape, introdujó el otro extremo por la ventanilla al habitáculo del automóvil, subió el cristal al máximo y se sentó en el asiento del conductor. Después de que su novia Gisela se sentase a su lado y cerrase la portezuela por dentro, el acusado encendió el motor y mantuvo pisado a fondo el acelerador hasta que el monóxido de carbono que penetraba le hizo perder el conocimiento. A la mañana siguiente los encontraron inconscientes, pero aún con vida, si bien sólo pudieron salvar la del acusado.

El BGH parte de la "jurisprudencia afianzada" en el sentido de que «el tipo del § 216 StGB ha de distinguirse, con arreglo a los principios de la teoría de la participación, de la complicidad impune en el suicidio». Pero estos principios no son para él los de la teoría subjetiva. Las objeciones que se han formulado contra ella "en la teoría general de la participación", naturalmente, no quiere dejarlos sin debatir el BGH, pues en su opinión «en todo caso para el supuesto especial de la delimitación típica del § 216 StGB con respecto a la complicidad impune en el suicidio, los criterios determinados subjetivamente, como los de si el agente quiso el hecho como propio, si tuvo voluntad de autor, voluntad de dominio del hecho o interés propio en el hecho, no son adecuados para garantizar resultados razonables» [71]. En su lugar, sólo podría atenderse a "quién [ha] dominado el suceso conducente a la muerte" [72].

Conforme a su tenor literal, este profesar la teoría del dominio del hecho se circunscribe al tipo del § 216 StGB (de lo contrario, habría sido inevitable acudir al Pleno del BGH). Sin embargo, la trascendencia de la sentencia va

[70] *BGHSt*, 19, pp. 135 ss.

[71] *Loc. cit.*, p. 138.

[72] *Loc. cit.*, p. 139.

más allá [73], pues las razones con las que demuestra la improcedencia de la teoría subjetiva rigen en general, como muestra el cotejo con las sentencias analizadas con anterioridad. El "ruego expreso y serio de la persona muerta", del que habla el § 216 StGB, no es sino una instigación (= inducción) bastante enérgica, de manera que según los principios de la sentencia del caso Staschynskij, habría que investigar ahora concienzudamente si el acusado *fundamentó* su acción en el deseo de Gisela y *mostró diligencia complaciente* o si sólo se plegó a dicho deseo a regañadientes. No sería impensable tal distinción, sobre todo teniendo en cuenta que precisamente en el suicidio doble cabría fundamentar igualmente el interés del superviviente en la muerte común. También el BGH se plantea esta posibilidad, señalando que entonces la decisión tendría que depender de «con qué intensidad y obstinación la persona cansada de vivir o la pareja del superviviente ha seguido la decisión de suicidio y en qué medida se ha plegado y subordinado a la voluntad de su pareja» [74]. Lo notablemente nuevo de esta sentencia consiste, sin embargo, en que el BGH conscientemente se abstiene de internarse por el camino que él mismo ha mostrado, porque le parece inviable.

Acertadamente indica que la ley no permite tales distinciones, que "no se encuentra" a qué hechos se podría vincular la estimación de voluntad de autor o de partícipe a la vista de la decisión común y de las aportaciones al hecho realizadas por ambas partes, y que el resultado sería "necesariamente arbitrario e incontrolable" [74].

Tales son las ideas a las que se llega también en otros casos si se examinan los efectos de la teoría subjetiva. Quede sin tratar si cabe suponer a la sentencia una voluntad declarativa que pretenda trascender el caso concreto. DREHER [75] la interpreta en general en el sentido de "rechazo casi de plano de la teoría subjetiva", así como BAUMANN/WEBER/MITSCH [76] la llaman "sentencia que se sale del marco trazado". En todo caso, es claro que ninguna sentencia del BGH ha puesto al descubierto tan implacablemente las consecuencias de la teoría subjetiva. Si se impone la idea de que aquí —deliberada o indeliberadamente— se ha formulado algo con validez general, la sentencia, como ya se esperó en vano de la sentencia BGHSt 8, 393 ss., podría dar el impulso decisivo a la futura despedida de la teoría subjetiva.

En relación con la importancia fundamental que le corresponde a tal crítica de la máxima jurisprudencia al subjetivismo extremo, carece de trans-

[73] Cfr. asimismo DREHER, *MDR*, 1964, p. 337: «Esta solución, que en un ámbito tan básico de la teoría de la participación pretende tener una respuesta distinta según de qué precepto se trate, me parece sencillamente inviable».

[74] *BGHSt*, 19, p. 139.

[75] *MDR*, 1964, p. 337.

[76] *AT* [10], 1995, § 29, núm. marg. 70; en términos semejantes MAURACH-GÖSSEL, *AT* [27], 1989, pp. 47-84, que califican a esta sentencia de «rareza curiosa... en medio de un período de resoluciones subjetivas extremas».

cendencia científica si la sentencia, al aplicar la teoría del dominio del hecho en el caso concreto, llega a un resultado ajustado al § 216 StGB. Así, el BGH atribuye al acusado el dominio del hecho y lo castiga como autor del § 216 StGB. No obstante, los dos amantes de nuestro supuesto, aun cuando con DREHER traslademos sin más los criterios válidos para los delitos conjuntos al doble suicidio, son cuasi-coautores: Ambos han cooperado en división del trabajo en la fase ejecutiva para conseguir su objetivo. Hay mucho en favor de entender que una cuasi-coautoría así, con arreglo a la estructura teleológica del § 216 StGB, no puede convertir al acusado en autor de este tipo, pues Gisela habría sido entonces, como "coautora", también "autora" de su propia muerte. Esto es, se da un suicidio, al que el acusado sólo podría coadyuvar impunemente [77].

Sin embargo, la suposición de DREHER [78] de que toda cooperación en la ejecución de la muerte conjunta excluye el § 216 StGB, «y no porque el que mata ya no sea autor, sino porque la víctima ha dejado de ser mera inductora» es aún demasiado indiferenciada. Tiene en cuenta muy poco que en supuestos de esta índole, la existencia o ausencia de suicidio decide sobre la punibilidad y que el dominio sobre la propia muerte, que excluye el § 216 StGB, no sigue del todo las mismas reglas que el dominio sobre la ejecución conjunta del delito. Si la solución de DREHER conduce en el supuesto sentenciado por el BGH al resultado correcto es porque la muchacha, más allá de la inducción, cooperó activamente, al cerrar la puerta, en la realización del resultado. Pero ello no es susceptible de generalización, pues el favorecimiento activo al que atiende DREHER no convierte en todas las circunstancias a la víctima en suicida. Si una persona hastiada de la vida pone en manos de su amigo una pistola cargada, con el ruego de que lo mate, en tanto que éste cumple el ruego, no obstante el favorecimiento que el hecho ha experimentado por parte del suicida, responde por el § 216 StGB. Viceversa, la falta de cooperación activa no excluye necesariamente el suicidio. Quien pide a otro que abra la llave del gas, pero se expone voluntariamente al efecto del gas hasta quedar inconsciente, se ha quitado la vida a sí mismo, y el otro simplemente ha cooperado impunemente. Con razón establece asimismo el BGH [79]: «Si la aportación de un interviniente simplemente pone en marcha la cadena causal de manera que, tras su ejecución, al otro interviniente le queda aún la plena libertad de sustraerse a los efectos o de hacerlos cesar, sólo concurre complicidad en el suicidio...».

[77] Asimismo en definitiva DREHER, *MDR*, 1964, pp. 337 ss.; PAEHLER, *MDR*, 1964, pp. 647 ss.; BOTTKE, *Suizid und Strafrecht*, 1982, p. 239, nota 1196a. La bibliografía reciente en comentarios y tratados sigue mayoritariamente la teoría aquí defendida; cfr. simplemente, BOCKELMANN, *BT*[2], 1977, p. 19; TRÖNDLE-FISCHER, *StGB*[49], 1999, § 216, núm. marg. 2; KREY, *BT* 1[11], 1998, núms. margs. 103 ss.; LACKNER-KÜHL, *StGB*[23], 1995, § 216, núm. marg. 3; MAURACH-SCHROEDER-MAIWALD, *BT* 1[8], 1995, § 1, núm. marg. 22; OTTO, *Grundkurs, BT*[5], 1998, § 6, núms. margs. 2 ss.; SAMSON, *Strafr.*, 1[7], 1988, pp. 239 ss.; SCHÖNKE-SCHRÖDER-ESER, *StGB*[25], 1997, § 216, núm. marg. 11; HERZBERG, *Täterschaft und Teilnahme*, 1977, p. 79.

[78] *Op. cit.*, p. 138.

[79] *Op. cit.*, p. 140.

Si a partir de estos ejemplos se intenta obtener un concepto de suicidio jurídicamente de validez general, adecuado para delimitar con respecto al § 216 StGB, cabe decir: Comete suicidio aquel que en el instante crítico, más allá del cual no es posible vuelta atrás, mantiene en sus manos la decisión sobre su vida; aquel que traspasa por sí mismo la línea que se halla al surgir la incapacidad de acción. Por el contrario, se trata de un caso del § 216 StGB cuando la víctima encomienda a otro la ejecución del acto último e irreversible, cuando hace que otro le impulse a traspasar el umbral de la muerte [80]. Así pues, el que se deja caer con la soga al cuello, el que salta al agua, el que se pone la pistola en la sien o apura la copa de veneno, se ha quitado la vida. El cómplice es impune, aun cuando éste, a tal objeto, haya anudado la soga, llenado la piscina, cargado la pistola o dispensado el veneno. Por el contrario, responde por el § 216 StGB el que, a ruego de otro, le inyecta la sustancia letal o tensa la soga para estrangular, aun cuando la víctima haya cargado la jeringa o se haya puesto la soga en torno al cuello. Por sutil que parezca la diferencia determinante de la punibilidad, sin embargo, es razonable, pues han sido muchos los que se han puesto la pistola en la sien, pero pocos los que han tenido el valor de apretar el gatillo. El que —supuesta la imputabilidad— persevera en esta última decisión, es responsable de su propia muerte. Sin embargo, si es otro el que le quita a la persona hastiada de la vida la decisión irrevocable ante cuya ejecución éste quizá aún se arredraría, asume la responsabilidad de la muerte de la víctima y debe ser castigado por el § 216 StGB.

Aplicando estos puntos de vista a nuestro supuesto, es evidente que se da suicidio de la muchacha [81], pues en todo momento hasta quedar inconsciente pudo, como reconoce asimismo el BGH, sustraerse al efecto de los gases con salir del automóvil. Al seguir aspirando los gases, cuando aún tenía oportunidad de salvarse, manteniendo esta decisión hasta el final, fue ella misma la que traspasó las puertas de la muerte [82]. A la vista de esta

[80] En definitiva coincidiendo en gran medida PAEHLER, *MDR*, 1964, pp. 648 ss.; como aquí, enlazando con el texto, sobe todo KREY, SAMSON, SCHÖNKE-SCHRÖDER-ESER; todos como en nota 77. Una defensa de mi tesis frente a sus críticos se encuentra en mi artículo «Die Abgrenzung von strafloser Suizidteilnahme, strafbarem Tötungsdelikt und gerechtfertigter Euthanasie», en WOLTER (ed.), *140 Jahre Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 1993, pp. 177 ss.

[81] Solución distinta sólo podría caber si Gisela, de dieciséis años, fue incapaz de decidir responsablemente, debido a su juventud. Lo cual es, como la capacidad de delinquir de los jóvenes, cuestión del caso concreto (cfr. *supra* pp. 242 ss.), lo que aquí, sin embargo, hay que negar, ya que la chica, según hechos probados de la sentencia «era más madura de lo que cabría esperar de su edad».

[82] Postura distinta en este punto la defiende BLEI, *Prüfe dein Wissen, Strafrecht, Bes. Teil*/1[10], 1996, núm. 44, pp. 35 ss., que señala: «Sobre el instante decisivo no tiene dominio alguno la víctima, porque ya no queda espacio para ello tras producirse la pérdida de consciencia, el trastorno o perturbaciones, y antes la víctima no sabe que precisamente entonces se acerca el momento decisivo.»

decisión responsable, que excluye el § 216 StGB, es irrelevante quién condujo los gases al habitáculo del automóvil o quién cerró la puerta, pues que fuera ella u otro el que lo hiciera es irrelevante con respecto al comportamiento de ella en la situación crítica. Asimismo es indiferente quién de ambos perdiera primero la consciencia; esta cuestión carece de importancia para la existencia de suicidio. Por último, tampoco puede atenderse a la circunstancia que el BGH eleva a criterio para resolver, la de si la otra persona sólo inició la cadena causal conducente a la muerte y luego la dejó seguir su curso, o si continuó «la acción ejecutiva tendente a la muerte de ambos hasta que él mismo se desmayó [83]. Si la sentencia en el primer caso estima complicidad en el suicidio y en el segundo, en cambio, homicidio a ruego (punible) y afirma aquí la concurrencia de lo segundo porque el acusado, hasta perder el sentido, mantuvo pisado el acelerador, desde puntos de vista teleológicos no se entiende por qué este hecho ha de decidir sobre la punibilidad. El BGH tendría que llegar al resultado opuesto si el acusado hubiera dejado sujeto el pedal del acelerador, para que siguieran entrando gases por sí sólos, en lugar de seguir pisándolo [84]; pues entonces sólo habría puesto en marcha el curso causal, sin hacer "perdurar bajo la dirección de su voluntad" su aportación al hecho. Con tal distinción, las "circunstancias casuales del curso del suceso", lo que la sentencia precisamente se propone descartar, se convierten en determinantes de la punibilidad. En efecto, para la pregunta que el propio BGH sitúa en primer plano, la de si al otro «aún le quedaba la libertad plena de sustraerse a los efectos, o de hacerles cesar», los detalles de la conducción de los gases carecen por completo de importancia.

Así pues, que exista complicidad en el suicidio u homicidio a ruego depende del dominio sobre el instante que acarrea la muerte. El dominio del hecho, para el que en general basta (co-)dominio en la fase ejecutiva, se circunscribe así, en el tipo del § 216 al dominio sobre el instante decisivo. Lo cual tiene que ser necesariamente así debido a la identidad de autor y víctima, característica del suicidio, pues como la persona que muere —a

Lo cual no acabo de entenderlo, dado que la pérdida de consciencia por inhalación del gas no se produce como un relámpago en un cielo despejado, sino pasando por distintas fases, que comienzan con el malestar y el nublarse la consciencia, de manera que a la víctima, en un momento dado, puede pasársele por la cabeza la idea siguiente: «En este momento podrías aún abrir las puertas o bajar los cristales de las ventanillas y salvar la vida; si no lo haces, todo se acabó.» De todos modos, la postura de BLEI no representa diferencia de opinión alguna en el ámbito de la teoría de la participación, sino una interpretación distinta de la situación concreta a enjuiciar.

Por el contrario, argumentan con el mismo planteamiento que nosotros, ARZT-WEBER, *BT, LH,* 1[3], 1988, núm. marg. 215, al atribuir al § 216 sólo los casos «en que el suicida potencial supera la inhibición de atentar contra su vida *(Hand an sich zu legen)* poniéndose en manos de otro *(in die Hand eines anderen)*». En el mismo sentido, HORN, *SK*[5], 1993, § 216, núm. marg. 11. De todos modos, esto sólo puede comprobarse empíricamente de la mano de los criterios indicados en el texto.

[83] *Loc. cit.*, p. 140.

[84] Cfr. al respecto asimismo PAEHLER, *loc. cit.*, p. 648, con arreglo a cuya interpretación, el BGH se atiene a «si el autor puso en marcha el motor antes o después de subir la persona fallecida».

diferencia de en el resto de los casos— mantiene en sus manos su vida hasta el segundo crítico, todos los actos precedentes no pueden procurar a otro interviniente el dominio sobre la vida y la muerte. Por eso no es que la teoría del dominio del hecho no ofrezca en el caso del § 216 solución satisfactoria [85]; simplemente ocurre que el criterio del dominio, debido a la peculiar estructura del tipo del § 216 (cooperación de autor y víctima), se presenta en forma distinta que en los demás delitos contra la vida. Lo cual no es nada raro, sino sencillamente una prueba de la legítima referencia del concepto de autor al tipo, descrita *supra* [86], conforme a la cual sus «manifestaciones, como consecuencia de las cambiantes acciones típicas, reciben una impronta distinta en cada caso» [87].

HERZBERG [88] ha desarrollado una solución divergente en el sentido de aplicar sin modificación la teoría del dominio del hecho. Para ello, sigue expresamente mi tesis de que el acusado y la muchacha son "coautores" y de que, por tanto, la víctima cometió suicidio. Sin embargo, entiende HERZBERG que ello no justifica deducir la impunidad del acusado. «No existe ningún principio jurídico en el sentido de que toda forma de cooperación en un suicidio sea impune. Ello sólo es así para la participación en sentido estricto, esto es, inducción y complicidad, porque éstas presuponen una acción conminada con pena como hecho de referencia. Si la cooperación aparece como coautoría, no se aplican las reglas de la accesoriedad. La producción conjunta de la muerte es para G suicidio, pero para A homicidio (típico) de otra persona.»

Sin embargo, difícilmente cabe considerar acertada esta postura, pues de la impunidad absolutamente indiscutida de la complicidad activa con el suicidio hay que deducir, en contra de HERZBERG, que sólo cabe matar a otro imputablemente si éste no se ha matado a sí mismo de forma plenamente

[85] Como entienden SCHÖNKE-SCHRÖDER-ESER, como nota 74, y BLEI, *BT*[12], 1983, p. 30.

[86] P. 480.

[87] En este contexto se inserta asimismo una nueva sentencia de la Sala 1 de 25 de noviembre de 1986 (*NStZ*, 1987, p. 365), que tan evidente considera estimar autoría que ni siquiera se plantea el problema. En el caso enjuiciado, un médico anciano, pero plenamente responsable, con intención de suicidarse, se había inyectado un narcoanalgésico. Su sobrino, el acusado, que se lo había encontrado inconsciente, y por un ruego anterior, le había administrado otra inyección, que —como hay que estimar en favor suyo— sólo había acortado una hora la vida de la víctima, ya imposible de salvar. El BGH aprecia que se da el § 216 StGB. Sin embargo, no valorando la inyección coadyuvante aisladamente como causa de la muerte, sino juzgando todo el suceso conducente a la muerte como un proceso unitario, es evidente estimar un suicidio ejecutado en dominio del hecho propio por parte del tío y considerar al auxilio del acusado simplemente como complicidad impune. Con más detalle en este sentido, ROXIN, *NStZ*, 1987, pp. 345 ss. Como era de esperar, polemiza vivamente contra tal decisión HERZBERG, *JuS*, 1988, pp. 771 ss. Muy importante con respecto a toda la problemática asimismo NEUMANN, *JZ*, 1987, pp. 244 ss.

[88] *JuS*, 1975, p. 38.

responsable [89]. En otro caso, habría que castigar por homicidio al que coopera no sólo en caso de cuasi-coautoría, sino también en los de inducción y complicidad, pues en sentido técnico, debido a la falta de tipicidad del suicidio, no cabe hablar (por igual) de coautoría, inducción ni complicidad; por el contrario, en los tres casos se da una causación de muerte en el sentido de la teoría de la equivalencia, que podría conducir a castigar por el § 212 StGB sólo si el suicidio realizado responsablemente por la víctima no excluyera el homicidio punible por parte del co-causante.

4. La sentencia de la Sala v de 5 de julio de 1966 [90] trata el difícil tema de la delimitación entre autoría y participación en la omisión. La acusada en este caso era la dueña de un bar que toleró que cuatro parroquianos, dentro de su local, cortaran el cabello y parte del vello púbico a una joven que se había negado a bailar con uno de ellos por segunda vez. A los hombres se les condenó por lesiones peligrosas, coacciones e injurias, mientras que a la acusada, a la que en opinión del BGH incumbía un deber de evitar el resultado, se la hizo responder asimismo como coautora por omisión.

En esta sentencia lo que resulta especialmente notable es que el BGH no sigue la opinión dominante en la doctrina, a tenor de la cual la acción dolosa de un autor comisivo sólo hace aparecer al omitente siempre como cómplice [91], sino que suscribe la sentencia BGHSt 8, 393-99 [92], dictada por la misma Sala, que, aun ateniéndose externamente a la teoría subjetiva, tendía a una delimitación más objetiva. La sección de lo penal, como señala la Sala, no tuvo que «comprobar que la acusada quisiera determinar los hechos de los coacusados como propios... La dirección de voluntad que distingue al coautor del cómplice no es un hecho simplemente interno que cupiera verificar. Lo que el interviniente quiso, más bien, ha de averiguarlo valorativamente el tribunal sobre la base de las circunstancias que aquél abarcó». De entre las circunstancias determinantes se mencionan, invocando la sentencia BGHSt 2, 150 ss. [93], «la dirección de voluntad, el dominio del hecho, el interés en el resultado del hecho y el alcance de la realización del tipo propia».

Aun cuando aquí se descarta expresamente la voluntad de autor en tanto que "hecho interno", sin embargo, la Sala sustenta luego la coautoría exclusivamente en criterios subjetivos: «La acusada aprobó los apremios de los cuatro autores varones y se identificó con ellos, como puso de manifiesto al regocijarse con las acciones de éstos.» De ese modo, el resultado se queda en el ámbito de lo casual y de lo que no compromete, puesto que seguramente hubieran podido encontrarse otros aspectos que habrían justificado el resultado contrario. Por ejemplo, no se aprecia dominio del hecho, ni interés propio, ni un "especial alcance de una ejecución de tipo". No se indica por qué nada de esto se tiene en cuenta, y sí el "regocijo" de la acusada. Así pues, la sentencia contribuye bien poco a clarificar esta confusa situación.

Pero resulta curioso que la sentencia acabe desembocando en la teoría, mantenida *supra* [94], de que la posición especial de deber, al menos en los tipos de causación, convierte sin más en autor al omitente. Esta concepción, que en los supuestos como el presente coincide con las teorías de Armin KAUFMANN y GRÜNWALD, a tenor de las cuales en la omisión no sería posible distinguir entre autoría y participación [95], tiene en la actual regulación más probabilidad de imponerse que antes. En efecto, el § 13 StGB, que regula por vez primera la punibilidad por omisión, ha prescindido de la expresión, aún recogida en el Proyecto de 1962, de que el delincuente por omisión es punible "como autor o partícipe", según la Exposición de Motivos del Comité Especial [96] únicamente «para no intervenir en la controversia dogmática en torno a la cuestión de si en los delitos de omisión es posible distinguir entre autoría y participación». Dado que el legislador, apartándose del Proyecto de 1962, al mismo tiempo ha introducido la atenuación facultativa de la pena (§ 13.2 StGB) para la autoría por omisión, reclamada perentoriamente *supra* [97], se han despejado ya todas las dificultades que desde la ley positiva se oponían a la propuesta de solución desarrollada en el texto. Así pues, cabe imaginar que la jurisprudencia llegue en el futuro a una regulación completamente nueva del concepto de autor en la omisión, a la que no se ajusta el principio del dominio del hecho. Habrá que esperar a ver. En cualquier caso, desde la perspectiva de la teoría que aquí se ha desarrollado, la condena de la dueña del bar a título de autora por omisión se habría producido acertadamente a fin de cuentas si ya se debiera haber visto favorecida —¡con razón!— por la posibilidad de atenuación del § 13.2 StGB.

[89] HERZBERG lo discute sobre todo porque no aprueba la parquedad del legislador en el castigo de causaciones de suicidios. En efecto, destaca expresamente que su solución «merece aprobación también jurídico-políticamente y desde el sentimiento jurídico. El que actúa para que se produzca la muerte de una chica con amores desgraciados, hace algo extraordinariamente reprobable, de lo que habría que disuadirle mediante conminación penal». Pero al afirmarlo no tiene en cuenta que el legislador no ha procedido así, como demuestra la impunidad de la inducción. Tampoco dudo que el superviviente (fortuito) de un doble suicidio (que, además, en el presente caso no había sido la parte impulsora) sea mucho menos punible que el inductor no afectado por lo trágico del suceso, que no obstante queda impune. Precisamente en los suicidios dobles de esta índole el efecto preventivo de la conminación penal es absolutamente nulo, perdiendo ya por eso toda su fuerza la argumentación de HERZBERG. En *Täterschaft und Teilnahme,* 1977, pp. 76 ss., polemizando con mi crítica, HERZBERG ha modificado en parte su argumentación, pero con consideraciones apasionadas persevera en su punto de vista de ampliar la punibilidad.

[90] *NJW,* 1966, p. 1763. Esta sentencia la he reproducido, con comentarios míos, en la compilación de sentencias, editada por mí, *ESJ Strafrecht, Allg. Teil* [2], 1984, como caso núm. 90.

[91] Cfr. al respecto *supra,* pp. 536 ss.

[92] Cfr. en detalle *supra,* pp. 118 ss.

[93] *Supra* pp. 113 ss., 530.

[94] Pp. 497 ss.; con respecto a la evolución doctrinal reciente, cfr. con más detalle *infra* pp. 749 ss.

[95] Cfr. *supra,* pp. 507 ss.

[96] *Bundestagsdrucksache,* v/4095, p. 8.

[97] Pp. 541 ss.

5. De un supuesto especial hubo de ocuparse la sentencia de la Sala v de 30 de abril de 1968 [98], que determinó que ésta se apartara de la teoría subjetiva habitualmente manejada. Al acusado lo había condenado el jurado por complicidad en el asesinato porque, como miembro, en calidad de juez de carrera, del Tribunal popular *(Volksgerichtshof),* había votado a favor de pena de muerte en siete ocasiones en que Feisler, como Presidente de la Sala, lo había propuesto. El BGH estimó coautoría, señalando que la punición por complicidad no daba debida cuenta de la oposición jurídica de un juez de carrera. Ésta se deduce, y se deducía en el momento del hecho, directamente del § 1 GVG (Ley orgánica de la Judicatura). Dicha posición no puede ni pudo cambiar mediante ninguna condición fáctica en la medida en que estima el jurado. Como miembro de un tribunal colegiado, el acusado, al emitir su voto, también según el Derecho entonces vigente, era independiente, igual en derechos, sometido sólo a la ley y responsable ante su conciencia. Su deber exigía que siguiera exclusivamente su convicción jurídica. Y de ello no podía privarle nadie, ni siquiera un Presidente de la calaña de Feisler. Así pues, en caso de que el acusado votara a favor de la pena de muerte conscientemente en contra de su convicción judicial acerca de la situación jurídica, realizó una aportación personalísima y sólo pudo ser, supuesta la contrariedad a Derecho de su sentencia, autor y no cómplice de delito contra la vida.»

Llama la atención en la sentencia hasta qué punto está normativizada la estimación de la autoría. Ciertamente el resultado es acertado, pero en la fundamentación hay que distinguir. En tanto que se trata de un delito contra la vida doloso, los jueces (de considerar al "fallo judicial" como asesinato) han cooperado de común acuerdo en la fase ejecutiva —pues la "condena" se presenta como tentativa acabada—, al realizar cada uno de los miembros del tribunal que votaron favorablemente una aportación al hecho, cuyo efecto conjunto produjo el resultado. Así pues, se da un dominio del hecho conjunto, que para cada uno de los que votaron por la pena de muerte fundamenta la autoría, sin que en ello hayan desempeñado papel alguno su "disposición interna" o su "interés". La posición del juez, conforme a la GVG, tiene trascendencia para este resultado únicamente en la medida en que atribuye a cada juez la función cuyo cumplimiento le hace autor, con arreglo a los principios generales de la teoría del dominio del hecho. Cuando el BGH descarta estimar coautoría y considera autor singular a cada uno de los jueces, ello se basa en la relación de exclusión que la jurisprudencia aprecia entre asesinato y homicidio, que excluiría la coautoría. Naturalmente, incluso desde este planteamiento (incorrecto) se dan los requisitos de la autoría consumada si cada juez, mediante su voto, ha (co-)causado la muerte. De llevar este punto de vista hasta sus últimas consecuencias en relación con el presente caso, surgen graves problemas causales, suponiendo que

[98] *NJW,* 1968, pp. 1339 y 1340.

ya los demás votos hubieran bastado para la condena a muerte, esto es, no siendo demostrable la causalidad de cada voto en concreto. La sentencia del BGH se ha guardado de plantear tales consideraciones y tampoco aquí existe razon para hacerlo. La aporía indicada simplemente señala que sería en todo caso más correcto juzgar el asesinato como homicidio cualificado y sobre esta base recurrir a los criterios de la teoría del dominio del hecho para la coautoría. Sin embargo, no deja de ser curioso que el BGH apunte al menos en cuanto al resultado esta solución y se haya dado cuenta de la inviabilidad de la teoría subjetiva.

Centrando la atención en el tipo de prevaricación, que desde luego no era objeto de esta sentencia, las consideraciones del BGH acerca del carácter "personalísimo" del voto judicial prevaricador confirman la teoría desarrollada *supra* [99] en el sentido de que se trata de un delito de propia mano. No hace falta, no obstante, analizar más en profundidad en este contexto las cuestiones a ello vinculadas.

6. Las sentencias siguientes vuelven a moverse por la senda de la teoría subjetiva de la participación. La sentencia de la Sala IV de 3 de octubre de 1972 [100] se ocupa de los requisitos de la coautoría en los abusos sexuales (en terminología actual: violación), niega, en sintonía con la jurisprudencia de hasta la fecha [101], la naturaleza de propia mano de este delito y de ahí deduce lo siguiente, para el supuesto de cooperación en la acción coactiva: «Autor (coautor) de los abusos sexuales puede, pues, ser también el que fuerza a una mujer a soportar el yacimiento con un tercero. Si —como aquí en el caso de B— la aportación al hecho del partícipe se limita a la acción coactiva, sin embargo, procede verificar cuidadosamente el aspecto interno del hecho... Hay que esclarecer si el afectado ha querido la acción coactiva como propia. Por lo general, el hecho de que un interviniente pretendiera satisfacer su instinto sexual con la víctima puede valorarse como indicio de que al cooperar en el hecho pretende favorecer su propio designio... Pero si falta tal indicio, no se necesita fundamentar más hasta qué punto de la aportación al hecho se deduce la voluntad de autor y, por tanto, la coautoría. En el presente caso, quedaba abierta la posibilidad de que B sólo quisiera ayudar a su conocido A a conseguir el acceso carnal con la señora C. En este caso B no ha querido la coacción en su interés como acción propia; no puede ser castigado como autor, sino sólo como cómplice de abuso sexual.»

Esta fundamentación, ya con arreglo a la anterior redacción del tipo del § 177 StGB, no merecía aplauso alguno, pues con la acción coactiva B realizó de propia mano una acción típica y efectuó cooperando en división

[99] Pp. 465 ss.
[100] En DALLINGER, *MDR,* 1973, p. 17.
[101] Cfr. al respecto en concreto *supra,* pp. 452 ss.

"del trabajo" con el "fornicador" el tipo del § 177 en dominio conjunto del hecho. Por ende, concurría coautoría, sin que hubiera que atender a interés o "voluntad de autor" alguna. La arbitrariedad de las fórmulas subjetivas empleadas por el BGH, que en este caso concreto hicieron aparecer como más evidente la complicidad, al contrario que la opinión que aquí se defiende, lo pone de manifiesto el contraste con la sentencia de la misma Sala [102] en la que ya una acción secundaria totalmente irrelevante para el tipo (una voz de ánimo) se consideró suficiente para constituir coautoría en la coacción sexual (§ 177 actual). Aquí había deducido el tribunal sencillamente a partir del grito de ánimo que el acusado había querido como propio el comportamiento indecente del otro. Así pues, no se había tratado de que la falta de deseo de actividad sexual propia hablase en contra de la voluntad de autor. Esta afirmación de la autoría al margen de todo dominio del hecho era, pues, tan desacertada como en el presente caso lo sería el estimar complicidad a pesar de haberse realizado la coacción de propia mano. A la cuestión de si el agente busca o no la satisfacción sexual personalmente, no puede atenderse en la delimitación entre autoría y participación, ya porque para el menoscabo del bien jurídico protegido en el § 177 efectuar la coacción es desde luego de la misma importancia.

A las conclusiones que a partir de la concepción aquí mantenida se deducían para la delimitación entre autoría y participación en el § 177 StGB ya en el Derecho anterior, se ha sumado ostensiblemente el legislador de la IV Ley de Reforma del Derecho penal al formular el tipo. Cuando ahora se dice: «El que fuerce a una mujer... a realizar acceso carnal con él mismo o con un tercero», se evidencia que el que coacciona de propia mano también realiza el tipo íntegramente cuando pretende forzar el yacimiento de otro. En un supuesto como el presente habría que estimar autoría ya sobre la base del § 25.1 StGB ("el que comete el hecho personalmente") sin tener en cuenta el "aspecto interno del tipo".

7. También se trataba de problemas de coautoría en una sentencia de la Sala II de 4 de abril de 1973 [103] relativa al tipo de robo con intimidación. A había tomado parte en el asalto a una sucursal de una caja de ahorros, en el transcurso del cual el coautor B, amenazando con una pistola cargada, forzó a que le entegaran más de 22.000 marcos. A había cooperado intensamente en la preparación del hecho. «En la ejecución no se hizo notar como interviniente, pero proporcionó una importante contribución, al anunciar por señas al coautor desde delante de la ventanilla, según lo acordado, que no había especiales obstáculos.»

El BGH entiende que sólo cabe castigar a A como coautor si ha tenido la "voluntad de autor", que se equipara aquí por completo al "interés".

[102] Cfr. al respecto más en detalle *supra*, p. 451.
[103] BGH en DALLINGER, *MDR*, 1973, p. 729.

En este caso, el problema residía en que A no iba a recibir nada de los 22.000 marcos, sino sólo a montar una empresa de alquiler de automóviles en que A iba a aportar capital de procedencia legal y B el dinero robado. Al respecto se dice en la sentencia: «No se opone a estimar autoría mediata que el botín del hecho sólo le fuera a corresponder al coautor, pues robo con intimidación también puede cometer aquel que obra con la intención de enriquecer ilícitamente a un tercero (§ 253 StGB). Nada cambia en ello que el tercero tomase parte aquí como coautor. Lo decisivo para la cuestión de la coautoría de A es únicamente que éste persiguiera indirectamente un objetivo propio, a saber, la adquisición de la empresa de alquiler de automóviles.»

Desde el punto de vista que aquí se mantiene, la coautoría únicamente cabía estimarla sobre la base de que A y B, en la fase ejecutiva cooperaron en división del trabajo, al tomar B el dinero y asegurar A la ejecución desde delante de la ventanilla [104]. En efecto, ambos cometieron "el delito conjuntamente" en el sentido del § 25.2 StGB porque los dos tenían el dominio del hecho. Por el contrario, no hay que atender ni a la actividad de A en la fase preparatoria ni a si con el hecho "perseguía también un objetivo propio" (aunque fuera sólo indirectamente). No se entiende cómo es que la forma del posterior aprovechamiento del botín iba a influir en el papel de B en la ejecución del hecho. Ya el tenor literal del § 253 StGB ("para enriquecer ilegítimamente a un tercero") patentiza suficientemente que, conforme a la voluntad del legislador, también las acciones "altruistas" realizan el tipo y, por tanto, han de fundamentar la autoría. Difícilmente habrá alguna participación en el hecho en la que no quepa construir, a voluntad, un objetivo "propio indirectamente". Por eso sería deseable que la jurisprudencia se desligara en el futuro de tales vagas fórmulas subjetivistas. Con todo, en cuanto al resultado merece aprobarse esta sentencia.

8. La sentencia de la Sala I de 12 de marzo de 1974 [105] suscribe una vez más la teoría subjetiva extrema hasta sus últimas consecuencias. Se trataba de un supuesto de coautoría (sucesiva) en el asesinato. A y B habían maltratado a X propinándole golpes en la cabeza, puñaladas y patadas, mientras que C, el acusado del presente caso, al principio se había mantenido al margen. Sólo cuando B puso en manos de C un cuchillo, diciéndole: «No seas cobarde, vamos, pínchale tú también», le clavó éste a la víctima el cuchillo en el vientre, dejándolo clavado.

En la cuestión de la coautoría, el BGH atiende, de modo absolutamente convencional, a la "dirección interna de voluntad", señalando en principio: «El que determinado interviniente desee esta estrecha relación con el hecho

[104] Acerca de la coautoría como "dominio del hecho funcional", cfr. en concreto *supra*, pp. 308 ss.
[105] En DALLINGER, *MDR*, 1974, p. 547; crítica detallada en SCHÖNEBORN, *ZStW*, 87 (1975), pp. 902 ss. (904 ss.).

ha de enjuiciarse en función de todas las circunstancias», mencionando también «el alcance de la intervención en el hecho y el dominio del hecho». Sin embargo, no ha de atenderse a esto decisivamente: «La ejecución de propia mano ciertamente puede hablar en favor de autoría o coautoría, pero no con carácter general, pues quien realiza en su persona todos los elementos del tipo, puede ser considerado cómplice si su voluntad se dirigió simplemente a apoyar un hecho ajeno... El apuñalar de propia mano en el afán de no aparecer como un cobarde a los ojos de los otros dos más bien habla en favor de que el sujeto se subordinó a la voluntad de éstos. Asimismo, la presencia en el lugar del hecho y el mero conocimiento del proceder de los otros e incluso la aprobación posterior no bastan para estimar coautoría.»

Estas tesis van aún más allá que la sentencia del caso Staschynskij, puesto que mientras allí al menos existía una situación semicoactiva, el motivo negativo, que aquí se da, de no aparecer como un "cobarde" a los ojos de asesinos apenas puede tenerse en cuenta ni siquiera en la determinación de la pena en favor del agente. Y, sin embargo, a través de la apreciación de complicidad ¡tiene que comportar la atenuación obligatoria de la pena! Está claro que una sentencia como ésta ya no puede ser posible conforme al nuevo § 25.1 StGB.

9. Vigente ya el nuevo § 25, la Sala I, en una sentencia de 17 de marzo de 1977 [106], ha procedido a desplazar levemente el acento. Se trataba aquí —no se indica el supuesto de hecho concreto— al parecer de un robo con violencia, en relación con el cual el BGH se pronuncia una vez más en el terreno de los principios sobre la delimitación entre coautoría y complicidad. El acusado no había empleado violencia ni sustraído personalmente el botín, pero había «efectuado una serie de aportaciones favorecedoras, sin las cuales el hecho no se habría podido cometer, o al menos no como se cometió. Cooperó como coautor en la sustracción del automóvil con el cual su compinche acudió al lugar del hecho y en el que, tras el asalto, se alejó de las inmediaciones; asimismo, tuvo preparado su coche para la huida posterior y lo condujo; aumentó la peligrosidad del arma del delito (una escopeta de caza) recortándole los cañones». Además, según lo acordado recibió una parte del botín.

La Sala de lo Penal había condenado al acusado sólo como cómplice. En cambio, el BGH, en armonía con la jurisprudencia que venía produciéndose, establece que no es la cooperación en la fase ejecutiva lo que constituye requisito objetivo de la coautoría, sino «simplemente una aportación favorecedora de la realización del tipo, que puede limitarse a una acción de preparación o de apoyo». Por consiguiente, el acusado, debido a su aportación al hecho fue coautor "si quiso el hecho como propio". Sin embargo, esta voluntad de autor, a tenor de la jurisprudencia constante, ha de averiguarse

[106] *GA*, 1977, p. 306.

«sobre la base de todas las circunstancias... en consideración valorativa». Para dicha valoración, «la declaración del acusado sobre sus reservas internas y su distanciación apenas significaba algo». Lo determinante es, más bien, el "interés propio en el hecho" así como el "co-dominio de si el curso del hecho iba a tener lugar y cómo".

Al contrario que en la sentencia tratada en el núm. 8, las "reservas internas y la distanciación" se evalúan aquí (casi) como de importancia nula. Como verdaderos criterios de la autoría aparecen el interés y la parte del beneficio en el hecho. Dado que el BGH entiende que ambos se dan, tiene que llegar sin más a afirmar la coautoría. Lo cual es compartible en cuanto al resultado desde nuestro punto de vista. No obstante, con arreglo a éste la coautoría se fundamenta exclusivamente en que el acusado posibilitó la fuga; en que antes del hecho prometió hacerlo y en que la aportación efectuada antes de la terminación material (esto es, aún en fase ejecutiva) fue esencial para el éxito del delito, lo que le procuró al acusado el dominio del hecho funcional. El aportar medios auxiliares para la ejecución (auto, escopeta), por el contrario, al igual que en otros casos el facilitar útiles para el robo con fractura, fundamentaría sólo complicidad. Tampoco el interés propio del acusado podría dar lugar a coautoría; es normal que cómplices reciban en pago parte del botín, no pudiendo esto influir en las relaciones de participación.

10. Otra sentencia de la Sala I de 7 de junio de 1977 [107] trata la coautoría en la violación, llegando a una solución que se aparta radicalmente de la teoría subjetiva extrema que esa misma Sala había defendido en fechas tan próximas como 1974 (*supra* núm. 8). El acusado, en una violación, «simplemente sujetó a la víctima por una pierna, para posibilitar a los coacusados el acceso carnal», que él mismo "ni efectuó ni quería hacerlo". La Sala estima directamente coautoría, apoyándose en el tenor literal del § 177 StGB, modificado por la IV Ley de Reforma Penal (cfr. al respecto el núm. 6), conforme al cual realiza el tipo "quien fuerza a una mujer a yacer consigo mismo o con un tercero". El BGH argumenta [108]: «Pero lo que basta para la autoría singular, basta también para la coautoría: También comete violación aquel cuya aportación al hecho se iba a limitar y se limita a coaccionar. Al igual que en la autoría singular, no hay que atender a otros requisitos (como el interés propio en el hecho o querer el hecho como propio).»

Lo cual merece aplauso sin reservas tanto en el resultado como en la fundamentación. El acusado era cotitular del dominio del hecho, porque al sujetar a la víctima había efectuado una aportación esencial en la fase ejecutiva. Ello también era válido en la regulación precedente (cfr. *supra* núm. 6, en polémica con la anterior jurisprudencia discrepante), pero ahora con mayor razón porque, a tenor de la nueva redacción del § 177, también

[107] *BGHSt*, 27, pp. 205 ss.
[108] *Loc. cit.*, pp. 206 s.

el que coacciona sin dolo de yacer realiza personalmente el tipo por entero y consiguientemente tiene, además del dominio del hecho funcional, el dominio de la acción. Sobre este segundo aspecto, que ya basta para fundamentar la autoría, se apoya también el BGH. Al señalar que son irrelevantes el interés propio o el querer el hecho como propio, lleva a cabo una declaración absolutamente acertada. Pero se basa en la premisa de que ¡aquel que realiza el tipo de propia mano siempre es autor! Lo cual es cierto, pero se contradice con la sentencia de la misma Sala de 12 de marzo de 1974 (*supra* núm. 8), conforme a la cual faltando la voluntad de autor también es cómplice aquel que "realiza todos los elementos del tipo en su persona". Como observé *supra* (p. 623), tal concepción ya no es posible "con arreglo al nuevo § 25.1 StGB" y cabe pensar que el cambio de parecer de la Sala I se base efectivamente en el tenor literal del nuevo § 25.1 StGB («Se castigará como autor al que realice el hecho personalmente»). Entonces, en esta sentencia nos encontraríamos ante el alejamiento con respecto a la teoría subjetiva extrema, el cual resulta de la ley (cfr. *supra* pp. 548 ss.) y que entre tanto también ha llevado a cabo el OLG Stuttgart [109]. Sin embargo, es dudoso que el BGH quisiera adoptar una decisión tan de principio, porque las razones de la sentencia están cortadas a la medida del tipo de violación, no mencionándose tan siquiera el § 25.1 StGB. Por tanto, no queda claro qué alcance le corresponde a la sentencia en opinión del BGH.

11. Una sentencia de la Sala I de 13 de marzo de 1979 [110] se refiere a un supuesto en que el acusado, junto con dos mujeres, había acordado un atraco a un banco y asumido en éste una función esencial: Tenía que hacer que le llenaran de dinero una bolsa de plástico, mientras que las mujeres mantendrían a raya a los empleados y eventuales clientes apuntándoles con pistolas. Además, el acusado había realizado aportaciones en la fase preparatoria (apoyo psíquico, hurto de una bicicleta utilizada para el hecho, examen del lugar del hecho). Asimismo, tenía interés en el dinero, que necesitaba para pagar deudas y cubrir sus necesidades.

Si el plan se hubiera ejecutado en la forma prevista, el acusado habría sido coautor desde todos los puntos de vista. La singularidad del caso estriba, sin embargo, en que el acusado, de camino hacia el banco —esto es, aún en la fase preparatoria— empezó a tener reparos, por lo que se alejó, mientras que las dos mujeres perpetraron el atraco por sí solas. Él recibió parte del botín en la medida en que una de las dos mujeres cohabitaba con él, de manera que la parte que le correspondió a ella también sirvió para satisfacer las necesidades de él. No se tuvo en consideración el desistimiento (eximente) del acusado porque las aportaciones que había realizado en la fase preparatoria siguieron surtiendo efecto, al no haberlas él retirado.

[109] *NJW*, 1978, p. 715.

[110] *BGHSt*, 28, pp. 346 ss. (348 ss.).

En la cuestión de si el acusado tenía que responder como coautor o como cómplice del robo consumado, el tribunal se enfrentaba al problema de que había que afirmar el interés del acusado, pero que había que negar su dominio del hecho: «Para el enjuiciamiento hay que tener en cuenta especialmente... por una parte el interés propio del acusado, que lo impulsaba al hecho (el dinero que necesitaba para pagar deudas y satisfacer sus necesidades) y por otra parte la circunstancia de que el acusado ya no dominaba que el curso del hecho se efectuara o no, y cómo» [111]. En la ponderación de ambos aspectos antagónicos, el BGH se inclina, en el presente caso, por estimar simplemente complicidad. Ciertamente, la falta de dominio del hecho del acusado «nada podía cambiar en la disposición interna con la que efectuó sus aportaciones al hecho. Pero como para el enjuiciamiento global, éste es sólo un aspecto entre varios..., la cuestión de si el acusado fue coautor o cómplice no se decide únicamente (y ya) sobre la base de esta disposición, que no se mantuvo tras la fase preparatoria».

Conforme a los parámetros de la teoría del dominio del hecho, la sentencia es acertada en cuanto al resultado. Significa, al igual que la de la Sala I de 25 de marzo de 1982 [*supra* 35, *e)*], un paso claro hacia la teoría del dominio del hecho. Bien es verdad que no se pronuncia el adiós, como hubiera sido pertiente, al "interés" como criterio de la autoría. Pero al menos éste experimenta una notable relativización, al no considerársele suficiente para fundamentar la autoría, a pesar de las múltiples aportaciones en la fase preparatoria, por faltar del todo el dominio del hecho.

12. La sentencia de la Sala II de 4 de marzo de 1981 [112] se ocupa de un supuesto de lesiones en autoría mediata determinando que un inimputable se dañase a sí mismo. El acusado había llevado botellas de aguardiente al hospital a un enfermo mental ostensible, embriagando a éste varias veces. «A quien le falta por completo la capacidad de inhibición, para lo lícito o lo ilícito, no se le puede atribuir tampoco con respecto al valor de mantener la propia salud», señala el BGH [113]. Naturalmente, ésta es una regla de experiencia que ha de verificarse y confirmarse en el caso concreto [114]. Al margen de lo cual, esta sentencia —exenta de toda referencia a criterios subjetivos— coincide absolutamente con la concepción de la teoría del dominio del hecho. En el ámbito de la autoría mediata, se habría reconocido así también en la jurisprudencia el dominio del hecho como criterio determinante [115].

13. Por último, de delimitar entre coautoría y complicidad se vuelve a tratar en la sentencia de la Sala V de 15 de septiembre de 1981 [116]. El

[111] Esta cita y las siguientes, *loc. cit.*, p. 349.

[112] BGH, en HOLTZ, *MDR*, 1981, pp. 631 ss.

[113] Refiriéndose literalmente a mis consideraciones en *LK*[11], 1993, § 25, núm. marg. 127.

[114] Cfr. *supra*, pp. 263 ss.

[115] Lo cual viene confirmado claramente por las sentencias subsiguientes (núms. 16 y 29).

[116] *NStZ*, 1982, p. 27.

acusado pertenecía, con un grupo de correligionarios, al llamado Pueblo de la Mezquita y había llevado a cabo con ellos un ataque violento contra miembros de un centro obrero. Consta que el acusado, armado con un cuchillo, había acometido al grupo contrario; sin embargo, no pudo demostrarse que efectivamente apuñalara o en general que infligiera lesiones de propia mano. Era evidente que desde el principio apareció como uno de los cabecillas de los agresores; «aun después de los enfrentamientos impartió órdenes a los fieles del Pueblo de la Mezquita, órdenes que fueron obedecidas». El BGH condena al acusado como coautor: «También puede castigarse por lesiones conjuntas a quien no las ejecuta de propia mano, pero debido a una resolución conjunta del hecho contribuye al resultado de lesión con la voluntad de dominio del hecho.» Y el BGH entiende que tales requisitos de la cooperación a título de autor se dan en el presente caso.

La sentencia merece aprobarse. La conducta del acusado constituye prácticamente un caso clásico de coautoría; al dirigir *in situ* el hecho, tenía una función central en la ejecución de las lesiones. Lo notable es que el BGH mencione como criterio de la autoría, junto a la resolución común del hecho, únicamente la "voluntad de dominio del hecho". Cabe suponer que se alude así a un dominio del hecho real —que desde luego aquí existía— y que el atender a la "voluntad de dominio del hecho" representa una concesión que mantendría a la sentencia en sintonía con la teoría subjetiva de la participación.

14. La sentencia de la Sala IV de 26 de enero de 1982 [117] es la primera de tres fallos recientes, indicadores de nueva orientación, relativos a la autoría mediata (junto a núms. 16 y 29). El acusado pretendía matar a un rival. A tal objeto, prometiéndoles un elevado botín, persuadió a G., C. y U. de que asaltaran a la víctima. Para ejecutar el robo, les dio una botella de plástico que supuestamente contenía un somnífero para la víctima, pero en realidad ácido clorhídrico letal. Los ejecutores, por curiosidad, abrieron de camino la botella, comprobaron que contenía un peligroso ácido y desistieron del hecho. Entonces, el acusado intentó ejecutar el hecho por otra vía. Entregó a A una botella que supuestamente contenía acetato alumínico, pero en realidad un veneno letal. A tenía que rociar con la sustancia a la víctima, con el objeto de que ésta tuviera que ir al hospital y el acusado aprovechara para desvalijarle la casa. Sin embargo, A entrevió el plan y llevó el frasco a la policía.

El problema que interesa desde la perspectiva de la doctrina de la autoría reside en si en ambos casos se daría asesinato en autoría mediata en el caso de que el hecho se hubiera ejecutado en los términos planeados. El que, estimando autoría mediata, en la situación se hubiera llegado a tentativa

[117] *BGHSt*, 30, pp. 363-366.

o sólo a actos preparatorios, constituye un segudo problema, aún más difícil, que, sin embargo, puede dejarse de lado en este contexto [118]. Tampoco hace falta detenerse en la circunstancia indudable de que, de haberse ejecutado de hecho, se habría dado una inducción al robo (en el primer caso) y unas lesiones (en ambos casos).

El BGH estima autoría mediata, que en su opinion concurre «cuando la persona interpuesta, como consecuencia de un error provocado o aprovechado por el autor mediato, no obra dolosamente, pero también cuando la persona interpuesta, a consecuencia de su error, cree cometer un delito menos grave (cfr. ROXIN en LK[11], 1993, § 25 núm. marg. 74, 101)» [119]. Tal era el caso aquí. «El acusado ciertamente no engañó a los ejecutores que había elegido con respecto a que fueran a cometer una infracción penal. Pero sí que les ocultó circunstancias del hecho que fundamentan el tipo de un delito más grave que el que se imaginaban éstos.»

Desde la perspectiva de la teoría del dominio del hecho la sentencia merece total aplauso, puesto que con respecto al homicidio planeado de la víctima tenían que emplearse todos los intermediarios instigados por el acusado únicamente como "instumentos" sin dolo. Que con respecto a un robo o a unas lesiones fueran a obrar dolosamente y en esa medida sólo pudieran ser objeto de inducción, nada cambia en la autoría mediata por la muerte. En efecto, el dominio del hecho es "dominio del tipo" y, por tanto, está referido al tipo: El dominio por error que corresponde al sujeto de detrás, conforme al plan del hecho, se refería únicamente a la muerte, no a los demás delitos que se cometerían, de manera que también sólo en esta medida cabe estimar autoría mediata.

A pesar de la claridad de esta situación jurídica, en torno a la sentencia se ha encendido una viva polémica. SIPPEL [120] ha mantenido que sólo cabe castigar por inducción intentada al robo (§§ 249, 250 y 30.1 StGB), encontrando así en SPIEGEL [121] y TEUBNER [122] una crítica justificada y enérgica. SIPPEL rechaza el dominio del hecho por parte del inspirador en ambos casos debido a que los instigados fueron conscientes de cometer un delito grave. Pudieron —por ilustrarlo al hilo del primer supuesto [123]— «decidirse libremente a cometer el robo que se les sugería... Si bien los "ejecutores" no fueron conscientes de que mediante su conducta J. iba a morir, desde luego tuvieron que superar sus inhibiciones para cometer un robo grave».

[118] Como el BGH en favor de la tentativa, ROXIN, *HRAT*, 1998, p. 187, con respecto al supuesto núm. 52.

[119] Esta cita y las siguientes, *loc. cit.*, p. 365.

[120] *NJW*, 1983, pp. 2226 ss.; el mismo, *NJW*, 1984, p. 1886; el mismo, *JA*, 1984, pp. 480 ss.

[121] *NJW*, 1984, p. 110; el mismo, *NJW*, 1984, p. 1867.

[122] *JA*, 1984, pp. 144 ss.

[123] *NJW*, 1983, pp. 2227 ss.

Así se está desconociendo la referencia del concepto de autor al tipo [124]; la autoría es siempre realización del tipo (cfr. pp. 684 ss.), de manera que en una muerte no cabe rechazar la autoría mediata del que se sirve de una persona interpuesta que obra sin dolo, con consideraciones referidas a otro tipo totalmente distinto. Sin embargo, la confusión de SIPPEL es fructífera en la medida en que revela lo peligroso de dos tesis muy extendidas en la doctrina: el rechazo fundamental del "autor de detrás del autor" y el traslado del principio de responsabilidad, que he desarrollado para los supuestos de coacción, a los de dominio de la voluntad en virtud de error (con más detalle *infra* 717 ss.). En efecto, si para rechazar la autoría mediata uno se quisiera conformar con el solo hecho de que el instigado ha obrado dolosa y culpablemente y, por tanto, es autor responsable de una infracción penal que, a partir de las circunstancias que conocía, podía generar en grado suficiente motivos de inhibición, cabría llegar efectivamente a una mera inducción. Pero tales construcciones se rebaten a sí mismas ya por su resultado. Desde la perspectiva del resultado de muerte, siempre se conseguiría la impunidad si uno se sirve a tal objeto de un ejecutor que no sospecha la consecuencia de muerte, al que se le hace creer que va a cometer otro delito, por insignificante que sea (p. ej., unos daños). Éste no sería un planteamiento de solución que pudiera tenerse en cuenta.

15. En la sentencia de la Sala I de 19 de mayo de 1983 [125] se trataba de la delimitación entre coautoría y complicidad en varios hurtos. El acusado había tomado parte con distintos compinches «como conductor en varias giras para cometer hurtos. Se había acordado una división del trabajo de forma que el acusado intervenía como conductor y como transportista del botín de los hurtos», mientras que sus compinches perpetraban los hurtos y llevaban siempre el botín al coche. El acusado percibía por cada viaje cien marcos como mínimo y, en especie, también objetos robados. Es más, a menudo antes de comenzar las giras manifestaba qué objeto quería obtener.

El BGH juzga la conducta del acusado simplemente como complicidad, apoyándose en su teoría normativa de la combinación que (efectuando una ponderación muy poco clara) atiende al interés propio, al alcance de la intervención en el hecho y al dominio del hecho. La complicidad se daría porque «el tanto alzado de cien marcos, con independencia del resultado de los hurtos, [deja] advertir una relación más distanciada con respecto a los hurtos que la que suele tener el autor de dichos delitos». También echa en falta el BGH indicios acerca de «que tuviera influencia el acusado en el planeamiento, preparación y ejecución de los hechos».

El fallo no merece aprobación, pues el acusado ha efectuado, en división del trabajo con sus compinches en la fase ejecutiva, una aportación esencial

[124] Con buen criterio STEIN, *Beteiligungsformenlehre*, 1988, p. 291 y en nota 17.

[125] *StrV*, 1983, p. 501; de otro modo interpreta KÜPPER (*GA*, 1986, p. 440) la sentencia.

al hecho y por ende ha tenido el dominio del hecho. Cuando el BGH pretende deducir un resultado distinto a partir del tanto alzado que se le prometía, lo hace porque ello al parecer fundamentaría falta de interés en el éxito de los hurtos ("una relación más distanciada con respecto a los hurtos"). Pero al margen de que la falta de interés, existiendo co-dominio del hecho, no puede excluir la autoría, no cabe negar el interés capital del acusado en el éxito de los hurtos, de los que dependía su retribución, sobre todo teniendo en cuenta que además recibía ciertos objetos procedentes de los hurtos (lo que no tiene presente el BGH). No se comprende por qué no es la participación en el dominio del hecho, sino la forma de retribución lo que ha de decidir sobre la autoría. La referencia subsiguiente del BGH en el sentido de que faltaban con respecto al acusado indicios relativos al "planeamiento, preparación y ejecución del hecho" tampoco puede cuestionar la coautoría de éste, puesto que en todo caso el acusado se sumaba al plan, y ello basta para la coautoría. Y su parte determinante en la ejecución del hecho es igualmente patente, no siendo necesaria ulterior verificación.

16. La Sala I, en sentencia de 5 de julio de 1983 [126], tuvo ocasión de decidir en uno de lo supuestos más extraños de la jurisprudencia del alto tribunal. En el llamado "caso Sirio" se trataba de la delimitación entre la autoría mediata en el homicidio y la participación en el suicidio, impune. El acusado había hecho creer a una joven que él era originario de la estrella Sirio y podría ayudarla a llegar a una vida nueva y sublime si se separaba de su viejo cuerpo. Debía introducirse en una bañera y dejar caer un secador conectado. En un espacio rojo, junto al lago de Ginebra, la estaba esperando un cuerpo nuevo, en el que despertaría tras su aparente muerte accidental. De todos modos, en su nueva vida necesitaría dinero, por lo que debería contratar un seguro de vida para caso de muerte accidental por valor de 500.000 marcos, designándole como beneficiario a él. Tras cobrarla, él le llevaría el capital a Ginebra.

La joven se lo creyó todo. En efecto, dejó caer el secador al agua con la esperanza de despertar inmediatamente en un nuevo cuerpo, sin pasársele por la cabeza la idea de un "suicidio en sentido genuino" mediante el que "se acabara su vida para siempre". Es más, rechazaba la idea del suicidio por creer que el ser humano no tiene derecho a quitarse la vida.

El plan urdido por el acusado fracasó al final porque el secador no funcionaba como era debido. El acusado llamó por teléfono a casa de la joven y quedó sorprendido de que aún viviera. Entonces, en el curso de unas

[126] *BGHSt*, 32, pp. 38-43. En lo esencial favorables los comentarios de ROXIN, *NStZ*, 1984, p. 73, y SCHMIDHÄUSER, *JZ*, 1984, p. 195. El comentario de SIPPEL (*NStZ*, 1984, p. 357) llega a la autoría mediata a través de estimar (lo que contradice a la sentencia) un «trastorno mental incompleto del instrumento», mientras que HASSEMER (*JuS*, 12984, p. 148) y GEILEN (*JK*, StGB § 25 I/1) no dejan entrever toma de posición personal alguna. Acerca de esta sentencia, cfr. asimismo mi comentario en ROXIN, *HRR-AT*, 1998, p. 205, con respecto al supuesto núm. 80.

diez conversaciones telefónicas le fue dando instrucciones para continuar sus esfuerzos por suicidarse, hasta dejarlo por imposible.

El BGH considera culpable el acusado de tentativa de asesinato en autoría mediata. Se trata aquí de un supuesto en el que quien «atenta contra su propia vida bajo influencia ajena no se encuentra bajo un estado psíquico del § 20 StGB ni en una situación de necesidad en el sentido del § 35 StGB, sino que es impulsado mediante engaño a llevar a cabo la acción de matar...» [127]. Hasta qué punto un suicidio producido por engaño fundamenta autoría mediata depende «de la clase y alcance del error. Si el sujeto le oculta a quien se va a quitar la vida que está aportando una causa de su propia muerte, aquel que ha provocado el error y desencadenado el acontecer que va a conducir a la muerte de la persona engañada, es autor de un delito contra la vida (intentado o consumado) en virtud de conocimiento superior, mediante el que guía al que se equivoca, convirtiéndolo en instrumento contra sí mismo...». En este caso: «Lo que la señora T. no sospechaba ni pretendía lo perseguía el acusado: la electrocución —esperada por ambos— debía poner fin a la vida de la engañada y procurarle al acusado el capital del seguro, el que la víctima suponía iba a constituir la base económica de su nueva vida. El acusado, que asimismo dirigió de manera decisiva el curso real del hecho mediante instrucciones impartidas a lo largo de varias horas» es, por ende, autor mediato.

Lo cual es acertado. La sentencia basa inequívocamente la autoría mediata en el dominio del hecho por parte del sujeto de detrás, aun cuando no utilice expresamente este concepto en los pasajes decisivos (y en su lugar hable de "dirigir" y "guiar"). Al fundamentar la autoría mediata en la producción del suicidio en una aplicación analógica de los §§ 20, 35 y 16 StGB, invoca los tres supuestos seguros que se indicaban en mi comentario del Leipziger Kommentar [128]. Efectivamente, en el presente caso es indiscutible el dominio por parte del sujeto de detrás, si le estaba ocultando a la víctima que se iba a producir su muerte. Lo cual lo supone con toda razón el BGH porque la mujer, «convencida de que su identidad psico-física y su individualidad simplemente iban a experimentar modificaciones» en principio esperaba seguir con vida en este mundo (concretamente, en Ginebra) [129].

Mucho más difícil es enjuiciar el supuesto si se le modifica de manera que la mujer hubiera creído que iba a morir en la bañera y a partir de ahí alcanzar una vida "superior" tras la muerte. Aun cuando el BGH rechaza

[127] Esta cita y las siguientes, *loc. cit.*, pp. 41 ss.

[128] *LK*[11], 1992, § 25, núm. marg. 106; el BGH también realiza esta cita. Por el contrario, al estimar autoría mediata, yo había ido más allá en la presente obra (pp. 252-257). Al respecto en seguida en el texto.

[129] Con más detalle al respecto ROXIN y SCHMIDHÄUSER, como nota 126. Interpretación divergente en MERKEL, *JZ*, 1999, pp. 503 ss.

tal interpretación de los hechos probados, los somete —hipotéticamente— a enjuiciamiento jurídico y llega igualmente a afirmar la autoría mediata [130]. «Aunque la señora T. hubiera supuesto que iba a morir antes de "despertar" en un espacio rojo a orillas del lago de Ginebra, que entraría en una vida tras la muerte, que no viviría continuando con su individualidad (simplemente más o menos modificada), sino como otro ser (superior), sería legal la condena.» Tampoco se trataba de si se daba un engaño sobre el "sentido concreto de la acción" o de un mero error en el motivo y si un error así bastaba para fundamentar el "dominio del hecho" por parte del acusado. «El engaño sobre el "sentido concreto de la acción" sería inherente al hacer creer que la muerte no es sino el comienzo de una nueva vida. El error sobre esa base tendría la misma importancia que el error de que la muerte no iba a producirse. No menos que éste, aquél habría motivado decisivamente a la víctima y procurado al acusado el dominio del hecho en virtud de conocimiento superior.»

Aquí se acogen ya expresamente el conceptos de dominio del hecho y el término del sentido concreto de la acción, que se desarrolló *supra* (pp. 237-258) por vez primera. Mientras que el dominio del hecho se declara decisivo inequívocamente, el BGH deja sin responder la cuestión de si (y cuándo) el engaño sobre el sentido concreto de la acción fundamenta autoría mediata. En efecto, se alude así a uno de los puntos más controvertidos del debate actual. De asumir los argumentos aducidos en esta obra (pp. 252-257) [131], también habría que estimar autoría mediata (en cuanto al resultado, como el BGH) en el segundo supuesto planteado hipotéticamente, pues la mujer también habría sido engañada sobre el sentido de su muerte si hubiera traspasado sus puertas en aras de una vida en el más allá. De todos modos, ahora me inclino a la opinión de que mediante este criterio del sentido determinado de manera únicamente subjetiva no cabe obtener una delimitación clara con respecto a los meros errores en el motivo del suicida, que dejan intactos su responsabilidad y dominio propio sobre el suceso. Aquel que (sea por el fin que sea) se quita la vida voluntariamente en estado de responsabilidad tiene, a tenor de esta nueva concepción [132], el dominio sobre el suceso, no siendo otra persona nada más que partícipe en el suicidio.

Tal es la posición que ahora mantengo. Por exagerar el argumento en este caso concreto: Si la víctima no se hubiera equivocado sobre su muerte terrenal, sino sobre su destino en el más allá, el acusado sólo habría sido un inductor impune al suicidio, puesto que este error no se habría referido al bien jurídico de la vida terrenal, el único que se protege en los § 211 ss. StGB, sino a datos que se encuentran fuera del interés protegido por el Derecho

[130] *Loc. cit.*, p. 43.

[131] De esta postura está muy próximo M.-K. MEYER, *Autonomie*, pp. 227 ss.

[132] Cfr. ROXIN, *LK*[11], 1993, § 25, núms. margs. 106 ss., y *NStZ*, 1984, p. 72.

penal. Lo cual se hace patente al establecer un paralelismo con la determinación a un delito: Si se determina a alguien a que asesine a un opositor político haciéndole creer que por esta "hazaña" va a ir al cielo (o a la estrella Sirio), ello no impide que él sea plenamente responsable del asesinato que perpetra de manera plenamente responsable y el inspirador sea simplemente inductor. En el suicidio no puede ser de otro modo. Cuestión distinta es el merecimiento de pena de la inducción al suicidio en tales casos, que se podría tener en cuenta mediante un precepto concebido en los términos del art. 115 del Codigo Penal suizo, en el que se conmina con pena la instigación o complicidad con el suicidio "por móviles egoístas".

17. La autoría y la participación en el tipo de desórdenes públicos (*Landfriedensbruch,* § 125 StGB) ocuparon a la Sala III del BGH en su sentencia de 23 de noviembre de 1983 [133]. El acusado había convocado un bloqueo del aeropuerto de Frankfurt; el BGH lo condenó como autor de desórdenes públicos, aun no habiendo participado personalmente en el bloqueo. A su juicio, el que da las órdenes, organiza los hechos o es cabecilla intelectual, aun estando ausente del lugar del hecho, es autor si, como aquí «las violencias o amenazas realizadas por la multitud coinciden con su voluntad y se cometen bajo su dominio del hecho, esto es, si le son imputables conforme a los principios generales como hecho propio».

La sentencia se basa por igual en la "voluntad de autor" y en el "dominio del hecho", pero exige en todo caso también el dominio del hecho. Sin embargo, entiende el concepto del dominio del hecho de modo distinto que en esta obra, al considerar al "cabecilla intelectual" también como autor mediato si ha conseguido imponer su voluntad sin coacción y sin ayuda de una maquinaria de poder organizada. Con razón se ha criticado esta postura como adaptación un tanto forzada de la teoría del dominio del hecho a la teoría subjetiva. LENCKNER [134] entiende que «supone ir demasiado lejos y recaer en la teoría de la autoría subjetiva extrema considerar suficiente para la autoría por las violencias cometidas ya la convocatoria pública a "acudir al aeropuerto" y a "abarrotarlo"». ARZT que, como representante de la Escuela de BAUMANN, es uno de los pocos defensores de la teoría subjetiva [135], "a la vista del triunfo de la teoría del dominio del hecho en la doctrina", saluda expresamente que la sentencia en definitiva desemboque en una "confirmación de la teoría subjetiva" [136], pero interpreta correctamente la teoría del dominio del hecho, al decir: «Si el "dominio del hecho" ha de desempeñar el papel de garantizar la seguridad jurídica, hay que entenderlo como dominio de la ejecución del hecho... Si se afirma el dominio del hecho en un cabecilla meramente intelectual, está empleándose la etiqueta de la

[133] *BGHSt* 32, 165-183, con comentario de ARZT, *JZ,* 1984, pp. 428-430.
[134] SCHÖNKE-SCHRÖDER-LENCKNER, *StGB* [25], 1997, § 125, núm. marg. 14.
[135] Cfr. con más detalle p. 676, nota 234, con más referencias.
[136] Esta nota y las siguientes, *JZ,* 1984, p. 429.

teoría objetivo-material como una especie de lenitivo.» El BGH pasa aquí por alto que el inductor es con gran frecuencia el *spiritus rector* de la comisión del delito, sin ser por eso autor.

Sin embargo, la sentencia se comprende del todo únicamente sobre el trasfondo de la especial estructura típica del § 125 StGB. El párrafo 1 de este precepto equipara al autor y al partícipe, esto es, parece que en él huelga la delimitación especial. Dado que el BGH, no obstante, al parecer se inclina por la opinion de que en el § 125 la participación sí, pero no la autoría, presupone la presencia en el lugar del hecho, la necesidad de pena afirmada por el tribunal cabría satisfacerla con más facilidad admitiendo la autoría. Por el contrario, en la doctrina se estima que sólo los integrantes de la multitud pueden ser autores del § 125.1, teniendo que rechazarse por esta sola razón la solución adoptada por el BGH.

18. En torno a la delimitación entre coautoría y complicidad en el asesinato gira un fallo de la Sala I de 9 de febrero de 1984 [137]. El tribunal de instancia había condenado a los dos acusados por el asesinato de una tal señora S., en coautoría. No pudo esclarecerse cuál de los dos había efectuado los disparos ni el motivo del hecho.

El BGH se basa en su teoría normativa de la combinación, que discierne la autoría teniendo en cuenta el interés, el alcance de la intervención en el hecho y el dominio del hecho (o la voluntad de dominarlo) en una "consideración valorativa", con arreglo a la cual el primer acusado fue condenado sólo como cómplice porque no pudo demostrarse que hubiera disparado él y la aportación al hecho que sí se le demostró era "relativamente insignificante". El segundo acusado sí había "efectuado aportaciones al hecho más importantes", así como "dirigido esencialmente" el hecho. Pero como el hecho "no se ha cometido en coautoría", sólo puede ser condenado como autor «si realiza personalmente todos los elementos del § 211 StGB, esto es, especialmente si hubiera efectuado los disparos que ocasionaron la muerte»; pero como esto no se pudo demostrar, sólo cabe condenarlo como cómplice.

Debido a la poco clara situación probatoria, la sentencia es poco útil; tampoco se entiende bien por qué no habría que castigar al segundo acusado como autor si su dominio del hecho era demostrable también con independencia de haber realizado los disparos mortales. Pero, en definitiva, la sentencia propugna una delimitación ampliamente coincidente con la teoría del dominio del hecho, puesto que verdaderamente los diparos constituyeron la única acción esencial en la fase ejecutiva; pero como no se pudo demostrar la realización de esa acción a ninguno de los acusados, es acertado deducir de ahí, conforme al principio *in dubio pro reo,* mera complicidad, no soslayar

[137] *GA,* 1984, pp. 287 ss.

la falta de dominio del hecho con el recurso a actividades preparatorias o criterios subjetivos.

19. La sentencia de la Sala III de 4 de julio de 1984 en el famoso caso Wittig [138] se refiere a la cuestión, ya a menudo [139] abordada en la jurisprudencia del alto Tribunal, de si la omisión de impedir el suicidio por parte de una persona que en principio ocupa una posición de garante es impune como participación en el suicidio o punible como autoría por omisión. La sentencia ha suscitado tomas de postura generales [140] y trasciende por su significado el problema de la delimitación entre autoría y participación, alcanzando ante todo al ámbito de la dogmática de la omisión y del enjuiciamiento político-criminal de la cooperación en el suicidio. Aquí simplemente resulta posible una breve toma de posición, debido a que la sentencia no ha comportado el giro esperado en la jurisprudencia y no existe motivo [141] para modificar la concepción fundamentada *supra* (pp. 512-516).

Al acusado se le había imputado un homicidio a ruego (§ 216 StGB) porque, como médico, no había impedido el suicidio de una señora anciana. La señora, enferma y hastiada de la vida, en estado de plena responsabilidad, había ingerido una sobredosis de medicamentos con el fin de quitarse la vida. El médico, que la había hallado ya inconsciente, no la había ingresado en un hospital porque ella le había implorado repetidamente que no lo hiciera, tanto verbalmente como por escrito. En su lugar, permaneció en la vivienda de ésta hasta que, a la mañana siguiente, pudo certificar la muerte de la mujer. Dado que, conforme a la teoría que aquí se mantiene, los delitos omisivos han de considerarse como delitos de infracción de deber (pp. 498 ss.), fundamentando por lo general la posición de garante por sí sola la autoría por omisión, la solución del caso depende de si al médico le incumbía un deber de evitar el resultado. Puesto que la mujer había pedido expresamente no ser objeto de intervención médica, había que respetar tal voluntad. Esta opinión la había defendido asimismo en el presente caso el Fiscal Federal General del BGH (*loc. cit.*, p. 377), pero no el BGH. Para éste, «la del médico con paciente no es una relación sólo de Derecho negocial, determinada exclusivamente por la voluntad de ambas partes del contrato» (*loc. cit.*, p. 378). Consiguientemente, es "inadmisible por principio" que

[138] *BGHSt*, 32, pp. 367-381.

[139] Cfr. *supra* con respecto a *BGHSt*, 2, 150 (pp. 91-92); *BGHSt*, 13, 162 (pp. 101-102); *MDR*, 1960, 939/40 (*supra* pp. 125 s.).

[140] Las aportaciones más significativas las proporcionan R. SCHMITT, *JZ*, 1984, pp. 866-869; ESER, *MedR*, 1985, pp. 6-12; GROPP, *NStZ*, 1985, pp. 97-103; SOWADA, *Jura*, 1985, pp. 75-88; RANFT, *JZ*, 1987, pp. 911-914; HERZBERG, *JA*, 1985, pp. 131-138, 177-185, 265-272; *JZ*, 1986, pp. 1021-1028; 1988, pp. 182-189; NEUMANN, *JA*, 1987, pp. 244-256; VERREL, *JZ*, 1996, pp. 224-231. Cfr. asimismo mi comentario en ROXIN, *HRR-AT*, 1998, p. 209, con respecto al supuesto núm. 87.

[141] Una fundamentación más detallada de la postura que aquí defiendo se contiene también en mi contribución al *Dreher-Festschrift*, 1977, pp. 331-335, así como en la habilitación de mi discípulo BOTTKE, *Suizid und Strafrecht*, 1982.

un médico pueda "plegarse al deseo de morir del paciente" (*loc. cit.*, p. 380). A lo que hay que contraponer que nuestro ordenamiento jurídico no contempla el derecho al tratamiento coactivo. Tampoco quiere llegar el BGH a defender expresamente la tesis de que este principio no sea válido para los suicidas (*loc. cit.*, p. 378). Sin embargo, no se entiende por qué ello ha de ser distinto "en todo caso" para el paciente inconsciente.

No obstante, el BGH acabó en este caso concreto negando el deber de evitar el resultado, por no existir «el deber jurídico de mantener a cualquier precio una vida que se extingue» (*loc. cit.*, p. 379). Dado que, en caso de haber "salvado" a la paciente, hubieran quedado como secuelas daños irreversibles para su salud, la decisión en conciencia del médico, sobre la base de la cual éste optó por permanecer inactivo en esta "situación límite", no es "indefendible desde el punto de vista jurídico" (*loc. cit.*, pp. 380/81). A pesar de este viraje hacia supuestos extremos infrecuentes, al no reconocer el derecho a autodeterminarse por parte de la persona plenamente responsable dispuesta a morir, la sentencia ha encontrado amplio rechazo, con toda razón [142]. La crítica al parecer no ha dejado de hacer mella en el BGH, pues en una sentencia de 9 de julio de 1987 [143] la Sala II señala que «está inclinada a atribuir a la decisión de suicidarse adoptada de manera seria y libremente responsable mayor trascendencia jurídica que en la sentencia de la Sala III (*BGHSt* 32, 367 ss.)». Así pues, la jurisprudencia aún no ha dicho en esta cuestión la última palabra.

De acuerdo con nuestra postura, en un delito de infracción de deber como es el omisivo, el dominio del hecho no supone un criterio relevante de delimitación (cfr. pp. 501 ss.). No obstante lo cual, el BGH requiere en los delitos omisivos, junto a la posición de garante, el dominio del hecho o la voluntad de autor, afirmando ésta también en el acusado del presente caso. En efecto, el suicida sólo tiene el dominio del hecho hasta producirse la inconsciencia, momento a partir del cual «el dominio del hecho ya no lo tiene el suicida, sino sólo el garante y, habiendo éste asumido que de su decisión depende el curso posterior del hecho, también tiene éste la voluntad de autor. Nada importa que el garante, mediante su conducta, quisiera cumplir el deseo manifestado por el moribundo» (*loc. cit.*, p. 374).

Más correcto es, sin embargo, no afirmar ni autoría ni participación, puesto que aquel que se comporta pasivamente nunca tiene el dominio del hecho que cabe alcanzar mediante hacer activo. Simplemente tiene una posibilidad de evitar el resultado, que por constituir requisito conceptual de todo omitir ya no puede servir para delimitar autoría y participación. El

[142] Representa una excepción el artículo de HERZBERG, como en nota 137, que propugna ampliar esencialmente aquí, así como en general, la punibilidad de la cooperación en el suicidio (cfr. *supra*, p. 615).

[143] *NStZ*, 1988, p. 127.

BGH, para fundamentar su concepción, aduce asimismo que la "voluntad de suicidarse al principio absolutamente seria" a menudo "se desmorona" al terminar la tentativa de suicidio, de manera que entonces el suicida espera que lo salven (*loc. cit.*, p. 376). Pero en primer lugar tal "desmoronamiento" de la voluntad de suicidarse no podría fundamentar autoría, sino únicamente resucitar el deber de evitar el resultado. Y en segundo lugar el argumento nada demuestra político-criminalmente para un caso como el presente, en el que cabía dar por supuesto con seguridad que perduraba la voluntad de suicidarse.

Ni siquiera es posible demostrar en este caso la voluntad de autor del omitente, lo que de todos modos representaría un criterio delimitador inidóneo (pp. 529 ss.). En efecto, si es que existe un hecho que no se pueda querer "como propio", sino "como ajeno", ése es desde luego el suicidio de otro que se deja que ocurra únicamente por respeto a la decisión responsable del suicida. No se alcanza a entender cómo es que, con el BGH, cabe estimar "voluntad de autor" allí donde el sujeto, sin interés propio alguno, se somete a la voluntad de morir del suicida.

20. De los requisitos de la coautoría sucesiva se trata en la sentencia de la Sala I de 7 de agosto de 1984 [144]. Otros dos autores habían infligido ya a la vícitima las lesiones que posteriormente condujeron a su muerte, y sólo después se sumó el acusado, que asimismo asestó golpes a la víctima, pero no causales de la muerte de ésta.

La cuestión estribaba en si el acusado, además de por coacciones y lesiones, debía responder por lesiones con resultado de muerte (§ 226 StGB) en coautoría sucesiva. El problema sólo podía suscitarse porque el BGH tenía declarada posible con carácter general la imputación a título de coautoría de las causas de agravación ya realizadas [145]. La opinión contraria, que se ha fundamentado *supra* (pp. 320-323) en profundidad, y que entonces tenía en contra a la doctrina casi unánime, ha llegado a ser de entonces acá la doctrina dominante [146] y ha impulsado al BGH, si bien no a abandonar su concepción [147], sí al menos a precisarla en sentido restrictivo.

La Sala señala, pues, cautamente: «Es controvertido que el conocimiento y la aprobación y la intervención a título de coautoría comporten que hayan de atribuirse al que interviene las circunstancias del hecho ya realizadas... En todo caso, tal imputación es sólo posible cuando el que se suma efectúa personalmente una aportación causal para la realización del tipo. Por el contrario, si el que se suma no puede favorecer ya la ulterior ejecución

[144] *NStZ*, 1984, p. 548.

[145] *BGHSt*, 2, 334 (*supra*, p. 290); *GA*, 1966, 220; *MDR*, 1969, 533; *JZ*, 1981, 596.

[146] Cfr. la bibliografía en p. 716, nota 407.

[147] Por el contrario, el OLG Frankfurt, *NJW*, 1969, 1915, se ha sumado a la concepción aquí defendida.

del tipo, porque ya está todo hecho para la producción del resultado típico y porque su hacer no influye en el curso posterior del suceso típico, no viene en consideración la cooperación a título de coautoría a pesar del conocimiento, de la aprobación y del aprovechamiento de la situación creada por los otros...» [148].

Éste es un paso en la dirección acertada, pues no cabe concebir la coautoría sin aportación alguna al hecho, pero su fundamentación por medio de la posterior "voluntad de autor" desemboca en un puro *dolus subsequens*. Naturalmente, hay que proseguir, no permitiendo que baste un "favorecimiento" posterior. Si coautoría *(Mittäterschaft)* es co-dominio del hecho *(Mittatherrschaft)*, el coautor tiene que haber co-dominado, en la fase de su realización, la producción de la circunstancia agravante que se le ha de atribuir.

21. La problemática de la coautoría sucesiva constituye también el objeto de una resolución dictada por la Sala IV con fecha 2 de octubre de 1984 [149]. Aquí, R. y F. habían violado dos veces a una mujer. Cuando, acto seguido, la víctima yacía apática, llegó el acusado a la habitación y, sin empleo de violencia, pero aprovechando el estado de impasibilidad en que ésta se había sumido, igualmente tuvo acceso carnal con ella. Para el BGH se planteaba la cuestión de si los hechos constituían violación en coautoría sucesiva.

Tal posibilidad la rechaza, con razón, al final, pues aun cuando (en contra de nuestra opinión) se pretendiera que bastase aprovechar la violencia para imputarla a título de coautoría [150], ello no puede tenerse en cuenta si la violación ya había concluido cuando el acusado se aprovechó de la situación. Ello lo advierte asimismo el BGH: «Si la aparición en escena del acusado tiene lugar sólo tras haber consumado la violación los otros coacusados, no viene en consideración la cooperación en concepto de coautoría a pesar del conocimiento, de la aprobación y del aprovechamiento de la situación creada por los otros.» Lo cual no rige, obviamente, si el acusado «ha querido como propia [la violación precedente] y la ha considerado como medio coactivo que iba a posibilitar la ejecución del acceso carnal que él pretendía». Pero entonces una resolución común del hecho habría tenido que reunir las distintas violaciones en un suceso unitario, en el que entonces también el acusado habría tenido una parte esencial en su fase ejecutiva. Pero como de los hechos probados no se puede desprender tal interpretación, acierta el BGH al remitir, para la punibilidad del acusado, al § 179 StGB. Tras la nueva redacción dada al § 177 por la 33.ª Ley de reforma penal, hoy habría que tomar en consideración, lógicamente, la autoría autónoma por el 177.3 StGB.

[148] Esta última frase se encuentra casi al pie de la letra también en una resolución de la Sala IV de 8 de noviembre de 1984, reproducida sin fundamentación en *NStZ*, 1985, p. 215.

[149] *NStZ*, 1985, p. 70, con comentario de OTTO, *JK*, StGB, § 25, II/2.

[150] Cfr. BGH, *JZ*, 1981, p. 596, y el artículo crítico de KÜPER, *JZ*, 1981, pp. 568 ss.

22. Un caso semejante, pero quizá distinto en el aspecto esencial, fue abordado en la sentencia de la Sala II de 10 de octubre de 1984 [151]. En éste, Y. había dado una paliza a la señora K. para obligarla a yacer con el acusado. Bajo la impresión de la violencia antecedente, la señora K. tampoco se opuso al acusado aunque "su voluntad verdadera se seguía oponiendo a yacer con él". No se probó si el acusado, al consumar el acceso carnal, era consciente de que la señora K. lo toleró únicamente bajo la impresión de la violencia anterior.

El BGH pretende apreciar violación en coautoría si se dan dos requisitos: «Si el acusado T. ha apoyado al menos psíquicamente la violencia ejercida por Y. o la ha aprovechado posteriormente, a sabiendas de su significado para asegurar el acceso carnal con la señora K, entonces la violencia ejercida previamente por Y. basta para realizar el tipo del § 177 StGB también en el caso del acusado, pues había de servir (y de hecho sirvió) para realizar el acceso carnal...»

Con mejor criterio, hay que distinguir entre los dos supuestos. Si el suceso en su conjunto fue acordado de antemano por el acusado e Y. (aunque sea en forma de conformidad tácita sobre el plan del hecho), ambos serían coautores. Se daría entonces el clásico caso de división del trabajo en la fase ejecutiva (uno había efectuado la violencia, otro el yacimiento). En cambio, si el acusado sólo ha advertido la situación, y se ha aprovechado de ella luego del empleo de violencia por parte de Y., ya no cabe hablar (en contra del BGH) de empleo de violencia en coautoría; la punición por el § 177 StGB ya no sería pertinente; con arreglo a la nueva redacción legal, habría que tomar en consideración, evidentemente, el § 177.3 StGB.

23. La sentencia de la Sala I de 6 de noviembre de 1984 [152] se ocupa de la delimitación entre coautoría y complicidad en el robo violento. Las consideraciones de principio de la sentencia no aportan nada nuevo. Se subraya que también "la acción de preparación o de apoyo" fundamenta coautoría si el sujeto agente "quiso el hecho como propio". Esta "voluntad de autor" ha de discernirse "en una consideración valorativa" teniendo en cuenta todos los "puntos de apoyo esenciales" (interés, alcance de la intervención en el hecho, dominio del hecho o voluntad de dominio del hecho).

Pero más llamativo es el resultado de la "consideración valorativa" en el caso concreto. Así, el BGH confirma la condena del acusado como mero cómplice aun habiendo efectuado aportaciones importantísimas en la fase ejecutiva: «Puso su coche a disposición e hizo de conductor; se apostó en el lugar del hecho y asumió allí la tarea de quitar la llave de encendido del vehículo del mensajero y guardársela, así como mantener a raya a la acompañante de éste con una pistola de gas; por último, disparó un cartucho

[151] *NStZ*, 1985, 71, con comentario de OTTO, *JK*, StGB, § 25, II/2.
[152] *NStZ*, 1985, p. 165.

de gas lacrimógeno a la víctima para evitar que les persiguiera.» Aun cuando el compinche había efectuado aportaciones incluso más importantes (p. ej., arrebatar al gerente del supermercado la cartera y haberle disparado), el BGH no niega el co-dominio del hecho del acusado en la ejecución, al subrayar que sin él "no se habría cometido el hecho, o al menos no del mismo modo". Más bien, la complicidad se basa en que el acusado se había mostrado dispuesto a cooperar sólo por haberle "apremiado con insistencia" su compinche y sin "interés intenso".

Así pues, aquí —a diferencia de en la mayoría de las sentencias recientes— se prefiere como criterio para determinar la autoría el "interés" al "dominio del hecho", poniéndose así de manifiesto de nuevo la indeterminación de la teoría normativa de la combinación, que más o menos deja en manos del juez el apreciar autoría o participación prefiriendo éste o aquel criterio. Lo cual viene confirmado por la conclusión de la sentencia, en la que se dice lacónicamente: «Los hechos probados en la Sala de lo Penal permiten la valoración de que el acusado ha tomado parte simplemente como cómplice, aun habiendo sido posible otra apreciación judicial distinta.» La delimitación entre autoría y participación se trata, pues, no como cuestión jurídica, sino como decisión discrecional del juez.

24. La delimitación entre autoría y participación en la omisión constituía el problema de la sentencia de la Sala III de 23 de octubre de 1985 [153]. El acusado, junto con un tal F., había infligido malos tratos graves a un pensionista, sin dolo de matar. Entonces, se había apartado de la víctima, mientras que F. continuó maltratándola. El acusado al principio lo miraba "riendo", pero al final le gritó "que lo dejase ya". No obstante, siguió contemplando "impasible" cómo F. le dejó caer al pensionista en la cabeza una pieza de hierro de unos 9,3 kilos, que le ocasionó la muerte. Había advertido el dolo eventual de matar de F. sin hacer nada por evitarlo, aun sabiendo que le era posible impedir el hecho.

El BGH deduce (lo que aquí no presenta problemas) la "posición de garante de evitar el resultado" en el acusado de "los malos tratos conjuntos anteriores". Por vez primera desde 1966 [154], el BGH vuelve a abordar la problemática de autoría y participación en las omisiones, pero no aprovecha la oportunidad para tratar en profundidad cuestión tan importante y controvertida [155]. Más bien, sin participar en la polémica doctrinal, el BGH atiende exclusivamente a «si el no intervenir obedeció a dolo de cómplice o a dolo de autor... Criterio de delimitación no es ni la infracción del deber jurídico de evitar el resultado ni la aprobación de la muerte ejecutada por el otro,

[153] *StrV*, 1986, p. 59, con comentario de ARZT, *StrV*, 1986, p. 337.
[154] *Supra* núm. 4; la sentencia del caso Wittig (*supra*, núm. 19) sólo condicionadamente cabe tenerla en cuenta en relación con esta problemática, dado que en ella se hallaban en primer plano las cuestiones especiales de la participación en el suicidio y del deber de garante.
[155] Cfr. detalladamente *supra*, pp. 498 ss., 529 ss. e *infra*, pp. 749 ss.

puesto que ambos extremos se requieren también para estimar complicidad por omisión... Más bien, sobre si el permanecer inactivo contrario a deber ha de valorarse como complicidad o autoría decide la actitud interior del omitente con respecto al hecho comisivo del otro y al resultado de éste (BGH NJW 1966, 1763)...)». Sin más fundamentación, el BGH se suma a la "valoración del LG" en el sentido de que se dio "autoría por omisión".

Lo cual coincide en definitiva con nuestra opinión, que considera a los delitos omisivos como delitos de infracción de deber y deduce la autoría, aun faltando todos los demás requisitos del tipo, únicamente a partir del deber de evitar el resultado (cfr. pp. 539 ss. y con respecto a BGH, NJW 1966, 1763, *supra* pp. 616 s.). Pero esta concepción precisamente la rechaza el BGH. Tampoco sirve de ayuda aquí la combinación "valorativa" de distintas circunstancias a la que asimismo recurre de buena gana, ya que de entrada no ha lugar para sus "puntos de apoyo" objetivos, tales como el "dominio del hecho" y el "alcance de la intervención en el hecho", cuando el sujeto permanece totalmente inactivo. Por eso no le queda más remedio que replegarse hacia el criterio radicalmente subjetivo de la "actitud interna".

Pero que tal solución en realidad no lo es lo muestra el presente caso. En efecto, no queda nada claro cómo se ha de establecer y cómo se puede verificar la "actitud interna" fundamentadora de autoría, para la que no bastaría con la mera aprobación [156]. Antes bien asombra que la "actitud interna" del acusado se valore estimándola constitutiva de autoría, pues en tanto que su "reírse" representa la aprobación de la conducta de F., ésta no bastaría, según expresamente establece del BGH. Así pues, sólo el desvalor de actitud trascendente que se manifiesta en el reírse sería lo determinante. Pero esto sería extremadamente objetable, porque la autoría es cuestión del tipo, pero la actitud, con arreglo al § 46.2 StGB, es sólo una circunstancia con relevancia para la determinación de la pena. Además, no se estará teniendo en cuenta que el "reírse" se refería a las lesiones pasadas y no a la acción de matar y que entremedias se produjo la petición del acusado de que el otro "lo dejara ya". La aplicación de la errónea teoría subjetiva a la omisión conduce, pues, a decisiones del sentimiento no verificables con criterios objetivos. Repito: No es el resultado lo erróneo (antes al contrario); es la fundamentación lo que no se sustenta. Habría sido ya hora de despedirse de la teoría subjetiva también en la omisión.

25. Un supuesto interesantísimo de suicidio doble fingido lo trata la sentencia de la Sala V de 3 de diciembre de 1985 [157]. La acusada, que mantenía una relación adulterina, se libró de su marido preparando un veneno y proponiéndole a éste un suicidio conjunto. Al proceder así, ella estaba decidida desde el principio a no beber el veneno. El marido se mostró de acuerdo con la propuesta del doble suicidio manifestando: "así estaremos juntos para siempre". La acusada condujo a su marido, hacia las 22.00 horas, a un aparcamiento desierto. El marido tomó un gran trago —ya letal— del brebaje. Al ofrecérselo a la acusada, ésta negó ostensiblemente con la cabeza. Entonces el marido, advirtiendo el engaño, tomó otro trago de la botella. Murió envenenado esa misma noche.

[156] No obstante, ARZT (uno de los últimos defensores de la teoría subjetiva) señala infatigable que la teoría subjetiva de la participación puede «trasladarse sin más a los delitos de omisión» (*StrV*, 1986, p. 338).

[157] *GA*, 1986, pp. 508 ss. Al respecto, CHARALAMBAKIS, *GA*, 1986, pp. 485-507; BRANDTS-SCHLEHOFER, *JZ*, 1987, pp. 442-448; NEUMANN, *JA*, 1987, pp. 244-256.

La cuestión tan controvertida de si fingir un suicidio doble fundamenta autoría mediata del que engaña, por desgracia la elude la Sala, que «deja abierto si una provocación de error así basta por sí sola para fundamentar la autoría del que engaña con perfidia». Más bien, cree poder fundamentar la autoría, y por ende la autoría mediata de la acusada, por el hecho de que «al mismo tiempo quería tener en sus manos el dominio sobre el curso del suceso planeado por ella, y de hecho lo tuvo». Aprovechó "el estado de depresión de su marido, que venía de tiempo atrás", preparó el veneno, llevó a cabo "fluidamente" su plan en pocas horas, no le dejó que "reflexionara con tranquilidad sobre su propuesta", determinó la ejecución en todos sus pormenores e incluso prometió a su marido "una última relación sexual".

Todas estas circunstancias, sin embargo, no pueden fundamentar el dominio del hecho de la acusada. Un dominio del hecho que ha de sustentar sin más la punición por autoría mediata se daría, en todo caso, si el marido hubiera padecido una depresión endógena que excluyera su responsabilidad por el suicidio. Según la descripción del supuesto, no está muy lejos tal posibilidad; por eso sorprende un poco que esta cuestión no se haya investigado más a fondo. Pero si se supone, como hace patentemente la sentencia, que el "estado de depresión" del marido no anulaba su responsabilidad, con mayor razón no bastan para anularla el resto de las circunstancias. Por enérgica y "fluidamente" que la acusada procediera, los medios que empleó ni siquiera pueden fundamentar unas meras coacciones, cuanto menos anular la responsabilidad de él por sus decisiones.

Así pues, el dominio del hecho de la acusada no puede surgir de su engaño. Conforme a la concepción fundamentada más en profundidad en otro lugar de esta obra (*supra* pp. 252-257), en el fingimiento de un suicidio doble se da un engaño sobre el "sentido concreto de la acción" ("dominio del hecho de cuarto grado"), que comporta la autoría mediata. El marido ha sido engañado sobre el sentido subjetivo de su muerte (la muerte conjunta con su mujer); el suicidio constituye un acto existencial que sólo recibe su sentido a partir de la motivación individual del sujeto. Lo que es válido para los errores en las comisiones de delitos (esto es, que el ejecutor ha tenido que equivocarse sobre circunstancias relevantes para el delito), no cabe trasladarlo, a tenor de esta teoría, a acciones atípicas como el suicidio,

de manera que aquí la autoría mediata condicionada por error ha de estimarse antes que en la inspiración de delitos. Esta concepción ha sido posteriormente acogida y perfeccionada ante todo por NEUMANN [158], que igualmente pretende someter al engaño sobre circunstancias relevantes para el suicidio a las valoraciones de "un sistema de reglas parcialmente autónomo" y afirmar «la responsabilidad en concepto de autor del sujeto de detrás en la cooperación en el suicidio con un alcance más amplio que en la cooperación en el homicidio de un tercero» [159].

De entonces acá, me he apartado de esta amplia estimación de autoría mediata en el suicidio condicionado por error [160], pues tampoco es adecuado, en el suicidio, calificar de autoría mediata la provocación de cualquier error relevante para la motivación. Si un sujeto engaña a otro haciéndole creer que su equipo de fútbol ha sufrido una derrota decisiva [161], o engañándole sobre un curso supuestamente desfavorable de las circunstancias económicas o políticas, o análogas, o haciéndole creer que el seguro de vida se paga también en caso de suicidio [162], un error así nada cambia en la libre decisión de suicidarse por parte de víctima, lo único a lo que hay que atender para el dominio del hecho del sujeto de detrás. Tampoco se ha encontrado hasta ahora un criterio convincente para, en los casos de suicidio, delimitar los errores en el motivo, irrelevantes, de los errores sobre el sentido concreto de la acción, que fundamentan autoría mediata del sujeto de detrás. Así, el propio NEUMANN [163] ha de conceder que la decisión depende de «la importancia que se atribuya a los factores concretos; no cabe formular al respecto reglas de validez general». A la vista de esta falta de claridad e imposibilidad de delimitar, me inclino en la actualidad más bien por la opinión de que la autoría mediata sólo se da cuando el error del suicida se refiere al bien jurídico (su vida), como ocurría en la sentencia del caso Sirio (*supra* núm. 16) [164]. Esta posición la ha desarrollado con más detalle CHARALAMBAKIS [165], polemizando con la presente sentencia, y conduce en el presente caso a estimar mera inducción y complicidad en el sucidio.

En favor de esta solución habla asimismo que en casos donde el error del "suicida" no se refiere a su propia muerte (o en todo caso a su próxima

[158] Como en nota 157, pp. 249 ss. (251, 253).

[159] Análogamente también M.-K. MEYER, *Autonomie*, pp. 227 ss.; en definitiva también BRANDTS-SCHLEHOFER, como en nota 168; HERZBERG, *Täterschaft und Teilnahme*, 1977, pp. 40 ss.

[160] *LK*[11], 1993, § 25, núm. marg. 106; *NStZ*, 1984, p. 73. Cfr. al respecto asimismo ya mis consideraciones paralelas relativas al caso Sirio (*supra*, núm. 16).

[161] Ejemplo de CHARALAMBAKIS, como en nota 157, p. 502.

[162] En favor de estimar autoría mediata en este supuesto, M.-K. MEYER, *Autonomie*, p. 235.

[163] Como en nota 157, p. 254.

[164] También reclaman la referencia del error al bien jurídico BRANDTS-SCHLEHOFER, como en nota 157, pero estiman que ésta se da, en caso de suicidio doble fingido por una parte, porque la víctima está sujeta a «constreñimiento motivacional inadecuado socialmente». Pero una mera proposición no fundamenta ningún «constreñimiento para decidir» especial ni tampoco referencia al bien jurídico del error desencadenante del suicidio.

[165] Como en nota 157.

muerte, debida a enfermedad), sino a cualesquiera otras circunstancias, a menudo es difícil verificar en qué medida el engaño fue relevante para la motivación. Lo cual es válido precisamente para el doble suicidio. En el caso más famoso de los de esta clase, el suicidio de KLEIST, el poeta estaba decidido a suicidarse por motivos independientes de la muerte de su amada. Ni siquiera un engaño por parte de ella habría podido modificar nada en el sentido de su suicidio. Y asimismo en el caso decidido por el BGH cabe cuestionar si la propuesta de la mujer no fue más bien el motivo incidental que la verdadera causa de la muerte del marido. La circunstancia de que la mujer quisiera a otro presumiblemente fuera más importante para la resolución suicida del hombre que la muerte de su mujer. En esa dirección podría también apuntar que, tras advertir su error, no exigió que le ingresarán urgentemente en el hospital, sino que tomó otro trago de veneno para sellar definitivamente su muerte.

Así pues, hay buenas razones para que el BGH no quiera profesar sin más la opinion de que «una provocación de error así baste por sí sola para fundamentar la autoría del que engaña con perfidia». Por otra parte, también se entiende que el BGH haya intentado de otro modo —con todo, no convincente— fundamentar la autoría del sujeto de detrás. En efecto, difícilmente cabe discutir que la conducta de la mujer merece punición (y desde luego no sólo por las repudiables circunstancias concomitantes). No obstante, únicamente la creación de un tipo específico que conmine con pena la cooperación en un suicidio por móviles egoístas (cfr. *supra* núm. 16) brindaría aquí una solución satisfactoria tanto desde el punto de vista dogmático como político-criminal.

26. La delimitación entre coautoría e inducción en el hurto viene tratada en la sentencia de la Sala I de 20 de mayo de 1986 [166]. El acusado era miembro de una sociedad numismática y codiciaba la colección de un colega. Para hacerse con ella, determinó al coacusado (aquí llamado X) para que robara en la morada de la víctima; el plan también incluía la eventual necesidad de aplicar violencia contra la mujer de éste. El pago prometido por la "entrega de la colección de monedas", valorada en unos 20.000 marcos, importaría entre 8.000 y 10.000 marcos. Además, informó circunstanciadamente a X sobre la distribución de la vivienda de la víctima y sobre las hora en las que el dueño solía estar ausente.

El BGH niega la coautoría del acusado en el robo. Bien es verdad que éste «fue mucho más allá de la mera inducción, al tomar parte decisivamente en los planes del robo. Tampoco puede pasarse por alto que tenía un interés propio notable en el hecho. Sin embargo, esto solo no le convierte en coautor». El rechazo de la coautoría se apoya luego, no en la falta de dominio del hecho, sino en la falta de ánimo de apropiación en el acusado. «Coautor

[166] *StrV*, 1986, pp. 475 ss.

en el hurto o en el robo sólo puede serlo aquel que quiere apropiarse de la cosa. A tal efecto, ciertamente basta que afluya a él el valor económico del botín conseguido...; por el contrario, no basta el acuerdo de comprar el botín, tras el hecho... El receptador se distingue del coautor del hurto en que no tiene parte directamente en el resultado económico del hecho, sino que su interés se dirige a procurarse dicho resultado a través de una disposición voluntaria por parte del autor...»

La sentencia es plausible y coincide con la concepción desarrollada *supra* (pp. 371-385) acerca de la problemática de la autoría en los delitos de apropiación. En el presente caso, el dominio del hecho (esto es, la ejecución) estaba claramente en manos de X, por intensamente que el acusado tomara parte en la preparación. Este dominio del hecho fundamenta, según nuestra concepción, directamente el ánimo de apropiación. Lo cual aprobará el BGH, a la vista de la presente sentencia, pues si el sujeto tiene el dominio del hecho al ejecutar, la entrega posterior del botín a quien lo encargó es siempre una "disposición voluntaria" del ejecutor en la que se manifiesta la posición de dueño que ha usurpado y con ella el ánimo de apropiación. Continuando esta argumentación, lo dicho tendría que valer asimismo cuando el ejecutor, sin interés económico propio, cometiera el hecho por hacer un favor al inductor, pues también entonces la posterior entrega del botín seguiría siendo una "disposición voluntaria". Con ello se podría decir adiós a la figura, contradictoria con la teoría del dominio del hecho, del "instrumento doloso sin intención" [167].

27. La sentencia de la Sala III de 26 de noviembre de 1986 [168] se vuelve a ocupar, después de mucho tiempo, de la cuestión básica de si la ejecución del tipo de propia mano necesariamente tiene eficacia fundamentadora de autoría [169]. La sentencia BGHSt 8, 393, que simpatizaba con la teoría del dominio del hecho, había apuntado en esta dirección (cfr. *supra* pp. 118-120). La sentencia en el caso Staschynskij (BGHSt 18, 87) se había vuelto a apartar de esa postura (*supra* pp. 606 ss.), y otras sentencias posteriores (ante todo la sentencia en Dallinger, MDR 1974, 547, *supra* pp. 621 s.) se habían pronunciado más acentuadamente en este punto en favor de la teoría subjetiva extrema en el sentido del caso de la bañera (RGSt 74, 85). En cambio, la Sala III vuelve ahora a tomar una línea esencialmente más objetiva. Se trataba de un supuesto en el que el acusado «como deudor tributario y titular aparente de la empresa... firmó personalmente las declaraciones de impuestos falsas, así como las relativas a nóminas de los trabajadores, realizando así plenamente y en propia persona los tipos de elusión fiscal y de estafa (consumada o intentada)». El tribunal *a quo* le había condenado, no obstante, simplemente por complicidad.

[167] Cfr., con respecto al reciente estado del debate, *infra*, pp. 729 ss.

[168] *NStZ*, 1987, pp. 224 ss.

[169] Cfr. al respecto ya *supra*, pp. 589 ss.

El BGH se pronuncia en sentido contrario, hablando de "una concepción difundida en la doctrina" conforme a la cual la realización del tipo de propia mano siempre fundamenta autoría. La Sala no rechaza esta concepción, aun cuando el BGH "no la haya defendido hasta la fecha en esos términos", sino que se abstiene de pronunciarse, puesto que aun cuando "en casos excepcionales extremos" se admitiese otra decisión, no se da aquí uno de ellos. La Sala se remite entonces a BGHSt 8, 393, donde ya «antes de la entrada en vigor del § 25.1 StGB se decidió que en general es autor aquel que mata de propia mano a una persona aunque lo haga bajo la influencia y en presencia de otro, y únicamente en interés de éste...».

Hay que saludar sin reservas esta sentencia como negativa rotunda a la teoría subjetiva extrema. La alusión a "casos excepcionales extremos", en los que quizá fuera distinto, apenas sirve para relativizar la claridad con la que el BGH se pronuncia sobre la virtualidad fundamentadora de autoría de la comisión de propia mano. En efecto, no se dice qué casos podrían ser ésos. Al remitirse la sentencia a BGHSt 8, 393, y no al caso Staschynskij, que es posterior, cabe advertir que en todo caso no considera como tales supuestos excepcionales a los de BGHSt 18, 87; MDR 1974, 547 y sentencias análogas. Estamos, pues, ante una limitación esencial de la teoría del interés y ante un paso importante hacia la teoría del dominio del hecho.

28. La delimitación entre coautoría y complicidad se aborda en la sentencia de la Sala II de 6 de febrero de 1987 [170]. El acusado y su compinche W. habían "planeado un atraco a la Sozialstation en Frankfurt", entendiendo que se repartiría el botín esperado, de al menos 30.000 marcos. W. se apoderaría del dinero, utilizando un arma, mientras que el acusado también entraría y cubriría a W. Pocos metros antes de la entrada, al acusado le faltó valor, por lo que dijo: "No puedo acompañarte, vamos a dejarlo". Acto seguido, W. ejecutó el hecho por sí solo. Tras la comisión exitosa del hecho, el acusado volvió a reunirse con W., desplazándose ambos al centro en tranvía.

El BGH consideró a la aportación al hecho del acusado sólo como constitutiva de complicidad. El acusado, «sobre la base de la voluntad conjunta y esperando obtener la mitad del botín, había efectuado, antes del comienzo del suceso típico, aportaciones al hecho que favorecieron la realización del tipo, que no fueron retiradas y surtieron efecto en la ejecución de hecho». Sin embargo, con razón el tribunal *a quo* «al interés del acusado en obtener el botín, que le impulsaba al hecho le ha contrapuesto el punto de vista de que el acusado no dominó ni influyó en si el suceso típico iba a tener lugar o no, y cómo». Nada hay que objetar, pues, al tribunal que, "teniendo en cuenta esta circunstancia tan importante" al deliberar llegó al resultado de valorar las aportaciones al hecho del acusado como constitutivas de complicidad.

[170] *NStZ*, 1987, p. 364.

La sentencia representa un paso loable hacia la teoría del dominio del hecho, puesto que sustenta el rechazo de la coautoría exclusivamente en que el acusado no prestó ninguna aportación al hecho en la fase ejecutiva, esto es, en que no co-dominó la ejecución. Bien es verdad que esta sentencia aún se apoya en la teoría normativa de la combinación, conforme a la cual hay que ponderar los conocidos "puntos de apoyo" en una "consideración valorativa". Pero al calificar al co-dominio de la ejecución como "circunstancia muy importante", de orden superior al criterio del interés, desde luego el dominio del hecho alcanza trascendencia determinante.

29. El significativo y asombroso caso del que nos vamos a ocupar pasará a los anales jurídicos como el caso del "Rey Felino". Se trata de una sentencia de la Sala IV de 15 de septiembre de 1988 [171], que se ocupa de un supuesto muy singular y que cabe calificar de innovadora para la delimitación entre autoría mediata e inducción.

El acusado R. convivía con los acusados H. y P. en una "maraña de relaciones neuróticas" impregnada de "misticismo, seudoconocimiento y quimeras". H. consiguió, en colaboración con P., hacer creer a R. en la existencia del "Rey Felino", que "desde hacía decenios encarnaba al Mal y amenazaba al mundo". Finalmente, H. decidió matar a la mujer (N.) de su antiguo amigo por despecho y celos; para ejecutarlo, quiso servirse de R., aprovechándose de su superstición. Hizo creer a R. que el Rey Felino exigía una víctima humana en la persona de la señora N. Si no mataba a la señora N. en breve plazo, el Rey Felino aniquilaría a millones de personas. R., que no quería cometer un asesinato, en vano buscó excusas. H. y P. le manifestaron que el quinto mandamiento no regía para él, «que se trataba de una misión divina y tenían que salvar a la Humanidad». A R. lo atormentaban los remordimentos de conciencia, pero "ponderó el peligro para millones de personas" del que "podría salvarlas sacrificando a la señora N." y se decidió a cometer el hecho, que, no obstante, fracasó en la fase de tentativa.

El BGH estimó que R. había cometido un asesinato intentado. Aun cuando había vivido fundado en "certezas ilusorias", no fue inimputable. Con razón el tribunal *a quo* tuvo en cuenta sus ideas delirantes sólo "a través de la aplicación del § 21 StGB" (eximente incompleta de anomalía psíquica). Tampoco se daba error sobre los requisitos de la legítima defensa, del estado de necesidad justificante o exculpante (§ 35 StGB) ni sobre el estado de necesidad exculpante supralegal. Más bien, R. habría obrado en error de prohibición evitable (§ 17 StGB), al "ponderar erróneamente" el conflicto de intereses que a sus ojos existía, llegando al resultado de que matar a la señora N. estaba justificado. Estas consideraciones del BGH —la punibilidad de R. por asesinato intentado y su actuar en error de prohibición evitable— se van a dar por supuestas en lo sucesivo; constituyen las premisas sobre

[171] *BGHSt*, 35, pp. 347 ss.; cfr. al respecto SCHAFFSTEIN, *NStZ*, 1989, pp. 153-158; KÜPER, *JZ*, 1989, pp. 617-628, 935-949; HERZBERG, *Jura*, 1990, pp. 16-26; SCHUMANN, *NStZ*, 1990, p. 32. Acerca de la sentencia, cfr. asimismo mi comentario en ROXIN, *HRR-AT*, 1998, p. 205, sobre el supuesto núm. 81.

las que ante todo se basan las consideraciones del BGH, que aquí interesan, acerca de la autoría mediata.

El BGH plantea en seguida la cuestión decisiva de si "el inspirador de un autor que actúa culpablemente puede ser autor mediato" (*loc. cit.*, p. 351). Tras advertir que esta cuestión "no ha sido decidida por la jurisprudencia del alto tribunal", se expone minuciosamente el estado del debate en la doctrina [172], con el resultado de que se trata de un "problema valorativo abierto" y de que ni el tenor literal de la ley ni la posición sistemática de la autoría mediata prescriben una de las dos soluciones concurrentes (*loc. cit.*, p. 353). Entonces se produce el giro decisivo, al rechazar el BGH, en sintonía con la posición defendida en esta obra (*supra* pp. 171 ss.), la traslación del "principio de responsabilidad", desarrollado por mí para los supuestos coactivos y de entonces acá convertido en doctrina dominante, a los casos de error: «El § 25.1 StGB no obliga desde luego a un entendimiento tan estricto del concepto de autoría mediata como el que se deriva del principio de responsabilidad» (*loc. cit.*, p. 353). Para sustentar esta concepción, el BGH recurre al supuesto paralelo de la autoría mediata en virtud de maquinarias de poder organizadas (al respecto *supra* pp. 244 ss.), que es reconocida por la mayoría de los que rechazaban en el error de prohibición evitable del ejecutor la posibilidad de autoría mediata, invocando el principio de responsabilidad. «Que con auxilio del principio de responsabilidad por sí solo no siempre es posible un trazado nítido de límites lo admiten hasta los representantes de esta teoría, al reconocer la figura del "autor de detrás del autor" en los casos de delitos organizados a través de maquinarias de poder, sin tener en cuenta la plena responsabilidad del agente...» (*loc. cit.*, p. 353).

Luego, se pronuncia una negativa tajante a la concepción de que podría rechazarse la autoría sin consideración a las relaciones reales de dominio simplemente sobre la base de la responsabilidad —mermada— del ejecutor: «Una comparación valorativa de los casos del error de prohibición inevitable —en los que es posible indiscutiblemente la autoría mediata— con los del error de prohibición evitable, muestra que la sola evitabilidad del error no constituye un criterio de delimitación idóneo. También al autor que obra en error de prohibición evitable le falta, en el momento del hecho, la consciencia del injusto. Que hubiera podido tener conocimientos que no tenía en el caso concreto no tiene por qué modificar nada en el dominio del hecho por parte del sujeto de detrás que hace creer que el hecho estaba permitido» (*loc. cit.*, p. 353). El cotejo de esta cita con mis propias consideraciones [173] pone de manifiesto la plena coincidencia: «El estado de consciencia del ejecutor es, *ceteris paribus*, el mismo en el error de prohibición evitable que en el inevitable; en consecuencia, en la influencia por parte

[172] Cfr. *supra*, pp. 218-230, *infra*, pp. 716 ss., así como mi aportación al *Festschrift für Lange*, pp. 178-183.

[173] *Festschrift für Lange*, p. 179.

del sujeto de detrás (esto es, en su ejercicio del dominio) no cambia nada en absoluto que el ejecutor hubiera podido tener conocimientos que *actualiter* no tenía.»

La Sala no extrae (también en esto absolutamente igual que en esta obra) de estas consideraciones la consecuencia de que todo error de prohibición del ejecutor fundamente autoría mediata del sujeto de detrás: «La delimitación depende en el caso concreto de la clase y alcance del error y de la intensidad del influjo del sujeto de detrás... Autor mediato es en todo caso aquel que, con ayuda de un error provocado conscientemente por él, desencadena y dirige deliberadamente el suceso, de manera que el inducido a error, desde una consideración valorativa, ha de contemplarse como instrumento (si bien que actúa culpablemente)» (*loc. cit.*, p. 354). No se da aquí un caso así de autoría mediata. Pero no detalla la Sala cómo ha de distinguirse en otros casos conforme a la "clase y alcance del error" y de la "intensidad del influjo". Sin embargo, las indicaciones del BGH podrían formar un punto de contacto para la distinción que se adopta en esta obra, con arreglo a la cual hay que atender a si el ejecutor se equivoca sobre el injusto material de su conducta (la nocividad social de su hacer) o sobre la prohibición formal. Si conoce el injusto material de su conducta, su error es sólo de pequeño "alcance" y, por esta razón, apenas disminuirá la culpabilidad. El influjo del sujeto de detrás es en un caso así de "intensidad" mucho más débil que cuando el ejecutor considera su hecho adecuado o incluso meritorio. Es evidente, pues, rechazar aquí la autoría mediata. En el caso del Rey Felino, por el contrario, el ejecutor creía —si bien fundado en ideas ilusorias— prestar un servicio a la Humanidad. Al entender el BGH que provocar un error así fundamenta dominio del hecho, merece aplauso sin reservas.

La controversia con las opiniones en parte divergentes de la reciente doctrina tendrá lugar en otro lugar (*infra* pp. 703 ss.). Aquí simplemente queda señalar que esta sentencia, difícilmente ponderable en cuanto a su trascendencia, no sólo ha contribuido a que acabara imponiéndose definitivamente la teoría del dominio del hecho en el ámbito de la autoría mediata, sino que también ha llevado el problema del "autor de detrás del autor" (vivamente debatido incluso entre los partidarios de la teoría del dominio del hecho), en importantes ámbitos parciales, a un esclarecimiento con base dogmática.

30. La sentencia de la Sala II de 16 de junio de 1989 [174] trata la delimitación entre coautoría y complicidad en un caso en que el acusado trabajaba como contable en una sociedad de inversión, cuya actividad, como pronto advirtió, se encaminaba a estafar a los clientes mediante "ventas por teléfono". El BGH invoca su teoría normativa de la combinación (que venía repitiendo bajo continuos giros) (cfr., p. ej., núms. 23 y 28), subraya que el acusado

[174] *wistra*, 1989, p. 346.

no quería tomar parte en las ganancias obtenidas mediante engaño, sino simplemente no perder su puesto de trabajo escasamente retribuido y comienza entonces a hablar de sus aportaciones al hecho: «Al actuar típico de los vendedores por teléfono no prestó directamente contribución alguna. Simplemente favoreció la actividad de éstos al contribuir, cumpliendo sus funciones como contable, a mantener el funcionamiento del negocio de la empresa. Y esto no es susceptible de fundamentar la estimación del dominio del hecho o de la voluntad de dominio.»

El resultado —mera complicidad— desde luego es acertado. Habría podido fundamentarse fácilmente con las fórmulas de la teoría subjetiva (falta de interés, subordinación de la voluntad); a ello aluden desde luego las referencias al sueldo escaso y a la falta de participación en las ganancias. Sin embargo, resulta notable que el punto de partida decisivo para la fundamentación resida en la falta de dominio del hecho, que a su vez se deduce de que el acusado no había "realizado directamente ninguna aportación al actuar típico". Así pues, se atribuye importancia central al dominio del hecho y se advierte con buen criterio, apartándose de la línea mantenida en general por la jurisprudencia, que la cooperación en acciones preparatorias no da lugar a dominio del hecho.

31. En la sentencia de la Sala II de 6 de octubre de 1989 [175], se aborda la cuestión de la coautoría en la elusión fiscal. El acusado había suscrito declaraciones (de pago fraccionado) inexactas del impuesto sobre el volumen de ventas y sobre el trabajo personal, que el dueño de la empresa, como él sabía, utilizó luego para reducir, en sus declaraciones del impuesto sobre la renta, sus ingresos derivados de los beneficios empresariales. El tribunal *a quo* le había condenado como coautor de elusión fiscal.

El BGH subraya que, al no ser la elusión fiscal delito especial, es posible la coautoría entre el obligado tributario y el no obligado. Indica asimismo que las reglas generales sobre delimitación entre coautoría y complicidad son válidas "también para el ámbito de los delitos fiscales". La coautoría que estimó el tribunal anterior la entiende no suficientemente fundamentada, al no apreciar «un influjo determinante del acusado sobre las... declaraciones del impuesto de la renta del obligado tributario». «No cabe deducir de la sentencia otros hechos probados de los que quepa inferir el dominio del hecho del acusado.» El BGH encomienda, pues, al tribunal inferior verificar la cuestión de si no concurre más que complicidad.

Todo lo cual es acertado. Lo llamativo es —como en la sentencia núm. 30— que la fundamentación se apoye exclusivamente en la falta de dominio del hecho del acusado. El interés que tenía en procurarse la benevolencia del dueño de la empresa y una fuente de ingresos, no se considera un aspecto relevante para la delimitación. La decisión tiende, por eso, claramente hacia la teoría del dominio del hecho.

[175] *NStZ*, 1990, p. 80.

32. La sentencia del Tribunal Fiscal Federal *(Bundesfinanzhof)* de 13 de diciembre de 1989 [176] se refiere al problema de un delito de elusión fiscal en autoría mediata al financiar ilegalmente a partidos políticos. La quintaesencia de esta sentencia, que está fundamentada minuciosamente justo en el aspecto penal y que aprovecha cuidadosamente tanto la doctrina como los trabajos previos a las leyes, es que «los responsables de la asociación cívica ya no pudieron dominar, en el sentido de la teoría del dominio del hecho, el posterior curso del suceso, tras entregar los comprobantes de las donaciones, y, por tanto, tampoco el curso del suceso global, como para fundamentar autoría mediata». Si bien al comienzo de las reflexiones teóricas aparece la fórmula de que «el autor mediato tiene que obrar con voluntad de autor, esto es, querer el hecho como suyo propio», la fundamentación subsiguiente se apoya exclusivamente en la teoría del dominio del hecho. Lo cual confirma la tendencia (que va apareciendo cada vez con más claridad en la jurisprudencia en general) de que la autoría mediata ha de derivarse únicamente del dominio del hecho.

33. Por el contrario, la sentencia de la Sala v de 15 de enero de 1991 [177], relativa a la delimitación entre coautoría y complicidad, representa en lo sustancial, aunque no terminológicamente, un retorno a la antigua teoría subjetiva. En el supuesto de hecho, el acusado, que había eludido el arresto penal, fue acogido por D, en busca y captura por el mismo motivo, quien asimismo le proporcionó 20.000 marcos y un revólver. D estaba decidido a, en caso de que hubiera riesgo de que los detuvieran, abrirse paso a disparos, asumiendo incluso la muerte de agentes de policía. Daba por supuesto, como sabía el acusado, que también éste haría uso, llegado el caso, de su arma al menos con dolo eventual. El BGH deduce, a partir de las circunstancias (lo que no resulta del todo evidente, aunque aquí hay que darlo por supuesto) que entre D y el acusado había existido un acuerdo tácito ("concluyente") de cubrirse, disparando las armas de fuego, en caso de ser descubiertos por la policía. Efectivamente, ambos fueron localizados poco después por la policía. D abatió a dos agentes y disparó a los dos que sobrevivieron con dolo directo de homicidio, sin acertarles. El acusado, desde el principio, no había sacado su arma, sino que, tras el primer disparo de D, "en señal de rendición", había levantado los brazos y al final se había arrojado al suelo; al ser abatidos los dos policías, se había dado a la fuga. D no se dio cuenta hasta el final ni de que el acusado se había arrojado al suelo ni de que había huido.

El BGH califica al acusado de coautor de dos asesinatos consumados y de otros dos intentados. Para fundamentarlo, vuelve a citar los cuatro elementos de la teoría normativa de la combinación, de los que luego sólo recurre, como fundamentadores de autoría, al "dominio del hecho" y al "interés".

[176] *NJW*, 1990, p. 1253; en general con respecto a la elusión fiscal en autoría mediata en los supuestos de financiación ilegal de partidos políticos, WÜLLENKÄMPFER, *wistra*, 1989, p. 46.

[177] *BGHSt*, 37, 289.

La sentencia invoca en principio que, según jurisprudencia continuada, también las acciones preparatorias «mediante las que el coautor refuerza a su compañero ejecutor del hecho en su decisión del hecho» pueden bastar para la comisión conjunta del hecho en el sentido del § 25.2 StGB. Tal reforzamiento se da aquí en «el acuerdo concluyente de usar las armas para evitar la muy posible detención...» (p. 292). Lo cual es desacertado desde varios puntos de vista. En efecto, aun prescindiendo de que, según la teoría fundamentada en profundidad en esta obra (pp. 323 ss.; 733 ss.), la cooperación en la preparación no basta, por principio, para fundamentar coautoría, incluso según la concepción contraria el reforzamiento de la resolución del hecho en este caso constituye complicidad psíquica, que ya se sitúa en la periferia del merecimiento de pena [178]. No se razona cómo es que una aportación así va a comportar coautoría. Cabe incluso decir con certeza que un "acuerdo concluyente", como tal, no puede fundamentar coautoría, aun cuando se parta de que otros actos preparatorios puedan hacerlo, puesto que tal "acuerdo" no es sino la "decisión conjunta del hecho", a la que, indiscutidamente, en toda coautoría tiene que añadírsele la "ejecución conjunta". Al entender que la "ejecución conjunta" ya reside en el "acuerdo", se está renunciando en realidad a la ejecución conjunta. Ésta es una calificación insostenible.

Por eso se entiende que la sentencia, más adelante, intente deducir tanto el dominio del hecho como la voluntad de autor del acusado a partir de su conducta. Así, se dice que tuvo «el dominio del hecho. En todo caso, antes del primer disparo mortal, no retiró... su apoyo psíquico derivado de su presencia como tal y de portar un arma de fuego, aunque ya se había dado cuenta de que se acercaban los policías y aún habría podido pedir a D que, en contra de lo acordado, no disparara» (p. 293). Estas aportaciones "perduraron a lo largo de todos los hechos", de manera que el acusado fue coautor de los cuatro disparos efectuados por D.

Sin embargo, así no cabe fundamentar dominio del hecho, puesto que el apoyo psíquico habría podido justificar si acaso que se estimase complicidad; "dominio" no puede derivarse evidentemente de ahí. La posibilidad de pedir a D "que no disparara" tampoco permite estimar dominio del hecho, pues como habría dependido de D hacer caso o no de tal petición (probablemente no habría hecho caso), el dominio del hecho sólo se da en éste. Pero aun cuando el acusado hubiera podido evitar los disparos, tampoco esto permitiría apreciar dominio del hecho, pues la posibilidad de evitar el hecho la tienen muchos cómplices e incluso personas que no participan en el hecho; no es esta posibilidad, sino la dirección activa del suceso lo que significa dominio del hecho [179].

[178] Con más detalle ROXIN, *LK* [11], 1993, § 27, núms. margs. 41 ss.

[179] El error lógico aquí criticado lo ha sufrido ya en algún caso también la jurisprudencia; cfr. *supra*, pp. 343 ss. con respecto a *BGHSt*, 11, p. 268.

La sentencia recurre aún a una fundamentación de carácter "subjetivo": «El acusado obraba por interés propio en el resultado del hecho, pues tanto él como D estaban fugados, e interesados en seguir siendo libres para no enfrentarse a una sensible pena de arresto.» La cual es una suposición muy aventurada, puesto que de la circunstancia de que el acusado no disparó y ni siquiera sacó su arma antes bien hay que deducir *(in dubio pro reo)* que no estaba interesado en abatir policías, ya sea que en el tiroteo temiera por su propia vida (luego le contó a D su "miedo cerval"), ya sea que no quisiera asumir el riesgo de cadena perpetua. En la sentencia no se demuestra, pues, el interés fundamentador de dominio del hecho, sino que se le imputa al acusado, poniéndose así una vez más de relieve cómo toda teoría subjetiva convierte a la delimitación entre autoría y participación en objeto de una valoración judicial bastante arbitraria.

Pero también el criterio del dominio del hecho se utiliza en la presente sentencia simplemente como fórmula vacua; ninguno de sus requisitos se cumple ni por aproximación. Por eso, la sentencia ha encontrado en la doctrina rechazo unánime [180].

34. La sentencia de la Sala III de 8 de enero de 1992 [181] se refiere a la coautoría en la estafa y refuerza la tesis jurisprudencial de que también la cooperación en los actos preparatorios es susceptible de fundamentar coautoría. Se trataba de la actividad engañosa de una empresa ficticia. El acusado era "cotitular en plano de igualdad del plan del hecho", había de "recibir la misma parte en las ganancias" y realizó (sobre todo procurando certificados falsificados) aportaciones importantes en la fase preparatoria. «Así de intenso era su interés en el mayor éxito posible del hecho.»

También aquí invoca el BGH su teoría normativa de la combinación, declarando justificada la «valoración [del *Landgericht*] en el sentido de que el transcurso y la ejecución de las acciones concretas de estafa dependieron decisivamente, en el sentido de la coautoría, de la voluntad del acusado». La falta de intervención en las acciones de estafa en sentido estricto «pasa a un segundo plano en una consideración valorativa global del papel del acusado», no "excluyendo la calificación de coautoría".

La sentencia se halla en la línea de la jurisprudencia de hasta la fecha, pero también vuelve a poner de manifiesto la inseguridad que comporta en la delimitación. El Fiscal del BGH simplemente había calificado de complicidad; y el propio BGH se limita a advertir que el tribunal *a quo* "pudo" haber estimado el papel del acusado como constitutivo de coautoría, esto es, habría aceptado igualmente la valoración opuesta. Al señalarse en la sentencia: «Ya la intervención en acciones situadas en el ámbito previo a la genuina realización del tipo puede bastar para fundamentar coautoría,

[180] ROXIN, *JR*, 1991, p. 206; PUPPE, *NStZ*, 1991, p. 571; HERZBERG, *JZ*, 1991, p. 856; ERB, *JuS*, 1992, p. 197; STEIN, *StrV*, 1993, p. 410. Acerca de la sentencia, cfr. asimismo mi comentario en ROXIN, *HRR-AT*, 1998, p. 204, sobre el supuesto núm. 79.

[181] *wistra*, 1992, p. 181.

en tanto que esta cooperación se presente, conforme la dirección de voluntad de los intervinientes, no como mero favorecimiento del hacer ajeno, sino como parte de la actividad de todos», se pone de manifiesto que la delimitación se deja a la discrecionalidad del juzgador. En efecto, la cuestión de qué es "favorecimiento de hacer ajeno" y qué "una parte de la actividad de todos", se responde simplemente aludiendo a la "dirección de voluntad" de los intervinientes, lo que a su vez no es un hecho interno, sino que ha de deducirse de una consideración valorativa. Así no es posible alcanzar una delimitación clara y convincente según los principios del Estado de Derecho.

35. La sentencia de la Sala II de 3 de noviembre de 1993 [182] se refiere a la autorización indebida dolosa, por parte de funcionario, del traslado de residuos. Dependiendo de si obraron de buena o mala fe quienes, como consecuencia de ello, llevaron a cabo activa y directamente el vertido de residuos peligrosos para el ambiente (§ 326.1 StGB), se condena al funcionario en calidad de coautor o de autor mediato.

Aquí se está basando la coautoría en la fórmula consagrada de la teoría normativa de la combinación, para la cual, como expresamente se subraya, bastan incluso actos preparatorios. De hecho, la calificación de coautoría se apoya en la "importancia decisiva" de la autorización que posibilita el hecho y en el interés del acusado en estar a la altura de su fama de eficaz "gestor de residuos". Desde nuestro punto de vista, se da complicidad, porque ni una contribución necesaria al hecho en la fase preparatoria ni, con mayor razon, el afán de mantener cierta fama pueden fundamentar dominio del hecho.

Resulta interesante cómo se deduce la autoría mediata. Se fundamenta ésta en que el funcionario «"desencadena" la realización del tipo dolosamente por medio de un empresario de buena fe, infringiendo las normas medioambientales, pues así la infracción medioambiental se presenta como "obra suya" tanto desde el punto de vista del funcionario como objetivamente; bien es cierto que no es él la fuerza impulsora, pero sí, como consecuencia de su supervisión fáctica y jurídica sobre el acontecer, la figura central de éste» (*loc. cit.*, p. 389). De este modo no sólo se admite el concepto, acuñado en esta obra, de la "figura central", comprensivo de todas las manifestaciones de la autoría, sino que se reconoce que el autor mediato, el único que entrevé la situción fáctica y jurídica, no tiene que ser necesariamente la "fuerza impulsora".

36. La sentencia de la Sala I de 23 de noviembre de 1993 [183] se ocupa de la delimitación entre coautoría y complicidad en el incendio. El acusado se había limitado a «entregar al autor, a instancia de éste, un encendedor, a sabiendas de que iba a servirse de él para prender el incendio». También

[182] *BGHSt*, 39, 381.

[183] *StrV*, 1994, p. 241.

aquí el BGH cita, en sintonía con anteriores sentencias, los criterios de la teoría normativa de la combinación. Sus reparos contra la coautoría apreciada por el LG se derivan únicamente de que el acusado «ni tenía el dominio del hecho ni voluntad de dominarlo; su intervención en el incendio fue, si bien importante, escasa». El BGH devolvió la causa con el objeto de que se verificara si «la ejecución y el resultado.... dependieron decisivamente de la voluntad del acusado». Por el contrario, desde la perspectiva de la teoría del dominio del hecho, se da un caso claro de mera complicidad, a lo que desde luego se inclina el BGH.

37. La sentencia de la Sala I de 18 de enero de 1994 [184] se refiere asimismo a la delimitación entre coautoría y complicidad, pero en el supuesto específico de la mera cooperación en el planeamiento. Cuatro extremistas de derechas habían urdido en común el plan de que dos de ellos incendiarían un albergue de solicitantes de asilo y otros dos profanarían un cementerio judío. El problema reside en si cada interviniente no sólo es coautor de su propio hecho, sino además del hecho de los otros dos. El BGH lo estima posible, invocando la sentencia BGHSt 37, 289 (*supra* núm. 33), según la cual para la coautoría basta que el coautor "refuerce la decisión del hecho de los demás". Este requisito podría «realizarlo incluso el acuerdo relativo a la ejecución de varios hechos. El que se dé coautoría o complicidad debe decidirlo el juez de instancia en una consideración valorativa».

Esta sentencia continúa dos tendencias muy cuestionables de la jurisprudencia reciente. Una reside en hacer bastar para la coautoría la intervención en la mera decisión del hecho, sin más cooperación, ni siquiera en fase preparatoria (crítica al respecto *supra* núm. 33). La otra se manifiesta en la remisión a la "consideración valorativa" del juez de instancia, que renuncia a toda delimitación jurídica clara entre ambas formas de intervención, transformándola en una mera decisión arbitraria del juez *a quo* (cfr. al respecto en particular *infra* núm. 49).

38. La sentencia de la Sala V de 26 de julio de 1994 [185], parangonable solo al "caso del Rey Felino" (*supra* núm. 29) en cuanto a repercusión, ha abierto nuevos caminos, al reconocer la figura jurídica desarrollada por vez primera en esta obra (*supra* § 24), del "dominio de la voluntad en virtud de maquinarias de poder organizadas". Los miembros del "Consejo Nacional de Defensa" de la extinta República Democrática Alemana, que habían ordenado disparar a la guardia fronteriza del Muro, así como minarlo con explosivos letales, dominaban el suceder por medio de la maquinaria de poder dirigida por ellos, aun cuando los ejecutores directos ya fueran responsables en tanto que autores que actuaron culpablemente. Por ello fueron condenados como autores mediatos detrás de autores (responsables).

Al respecto se señala *supra* (p. 272): «Una organización así despliega una vida independiente de la cambiante existencia de sus miembros. Funciona

[184] *NStZ*, 1995, p. 122.
[185] *BGHSt*, 40, 218.

de manera prácticamente "automática", al margen de los individuos que son sus miembros.» El BGH, en la formulación central de su sentencia (BGHSt 40, 236) asume esta fundamentación del dominio del hecho del sujeto de detrás: «Hay... grupos de casos en los que, a pesar de que la persona interpuesta obre de modo completamente responsable, la aportación de la persona de detrás conduce de manera casi automática a la realización del tipo pretendida por ésta. Lo cual puede darse cuando la persona de detrás se aprovecha de condiciones circundantes determinadas por estructuras organizadas en el marco de las cuales su aportación al hecho desencadena resultados regulares.» Es «autor en la manifestación de autoría mediata. Tiene el dominio del hecho». La gran importancia de esta sentencia reside en imponer por fin la teoría del dominio del hecho en el ámbito de la autoría mediata, en juzgar el dominio de organización, junto al dominio por coacción y por error, como tercera forma autónoma de autoría mediata y en admitir la posibilidad del autor de detrás del autor también, más allá del supuesto de aprovechamiento de error de prohibición, en los de persona interpuesta responsable. Todo ello se corresponde con la concepción desarrollada en esta obra y ha de saludarse sin reservas [186].

Naturalmente, la fundamentación de la sentencia no merece aprobación en todos sus puntos. Así, el BGH pretende apoyar la autoría mediata de la persona de detrás también en que aprovecha «la disposición incondicionada del ejecutor directo a realizar el tipo» y quiere "el resultado como fruto de su propio actuar" (*loc. cit.*, p. 236). Aceptar que la disposición incondicionada al hecho del ejecutor directo puede fundamentar dominio del hecho se basa en Fr.-Chr. SCHROEDER, el primero en plantear esta teoría [187]. Pero es difícilmente mantenible, pues el clásico supuesto de disposición al hecho es el ofrecerse, del que trata el § 30 II StGB como modalidad del manifestarse dispuesto. Sin embargo, queda fuera de duda que el "aceptar un ofrecerse" constituye inducción y no autoría mediata. Tampoco depende el dominio del hecho de la persona de detrás debido a estructuras organizadas precisamente de que el respectivo ejecutor esté "dispuesto incondicionadamente" al hecho», puesto que aunque no lo esté y sepa eludir la orden, la persona de detrás puede dar por sentado que sus órdenes se van a ejecutar, porque en seguida otro suplirá al desobediente o desertor. Al añadir el BGH que la persona de detrás "quiere el resultado como fruto de su propio actuar", expresa una reminiscencia de la teoría subjetiva sin significado propio, pues también el inductor, naturalmente, quiere el resultado como fruto de su actuar.

Asimismo objetable me parece el alcance que el BGH pretende asignar al dominio de organización. Sí puede compartirse la sentencia cuando dice

[186] Cfr. sobre esta sentencia con más detalle ROXIN, *JZ*, 1995, pp. 49 ss.; *Festschrift für Grünwald*, 1999, pp. 549 ss. Acerca de la acogida de la sentencia en la doctrina, cfr. *infra*, pp. 723 ss.
[187] En su obra *Der Täter hinter dem Täter*, 1965, pp. 143 ss.; al resepcto ROXIN, *ZStW*, 78 (1966), pp. 222 ss., 227 ss.

(*loc. cit.*, p. 237): «Habrá autoría mediata así entendida no sólo en los supuestos de abuso de poder estatal, sino también en los de delito mafioso organizado...» Se aprecia aquí paralelismo con la afirmación contenida *supra* (p. 278) de que se da dominio de organización en los hechos «cometidos en el marco de movimientos clandestinos, organizaciones secretas, bandas de delincuentes y asociaciones delictivas semejantes». Sin embargo, va demasiado lejos el BGH (*loc. cit.*, p. 237) al decir: «También cabe resolver así el problema de la responsabilidad en los supuestos de funcionamiento de empresas», pues requisito para que las estructuras organizadas desencadenen "resultados reglares" y ejecuten el resultado "de manera prácticamente automática" es la circunstancia de que la maquinaria de poder en su conjunto, al menos para el caso concreto, se haya apartado de la legalidad. En caso contrario, hay que esperar del ejecutor directo que se niegue a ejecutar órdenes antijurídicas [188]. Así pues, si, p. ej., un jefe de departamento en una empresa que actúa legalmente insta a un empleado a que realice una falsificación, de llevarse ésta a cabo, es inductor, y no autor mediato. No es la jerarquía ni la competencia para impartir órdenes lo que fundamenta la autoría mediata, sino la intercambiabilidad de los ejecutores. En este punto, el BGH propende, como ponen de manifiesto sentencias posteriores (núms. 39, 47 y 48), a exagerar el ámbito de la autoría mediata.

39. La "interrupción del tratamiento", sentencia de la Sala I de 13 de septiembre de 1994 [189], presenta una importancia destacada para el enjuiciamiento jurídico-penal de la eutanasia (lo cual no interesa aquí), pero por otra parte, continúa la jurisprudencia introducida por BGHSt 40, 218 (*supra* núm. 38), relativa a la autoría mediata. Se trata de una anciana "con graves daños cerebrales", inconsciente, incapaz de andar y de tenerse en pie y sin perspectivas de mejora, a la que se había mantenido viva, mediante alimentación parenteral, más de dos años. Los dos acusados, su médico y su hijo, dieron a los enfermeros la orden de cambiar la alimentación por té, para determinar de este modo la muerte indolora de la anciana. Daban por supuesto que ello estaba legalmente permitido, mientras que el BGH debate las relaciones de participación dando por supuesto que obedecer la orden se presenta como homicidio punible.

El BGH pretende juzgar a ambos acusados como autores mediatos y, para fundamentarlo, recurre en primer lugar a la autoría mediata mediante aprovechamiento de instrumento que obra en error de prohibición, tal como había admitido en el supuesto del Rey Felino (BGHSt 35, 347 ss., *supra* núm. 29). Sin embargo, a la extrapolación de tal jurisprudencia a este supuesto se opone que los acusados no causaron ni quisieron aprovechar un error de prohibición, sino que ellos mismos sufrían error de prohibición. Puesto que

[188] Cfr. al respecto con más detalle ROXIN, *Festschrift für Grünwald*, 1999, pp. 556 ss. Decididamente en contra de extrapolar este género de autoría mediata a estructuras organizativas empresariales, ROTSCH, *NStZ*, 1998, p. 491.

[189] *BGHSt*, 40, 257.

la autoría mediata, en el error de prohibición del ejecutor, sólo puede basarse en el poder de configuración derivado del superior conocimiento jurídico del sujeto de detrás, debe descartarse de entrada tal fundamentación en nuestro caso.

El BGH se da cuenta del problema, pero cree (*loc. cit.*, p. 267) que «ello no es decisivo. Más bien lo es el que los acusados obraran con voluntad de autor y dominio del hecho». En vista de la «competencia para impartir órdenes, de una parte, y, por otra, del papel subordinado, sometido a instrucciones de los auxiliares empleados» por ellos, «no cabe duda del criterio subjetivo de la voluntad de autor y del requisito objetivo del dominio del hecho de ambos acusados» (*loc. cit.*, p. 286).

Lo cual no es admisible. Estamos aquí ante un supuesto de ampliación indebida de la autoría mediata, ya puesta de manifiesto cuando BGHSt 40, 218 (*supra* núm. 38) admite poder resolver el "problema de la responsabilidad en el funcionamiento de empresas" recurriendo a la figura del dominio de organización. Dado que un hospital trabaja dentro de la legalidad y con el objetivo de mantener la vida, esto es, la "maquinaria" no se había apartado en absoluto de la legalidad, la orden antijurídica dirigida a matar de ninguna manera era adecuada para desencadenar "resultados regulares" y a ejecutar "de forma casi automática" el resultado de muerte pretendido. Esto lo pone de manifiesto justamente el supuesto de hecho juzgado por el BGH, pues el jefe de enfermeros tuvo recelos sobre la admisibilidad de la orden, no la ejecutó y se dirigió al tribunal tutelar, que prohibió el cambio de alimentación. No pudo demostrarse de manera más clara que el dominio del hecho no concurría precisamente en las personas de detrás. Cuando el BGH, para mantener lo contrario, invoca el "papel sometido a órdenes" de los auxiliares, no utiliza ningún argumento idóneo, porque el sometimiento a órdenes precisamente no subsiste ante órdenes antijurídicas. La "voluntad de autor" empleada conjuntamente por el BGH, préstamo de la teoría subjetiva, no permite, faltando el dominio del hecho, delimitación alguna entre inducción y autoría mediata. Así pues, con mejor criterio, habría que haber calificado en este caso —suponiendo que lo planeado hubiera que juzgarlo como homicidio punible— de inducción intentada del sujeto de detrás (§ 30 I StGB).

40. La sentencia de la Sala IV de 25 de octubre de 1994 [190] confirma en un caso de estafa la jurisprudencia constante de que los actos preparatorios pueden bastar para la coautoría. El acusado había perpetrado un robo con violencia fingido, según su representación, que constituiría el punto de partida para una estafa de la supuesta víctima ante una aseguradora. El BGH aprecia coautoría en la estafa, aunque el acusado no estaba interesado en ésta, sino que ya había sido recompensado por su aportación de otra manera (lo que por lo demás se interpreta en la jurisprudencia como ausencia de interés propio y, por tanto, como indicio contrario a la coautoría, *infra* núm. 49).

[190] *BGHSt*, 40, 299.

La sentencia extiende con mucho la coautoría en detrimento de la complicidad, pues ni siquiera cabe fundamentar aquélla con la teoría normativa de la combinación. El acusado no participó en la estafa —tal como iba a tener lugar según su representación—, esto es, de ningún modo tuvo dominio del hecho. Pero como tampoco existía interés propio en el hecho de la estafa, faltan, por tanto, los dos criterios centrales de los que la jurisprudencia requiere al menos uno para calificar de coautoría. El BGH cree que no hay que atender al interés en la estafa porque «el tipo de estafa se realiza también cuando se actúa en interés ajeno» (*loc. cit.*, p. 300) [191]. Cabe preguntarse de dónde se deduce entonces la coautoría, si no concurren ninguno de los "puntos de apoyo" esenciales para ella. Al respecto no puede bastar que el robo violento fuese una condición previa indispensable de la posterior estafa, puesto que aportar una condición necesaria —la antigua participación principal— ya no se considera hoy en absoluto como criterio determinante de la autoría.

41. También se refiere a la autoría mediata la sentencia de la Sala III de 3 de noviembre de 1994 [192], relativa a un fraude electoral cometido a instancias de la dirección del partido en la extinta RDA. El acusado había sido Primer Secretario de la Dirección Provincial de Dresde del SED (Partido Socialista Unitario Alemán) e intervenido en un fraude electoral por orden de la dirección del partido. El BGH debate si su aportación al hecho puede estimarse como "dominio de organización" en el sentido de autoría mediata. Reitera las formulaciones ya elegidas por BGHSt 40, 218 (*supra* núm. 38) y caracteriza la posición del acusado señalando que ciertamente "las auténticas personas de detrás" tenían su sede en Berlín, pero que él se dejó involucrar en la jerarquía de mando, de modo que «en la cadena de mando entre Berlín y la Junta Electoral concreta podía ser considerado como delegado del Politburó para la provincia» (BGHSt 40, 317).

En realidad, cabía apreciar aquí autoría mediata. En esta obra se resaltó desde el principio que es "irrelevante" para el dominio de organización que la persona de detrás "obre por propia iniciativa o en interés o por orden de instancias superiores" [193]. «Pues para su autoría únicamente resulta decisiva la circunstancia de que puede dirigir la parte a él subordinada de la organización...» Así pues, un acusado puede ser también autor mediato en el marco de maquinarias de poder organizadas cuando «no coopera ni al principio ni al final del hecho y su intervención se limita a la pieza situada en medio», de manera que, en su caso, puede surgir una cadena de autores de detrás del autor.

Hay que saludar que el BGH se muestre sensible a estas reflexiones. Sin embargo, al final no se pronuncia sobre «si los principios de la autoría

[191] Lo cual se contradice con la argumentación de la misma Sala en su sentencia posterior de 9 de enero de 19997 (*infra*, núm. 46).

[192] *BGHSt*, 40, 307.

[193] Esta cita y las siguientes, *supra*, p. 275.

mediata desarrollados por la Sala V para los delitos contra la vida pueden extrapolarse a los delitos de fraude electoral, a pesar de que la persona interpuesta actúe responsablemente» (*loc. cit.*, p. 317). Y es que al acusado le faltaba la posición de deber fundamentadora de autoría requerida en el StGB de la RDA, pudiendo ser sólo castigado como partícipe aun existiendo "dominio de organización". Bien es verdad que en los delitos de infracción de deber la autoría ha de determinarse en función de la posición de deber, no del dominio del hecho (cfr. *supra* § 34, pp. 385 ss.). Sin embargo, no se entiende a qué se debe esa imposibilidad esencial de trasladar la figura jurídica del dominio de organización al fraude electoral y a otros delitos, pues la estructura del dominio es independiente de la clase de delito. Así pues, el BGH se muestra aquí innecesariamente cicatero, lo que contrasta con la generosidad con la que aplica el dominio de organización a jerarquías que trabajan en la legalidad en el seno de empresas de carácter económico (*supra* núm. 38) y hospitales (*supra* núm. 39).

42. La sentencia de la Sala II de 15 de febrero de 1995 [194] versa sobre la delimitación entre coautoría y complicidad en la tentativa de asesinato. El BGH condena como coautores a los dos acusados, aun no habiendo hecho uso por sí mismos del arma de fuego ni habiéndose encontrado directamente en el lugar del hecho. La coautoría se apoyó en la cooperación en el plan y en la exhortación a disparar, así como con las fórmulas de la teoría normativa de la combinación. Lo cual se ajusta a la jurisprudencia constante, que hace bastar la cooperación en la fase preparatoria para la coautoría. No se dice, naturalmente, cuál de los "puntos de apoyo" que siempre se traen a colación se ha realizado. En suma, se tiene en cuenta unilateralmente el interés, pues el dominio del hecho no puede basarse ni en la participación en el plan ni en exhortaciones instigadoras. Con mejor criterio, debería haberse apreciado participación.

43. La sentencia de la Sala II de 21 de junio de 1995 [195] se ocupa de la posición de partícipes de miembros de la dirección de una empresa en la expendición de productos nocivos. «La imputación a título de autoría no requiere la realización del tipo de propia mano. Los miembros de la dirección de una empresa pueden tener que responder penalmente por el vertido de productos nocivos también si los expenden a sabiendas.» Curiosamente no se dice si los miembros de la directiva (que por su parte actúan en coautoría), en relación con los expendedores del vino adulterado a ellos subordinados, han de ser coautores o autores mediatos. Puesto que se les acusó de estafa, incluso habría que tener en cuenta la autoría directa, pues en las declaraciones falsas de la dirección ante los clientes podría apreciarse un engaño directo. Las lacónicas consideraciones de la sentencia no dan pie a una valoración más concreta, pero llama la atención que aquí ya no ha encontrado eco la idea de autoría mediata en virtud de dominio de orga-

[194] *NStZ*, 1995, p. 285.

[195] *NJW*, 1995, p. 2933.

nización, a la que el BGH ha intentado sacar partido recientemente en el ámbito de la responsabilidad en el seno de empresas (cfr. *supra* núm. 38).

44. La sentencia de la Sala V de 4 de marzo de 1996 [196] vuelve a tratar (al igual que la reseñada en el núm. 41) la autoría mediata de "eslabones" individuales situados en la cadena de mando de una maquinaria de poder organizada apartada de la legalidad. Se trataba de dilucidar la responsabilidad de un comandante por los disparos mortales de los soldados a sus órdenes en la frontera entre las dos Alemanias. El BGH deja «abierto si al acusado cabría considerarlo autor mediato ya según los principios de la sentencia BGHSt 40, 218 [*supra* núm. 38]. Es evidente que el comandante de un regimiento de fronteras, al aplicar el régimen de fronteras establecido por la superioridad, actúa como eslabón intermedio de una jerarquía de mando, desencadenando así resultados regulares conducentes a la realización del tipo mediante aportaciones propias al hecho aprovechando su poder de ordenar». De todos modos, en el caso concreto el comandante, al disparar él mismo certeramente, había dado una orden de disparar "concluyente" que bastaba para su autoría mediata.

Este planteamiento ha de compartirse. La posición de comandante convirtió al acusado en autor mediato si para matar se sirvió de la maquinaria (aunque fuera cumpliendo instrucciones). Lo cual puede ocurrir ya mediante una orden de disparar desligada del caso concreto (con respecto a lo cual el BGH omite hacer comprobaciones). Sin embargo, un empleo así de la maquinaria se da en la exhortación directa a disparar.

45. Una breve sentencia de la Sala IV de 4 de junio de 1996 [197] vuelve a mostrar al BGH, en la delimitación entre coautoría y complicidad, siguiendo primordialmente la senda de la teoría subjetiva. En ella se castigó al acusado como coautor de hurto, por haber «elegido el objeto del hurto, por una parte, y planeado las acciones de sustracción y aprovechamiento, por otra». Lo cual no le proporciona el dominio del hecho. Tampoco menciona el BGH este criterio, sino que se conforma con señalar que el acusado «actuó con voluntad de autor y para procurarse... una fuente de ingresos suplementaria». Éstos son los elementos de las teorías del dolo y del interés, tal como ya los había perfilado la jurisprudencia del BGH. Desde el punto de vista de la teoría del dominio del hecho, sólo se da, en todo caso, participación, de manera que en el presente caso, únicamente cabrá calificar de inducción.

46. La sentencia de la Sala IV de 9 de enero de 1997 [198] se ocupa de un supuesto en que el acusado, como conductor de autobús, llevó a cabo un accidente de circulación fingido con un turismo, a fin de cooperar con su titular —sin interés propio de enriquecerse— para conseguir indemni-

[196] *StrV*, 1996, p. 479.
[197] *StrV*, 1997, p. 247.
[198] *StrV*, 1997, p. 411.

zaciones ilegítimas del seguro. El BGH rechaza aquí la coautoría en la estafa apreciada por el tribunal *a quo*. Bien es verdad que los actos preparatorios de la estafa, como fue el llevar a cabo el accidente, podrían fundamentar por sí coautoría. Sin embargo, ello no es así cuando el acusado, como aquí, ni tuvo el dominio del hecho en la estafa, ni interés propio en ésta. Esta sentencia confirma la idea, deducible de la evolución jurisprudencial, de que, tras la teoría normativa de la combinación para delimitar coautoría y complicidad, en realidad se ocultan los dos criterios del dominio del hecho y del interés propio, y que éstos llevan a rechazar la coautoría cuando no concurren ambos. Desde el punto de vista de la teoría del dominio del hecho, únicamente la falta de dominio del hecho derivada de la cooperación sólo en fase preparatoria, entraña la calificación de complicidad. El interés propio no desempeñaría papel alguno ya porque el tipo de estafa equipara la intención de enriquecer a un tercero a la de enriquecerse uno mismo.

47. La sentencia de la Sala II de 6 de junio de 1997 [199] se ocupa de la responsabilidad de directivos de sociedades anonimas por la eliminación de residuos peligrosos para el medio ambiente (§ 326 StGB). Éstos eran responsables de haber cedido los residuos a otras empresas que no disponían de posibilidades para eliminar adecuadamente los residuos. A diferencia de la sentencia de la misma Sala de 3 de noviembre de 1993 (*supra* núm. 35) ya no se aprecia, mediando punibilidad del autor directo, coautoría, sino autoría mediata, invocando las sentencias BGHSt 40, 218 y 35, 347 (*supra* núms. 38 y 29). Se considera determinante si la persona de detrás «tiene no sólo interés en el hecho, sino también dominio del hecho soportado por voluntad de autor», de lo cual "no cabe dudar", pues los acusados habían «abierto y señalado el camino de que los residuos se iban a eliminar de manera ilegal».

La sentencia pone de manifiesto cómo, en la autoría mediata, la jurisprudencia atiende cada vez más al dominio del hecho, pero también lo descuidada e inexactamente que maneja dicho concepto, pues no se daban aquí los requisitos de los precedentes a los que se hace referencia, porque las empresas a la que se recurrió para eliminar los residuos no estaban imbricadas en la estructura organizativa de la propia firma y tampoco se encontraban en error de prohibición. Quien, sin haber cooperado en la realización del tipo, "abre y señala el camino", no tiene aún por ello el dominio del hecho. Más bien se trata de un típico comportamiento de inductor. La sentencia evidencia el peligro de que la jurisprudencia, tras reconocer al autor de detrás del autor, traspase las limitaciones formuladas en las sentencia-guía (*supra* núms. 38 y 29) y juzgue cada vez más la determinación al hecho, en contra de la inequívoca regulación del § 26 StGB, como autoría mediata, tendencia a la que hay que salir al paso.

[199] *NStZ*, 1997, p. 544.

48. También la sentencia de la Sala IV de 11 de diciembre de 1997 [200] prosigue por la vía de afirmar precipitadamente la autoría mediata. Los acusados, como administradores de hecho de una sociedad anónima, a pesar de la insolvencia de ésta, habían continuado su actividad, determinando una defraudación de los proveedores. El BGH aprecia aquí autoría mediata en la estafa. Lo cual ha de aceptarse sin más si los empleados que despacharon los pedidos actuaron de buena fe, es decir, sin conocer la insolvencia, pues entonces los gestores actuaron, como autores mediatos, a través de "instrumentos" sin dolo.

Sin embargo, el BGH no restringe la autoría mediata, como había hecho unos años antes la Sala II (cfr. *supra* núm. 35), a los instrumentos sin dolo, sino que, invocando la sentencia BGHSt 40, 218 (*supra* núm. 28), admite también la autoría mediata cuando quienes encargaron las mercaderías fueron por su parte autores plenamente responsables de estafa. La autoría mediata se daría aun no pudiéndose demostrar «ninguna intervención concreta de los acusados o ni siquiera conocimiento actual de éstos en relación con los pedidos de mercaderías» (wistra 1998, p. 150). Simplemente habían asumido que se iban a seguir encargando pedidos como hasta la fecha. No se aclara cómo en esta situación, en la que ya resulta difícil fundamentar una inducción "concluyente", es posible afirmar la autoría mediata. El BGH simplemente señala que, de acuerdo con BGHSt 40, 236, es de aplicación la figura jurídica del dominio de organización "también para actividades empresariales". Casi da la impresión de que ha de hacerse responder como autor mediato al empresario por todo lo que ocurre en su empresa aun cuando ello sólo esté abarcado por su saber y voluntad de una forma muy genérica. Sin embargo, no resulta posible derivar de las categorías de la doctrina de la autoría una solución en tales términos, esencialmente simplificadora del proceso probatorio.

49. La sentencia de la Sala V de 20 de enero de 1998 [201] se refiere a una aportación de cómplice en el marco del caso del famoso secuestro de Reentsma. El LG había rechazado la coautoría del acusado porque éste «no había dominado en ningún momento si el hecho típico iba a tener lugar, y cómo». El BGH no pone reparos a la valoración del juez de instancia con una fundamentación curiosa. Cita los ya tradicionales "puntos de apoyo esenciales" de la teoría normativa de la combinación y prosigue: «En los supuestos extremos, el BGH ha abierto al juez de instancia un ámbito de libertad para la valoración que le compete. Si la sentencia recurrida evidencia que el juez *a quo* se ha dado cuenta de los mencionados parámetros y ha valorado el hecho en su conjunto, el resultado al que se llega tampoco puede ser objetable, por infracción de ley, si hubiera sido posible otra valoración del juez *a quo*». Contra la coautoría hablaría también que el acusado había recibido recompensa por su aportación con independencia del resultado.

[200] *Wistra*, 1998, p. 148.
[201] *StrV*, 1998, p. 549.

«Quien realiza una aportación al hecho sin consideración a su éxito, por lo general no tiene interés primario en el resultado del hecho...»

La sentencia confirma la objetable tendencia de la jurisprudencia reciente de desligar la delimitación entre coautoría y complicidad cada vez más de datos conceptuales previos, sometiéndola a un enjuiciamiento inverificable del juez *a quo*. No hay que olvidar que ello redunda en detrimento de la seguridad jurídica, asimilando las formas de participación, en contra de la voluntad del legislador, a meras reglas de determinación de la pena. Es curioso el peso que el BGH, en la ponderación necesaria a tal efecto, vuelve a atribuir al criterio del interés.

50. Una serie de sentencias (que, debido a su analogía temática, han de tratarse conjuntamente) se ocupan de la delimitación entre autoría y participación en la importación y tráfico de estupefacientes (§ 29, párrafo 1, núm. 1, de la Ley de Estupefacientes: BtMG). La jurisprudencia prefiere "una interpretación amplia del concepto de tráfico" conforme a la cual «se entiende por traficar toda actividad en provecho propio, dirigida a la venta, incluso la ocasional o puntual, o la de mera intermediación» [202]. Así pues, también trafica aquel que no pretende negocios de venta propios, sino simplemente favorecer negocios ajenos; tampoco es necesario que la venta pretendida se alcance efectivamente. Ésta es una interpretación que, en el tráfico en provecho propio, estima toda cooperación, por remota que sea, como realización directa del tipo, conduciendo prácticamente (de considerar a la realización del tipo de propia mano como fundamentadora de autoría) al concepto unitario de autor. Para evitarlo, la jurisprudencia vuelve a restringir la autoría, afirmando, al averiguar la autoría, en parte autoría y en parte complicidad, con auxilio de criterios subjetivos y objetivos generales. Lo cual se asemeja a un retorno a la teoría subjetiva extrema, al estar implícita la posibilidad de mera complicidad a pesar de la realización del tipo de propia mano. Sin embargo, se trata más bien de corregir una interpretación excesivamente amplia del tipo. Definiendo el tráfico como la realizacion de negocios de venta propios, los mismos criterios de la autoría podrían fundamentar la extensión de la coautoría más allá de los supuestos de realización personal del tipo. Por eso, más adelante no se extraen conclusiones relativas al problema de la comisión de propia mano a partir de las dificultades interpretativas que el § 29, párrafo 1, núm. 1, BtMG depara a la jurisprudencia; tampoco lo ha hecho la jurisprudencia. Por lo demás, resulta lo siguiente:

a) En la sentencia de la Sala III de 4 de octubre de 1978 [203] se trataba de la actividad de un correo que, a cambio de remuneración, había transportado droga de Amsterdam a Düsseldorf. El BGH se propone decidir si fue autor o partícipe de "tráfico" con arreglo a criterios generales de delimitación: «Al respecto pueden ser aquí puntos de apoyo esenciales el grado del interés propio en el resultado, el alcance de la intervención en el hecho

[202] BGH, *NJW*, 1979, p. 1259.
[203] *NJW*, 1979, p. 1259.

y el dominio del hecho del inculpado.» Debido a la "configuración [autónoma] del transporte" y a la recompensa que se le había prometido al acusado, el BGH estima autoría. Lo cual es aceptable en cuanto al resultado, pues aun cuando se considere traficantes en propia persona sólo a las dos partes del negocio, el acusado desempeñó, mediante su actividad autónoma como correo, una función esencial en que se llevara a cabo la transacción, habiendo sido, por tanto, coautor.

b) La sentencia de la Sala II de 25 de marzo de 1981 [204] echa en falta que el tribunal *a quo* no hubiera investigado con precisión en cada acto concreto de un "tráfico" continuado si se daba coautoría o complicidad. En la coautoría, cada uno tiene que «querer su aportación al hecho como parte de la actividad del otro y, viceversa, la actividad del otro como complemento de su propia parte del hecho». El que un sujeto «haya querido o no esta estrecha relación con el hecho ha de enjuiciarse con arreglo a todas las circunstancias en una consideración valorativa». Puntos de apoyo esenciales para esta valoración se hallarían «en el grado del interés propio en el resultado, en el alcance de la intervención en el hecho y en el dominio del hecho o al menos en la voluntad de dominio del hecho, de manera que la ejecución y el desenlace del hecho dependan decisivamente de la voluntad del acusado».

Al respecto, no queda del todo claro en qué han de distinguirse entre sí el "alcance de la intervención en el hecho", el "dominio del hecho" y la "voluntad de dominio del hecho". De la frase consecutiva final, sin embargo, cabe deducir que los tres criterios al final desembocan en el del dominio del hecho, de manera que éste —como en el supuesto 50a— aparece, junto al interés propio, como elemento principal de la autoría. Queda abierta la cuestión, decisiva en muchas clases de supuestos, de si hay que estimar autoría cuando en uno de los intervinientes se da el interés propio, pero no el dominio del hecho, o bien sí el dominio del hecho, pero no el interés propio.

c) Acerca de esta cuestión se manifiesta asimismo la Sala I de lo Penal en una sentencia de 21 de julio de 1981 [205]. En este caso, el acusado no era ninguna de las dos partes del negocio de venta de heroína, sino que había ido de acá para allá, «entre el poseedor de la heroína, que se mantenía entre bastidores, y el comprador esperado», llevando muestras de heroína y billetes. Su actividad fue "imprescindible para el negocio pretendido", apareciendo el sujeto en la materialización de éste como co-sustentador del dominio funcional del hecho; ejerció influencia esencial en que se cerrara el trato en "duras negociaciones, que se prolongaron por espacio de unas cinco horas". No obstante, el BGH entiende que ello aún no basta para afirmar la autoría. Más bien, lo que tiene importancia decisiva es "el interés del acusado en que se cerrara el negocio", algo que el BGH no considera probado.

[204] *StrV*, 1981, pp. 275 ss.
[205] *NStZ*, 1981, p. 394.

Lo cual suscita la apariencia de que el interés fuera un criterio de la autoría prevalente sobre el del dominio del hecho. De todos modos, el contenido declarativo de la sentencia se ve mermado al no quedar claro si con el interés requerido se alude a un criterio general de la autoría o a un elemento subjetivo de la autoría, el del "provecho propio", introducido mediante interpretación en el concepto del "traficar" y circunscrito al § 29, párrafo 12, núm. 1, BtMG.

d) La sentencia de la Sala II de 18 de septiembre de 1981 [206] subraya una vez más la coincidencia con la de la misma Sala de 25 de marzo de 1981 [*supra b)*], en el sentido de que en caso de tráfico continuado ha de demostrarse para cada acto concreto si se da coautoría o complicidad, repitiendo literalmente las expresiones utilizadas en la sentencia precedente para la delimitación entre ambas formas de intervención.

e) Las mismas fórmulas (interés, alcance de la intervención en el hecho, dominio del hecho o al menos voluntad de dominio del hecho) se acogen en la sentencia de la Sala I de 25 de marzo de 1982 [207]. Lo sorprendente es que la sentencia acaba mostrando una tendencia distinta a la de la sentencia de la misma Sala de 27 de julio de 1981 [*supra c)*]. El acusado, apremiado por otro, había "telefoneado [a un traficante] para preguntarle si podía traer heroína". En los acontecimientos posteriores ciertamente se encontraba presente, "pero no intervino activamente". Tampoco pudo probársele que hubiera ganado algo en el negocio. Sin embargo, había actuado en provecho propio en la medida en que tenía cuantiosas deudas contraídas con otro coacusado y por su intermediación podía o bien amortizarlas o al menos conseguir "que su acreedor no le apremiase más para que devolviera el préstamo".

El acusado había sido condenado como coautor por la Sala de lo Penal únicamente por ese interés. El BGH modificó el fallo, estimando sólo complicidad. El *Landgericht* se había "atenido exclusivamente a posibles beneficios económicos del acusado. Esto no basta". Así pues, el hecho de que el acusado hubiera cooperado sólo en la fase preparatoria y que no hubiera intervenido personalmente en la conclusión del negocio, excluiría su autoría. El principio, que ahí se hace patente, de que la falta de participación en el dominio del hecho —la falta de función esencial en la fase ejecutiva— excluye la coautoría aun dándose interés propio, es completamente acertado desde la postura que aquí se defiende. La sentencia, sin embargo, contradice abiertamente la de 21 de julio de 1981, con arreglo a la cual justo el interés del acusado en que se cerrara el negocio tendría "importancia esencial" para su autoría. Tales sentencias contradictorias vienen posibilitadas porque la jurisprudencia evita establecer reglas vinculantes para la ponderación valorativa de los distintos puntos de apoyo.

[206] *StrV*, 1982, p. 17.
[207] *NStZ*, 1982, p. 243.

f) También lleva a rechazar la coautoría la sentencia de la Sala III de 6 de julio de 1983 [208]. El acusado no estaba interesado en la importación de hachís ni personal ni económicamente y asimismo se había negado incluso a "pasar la frontera con la pastilla de hachís". Pero a ruego de su acompañante (por cierto, su hermano) se había mostrado dispuesto a «traspasar primero la frontera» y a hacer «una señal en caso de advertir riesgo de que les descubrieran».

El BGH apoya su rechazo de la coautoría en la teoría subjetiva. Dado que el acusado no tuvo interés alguno en el hecho y hubo que persuadirlo para que realizara su aportación, es evidente suponer que «con su aportacion simplemente quiso favorecer el hecho de su acompañante, no considerándolo como acción propia, sustentada por voluntad de autor». Frente a esta formulación subjetiva extrema, desde el punto de vista de la teoría del dominio del hecho, habría que atender a si la actividad como "precursor" desempeñaba un papel esencial en el cruce de la frontera sin ser descubiertos. Ésta es una cuestión fáctica, que había de afirmarse, de manera que venía en consideración coautoría. La circunstancia de que el acusado no se decidiera a "colaborar" hasta luego de ser persuadido, habría de ser tenida en cuenta en la determinación de la pena.

g) También se aborda la delimitación entre coautoría y complicidad en la importación ilícita de estupefacientes en la sentencia de la Sala II de 25 de enero de 1984 [209]. En este caso, los dos acusados, St. y H., habían comprado en Amsterdam heroína para consumo propio, la habían ocultado en su cuerpo y habían cruzado la frontera en un automóvil de H., conducido por St. El tribunal *a quo* había estimado coautoría relativa a la cantidad total de heroína introducida ilícitamente, basándose enteramente en el dominio del hecho conjunto de ambos. Cada uno de los acusados quiso su aportación al hecho como parte de la actividad del otro y la actividad del otro operó como complemento de su parte del hecho; el éxito del hecho fue dependiente de la aportación al hecho de cada uno de los dos, lo cual se fundamenta señalando que uno aportó su vehículo y el otro lo condujo y que para la consecución del objetivo fue importante la falsedad al responder a la pregunta del aduanero de si tenían algo que declarar.

Por el contrario, el BGH se inclina a estimar más bien complicidad con respecto a la introducción llevada a cabo, en cada sujeto, por el otro. Y lo fundamenta entendiendo que el interés aporta "uno de los puntos de vista más importantes" para estimar coautoría. No se comprende hasta qué punto uno de los acusados «va a estar interesado en la cantidad de heroína adquirida por el coacusado, que se encontraba en posesión exclusiva de éste». No es precisamente plausible esta recaída en la teoría del interés. También aquel que introduce heroína de contrabando exclusivamente por hacer un favor a otro es autor de importación ilícita de estupefacientes.

[208] *StrV*, 1983, p. 461.
[209] *StrV*, 1984, p. 286.

Luego no puede ser de modo distinto aquí, donde ambos, junto a los intereses propios, perseguían también intereses ajenos.

h) La sentencia de la Sala I de 15 de mayo de 1984 [210] vuelve a ocuparse de la delimitación entre coautoría y complicidad en el tráfico de estupefacientes y en un "caso límite" confirma la calificación de mera complicidad. El acusado, bajo la dirección y en compañía del auténtico inciador, M., había llevado droga de Amsterdam a Basilea, creando así «una base esencial para la posterior distribución» en Basilea. Sin embargo, no había tomado parte en esa posterior distribución. M. «mantuvo conscientemente al acusado alejado del meollo de los tratos sobre el hachís».

El BGH parte de una perspectiva subjetiva («hay que considerarle coautor si quiso el hecho como propio»), pero propugna indagar esta voluntad de autor en una "consideración valorativa", para la que en lo esencial serían determinantes los criterios del interés y del dominio del hecho. Hasta aquí la sentencia no aporta nada nuevo. Sin embargo, se inclina claramente por la teoría del dominio del hecho al no considerar que baste para afirmar la coautoría el notable interés económico del acusado, sino en su lugar atender a la parte de éste en el dominio del suceso. «Puede contemplarse como circunstancia decisiva la de que el acusado careció de influencia en la conclusión de los tratos sobre el hachís...» También la reducción de la autoría a una actividad en el "meollo de los tratos sobre el hachís" coincide con el criterio de la teoría del dominio del hecho de que el autor es la "figura central" o la "figura clave" del suceso de la acción. Cuando el BGH señala a continuación que el que el acusado fuese acompañado por M. es apropiado para «cuestionar incluso el dominio del hecho del acusado en la fase del transporte», pone de manifiesto que la sentencia se inclina por una delimitación objetivo-material. Lo cual es aplicable asimismo para la tesis de que «ha de apreciarse coautoría ante todo cuando el interviniente ha cooperado desempeñando el papel de socio en plano de igualdad».

i) La sentencia de la Sala I de 5 de julio de 1984 [211] vuelve a rechazar la calificación de coautoría en el tráfico de estupefacientes. El acusado se había ofrecido a recoger como correo un compuesto de heroína de contrabando, para entregárselo a otro, lo que no pudo llevar a efecto al intervenir la policía. Pero se suscitó la cuestión de si en la promesa de recoger con posterioridad no se daba ya coautoría en el tráfico de drogas. El BGH rechaza tal calificación, pues ni siquiera se había demostrado que el acusado hubiera tomado parte "al menos en el planeamiento y organización" del trato; la aportación al hecho del acusado ínsita en su promesa sólo puede contemplarse "como mero favorecimiento del hacer ajeno".

Lo cual merece aprobación. Sólo la cooperación en el trato mismo habría podido elevar a coautor al acusado. Bien es verdad que el BGH pretende

[210] *NStZ*, 1984, p. 413.
[211] *StrV*, 1985, p. 14.

conformarse con una intervención en el planeamiento preparatorio, lo que desde el punto de vista que aquí se mantiene no bastaría para la coautoría (cfr. pp. 323 ss.). No obstante, la sentencia contiene de todos modos una negativa al subjetivismo extremo en la medida en que no considera suficiente para la coautoría el mero reforzar la resolución del hecho del ejecutor.

j) De un caso más sólido de cooperación preparatoria en la importación de estupefacientes se trataba en la sentencia de la Sala III de 26 de octubre de 1984 [212]. El acusado había traído heroína de Bangkok a Bruselas, sin haber tomado parte personalmente, en cambio, en la posterior introducción de la sustancia en la República Federal Alemana. Pero desde el principio la pretendía y la conocía; había querido hacerla posible al llevar la heroína a Bruselas y efectivamente la había hecho posible.

La sentencia gira en torno a la cuestión de si la conducta del acusado ha de calificarse como coautoría o como complicidad en la importación de estupefacientes. Al principio, la Sala subraya, coincidiendo con la jurisprudencia anterior, que también puede ser coautor quien, simplemente en la fase preparatoria, «efectúa una aportación que favorece la realización del tipo». Pero a renglón seguido se produce un giro sorprendente: «Sin embargo, [es necesario] siempre que ello se verifique sobre la base de un querer conjunto, esto es, que se dé un hecho cometido conjuntamente... Para lo cual basta que cada coautor, al ejecutar, actúe de acuerdo (en el sentido de materializar un plan) con el otro o los otros, convirtiéndolo así en plan conjunto...» Tal requisito falta en el acusado, que «estaba encargado simplemente del acto preparatorio de transportar la droga a Bruselas. El devenir posterior se sustraía a su influencia». Por eso el acusado no es más que cómplice: «Para lo cual basta que haya apoyado la acción típica de la importación en la fase preparatoria.»

La sentencia merece en definitiva pleno aplauso. Incluso requiere especial consideración por tratarse del único supuesto en la jurisprudencia del BGH, hasta la fecha, en que se hace depender la coautoría de la cooperación en la fase ejecutiva. Afirmar la mera complicidad con la frase: «El devenir posterior se sustraía a su influencia» se halla totalmente en la línea de la teoría del dominio del hecho. Sin embargo, la significación de la sentencia queda oscurecida porque la Sala, contrariamente a sus expresiones referidas al caso, se sujeta formalmente a la jurisprudencia anterior, considerando a la cooperación "en la ejecución", de manera difícilmente comprobable, no como requisito de la coautoría, sino de la resolución común del hecho [213].

k) La sentencia de la Sala II de 29 de enero de 1986 [214] decide en sentido opuesto. En este caso, los acusados habían comprado hachís en Holanda. Pero como "tuvieron miedo de cruzar la frontera con la droga", acordaron

[212] *StrV*, 1985, p. 106, con comentario de ROXIN, *StrV*, 1985, p. 278.
[213] Más detalles al respecto en mi comentario en *loc. cit.*
[214] *StrV*, 1986, p. 384, con comentario discrepante de ROXIN; asimismo discrepa OTTO, *JK*, 87, *StGB*, § 25, II/3.

con el proveedor que este mismo, por un sobreprecio, se ocupara de transportar la sustancia a Alemania, como en efecto así se hizo, entregándose el género en un área de servicio de una autovía en la República Federal.

También aquí falta toda cooperación de los acusados en la importación, de manera que se habría debido negar la coautoría si el tribunal hubiera requerido, con la Sala III [*supra j)*], que se hubiera obrado "en la ejecución". Sin embargo, la Sala II invoca esta sentencia sólo en la medida en que conecta formalmente con la jurisprudencia tradicional: «Como aportación de autor basta el influjo psíquico sobre el compañero del delito, pudiendo también realizar el tipo del § 30 BtMG aquel que hace que otro cruce la frontera con la droga (BGH, StrV 1985, 106 s.).» La observación complementaria de que "esta actividad correspondería también al interés del acusado" confirma la vuelta completa de esta sentencia a una teoría subjetiva de antiguo cuño que rechaza toda influencia de la teoría del dominio del hecho. Que esta resolución afirme la coautoría contradice inequívocamente la precedente sentencia BGH StrV 1985, 106.

l) En la sentencia de la Sala V de 24 de junio de 1986 [215] no se trataba de importación de drogas, sino de tráfico. El BGH subraya (como ya se destacó *supra* II al comienzo) que la delimitación entre autoría y participación en el tráfico puede "ser difícil a veces" porque este concepto "se interpreta ampliamente", abarcando toda actividad en provecho propio que favorezca la circulación, aun cuando se trate de actividad simplemente ocasional, por una sola vez y consista en la mera intermediación. El BGH intenta entonces delimitar recurriendo a la conocida combinación de distintos criterios (interés; alcance de la intervención en el hecho; voluntad de determinar decisivamente la ejecución y el desenlace del hecho) y se aproxima aún más a la teoría del dominio del hecho con la tesis: «La coautoría ha de estimarse sobre todo cuando el interviniente ha cooperado desempeñando el papel de socio en plano de igualdad...» Sin embargo, estas consideraciones, que apuntan en la dirección acertada, al final no sirven de sustento a la sentencia, porque se rechaza la coautoría del acusado ya al negar que actuase en provecho propio.

m) La sentencia de la Sala I de 22 de enero de 1987 [216] se vuelve a ocupar de la importación de estupefacientes y torna a una delimitación objetiva. El inculpado había encargado hachís por teléfono a los Países Bajos. El vendedor envió entonces el género mediante un correo a la República Federal, donde el acusado lo recibió en una estación.

En este supuesto la Sala estima mera complicidad. Menciona como "puntos de apoyo esenciales" la combinación habitual de elementos subjetivos y objetivos [cfr., p. ej., *supra l)*], pero para rechazar la coautoría al final invoca exclusivamente la falta de cualquier cooperación en la ejecución: «El

[215] *BGHSt*, 34, pp. 124-127.
[216] *NStZ*, 1987, p. 233.

acusado se limitó a encargar la droga, dejando enteramente en manos del vendedor y de los correos enviados por éste la tarea de traerla a la República Federal.» El significativo interés propio del acusado queda sin considerar.

Lo cual se ajusta a la teoría del dominio del hecho, mereciendo en definitiva aprobación sin restricciones. Pero es en tan escasa medida compatible con la sentencia BGH, StrV 1986, 394 [*supra k)*] como esta sentencia con la resolución BGH StrV 1985, 106 [*supra j)*], pues mientras que en el supuesto *k)* el interés supliría a la falta de cooperación, ello no se considera posible aquí precisamente. El propio BGH advierte la contradicción e intenta sustraerse a ella con la siguiente reflexión: «Bien es verdad que la jurisprudencia se ha conformado con "el mero influjo psíquico sobre un compañero del delito" (BGH, StrV 1986, 384), pero de todos modos aquel caso se distingue del presente en que los acusados adquirieron la droga en los Países Bajos y en el acto de adquisición acordaron el transporte —a ejecutar por el vendedor— a Alemania.» Sin embargo, esta diferencia nada altera en que tampoco allí cabe hablar de cooperación en la importación y en que la opción entre coautoría y complicidad no puede depender, razonablemente, de si los acuerdos necesarios se adoptaron por teléfono o en una conversación personal en Holanda.

n) La sentencia de la Sala II de 1 de julio de 1988 [217] se refiere al tráfico de estupefacientes. En este caso, el acusado sólo había llevado a cabo acciones secundarias (entre otras, auxiliar en el empaquetado y desempaquetado de un cargamento de heroína), lo que el BGH se inclina a calificar de mera complicidad. Menciona las habituales expresiones de su teoría normativa de la combinación, pero invoca sobre todo dos puntos de vista complementarios que dejan entrever una mayor aproximación a la teoría del dominio del hecho. En primer lugar, es característico del coautor, entiende la Sala, que «su aportación sea parte de una actividad conjunta, esto es, que las acciones propias fueran concebidas y queridas como parte de la actividad del otro, y a la inversa, el hacer de éste como complemento de la aportación al hecho propia». Lo cual supone una reformulación subjetiva de la "cooperación en división del trabajo en la fase ejecutiva" a la que atiende la teoría del dominio del hecho que aquí se sustenta. Y cuando el BGH prosigue subrayando "que por regla general no basta una actividad absolutamente auxiliar", coincide con el requisito establecido por la teoría del dominio del hecho de que ha de tratarse de una cooperación esencial en la fase ejecutiva.

o) La sentencia de la Sala IV de 16 de octubre de 1990 [218] se ocupa de la coautoría en la importación de estupefacientes (§ 30 I núm. 4 BtMG). El acusado, junto con varios intervinientes, que carecían de automóvil y de los documentos requeridos para cruzar la frontera, había comprado heroína en Amsterdam. Llevó en coche a la frontera campo a través a los distintos

[217] *NStZ*, 1988, p. 507.
[218] *NStZ*, 1991, p. 91.

compinches, quienes la atravesaron a pie —a la vuelta, llevando la heroína—, y los recogió al otro lado. La ganancia se repartiría entre todos a partes iguales.

El BGH, aplicando la teoría normativa de la combinación, estima coautoría, al afirmar el "dominio material y el interés en el hecho del acusado". Lo cual cabe aprobarlo desde la perspectiva de la teoría del dominio del hecho, siempre que se prescinda del "interés". En efecto, si por "importación" se entiende no sólo el momento de atravesar la frontera, sino el suceso global del transporte de la droga desde Holanda a la Republica Federal, se daba un supuesto clásico de división del trabajo en la fase ejecutiva: Los compinches acarrearon la droga a pie cruzando la frontera por el campo, y el acusado se ocupó del transporte rápido hasta la frontera y desde ella.

p) La sentencia de la Sala I de 11 de julio de 1991 [219] estima importación del § 30 I núm. 4 BtMG en coautoría en un supuesto en que el acusado había adquirido 15 kg. de hachís en Tánger, entregando luego la sustancia a un correo que «la llevaría a la República Federal en un autobús turístico» [220]. La coautoría vuelve a fundamentarse con la teoría normativa de la combinación, atendiendo al hacerlo el BGH a las "aportaciones esenciales al hecho" del acusado y al "beneficio económico" que éste esperaba. Lo cual no resulta compatible con la teoría del dominio del hecho, a la que el BGH no menciona en su "contemplación valorativa"; en efecto, el acusado no tomó parte en la acción típica, la importación. Tendría que habérsele condenado por inducción a la importación. La construcción de la coautoría del BGH sólo es posible sobre la base de la teoría subjetiva. Y ello vuelve a poner de manifiesto que con la "teoría de la combinación" cabe fundamentar por igual los resultados de la teoría del dominio del hecho y de la del *animus;* pero también demuestra que con ella aún no se ha encontrado una delimitación satisfactoria entre autoría y participación.

q) En cambio, la sentencia de la Sala IV de 31 de marzo de 1992 [221], para negar la importación en coautoría, invoca precisamente la falta de dominio del hecho en el acusado: «Quien toma parte en un trato con estupefacientes simplemente facilitando dinero para adquirir droga en el extranjero y sólo espera a que otro le traiga la droga introducida de contrabando, pero por lo demás no tiene influencia en el proceso de la importación, no es coautor de ésta.» Aunque el BGH aduce aquí los cuatro criterios de la teoría de la combinación, no considera suficientes para fundamentar la coautoría el "interés especial" del acusado, que el tribunal afirma, ni la siempre importante aportación al hecho ínsita en la financiación de todas las expediciones.

[219] *BGHSt*, 38, 32; al respecto ESCHENBACH, *Jura*, 1992, pp. 637 ss.
[220] Quedan aquí sin considerar los problemas de desvío causal resultantes de que al correo le roben el hachís y que el ladrón lo lleve a Alemania.
[221] *StrV*, 1992, p. 579.

Lo cual es totalmente acertado para la teoría del dominio del hecho. Sin embargo, no se entiende muy bien que (y por qué) la teoría normativa de la combinación, con su "contemplación valorativa", no haya podido conducir a la coautoría, como había apreciado el tribunal *a quo*. Lo insegura que es la delimitación en la jurisprudencia se evidencia en que el BGH subraya expresamente que el acusado no tuvo contacto alguno con los proveedores, no tomó parte en el alquiler de los vehículos para el transporte ni ejerció influencia alguna sobre las vías de transporte. Al parecer, la presencia de uno de estos requisitos adicionales (¿o acaso de varios de ellos?) posibilitaría calificar de coautoría. No obstante, tampoco estas circunstancias habrían procurado al acusado el dominio del hecho, de manera que siguen en la oscuridad los verdaderos parámetros de delimitación.

r) La sentencia de la Sala III de 22 de julio de 1992 [222] se ocupa, por vez primera en la jurisprudencia relativa a drogas, de la cuestión de si el pasar estupefacientes por la frontera de propia mano también constituye importación en el sentido del § 30 I núm. 4 BtMG a título de autoría cuando el acusado por lo demás sólo ejercía una actividad subordinada (aquí, como chófer). La cuestión se responde afirmativamente.

En el supuesto de hecho, el "autor principal" llevaba encima el hachís en el coche del acusado, sin saberlo éste hasta poco antes de cruzar la frontera. «El autor principal ordenó al acusado que cruzara la aduana, ofreciéndole además 400 marcos como "plus de riesgo". Ya a la vista de la aduana, el acusado, por miedo a realizar un giro que llamara la atención, se decidió a cruzarla sin detenerse, en lugar de dar la vuelta.»

El BGH basa la calificación de autoría en el tenor literal de la ley, en los trabajos preparatorios de ésta y en la reciente jurisprudencia. Quien «realiza personalmente todos los elementos del tipo antijurídica y culpablemente» es también, como coautor, "autor directo en el sentido del § 25.1 StGB" (p. 316). Además, como se subraya expresamente, a tenor de los trabajos preparatorios, «(con las divergencias imaginables en casos excepcionales extremos) [223], mediante la redacción del precepto del § 25.1 StGB, se saldría al paso de la tendencia a devaluar a complicidad realizaciones de tipo de propia mano, invocando simplemente la supuesta falta de voluntad de autor». Finalmente, la sentencia se refiere a un fallo de la misma Sala de 26 de noviembre de 1986 (NStZ 1987, 224 s., *supra* núm. 27) que, conectando con BGHSt 8, 393 (*supra* pp. 118-120) y soslayando la línea contraria iniciada por la sentencia del caso Staschynskij (BGHSt 18, 87 ss., *supra* núm. 2), se había vuelto a apartar de la teoría subjetiva extrema, poniendo claramente de manifiesto la eficacia fundamentadora de autoría de la realización del tipo de propia mano.

La sentencia prescinde de la fórmula de rigor de la teoría de la combinación, apoyándose de modo prácticamente exclusivo en la teoría del dominio del hecho (p. 318): El acusado «realizó de propia mano todos los elementos del tipo, al haber cruzado la frontera con el kilo de hachís que se encontraba en el coche (si bien con muy poco tiempo para reflexionar y apabullado por el coautor) de modo antijurídico y culpable. Frente a lo que entendió el *Landgericht*, tuvo el dominio del hecho; también a la vista de la frontera pudo haber dado la vuelta». Luego sigue una frase que seguramente represente una concesión a la teoría subjetiva, sin que se especifique su función: «Tuvo también la voluntad de cometer este hecho por cuanto que así podía ganar el "plus de riesgo" de 400 marcos.»

[222] *BGHSt*, 38, p. 315; al respecto WIEGMANN, *JuS*, 1993, pp. 1003 ss.
[223] Al respecto en profundidad *supra*, pp. 589 ss.

Prescindiendo de esta expresión final un tanto oscura, que nada aporta a fundamentar la autoría, la sentencia representa el adiós definitivo a la concepción de que a pesar de la realización del tipo de propia mano y culpable, en su caso puede darse sólo complicidad. Queda en el aire si es que el BGH consideraría una solución distinta para "casos excepcionales extremos", puesto que simplemente cita una expresión de los trabajos preparatorios de la ley, sin hacerla propia. La cuestión, además, está desprovista de importancia práctica en tanto que no se afirma la presencia de ninguno de esos "casos excepcionales". Así pues, en el ámbito de la comisión de propia mano, se ha impuesto ya la teoría del dominio del hecho, sin las inseguridades de la teoría de la combinación, que oscilaba entre distintos criterios.

s) Sin embargo, ya la siguiente sentencia, la de la Sala I de 13 de octubre de 1992 [224], vuelve a alejarse de la teoría del dominio del hecho, al afirmar la importación de drogas en coautoría a pesar de faltar el dominio del hecho. Los acusados A y K, si bien no habían tomado parte en el "proceso de importación", no obstante habían operado en el planeamiento y ejecución del transporte por ellos financiado. Así pues, mientras que el mero financiar la importación no bastaría para estimar coautoría [*supra q)*] actividades ulteriores sí que bastan.

El BGH considera «equivocado atender únicamente al dominio del hecho objetivo en el propio proceso de importación. Haber planeado y auxiliado en la ejecución del transporte... apuntan al dominio del hecho, o por lo menos a la voluntad de dominio». En contra, se dirá que planear y auxiliar en la preparación de una importación tampoco pueden fundamentar dominio del hecho "subjetivo", pues si la voluntad de los acusados no se dirigía a un "dominio del hecho objetivo" no puede llamársela "voluntad de dominio del hecho". El BGH pasa entonces a hurtadillas por este punto oscuro y menciona el criterio para él en verdad decisivo: «En particular, el LG habría debido tener en cuenta, en la "contemplación valorativa", que los acusados tenían un interés propio muy notable en la importación.» Así pues, vuelve a imponerse aquí la teoría del interés, mientras que las consideraciones relativas al dominio del hecho no pasan de ser adornos formales, sustancialmente no convincentes.

[224] *NStZ*, 1993, p. 137.

t) La sentencia de la Sala III de 14 de octubre de 1992 [225], en cambio, refuerza, enlazando con BGHSt 38, 315 [*supra r)*], el carácter fundamentador de autoría de la importación de propia mano. El acusado, regresando de Amsterdam a Alemania, había dejado subir a su coche a una mujer, por amabilidad. En el curso del viaje, la mujer le participó que llevaba heroína y cocaína, pidiéndole en consecuencia que cruzara la frontera en un "pequeño paso fronterizo". Por hacerle un favor, el acusado le hizo caso.

Con razón estima el BGH importación en concepto de autoría, apoyándolo, como ya en BGHSt 38, 315, en el dominio del hecho del acusado. «El acusado ha realizado en su persona todos los elementos típicos del contrabando de estupefacientes, al haber atravesado, como conductor de su automóvil, con la droga por la frontera de la República Federal. Acertadamente ha indicado el LG que tenía dominio del hecho porque de él dependía si la droga cruzaba o no la frontera en su automóvil.» El criterio del interés propio queda rechazado de plano: «El elemento del provecho propio no pertenece al tipo de la importación ilícita de estupefacientes.» Siendo esto correcto, uno se pregunta por qué entonces la jurisprudencia, en casos de no comisión de propia mano, sigue recurriendo a dicho elemento con tanta frecuencia para fundamentar la (co-)autoría y, por tanto, la realización del tipo, pues autoría no es sino realización del tipo.

u) Tres sentencias de las Salas IV, I y III, de 18 de agosto de 1992, 25 de febrero de 1993 y 30 de marzo de 1994 respectivamente [226] se refieren a la delimitación entre coautoría y complicidad en la importación de estupefacientes. Las tres se esfuerzan por restringir la actuación a título de coautoría. Bien es verdad que no se requiere el cruzar la frontera de propia mano con la droga. Pero no basta con determinar la importación, sino que ha de añadirse, además del interés propio, la participación en el dominio del hecho o al menos la "voluntad de dominio del hecho" (en tal sentido, la Sala IV). Tampoco basta conocer el hecho o tener interés en él, si no se añade una "aportación, sea cual sea, de favorecer el hecho"; quien se limita a querer vender en Alemania el género importado no es aún autor de importación (en tal sentido, la Sala I). Si alguien limita su cooperación a proporcionar a un coacusado "un sentimiento de seguridad, acompañándolo", ello aún no supone una aportación constitutiva de coautoría, aun cuando "se le hubiera prometido una recompensa por acompañar" (así la Sala III).

Lo cual coincide con la teoría normativa de la combinación, con la loable variación de que aún no se considera fundamentador de coautoría al solo interés. De seguir la concepción del dominio del hecho que aquí se mantiene, habrá que requerir una cooperación esencial en el cruce de la frontera. El resto no puede pasar de inducción o complicidad en la importación.

[225] *NStZ*, 1993, p. 138.

[226] Las dos primeras en *StrV*, 1994, p. 22; la tercera en *StrV*, 1994, p. 422.

v) Una serie de sentencias recientes relegan al ámbito de la complicidad las actividades auxiliares en el tráfico de estupefacientes. De acuerdo con la sentencia de la Sala IV de 4 de marzo de 1993 [227], constituye simple aportación de cómplice el mero transporte de droga en el que el "correo" nada tiene que ver con la adquisición y venta. Del mismo modo, la sentencia de la Sala III de 23 de abril de 1993 [228] considera que no basta el mero "transportar" las sustencias para responder por autoría en el tráfico si el transportista «no está implicado directamente en el negocio de la droga, como, p. ej., ocurre con las acciones de recoger y entregar el dinero para las drogas al proveedor». La sentencia de la Sala II de 21 de julio de 1993 [229] califica de coautoría cuando «el partícipe ha intervenido desempeñando el papel de socio en plano de igualdad». Lo cual falta cuando el sujeto se limita a suministrar los productos químicos necesarios para procesar la droga *(precursores)*. Éste no participa en la elaboración y venta de la droga, no tiene "dominio del hecho en modo alguno" y no está «en condiciones de dirigir aspectos esenciales del devenir del hecho o de, al menos, intervenir en él». La sentencia de la Sala IV de 29 de noviembre de 1994 [230] señala que el procurar un lugar para almacenar la droga, acompañar al vendedor en el momento de la venta y ayudar por una vez a pesar la droga no constituye tráfico a título de autor, ni aunque el cooperador cobre por su aportación. En contra de la autoría, la Sala esgrime que el acusado, aparte de ello, «nada tuvo que ver con el procurar la heroína ni con los negocios de venta». También el simple "asegurar" el negocio de venta comprobando si vigilaba la policía y comunicando información a un partícipe que no es "señor del hecho" lo encuadra la sentencia de la Sala I de 15 de diciembre de 1994 [231] como "labores auxiliares subordinadas", calificándolo de mera aportación a título de cómplice. La sentencia de la misma Sala de 4 de julio de 1995 [232] aprecia objeciones contra la coautoría en el tráfico en que el acusado «apenas efectuó aportaciones al hecho del tráfico de drogas. Así, no se ocupaba de organizar la adquisición, el transporte o la venta de la droga, o de su aspecto económico». Falta asimismo "la cooperación en división del trabajo que caracteriza a la coautoría".

Todas las sentencias mencionadas —y ello justifica su tratamiento conjunto— se esfuerzan por restringir la coautoría en el tipo de tráfico de drogas en favor de la complicidad. Bien es verdad que no mantienen la teoría del dominio del hecho, sino que se apoyan, cuando contienen consideraciones de principio relativas a la delimitación, en la teoría normativa de la combinación, defendida unánimemente por la jurisprudencia. Con todo, se aproximan a la teoría del dominio del hecho en considerar que no basta para

[227] *StrV*, 1993, p. 474.

[228] *NStZ*, 1993, p. 444.

[229] *NStZ*, 1994, p. 92.

[230] *StrV*, 1995, p. 197.

[231] *StrV*, 1995, p. 198.

[232] *StrV*, 1995, p. 624.

la coautoría un mero interés en los beneficios, sino que requieren aportaciones objetivamente importantes, refiriéndose no infrecuentemente a aspectos tales como "dominio del hecho", "socio en plano de igualdad" y "división del trabajo".

II. RESUMEN

La exposición y análisis precedentes de todas las sentencias significativas sobre delimitación entre autoría y participación dictadas por el BGH desde que se publicara la primera edición de esta obra, es decir, desde hace más de treinta y cinco años, pone de manifiesto un distanciamiento creciente con respecto a la distinción puramente subjetiva, dependiente exclusivamente de la voluntad de autor, y una progresiva infiltración de los criterios desarrollados por la teoría del dominio del hecho en las sentencias del BGH [233]. Ya en 1986 [234] señalaba KÜPER que sólo habían quedado en la jurisprudencia como criterios de valoración determinantes el interés en el hecho y el dominio del hecho. «Pero estos elementos ya no se yuxtaponen en plano de igualdad, sino que la evolución jurisprudencial evidencia una progresiva retirada del interés a la vez que un avance de la idea del dominio del hecho» [235]. En vista de lo cual, se inclina incluso a considerar que hay que decir adiós a la tradicional "controversia de teorías" [236].

Pero aún es pronto para ello. Las tres formas del dominio del hecho (autoría directa, autoría mediata y coautoría) han experimentado en la jurisprudencia una evolución autónoma, acercándose al principio del dominio del hecho cada una de ellas en distinta medida, de modo que sólo una consideración diferenciadora se ajusta a la praxis.

1. En el dominio de la acción es posible comprobar que el BGH ha llegado a reconocer sin excepciones la autoría del que ejecuta el tipo de propia mano, fundamentándola de modo absoluto en el dominio del hecho del ejecutor [cfr. con más detalle *supra* núms. 27, 50 *r)* y 50 *t)*]. Ciertamente, queda por decidir si en "casos excepcionales extremos" el ejecutor no podrá ser cómplice, pero no se encuentra ningún caso así.

Por el contrario, el único grupo de supuestos posible mencionado en las sesiones de la Comisión Especial, el homicidio cumpliendo órdenes (cfr. *supra* p. 593) lo ha resuelto el BGH estimando la autoría de los "tiradores del Muro" (cfr. *supra* núms. 38 y 44), sin haberse planteado siquiera la posibilidad de estimar complicidad. El reconocimiento del dominio de organización en la jurisprudencia reciente se basa precisamente en la premisa de la autoría responsable del ejecutor directo. Así pues, en esta medida se ha impuesto la teoría del dominio del hecho prácticamente sin restricciones.

[233] También OTTO, *Jura*, 1987, p. 249, advierte una «tendencia general, fácilmente apreciable, desde la teoría subjetiva hacia la del dominio del hecho».

[234] *GA*, 1986, pp. 437-449.

[235] *GA*, 1986, p. 440.

[236] *GA*, 1986, p. 449.

2. Otro tanto cabe afirmar de la autoría mediata. El BGH se basa en sus sentencias decisivas, relativamente numerosas (*supra* núms. 14, 16, 17, 25, 29, 35, 38, 39, 41, 44, 47 y 48), casi exclusivamente en el criterio del dominio del hecho. Las dos sentencias básicas relativas al "autor de detrás del autor", en el caso del Rey Felino (*supra* núm. 29) y del "Consejo Nacional de Defensa" (*supra* núm. 38), han abierto nuevos caminos, al contribuir decisivamente a estructurar el concepto del dominio del hecho en el ámbito de la autoría mediata; asimismo, impresionan por la escrupulosidad de su controversia con la doctrina.

Por otra parte, no hay que olvidar que bastantes sentencias afirman la autoría mediata de la persona de detrás sin suficiente fundamentación y en definitiva sin razon (*supra* núms. 17, 25, 39, 47 y 48). Parece que la sentencia BGHSt 40, 218 (*supra* núm. 38) ha iniciado una evolución a tenor de la cual «el problema de la responsabilidad en la gestión de empresas de carácter económico» ha de resolverse en general en el sentido de la autoría mediata de los "directivos", equiparándose así sin más las posiciones superiores de la jerarquía empresarial al "dominio del hecho". Lo cual sería un error, que haría retroceder en el ámbito de la delincuencia empresarial a la teoría subjetiva, al fundamentar la mera dirección la voluntad de autor y supuestamente también ya el dominio del hecho. Así, en una de las sentencias decisivas recientes (*supra* núm. 47), fundamentando la autoría mediata, se vuelve a hacer referencia, junto al dominio del hecho, a la "voluntad de autor" y al "interés en el hecho". Lo cual amenaza con difuminar la delimitación entre autoría mediata e inducción. Así pues, es de desear que la juriprudencia venidera maneje restrictivamente el concepto, en sí tan fructífero, del dominio de organización.

3. Donde menos se ha impuesto hasta la fecha, en términos relativos, la idea del dominio del hecho es en la delimitación entre coautoría y complicidad. Aquí la jurisprudencia que ha devenido constante (cuya concepción he denominado con la expresión, que ha ido cobrando carta de naturaleza, de "teoría normativa de la combinación") [237], está dominada por una idea que atiende a una "consideración valorativa global", en la que se consideran "puntos de apoyo esenciales" para la delimitación el interés en el hecho, la amplitud de la participación en el hecho, el dominio del hecho o al menos la voluntad de dominio del hecho. Dado que la "voluntad de dominio del hecho" y la "amplitud de la participación en el hecho" constituyen sim-

[237] Además de en las sentencias analizadas en el texto, la teoría normativa de la combinación se mantiene en otras, no comentadas aquí debido a que utilizan siempre las mismas formulaciones; sirvan como ejemplo BGHR StGB, § 25.2, coautor núms. 16, 18, 19, 28, e interés en el hecho, núm. 5.

plemente requisitos del dominio del hecho, el "interés" y el "dominio del hecho" constituyen los dos criterios centrales de la jurisprudencia actual.

El principal punto débil de esta "teoría" sigue residiendo en que no queda claro qué elemento ha de ser el determinante cuando no coincidan interés y dominio del hecho. Junto a sentencias que se atienen más al dominio del hecho (sobre todo a la magnitud de la cooperación en la fase ejecutiva) (*supra* núms. 18, 26, 27, 28, 30, 31, 36 y 49) [238] hay otras que hacen hincapié en el interés propio (*supra* núms. 15, 17, 23, 24, 37, 42 y 45); en un hecho omisivo se considera fundamentador de autoría un elemento tan extremadamente subjetivo como la "disposición interna" (*supra* núm. 24).

No cabe decir que haya cristalizado una tendencia que dé la preferencia a uno u otro criterio. En su lugar, el BGH parece querer ceder la decisión entre coautoría y complicidad, hasta cierto punto, a un enjuiciamiento del juez *a quo* no susceptible de verificación en vía impugnatoria (con especial claridad *supra* núm. 49). Lo cual se aleja bastante de los parámetros de la teoría del dominio del hecho, que parecía estar avanzando en la jurisprudencia también en la determinación de la coautoría. Antes al contrario, ha disminuido la importancia del dominio del hecho para la coautoría en la jurisprudencia de los últimos años. Así ocurre, al menos, en las sentencias que se conforman para la coautoría con la cooperación en el planeamiento por sí sola (cfr. *supra* núms. 37, 42 y 45). Y ello se pone igualmente de manifiesto, tendencialmente, en la afirmación, reiterada en casi todas las sentencias, de que también los actos preparatorios pueden fundamentar coautoría, pues aun cuando no se consideren suficientes para la coautoría, como se mantiene en esta obra, exclusivamente aportaciones sustanciales al hecho, una interpretación inclinada hacia la teoría del dominio del hecho incidiría mucho más en la relevancia, fundamentadora de autoría, de la cooperación posterior en la ejecución, en lugar de prácticamente elevar las aportaciones preparatorias a prototipo de la coautoría.

La tendencia contraria sólo se pone de manifiesto en los últimos años en la jurisprudencia relativa al tráfico de estupefacientes [*supra* núm. 50 *u), v)*], que si bien no requiere dominio del hecho para la coautoría en la importación o tráfico de drogas, sin embargo, mediante la exigencia de acciones de cooperación de mayor alcance e influjo, le atribuye una relevancia considerablemente superior. En cualquier caso, de los juicios analíticos precedentes se desprende que el BGH intenta contrarrestar la tendencia de los tribunales de instancia a afirmar la coautoría ya en caso de aportaciones al hecho de escasa entidad. De todos modos, esta evolución singular no

[238] Entre ellas se encuentra también la sentencia de la Sala V del BGH de 29 de marzo de 1984, en HOLTZ, *MDR*, 1984, p. 626, donde se dice: «El cómplice apoya el hecho de otro que tiene el dominio del hecho.» La sentencia no se ha recogido en la presente panorámica jurisprudencial debido a que en HOLTZ sólo se reproduce un breve resumen.

se debe a una concepción divergente sobre autoría y participación, sino a la extensión extraordinariamente amplia que había experimentado el tipo del "tráfico" en la jurisprudencia (cfr. *supra* núm. 50). Esta extensión provoca una reacción al menos restrictiva de la autoría, que luego despliega sus efectos también en el elemento de la importación.

La coexistencia subsistente de dominio del hecho e interés en el hecho y la concurrencia de ambos elementos en la jurisprudencia se suele percibir como una especie de compromiso entre las tendencias objetiva y subjetiva de la doctrina de la autoría. Así, JESCHECK señala [239]: «Mediante este acercamiento se habrá conseguido en la práctica la unanimidad para la mayor parte de los supuestos». A juicio de LACKNER/KÜHL [240], «se han reducido notablemente las antítesis como consecuencia del acercamiento de la jurisprudencia a los principios de la teoría del dominio del hecho». Sin embargo, un análisis más detallado evidencia que ello no es así al menos en la delimitación entre coautoría y complicidad. Los parámetros de delimitación siguen siendo divergentes y, al concederse un "margen de maniobra" judicial, los resultados son tan imprevisibles como cuando voluntad de autor y de partícipe constituían los únicos elementos de delimitación.

Sólo cabe esperar que la jurisprudencia vincule en el futuro la coautoría con más fuerza a la acción típica y, por tanto, a la fase ejecutiva, ganando también en este ámbito una conexión más estrecha con la teoría del dominio del hecho. Lo cual es deseable ya porque en el ámbito de la autoría directa y mediata la teoría del dominio del hecho se ha impuesto inequívocamente como único criterio de delimitación. En vistas de ello, resulta contradictorio conformarse en la coautoría con la fórmula de compromiso de la teoría normativa de la combinación, que se aparta de todo parámetro claro y, bajo la apariencia de acercamiento a la teoría del dominio del hecho, deja casi todo como antes.

III. ANTECEDENTES DE POLÍTICA JURÍDICA, SISTEMÁTICOS Y DOGMÁTICOS DE LA JURISPRUDENCIA ÚLTIMA

1. Nuestra panorámica muestra que las posiciones antagónicas y la inseguridad que han caracterizado en los últimos decenios a nuestra teoría de la participación no son dilucidables exclusivamente a través de diferencias dogmáticas. Más bien, en cómo se han opuesto tanto tiempo la teoría subjetiva y la del dominio del hecho se expresan dos concepciones radicalmente distintas sobre la posición del juez con respecto a la ley: La teoría subjetiva deja la delimitación de las formas de participación casi absolutamente en manos del arbitrio del juez, quien posteriormente reviste su decisión con

[239] JESCHECK-WEIGEND, *AT*[5], 1996, p. 654.
[240] *StGB*[25], 1999, ante § 25, núm. marg. 6.

cualesquiera expresiones formularias; los representantes de la teoría del dominio del hecho, en cambio, como pone de manifiesto la presente obra, se esfuerzan crecientemente por restringir la "libertad de decisión guiada por el sentimiento jurídico" [241] mediante una descripción de las formas de participación lo más taxativa posible. A ello se debe que en la praxis —concretamente de los tribunales de instancia— se trabaje preferiblemente con las voluntades ficticias de autor o de partícipe, mientras que en la doctrina científica, a la inversa, la teoría del dominio del hecho haya llegado a ser la concepción absolutamente dominante.

Al preguntarse por qué una teoría que en buena medida deja las manos libres al juez en la determinación de las formas de participación se acoge en la praxis de buen grado y acríticamente, uno se topa con puntos de vista de política jurídica cuyas raíces se encuentran fuera de la teoría de la participación. Un punto central de la problemática —ya por la gran cantidad de procesos pendientes contra los delincuentes violentos nazis— se halló largo tiempo en los delitos contra la vida, sobre todo en el tipo de asesinato. La conminación penal absoluta del § 211 StGB prevé para el autor (como pena única) la cadena perpetua, sanción que les parece excesivamente dura a algunos jueces cuando concurren circunstancias atenuantes. Lo cual es así en una jurisprudencia que, al imponer penas privativas de libertad en todos los ámbitos de la justicia penal, cada vez procede con más indulgencia, y en los delitos contra la vida con carácter general [242]; y de manera especial, como todo experto sabe, en la punición de los delitos nazis. En situaciones así era de esperar que la praxis se sirviera de la atenuación que el legislador ha previsto en la complicidad para relativizar con carácter general la rigurosa conminación penal del § 211. Esto es, la complicidad se empleó para suplir una cláusula atenuatoria legalmente no prevista. El § 27 StGB (§ 49 de la redacción antigua) se interpretaba —p. ej., con respecto al tipo de asesinato— como si constituyera un § 211.3 StGB del tenor siguiente: «Si concurrieren circunstancias atenuantes, se impondrá la pena privativa de libertad de al menos tres años (§ 49, párrafo 1, núm. 1, StGB).» HANACK ha calificado con razón a esta jurisprudencia como "creación de Derecho" a la medida de la superación "procesal" de los delitos violentos nazis [243]. Hoy se reconoce en general que aquí reside un motivo esencial del tozudo mantenimiento de la teoría subjetiva por parte de la jurisprudencia de posguerra [244]. La

[241] BLEI, *NJW*, 1965, p. 1218.

[242] Así, p. ej., es evidente que la sentencia debatida *supra* (II, núm. 8), en realidad estaba motivada por el afán de evitarle al autor la cadena perpetua, pena que el tribunal no parece haber considerado adecuada, a la vista de la disposición que se enseñoreaba del acusado.

[243] *Zur Problematik der gerechten Bestrafung nationalsozialistischer Gewaltverbrechen*, 1967, p. 35.

[244] Así, observadores tan objetivos como JESCHECK-WEIGEND (*AT*[5], 1996, p. 654) escriben: «En la jurisprudencia del BGH imperaba hasta ahora la teoría subjetiva..., en lo cual influía tras la II Guerra Mundial la problemática de los delitos violentos nazis. Al enjuiciar los asesinatos cometidos cumpliendo órdenes, en el marco de organizaciones, los tribunales por lo general no se han atrevido a apreciar autoría si los ejecutores vivían en el ámbito de poder de quien ordenaba, desviándose a la complicidad por el cauce de la teoría subjetiva de la participación.»

necesidad de desligarse de esta teoría, sin embargo, se vuelve así tanto más urgente.

La sentencia del BGH en el caso Staschynskij ofrece un ejemplo excelente de dicha transformación de las formas de participación en circunstancias atenuantes. En efecto, cuando en ella se dice [245]: «En circunstancias especiales, las órdenes de delinquir provenientes del Estado pueden constituir circunstancias atenuantes», y cuando a renglón seguido se llama criterios de la complicidad a estas «circunstancias especiales», cabe entender que se ha introducido sin rebozo una reducción extralegal del marco penal. La amplia consideración de la "reparación" efectuada por el acusado con su conducta posterior al hecho sólo cabe encuadrarla razonablemente en el aspecto de la determinación de la pena. Al mismo tiempo, desde este "cambio de función" de la teoría de la participación se comprende que dogmáticamente esté necesitado de una "teoría" desligada de todo criterio objetivo y que deje al arbitrio judicial libertad casi irrestricta en la determinación de las consecuencias jurídicas. Únicamente una teoría de la participación extremadamente subjetiva, aplicada como se ha hecho en las sentencias analizadas *supra*, puede cumplir tal cometido. Por eso es de temer que, en tanto que se lleve a cabo tal praxis en la determinación de la pena, a pesar de todas las críticas e incluso del nuevo § 25.1 StGB, la teoría subjetiva pueda quedar como dueña del campo [246].

Queda fuera del objetivo de esta exposición el indagar las causas que —p. ej., en el asesinato— han determinado que el deseo de contar con una atenuación extralegal de la pena sea tan eficaz. Únicamente un estudio que esclareciese el trasfondo sociológico podría separar aquí los argumentos legítimos de los cuestionables [247]. En este contexto, baste la idea, que en serio no puede ponerse en duda, de que en todo caso los esfuerzos por

[245] *BGHSt*, 18, 94.

[246] Resulta curioso que el debate en el Comité Especial, reproducido *supra* (pp. 592 ss.), relativo a la cuestión de si tampoco puede ser cómplice el ejecutor de propia mano, incluso con arreglo al nuevo § 25.1 StGB, en "supuestos extremos", se trataba exclusivamente del ejemplo de un crimen violento nazi (pelotón de fusilamiento).

[247] De todos modos, hay que señalar que las penas leves para castigar los delitos violentos nazis, junto a la aprobación de una opinión pública amplia, pero casi siempre anónima, también han encontrado una crítica enérgica (cfr. las referencias en la importante obra editada por HENKYS sobre *Die nationalsozialistischen Gewaltsverbrechen*). En la resolución, publicada hace decenios (*JZ*, 1966, p. 714 ss. = *NJW*, 1966, p. 2049), de una comisión de expertos convocada por la diputación permanente el Congreso Alemán de Juristas, se dice literalmente: «La comisión ha tenido conocimiento, con preocupación, de sentencias en las que crímenes violentos nazis han sido castigados con penas llamativamente leves; en una parte relevante de estos casos, condenando como cómplices a autores de asesinatos.» Material documental impresionante relativo a la jurisprudencia sobre la participación en los delitos violentos nazis y sobre los antecedentes de esa "comisión de expertos", de la que también formó parte el autor de esta obra, lo proporcionan la Fiscal B. JUST-DAHLMANN y el juez H. JUST en su obra *Die Gehilfen*, 1988.

cumplir tales deseos deshaciendo la teoría de la participación no son compatibles con la ley [248]. En efecto, el legislador habría podido y debido prescindir de los numerosos preceptos en que se prevé expresamente la reducción de la pena mínima cuando concurren circunstancias atenuantes, si la cuestión ya hubiera quedado solucionada mediante la figura jurídica de la complicidad. Además, ya el tenor literal de la ley, que atiende inequívocamente a la forma de intervención, hace que tal interpretación científicamente ni siquiera pueda plantearse.

De todos modos, la concepción de que "complicidad" es sinónimo de "circunstancias atenuantes" nunca se ha mantenido expresamente ni en la doctrina científica partidaria de la teoría subjetiva ni en la jurisprudencia. Sin embargo, cuán poco cabe delimitar la teoría subjetiva con respecto a tales consecuencias *contra legem,* lo muestra un autor tan meritorio en relación con el respeto de nuestro Derecho penal por los principios del Estado de Derecho como BAUMANN, principal representante de la teoría subjetiva en la actualidad, que escribe [249]: «La cuestión de la participación debe solucionarse autónomamente y sólo cuando se da realmente complicidad (y no autoría, con la consiguiente conminación penal absoluta de la cadena perpetua) [250] ha de encontrarse la pena justa dentro del marco penal correspondiente a la complicidad. En esta medida hay que darle la razón a ROXIN en que las consideraciones sobre medida de la pena no pueden determinar la cuestión de autoría o complicidad.» No obstante, a continuación incluye la siguiente observación: «No hay que darle la razón, por el contrario, en la medida en que la delimitación... tiene que resultar en función de la dirección de voluntad delictiva, esto es, que también la intensidad de la voluntad delictiva debe tener importancia e incluso ser la que da sentido a la distinción entre coautoría y complicidado». Aquí, lo que se había considerado correcto en la frase anterior queda anulado en la observación. En efecto, la "intensidad de la voluntad delictiva" no designa ninguna magnitud mensurable, sino un concepto valorativo indeterminado [251]. De quererse vincularle un sentido tangible, no puede ser sino el de estimar que, si concurren circunstancias

[248] En definitiva en el mismo sentido HANACK, *op. cit.*, pp. 36 ss., que reproduce también sentencias inéditas, pp. 39 ss. Además, se dice también en la resolución de la comisión citada en la nota 215: «La comisión no ha dejado de tener en cuenta que en supuestos de autoría, particularmente en el actuar cumpliendo órdenes en una situación de conflicto análoga al estado de necesidad, la cadena perpetua puede parecer demasiado dura. Un sector de la comisión ha defendido la opinión de que para tales casos surgidos de una situación extraordinaria podría tenerse en consideración excepcionalmente una circunstancia atenuante supralegal; otros miembros proponen dejar la solución en manos del legislador o del ejercicio del derecho de gracia.» De donde se desprende con claridad que, aun con todas estas divergencias, en general existía completo acuerdo acerca de que estimar complicidad no supone una solución viable de este problema.

[249] En HENKYS, *Die nationalsozialistischen Gewaltsverbrechen,* pp. 317-318, antes de y en nota 162.

[250] En la actualidad, pena de prisión.

[251] Acerca de su inadecuación para delimitar autoría y participación, cfr. ya *supra,* pp. 49-51 y *passim*.

atenuantes, la voluntad criminal es de menor intensidad y, si faltan, más intensa. Pero así vuelven a afluir sin trabas a la teoría de la participación todas las consideraciones sobre determinación de la pena, que incluso BAUMANN pretende desterrar de ella, ayudando a determinar la propia medida de la culpabilidad y, por tanto, la magnitud de la energía criminal.

Así pues, resulta que la teoría subjetiva favorece una tendencia a reinterpretar las formas de participación como circunstancias de determinación de la pena, explicable a través de diversas causas de política jurídica, pero no compatible con la ley, tendencia rechazada por sus propios partidarios. Es de esperar que la nueva situación legal, tal como se interpretó *supra* (pp. 589 s.), y el final de los procesos contra criminales nazis, inevitable por el transcurso del tiempo, pongan fin a estas tendencias. Ya la jurisprudencia de los últimos años muestra que el BGH se va distanciando cada vez más de una teoría subjetiva como la que p. ej., defendía el RG. Pero la "teoría normativa de la combinación", hoy dominante, sigue otorgando al juez, en la determinación "valorativa" de autoría y participación, un margen de decisión semejante al de la determinación de la pena. Por tanto, el giro definitivo sólo cabe esperarlo cuando se imponga en la jurisprudencia también en el aspecto dogmático la idea que fundamenta a la teoría objetivo-material: que autoría, inducción y complicidad son manifestaciones del injusto típico en las que no tienen influencia alguna las consideraciones relativas a la culpabilidad y a la determinación de la pena, desligadas del injusto.

Cierto proceso evolutivo al margen de la teoría de la participación probablemente facilite en el futuro a la jurisprudencia prescindir de la circunstancia atenuante extralegal de transformar la autoría en complicidad. La sentencia BGHSt 30, 105 (119) ha reconocido ya, enlazando con BVerfGE 45, 187, que en el tipo de asesinato puede haber casos en los que «imponer cadena perpetua sería desproporcionado a pesar de la gravedad del injusto típico, debiendo atenuarse la pena por la vía del § 49, párrafo 1, núm. 1». De esta suerte, por fin se ha creado en el tipo de asesinato, por la vía de la creación judicial del Derecho ajustada a la Constitución, la "circunstancia atenuante supralegal", tal como se ha reclamado con tanta frecuencia en el debate en torno a la delimitación entre autoría y participación en el marco del § 211 StGB. Curiosamente, la clave de atenuación del § 49.1 StGB a la que recurre el BGH es justamente la misma que la resultante de aplicar el marco penal de la complicidad (§ 27.2). Bien es verdad que el Plenario de lo Penal hasta ahora ha limitado su innovadora resolución al elemento de la alevosía; pero responde a la naturaleza de las cosas que la posibilidad de atenuación ha de valer para todos los supuestos de asesinato en los que la cadena perpetua resultaría desproporcionada según parámetros constitucionales. Así pues, desde la perspectiva de la equidad y de la proporcionalidad en el futuro no va a existir motivo para dejar que la magnitud

de la culpabilidad alcance influencia en la delimitación entre autoría y participación.

2. Así llegamos a abordar el problema básico de toda la teoría de la participación, el de su encuadre en el tipo o en la cupabilidad, cuestión a la que sólo puede contestarse a partir de la función dogmática de estas categorías sistemáticas. Hasta ahora no se la ha tratado en términos científicos y de modo amplio, debido a que en general se consideraba una obviedad tivial el que la autoría no significaba sino realización del tipo. En esta premisa se basaba la teoría objetivo-formal, imperante absolutamente en la doctrina hasta comienzos de los años treinta. En la actualidad, también la consideran como base de su doctrina de la autoría los partidarios de la teoría objetivo-material. Ni los propios autores que simpatizan con teorías subjetivas suelen cuestionar este principio. Ya V. BURI, al que se remonta la asunción de la teoría subjetiva por el RG, siempre subrayaba expresamente que la realización del tipo de propia mano fundamenta en todo caso autoría [252]; y el nuevo § 25.1 StGB se basa ahora expresamente en este principio. No obstante, es necesario destacar esta aparente obviedad, puesto que la teoría subjetiva sólo podría fundamentarse dogmáticamente considerando a la delimitación entre autoría y participación como problema de la culpabilidad. La complicidad sería, entonces, una causa de disminución de la culpabilidad, cuya aprobación podría hacerse depender, consecuentemente, de la disposición interna del sujeto agente. HANACK [253] ha dicho con razón acerca de la sentencia del caso Staschynskij que en ella se evidencia que el BGH «considera a la delimitación entre autoría y participación como una cuestión de evaluación justa de la *culpabilidad*».

Sin embargo, este fundamento teórico carece de solidez. Más bien lo cierto es que la doctrina de la autoría se encuadra en el tipo (más exactamente, en el injusto típico). La formulación absolutamente objetiva de la ley, la deducción, a partir de la autoría indubitada del sujeto que realiza el tipo, de la virtualidad fundamentadora de autoría (con carácter general) de la realización del tipo de propia mano y la falta de relación entre la culpabilidad y autoría y participación, por fin establecida con claridad al haberse introducido la accesoriedad limitada, para esta concepción incluso quedan en cuanto a importancia por detrás del principio fundamental del Estado de Derecho de que nuestro Derecho penal es un Derecho penal del hecho, y no de la actitud, y que, por consiguiente, únicamente la comisión de la acción típica puede dar lugar a la pena por autoría. El que mueve la cabeza en señal de aprobación ante el hecho de otro, el que proporciona la ganzúa para el robo con fuerza en las cosas o el papel para la falsificación documental, por muy antisocial e inmoral que sea su actitud, en cualquier caso no ha

[252] Al respecto con detalle SAX, *JZ*, 1963, pp. 332 ss.

[253] Como en nota 243, p. 34.

realizado el tipo. Por eso, sólo se le puede punir —*nulla poena sine lege*— en tanto que el legislador así lo establezca habiendo introducido expresamente especiales formas de participación. Por el contrario, el que realiza el tipo a sabiendas y voluntariamente, es autor y, no quedando su responsabilidad excluida por otras razones, es castigado como tal; su eventual culpabilidad inferior se tiene en cuenta en el marco de las causas de disminución de la culpabilidad (§§ 17 y 21 StGB) y de la determinación de la pena, pero no afecta en absoluto a su autoría.

El sentido, propio de Estado de Derecho, de esta regulación reside en que la actitud y la peligrosidad del individuo sólo ha de dar lugar a la pena estatal en tanto que se hayan materializado en la realización del tipo, en acciones externas. A esta idea responde que los modos de cooperar menos intensos, que se encuentran fuera del tipo y, por tanto, fuera del núcleo delictivo, se castigan cada vez menos a medida que van estando menos próximos al hecho. El legislador lo tiene en cuenta, en el caso de la complicidad, a través de una atenuación de la pena antes facultativa y en la actualidad ya obligatoria, a tenor del § 27.2 StGB. Ciertamente, para la inducción sigue estando previsto el mismo marco penal que para la autoría (§ 26 StGB); pero ello se basa sólo en la suposición del legislador de que la menor proximidad del inductor al hecho, allí donde no quede compensada por el desvalor suplementario de la corrupción del instigado, se puede «tener en cuenta suficientemente en la determinación de la pena dentro del marco penal general» [254]. No obstante, también aquí se evidencia en la propia ley la discriminación según la proximidad al hecho, con sólo retrotraerse a la fase de tentativa. La autoría intentada se castiga también en una parte de los delitos menos graves, la inducción intentada sólo en los delitos graves y la complicidad intentada no se castiga en absoluto [255].

Para el Derecho penal del hecho, en el fondo es evidente que la medida de la aportación al hecho efectuada por el individuo tiene que ser tenida en cuenta en la forma indicada y que la "disposición interna" del autor, su actitud, la intensidad de su voluntad delictiva no puesta de manifiesto en acciones externas, etc., sólo pueden desplegar eficacia en la determinación de la pena en tanto que lo permita el marco penal del autor, del inductor y del cómplice, a indagar con arreglo a criterios objetivos. El escollo por el que ha fracasado la teoría objetivo-formal, a pesar de su punto de partida

[254] En tal sentido la Exposición de Motivos del Comité Especial, *Bundestagsdrucksache*, v/4095, p. 13. Con respecto a las razones en favor de atenuar facultativamente la pena en la inducción cfr. en concreto Fr.-Chr. SCHRODER, *Der Täter hinter dem Täter*, pp. 202 ss.

[255] Sería difícil de entender que para la delimitación hubiera que atender a la intensidad de la voluntad delictiva o a la disposición interna, pues en la "culpabilidad", desvinculada del tipo, de aquel que instiga a otro a un delito menos grave carece de influencia que el hecho, luego, sin su intervención, deje de producirse. También la impunidad, p. ej., de la complicidad intentada en el asesinato, ha de fundarse sólo en la lejanía al tipo de este comportamiento y no en consideraciones relativas a la culpabilidad.

acertado y a pesar del imponente número de sus partidarios, consiste únicamente en la idea de que el concepto de la realización del tipo no puede limitarse en todos los supuestos a la realización de propia mano de los elementos del precepto penal, resultando posible también realizar algunos tipos sirviéndose de un "instrumento" humano (autoría mediata) o compartiendo la ejecución con otro (coautoría). La necesidad de ampliar así el concepto de tipo y de autor formal con otro material se deduce ya del propio Derecho positivo (§ 25 StGB), cuyo criterio del "cometer" se basa en un concepto material, en tales términos, de realización del tipo.

El modo en que han de determinarse los requisitos de la autoría sobre la base de tal concepto material de tipo lo he intentado fundamentar pormenorizadamente en la presente obra en los planos dogmático y metodológico. Bien es cierto que hay aún problemas que necesitan ulterior esclarecimento. Sin embargo, la base sobre la que ha de moverse el debate habrá quedado fija: Sólo puede tratarse, en todo caso, de establecer los criterios personales del injusto típico.

No obstante, la teoría subjetiva, cuando se la maneja como ocurre en las sentencias analizadas *supra* y en general en la praxis, invierte esta sencilla idea, convirtiéndola en lo contrario. Al considerar irrelevante la clase de la aportación externa al hecho, pasa por alto inadmisiblemente la cuestión del tipo y desplaza la diferenciación al ámbito de la culpabilidad y de la determinación de la pena, aun cuando éste está regulado con carácter cerrado por medio de las causas de exclusión y de disminución de la culpabilidad, de supuestos leves y graves y directivas semejantes. La contrariedad a la ley de este giro interpretativo ha quedado ya expuesta más pormenorizadamente *supra*. Con todo, desde los fundamentos dogmáticos de nuestro Derecho penal, requiere una consideración más amplia que la que en definitiva conduce a alejar a las formas de participación, como categorías jurídicas autónomas, de la teoría del delito, haciéndolas desaparecer en consideraciones generales sobre merecimiento de pena. El Ministerio de Justicia Federal caracterizó así ya en 1964 a nuestra jurisprudencia sobre la participación [256]: «Si para la delimitación entre autoría y participación sigue siendo determinante la disposición interna del acusado, para la delimitación en el caso concreto importa a partir de qué indicios el tribunal extrae como conclusión la voluntad de autor propia del acusado. Las comprobaciones pertinentes han de llevarse a cabo en todo caso valorando todas las peculiaridades del caso concreto.» Lo que no se entiende es como un procedimiento así, que tenga en cuenta todos los factores significativos de la "disposición interna", se distingue de la habitual determinación de la pena. Así, dejando a criterio del tribunal a partir de qué indicios extraer la conclusión

[256] En el folleto, editado por el Ministerio, *Die Verfolgung Nationalsozialistischer Straftaten im Gebiet der Bundesrepublik Deutschland,* 1964.

de que existe voluntad de autor, y dando de lado a todos los baremos jurídicos, en favor de las "peculiaridades del caso concreto", sobre la reducción de la pena decide el arbitrio del juez que juzga sobre los hechos, quien consecuentemente estaría sustraído incluso a la revisión por parte del tribunal superior. En efecto, a "las peculiaridades del caso concreto" no puede acceder el tribunal superior, cuanto más que también la relevancia de los indicios sería cuestión del supuesto individual. Dogmáticamente, esta praxis desembocaría en el establecimiento del concepto de autor unitario y en la simultánea introducción de una posibilidad general de atenuación de la pena con arreglo al § 27 StGB. Tal postura sería razonable desde la perspectiva de un Derecho penal del autor que eligiera cualquier contacto, por fugaz que fuera, con el suceder del hecho —con arreglo a la jurisprudencia (al menos hasta la fecha no abandonada expresamente) para afirmar la autoría basta, como es sabido, un "reforzamiento de la resolución del hecho" ni siquiera necesariamente causal— simplemente como punto de enlace para un enjuiciamiento de la personalidad en que se basara la pena. Sin embargo, es evidente que esta concepción resulta completamente incompatible con el Derecho vigente.

Esta praxis tan extendida nunca ha sido fundamentada científicamente en la jurisprudencia reciente. Desde la perspectiva de la historia dogmática, se basa en premisas hace tiempo superadas [257]. Una de sus raíces reside en la opinión, muy difundida a finales del siglo pasado bajo la influencia de ideas de las ciencias naturales, de que, de entre los datos externos del hecho, solamente la modificación causal del mundo exterior merece tenerse en cuenta, pero que, debido a la equivalencia de todas las condiciones del resultado, es imposible distinguir con arreglo a puntos de vista objetivos, pudiéndose buscar la diferencia establecida por la ley entre las formas de participación únicamente en el aspecto subjetivo del hecho [258]. La segunda raíz surge de la primera: Si la delimitación entre autoría y participación sólo puede efectuarse con arreglo a criterios subjetivos, y si además, como se estimaba en los años del cambio de siglo, todos los elementos subjetivos de la acción han de asignarse a la culpabilidad, la propia teoría de la participación puede ser sólo un problema de la culpabilidad: Autoría y participación se convierten en grados de culpabilidad distinguibles simplemente en lo cuantitativo [259].

Ambos presupuestos están hoy superados y tampoco se recurre ya a ellos en la jurisprudencia, sin que, no obstante, se haya procurado otra fundamentación a la teoría subjetiva. Sencillamente, la jurisprudencia la ha manejado decenio tras decenio como algo establecido, sin polemizar con la doctrina siempre dominante. El momento de decirle por fin adiós también en la

[257] Al respecto en profundidad y acertadamente, Sax, *JZ,* 1963, pp. 329 ss.
[258] Esto ya se ha expuesto *supra,* pp. 23-26.
[259] Al respecto especialmente Sax, *op. cit.,* pp. 333-335, con bibliografía.

jurisprudencia se produjo, como muy tarde, con la entrada en vigor de la nueva "Parte General" del StGB. Hay que reconocer que la jurisprudencia ha dado pasos notables en esta dirección desde 1975. En efecto, el término, mantenido formalmente, de la "voluntad de autor", se va dotando progresivamente de contenido material mediante el criterio del dominio del hecho, que se ha acabado por imponer claramente en la determinación de la autoría directa y de la mediata y sólo en la delimitación entre coautoría y complicidad queda relativizado por el criterio del interés, que se emplea en plano de igualdad [260]. Únicamente en este ámbito (central, desde luego) perdura en la actualidad la discrecionalidad judicial que antes caracterizaba a toda la delimitación entre autoría y participación; la cual incluso alcanza nueva actualidad aquí, al conceder un "margen de maniobra" para el enjuiciamiento judicial. Todo lo que cabía decir contra la teoría subjetiva de antiguo cuño sigue siendo aplicable hoy frente a la "consideración valorativa global" de la teoría nomativa de la combinación.

§ 44. EVOLUCIÓN DE LA TEORÍA DE LA AUTORÍA Y LA PARTICIPACIÓN EN LA DOCTRINA

I. NOCIONES BÁSICAS SOBRE LA EVOLUCIÓN RECIENTE DE LA DOCTRINA DE LA AUTORÍA

1. La teoría del dominio del hecho hoy

En la doctrina, desde la aparición de esta obra, la teoría del dominio del hecho ha llegado a ser la dominante en absoluto, al principio, pero en los últimos diez años se ha visto a veces confrontada, si bien no con una vuelta a la teoría subjetiva, sí con los intentos de autores concretos de preconizar otros planteamientos.

Veamos en primer lugar la teoría del dominio del hecho. Incluso autores que antes habían mostrado simpatías por la teoría subjetiva —tales como Bockelmann [261], Busch [262] o Wessels [263]— han acogido después como criterio de delimitación el del dominio del hecho [264]. Después de que los Comentarios de Schönke-Schröder [265] se hayan pasado sustancialmente a la teoría del

[260] Cfr. mis análisis de las sentencias dictadas desde 1975, pp. 622 ss., y la síntesis en pp. 676 ss.

[261] *Supra*, pp. 104 ss.

[262] *Supra*, p. 101.

[263] *AT*[4], 1974, p. 89 (delimitación subjetiva sobre una base objetivo-típica).

[264] Bockelmann, *AT*[3], 1979, p. 177, así como Bockelmann-Volk, *AT*[4], 1987, p. 177; Busch, *LK*[9], 1970, núm. marg. 13 ante § 47; Wessels-Beulke, *AT*[28], 1998, núm. marg. 517.

[265] Schönke-Schröder-Cramer, *StGB*[25], 1997, núms. margs. 62 ss. ante § 25; Cramer defiende «la necesidad de tener en cuenta elementos subjetivos dentro de una teoría delimitadora orientada fundamentalmente por la idea del dominio del hecho» (núm. marg. 80).

dominio del hecho, cabe considerar hoy a Baumann y a algunos de sus discípulos [266] como únicos y últimos defensores de la concepción subjetiva. La hegemonía científica de la teoría del dominio del hecho se pone de relieve en que las ediciones décima y undécima del *Leipziger Kommentar* (1978, 1992), en el comentario de los §§ 25 ss. las he reescrito yo en el sentido de la teoría del dominio del hecho, y en que las recientes monografías de Herzberg [267], Bloy [268], Bottke [269], Murmann [270], Schild [271] y Renzikowski [272], se basan en esta teoría. Incluso autores que sitúan en el centro de la delimitación la "autonomía", como M. K. Mayer [273], o el "principio de responsabilidad propia", como Schumann [274], en el fondo comparten la teoría del dominio del hecho, porque precisamente son la atonomía o la responsabilidad propia del ejecutor lo que por lo general excluye del dominio del hecho a los demás cooperadores. Renzikowski [275], con ayuda de la idea de autonomía y la teoría —afín a ésta— de la prohibición de regreso, propugna precisamente llegar a una "reformulación de la teoría del dominio del hecho".

De los nuevos tratados, los de Jakobs [276], Kühl [277] y Gropp [278] se basan en la teoría del dominio del hecho [279]. Jakobs coincide en las cuestiones centrales con la posición mantenida en esta obra. Kühl señala: «Para un Derecho Penal del hecho, el dominio objetivo del hecho es el criterio adecuado de determinación de la autoría»; y asume las figuras jurídicas, desarrolladas en esta obra, del dominio de la acción, dominio de la voluntad y

[266] Baumann-Weber, *AT*[9], 1985, pp. 535 ss. También Weber, discípulo de Baumann (*Der strafrechtliche Schutz des Urheberrechts*, 1976, pp. 296 ss., 327 ss.), y Arzt (*JA*, 1980, pp. 556 ss.; *JZ*, 1981, p. 414) se han declarado partidarios de la teoría subjetiva, obviamente hasta ahora sin haber publicado ninguna obra específica sobre teoría de la participación.

[267] *Täterschaft und Teilnahme*, 1977.

[268] *Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht*, habilitación, Gotinga, 1985.

[269] *Täterschaft und Gestaltungsherrschaft*, 1992.

[270] *Die Nebentäterschaft im Strafrecht. Ein Beitrag zu einer personalen Tatherrschaftslehre*, 1993.

[271] *Täterschaft als Tatherrschaft*, 1994.

[272] *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung*, 1997.

[273] *Der Auschluß der Autonomie durch Irrtum. Ein Beitrag zur mittelbaren Täterschaft und Einwilligung*, 1984.

[274] *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen*, 1986.

[275] Como en nota 272, pp. 34, 77.

[276] *AT*[2], 1991, pp. 21-35 ss.

[277] *AT*[2], 1997, § 20, núm. marg. 29, y con respecto a las formas de autoría, núms. margs. 27 ss.

[278] *AT*[1], 1998, § 10, núm. marg. 38.

[279] También en el extranjero va alcanzando consideración creciente la teoría del dominio del hecho. Hay que resaltar las dos amplias monografías de Díaz y García, *La autoría en Derecho penal*, Barcelona, 1991, y Herlitz, *Parties to a Crime and the Notion of a Complicity Object. A Comparative Study of the Alternatives provided by the Model penal Code, Swedish law and Claus Roxin*, 1992, obras que mencionan y debaten, ambas, la presente monografía; Díaz y García defiende incluso la teoría del dominio del hecho (acerca de su concepción de la coautoría, cfr. *infra*, pp. 732 s.). Ha de quedar para otra ocasión el análisis de estas obras tan significativas. A finales de 1998 se publicó la traducción española de la 6.ª ed. de esta obra (750 pp., editorial Marcial Pons, Madrid, traductores: Cuello Contreras y Serrano González de Murillo). Acerca de la teoría del dominio del hecho en el Derecho francés, Czepluch, p. 198.

dominio funcional del hecho. Lo mismo sostiene GROPP, que incluso hace residir en esta sistematización "el atractivo de la teoría del dominio del hecho". Así pues, en las cuestiones básicas de la delimitación reina hoy mucha más claridad que antes, habiendo dejado de ser cierto que la teoría de la participación sea «el capítulo más oscuro y confuso de la Ciencia alemana del Derecho Penal», como en la introducción de esta obra [280] aún podía proclamarse con razón [281]. Así, STEIN [282], antagonista de mi postura, no obstante subraya que las "líneas básicas" de la teoría que mantengo "se han impuesto en general en la doctrina". También SCHONEBORN [283] opina que la presente obra «ha conseguido una precisión del concepto del dominio del hecho que podría ofrecer a los tribunales directrices sólidas para la aplicación del Derecho».

Obviamente, este amplio consenso sobre la teoría del dominio del hecho no significa que también reine unanimidad en todas las cuestiones concretas. Pero el debate se mueve a grandes rasgos en un marco proporcionado por la teoría del dominio del hecho y colma los espacios de interpretación que deja este marco. Ante todo, hay dos divergencias de las que se nutre una controversia básica de los autores que defienden la teoría del dominio del hecho o son afines a ella. En primer lugar, los defensores de un concepto de dominio del hecho estructurado normativamente se oponen a otros partidarios de esta teoría que atienden más a las relaciones reales de dominio. Así señala, p. ej., JAKOBS [284] que el dominio del hecho «se determina en la doctrina en general demasiado naturalísticamente (dominio como hecho) y demasiado poco normativamente (dominio como fundamento de incumbencia)», mientras que recientemente le opone RENZIKOWSKI [285], representante de la posición contraria: «Una dogmática penal normativa sin relación a hechos carece de fundamento» [286]. Por otra parte, existe una antítesis entre una corriente que, basándose en la idea de autonomía, rechaza la figura del autor de detrás del autor, por entender que detrás de un autor responsable ningún otro puede tener el dominio del hecho, mientras que otra, preconizada en esta obra y ahora mantenida en la jurisprudencia, reconoce distintas manifestaciones del dominio que pueden concurrir simultáneamente y con distinto grado. Estos problemas de principio, así como otras cuestiones concretas

[280] *Supra*, p. 1.

[281] En mi mismo sentido, SCHILD, p. 5.

[282] *Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre*, 1988, p. 22; la postura mantenida en esta obra «ha ejercido, con mucho, la influencia mayor», sirviendo de base a «numerosos comentarios, manuales y artículos». En términos semejantes MURMANN, *Nebentäterschaft*, p. 88: «Con esta obra se ha impuesto en la doctrina la teoría del dominio del hecho.»

[283] *ZStW*, 87 (1975), p. 911.

[284] *AT*², 1991, pp. 21-33.

[285] *Restriktiver Täterbegriff*, 1997, p. 80.

[286] LÜDERSSEN, *Kriminologie*, 1992, pp. 465 ss., se esfuerza por fundamentar criminológicamente la delimitación entre autoría y participación, teniendo especialmente en cuenta el principio del dominio del hecho.

controvertidas se tratarán en la exposición subsiguiente en los contextos en que surten efectos prácticos, singularmente en el de la autoría mediata.

Sin embargo, antes de exponer las distintas modalidades de la autoría en el último estadio del debate, resulta necesaria una breve controversia con las teorías que intentan delimitar autoría y participación sin la pauta del dominio del hecho, tales como las de SCHMIDHÄUSER, STEIN, KÖHLER/KLESCZEWSKI y FREUND.

2. La teoría de la totalidad de SCHMIDHÄUSER

SCHMIDHÄUSER [287] desarrolla una "teoría de la totalidad" en la que para la autoría "nunca resulta decisivo un elemento en concreto, sino cada elemento sólo dentro de la totalidad". En enumeración no exhaustiva, menciona dieciséis de estos elementos, como, p. ej., la presencia en el lugar del hecho, la magnitud del dominio del acontecer, la intensidad de la preparación del hecho, el interés en el hecho, etc. Determinante para la cuestión de si se da autoría, inducción o complicidad puede ser en cada caso "otro rasgo concreto del suceso".

Esta tesis no es asumible [288], pues de esta manera la delimitación entre autoría y participación se desvanece en la arbitrariedad incontrolable, porque no se sabe qué "rasgo concreto" en cada caso "ha de ser determinante". Queda en el aire cómo hay que decidir cuando se dan algunos de estos "elementos", pero no otros, lo cual no se ajusta al mandato de taxatividad legal, que también es aplicable a las formas de participación.

Posteriormente, este autor —polemizando con la concepción mantenida en esta obra— ha desarrollado la tesis de que también los defensores de la teoría del dominio del hecho siguen, frente a lo que piensan, el método desarrollado por él, de manera que el "dominio del hecho" sólo representa un «nombre supuesto de la delimitación totalizadora de autoría y participación en Derecho Penal» [289]. Lo cual no es admisible, pues bien es cierto que el dominio del hecho no es un concepto definible de modo exhaustivo, pero el método que aquí se sigue, de hacer que el principio del dominio se despliegue como pauta al ir atravesando la materia jurídica [290], deja surgir, sin embargo, estructuras definidas, como los conceptos de dominio de la

[287] *AT*², 1975, pp. 14-152 ss. (156 ss.), de donde se toma la cita; *StuB*², 1984, pp. 10-163 ss.

[288] Crítica más detallada en ROXIN, *ZStW*, 83 (1971), pp. 394 ss.; anticrítica en SCHMIDHÄUSER, *Stree/Wessels-Festschrift*, 1993, pp. 343 ss. (349 ss.). También se oponen a la teoría de SCHMIDHÄUSER KÜPER, *GA*, 1986, pp. 443 ss.; BLOY, *Zurechnungstypus*, pp. 307 ss.; STEIN, *Beteiligungsformenlehre*, pp. 121 ss.; BOTTKE, *Gestaltungsherrschaft*, pp. 39 ss.

[289] En tal sentido el título de su aportación a *Stree/Wessels-Festschrift*, 1993, pp. 343 ss.

[290] Acerca del método aquí empleado, cfr. resumiendo y concretando desde la perspectiva de teoría jurídica, *supra*, pp. 589 ss., así como *infra*, pp. 700 ss.

acción, dominio de la voluntad (con las subdivisiones de dominio por coacción, dominio en virtud de error, dominio de organización), que precisamente le faltan a la "teoría de la totalidad". Asimismo, con el "interés directo o indirecto en el hecho", la "intensidad de la preparación del hecho" y criterios análogos, SCHMIDHÄUSER recurre a puntos de vista que no desempeñan papel alguno, de entrada, para la coautoría según la teoría del dominio del hecho.

Mayores semejanzas presenta el método de SCHMIDHÄUSER con la teoría normativa de la combinación mantenida por la jurisprudencia, a la que se refiere al final de su artículo [291]. Pero así se expone a todas las objeciones que cabe esgrimir contra este modo de proceder de la "consideración valorativa de todas las circunstancias" [292]. Otro tanto cabe decir de los autores que, sin un planteamiento metodológico propio, asumen en mayor o menor medida la posición de la jurisprudencia [293].

3. La teoría de las formas de participación de STEIN

Una concepción completamente novedosa la ha desarrollado STEIN en su valiosa obra sobre la "Teoría jurídico-penal de las formas de participación" ("Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre", 1988). STEIN pretende basar las formas de participación en la teoría general de la imputación y encuadrarlas en un sistema funcional del delito como el que prevalece en la dogmática reciente. En su opinión, la teoría del dominio del hecho no satisface las exigencias de un sistema teleológico así, viviendo «en definitiva de su *relativo* rigor *(Stringenz),* en comparación con otras teorías, y de lo aceptable de sus resultados» [294]. En esa medida, ciertamente representa "un gran progreso", en tanto que «su estructura conceptual netamente diferenciada da ya con gran precisión la clave de los resultados interpretativos». Pero le falta "un basamento suficiente en el concepto general del delito". «Sólo este basamento normativo permite esperar una fundamentación óptima, orientada a los fines de la pena, de los resultados concretos.»

Sin embargo, no cabe estar de acuerdo. El basamento normativo tanto del principio rector de la figura central como de su desglose en dominio del hecho, infracción de deber y comisión de propia mano, como se ha expuesto profusamente *supra* (pp. 684 ss. y *passim*) en polémica con la jurisprudencia y con la doctrina subjetiva de la participación, reside en la teoría del tipo: Autor es el que actúa típicamente, aquel al que puede imputársele la realización del tipo como obra suya en solitario o con otros. Partícipe es el que efectúa un ataque a un bien jurídico accesoriamente, sin realizar el tipo. El trasfondo normativo, de política jurídica y constitucional, de la distinción reside en el Derecho penal del hecho, del tipo —*Tat(bestands-)strafrecht*—, como efecto del principio *nullum crimen sine lege.*

Por el contrario, STEIN, sobre la base de una teoría del injusto orientada exclusivamente al desvalor de acción, pretende distinguir entre norma de conducta para el autor, para el inductor y para el cómplice [295]. Estas normas son, en su opinion, de distinta "perentoriedad". La más perentoria es la norma de conducta para el autor, mientras que en la participación el deber impuesto al sujeto principal erige una "muralla" [296] relativamente sólida ante el objeto del bien jurídico, «de manera que seguramente también sería defendible dotar a las normas de conducta para el partícipe de menor perentoriedad». No obstante, el legislador ha conferido a la norma de conducta de la inducción la misma perentoriedad, porque el inductor menoscaba en el sujeto principal la fuerza motivadora para comportarse conforme a deber, "horadando" [297] así la muralla erigida ante el objeto del bien jurídico. En cambio, la norma de conducta para el cómplice tiene "menor perentoriedad", explicándose así también la reducción del marco penal que la ley establece.

Debe quedar reservado para otra ocasión debatir esta derivación, determinada por las normas de conducta, de las formas de participación con la profundidad que merece. En cuanto a los resultados, no diverge excesivamente de las soluciones mantenidas en esta obra; esta cuestión es posible abordarla al analizar las distintas formas de autoría. Pero ya aquí cabe decir que no he conseguido convencerme de que STEIN haya encontrado un mejor fundamento normativo de las formas de participación [298]. Problemática es la propia graduación de deberes de conducta en función de su mayor o menor perentoriedad. En efecto, el comportamiento no ajustado a Derecho

[291] *Stree/Wessels-Festschrift,* 1993, pp. 362 ss.

[292] Al respecto exhaustivamente *supra,* pp. 681 ss.

[293] Por ejemplo GEERDS, *Jura,* 1990, pp. 173 ss. Para GEERDS, los criterios determinantes para delimitar autoría y participación son la "contribución a la ejecución del hecho", el "interés directo en el hecho o en su resultado" y la "relación con los intervinientes en el hecho" (aludiéndose con ello a elementos esenciales del dominio del hecho).

[294] Esta cita y las siguientes: *Beteiligungsformenlehre,* pp. 22 ss.; cfr. asimismo pp. 62 ss., 196 ss.

[295] *Beteiligungsformenlehre,* pp. 238 ss.

[296] *Beteiligungsformenlehre,* p. 241.

[297] *Beteiligungsformenlehre,* pp. 242 ss.

[298] La controversia más profunda con la obra de STEIN se debe a KÜPER, *ZStW,* 105 (1993), pp. 445 ss. Aun reconociendo (con razón) la sutileza y riqueza de ideas de la obra, llega al mismo resultado (p. 482): «A su "nueva imagen" de la doctrina de la autoría y de la participación le falta... poder de convicción, y el "nuevo sistema" que el autor brinda con gran elocuencia contribuye así indirectamente a rehabilitar el "antiguo". Este hallazgo suscita asimismo notables dudas acerca de si, desde la base de teoría de las normas sobre la que STEIN erige su sistemática, puede captarse adecuadamente lo injusto específico de la participación en el hecho ajeno (y de la participación en general).» Críticamente sobre la teoría de las formas de participación de STEIN también LESCH, *Das Problem der sukzessiven Beihilfe,* 1992, pp. 224 ss., quien, sin embargo, desde un punto de partida de teoría de las normas (lo injusto penal como daño a la vigencia de la norma), sólo atribuye al dominio del hecho importancia relativa. Cfr. por lo demás BOTTKE, *Gestaltungsherrschaft,* p. 43, así como RENZIKOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff,* pp. 25 ss.

no está más o menos prohibido, sino que sencillamente está prohibido; lo diferente no es la intensidad de la prohibición, sino la medida de la sanción. Cuando, como hace STEIN enlazando con GÜNTHER [299], se asume en la teoría del injusto consideraciones cuantificadoras sobre merecimiento de pena, se está expuesto al peligro de que las formas de participación se diluyan en consideraciones generales sobre determinación de la pena. Y a ello hay que oponerse (cfr. *supra* pp. 679 ss.); que el propio STEIN, al desarrollar su esquema, no haya sucumbido en lo esencial a este peligro, nada empece el carácter tendencialmente arriesgado de este planteamiento.

Por otra parte, la delimitación entre autoría y participación no puede depender fácilmente de la perentoriedad de la norma de conducta si dicha perentoriedad es la misma en la autoría y en la inducción, sino que la distinción ha de residir en que el autor comete el hecho, y no así el cómplice. STEIN, que se plantea a sí mismo tal objeción [300], replica que ésta se basa en la mentalidad del concepto clásico de injusto, que atribuía al "hecho" y al "resultado" importancia esencial para el injusto, mientras que él sitúa en el centro a la "infracción del deber de conducta". Puede que sea así; pero ello nada rebate en la idea de que el legislador ha otorgado a la delimitación entre autoría y participación un fundamento normativo distinto a aquel en que está pensando nuestro autor.

4. La concepción idealista de KÖHLER y KLESCZEWSKI

A su vez, de modo distinto desarrolla KÖHLER [301] la delimitación entre autoría y participación a partir de la filosofía idealista en que se basa toda su concepción del Derecho Penal. Se trata de «tomar en consideración las particularidades de las relaciones de comportamiento entre sujetos libres» [302], lo cual le lleva, en la autoría directa y en la coautoría, a resultados del todo semejantes a los de la teoría del dominio del hecho. Ya «está establecido por la ley que la comisión íntegra de propia mano fundamenta forzosamente autoría, de manera que ha de descartarse totalmente la jurisprudencia contraria anterior del RG y del BGH» [303]. Ello ha de suscribirse [304]. También en la coautoría KÖHLER llega a una solución absolutamente coincidente con la teoría del dominio del hecho, si bien él, desde su punto de vista determinado por el sujeto, le reprocha una «reducción descriptora a elementos técni-

[299] *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß*, 1983.
[300] *Beteiligungsformenlehre*, pp. 246 ss.
[301] *Strafrecht, Algemeiner Teil*, 1997. Enlazando estrechamente con su maestro KÖHLER, en su nueva monografía sobre *Autonomía y accesoriedad de la participación («Selbständigkeit und Akzessorietät der Beteiligung»)* KLESCZEWSKI ha profundizado en fundamentar esta concepción.
[302] *AT*, 1997, p. 488.
[303] *AT*, 1997, p. 505.
[304] Cfr. *supra*, p. 590.

co-instrumentales» [305] (esto es, al dominio del hecho): «Coautor es el que ejecuta el hecho conjuntamente con otro, en determinación recíproca por medio de aportaciones al hecho de la misma entidad» [306]. Pretende asimismo ceñirse a «la relación de la coautoría a la ejecución del hecho" [307], descartando toda acción preparatoria del ámbito de la coautoría y llegando así más cerca a una teoría del dominio del hecho rectamente entendida que muchos de los partidarios de ésta.

Sin embargo, desarrolla una noción absolutamente divergente de autoría mediata, que circunscribe (junto a KLESCZEWSKI, los dos únicos autores que lo mantienen en la doctrina alemana) a la intervención de persona interpuesta sin dolo y justificada: «Autor mediato es el que realiza su hecho ilícito por medio de otro (persona interpuesta) de manera que le crea o representa una situación fáctica con respecto al actuar de éste en sí ajustado a la norma.» La coacción en los términos del § 35 StGB, la utilización de una persona inimputable o de un menor, la realización del hecho mediante la provocación de un error de prohibición (incluso inevitable) en el ejecutor y, con mayor razón, los supuestos del dominio de organización, pertenecen para él al ámbito de la inducción [308], que a su vez se concibe [309] como «intervención sobre la decisión del hecho ejecutada por otro mediante poder determinante sobre la realización final extratípica de éste».

Es difícil decir que tales resultados quepa derivarlos sin más de la "relación de comportamiento entre sujetos libres", pues este enfoque idealista simplemente lleva al principio de autonomía [310], *quaestio vexata* ya por otros autores. Sin embargo, el principio de autonomía se utiliza, al menos en los supuestos de coaccionados, inimputables, menores o personas que yerran inevitablemente precisamente para fundamentar la autoría mediata por falta de autonomía de la persona interpuesta. KÖHLER llega al resultado opuesto, conformándose con la autonomía potencial del que actúa directamente como fundamento para rechazar la autoría mediata. El coaccionado, p. ej., está «determinado por sí mismo en la aplicación de la regla jurídica referida al hecho, aun cuando se encuentre también en una diferencia de autonomía relativa con respecto a otro» [311]; por eso, aquel a quien se fuerza no es "empleado como mero medio" [312]. Tampoco la provocación de error de prohibición inevitable fundamenta autoría mediata: «Pues el sujeto actuante, si bien de modo inculpable, se pasa a la norma de ilícito» [313]. También quien se sirve de un

[305] *AT*, 1997, p. 547.
[306] *AT*, 1997, p. 513.
[307] *AT*, 1997, p. 516.
[308] *AT*, 1997, pp. 509-511.
[309] *AT*, 1997, p. 521.
[310] Al respecto con más profundidad en la autoría mediata, *infra*, pp. 705 ss.
[311] *AT*, 1997, p. 506.
[312] *AT*, 1997, p. 510.
[313] *AT*, 1997, p. 509; la siguiente cita procede asimismo de esta página.

niño (p. ej., para incendiar), se refiere, como dice KÖHLER, «a un sujeto que en puridad reflexiona sobre la norma, y por eso no es autor mediato, sino inductor». En tales casos, por analogía con un "proceso de realización objetivo" cabría hablar de un "instrumento": «No obstante, la persona interpuesta es un sujeto libre en sí, que sólo en cierto sentido de su concepción de la regla puede convertirse en medio de una norma de ilícito ajena.»

Ello, sin embargo, no convence. No se entiende que una persona no pueda "ser empleada como mero medio" sólo porque sea "un sujeto libre en sí", no obstante estar privado *in concreto* del uso de su libertad debido a su corta edad, inimputabilidad o error de prohibición inevitable. Para ser consecuente, KÖHLER, en contradicción con la ley, tendría que llegar al rechazo total de la autoría mediata, pues, p. ej., también quien yerra, con imprudencia temeraria, sobre los hechos, sigue siendo un sujeto reflexivo, y podría sustraerse fácilmente a la degradación "a mero medio" con un poco de reflexión, lo que le está vedado al susodicho instrumento inculpable. El propio KÖHLER se refiere a la posibilidad de «que la "persona interpuesta" se percate de un error fáctico circunstancial"» [314].

Pero el entendimiento de KÖHLER sobre la autoría mediata colisiona contra la ley aun manteniendo el estrecho margen que él le concede a la autoría mediata (error de la persona interpuesta sobre los hechos), pues no cabe duda de que el legislador pretende considerar como de autoría mediata los supuestos de persona interpuesta inculpable. En la Exposición de Motivos del Proyecto de 1962, al que se remonta la redacción actual, se señala expresamente [315]: «Aquel que, con ánimo de hurto, se procura una cosa ajena mediante un niño, es tan ladrón como si hubiera sustraído la cosa de propia mano... o se la hubiera hecho traer por un perro.» También se alude *expressis verbis* a que concurre autoría mediata «cuando el autor perpetra un delito por medio de un inimputable... o de una persona que actúa en estado de necesidad disculpante...». Una redacción anterior [316] en la que la inculpabilidad de la persona interpuesta se mencionaba como supuesto de autoría mediata no llegó a cuajar en ley simplemente porque el legislador pretendía dejar abierta la posiblidad de autoría mediata a pesar de la "plena responsabilidad de la pesona interpuesta" [317]. Pues bien, se le da la vuelta a las intenciones del legislador si se atribuyen a la inducción muchos de los supuestos asignados por el legislador sin duda alguna a la autoría mediata. Se pone así de manifiesto que únicamente la teoría del dominio del hecho se ajusta a la voluntad legal de regulación.

[314] *AT*, 1997, p. 507.
[315] *Bundestagsdrucksache*, IV/650, p. 149.
[316] § 28 II del Proyecto de 1958; cfr. al respecto *supra*, p. 580 de esta obra.
[317] *Bundestagsdrucksache*, IV/650, p. 149.

5. La revitalización de la teoría objetivo-formal por FREUND

Como "innovador" más reciente, FREUND [318] requiere un análisis más detallado. Al igual que KÖHLER, se remite a un enfoque antiguo (si bien no filosófico): la teoría objetivo-formal. A su juicio, ésta fue "considerada injustamente superada" [319], si bien conduce «a dificultades, ante todo en el entendimiento de la autoría mediata, así como en ciertos casos de los supuestos de jefes de bandas que actúan entre bastidores»; él se propone superar estas "dificultades" mediante una "determinación material del comportamiento típico (a título de autor)" [320].

En principio, ello es asumible. Autoría es realización de tipo. Para lo cual, sin embargo, como con claridad establece el § 25, no resulta necesaria la comisión de propia mano, bastando la realización material del tipo, lo que se expresa por lo general en el "dominio del hecho". El tipo en sentido material, sustancial, lo realiza asimismo aquel que no lo materializa de propia mano, sino a través de un instrumento a él subordinado en el proceso ejecutivo.

Sin embargo, en este punto se separan los caminos. FREUND [321] sostiene que «por mucho que se subraye la referencia a tipo, hasta ahora no se ha conseguido un encuadramiento convincente en el tipo de delito respectivo, y ni siquiera es posible». En su lugar, él pretende atender al "comportamiento típico específico en cada caso" [322]. Lo cual, de ser consecuentes, conduciría a despedir a la doctrina de la autoría de la Parte General, trasladándola a la Parte Especial, como problema de interpretación de los distintos tipos. Pero FREUND no va tan lejos.

En la autoría mediata, p. ej., ciertamente previene de entrada contra la formación de "grupos de casos" (instrumento que actúa atípica, antijurídica, no dolosa o inculpablemente) [323] en los que siempre concurriría autoría mediata. Pero él mismo menciona también [324] al instrumento no doloso, a la determinación a inculpables (menores y enajenados), al instrumento que actúa en error de prohibición inevitable o en estado de necesidad disculpante, así como incluso al que actúa en error de prohibición evitable. Lo cual coincide plenamente con los resultados desarrollados por la teoría del dominio del hecho, y uno se pregunta en vano qué es lo que "el comportamiento típico específico en cada caso" aporta a estas soluciones.

[318] *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 1998.
[319] *AT*, 1998, § 10, núm. marg. 35.
[320] *AT*, 1998, § 10, núm. marg. 36.
[321] *AT*, 1998, § 10, núm. marg. 45.
[322] *AT*, 1998, § 10, núm. marg. 51.
[323] *AT*, 1998, § 10, núm. marg. 55.
[324] *AT*, 1998, en el orden de la enumeración de § 10, núms. margs. 57 s., 77 s., 79 y 89.

Para rebatir la teoría del dominio del hecho, invoca [325] el caso E-605 [326], en el que el BGH había apreciado, sin más, dominio del hecho de la mujer que determinó a su marido a suicidarse, aun cuando éste en todo caso podía apoyarse en una falta de responsabilidad del marido, lo que no se planteó el BGH. Sin embargo, pasa por alto que, como se expone detalladamente en esta obra (*supra* núm. 25), no concurría en absoluto dominio del hecho y que no puede reducirse una teoría *ad absurdum* remitiendo a una aislada decisión incorrecta de la jurisprudencia. Otro tanto cabe decir de la polémica de FREUND contra la aceptación del dominio del hecho "normativo" en el llamado instrumento doloso no intencional y en el instrumento doloso no cualificado [327]. Que en estos supuestos la autoría mediata no puede fundamentarse con la teoría del dominio del hecho ya lo demostré pormenorizadamente en la primera edición de esta obra (*supra* pp. 286 s., 371-380, 280 ss.) [328].

Naturalmente, ello nada afecta a la validez del criterio del dominio del hecho en los delitos de dominio. En definitiva, también es correcto que FREUND [329], en contraste con la tendencia imperante en los partidarios de la idea de autonomía (con más detalle *infra* pp. 705 ss., 725 ss.), discute la "validez total y absoluta" de un «"principio de responsabilidad" que cierre la posibilidad de autoría (mediata) del sujeto de detrás». Pero tal rechazo de todo "autor de detrás del autor (responsable)" de ningún modo lo exige la teoría del dominio del hecho, como se pone de manifiesto detalladamente en esta obra y ha venido a reconocer el BGH.

En la coautoría, FREUND intenta ajustarse algo más a su modo de proceder fundado en la interpretación de los tipos concretos, desplazando la delimitación a la Parte Especial [330]. En la Parte General no es posible «una clarificación exhaustiva del problema del comportamiento en coautoría. En esa medida, se trata de un problema que precisamente no cabe superar con un criterio general de la (co-)autoría que haga abstracción de los tipos concretos». De esta manera, en expresión evangélica, se le dan piedras en lugar de pan a quien ha de aplicar o leer el Derecho, pues dado que ni siquiera se indica qué resultados han de conseguirse de la interpretación de los tipos singulares para la delimitación de coautoría y complicidad, al final se queda uno sin información jurídica concreta. Además, tal proceder es metodológicamente incorrecto, puesto que cuando el legislador caracteriza la coautoría en la Parte General (§ 25.2 StGB) como comisión conjunta, la configuración concreta de este carácter conjunto sólo puede obtenerse de

[325] *AT*, 1998, § 10, núms. margs. 63-68.
[326] *GA*, 196, pp. 508 ss.
[327] *AT*, 1998, § 10, núms. margs. 69-74.
[328] Acerca del estado actual de la problemática, cfr. *infra*, pp. 729 ss., 745 ss.
[329] *AT*, 1998, § 10, núm. marg. 87.
[330] *AT*, 1998, § 10, núm. marg. 164.

la estructura del tipo respectivo. Pero lo que es comisión conjunta "como tal" sólo puede desarrollarse, como está previsto por el legislador. En el marco de la teoría general del Derecho Penal. Y es que de lo contrario faltaría en los tipos concretos todo parámetro generalizable para la delimitación; las soluciones podrían adoptarse en función de los puntos de vista más dispares y se desembocaría en la arbitrariedad.

Con todo, FREUND articula tres supuestos (a los que denomina "grupos de supuestos") en los que, sin consideración al tipo concreto, afirma la coautoría. Los dos primeros [331] son los que se dan en el robo «cuando uno sujeta a la víctima y otro sustrae el dinero» o «cuando, según lo acordado, uno sujeta a la víctima de lesiones, mientras otro la golpea». Estas dos situaciones —estructuralmente idénticas— coinciden del todo con aquellas en relación con las cuales yo (*supra* p. 305) tengo afirmada la coautoría como dominio funcional del hecho: «Uno sujeta a la víctima, mientras otro le asesta la puñalada mortal; o amenaza al morador con la pistola mientras su compinche desvalija los armarios.» Así pues, FREUND asume los casos paradigmáticos e incluso los resultados de la teoría del dominio del hecho, si bien sin las citas de rigor. No obstante, como no puede invocar el dominio conjunto de cada uno de los intervinientes como criterio de la comisión conjunta, se limita a señalar que, en el primer caso, resulta adecuada la calificación de coautoría «de acuerdo con el tenor literal y la *ratio legis*» y, en el segundo, también el que sujeta «infringe la prohibición de lesionar de una forma que excede la mera complicidad». Ambas son decisiones —correctas en cuanto al resultado— en las que en realidad se está prescindiendo de fundamentación. En el fondo, suponen admitir la construcción, rechazada en apariencia, del dominio del hecho.

FREUND se refiere, en tercer lugar, a los supuestos de "vigilancia", señalando [332]: «Si el que vigila, con su conducta, es el que posibilita la acción de sustraer del otro, e incluso la ocasiona mediante la correspondiente exhortación previa, puede considerarse alcanzado el "salto cualitativo" requerido para la responsabilidad a título de coautoría. En todo caso, de ninguna manera sería más favorable la calificación como inducción más complicidad.» Del vacilante "puede considerarse" y de que aparentemente se entiende equivalente la posible punición por complicidad más inducción, se deduce que se está realizando la delimitación más en función del sentimiento que de razones expresables. Pero incluso con respecto al resultado, no resulta evidente que precisamente una inducción añadida ("exhortación previa"), esto es, un criterio ajeno a la autoría, convierta en coautoría a una "vigilancia" que sólo alcanzaría para constituir complicidad. Más aún extraña que FREUND [333] sostenga que quepa deducir tales resultados del sentido literal

[331] *AT*, 1998, § 10, núms. margs. 166 ss.
[332] *AT*, 1998, § 10, núm. marg. 168.
[333] *AT*, 1998, § 10, núm. marg. 169.

del tipo. Sólo cuando a la vigilancia se añade la exhortación se podría entender, "en una consideración material", tal comportamiento como sustracción de una cosa mueble ajena con ánimo de apropiación. Pero dado que no se pueden obtener criterios determinantes para tal "consideración material" ni del lenguaje ni de "un sentido del tipo expresable con exactitud", no se pasa de un juicio de valor que igualmente podría formularse en sentido contrario, y que resulta inferior en cuanto a claridad y poder de convicción que el resultado derivado de la teoría del dominio del hecho. Si el hurto, tal como se enuncia en el supuesto, resulta posibilitado por la vigilancia, ya reside precisamente en dicha vigilancia el ejercicio de una función esencial en la fase ejecutiva, la cual, como realización del tipo en división del trabajo, fundamenta dominio conjunto sobre ésta y, por tanto, coautoría [334]. La inducción que eventualmente se sumara, habría que enjuiciarla en sede de teoría del concurso.

En resumen, cabe decir lo siguiente: Los puntos de partida y los resultados correctos que cabe hallar en la teoría de las formas de participación de FREUND coinciden con la teoría del dominio del hecho, pero sin los criterios de ésta no resulta posible fundamentarlos de modo plausible. Tampoco supone avance alguno el intento de desplazar la delimitación a los tipos concretos de la Parte Especial.

6. Observaciones metodológicas

Ya he expuesto exhaustivamente en esta obra el método que he seguido al sistematizar la doctrina de la autoría. Su primer capítulo está dedicado a los "puntos de partida metodológicos" (pp. 22-52) y estas nociones básicas se resumen, precisan y profundizan en el § 40 (pp. 569-582). Por tanto, huelga exponer con más amplitud este modo de proceder, en el que nada hay que corregir y cuyos resultados se han acabado imponiendo. Con todo, conviene abordar brevemente al menos dos interpretaciones inadecuadas de mi método, muy alejadas de mis intenciones.

A. *RENZIKOWSKI*

RENZIKOWSKI [335] señala que mi modo de proceder coincide "con el llamado método tópico de aplicación jurídica". A su juicio, se trata de un "procedimiento orientado al respectivo caso concreto"; sin embargo, "para evitar contradicciones resulta ineludible la formación de un sistema". Desde luego, las consideraciones sobre "Problema y sistema en la doctrina de la autoría"

[334] Cfr. al respecto *supra*, pp. 305 ss., 312 ss.
[335] *Restriktiver Täterbegriff*, p. 19.

(*supra* pp. 579-582), que desarrollan mi punto de vista, no apoyan las afirmaciones de RENZIKOWSKI. De ningún modo me atengo a valoraciones del caso concreto, en el sentido de p. ej., la jurisprudencia del BGH en la delimitación entre coautoría y complicidad, sino que no he dejado de criticar vivamente esta aplicación del Derecho desde una "valoración del caso concreto" basada en una "consideración global" de todas las circunstancias. Por el contrario, mi método es un procedimiento decididamente configurador de sistema. El concepto general, necesariamente abstracto, de la figura central se va desplegando en la aplicación a distintas formas de delitos (delitos de dominio, de infracción de deber y de propia mano). Así se "materializa", esto es, asume una estructura cada vez más determinada en su contenido, surgiendo formas y subformas de autoría de estructura claramente perfilada. Se integran en un sistema que cabe reproducir gráficamente en un diagrama (*supra* p. 570) y que supera en claridad y taxatividad, pero también en riqueza de detalles, a todos los intentos emprendidos hasta la fecha de sistematizar la doctrina de la autoría. Precisamente a ello se debe la gran resonancia de esta concepción y la influencia que ejerce. No se trata de Tópica, sino sólo de un caso de aplicación de la idea, desarrollada por el último RADBRUCH, de la "taxatividad material de la idea".

Cuando RENZIKOWSKI, por el contrario, se empeña en derivar todas las formas de autoría de un concepto global previo, al parecer definido con exactitud, en "deducción lógico-sistemática", pretende algo imposible. Ya tengo señalado *supra* (pp. 574 ss.) el error al que conduce una deducción en tal sentido a partir de conceptos generales abstractos e *infra* voy a poner de manifiesto con detalle en qué escasa medida el concepto de autonomía favorecido por RENZIKOWSKI puede asumir tal papel (pp. 709 ss.). Más bien es aplicable para el concepto de autor lo dicho por Arthur KAUFMANN [336] con respecto al concepto de acción: «En los conceptos genéricos supremos resulta absolutamente imposible una definición conceptual lógica... Por eso desde el principio uno se llama a engaño... si se propone establecer un concepto global o genérico "definido" en sentido estricto (delimitado por medio de "elementos" aislantes). Así pues, sólo cabe plantear una manifestación material (descriptiva), una fenomenología de la esencia de la acción, esto es, una indicación de las características habituales suyas, renunciando a toda definición "exhaustiva"».

Todo ello es extrapolable a la autoría. La autoría directa, la autoría mediata y la coautoría no pueden remitirse a idénticos elementos conceptuales. Y, sin embargo, todas ellas son formas del dominio del hecho en la misma medida. En esta idea reside precisamente la quintaesencia de la doctrina de la autoría que aquí se desarrolla.

[336] H. *Mayer- Festschrift*, 1966, pp. 87 ss.

B. *Klesczewski*

Klesczewski [337] entiende el proceder elegido en esta obra como unión de consideraciones ontológica (finalista) y neokantiana (neoclásica, referida a valores), rechazándolo (análogamente a los planteamientos de Gallas y Bloy) por "metodológicamente sincrético". Tiene razón en que los enfoques valorativos (p. ej., el dominio como criterio material de la realización del tipo) han de ponerse en relación con los fenómenos reales (comisión propia, comisión mediante otro, comisión conjunta), concretando así el contenido del concepto inicialmente abstracto de manera que éste proporcione figuras jurídicas claras y utilizables. También es cierto que ya el Neokantismo y el Finalismo (y no sólo ellos) se han esforzado por relacionar ser y valor y que mi exposición —enlazando con Gallas— aporta bastantes elementos para una síntesis. Pero mi auténtica fuente ha sido Hegel, cuyo procedimiento para la obtención de conceptos "concretos" me ha servido de modelo. De qué modo he aprovechado este planteamiento ha quedado descrito exhaustivamente en esta obra (p. 570 ss.). Resulta difícil entender que un autor tan tributario del Idealismo como Klesczewski no repare en ello y que despache como "sincrético" (sin ulterior verificación) un método tan original creado a partir de la fuente primaria. A la vez, sin embargo, me concede que he "elaborado multitud de soluciones susceptibles de consenso" [338]. No obstante, señala que «estos resultados no se pueden haber obtenido con la mezcla de métodos propugnada». Por tanto, se trataría de hallazgos casuales.

También da muestras de rara incomprensión lo que Klesczewski señala, con excesiva concisión, acerca de la tríada delitos de dominio, delitos de infracción de deber y delitos de propia mano. Así, en el concepto del dominio del hecho, echa en falta «el elemento de la dirección del suceso lesivo típico, que a todas luces Roxin ha tomado prestado de la concepción finalista». Pues «cuando todos actúan dolosamente, esta capacidad de supradeterminación final, que supuestamente fundamenta autoría, [le corresponde a] todos los intervinientes» [339]. Suponer que yo equiparo autoría a finalidad, sin embargo, es absolutamente erróneo. Por el contrario, ya en la primera edición de esta obra (*supra* p. 350) tengo dicho que no cabe obtener «de la estructura final, en caso de concurrencia de varios sujetos que actúan finalmente, punto de apoyo alguno para la delimitación de las formas de participación, pues el elemento específico del dominio no cabe aprehenderlo por medio del atributo de la finalidad, también predicable de la participación». Por tanto, Klesczewski me imputa lo contrario de lo que he dicho, creyendo así poder reducir *ad absurdum* el concepto del dominio del hecho.

[337] *Selbständigkeit,* pp. 154 ss.
[338] *Selbständigkeit,* p. 161.
[339] *Selbständigkeit,* p. 157.

Análogamente procede en los delitos de infracción de deber. Bien es cierto que aprecia en la elaboración de esta categoría de la autoría un "mérito especial" [340], pero señala que esta "concreción de la autoría" no es sino «la afirmación tautológica de que autor es el que infringe el deber previo al tipo». No se entiende qué hay en ello de tautológico, pues una corriente doctrinal muy difundida, casi dominante, considera en estos delitos a la infracción de deber como condición necesaria, pero en modo alguno suficiente de la autoría, requiriendo además el dominio del hecho (cfr. *infra* p. 744). El reproche de tautología no tiene en cuenta en absoluto este problema central. Con respecto a mi concepción de los delitos de propia mano, que ahora vuelve a encontrarse precisamente en el centro de un vivo debate (con distintas consecuencias) (cfr. *infra* pp. 754 ss., 756 s.), dice Klesczewski [341]: «Si en los delitos de propia mano se tratara sólo de actos inmorales, para ser consecuente Roxin debería declarar impunes tales comportamientos, de acuerdo con su concepto de delito material, orientado a la lesión de bienes jurídicos.» Olvida este autor que no está en mis manos declarar impunes conductas conminadas con pena por el legislador, y que yo mismo subrayo la incompatibilidad de la punición de meros actos inmorales con la idea de protección de bienes jurídicos, deduciendo precisamente de ella la extinción de esta forma de comisión de propia mano (*infra* p. 754).

II. DELITOS DE DOMINIO

1. Dominio de la acción

La autoría de aquel que realiza la acción típica en persona, dolosamente y de modo no coaccionado goza hoy de reconocimiento general y, tal como se expuso en detalle *supra,* incluso ha sido consagrada legalmente (§ 25.1 StGB) [342]. También el concepto de "dominio de la acción" se ha abierto paso en la doctrina [343]. Mi tesis más amplia de que el sujeto que actúa coaccionado o en general disculpado tiene asimismo el dominio del hecho [344] se ha convertido en preponderante [345]. Así, en el *Tratado* de Welzel [346] la anterior calificación de que la mujer coaccionada mediante "amenazas graves" a abor-

[340] *Selbständigkeit,* p. 158.
[341] *Selbständigkeit,* p. 160.
[342] Cfr. con más detalle *supra,* pp. 589 ss.
[343] Cfr., entre otros, Herzberg, *Tätreschaft und Teilnahme,* 1977, pp. 14, 38, 44; Jakobs, *AT*[2], 1991, pp. 21-35; *SK*[5]-Samson, 1993, § 25, núm. marg. 15; Stratenwerth, *AT*[3], 1981, núm. marg. 771; Wessels-Beulke, *AT*[28], 1998, núm. marg. 514; Ebert, *AT*[2], 1993; Kühl, *AT*, 1994, pp. 20-27 ss.
[344] Al respecto pormenorizadamente *supra,* pp. 155 ss.
[345] Cfr., p. ej., Herzberg, *Täterschaft und Teilnahme,* 1977, p. 14; Cramer, *Bockelmann-Festschrift,* 1979, p. 393.
[346] *Das Deutsche Strafrecht* [11], 1969, p. 101.

tar realizaba "complicidad inculpable" [347], ha venido a ser sustituida por la apreciación de autoría inculpable.

Obviamente para los autores cuyo entendimento del dominio del hecho está influido por la teoría subjetiva tiene que ser más difícil reconocer la autoría de una persona interpuesta que depende en sus decisiones enteramente del sujeto de detrás. Así, p. ej., BOCKELMANN [348], que procede de la teoría del dolo [349], señala que el hecho de la persona coaccionada "no es obra suya" y «por eso no [puede] servir de base de imputación para actos de participación». Pero por lo demás atribuye al agente culpable una "autoría limitada", basada en un "dominio del hecho fragmentario" que, no obstante, permite la autoría mediata del sujeto de detrás. Por otra parte, a la figura del "autor de detrás del autor", esto es, al dominio del hecho con dominio del hecho interpuesto, que subyace a este compromiso, la tilda luego de "idea difícilmente verificable" [350]. Desde luego que lo es, si se considera a la subordinación de la voluntad como criterio de la participación y a la supremacía de la voluntad como criterio exclusivo de la autoría. Pero es que no es así: El autor en estado de necesidad que es compelido, no mediante coerción humana, sino por otros peligros, no deja evidentemente de ser autor (disculpado) de una realización de tipo que es obra suya (aun cuando le haya sido arrancada mediante compulsión). Lo cual no puede ser distinto si la compulsión proviene de una persona. El dominio del hecho del sujeto de detrás, con un dominio del hecho interpuesto del ejecutor, es una idea bien sencilla si se parte de que el dominio de la voluntad no caracteriza al dominio del hecho en general, sino a una de sus tres manifestaciones, la autoría mediata, mientras que el dominio de la acción se basa en la realización dolosa directa del tipo. Dado que ambas formas de dominio del hecho son de índole estructural distinta, cuando las dos concurren simultáneamente, el dominio de la voluntad puede sobrepujar al dominio de la acción [351]: «Directamente, el coaccionador domina sólo al coaccionado. Únicamente porque el coaccionado, a su vez, en virtud de su actuar tiene en sus manos el curso del hecho, el sujeto de detrás domina mediatamente también el propio hecho» [352].

[347] Cfr. al respecto *supra*, p. 156.

[348] *AT*[3], 1979, p. 178; también en BOCKELMANN-VOLK, *AT*[4], 1987, p. 178.

[349] Al respecto *supra*, p. 86.

[350] *AT*[3], 1979, p. 190; asimismo en BOCKELMANN-VOLK, *AT*[4], 1987, p. 192.

[351] También WESSELS-BEULKE, *AT*[28], 1998, núm. marg. 538, hablan de que el «dominio de la acción por parte del ejecutor directo queda superado por el dominio de la voluntad del sujeto de detrás». Casi al pie de la letra asimismo enlazando con el texto de *supra*, pp. 155 ss., 167, PREISENDANZ, *StGB*[30], 1978, § 25 III, 3, c.

[352] HERZBERG, *Täterschaft und Teilnahme*, 1977, p. 14, indicando la cita reproducida en la p. 167 de esta obra.

2. Dominio de la voluntad

A. *Estructura de la autoría mediata*

La autoría mediata, desde la entrada en vigor de la nueva Parte General, no sólo ha sido objeto de varias sentencias importantes, algunas de las cuales abren nuevos caminos, sino que también ha provocado numerosas tomas de postura en la doctrina. En particular, la obra de BLOY [352a] se basa en la teoría del dominio del hecho, pero traslada el principio de responsabilidad a los supuestos de error, llegando a un rechazo general del "autor de detrás del autor" (más a fondo, *infra* pp. 712 ss., 717 ss.).

a) *El rechazo de la autoría mediata en SCHILD*

SCHILD [353] es el único en discutir la razón de ser de la autoría mediata y consiguientemente del criterio del dominio de la voluntad. Para él, también el autor mediato tiene dominio de la acción, siendo, pues, autor directo: «Por eso es en realidad superflua la regulación del § 25.1 StGB; en los supuestos en que un sujeto emplea un instrumento, él mismo actúa en el sentido del tipo entonces realizado» [354]. Ciertamente, en sentido normativo también el autor mediato realiza el tipo; es decir, quien tiene el dominio del hecho —ya sea como autor directo o mediato— realiza el tipo en este sentido. Pero lo hace, fenomenológicamente considerado, "mediante otro" y en esa medida mediatamente [355]. No es lo mismo el que el sujeto ponga manos a la obra que el que se sirva de otra persona, dominada por él, para una realización de tipo que le sea imputable. Esta diferencia la tiene presente el legislador, que se basa en la distinción entre dominio de la acción y dominio de la voluntad. Asimismo, tal articulación de la unidad normativa del concepto de dominio del hecho resulta necesaria, puesto que sólo de esta manera surgen las estructuras fijas, desarrolladas en esta obra, de la doctrina de la autoría, que salvan al concepto de dominio del hecho de su sino de cláusula general necesitada de complementación valorativa.

[352a] *Zurechnungstypus*, pp. 344 ss.

[353] *Täterschaft*, 1994, pp. 12 ss., 20, 24 ss., 28 y *passim*.

[354] *Täterschaft*, 1994, p. 24; en sentido semejante, p. 28. En su recensión, *GA*, 1996, pp. 239 ss., BLOY aporta un debate crítico con esta tesis.

[355] Esto lo aprecia el propio SCHILD, *Täterschaft*, 1994, pp. 25, 28.

b) *El rechazo del dominio del hecho como criterio de la autoría mediata en Stein y Köhler*

Una renuncia total al dominio del hecho como criterio de la autoría mediata se encuentra, si bien de forma distinta, en Stein y Köhler. Stein [356], sobre la base de su teoría de las formas de participación determinada por los deberes de conducta (al respecto, pp. 692 ss.), distingue entre la autoría mediata basada en falta de deber del sujeto actuante (p. ej., puede no darse cuenta de lo que el sujeto de detrás sí ve, o debido a la acción del sujeto de detrás está sometido a un deber de conducta menos perentorio) y la autoría mediata merced a falta de capacidad de cumplir el deber por parte del ejecutor (diferenciando aquí a su vez entre falta de dolo, falta de consciencia del injusto y falta de capacidad de dirección). A pesar de partir de planteamientos distintos, en lo esencial esta doctrina desemboca en las manifestaciones de la autoría mediata que ha desarrollado la teoría del dominio del hecho. Por el contrario, Köhler llega a resultados notablemente distintos, al interpretar el dominio de la voluntad como inducción, dejando para la autoría mediata sólo el supuesto de error fáctico del ejecutor. Me remito, al respecto, a las consideraciones críticas formuladas a la concepción general de Stein (pp. 696 s.).

c) *El principio de la autonomía o de la responsabilidad propia del otro como criterio de delimitación entre autoría mediata e inducción*

Tres monografías recientes —de M. K. Meyer [357], Schumann [358] y Renzikowski— [359] utilizan el criterio de la autonomía o de la responsabilidad propia del otro para delimitar autoría mediata e inducción. Se trata de un proceder muy afín a la teoría del dominio del hecho, que incluso cabe vincular directamente con ésta, como hace expresamente Renzikowski, porque la decisión autónoma y por propia determinación del que actúa directamente excluye por lo general el dominio del hecho de la persona de detrás [360]. En esta medida, estas teorías se limitan a subrayar el reverso del dominio del hecho, al mencionar las condiciones en las que éste no se da. Pero las ideas de autonomía o de responsabilidad propia no suponen avance alguno con respecto al principio del dominio del hecho. Por el contrario, se quedan por detrás, como se pondrá de manifiesto en la controversia con las tres obras mencionadas.

[356] *Beteiligungsformenlehre*, pp. 283 ss.
[357] *Ausschluß der Autonomie durch Irrtum*, 1984.
[358] *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen*, 1986.
[359] *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung*, 1997.
[360] Cfr. al respecto ya *supra*, pp. 168 ss.

aa) *M.-K. Meyer*

M.-K. Meyer basa la autoría mediata de la persona de detrás en la falta de libertad del ejecutor, en el menoscabo de su autonomía. Se suma así, no tanto a la teoría del dominio del hecho (aunque esto, según lo expuesto, sería posible directamente), como a la antigua teoría de la preponderancia de Hegler (*supra* p. 82) y a la "teoría de la totalidad" de su maestro Schmidhäuser [361]. Sin embargo, las soluciones que se obtienen por esta vía se ven expuestas a tres importantes objeciones.

En primer lugar, su fundamentación en la idea de autonomía fracasa del todo en bastantes casos de "autor de detrás del autor"; p. ej., en la autoría mediata en virtud de aparatos de poder organizados, reconocida por esta autora, ni con la mejor voluntad cabe admitir que no actúen libremente los esbirros, plenamente responsables, del sistema criminal [362]. En segundo lugar, el concepto de falta de "autonomía" queda menos definido que el principio del dominio de la voluntad, elaborado más en detalle. Así p. ej., ocasionar o aprovechar un *error in persona*, o cualquier forma de determinar suicidio mediante engaño fundamenta, a su juicio, autoría mediata [363], aun cuando desde el punto de vista jurídico haya que mantener la plena responsabilidad del agente, mientras que en otros casos, para la exclusión de la "autonomía" atiende precisamente a la falta de responsabilidad, o a la responsabilidad limitada, de la persona interpuesta. Neumann [364], en consecuencia, objeta que el concepto de autonomía, «que habría de estructurar los problemas debatidos y fundamentar su solución», se queda "exasperantemente difuso", adoleciendo de "elementos de lo informal, de lo retorico". Señala Küper [365]: «El concepto de autonomía cambia de significado en cada contexto de modo tan "camaleónico" que su contenido se convierte en arbitrario.» En tercer y último lugar, cabe decir que la comisión del hecho por medio de otro, al que atiende el § 25.1 StGB, no depende ante todo de determinadas características del ejecutor, sino más bien de la relación de la persona de detrás con él y con el hecho, como se expresa en el criterio del dominio del hecho [366]. Al margen de estas objeciones de principio, hay que subrayar que las consideraciones de Meyer con respecto a los grupos

[361] Al respecto *supra*, pp. 691 ss.
[362] En tal sentido, no obstante, M.-K. Meyer, *Autonomie*, pp. 102 ss., con una fundamentación que, según Küper, *JZ*, 1986, p. 222, «a nadie puede convencer» y que Neumann, *GA*, 1985, p. 476, tilda de «en absoluto sostenible».
[363] *Autonomie*, pp. 99 ss., 221 ss. (235).
[364] *GA*, 1985, pp. 476 ss.
[365] *JZ*, 1986, pp. 219 ss. (229). La penetrante recensión de Küper es el análisis crítico más profundo, hasta la fecha, de la obra de Meyer.
[366] Esto lo destaca con buen criterio Neumann, *GA*, 1985, p. 477, vinculándole la consecuencia de que la argumentación de Meyer confirma «lo correcto de la teoría del dominio del hecho, que éste combate».

de casos concretos de la autoría mediata contienen, también en el sentido de la teoría del dominio del hecho, análisis provechosos y plausibles.

bb) *Schumann*

La obra de Schumann [367] enlaza con la teoría de la imputación objetiva y el principio de la eficacia limitadora de la propia responsabilidad, tal como se pone de manifiesto especialmente en la imprudencia. Al hacerlo, llega a ideas que suponen un notable avance, trasladando entonces el principio a la delimitación entre autoría mediata e inducción: En caso de "responsabilidad propia" de la persona interpuesta, se da sólo inducción; si falta la responsabilidad propia, autoría mediata. Sin embargo, ya la posibilidad de extrapolar este principio a autoría y participación es sumamente problemático, porque la participación es un ámbito en el que la responsabilidad propia del autor, con seguridad, no excluye la punibilidad del otro. Con toda razon dice Frisch [368]: «El debate sobre los criterios de la autoría mediata, a mi juicio, aparta bastante del objetivo, pues la cuestión de hasta qué punto el principio de la responsabilidad propia traza límites al establecimiento de normas de conducta a otros..., sólo se refiere a la condicion de prohibido, no a en el marco de qué figura de punición puede castigarse la infracción de la norma de conducta.»

Por otra parte, este enfoque lleva a rechazar al "autor de detrás del autor", como podría haberse esperado en realidad de este principio de autonomía ya de Meyer (en esto semejante). Pero tampoco Schumann mantiene su idea básica cuando reconoce el dominio de la voluntad en virtud de aparatos de poder organizados (*supra* pp. 269 ss.) [369], afirmando la autoría mediata a pesar de darse indudablemente la responsabilidad propia del esbirro ejecutor. También supone inconsecuencia afirmar la autoría mediata en caso de error de prohibición evitable del ejecutor directo [370], puesto que referirse a que "entraña una diferencia cualitativa" que el sujeto contravenga el Derecho consciente o inconscientemente, nada cambia en que el legislador hace responsable por su actuar al sujeto que obra en error de prohibición evitable. Con todo, en definitiva coincido con Schumann en buena medida (cfr. *infra* pp. 718 ss.), lo cual demuestra simplemente que la responsabilidad propia del otro no excluye necesariamente la autoría mediata.

[367] *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen*, habilitación, Tubinga, 1986.

[368] En su recensión de la obra de Schumann en *JZ*, 1988, p. 655; cfr. asimismo la recensión de Meurer, *NJW*, 1987, pp. 2424 ss., que no se pronuncia contra el rechazo de la figura del autor de detrás del autor, pero destaca que en todo caso ésta no se podría fundamentar suficientemente con el "principio de la responsabilidad propia de otros".

[369] *Selbstverantwortung*, pp. 75 ss.

[370] *Selbstverantwortung*, pp. 78 ss.

Por lo demás, Schumann se ve obligado —al igual que Meyer con el concepto de autonomía— a extender e interpretar el principio de responsabilidad propia de manera harto vacilante para con su ayuda poder alcanzar los resultados deseados [371]. Así, defiende vivamente la tesis —discutida en esta obra (pp. 198 ss.)— de que la autoría mediata no se da ya al aprovechar un error sobre el tipo, sino sólo cuando el sujeto de detrás se inmiscuye en la formación de voluntad del ejecutor, ejerciendo sobre ella un influjo dominante, rector [372]. Por eso, en el famoso ejemplo en que la madre que, al ir a dar una medicina a su hijo, se equivoca y toma un veneno letal, mientras que la persona de detrás, que se ha dado cuenta de la confusión, le facilita un vaso de agua, para que el niño muera cuanto antes (cfr. *supra* p. 199), Schumann rechaza la autoría mediata del sujeto de detrás [373]. Entonces habría que pensar que precisamente falta la responsabilidad propia de la madre que de nada se dio cuenta, de manera que desde este punto de vista habría que afirmar la autoría mediata. Sin embargo, Schumann defiende que la autoría mediata sólo concurriría «si, frente a la concepción aquí defendida, se prescindiese de que también el obrar del ejecutor que sufre error es el de una persona capaz de responsabilidad, equiparándolo en su lugar a mera causalidad natural» [374].

Así pues, aquí ni siquiera la falta de dolo excluiría la responsabilidad propia, mientras que sí lo haría el error de prohibición. El que se maneje de modo tan vacilante el concepto de la responsabilidad propia pone de manifiesto, a mi juicio, que este principio bien puede ser un factor relevante en la determinación del dominio del hecho del autor mediato en bastantes contextos (en la coacción y en la incapacidad de culpabilidad), pero que de ningún modo basta para delimitar autoría mediata e inducción.

cc) *Renzikowski*

La vinculación más estricta del principio del dominio del hecho con la idea de autonomía se encuentra en Renzikowski que, consecuentemente, lleva a rechazar al autor de detrás del autor. Pero tampoco él puede sustraerse a las dificultades y contradicciones inherentes al principio de autonomía.

[371] Cfr. asimismo Frisch, *JZ*, 1988, p. 655: «El concepto central de la responsabilidad se cuestiona y elabora muy poco.» También se encuentra una crítica en profundidad a Schumann en Stein, *Beteiligungsformenlehre*, pp. 162 ss., con el balance de que «la teoría de Schumann no resulta idónea para explicar el Derecho vigente» (p. 165).

[372] *Selbstverantwortung*, pp. 75 ss. (75).

[373] Dado que no resulta posible la inducción por falta de dolo, Schumann pretende castigar al sujeto de detrás por el § 323 c (pp. 102 ss.). No lo considero correcto, pues lo que cabe reprocharle al sujeto de detrás no es simplemente el omitir advertir, sino sobre todo un hacer positivo conducente directamente a la muerte.

[374] *Selbstverantwortung*, p. 101.

Así, en el error de prohibición del ejecutor —aun evitable—, considera posible [375] la autoría mediata de la persona de detrás, pues quien «no puede valorar su conducta con respecto a normas, no obra autónomamente». Aquí el dilema se pone de manifiesto ya en la formulación, puesto que el que obra en error de prohibición evitable desde luego que puede valorar correctamente su conducta y precisamente por eso se le castiga como autor doloso "autónomo"; no lo hace sólo erróneamente. Por consiguiente, el principio de autonomía, consecuentemente aplicado, debería llevar a rechazar la autoría mediata. Por otra parte, RENZIKOWSKI [376] rechaza la autoría mediata "en supuestos de error sobre magnitud de injusto cuantificable". Así pues, en el conocido ejemplo académico [377] en que A persuade a B de que queme los "pintarrajos" sin valor de C, sólo se daría inducción, aunque B no supiera nada de los millones en que estaba valorada la obra de arte que destruyó, creyendo que se trataba de un objeto sin valor. Sin embargo, con respecto a la magnitud de la lesión del bien jurídico el ejecutor carece de autonomía: «Quien no sabe lo que hace, no obra autonómamente», dice el propio RENZIKOWSKI [378], y podría llegarse a la autoría mediata. En su lugar, afirma la autonomía de la persona engañada, basada en que fue consciente de que cometía unos daños (que estimaba de bagatela). Pero si aquí la realización dolosa del tipo, a pesar de tan gran error sobre el ilícito material del hecho, bastara para apreciar obrar autónomo del ejecutor y para rechazar, por tanto, la autoría mediata, ¿por qué no ha de regir lo mismo para la provocación de error de prohibición evitable en el ejecutor, si también éste realiza el tipo dolosamente?

Como en MEYER y SCHUMANN, también aquí se pone de manifiesto una arbitrariedad en la aplicación del principio de autonomía que le hace quedar por detrás del criterio del dominio del hecho en cuanto a rendimiento. Éste llega a resultados sustancialmente más claros: Si la persona de detrás cela al ejecutor la dañosidad social y, por tanto, lo prohibido de su hecho, le priva así de todo motivo inhibidor —autonomía aparte—, obteniendo así el dominio del hecho (como en el error sobre el tipo o en la coacción del "instrumento", en que el motivo inhibidor se anula de otro modo). Y quien, mediante error, provoca en otro la idea de que ha causado daños materiales por valor de 300 marcos, siendo así que el lienzo estaba valorado en 300.000 marcos, tiene dominio del hecho exclusivo sobre los daños por valor de 299.700 marcos. Es, así, autor mediato, pues el "dominio residual" marginal sobre una milésima parte del ilícito material realizado, que queda en el ejecutor, no puede eliminar el dominio del hecho mucho mayor de la persona de detrás.

[375] *Restriktiver Täterbegriff*, p. 81.
[376] *Restriktiver Täterbegriff*, p. 82.
[377] Cfr. al respecto *infra*, pp. 722 ss.
[378] *Restriktiver Täterbegriff*, p. 81.

La vaguedad de que adolece la idea de autonomía también en RENZIKOWSKI se pone de manifiesto igualmente en sus consideraciones sobre la semiimputabilidad (§ 21 StGB) del ejecutor directo. Invoca aquí la "posición de supremacía de la persona de detrás" y señala [379]: «Con este trasfondo, no se comprende por qué... la responsabilidad meramente mermada no puede fundamentar autoría mediata.» En realidad, la idea de autonomía fracasa ante la semiimputabilidad porque la autonomía de quien obra en ese estado ni falta ni se da plenamente, pero del principio de autonomía no pueden deducirse las consecuencias que el hecho de que el ejecutor obre en estado de semiimputabilidad implica para la delimitación entre autoría y participación en la persona de detrás. En contra de RENZIKOWSKI, desde su punto de partida debería ser más plausible rechazar la autoría mediata, porque la autonomía mermada sigue siendo autonomía, o sea, ésta debería cerrar el paso a la autoría mediata si a estos efectos en realidad se atendiera exclusivamente a la falta de autonomía del ejecutor.

La teoría del dominio del hecho, en cambio, puede ofrecer una solución más precisa y casi obligada, que el propio RENZIKOWSKI cita [380]: «El conocimiento mermado de lo ilícito conduce al dominio del hecho de la persona de detrás, pero la capacidad mermada de inhibición no.» En realidad, cuando no tiene el conocimiento de lo ilícito, al semiimputable le falta la capacidad de inhibición en la misma medida en que al que obra en error de prohibición por otras causas. En cambio, si el que ha sido determinado al hecho tiene pleno conocimiento de lo ilícito y sólo está mermada su capacidad de obrar con arreglo a dicho conocimiento, sólo se da inducción, porque el ejecutor sigue teniendo (aun cuando esté dificultado su ejercicio) la capacidad de inhibición que contrarresta el dominio del sujeto de detrás.

Si el principio de autonomía no proporciona en este ámbito, a diferencia de la teoría del dominio del hecho, ningún resultado claro, en el dominio de organización fracasa por completo [381]. El autor de despacho que maneja las palancas del poder es autor mediato aunque también los ejecutores, ya sean esbirros nazis o "tiradores del Muro del régimen de la República Democrática Alemana", también resulten castigados como autores directos que actuaron con plena responsabilidad. El principio de autonomía no alcanza a explicar esto, y así también RENZIKOWSKI —más consecuentemente que MEYER y SCHUMANN— rechaza la autoría mediata y castiga como inductor al que manda entre bastidores [382]. Sin embargo, éste no es un resultado satisfactorio, porque saca a los principales responsables del centro del acontecer, exonerándoles de la autoría. Tienen el dominio del hecho porque

[379] *Restriktiver Täterbegriff*, p. 87.
[380] *Restriktiver Täterbegriff*, p. 86.
[381] Cfr. al respecto, acerca de la jurisprudencia, *supra*, pp. 676 ss., y de la doctrina *infra*, pp. 723 ss.
[382] *Restriktiver Täterbegriff*, pp. 87 ss.

tienen disponibles tantos peones que, por expresarlo con palabras del BGH (*supra* núm. 38), desencadenan "procesos regulares, rutinarios" y dirigen el acontecer empleando el aparato a su disposición, sin perjuicio de la autonomía del ejecutor de que casualmente se trate. El que lleva a cabo la ejecución, debido a que en su lugar se podría prever a cualquier otro como autor, no puede impedir la realización del tipo. El dominio, así posibilitado, de la persona de detrás sobre el hecho, fundamenta su autoría mediata, resultado adecuado no alcanzable con el principio de autonomía.

Por último, el principio de autonomía adolece de un error de enfoque. En la autoría mediata no se trata ante todo de la disposición de ánimo de la persona interpuesta, sino del poder del sujeto de detrás sobre la realización del tipo. Éste puede darse, en grupos de casos concretos, precisables, a pesar de concurrir un hecho doloso responsable ("autonomía").

Enlazando con estas observaciones básicas sobre la reciente evolución de la doctrina de la autoría mediata, en adelante se tratarán con detalle las modalidades en particular del dominio de la voluntad en el nuevo estado del debate.

B. *El dominio en virtud de coacción*

Las situaciones coactivas constituyen desde siempre uno de los supuestos más controvertidos de autoría mediata [383]. Lo único que puede ser dudoso es cuán intenso ha de ser el constreñimiento para que quepa hablar de dominio del hecho por parte del sujeto de detrás. En esta cuestión puede considerarse absolutamente dominante el "principio de responsabilidad", desarrollado *supra* [384], que atribuye el dominio de la voluntad al sujeto de detrás sólo si se da un caso del § 35 StGB, esto es, cuando el legislador, debido a la coacción ejercida por el sujeto de detrás, exonera de responsabilidad por su obrar al ejecutor directo [385].

Naturalmente, MAURACH [386] se ha mantenido en su antigua concepción, con arreglo a la cual puede también darse dominio del hecho del sujeto de detrás cuando el ejecutor directo obra de modo plenamente delictivo, porque el apremio ejercido sobre él no alcanza la medida necesaria para

[383] Acerca de las opiniones divergentes que mantienen últimamente KÖHLER y KLESCZEWSKI (inducción sólo), cfr. el debate *supra*, pp. 694 ss.

[384] Pp. 168-172, y *passim*.

[385] Cfr. HERZBERG, *Täterschaft und Teilnahme*, 1977, pp. 12 ss.; JAKOBS, *AT*[2], pp. 21-91 ss.; JESCHECK-WEIGEND, *AT*[5], 1996, p. 669; SCHÖNKE-SCHRÖDER-CRAMER, *StGB*[25], 1997, § 25, núm. marg. 35; STRATENWERTH, *AT*[3], 1981, núms. margs. 768 ss.; WESSELS-BEULKE, *AT*[28], 1998, núms. margs. 541 ss.; LACKNER-KÜHL, *StGB*[23], 1999, § 25, núms. margs. 2 ss.; OTTO, *Grundkurs AT*[5], 1996, § 21, núms. margs. 71 ss.; BLOY, *Zurechnungstypus*, pp. 345 ss.; MAIWALD, *ZStW*, 93 (1982), pp. 891 ss.

[386] *AT*[4], 1971, p. 632.

exculparlo por la vía del § 35 StGB. Le siguen sus discípulos SCHROEDER [387] y GÖSSEL [388]. Asimismo, mantiene ahora SCHILD [389] que «también, p. ej., la amenaza grave para el patrimonio, el honor, el derecho a la morada, etc., podrían generar suficiente constreñimiento si la persona de detrás los emplea finalmente y con éxito para dirigir al coaccionado». BOCKELMANN [390] pretende incluso reconocer, junto al "apremio o engaño", también "formas más leves de dominio del hecho" del sujeto de detrás. «Es ya suficiente que el ejecutor siga las indicaciones del sujeto de detrás, sea por la razón que sea, con tal que la decisión determinante sobre si la ejecución va a tener lugar la tome éste. Donde así ocurre, el sujeto de detrás tiene al de delante en sus manos.» HERZBERG [391] propugna últimamente, abandonando el principio de responsabilidad que antes mantenía, introducir el "principio del instrumento", con arreglo al cual podría también concurrir autoría mediata, p. ej., cuando el autor directo bajo apremio coactivo no queda exculpado debido a las excepciones establecidas en la cláusula del § 35, párrafo 1, inciso 2, StGB [obligación de soportar el peligro por haberlo causado o por la posición jurídica que se ocupa]. Pero tales concepciones difuminan la diferencia entre inducción y autoría mediata, dejan la delimitación a merced del capricho de la interpretación judicial y no tienen en cuenta que el legislador ha establecido hasta dónde la "decisión determinante" (aún) reside en el ejecutor: a saber, hasta tanto, por obrar de modo plenamente delictivo, se le hace responder de su obrar [392].

El principio de responsabilidad se extendió en la exposición precedente [393] al estado de necesidad coactivo referido a la autolesión (o autodaño) en el sentido de que la autoría mediata sólo se da cuando el que se daña obra en una situación coactiva paralela a la del § 35 StGB. Así, quien ocasiona el suicidio de otro amenazándole con denunciarle por un delito, ciertamente comete coacciones, pero no homicidio, porque la amenaza de denunciar, aun cuando bajo su apremio se cometa un delito, no obsta para la responsabilidad del ejecutor por su hacer. De entonces acá, ya es doctrina ampliamente difundida [394]. Sin embargo, HERZBERG [395] ha desarrollado una

[387] *Der Täter hinter dem Täter*, 1965, pp. 120 ss. [controversia crítica con éste en ROXIN, *ZStW*, 78 (1966), pp. 222 ss., 230 ss.]. "Cierta aproximación" a SCHROEDER se encuentra en STEIN, *Beteiligungsformenlehre*, p. 298; se rechaza a SCHROEDER en HÜNERFELD, *ZStW*, 99 (1987), pp. 243 ss.

[388] MAURACH-GÖSSEL, *AT*[27], 1989, pp. 48-86.

[389] *Täterschaft*, p. 16.

[390] *AT*[3], 1979, p. 182; lo abandona en BOCKELMANN-VOLK, *AT*[4], 1987, p. 183.

[391] *Jura*, 1990, pp. 16 ss. (22 ss.).

[392] La posición de BOCKELMANN acabaría conduciendo, además, a un reconocimiento global del "autor de detrás del autor", que entraría en contradicción con la reserva que con carácter general manifiesta este autor ante tal figura jurídica (*supra* en nota 266).

[393] *Supra*, pp. 185 ss.

[394] Pormenorizada fundamentación y controversia en ROXIN, «Die Mitwirkung beim Suizid ein Tötungsdelikt?», *Festschrift für Dreher*, 1977, pp. 331 ss. En lo esencial como aquí, con argumentación suplementaria, JAKOBS, *AT*[2], 1991, pp. 21-56 ss.; 97 ss.; STRATENWERTH, *AT*[3], 1981, núm. marg. 774;

original tesis contraria que se ha convertido en doctrina casi dominante [396]. En su opinión, la analogía con los supuestos del § 35 StGB no es completa «porque en caso de autodaño decae el efecto de llamada de la prohibición jurídica»; "falta el contramotivo inhibidor" consistente en el miedo a la pena. En lugar de ello, HERZBERG pretende atender, en los supuestos de suicidio, a si en éste se darían los requisitos del § 216 StGB, mientras que en otros casos (p. ej., en el ocasionar autolesiones o el daño del propio patrimonio) habría que atender a si, presupuesto el daño a otro, el consentimiento habría tenido eficacia justificante. En el ejemplo que idea, en que una mujer, amenazando a otra con revelar una aventura amorosa de ésta, hace que se corte el cabello y queme todas sus pelucas, HERZBERG propugna castigar por lesiones y daños a la mujer que los ocasionó.

Esta postura merece atención, pero, a mi juicio, en definitiva no va a imponerse sobre la que aquí se mantiene. Bien es verdad que en el autodaño falta el contramotivo del miedo a la pena; pero como el ser humano siempre preferirá dañar a otro antes que a sí mismo, el miedo a perjudicar los propios intereses tiene una eficacia inhibidora de al menos la misma intensidad, resultando justificado recurrir a la idea jurídica del § 35 StGB. Por el contrario, la equiparación del autodaño con un daño a otro tolerado bajo el apremio de amenazas, como propugna HERZBERG, es notablemente más problemática, pues el que se daña a sí mismo es hasta el final dueño de la situación y tiene en sus manos la decisión sobre lo que ocurre, mientras que aquel al que se le arrancó el consentimiento no suele tener ya influencia en el acaecer posterior, no mereciendo por eso protección más intensa [397]. Trasladándolo a los conceptos de la teoría de participación, ello quiere decir que el que se daña a sí mismo tiene el dominio del hecho, pero que el que consiente a regañadientes en el daño a otro ya no lo tiene en la acción de infligir el daño, siendo por ello acertado el tratamiento divergente desde la perspectiva de la delimitación que nos ocupa. Asimismo, hay que reparar

BOTTKE, *Suizid und Strafrecht*, 1982, pp. 247 ss.; BOTTKE, *GA*, 1983, pp. 30 ss. Asimismo *BGHSt*, 32, 38 (= *NStZ*, 1984, p. 70, con comentario de ROXIN, caso Sirio; cfr. *supra*, núm. 16); SCHÖNKE-SCHRÖDER-CRAMER, § 25, núm. marg. 10; HIRSCH, *JR*, 1979, p. 432; CHARALAMBAKIS, *GA*, 1986, pp. 489 ss., 498 ss.

[395] *JuS*, 1974, pp. 378 ss. (enlazando con GEILEN, *JZ*, 1974, pp. 151 ss.), *JA*, 1985, pp. 336 ss. y varias veces; con una anticrítica dirigida a mí: *Täterschaft und Teilnahme*, 1977, pp. 35 ss.; con respecto al suicidio de presos, *ZStW*, 91 (1979), pp. 557 ss.

[396] Cfr., p. ej., AMELUNG, *Coimbra-Symposium*, 1995, pp. 247 ss.; FREUND, *AT*, 1998, § 10, núm. marg. 97; GROPP, *AT*, 1998, § 10, núm. marg. 74; KREY, *BT/1* [11], 1998, núm. marg. 89; KÜHL, *AT* [2], 1997, 20, núms. margs. 50 ss.; LACKNER-KÜHL, *StGB* [23], 1999, ante § 211, núm. marg. 13 a; MAURACH-GÖSSEL, *AT/2* [7], 1989, pp. 48-93; OTTO, *Grundkurs AT* [5], 1996, § 21, núms. margs. 100 ss.; *Jura*, 1987, pp. 256 ss.; HORN, *SK* [5], 1993, § 212, núms. margs. 211 ss.; WESSELS-BEULKE, *AT* [28], 1998, núm. marg. 539; WESSELS-HETTINGER, *BT/1* [22], 1999, núms. margs. 48 ss., así como KÖHLER, *AT*, 1997, p. 525 en nota 103 (en favor de la inducción, a pesar del hecho principal atípico).

[397] Con respecto a la diferencia entre autopuesta en peligro y puesta en peligro por parte de otros, consentida, cfr. ya ROXIN, *Festschrift für Gallas*, 1973, pp. 243 ss., pp. 249 ss. (250); recientemente, ROXIN, *AT* I [3], 1997, § 11, núms. margs. 105 ss.

en que un contrato materializado bajo amenazas siempre tiene eficacia civil [398], mientras no sea impugnado (§ 123 BGB), lo que jurídico-penalmente no puede quedar sin efectos [399]. Tampoco desde el punto de vista político-criminal resulta obvia la extensión de la pena efectuada por HERZBERG [400]. ¿Acaso hay que castigar por lesiones al marido que amenaza a su mujer con serle infiel si no se corta el pelo, ajustando así a su gusto el peinado que considera anticuado, si la mujer se pliega al deseo de su marido por mantener la tranquilidad en su matrimonio?

Por último, en los suicidios, la teoría de HERZBERG conduciría en la práctica a que la inducción al suicidio se castigara generalmente como asesinato u homicidio, pues si la iniciativa parte del *extraneus* casi siempre se podrá poner en duda la "seriedad" de la resolución de suicidarse adoptada bajo influencia ajena y, en todo caso, la frontera entre impunidad y cadena perpetua se sumiría en una completa inseguridad jurídica. Desde el punto de vista político-criminal, se puede discutir ciertamente cómo ha de tratarse la intervención en el suicidio [401]; sin embargo, con arreglo al Derecho vigente, me parece estar claro que el legislador sólo ha establecido la punibilidad (y atenuada) para el caso límite del suicidio en los términos del § 216 StGB, de manera que trasladarla a otras formas de cooperación infringiría la prohibición de la analogía [402]. Así pues, hemos de mantenernos en las soluciones desarrolladas en esta obra [403].

[398] Sólo si se añaden circunstancias especiales (p. ej., aprovechamiento de una situación de constreñimiento) desplaza el § 138 (nulidad) al § 123 (PALANDT-HEINRICHS [53], 1999, § 138, núm. marg. 15).

[399] Ni siquiera sobre la eficacia de un consentimiento cuyos requisitos no están regulados en la ley penal y apenas han sido esbozados desde la perspectiva del Derecho civil, de manera que la teoría de HERZBERG se sustenta en una base absolutamente inestable.

[400] También JAKOBS, *AT* [2], 1991, pp. 21-98, nota 177, tilda a la concepción de HERZBERG de "desbordadamente extensiva".

[401] Aquí se oponen drásticamente en la actualidad dos posturas. Una, influida por las investigaciones psiquiátricas sobre el suicidio, exige una amplia penalización de cualquier cooperación, tal como está previsto legalmente en la mayoría de los Estados (cfr. SIMSON-GEERDS, *Straftaten gegen die Person*, etc., pp. 63 ss.); la otra, influida por el debate de la eutanasia en los últimos tiempos, reclama la supresión, sin más, del § 216 StGB. En favor de penalizar la participación con ánimo de lucro en el suicidio, ROXIN, *NStZ*, 1984, p. 72. Acerca de la problemática del § 216 StGB, cfr. últimamente, JAKOBS, *Tötung auf Verlangen*, 1998.

[402] Lo cual vale también frente a la tesis desarrollada recientemente por SCHMIDHÄUSER (*Festschrift f. Welzel*, pp. 801 ss.), a tenor de la cual el suicidio no sería atípico, sino típico y antijurídico con arreglo al § 212, pero meramente disculpado. Una controversia detenida con SCHMIDHÄUSER se encuentra en mi aportación, mencionada en nota 295, al *Festschrift für Dreher*, pp. 335 ss. Con carácter general en favor de la autoría mediata en el ocasionamiento del suicidio, SCHILLING, *JZ*, 1979, pp. 159 ss., 163; JAKOBS, *AT* [2], 1991, pp. 21-57, nota 119, lo considera "erróneo", al faltar "la decisión subordinada de la víctima".

[403] Cfr. *supra*, pp. 160 ss., y *passim*.

C. *La cooperación en los delitos de inculpables y menores*

El debate en este ámbito no ha versado sobre todas las variantes de supuestos tratadas *supra* [404], pero a grandes rasgos coincide en cuanto al resultado (sobre todo en recurrir al principio de responsabilidad) con la postura aquí mantenida [405]. En la reciente tratadística mantienen opiniones divergentes principalmente, junto a KÖHLER [406], JAKOBS y BOCKELMANN. JAKOBS [407] propugna, en caso de que esté excluida la culpabilidad del instrumento, considerar autor mediato únicamente a aquel que no sólo conoce las condiciones de dicha exclusión, sino que además es responsable de ellas; así, p. ej., en los supuestos de aprovechamiento de la autoridad paterna ante un niño (§ 19 StGB) o ante un menor no maduro con arreglo al § 3 JGG. En cambio, se dará participación o coautoría si «el menor, en contra de la presunción legal, [es] prematuramente maduro para conocer la norma y observarla». Por el contrario, BOCKELMANN [408] propone estimar por lo general inducción, incluso, en los niños o allí donde el sujeto utiliza para ejecutar el hecho a un paralítico "con degeneración patológica, inculpable". «En efecto, a un enfermo capaz aún de trabajos que requieren cierta autonomía, no lo tiene uno en sus manos como a un instrumento; la resolución de realizar el hecho que se le encomienda sigue siendo decisión suya.» Sólo excepcionalmente el régimen sería distinto, p. ej., si el niño estuviera, "moldeable como cera", en manos del sujeto de detrás.

Sin embargo, tales distinciones, que se alejan de la única directriz manejable, la de la responsabilidad jurídica, han de rechazarse, pues en ellas «la determinación de la autoría necesariamente acaba deslizándose hacia lo arbitrario» [409]. Fuera del juicio legal de imputación no hay criterio de lo que constituye una "decisión propia". Si se quisiera diferenciar aquí (pero ¿en función de qué parámetros?), habría que proceder del mismo modo en la coacción en los términos del § 35 StGB, lo que con razón a nadie se le ha pasado por la cabeza [410]. Por consiguiente, me reafirmo en mi tesis

[404] Pp. 259-269.

[405] Cfr., con más bibliografía, HERZBERG, *Täterschaft und Teilnahme*, 1977, pp. 29 ss.; BOTTKE, *Gestaltungsherrschaft*, pp. 64 ss.; SCHÖNKE-SCHRÖDER-CRAMER, *StGB* [25], 1997, § 25, núm. marg. 39; KÜHL, *AT* [2], 1997, § 20, núms. margs. 67 ss.; FREUND, *AT*, 1998, § 10, núms. margs. 77 ss.

[406] Al respecto *supra*, pp. 694 ss.

[407] JAKOBS, *AT* [2], 1991, pp. 21-96, enlazando con *RGSt*, 61, 265, y JESCHECK, *AT* [4], 1988, p. 605; en términos semejantes PREISENDANZ, *StGB* [30], 1978, § 25 III, 3, c.

[408] *AT* [3], 1979, p. 193, con consideraciones anticríticas a mis observaciones; asimismo BOCKELMANN-VOLK, *AT* [4], 1987, p. 194.

[409] HERZBERG, *JuS*, 1974, p. 376. En cuanto al resultado como aquí, ahora también JESCHECK-WEIGEND, *AT* [5], 1996, p. 668.

[410] BOCKELMANN (cfr. *supra* en notas 291, 293) propugna estimar autoría mediata incluso en la actuación plenamente delictiva del ejecutor, lo que me parece difícilmente compatible con su rechazo en los casos de utilización de niños, paralíticos y enfermos mentales.

de que en la cooperación en los hechos de enajenados y menores sólo cabe participación cuando el apoyo simplemente favorece una decisión de cometer el hecho ya concebida antes por el ejecutor, o sencillamente modifica la configuración concreta del hecho decidido autónomamente [411].

D. *El dominio en virtud de error*

a) *El insrumento que obra sin dolo*

El dominio del hecho de aquel que se sirve de un instrumento que obra sin dolo constituye desde siempre el ejemplo más seguro de autoría mediata. El único supuesto dudoso aquí era aquel en que el sujeto de detrás se limita a apoyar al que se equivoca o influye sólo inesencialmente en el curso causal. Cuando la doctrina reciente se ocupa de esta cuestión, reconoce de manera predominante la autoría mediata, completamente en el sentido del texto [412], también en tales supuestos [413]. Con buen criterio indica STRATENWERTH [414] que basta para la autoría una aportación al hecho incluso insignificante con arreglo a la teoría de la condición, aun «cuando se "apoyen" sucesos naturales. Quien, ante un fuego causado por un rayo, desconecta la sirena que sirve para dar la alarma a los bomberos, comete incendio». A lo que corresponde proceder del mismo modo en el ejecutor no doloso, que es empleado también como factor causal.

b) *Acerca de la divergencia estructural del dominio en virtud de error con respecto al dominio en virtud de coacción*

Al margen de este caso, el debate en el ámbito del dominio en virtud de error gira principalmente en torno a si la autoría mediata presupone, como en la coacción, que el ejecutor, debido al error, resulte exonerado de responsabilidad penal por su obrar (al menos del reproche por delito doloso), o si, como he intentado fundamentar a fondo en esta obra [415], cabe

[411] Cfr. *supra*, pp. 263, 266.

[412] *Supra*, pp. 197 ss.; discrepa, no obstante, SCHMIDHÄUSER, *AT* [2], 1975, pp. 14-42, el único autor en considerar "descaminado" estimar autoría mediata (*op. cit.*, p. 34), pretendiendo dejar impune la aportación al hecho del sujeto de detrás. En *StuB* [2], 1984, pp. 10-84, se afirma la complicidad, a pesar de faltarle el dolo al autor. En contra de la autoría mediata ahora también SCHUMANN, *Selbstverantwortung*, pp. 79 ss. Al respecto *supra*, pp. 708 ss.

[413] Cfr. MAURACH-GÖSSEL, *AT* /2[7], 1989, pp. 48-89; SCHÖNKE-SCHRÖDER-CRAMER, *StGB* [25], 1997, § 25, núm. marg. 15; STRATENWERTH, *AT* [3], 1981, núm. marg. 767; KÜHL, *AT* [2], 1997, § 20, núm. marg. 52 *in fine*; KÖHLER, *AT*, 1997, p. 508; FREUND, *AT*, 1998, § 10, núm. marg. 58; en el resultado asimismo SCHILD, *Tatherrschaft*, 1994, pp. 18 ss. (en todo caso como dominio de la acción; al respecto cfr. *supra*, pp. 705 ss.).

[414] Como en nota 413.

[415] *Supra*, pp. 218-259.

también la autoría mediata del sujeto de detrás en caso de culpabilidad dolosa mermada o incluso en caso de actuar plenamente delictivo del ejecutor. El problema del "autor de detrás del autor" vuelve a producirse aquí, pues, desde otra perspectiva.

Con todo, HERZBERG [416] pretende rebatir mi concepción ya en su punto de partida, sustituyendo mi tesis de que el dominio de la voluntad en virtud de error presenta una estructura absolutamente distinta que el dominio en virtud de coacción [417], por la de estimar que «ambos grupos de supuestos en el fondo son de la misma índole»; también el que yerra se encuentra "en constreñimiento de actuar". Esta suposición, sin embargo, no es fenomenológicamente acertada: El coaccionado obra bajo constreñimiento psíquico intenso, difícil de resistir, y por eso se le exonera de responsabilidad; el que yerra no se siente en absoluto "en constreñimiento de actuar", pero no conoce (o no por completo) los datos objetivos y por eso se le exonera de responsabilidad penal en mayor o menor medida.

Al no poder mantenerse, pues, la supuesta igualdad estructural de los supuestos de error y de los de coacción, no resulta pertinente, como pretende demostrar HERZBERG, trasladar el principio de responsabilidad a los supuestos de error.

Obviamente, ello sin perjuicio de que este principio, no obstante todas las diferencias entre ambas clases de dominio de la voluntad, pueda ser adecuado como directriz normativa para la delimitación entre inducción y autoría mediata también en los supuestos de error; y éste ha llegado a ser asimismo el fundamento —si bien casi siempre de modo no expreso— de la doctrina dominante en la actualidad [418].

c) *La utilización de persona interpuesta que obra en error de prohibición*

Ello se pone de manifiesto, ante todo, en la utilización de persona interpuesta que actúa en error de prohibición. Aquí se estima, en parte, que

[416] *JuS*, 1974, p. 374; en *Täterschaft und Teilnahme*, 1977, pp. 17 ss., HERZBERG se defiende pormenorizadamente de mi crítica, pero se ve abocado a una "precisión y limitación" (p. 20) y en parte a una "corrección" (p. 23) de sus estimaciones anteriores. La idea de la "falta de libertad" del que yerra subyace (aun con resultados en parte divergentes) también en la monografía de M.-K. MEYER, *Autonomie*; al respecto, *supra*, pp. 707 ss.

[417] Al respecto con más detalle *supra*, pp. 194-198, 258.

[418] El legislador, por lo demás, ha dejado abierta deliberadamente la cuestión. En la Exposición de Motivos del Proyecto de 1962, p. 149, se dice sobre la redacción que luego llegó a ser ley en el § 25.1 StGB, que «varias cuestiones, p. ej., el enjuiciamiento jurídico de la persona interpuesta plenamente responsable, requieren aún ser esclarecidas por la doctrina y, por tanto, no deberían anticiparse a la evolución jurídica». Por el contrario, el BGH se ha pronunciado en el caso del Rey Felino (*BGHSt*, 35, 347 ss.), con la teoría aquí mantenida, contra la traslación del principio de responsabilidad a los supuestos de error (cfr. *supra*, núm. 29). Asimismo SCHAFFSTEIN, *NStZ*, 1989, p. 156.

el ocasionamiento o aprovechamiento de un error de prohibición inevitable convierte al sujeto de detrás en autor mediato, pero que en el error de prohibición evitable sólo cabe inducción [419]. En casos aislados se encuentra la opinión de que incluso el ocasionamiento de un error de prohibición inevitable siempre [420] o posiblemente [421] sólo fundamenta participación, frente a lo cual otros afirman en todo caso, a su vez, la autoría mediata también en el error de prohibición evitable [422].

En cambio, BLEI [423] propugna la autoría mediata cuando el sujeto de detrás ha provocado el error de prohibición (evitable o inevitable), mientras que su mero aprovechamiento sólo determinaría la participación. En sentido distinto, MURMANN [424], por su parte, atiende a «en qué medida le incumbe a la persona de detrás, en favor de la víctima, un deber de omitir provocar errores sobre cuestiones jurídicas, o de aprovecharse de ellos». Deberes así se aprecian sólo excepcionalmente, sobre todo en posiciones oficiales. El círculo de tales obligados especialmente coincide, según MURMANN, en gran medida, con «el círculo de personas cuya información, con arreglo a la jurisprudencia, fundamenta la inevitabilidad del error de prohibición», de manera que prácticamente sólo en caso de inevitabilidad del error de prohibición se admite la autoría mediata [425].

Frente a todas estas teorías, se mantiene *supra* [426] la postura de que hay participación cuando el ejecutor ha captado la antijuricidad material, esto es, la antisocialidad de su actuar (ya se equivoque sobre la prohibición formal, la subsunción jurídicamente correcta o la punibilidad); por el contrario, cuando el ejecutor (con o sin culpa suya) no aprecia lo materialmente antijurídico de su conducta, se afirma en todo caso autoría mediata.

Ya esta doctrina dividida tan dispersamente muestra que este ámbito de problemas requiere aún debate. La limitación del espacio impide tratar

[419] HERZBERG, *JuS*, 1974; JAKOBS, *AT*[2], 1991, pp. 21-96; JESCHECK-WEIGEND, *AT*[5], 1996, p. 669; MAIWALD, *ZStW* 88 (1976), p. 736; STRATENWERTH, *AT*[3], 1981, núm. marg. 780; BLOY, *Zurechnungstypus*, pp. 347 ss.

[420] Así WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht* [11], 1969, p. 103; KÖHLER, *AT*, 1997, p. 509; KLESCZEWSKI, *Selbständigkeit*, p. 317.

[421] Así BOCKELMANN, *AT*[3], 1979, pp. 180 ss., contra su anterior teoría (*supra*, p. 219); asimismo BOCKELMANN-VOLK, *AT*[4], 1987, p. 181.

[422] BAUMANN-WEBER-MITSCH, *AT* [10], 1995, § 29, núm. marg. 139; FREUND, *AT*, 1998, § 10, núm. marg. 89; GROPP, *AT*, 1998, § 10, núm. marg. 70, nota 46; HERZBERG, *Täterschaft und Teilnahme*, 1977, p. 23; INGELFINGER, *Anstiftervorsatz*, p. 176; LACKNER-KÜHL, *StGB* [23], 1999, § 25, núm. marg. 4; PREISENDANZ, *StGB* [30], 1978, § 25, III, 3, d; SCHÖNKE-SCHRÖDER-CRAMER, *StGB* [25], 1997, § 25, núm. marg. 38; F.-Chr. SCHROEDER, *Der Täter hinter dem Täter*, 1965, pp. 126 ss.; SCHUMANN, *Selbstverantwortung*, p. 79; STEIN, *Beteiligungsformenlehre*, pp. 296 ss.

[423] BLEI, *AT* [18], 1983, pp. 259 ss.; en términos semejantes SCHAFFSTEIN, *NStZ*, 1989, p. 157.

[424] *GA*, 1998, p. 78.

[425] MURMANN, *GA*, 1998, pp. 83, 85.

[426] Pp. 216-230; a favor, HÜNERFELD, *ZStW*, 99 (1987), p. 244; OTTO, *Jura*, 1987, p. 255; el mismo, *Grundkurs*, *AT*[5], 1996, § 21, núm. marg. 84.

aquí el tema a fondo [427]. Sin embargo, al menos hay que señalar que la reprochabilidad o inculpabilidad del error de prohibición sigue sin parecerme un criterio acertado para delimitar autoría y participación. En los supuestos de coacción, el principio de responsabilidad procura una solución correcta, pues la intensidad del apremio ejercido por el sujeto de detrás se corresponde directamente con la limitación de la libertad del ejecutor, y las causas de exculpación indican el punto en que, según la valoración legal, el influjo sobre la voluntad se convierte en dominio de la voluntad. En cambio, en los supuestos de error, la circunstancia de que el ejecutor que se equivoca sobre lo injusto material de su obrar [428] habría podido evitar su error de prohibición de haber seguido indagando, no influye en absoluto en la magnitud de la dirección actual del suceso por parte del sujeto de detrás, no siendo posible, por tanto, atenderse a ello para la distinción entre autoría y participación [429]. Estas objeciones cabe esgrimirlas frente a MURMANN [430], cuya diferenciación se aparta del criterio del dominio del hecho tanto como la distinción entre error de prohibición evitable e inevitable. Además, habrá que considerar suficiente para la autoría mediata un deber dirigido a todos de omitir la realización de delitos mediante la provocación de error de prohibición o su aprovechamiento.

En la actualidad, es uno de los casos más frecuentes de error de prohibición que un empresario, en el ámbito del Derecho penal económico, no se informe suficientemente sobre lo lícito de determinada actuación. Pero a nadie va a convencer que un astuto socio suyo no pase de partícipe cuando le ha hecho creer en la absoluta corrección de su conducta y le ha disuadido de consultar a un abogado, como hubiera sido pertinente, aun cuando es el único que, desde el principio, ha tenido en sus manos los hilos de la trama. Una calificación así de insatisfactoria se deriva simplemente de que aquí no procede el principio de responsabilidad, que pasa por alto la estructura del dominio de la voluntad en virtud de error [431].

[427] En mi artículo «Bemerkungen zum Täter hinter dem Täter» *(Festschrift für Richard Lange,* 1976, pp. 173 ss.), he profundizado en estas cuesiones.

[428] En el supuesto inverso de simple error sobre la antijuricidad formal, conociendo la antisocialidad del actuar propio, no se deduce, como con razón destaca STRATENWERTH (*AT*[2], 1976, núm. marg. 781), diferencia alguna entre mi teoría y la postura que también en los supuestos de error se atiene al principio de responsabilidad: «Si la persona interpuesta conoce la antijuricidad material del hecho, difícilmente va a ser inevitable su error de prohibición, esto es, la autoría mediata decaerá por este motivo» (STRATENWERTH, *op. cit.*). Así pues, también según mi concepción hay participación en el error de prohibición evitable, pero sólo en una pequeña parte de los casos.

[429] Sobre todo esto pormenorizadamente KÜPER, *JZ,* 1989, pp. 935 ss.

[430] *GA,* 1998, p. 78.

[431] En el sentido del texto, frente a su concepción originaria, ahora también HERZBERG, *Täterschaft und Teilnahme,* 1977, p. 23; sobre la base de su, ahora "modificado", principio de responsabilidad, hace bastar para la autoría mediata que la responsabilidad de la persona interpuesta «esté limitada en la medida en que se le vede el reproche de infracción jurídica consciente». En cambio, MAIWALD [*ZStW,* 88 (1976), pp. 736 ss.] y BLOY (*Zurechnungstypus,* p. 351) pretenden mantener el paralelismo con los supuestos de coacción, que yo rechacé, con la fundamentación de que también en éstos lo que decide sobre la autoría mediata no es la intensidad del constreñimiento psicológico sino baremos normativos. ¿Por qué entonces en el error de prohibición "de repente la dirección fáctica del suceso iba a ser determinante"? Pero en los supuestos de coacción decide precisamente el constreñimiento psíquico, cuya magnitud sólo se determina normativamente en supuestos fronterizos. De querer decidir en otro sentido, se podría negar la autoría mediata del sujeto de detrás también en el error evitable sobre el tipo del ejecutor directo; pero esto nadie lo mantiene.

Lo cual no significa que el aprovechamiento o provocación de todo error de prohibición convierta al sujeto de detrás en autor mediato. La circunstancia de que en el § 17 se establezca una atenuación únicamente facultativa de la pena revela a las claras que el legislador conoce supuestos de hostilidad al Derecho en los que el que se equivoca, conociendo plenamente la antijuricidad material de su obrar, simplemente está subsumiendo incorrectamente de modo intolerable. Aquí el ejecutor obra no sólo dolosamente, sino también con culpabilidad no mermada. Ni siquiera se equivoca (para el enjuiciamiento normativo pertinente) sobre el sentido concreto de la acción, dado que, con la valoración paralela en la consciencia del lego, aprecia perfectamente lo injusto material de su conducta. En tales supuestos (desde luego infrecuentes), el sujeto de detrás no puede ser sino inductor o cómplice; así pues, no puedo compartir la crítica que algunos autores [432] me dirigen por haber establecido esta diferenciación. También la jurisprudencia del BGH se encamina en el sentido de una distinción así [433].

d) *El engaño sobre el sentido concreto de la acción*

Más complicados se presentan los problemas en los casos que yo analizaba *supra* [434] desde la perspectiva del «error sobre el sentido concreto de la acción». A pesar de su reducida importancia práctica, estos supuestos han sido discutidos con especial calor en los últimos decenios, encontrándose en primer plano el caso del *error in persona* [435] provocado por manipulación. La postura que aquí se desarrolló, según la cual en tales casos se da autoría mediata aun cuando el ejecutor actúe de modo plenamente delictivo y sólo se equivoque sobre la identidad de la víctima (o bien sobre requisitos de la acción o elementos cualificantes relevantes para el hecho) es compartida por muchos [436], pero ha suscitado contradictores igualmente decididos. Así, WELZEL señala [437] que, de considerar al sujeto de detrás como autor en tales

[432] SCHUMANN, *Selbstverantwortung,* p. 79, nota 28; STEIN, *Beteiligungsformenlehre,* p. 296.

[433] *Supra,* núm. 29. Esto lo he señalado con más pormenores en *LK*[11], 1993, § 25, núms. margs. 84 ss., al analizar el caso del Rey Felino (*BGHSt,* 35, 347). Críticamente, no obstante, BOTTKE, *Gestaltungsherrschaft,* p. 70.

[434] Pp. 237-246.

[435] *Supra,* pp. 239-242.

[436] P. ej., por BAUMAN-WEBER-MITSCH, *AT*[10], 1995, § 29, núm. marg. 144; BLEI, *AT*[18], 1983, p. 258; SCHÖNKE-SCHRÖDER-CRAMER, *StGB*[25], 1997, § 25, núm. marg. 23; SCHROEDER, *Der Täter hinter dem Täter,* 1965, pp. 134 ss.; M.-K. MEYER, *Autonomie,* pp. 99 ss.; SCHMIDHÄUSER, *AT*[2], 1975, pp. 14-49; *StuB*[2], 1984, pp. 10-85; SAX, *ZStW,* 69 (1957), p. 343; SCHILD, *Täterschaft,* p. 20.

[437] *Das Deutsche Strafrecht* [11], 1969, p. 106.

casos de supradeterminación configuradora de sentido, "en realidad se está deshaciendo la función del tipo". HERZBERG [438] ha expresado esta objeción con especial claridad: «ROXIN no tiene aquí en cuenta lo que por lo demás subraya con buen criterio: que la autoría es sinónima de realización del tipo. Si en la ley se concibe abstractamente el elemento determinante, el conocimiento superior de circunstancias concretas que no influyen en absoluto en el tipo de injusto no puede fundamentar dominio del hecho con relevancia jurídica.»

Esta crítica es desde luego notable [439]. Pero su legitimación resulta dudosa si se tiene en cuenta que los críticos al final llegan a soluciones parecidas o idénticas a las que yo he propuesto. Así, WELZEL [440], en el «aprovechamiento de un plan delictivo ajeno para fines propios», estima autoría simultánea directa del manipulador, y asimismo STRATENWERTH [441] entiende que en la "desviación" de un plan delictivo hacia víctima distinta hay que considerar al sujeto de detrás como autor directo [442]. Sin embargo, se reconoce que en tales casos cabe imputar la realización del tipo al sujeto de detrás como obra suya, desmoronándose por sí sola la tesis de que yo haya deshecho "la función del tipo". El que se hable aquí de autoría mediata o de una suerte de "autoría simultánea" mediante mano ajena resulta entonces simplemente una cuestión terminológica, que poco cambia en la coincidencia material [443].

Y tampoco HERZBERG puede mantener su rechazo fundamental del autor de detrás del autor plenamente delictivo. Idea el supuesto [444] en que una rival, con ánimo vengativo, hace creer a la esposa que el valioso Kandinsky de su marido no es sino unos "garabatos" sin valor. «Bien puede estar segura de que su marido se va a alegrar» si destroza el cuadro y lo sustituye por

[438] *JuS*, 1974, p. 375 = *Täterschaft und Teilnahme*, 1977, p. 25.

[439] En contra de mi postura, con controversia pormenorizada, asimismo STRATENWERTH, *AT*[2], 1971, núms. margs. 836-844 (cfr. al respecto mi anticrítica en *ZStW*, 84 (1972), pp. 1007 ss.; de forma algo atenuada se sigue encontrando la crítica en *AT*[3], 1981, núms. margs. 781-786); asimismo BLOY, *Zurechnungstypus*, pp. 358 ss., que afirma la inducción; SCHUMANN, *Selbstverantwortung*, pp. 76 s., que estima complicidad; STEIN, *Beteiligungsformenlehre*, p. 295, que supone "participación".

[440] *Das Deutsche Strafrecht* [11], 1969, p. 111.

[441] *AT*[3], núm. marg. 784.

[442] Junto a ello, obviamente da a elegir entre inducción o complicidad. En favor de la inducción asimismo SPENDEL, *Lange-Festschrift*, 1976, p. 169; JAKOBS, *AT*[2], 1991, pp. 21-102.

[443] Por lo demás, la posición aquí mantenida podrá acabar imponiéndose del todo cuando se ponga de manifiesto con toda evidencia que en el bien jurídico vida (y otros personalísimos) el *error in persona* ciertamente no impide que se impute al ejecutor a título de dolo, pero que, en tanto que lo que esté en cuestión sea la imputación al sujeto de detrás, el desvío *(Umlenkung)* mediante engaño del ataque a una persona antes no en peligro (paralelamente a la persuasión en otro sentido: *Umstiftung*), convierte en distinto al hecho para éste. Un baremo de imputación doble en tal sentido no constituye en modo alguno una contradicción, pero requiere que se le fundamente, lo que tendrá que hacerse en otra ocasión.

[444] *Täterschaft und Teilnahme*, 1977, pp. 27 ss.; le sigue BLOY, *Zurechunungstypus*, pp. 353 ss., aun cuando en general rechace estrictamente la figura del "autor de detrás del autor plenamente responsable".

un "ciervo sobre fondo de amanecer". Aquí HERZBERG pretende —según mi postura, con razón— castigar a la "mujer de detrás" como autora mediata de unos daños, porque a la persona interpuesta le han estado "ocultos la importancia y alcance del injusto realizado" [445]. Ahora bien, si el engaño sobre la magnitud del injusto (y, consecuentemente, también de la culpabilidad) basta para fundamentar autoría mediata, con esta concepción HERZBERG se mueve en el marco de mi postura, pero abandona la suya, según la cual la responsabilidad del ejecutor directo por la realización del tipo conocida ha de excluir la autoría mediata [446].

Con cuanto antecede en absoluto se niega que en el grupo de casos de engaño sobre el "sentido concreto de la acción" aún falte mucho por esclarecer y que, en concreto, la delimitación entre los engaños fundamentadores de autoría con respecto a la provocación de meros errores en el motivo, que nada cambian en la participación del que engaña, aún no se ha efectuado en la presente monografía con el suficiente poder de convicción. En otro lugar me he esforzado por conseguirlo [447]. Con todo, el esbozo del estado del problema (lo único que aquí cabe aportar) me parece que revela a las claras que el principio de responsabilidad, frente a la opinión de quienes lo preconizan, tampoco ofrece en estos casos —a diferencia de en los de coacción— la clave para resolver las cuestiones aún abiertas. El reconocimiento de la figura jurídica del "autor de detrás del autor" no va a poder detenerse.

E. *El dominio de la voluntad en virtud de maquinarias de poder organizadas*

a) *Estado del debate*

El "dominio de la organización" [448], desarrollado por mí como forma autónoma de autoría mediata, ha ido encontrando amplia acogida en la

[445] Cfr. con más detalle sobre este grupo de casos mi aportacion al *Festschrift für Lange*, 1976, pp. 184 ss.; asimismo *LK* [11], 1993, § 25, núms. margs. 97 ss.

[446] Esta inconsecuencia se la echa en cara con razón SCHUMANN, *Selbstverantwortung*, p. 77, que aboga por la inducción; en este sentido también JESCHECK-WEIGEND, *AT*[5], 1996, p. 667, y HÜNERFELD, *ZStW*, 99 (1987), pp. 242 ss., así como RENZIKOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff*, p. 82.

[447] «Bemerkungen zum Täter hinter dem Täter», *Festschrift für Lange*, 1976, pp. 173 ss.; asimismo *LK* [11], 1993, § 25, núms. margs. 96 ss. En el artículo citado intento exponer con más detalle la autoría mediata en caso de engaños sobre la magnitud del injusto, sobre la circunstancias de cualificación y sobre la identidad de la víctima, así como delimitar con más precisión los engaños fundamentadores de autoría de la provocación de meros errores en el motivo. Por el contrario, SPENDEL rechaza por completo la figura del "autor de detrás del autor" («Der "Täter hinter dem Täter" - eine notwendige Rechtsfigur?», *Festschrift für Lange*, 1976, p. 147 ss.).

[448] Cfr. al respecto *supra*, pp. 269-280; también mi artículo «Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate», en *GA*, 1963, pp. 193-207; *Lange-Festschrift*, 1976, pp. 192 ss.; *LK* [11], 1993, § 25, núms. margs. 128 ss.

doctrina [449], ya antes de que la reconociera la jurisprudencia. Incluso en el extranjero halló eco esta figura jurídica: En el proceso contra la Junta militar argentina, tanto la acusación como la sentencia del Tribunal Supremo se fundamentan sustancialmente en la tesis mantenida en esta obra [450]. La jurisprudencia, ya en el "caso del Rey Felino" (BGHSt 35, 353) la utilizó como argumento en pro de la posibilidad de "autor de detrás del autor". En la sentencia contra los miembros del Consejo Nacional de Defensa de la extinta RDA (BGHSt 40, 218), la jurisprudencia asume esta figura jurídica, que emplea en varias sentencias posteriores. Ya he expuesto y analizado en detalle *supra* esta evolución de la jurisprudencia (núms. 28, 41, 43, 44, 47 y 48), y a ello me remito. En la doctrina, SCHROEDER, JUNG, GROPP, MURMANN, BLOY, KÜPPER y AMBOS aprueban en cuanto al resultado la sentencia fundamental BGHSt 40, 218 [451], situándose en mi misma línea asimismo en la fundamentación JUNG, GROPP, BLOY, KÜPPER y AMBOS.

Pero esta sentencia no ha quedado indiscutida. Autores renombrados, si bien no numerosos, abogan por castigar como coautor, autor simultáneo o inductor al autor de despacho que maneja las palancas del poder.

[449] BOTTKE, *Gestaltungsherrschaft*, pp. 60 ss.; el mismo, *Coimbra-Symposium*, 1995, 243; BUSCH, *LK*[9], 1970, § 47, núm. marg. 73; EBERT, *AT*[2], 1993, p. 180; ESER, *StrafR*, II [3], supuesto práctico 38, núm. marg. 25; HAFT, *AT*[8], 1998, p. 200; HERZBERG, *Täterschaft und Teilnahme*, 1977, pp. 42 ss.; el mismo, *Jura*, 1990, pp. 23 ss.; HIRSCH, *Rechtsstaatliches Strafrecht*, pp. 22 ss.; HÜNERFELD, *ZStW*, 99 (1987), p. 244; INGELFINGER, *Anstiftervorsatz*, pp. 183 ss.; KORN, *NJW*, 1965, pp. 1206 ss.; KÜHL, *AT*[2], 1997, § 20, núms. margs. 73 ss.; LACKNER-KÜHL, *StGB*[23], 1999, § 25, núm. marg. 2; LAMPE, *ZStW*, 106 (1994), p. 743; MAURACH-GÖSSEL, *AT/2*[7], 1989, pp. 48-88; M.-K. MEYER, *Autonomie*, pp. 101 ss.; SCHÖNKE-SCHRÖDER-CRAMER, *StGB*[25], 1997, § 25, núm. marg. 25; SCHILD, *Tatherrschaft*, p. 10, 16, 19, 24 ss.; U. SCHULZ, *JuS*, 1997, p. 111; SCHUMANN, *Selbstverantwortung*, pp. 75 ss.; STRATENWERTH, *AT*[3], 1981, núms. margs. 790 ss.; el mismo, *Schw. StrafR*, *AT* I[2], 1996, § 13, núm. marg. 34; WESSELS-BEULKE, *AT*[28], 1998, núm. marg. 541. SCHMIDHÄUSER, que antes (todavía en *AT*[2], 1975, pp. 14-50) había atendido a la "utilización de persona decidida al hecho" (críticamente al respecto, ROXIN, *LK*[10], 1978, § 25, núm. marg. 90), ahora (*StuB*[2], 1984, pp. 10-95) habla de autoría mediata "fundada en la fungibilidad previa del ejecutor", viniendo a coincidir con la opinión aquí sustentada.

[450] *Querella*, V parte, pp. 8 ss.; sentencia, p. 73. Ambas fuentes se citan por el original español, por facilitarme las cuales estoy sinceramente agradecido al Fiscal General del Estado argentino, Sr. Strassera. Referencias sobre la recepción de mi teoría en la jurisprudencia argentina en AMBOS, *GA*, 1998, pp. 238 ss.

[451] SCHROEDER, *JR*, 1995, pp. 177-180; JUNG, *JuS*, 1995, pp. 173 ss.; GROPP, *JuS*, 1996, pp. 13-18; MURMANN, *GA*, 1996, pp. 269-281; BLOY, *GA*, 1996, pp. 425-442; AMBOS, *GA*, 1998, pp. 226 ss., así como KÜPPER, *GA*, 1998, p. 524; de acuerdo con mi comentario en *JZ*, 1995, pp. 49 ss.; ROTSCH, *NStZ*, 1998, p. 491, reconoce la figura jurídica de la autoría mediata en virtud de aparatos de poder organizados y sustancialmente mi fundamentación, pero alberga algunos reparos en contra de que los requisitos de la autoría mediata, de ahí derivados, concurrieran en el caso concreto.

b) *La tesis de la coautoría*

Hasta la cuarta edición de su Tratado, JESCHECK [452] aboga por la postura de que «la persona situada en la cúspide, justamente porque domina la organización, [es] coautor». Este desvío hacia la figura de la coautoría se basa en la suposición, mencionada ya repetidas veces, de que no cabe concebir al "autor de detrás del autor" al menos allí donde pueda hacerse responsable al propio ejecutor por comisión dolosa del hecho [453]. No obstante, la circunstancia de que la "persona de la cúspide" deje por completo la ejecución en manos del instrumento, que muchas veces se "moviliza" sin conocimiento personal suyo, habla en contra de estimar coautoría, que también para JESCHECK [454] se basa sustancialmente en la cooperación de los intervinientes, esto es, en el carácter conjunto de la resolución del hecho y de la ejecución; ambos extremos faltan aquí. Al principio, JESCHECK [455] replicaba a esta crítica que el carácter conjunto de la resolución del hecho queda "restablecido por la pertenencia a la organización". Pero ello significa en realidad renunciar a la resolución conjunta del hecho, que requiere mucho más que la mera pertenencia a la organización. Por eso JESCHECK escribe ahora [456]: «El carácter conjunto de la decisión del hecho se restablece con la consciencia del dirigente y del ejecutor de que un hecho concreto, o varios hechos del mismo género, han de realizarse siguiendo las instrucciones de la dirección.» Pero «la consciencia de que... hechos... han de realizarse siguiendo las instrucciones de la dirección» sigue sin ser una resolución conjunta del hecho. Lo mismo cabe decir de la tesis de OTTO [457] en el sentido de que el ejecutor "hace suyo concluyentemente el plan delictivo", pues el hacer propio es un obrar unilateral que no fundamenta resolución común alguna.

También BOCKELMANN niega la coautoría reparando en que "falta la resolución conjunta del hecho". Sin embargo, como no reconoce al "autor de detrás del autor", por ser una "idea difícilmente verificable", se desvía hacia la estimación de "autoría simultánea". No obstante, a ello se opone que la imbricación de las acciones individuales en el seno de una maquinaria de poder organizada excluye al discurrir simultáneo inconexo de distintos cursos causales que caracteriza a la autoría simultánea.

[452] JESCHECK, *AT*[4], 1988, p. 607 (en otro sentido ahora JESCHECK-WEIGEND, *AT*[5], 1996, p. 670); le siguen SAMSON, *SK*[5], § 25, núm. marg. 110; OTTO, *Jura*, 1987, p. 255; el mismo, *Grundkurs*, *AT*[5], 1996, § 21, núm. marg. 92.

[453] JESCHECK-WEIGEND, *AT*[5], 1996, p. 664.

[454] JESCHECK-WEIGEND, *AT*[5], 1996, pp. 673 ss.

[455] *AT*[4], 1988, p. 607.

[456] JESCHECK-WEIGEND, *AT*[5], 1996, p. 670.

[457] *Grundkurs*, *AT*[5], 1996, § 21, núm. marg. 92.

Entre los representantes de la tesis de la coautoría se cuenta también JAKOBS [458], quien se sustrae a la objeción de que falta la resolución conjunta del hecho no considerándola requisito de la coautoría. Naturalmente, así se expone a la nueva objeción de estar prescindiendo de la exigencia legal de comisión conjunta [459].

Por lo demás, la calificación de coautoría por parte de JAKOBS se basa en una concepción más normativa del dominio del hecho, que entiende como responsabilidad jurídica y no como dominio real (cfr. al respecto ya *supra* p. 690). Para él, la autoría mediata presupone que el sujeto agente esté jurídicamente supeditado, esto es, que sea en ese sentido no responsable o no plenamente responsable. Pero si es plenamente responsable, no puede ser instrumento. JAKOBS no niega la fungibilidad del ejecutor directo y la "automaticidad" de la ejecución de la orden de ella derivada, pero a su juicio se trata de un "dato naturalístico" [460] sin mayor trascendencia. Dada una responsabilidad igual, sólo cabe plantearse la paridad por la vía de la coautoría. Nos encontramos de nuevo, pues, ante una variedad de la concepción que rechaza en general al "autor de detrás del autor responsable".

Sin embargo, ello tampoco convence en este caso. Los conceptos jurídico-penales tienen que enlazar con imágenes rectoras que representan una reelaboración normativa de estructuras reales de los fenómenos. Pero no es figura rectora de la coautoría la responsabilidad de los intervinientes, pues igualmente responsable es también el inductor, que no por eso es coautor. La figura rectora legal es, más bien, como ya se desprende del tenor literal del § 25.2 StGB, la comisión conjunta. Contra esta figura rectora colisiona estimar coautoría no sólo por la —ya mencionada— falta de resolución del hecho conjunta, sino también por otros dos motivos que cabe oponer tanto a JAKOBS como a los demás defensores de la tesis de la coautoría.

En primer lugar, falta, además de la resolución conjunta del hecho, también la ejecución conjunta, que igualmente representa un elemento constitutivo de la coautoría, según una posición discutida, pero correcta. El autor de despacho no ejecuta por sí mismo, "no se ensucia las manos", sino que se sirve de órganos ejecutores. Incluir en la coautoría el ocasionamiento de un hecho supone destruir los límites de la coautoría y difuminar toda delimitación posible con respecto a la autoría mediata y la inducción.

En segundo lugar, la tesis de la coautoría sortea la diferencia estructural determinante entre autoría mediata y coautoría, que reside en que la autoría mediata está estructurada verticalmente (en el sentido de un proceso de arriba hacia abajo, del que ocasiona al ejecutor) y la coautoría horizontalmente (en el sentido de actividad pareja, simultánea, "fundamentadora de comunidad"). Con razon dice BLOY [461]: «Cuando se trata —como aquí— de comportamiento nítidamente coordinado en vertical, en el que el papel de los sujetos de detrás está sujeto de entrada a la comisión del hecho por mano ajena, todo habla claramente en contra de la coautoría y en pro de la autoría mediata.»

[458] *AT*[2], 1991, pp. 21-103, con nota 190.

[459] Con más detalle *infra*, pp. 733 ss.

[460] *NStZ*, 1995, p. 27.

c) *La calificación de inducción*

La estimación de que los sujetos de detrás que llevan adelante sus planes delictivos con ayuda de una maquinaria de poder que dominan no son autores mediatos, ni coautores, sino inductores, antes de la sentencia BGHSt 40, 218, que impuso en la jurisprudencia la calificación de autoría mediata, no tenía más partidarios. De entonces acá ha encontrado algunos más. Así, HERZBERG [462] dice, en contraste con la concepción que mantenía antes [463]: «Hitler, Himmler y Honecker no perpetraron como autores las muertes que ordenaron, sino que las ocasionaron como inductores.» En términos semejantes, KÖHLER [464] señala: «En los supuestos de "dominio de la organización" determinante, ha de apreciarse inducción.» Ambos autores, al igual que JAKOBS, se basan en una consideración puramente mormativizante. El dominio real y el poder de dirección de los sujetos de detrás lo dejan de lado como "facticista" o "naturalístico" y, por tanto, como intrascendente. En su lugar, la responsabilidad jurídico-penal del ejecutor excluiría de entrada la autoría mediata. Así, leemos en KÖHLER: «En tanto que se atienda a la fungibilidad del individuo en la organización del hecho en división del trabajo, ello nada altera en la responsabilidad concreta de ésta, no procurándole, por tanto, al sujeto de detrás posición de autor alguna.» Así pues, el fundamento de esta construcción es también el principio de autonomía y, por tanto, el rechazo por principio del "autor de detrás del autor". Lo cual es predicable también de RENZIKOWSKI [465], tercer defensor de la solución de la inducción. Al igual que KÖHLER, no rechaza el dominio del hecho del que imparte las órdenes, pero lo declara irrelevante [466]: «El sujeto de detrás posee, bien es verdad, la posibilidad garantizada por el aparato de realizar sus planes al margen

[461] *GA*, 1996, 440.

[462] En su artículo inédito «Mittelbare Täterschaft und Anstiftung in formalen Organisationen», ponencia presentada un congreso en Moritzburg bei Dresden (septiembre de 1997). Al no estar disponible aún la versión destinada a imprenta, no resulta posible un debate más profundo sobre las tesis mantenidas.

[463] *Täterschaft und Teilnahme*, 1977, pp. 34 ss.

[464] *AT*, 1997, p. 510. Puesto que rechaza de plano la autoría mediata fuera de los supuestos de error fáctico, esto resulta evidente en el contexto de su concepción. Debate al respecto *supra* pp. 694 ss.

[465] *Restriktiver Täterbegriff*, pp. 87 ss. Controversia con este autor y con el principio de autonomía ya *supra*, pp. 709 ss.

[466] *Restriktiver Täterbegriff*, p. 89.

de quién sea el ejecutor. Esta posibilidad, sin embargo, no puede suplir la falta de dominio fáctico en el caso concreto, a menos que se quiera echar por tierra el fundamento de la teoría del dominio del hecho en su totalidad.»

No obstante, ésta es una restricción del entendimiento de la teoría del dominio del hecho obligada por el principio de autonomía que no se ajusta a la realidad. KÖHLER es consecuente al no reconocer, desde el principio, el dominio del hecho como criterio de la autoría mediata [467]. Pero en tanto que RENZIKOWSKI sólo atiende a si se domina la persona del ejecutor casual desconocida e indiferente para el sujeto de detrás, expulsa el dominio garantizado por el aparato (la "posibilidad garantizada" de realización del tipo, que él mismo admite) del concepto de dominio. Su objeción [468] de que "las acciones hipotéticas de terceros" no deben tenerse en cuenta en Derecho Penal olvida que el funcionamiento del aparato es una realidad y no una hipótesis [469]. Cuando Hitler o Stalin ordenaron matar a sus opositores, ello fue obra suya (si bien obra no sólo suya). Decir que no son autores de sus delitos, sino que se limitaron a inducir a otros, contradice los adecuados principios de la imputación social, histórica e incluso jurídica en concepto de autor. El propio JAKOBS [470], con todo su normativismo, es lo suficientemente "naturalístico" para confesar: "La concurrencia de dominio", que obviamente él considera co-dominio, "no cabe ponerla en duda en tales casos". Aquel que, no obstante, propugne inducción, debe decir adiós a la teoría del dominio del hecho y delimitar autoría y participación con otros criterios. Pero ya se puso de manifiesto (*supra* pp. 705 ss.) que la autonomía del ejecutor es inadecuada como criterio exclusivo de delimitación.

Este resultado se confirma por comparación con los supuestos de verdadera inducción. El inductor tiene que empezar por buscar un autor, el autor de despacho sólo tiene que dar la orden; el inductor debe tomar contacto con el autor potencial, enrolarlo para su plan y, en su caso, vencer su resistencia; todo lo cual puede ahorrárselo el que manda en una organización jerárquica. Asimismo, no hay que olvidar que Hitler y dictadores análogos, con ayuda del aparato a su disposición podían desencadenar un potencial de destrucción y de vulnerar la legalidad no comparable ni de lejos con el de un inductor normal. Al situar en plano de igualdad su poder de dominio con el influjo de un inductor se nivelan, por simplificación normativa, marcadas diferencias materiales. Lo cual viene demostrado por el lenguaje común, que habla naturalmente de "autor de despacho" y no de "inductor de despacho".

[467] En contra de su postura, cfr. *supra*, pp. 695 ss.

[468] *Restriktiver Täterbegriff*, p. 89.

[469] Al margen de que los cursos causales hipotéticos, si bien nada alteran en la causalidad, sí pueden influir en la imputación.

[470] *NStZ*, 1995, p. 27.

d) *¿Extensión del "dominio de la organización" al mundo empresarial?*

Un problema puesto de actualidad por la jurisprudencia reciente reside en si la autoría mediata en virtud de maquinarias de poder organizadas cabe trasladarla a las estructuras jerárquicas en el mundo empresarial (cfr. *supra* pp. 677 s.). La cuestión se plantea asimismo en la doctrina [471], pero en la mayoría de los casos se rechaza [472].

Cuando en una gran empresa moderna que participa en la vida económica dentro del ordenamiento jurídico, un jefe de departamento exhorta a un empleado a cometer falsedad documental (*vid. supra* núm. 38 *in fine*), de llegarse a la comisión, es sólo inductor del delito cometido en concepto de autor por el empleado (aun cuando el empleado sea fungible), puesto que de una organización que trabaja en el marco de la legalidad debe esperarse que no hay que obedecer las órdenes antijurídicas; así lo prescribe, p. ej., la legislación de funcionarios. Un ejemplo gráfico de la extensión de la autoría mediata aplicándola a relaciones articuladas jerárquicamente lo proporciona la famosa sentencia de la interrupción del tratamiento médico, BGHSt 40, 257, que ya fue analizada *supra* (núm. 39).

F. *El instrumento doloso sin intención*

Al tipo de los delitos de apropiación (§§ 242, 246 StGB) sólo se le había atribuido hasta la fecha el apropiarse, pero no la apropiación para otro. Así pues, si el sujeto de detrás exhortaba a otro a hurtar una cosa ajena para él y éste cumplía tal deseo, al que sustraía, según la opinión general, le faltaba la intención de apropiarse la cosa sustraída en interés de otro, no pudiendo ser, por tanto, castigado como autor de hurto. Según la concepción tradicional, se castigaba al sujeto de detrás como autor mediato de hurto y al ejecutor como cómplice en su modalidad de instrumento doloso sin intención. Esta construcción ya fue rechazada en esta obra por incompatible con la teoría del dominio del hecho (cfr. *supra* pp. 286 s., 371-380), pues la exhortación del sujeto de detrás sólo corresponde a la inducción, dado que la decisión sobre que se cometa el hurto y, por tanto, el dominio del hecho sólo reside en el ejecutor.

[471] Cfr. SCHÜNEMANN, *Unternehmenskriminalität*, pp. 102 ss.; RANSIEK, *Unternehmensstrafrecht*, pp. 46 ss.; LACKNER-KÜHL, *StGB*[23], 1999, § 25, núm. marg. 2; en definitiva también FREUND, *AT*, 1998, § 10, núms. margs. 102 ss. (en todo caso pasando por la autoría simultánea de titulares de funciones con responsabilidades especiales, lo que acaba desembocando sólo en la autoría del garante por omisión).

[472] KÜHL, *AT*[2], 1997, § 20, núm. marg. 73b, con bibliografía; ROTSCH, *Individuelle Haftung*, pp. 144 ss.; *NStZ*, 1998, pp. 493 ss.; AMBOS, *GA*, 1998, p. 239.

Desde siempre estimé en estos casos (*supra* pp. 373 ss.) inducción del sujeto de detrás, con la fundamentación de que también la apropiación para otro constituye un "apropiarse", porque el ejecutor, al transmitir la cosa al instigador, dispone de tal cosa como un propietario. Ciertamente, esta concepción ganó en la doctrina numerosos partidarios (cfr. ed. anterior, p. 655, nota 362), pero ni en ella ni en la jurispruencia (BGHSt 41, 187 ss., Pleno) logró imponerse del todo. También era absolutamente insatisfactorio el efugio de castigar al sujeto de detrás por apropiación indebida y al ejecutor como cómplice de tal delito [473], al no quedar así abarcado por completo el ilícito de la sustracción.

El legislador de la VI Ley de Reforma Penal de 26 de enero de 1998, por fortuna, modificó el tenor literal de los §§ 242, 246 StGB en el sentido de la concepción mantenida aquí ya desde la primera edición, considerando suficiente respectivamente que el autor se apropie [la cosa] antijurídicamente para sí o para tercero. Desde nuestra postura, ésta no es una reforma material de la ley, sino sólo una aclaración en el sentido de que también la transmisión de la cosa a un tercero, dándose dominio del hecho, es una apropiación en concepto de autor.

Téngase la opinión que se tenga de la situación jurídica anterior, con arreglo al Derecho vigente ya no existe el ejecutor doloso sin intención que tenga dominio del hecho, de manera que el "sujeto interpuesto" en estos casos es siempre autor y el que exhorta inductor.

Lo cual no significa que no exista instrumento sin intención. Pero tales casos sólo son posibles cuando el "instrumento" no sabe que está siendo utilizado para la comisión de un delito y es, por lo tanto, "no doloso". Lo cual ocurre, p. ej., cuando un sujeto determina que otro le procure una cosa mueble ajena mediante sustracción, supuestamente sólo para usarla por un tiempo y en realidad con el ánimo de apropiación antijurídica. Aquí el sujeto de detrás es autor mediato, pues el que el ejecutor desconozca el dolo del sujeto de detrás (p. ej., referido a la ajenidad de la cosa) o sólo el ánimo de apropiación de éste, resulta indiferente para el dominio del hecho del instigador. Ni en uno ni en otro caso sabe el instrumento que está siendo utilizado para un hurto.

Lo mismo cabe afirmar cuando el sujeto de detrás hace creer al ejecutor que tiene una pretensión vencida, no sujeta a excepciones, sobre una cosa, instigándole a sustraerla para él, puesto que si, con la doctrina dominante que ha de suscribirse, de concurrir una pretensión en esos términos se niega la antijuricidad de la apropiación, al así engañado, en la sustracción que ejecutó, le falta el ánimo de apropiación antijurídica. Por eso, no realiza

[473] Cfr. al respecto, con bibliografía, la edición anterior española, p. 693, nota 363.

el tipo subjetivo y el sujeto de detrás, por ejercer el dominio en virtud de error, es autor mediato [474].

3. El dominio del hecho funcional

A. *Noción básica*

El concepto de "dominio del hecho funcional", mediante el que he intentado [475] caracterizar a la coautoría, ha sido acogido ampliamente en la doctrina [476]. Sustancialmente, estimar que la "cooperación en división del trabajo" fundamenta coautoría constituye doctrina dominante [477]. También la teoría de STEIN [478], con un planteamiento distinto, que atiende a la perentoriedad

[474] Cfr. acerca de este grupo de casos, asimismo, KRÜGER, *Jura*, 1998, 616, quien, sin embargo, habla (sin razón) del instrumento "doloso" sin intención, tildando de "sumamente cuestionable" a la contrucción de la autoría mediata, y no es así, debido a la falta de dolo de hurto en el ejecutor.

[475] *Supra*, pp. 305-336. Estas indicaciones las he continuado en *LK*[11], 1993, § 25, núms. margs. 153 ss., así como en mi artículo «Die Mittäterschaft im Strafrecht», *JA*, 1979, p. 519.

[476] ESER, *StrafR* II[3], 1980, caso 37, núm. marg. 24; caso 39, núm. marg. 6; GROPP, *AT*, 1998, § 10, núms. margs. 81 ss.; JESCHECK-WEIGEND, *AT*[5], 1996, p. 679; KÜHL, *AT*[2], 1997, § 20, núm. marg. 27; LACKNER-KÜHL, *StGB*[23], 1999, § 25, núm. marg. 11; MAURACH-GÖSSEL, *AT/2*[7], 1989, pp. 49-5; RUDOLPHI, *Bockelmann-Festschrift*, 1979, pp. 369, 374; SAMSON, *SK*[5], 1993, § 25, núm. marg. 117; SEELMANN, *JuS*, 1980, p. 574; STOFFERS, *MDR*, 1989, p. 210; STRATENWERTH, *AT*[3], 1981, núm. marg. 823; WESSELS-BEULKE, *AT*[28], 1998, núm. marg. 514. Con la limitación que después se dirá, HERZBEG, *Täterschaft und Teilnahme*, 1977, pp. 57 ss.; JAKOBS habla, «con apoyo en la distinción de Roxin», de «dominio de la decisión» (*AT*[2], 1991, pp. 21-25, nota 86). También la reciente monografía de BLOY, *Zurechnungstypus*, pp. 369 ss., sigue del todo la postura aquí desarrollada.

[477] En su obra *Der Verbrechensversuch des Mittäters und des mittelbaren Täters (La tentativa de delito del coautor y del autor mediato)*, 1975, SCHILLING propugna considerar a la coautoría «simplemente como forma de la autoría única múltiple» (p. 74). Sin embargo, pese a no querer adscribirse SCHILLING a ninguna concreta teoría de la autoría, en el fondo esto es compatible sólo con una concepción puramente causal, que conduciría al concepto extensivo de autor y al fin y a la postre a la autoría unitaria, con la que el propio SCHILLING simpatiza ostensiblemente al final de su obra (pp. 115 ss.). Por el contrario, hay que atender, en el sentido del análisis estructural expuesto *supra*, a que la coautoría representa una forma autónoma de autoría en la que el individuo no es autor único, pero tampoco sólo "autor de una parte", sino que, a través de su parte del hecho, tiene en sus manos el hecho en su totalidad en unión con otros (cfr. *supra*, p. 308, enlazando con WELZEL). La crítica a SCHILLING se expone ampliamente en KÜPER, *Versuchsbeginn und Mittäterschaft*, 1978. Cuestión distinta es si no habrá que darle la razón a SCHILLING en que (frente a la postura señalada *supra* pp. 490 ss., hoy absolutamente dominante) también en la tentativa sólo hay que considerar coautor a aquel que ha intervenido por sí mismo en la fase de tentativa. Una investigación profunda de VALDAGUA, *ZStW*, 98 (1986), pp. 839 ss., sugiere estimar que es más consecuente, desde la perspectiva de la teoría del dominio del hecho, requerir para la coautoría en la tentativa también el dominio conjunto del hecho en la fase de tentativa (ahora asimismo ROXIN, *LK*[11], 1993, § 25, núms. margs. 198 ss.; asimismo ya RUDOLPHI, *Bockelmann-Festschrift*, 1979, pp. 383 ss.; BLOY, *Zurechungstypus*, pp. 265 ss.; cfr. asimismo STEIN, *Beteiligungsformenlehre*, p. 318; en favor de la opinión aquí mantenida STOFFERS, *MDR*, 1989, pp. 208 ss., 211 ss.

[478] *Beteiligungsformenlehre*, pp. 319 ss. STEIN requiere una aportación al hecho en la fase ejecutiva, y, sin embargo, rechaza el requisito del carácter «esencial» de esta aportación al hecho, así como el de la resolución común del hecho, por no ajustarse a su sistema (p. 326).

de las normas de conducta, así como las concepciones idealistas de KÖHLER [479] y KLESCZEWSKI [480], llegan a resultados semejantes.

No obstante, críticos recientes objetan a mi planteamiento que sólo atiende, unilateralmente, al poder de inhibición, negativo, del coautor (desde una consideración *ex ante*, no realizando su aportación, puede hacer fracasar el delito), en lugar de resaltar el elemento positivo de la coautoría [481].

En particular, DÍAZ Y GARCÍA-CONLLEDO ha presentado una nueva concepción de la coautoría que ha merecido atención también en Alemania. DÍAZ objeta a mi concepción del "dominio del hecho funcional" que quien no ejecuta la acción delictiva por sí mismo, sujetando, p. ej., a la víctima, para que el otro la apuñale, ejerce sólo un "dominio del hecho negativo". Puede, permaneciendo inactivo (esto es, no sujetando a la víctima) hacer fracasar el delito, pero nunca realizar el tipo. Esto sólo lo hace aquel que apuñala, ejerciendo así el "dominio del hecho positivo". DÍAZ propugna limitar la coautoría al dominio del hecho positivo, como el que concurre cuando tres autores asestan a la víctima sendas apuñaladas que sólo en su conjunto determinan la muerte. A mi juicio, la concepción de DÍAZ restringe en exceso la coautoría, porque la cooperación "positiva" en la acción delictiva, tal como él la entiende, ya constituye de por sí autoría directa (si, p. ej., varias personas sustraen cosas, con ánimo de lucro, ejecutando un plan conjunto); así pues, los supuestos más importantes en la práctica son precisamente aquellos que DÍAZ propugna extraer de la coautoría como manifestaciones del dominio del hecho negativo.

Además, la distinción entre dominio del hecho positivo y negativo, en el sentido de DÍAZ, no aprehende con total acierto la estructura del dominio del hecho funcional, pues —por seguir con el ejemplo del apuñalamiento— el que sujeta, al "tener lista" a la víctima, realiza una aportación a la realización del tipo tan "positiva" como la del que apuñala. El que no llevar a efecto tal aportación haga fracasar el plan es sólo el reverso "negativo" de este dominio positivo del hecho. En el propio sujeto que apuñala no está estructurado de forma distinta el co-dominio: También en él supone el reverso de su parte positiva del hecho que su omisión haría fracasar el plan. Así pues, la distinción pretendida no puede fundamentar la diferencia valorativa de las aportaciones al hecho. Tanto si el coautor sujeta a la víctima para permitir el apuñalamiento letal como si le asesta una puñalada que junto con otras determina el resultado, en ambos casos los intervinientes dependen unos de otros y, por su hacer "positivo", son señores conjuntos del suceso.

[479] *Strafrecht, AT*, 1997, pp. 513 ss.; cfr. ya *supra*, pp. 694 ss.

[480] *Selbständigkeit*, pp. 318 ss. «Sin duda [con el concepto de dominio funcional del hecho] están descritos acertadamente algunos rasgos de la coautoría»; en la «limitación de la coautoría a la actuación conjunta en la fase ejecutiva», su planteamiento presenta puntos de contacto con el aquí defendido. Con respecto a la crítica suya, en seguida en el texto.

[481] DÍAZ Y GARCÍA-CONLLEDO, *La autoría en Derecho Penal*, 1991, pp. 679 ss., 691 ss.; KLESCZEWSKI, *Selbständigkeit*, pp. 318 ss.

B. *La decisión del hecho conjunta*

Bajo la influencia de su maestro, JAKOBS [482], han discutido DERKSEN [483] y LESCH [484] la necesidad de resolución común del hecho en la coautoría. A su juicio, «basta una resolución de ajustarse, por medio de la cual el interviniente que no ejecuta directamente, pero colabora configurando, enlaza su aportación con el obrar del ejecutor» [485]. En la acción conjunta de varias partes del hecho, estos autores llevan a cabo una imputación objetiva en la que no ha de atenderse a elementos subjetivos como el de la resolución común del hecho. No cabe compartir este planteamiento, puesto que la "comisión conjunta" requerida por la ley (§ 25.2) presupone un dominio del hecho conjunto y, por tanto, una división del trabajo consciente por ambas partes. Imputar a los demás como "comisión conjunta" una "colaboración" unilateral, conocida como tal sólo por uno de los "coautores", vulnera el tenor literal de la ley y por ende la prohibición de la analogía [486]. Además, admitir la coautoría unilateral entraña el peligro de extender excesivamente esta figura. KÖHLER [487] cree, no sin razón, que esta teoría «se retrotrae a antes del finalismo y prácticamente desplaza los límites hasta la complicidad». Asimismo, desplaza el límite hasta la autoría mediata, como ya se puso de manifiesto con respecto al dominio de la organización (*supra* p. 726), en el que JAKOBS considera coautor al sujeto de detrás, a pesar de faltar la decisión del hecho conjunta.

Por otra parte, hay que conceder que la "decisión de ajustarse", limitándola a la fase ejecutiva, de por sí no contradice a la idea de "co-dominio". El que en el descansillo de la escalera sujeta y abate a golpes al policía que, alertado por teléfono, se dirigía a detener al autor de unas lesiones que estaban teniendo lugar dentro de un piso, de manera que éste puede consumar tranquilamente las lesiones, también realiza una aportación fundamentadora de co-dominio en la fase ejecutiva si el que golpea no se da cuenta en absoluto de esta aportación al hecho que precisamente posibilita el resultado. Ahora bien, el legislador sólo ha conminado con la pena por autoría, en tanto que fundamentador de coautoría, el co-dominio conjunto (y no el unilateral); y esta solución restrictiva es loable también desde la perspectiva de política jurídica por las razones antecitadas. El propio BGH ha vuelto a pronunciarse en 1997 en este sentido [488]: «La coautoría no se

[482] *AT*², 1991, pp. 21-43.

[483] GA, 1993, pp. 163 ss.

[484] *ZStW*, 105 (1993), pp. 271 ss.

[485] JAKOBS, *AT*², 1991, pp. 21-43.

[486] Con respecto la crítica a LESCH, con más detalle KÜPPER, *ZStW*, 105 (1993), pp. 295 ss. En contra de la concepción de JAKOBS y sus discípulos de nuevo KÜPPER, *GA*, 1998, p. 526, así como INGELFINGER, *JZ*, 1995, 708, y RENZIKOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff*, p. 102.

[487] KÖHLER, *AT*, 1997, p. 516, nota 71.

[488] BGHR, StGB, § 25.2, coautor 29.

da ya en el caso de acuerdo unilateral con el delito de otro y la puesta en práctica de tal acuerdo; por el contrario, hace falta que... todos obren en cooperación consciente y querida...»

C. *La exclusión de los actos preparatorios del ámbito de la coautoría*

El punto de divergencia sustancial reside actualmente en la cuestión de si —como ha estimado siempre la jurisprudencia por la vía de la teoría subjetiva— basta la intervención en la fase preparatoria para fundamentar la coautoría o si resulta necesaria la cooperación que completa la aportación al hecho de los otros en la propia fase ejecutiva. La segunda postura, notablemente más estricta, que he intentado fundamentar a fondo *supra* [489], y que antes era defendida por muy pocos, ha ido encontrando infinidad de nuevos partidarios [490], de modo que probablemente acabe por imponerse [491], simultáneamente al avance de la teoría del dominio del hecho en la jurisprudencia. Precisamente entre las posturas doctrinales últimas es donde más se ha impuesto la concepción de que la coautoría se limita a la fase ejecutiva. KÖHLER [492] y KLESCZEWSKI [493] mantienen la "referencia de la coautoría a la ejecución del hecho". La misma postura es defendida asimismo por RENZIKOWSKI [494] que hace valer aquí con toda razón la idea, de la que tanto se abusa, de la autonomía (debiéndose uno preguntar por qué no reparan en esto tantos otros defensores de la idea de la autonomía): «El que se limita a cooperar en la fase preparatoria, cede la auténtica realización del tipo a la decisión autónoma de los demás.» ZIESCHANG [495] ha vuelto a sopesar todos los argumentos, concluyendo que no existe ninguna razón plausible

[489] Pp. 323-336; más pormenorizado en *LK*[11], 1993, § 25, núms. margs. 179 ss.; *JA*, 1979, pp. 522 ss.; *StrV*, 1985, p. 278; *JR*, 1991, p. 206.

[490] BLOY, *Zurechnungstypus*, pp. 197 ss.; BOTTKE, *Gestaltungsherrschaft*, pp. 89, 90; ESCHENBACH, *Jura*, 1992, pp. 644 ss.; GALLAS, *Materialien*, t. 1, p. 137; GIMBERNAT ORDEIG, *ZStW*, 80 (1968), pp. 931 ss.; HARDWIG, *JZ*, 1965, p. 667; HERZBERG, *JuS*, 1974, p. 722; 1975, pp. 35 ss.; *Täterschaft und Teilnahme*, 1977, pp. 64 ss.; *ZStW* 99 (1987), pp. 58 ss.; *JZ*, 1991, pp. 859 ss.; H. MAYER, *StuB*, 1967, p. 161; RUDOLPHI, *Bockelmann-Festschrift*, 1979, pp. 372 ss.; *NStZ*, 1994, p. 436; STEIN, *Beteiligungsformenlehre*, pp. 319 ss.; *StrV*, 1993, p. 414; SAMSON, *SK*[5], 1993, § 25, núm. marg. 122. En definitiva también SCHMIDHÄUSER, *AT*[2], 1975, pp. 14-22; ahora más cauteloso en *StuB*[2], 1984, pp. 10-64.

[491] También STEIN, *Beteiligungsformenlehre*, reclama la cooperación en la fase ejecutiva, y lo fundamenta, de modo bastante complicado, con la perentoriedad no disminuida de la norma de conducta que afecta al coautor (p. 322). Constitutivas de coautoría son para él «las formas de conducta en cuya peligrosidad se interpone el comportamiento futuro de un sujeto de delante, el cual ciertamente tiene impuesto un deber de conducta pleno y posee la capacidad intacta de cumplir el deber, pero en el que, sin embargo, por otra parte, el proceso de motivación ha avanzado tanto en dirección a la infracción del deber y el comportamiento planeado contrario a deber se encuentra ya tan cercano que el deber en la práctica ya no tiene posibilidades de desplegar su eficacia determinante».

[492] *AT*, 1997, p. 516.

[493] *Selbständigkeit*, p. 318, y *passim*.

[494] *Restriktiver Täterbegriff*, p. 103.

[495] *ZStW*, 107 (1995), pp. 360 ss.

que justifique la virtualidad fundamentadora de coautoría de los actos preparatorios.

Una revitalización parcial de la teoría subjetiva la ha intentado, al menos en el ámbito de la coautoría, CRAMER [496], quien señala [497] que aquí «con el sólo auxilio de criterios del dominio del hecho, no cabe efectuar una delimitación segura entre coautoría y complicidad», debiéndose «incluir asimismo en el enjuiciamiento la disposición interna del afectado con respecto a su obrar». Y lo ilustra con un ejemplo: «Quien sujeta a la víctima para que otro la apuñale, no tiene que ser necesariamente autor, pudiendo ser también cómplice siempre que a su acto parcial, debido a su disposición, simplemente haya que atribuirle una significación subordinada con respecto a la actividad de los demás intervinientes. Sin embargo, de considerar él que desempeña un papel de socio en plano de igualdad, se calificará de autoría». No me parece una postura plausible. El propio CRAMER aclara que «la fórmula del *animus auctoris* y del *animus socii* [es] inútil.» Sin embargo, no queda claro de qué modo pretende él mismo averiguar la "disposición interna". Difícilmente cabe tener en cuenta otros puntos de vista que los del "interés" y la "subordinación de la voluntad", utilizados por la jurisprudencia para atribuir la voluntad de autor o de partícipe. Pero éstos cabe interpretarlos (ya se ha expuesto suficientemente) como se quiera. La seguridad en la delimitación, frente a lo que estima CRAMER, no aumenta con su aplicación, sino que queda anulada. Lo cual se desprende asimismo del ejemplo de CRAMER: Para la teoría del dominio del hecho es sin duda coautor quien sujeta a la víctima para que otro la apuñale, pues lo imprescindible de su función lo convierte en co-dominador del hecho. No alcanzo a entender por qué ésta no es una "delimitación segura". Por el contrario, la verificación y estimación de la "disposición interna" deja un margen amplio y oscilante a la interpretación. Por eso, también en este ámbito, hay que despedirse de la teoría subjetiva [498].

Pero entre los propios autores que, coincidiendo con la postura aquí preconizada, sólo estiman coautoría cuando el interviniente efectúa una aportación esencial al hecho en la fase ejecutiva, existen diferencias de opinión en puntos concretos. Así, yo requiero para el coautor, si bien no la presencia

[496] *Bockelmann-Festschrift*, 1979, pp. 400 ss.; SCHÖNKE-SCHRÖDER-CRAMER, *StGB*[25], 1997, ante § 25, núms. margs. 84 ss. Crítica en profundidad a CRAMER también en BLOY, *Zurechnungstypus*, pp. 370 ss.

[497] Las citas proceden de *Bockelmann-Festschrift*, 1979, pp. 401-403.

[498] Por el contrario, KÜPPER, *GA*, 1986, pp. 445 ss., se opone a la teoría subjetiva en tanto que propugna que para el dominio del hecho basta la cooperación en la fase preparatoria y entre otras razones basa su tesis precisamente en que la teoría del dominio del hecho y la teoría subjetiva no se distinguen ya esencialmente. Pero éste es un compromiso falso, porque justamente haber reconocido las aportaciones en concepto de coautoría en la fase preparatoria es lo que ha hecho incurrir a la delimitación entre coautoría y complicidad en la inseguridad que aún hoy la aqueja. Pormenorizadamente en el sentido de la teoría aquí defendida, BLOY, *Zurechnungstypus*, pp. 196 ss.; *JZ*, 1991, pp. 856 ss. (862).

en el lugar del hecho, sí al menos alguna cooperación en el momento del hecho (aun cuando sea por teléfono, por radio o a través de intermediarios), que puede consistir, p. ej., en impartir o transmitir órdenes o en cubrir [499]. En cambio, STRATENWERTH [500], que por lo demás comparte mi postura, entiende que en el organizador no hay que atender al momento en que se produce su aportación al hecho: «El plan prefigura la conducta de los intervinientes en la fase ejecutiva, configura los papeles individuales y, por tanto, hace que el organizador participe del dominio del hecho» [501]. Esta apreciación me parece aventurada, ya que son muchas las aportaciones en la fase preparatoria (procurar el veneno, dar la información decisiva, espiar sobre la ocasión más oportuna, etc.) que perduran hasta el final del hecho y en esa medida co-determinan decisivamente la ejecución sin por eso fundamentar coautoría (ni siquiera en opinión de STRATENWERTH); consiguientemente, no se entiende lo que el "planeamiento y la organización" [502] tienen de particular [503]. En el mismo sentido, HERZBERG considera que también aquí "ha de prevalecer la consecuencia" [504]. Sin embargo, en esta medida se trata de diferencias insignificantes sobre un fondo de coincidencia básica.

Mayor es la divergencia en JAKOBS [505], para quien el "dominio de la decisión" también puede producirse mediante aportaciones en la fase preparatoria. Naturalmente, también matiza [506]: «Que sean precisamente las aportaciones anteriores a la ejecución las que hayan posibilitado el hecho, no procura dominio de la decisión, como se pone de manifiesto en el inductor y en el cómplice necesario: ambos hacen posible el hecho y, sin embargo, constituyen prototipos de partícipes.» Pero cuando un interviniente «mediante promesas, represalias, etc., guía la motivación del ejecutor hacia la ejecución, sin que el influjo alcance la dimensión necesaria para la autoría mediata», el *minus* del sujeto de detrás en el "dominio de la decisión" quedaría compensado por «un *plus* en el dominio material en forma del dominio de configuración, que se ejerce en la preparación. Aun sin participación alguna en el dominio de la decisión, es posible la coautoría mediante configuración o al menos co-configuración». Entiendo que este planteamiento

[499] Cfr. *supra*, pp. 310, 330; de acuerdo SAMSON, *SK*[5], 1993, § 25, núm. marg. 122.

[500] *AT*[3], 1981, núm. marg. 824.

[501] Le siguen JESCHECK-WEIGEND, *AT*[5], 1996, p. 680; BEULKE, *JR*, 1980, p. 424; SEELMANN, *JuS*, 1980, p. 573; KÜPPER, *GA*, 1986, p. 446.

[502] Con respecto a las posibilidades, que aquí se dan, de autoría mediata y de dominio de organización, cfr. *supra*, p. 330.

[503] Cfr. al respecto ya mis observaciones en *ZStW*, 84 (1972), p. 1011; *vid.* asimismo JAKOBS, *AT*[2], 1991, pp. 21-47, nota 103: «... pero toda aportación causal surte efecto en la ejecución». De acuerdo conmigo ZIESCHANG, *ZStW*, 107 (1995), p. 375.

[504] *Täterschaft und Teilnahme*, 1977, pp. 64 ss. (68).

[505] *AT*[2], 1991, pp. 21-47; en términos semejantes OTTO, *Jura*, 1987, p. 253; el mismo, *Grundkurs*, *AT*[5], 1996, § 21, núm. marg. 61.

[506] *AT*[2], 1991, pp. 21-48; análogamente KÜHL, *AT*[2], 1997, § 20, núm. marg. 111, con arreglo al cual sólo "actos preparatorios decisivos" podrían fundamentar coautoría.

no es acertado, pues sitúa la delimitación entre autoría y participación en la misma vaguedad que la teoría subjetiva; en efecto, sobre qué *plus* de intervención en la preparación compensa el *minus* de dominio del hecho en la ejecución son posibles las opiniones más diversas en el caso concreto [507]. Además, me parece que supone transformar participación en autoría el hacer ascender a autoría, dando un rodeo por la coautoría, acciones de determinación del hecho que para la autoría mediata no presentan el suficiente dominio y que se deberían, por tanto, calificar de inducción [508]. La coautoría se convierte así, en tanto que se base en actividad simplemente preparatoria, en "autoría mediata de segundo orden", lo que tampoco es en principio para JAKOBS [509].

D. *La coautoría aditiva*

HERZBERG, por otra parte, aun subrayando [510] que "coincide materialmente en gran medida" con mi concepción, defiende la postura de que un grupo determinado de casos, al que llama de coautoría "aditiva", no cabe abarcarlo con mi término de lo funcional y en general tampoco con el concepto de dominio del hecho [511]. Idea el caso en que en un atentado veinte conjurados disparan al mismo tiempo a la víctima "para hacer más probable el resultado". En efecto, el plan consigue su objetivo, pero, como algunas balas han errado el blanco, no es posible averiguar de quién procedían los disparos mortales [512]. HERZBERG pretende aquí —con razón— afirmar la coautoría, puesto que de lo contrario, por el principio *in dubio pro reo,* habría que absolverlos a todos. Sin embargo, entiende que no se da coautoría funcional en cada caso, pues si intervienen muchos autores no debe atenderse a su aportación individual. «Es sumamente probable (y habría que suponerlo, dado el caso, en su favor) que el hecho colectivo, en cuanto a su transcurso y efectos, habría sido el mismo» [513] si un interviniente determinado no hubiera colaborado. Esta reflexión le lleva a concluir que «en ciertas circunstancias responde también como coautor aquel que no tiene dominio del hecho» [514].

Sin embargo, esta postura no convence. Precisamente porque los conjurados sabían que el disparo de cada uno de los demás podría no acertar,

[507] El propio JAKOBS concede (*AT*[2], 1991, pp. 21-48, nota 105a) que el "dominio de configuración" es un concepto difuso.

[508] De acuerdo ZIESCHANG, *ZStW*, 107 (1995), p. 370, nota 38.

[509] *AT*[2], 1991, pp. 21-40.

[510] *Täterschaft und Teilnahme*, 1977, p. 70; le sigue SEELMANN, *JuS*, 1980, p. 574.

[511] MAURACH-GÖSSEL, *AT/2*[7], 1989, pp. 49-37 ss., por el contrario, estiman en tales casos coautoría en virtud de «participación en el dominio colectivo del hecho».

[512] *Täterschaft und Teilnahme*, 1977, p. 56; acerca de la problemática correlativa en los delitos imprudentes, cfr. la 2.ª edición de esta obra, pp. 533 ss.

[513] *Täterschaft und Teilnahme*, 1977, p. 58.

[514] *JuS*, 1974, p. 720.

cada tirador individual, con arreglo al plan, tenía una función esencial, pues de él podría depender el éxito. Lo cual constituye justamente un supuesto clásico de dominio del hecho funcional [515]. Desde el principio [516] he subrayado que sería erróneo «recurrir al planteamiento causal de la... teoría de la necesidad», queriendo verificar *ex post* si el individuo ha aportado una condición determinante en la ejecución; «más bien, desempeña ya una función necesaria, en el sentido de nuestra teoría, cuando todo habría dependido de él, dándose las circunstancias oportunas». También en el otro ejemplo de HERZBERG en que «cincuenta manifestantes no dejan de arrojar piedras hasta haber hecho añicos todas las ventanas de una embajada, los lanzamientos de cada uno, si obedecen al plan conjunto, tienen una función fundamentadora de coautoría, puesto que para una destrucción tan fulminante de todos los cristales de ventanas antes de llegar la policía hace falta un número así de elevado de cooperadores. Y aun cuando, excepcionalmente, no hubieran hecho falta, cada individuo ha ejercido, sin embargo, la función propia del papel que le correspondía en el plan; sin la pluralidad de intervinientes, se habría tratado de «un hecho distinto» [517]. HERZBERG menciona las "ingeniosas formas de dar por comprobado el dominio del hecho" [518], considerando inadmisible, evidentemente, el ingenio en la ciencia jurídica; sin embargo, se trata simplemente de fríos análisis estructuales. Por otra parte, no explica HERZBERG por qué quiere fundamentar la coautoría en tales casos. Él se remite sencillamente al tenor literal del § 25.2 [519]. Pero cuando se atribuyen a uno las partes del hecho de los demás, ello presupone algo más que la adición de acciones individuales simultáneas en plano de igualdad. Este "más" reside en la relevancia de cada aportación para el plan global. SCHMIDHÄUSER [520] y JAKOBS [521] han asumido los reparos de HERZBERG, pero, a diferencia de éste, propugnan negar la coautoría en tales casos. Sin embargo, me parece que contradice tanto el tenor literal como el sentido del § 25.2 StGB que la rotura de ventanas por parte de un grupo cerrado que obra con arreglo a un plan común no constituya un "cometer conjunto".

[515] Pormenorizadamente en contra de HERZBERG, en el sentido de la teoría aquí defendida, BLOY, *Zurechnungstypus,* pp. 372 ss.

[516] *Supra,* p. 313.

[517] Cfr. al respecto ya *supra,* p. 313. Con más detalle, en general, ROXIN, *JA,* 1979, p. 524.

[518] *JuS,* 1974, p. 720; en *Täterschaft und Teilnahme,* 1977, p. 59; HERZBERG no quiere negar la posibilidad de ampliar en tal sentido el concepto de la "función esencial"; pero es que con éste no se adelanta nada.

[519] *Täterschaft und Teilnahme,* 1977, p. 60, nota 9.

[520] *StuB* [2], 1984, pp. 10-62.

[521] *AT* [2], 1991, pp. 21-55; sólo existiría coautoría en la "configuración conjunta" que trascienda la propia aportación.

E. *Aportaciones al hecho alternativas*

RUDOLPHI [522] ha planteado un problema más: el de las aportaciones al hecho alternativas. Idea el supuesto en que los asesinos A y B acechan en caminos distintos a la víctima, que al final llega por el camino en que A está emboscado y resulta abatida por éste. RUDOLPHI entiende que B no puede ser coautor porque «la coautoría presupone siempre un cooperar cumulativo en la realización del tipo legal, y en cambio un cooperar meramente alternativo para alcanzar un resultado de injusto típico determinado no basta aún para fundamentar coautoría». Pero también aquí se está concibiendo demasiado estrictamente el concepto de dominio del hecho funcional. En efecto, A y B han organizado en común una celada en la que la víctima va a caer con seguridad. En la pertinente consideración *ex ante*, cada uno de los dos efectúa una aportación esencial al éxito del plan [523]. De todos modos, las aportaciones alternativas, para fundamentar coautoría han de llegar hasta la fase ejecutiva. Si, de acuerdo con un plan conjunto, en distintas ciudades del orbe diversos conjurados acechan a un alto dirigente político para abatirlo, lo que al final ocurre, sólo es autor de asesinato el tirador que efectivamente le dispara. Los demás conspiradores que han aguardado en vano sólo pueden quedar abarcados por el § 30.2 StGB (manifestarse dispuesto a cometer un delito) [524]. Pero ello no representa especialidad alguna de las aportaciones al hecho alternativas, sino sencillamente una consecuencia de la circunstancia de que coautor sólo puede ser aquel que efectúa una aportación esencial en la fase ejecutiva.

F. Error in persona *y coautoría sucesiva*

La falta de espacio no permite profundizar en la infinidad de cuestiones concretas de la coautoría [525]. No obstante, hay que aludir aún a dos puntos al menos. Mi tesis de que el *error in persona* de un coautor se presenta como exceso para los demás intervinientes, a los que no puede, por tanto, imputárseles [526] no ha podido, ciertamente, apear de su postura a la opinión

[522] *Bockelmann-Festschrift,* 1979, pp. 379 ss.; la cita literal, p. 380. En definitiva también STEIN, *Beteiligungsformenlehre,* p. 328.

[523] Con más detalle en general ROXIN, *JA,* 1979, pp. 524 ss.; en sentido aprobatorio, SEELMANN, *JuS,* 1980, p. 574; MAURACH-GÖSSEL, *AT/2* [7], 1989, pp. 49-39 ss.; BLOY, *Zurechnungstypus,* pp. 376 ss.; JOERDEN, *Strukturen,* pp. 81 ss.; KÜHL, *AT* [2], 1997, 20, núm. marg. 109; RENZIKOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff,* p. 287, nota 107; en favor de la coautoría asimismo DENCKER, *Kausalität,* pp. 129 ss.

[524] En contra de la coautoría en todo caso en supuestos de "alternatividad espacio-temporal", KÖHLER, *AT,* 1997, p. 518, nota 78. También en un caso así, con razones atendibles, en favor de la coautoría, MAURACH-GÖSSEL, *AT/2* [7], 1989, pp. 49-42.

[525] *Supra,* pp. 316-323.

[526] *Supra,* pp. 122 ss., 317 ss., 342 ss.; más exhaustivamente, cfr. mis consideraciones (con bibliografía) en *LK* [11], 1992, § 25, núms. margs. 91 ss., así como *AT/1* [3], 1997, § 12, núms. margs. 180 ss.

contraria dominante, pero sí ganar muchos partidarios [527]. Así pues, cabe considerar aún abierto el debate. Otro tanto ocurre con el problema de la coautoría sucesiva, en el que *supra* [528], frente a la "doctrina casi unánime", se intentó demostrar que al que se limita a intervenir después no se le pueden imputar en concepto de autor las circunstancias agravantes realizadas con anterioridad, porque la realización de éstas no está comprendida por su co-dominio. De entonces acá, esta postura ha pasado a preponderar en la doctrina [529], de manera que en la jurisprudencia [530] cabe esperar que se produzca un cambio de postura [531].

G. *Coautoría imprudente*

La figura de la coautoría imprudente, anteriormente sólo sustentada por contados autores [532], ha experimentado sobre todo en los últimos diez años

[527] ESER, *StrafR* II [3], 1980, caso 39; HERZBEG, *Täterschaft und Teilnahme,* 1977, pp. 62 ss.; SEELMANN, *JuS,* 1980, p. 572; SPENDEL, *JuS,* 1969, pp. 314 ss.; en definitiva asimismo SCHMIDHÄUSER, *AT* [2], 1975, pp. 14-19; *StuB* [2], 1984, pp. 10-61, que en el caso *BGHSt,* 11, 268, evidentemente rechaza ya la coautoría (con respecto a esta cuestión *supra,* pp. 342 ss.), Distingue JAKOBS, *AT* [2], 1991, pp. 21-45. En favor de la coautoría, p. ej.: FREUND, *AT*, 1998, § 10, núms. margs. 174 ss.; KÜHL, *AT* [2], 1997, § 20, núms. margs. 119 ss.

[528] Pp. 312-323.

[529] BOCKELMANN, *AT* [3], 1979, p. 189; BOCKELMANN-VOLK, *AT* [4], 1987, p. 190; ESER, *StrafR* II [3], 1980, caso 40, núms. margs. 16-19; FREUND, *AT*, 1998, § 10, núm. marg. 160; HERZBERG, *Täterschaft und Teilnahme,* 1977, p. 153; JAKOBS, *AT* [2], 1991, pp. 21-60; KÖHLER, *AT*, 1997, p. 520; KÜHL, *AT* [2], 1997, § 20, núms. margs. 126 ss.; KÜPER, *JZ,* 1981, pp. 570 ss.; RUDOLPHI, *Bockelmann-Festschrift,* 1979, pp. 377 ss.; SAMSON, *SK* [5], 1993, § 25, núm. marg. 124; SCHILLING, *Der Verbrechenversuch des Mittäters und des mittelbaren Täters,* 1975, p. 105; SCHMIDHÄUSER, *AT* [2], 1975, pp. 14-21; *StuB* [2], 1984, pp. 10-65; SCHÖNKE-SCHRÖDER-CRAMER, *StGB* [26], 1997, § 25, núm. marg. 91; SEELMANN, *JuS,* 1980, p. 573; STRATENWERTH, *AT* [3], 1981, núm. marg. 818; como aquí ahora también JESCHECK-WEIGEND, *AT* [5], 1996, p. 679, nota 18; GÖSSEL, *Jescheck-Festschrift,* 1985, pp. 537 ss.; EBERT, *AT* [2], 1993, p. 184; LACKNER-KÜHL, *StGB* [23], 1999, § 25, núm. marg. 12; MAURACH-GÖSSEL, *AT/2* [7], 1989, pp. 49/68 ss. Cfr. globalmente también ROXIN, *LK* [11], 1993, § 25, núm. marg. 192 ss.; *JA,* 1979, p. 525.

[530] Acerca de su evolución, cfr. *supra* núms. 20 y 22.

[531] Entre los oponentes de la jurisprudencia del BGH se discute asimismo si al menos cabe estimar complicidad relativa a la causa de agravación ya realizada. Yo ya lo he afirmado *supra* (pp. 321 ss.) (en sentido similar SAMSON, *SK* [5], 1993, § 27, núm. marg. 18; STRATENWERTH, *AT* [3], 1981, núm. marg. 818); sin embargo, también en sentido negativo, p. ej., ESER, *StrafR* II [3], 1980, caso 40, núm. marg. 20; HERZBERG, *Täterschaft und Teilnahme,* 1977, p. 153. Por el contrario, va más allá recientemente de nuevo LESCH, *Das Problem des sukzessiven Beihilfe,* pp. 313 ss., que propugna estimar, en virtud de "unidad de organización colectiva", complicidad o incluso coautoría, según los casos.

[532] P. ej., EXNER, *Frank-Festschrift,* t. 1, 1930, p. 572; FRANK, *StGB* [18], 1931, ante § 47, nota IV.2, § 47, nota III; KOHLRAUSCH-LANGE, *StGB* [43], 1961, § 47, nota III; MEZGER, *Strafrecht* [3], 1949, p. 422; ZIMMERL, *Zur Lehre vom Tatbestand,* 128, pp. 107 ss. En la posguerra, OTTO fue el defensor más activo de la coautoría imprudente: OTTO, *Maurach-Festschrift,* 1972, pp. 91 ss. (104); *JuS,* 1974, pp. 702 ss.; *Jura,* 1990, pp. 47 ss.; *Spendel-Festschhrift,* 1992, pp. 271 ss.; *Grundkurs Strafrecht, AT* [5], 1996, § 21, núms. margs. 115 ss. También yo, en las dos primeras ediciones de esta obra, en un capítulo luego suprimido, reconocía la coautoría imprudente (pp. 531 ss.), sin embargo, sobre la base de la suposición errónea de que los hechos imprudentes son delitos de infracción de deber.

un auge al parecer imparable [533]. La razón reside principalmente en la problemática actual de los acuerdos de órganos colegiados, de gran importancia en la responsabilidad por el producto y en los delitos ambientales. En estos acuerdos, la causalidad de votos singulares, no determinantes de la resolución, plantea ciertos problemas si la resolución comporta realizaciones de tipo imprudentes. Por el contrario, si se considera a todos los votantes como autores imprudentes, se imputa a cada uno la aportación de los demás y resulta verificable sin problemas la causalidad del actuar conjunto. Lo mismo es aplicable al supuesto en que un grupo, mediante obrar conjunto descuidado, causa un resultado sin que pueda verificarse quién del grupo ha realizado, con su propia conducta, la aportación causal.

Como los delitos imprudentes no se han tratado en la parte principal de esta obra, pero resulta imposible desarrollar exhaustivamente la problemática ahora, tendrán que bastar unas pocas observaciones. De entrada, resulta posible la construcción de la coautoría imprudente, a lo cual no se opone que el dominio del hecho requiera el dolo del autor, puesto que el principio del dominio del hecho sólo rige para los delitos de dominio, no siendo de aplicación, ya dentro de los delitos dolosos comisivos, para los delitos de infracción de deber y los de propia mano. Con mayor razón puede no regir para los delitos imprudentes, en los que la autoría única se basa exclusivamente en la imputación objetiva. Por consiguiente, habría que formar un concepto de "comisión conjunta" que se apartara de la coautoría de los delitos de dominio. Intentos tales sólo pueden tener éxito si se es capaz de formar un concepto de comisión conjunta imprudente suficientemente preciso, puesto que no se trata de renunciar, naturalmente, a la prueba de la causalidad del comportamiento imprudente sólo porque varias personas se comporten imprudentemente.

Con todo, la figura de la coautoría imprudente ha ido perfilándose en los últimos intentos de concreción. Así, RENZIKOWSKI [534] requiere «en principio, un proyecto conjunto de acción. Este "hecho global" debe presentarse como creación de un peligro jurídicamente desaprobado. Asimismo, los coautores han de haber realizado las aportaciones previstas en el plan conjunto, no siendo necesaria la relación causal entre el resultado y cada una de las

[533] En favor de la posibilidad de coautoría imprudente se pronuncian: BINDOKAT, *JZ,* 1979, pp. 434 ss.; BRAMMSEN, *Jura,* 1991, ppp. 537 ss.; BRAMMSEN-KAISER, *Jura,* 1992, pp. 38 ss.; DENCKNER, *Kausalität,* pp. 177 ss.; ESCHENBACH, *Jura,* 1992, pp. 643 ss.; HILGENDORF, *Sttrafrecht* [2], 1998, p. 38; *NStZ,* 1994, p. 563; KAMM, *Fahrlässige Mittärerschaft,* pp. 175 ss.; KÜPPER, *GA,* 1998, pp. 526 ss.; LESCH, *GA,* 1994, pp. 119 ss.; RANSIEK, *Unternehmensstrafrecht,* p. 73; RENZIKOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff,* pp. 261, 282 ss.; SCHMIDHÄUSER, *AT* [2], 1975, pp. 14-30, nota 24; *StuB* [2], 1984, pp. 10-68 ss., nota 34; SPENDEL, *JuS,* 1974, pp. 749 ss.; WEIßER, *Kausalitäts- und Täterschaftsprobleme,* pp. 146 ss.; *JZ,* 1998, pp. 230 ss.; asimismo: BEULKE-BACHMANN, *JuS,* 1992, p. 747; LAMPE, *ZStW,* 106 (1994), pp. 692 ss.; SCHUMANN, *StrV,* 1994, p. 110.

[534] *Restriktiver Täterbegriff,* pp. 288 ss. (aprovechando los trabajos de RANSIEK, DENCKER, OTTO y LAMPE, citados en nota 533).

aportaciones. Por último, la imputación presupone que cada interviniente pudiera y debiera darse cuenta de la peligrosidad del proyecto conjunto». Análogamente, WEISSER [535] requiere para la coautoría imprudente que los intervinientes estén sometidos objetivamente al mismo deber de cuidado, que cooperen voluntariamente en realizar la acción u omisión descuidada y que cada coautor sea consciente de que a los demás se le dirigen las mismas exigencias de cuidado que a él mismo. Tal puede ser el punto de partida.

III. DELITOS DE INFRACCIÓN DE DEBER

1. Generalidades

Junto a los delitos de dominio, se introduce en esta obra la categoría de los delitos de infracción de deber [536], en los que (con arreglo a la concepción aquí desarrollada) no es el dominio del hecho lo que fundamenta la autoría, sino la infracción de un deber especial extrapenal. Esta concepción apenas ha encontrado rechazo de principio hasta ahora [537], pero por otra parte sólo se ha asumido o criticado de modo vacilante o puntual, lo que no ha de sorprender, a la vista de su novedad y de la infinidad de problemas aún abiertos en este ámbito. De todos modos, la categoría de los delitos de infracción de deber va encontrando un creciente número de adeptos [538], y

[535] *JZ*, 1998, p. 239.

[536] *Supra*, pp. 385-434, 498 ss.

[537] Con la excepción de la (sumamente polémica) condena global por parte de LANGER, *Das Sonderverbrechen*, 1972, pp. 223-227, que, sin embargo, no aborda las cuestiones materiales verdaderamente problemáticas. A LANGER, de entrada, mi «formación de conceptos» le parece «incompatible con el Derecho positivo» por contravenir, en su opinión, los §§ 28.2 y 30.1 StGB. Y es que el § 28.3 regularía el supuesto en que "la calificación sólo concurre en el partícipe", que podría así «ser castigado como autor, frente a lo establecido expresamente por la ley» (p. 224). Pero esto no es más que una *petitio principii*, pues el § 28.3 no determina la delimitación entre autoría y participación, sino que la da por sentada y, sobre la base de una relación autor-partícipe existente con arreglo a la teoría general, trata la accesoriedad cuando median especiales elementos personales (cfr. *supra*, p. 395). Además, LANGE señala: «toda inducción infructuosa a un delito de infracción de deber por parte de un *intraneus* contiene la infracción de deber especial por parte de éste y es punible consecuentemente como tentativa de delito a título de autor», lo que contravendría el § 30.1 StGB (p. 244). Sin embargo, LANGER va descaminado, pues la infracción de deber sólo aporta un criterio de la autoría, no el fundamento de punición, que también en los delitos de infracción de deber consiste en una lesión de bien jurídico, y sólo el comienzo directo de la lesión típica del bien jurídico fundamenta, tanto aquí como en general, la tentativa.

[538] BLAUTH, *«Handeln für einen anderen» nach geltendem und kommendem Recht*, 1968, pp. 76 ss.; BLEI, *AT*[18], 1983, p. 255; CRAMER, *Bockelmann-Festschrift*, 1979, pp. 395 ss.; HERZBERG, *Täterschaft und Teilnahme*, 1977, p. 33 ("en principio aprobación"); JAKOBS, *AT*[2], 1991, pp. 21-116 ss.; SCHÖNKE-SCHRÖDER-CRAMER, *StGB*[25], 1997, ante § 25, núm. marg. 71, donde se considera "doctrina dominante" al reconocimiento de los delitos de infracción de deber; § 25, núm. marg. 78; WAGNER, *Amstverbrechen*, 1975, pp. 70 ss. (p. 72: "planteamiento correcto"); WESSELS-BEULKE, *AT*[28], 1998, núms. margs. 521 ss.; EBERT, *AT*[2], 1993, p. 174; HAFT, *AT*[8], 1998, p. 195; KÜHL, *AT*[2], 1997, § 20, núm. marg. 14; GROPP, *AT*, 1998, § 10, núm. marg. 39; SCHÜNEMANN, *LK*[11], 1993, § 14, núm. marg. 17; MURMANN, *Nebentäterschaft*, p. 181. Críticamente, yendo más allá: SCHÜNEMANN, *LK*[11], 1993, § 14, núm. marg. 17. En parte a favor, en parte en contra, STRATENWERTH, *AT*[3], 1981, núms. margs. 795 ss.; SAMSON, *SK*[5], 1988, § 25, núms margs. 34 ss.; BLOY, *Zurechnungstypus*, pp. 229 ss.

ahora también una primera (y excelente) elaboración monográfica de SÁNCHEZ VERA [539], que ha continuado desarrollando (y hecho llegar a su forma más avanzada) la concepción expuesta por vez primera en esta obra y luego asumida y mejorada por JAKOBS. El que en los delitos de infracción de deber la delimitación entre autoría y participación ha de llevarse a cabo con arreglo a criterios distintos que el del dominio del hecho puede considerarse doctrina en auge [540], aun cuando en este ámbito, hasta ahora poco investigado, hay muchas cuestiones que se resisten a más esclarecimiento.

En realidad, el tema es tan amplio que en la "primera toma de contacto" de la presente obra he descuidado [541] un poco el análisis de los concretos deberes especiales fundamentadores de autoría de la mano de los tipos individuales, sobreestimando así el número y alcance de los delitos de infracción de deber. Lo cual es especialmente cierto para los delitos imprudentes [542], a los que en la actualidad ya no considero delitos de infracción de deber en tanto que la vulneración del deber general de cuidado, constitutiva del injusto, simplemente se refiere al deber de evitar que incumbe a todo ciudadano y que también subyace a los tipos dolosos. Más bien, en los delitos imprudentes, como en general, sólo cabe hablar de delitos de infracción de deber allí donde deberes especiales extrapenales entrañan requisitos de la autoría especiales, no accesibles a cualquiera. Por esta razón, desde la tercera edición he suprimido el undécimo capítulo originario acerca de "Autoría y participación en los delitos imprudentes" [543]. Bien es cierto que las soluciones que allí se desarrollaban me siguen pareciendo hoy correctas. No obstante, en gran medida se trata de problemas generales de imputación, tal como entre tanto he desarrollado sistemáticamente en otro contexto [544].

[539] *Pflichtdelikte und Beteiligung*, 1999. Puesto que la obra, como su propio título indica, extrae consecuencias de la teoría de los delitos de infracción de deber ante todo para la participación, las tesis a ella referidas no pueden reproducirse en esta obra, limitada a la doctrina de la autoría. Una controversia con la categoría de los delitos de infracción de deber, sobre la base del Derecho portugués, se encuentra en PIZARRO BELEZA, *Coimbra-Symposium*, 1995, pp. 267 ss.

[540] STEIN, *Beteiligungsformenlehre*, desde un punto de partida orientado a la norma de conducta, entiende que «al *intraneus* le incumbe un deber más perentorio que al *extraneus*» (p. 214), pero considera que esto no es más que una "reformulación terminológica" de la teoría de los delitos de infracción de deber, con la que en definitiva coincide: «Dándose especiales elementos (objetivos) de la autoría, son éstos los únicos elementos de la autoría» (p. 255).

[541] A ello había ya aludido yo desde el principio (*vid. supra*, pp. 419 ss.).

[542] Cfr. al respecto (en parte enlazando con las objeciones de DREHER, STRATENWERTH y JAKOBS) ya mis observaciones de *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 2.ª ed., 1973, p. 22, nota 51, p. 49, nota 16; *Festschrift für Gallas*, 1973, p. 241, nota 3; *ZStW*, 85 (1973), p. 103, nota 14.

[543] Pp. 527-577 de la primera y la segunda ediciones.

[544] «Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht», en *Festschrift für Honig*, 1970, pp. 133-151 (= *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, 1973, pp. 123-146); «Zum Schutzzweck der Norm

Por otra parte, hay razones para mantener que no todos y cada uno de los hechos de omisión impropia han de considerarse delitos de infracción de deber [545]. Asimismo me ha ido pareciendo dudoso que los deberes especiales fundamentadores de la punibilidad, tal como estimé originariamente, sean todos de índole extrapenal [546]. El tratamiento de esta cuestión, así como la delimitación exacta de los tipos concretos que conforman el ámbito de los delitos de infracción de deber he de dejarlos para un trabajo específico que asimismo profundizará en la problemática del párrafo siguiente [547].

Algunos esfuerzos recientes se encaminan a reunir en una síntesis los delitos de dominio y los de infracción de deber (que en la presente obra se tratan como manifestaciones de la autoría independientes y separadas entre sí), sometiéndolos a un común principio de dominio normativo. Así, SCHÜNEMANN interpreta la posición del obligado especialmente como un "dominio de protección sobre el bien jurídico" [548] o, en una formulación más reciente [549], como "dominio del suceso en el sentido de control sobre un ámbito social", vinculando, p. ej., el deber de velar por el patrimonio ajeno en la administración desleal a una "posición de tutela y cercanía a un patrimonio ajeno", o el deber de sigilo del § 203 al "otorgamiento de dominio" sobre la esfera secreta ajena. Análogamente, BOTTKE [550] habla de un "dominio de configuración" que abarca asimismo a los delitos de infracción de deber, y MURMANN [551] concibe la posición de deber como "dominio sobre la calidad de la relación". No perdiendo de vista las diferencias entre el dominio del hecho en el sentido de los delitos comunes y el "dominio de protección" o del "acontecer", de la "configuración" o de la "relación", la búsqueda de un nexo para todas las formas de autoría, que se manifiesta en estos esfuerzos, es absolutamente fructífera y no contradice mi teoría. La problemática requiere aún de reflexión y elaboración.

Los autores que siguen rechazando los delitos de infracción de deber, obviamente no niegan que la autoría presuponga en estos delitos la infracción del deber específico del tipo en cuestión. Pero parten de que, junto a esta infracción de deber, en el autor ha de concurrir además el dominio del

bei fahrlässigen Delikten», en *Festschrift für Gallas,* 1973, pp. 241-259. Pormenorizada y sintéticamente ahora ROXIN, *AT/I*[3], 1997, § 11.

[545] Cfr. al respecto la exposición de la concepción de JAKOBS (*infra,* pp. 751 ss.).

[546] Cfr. al respecto SCHÜNEMANN, *LK*[11], § 14, núm. marg. 17.

[547] Acerca de la delimitación entre los delitos de infracción de deber y los comunes, cfr. de momento bajo el epígrafe «Exposición del estado de la cuestión» mi comentario en *LK*[11], 1994, § 28, núms. margs. 60 ss.

[548] *GA,* 1986, pp. 331 ss. De aquí provienen también las demás citas (pp. 334, 333).

[549] *LK*[11], 1993, § 14, núm. marg. 17.

[550] *Gestaltungsherrschaft,* pp. 17, 44 ss., 60 ss., 88 ss., 100 ss.

[551] *Die Nebentäterschaft im Strafrecht,* 1993, pp. 181 ss.

hecho [552]. Sin embargo, ello conduce a un callejón sin salida no sólo en el caso del instrumento doloso no cualificado cuando el instigador *intraneus* carece de dominio del hecho (con más detalle 2), sino también en los delitos omisivos, donde por principio no hay dominio del hecho y no proceden todas las demás distinciones (con más detalle 3). Ni siquiera convence en el caso en que sería posible atender al dominio del hecho, que también JESCHECK [553] invoca cuando dice: «Si el mismo deber incumbe a varios, hay que volver a atenerse al dominio del hecho.»

Así pues, en el ejercicio conjunto de cargo, si un policía instiga a otro a realizar lesiones, por falta de dominio del hecho hay que castigarle sólo por inducción al § 340 StGB, mientras que con esta teoría es tan autor como el ejecutor directo. No obstante, dado que el § 340 StGB menciona como autor expresamente también a aquel que "hace o deja cometer" unas lesiones (lo que incluye hasta el mero omitir), la opinión contraria resulta incompatible ya con el tenor literal de la ley. Naturalmente, el "dejar cometer" no se menciona en todos los delitos de infracción de deber; p. ej., falta (si bien sólo por razones de estilo) en el tipo afín de las torturas (§ 343 StGB). Pero no existe la menor razón de orden teleológico para estimar simplemente inducción al § 343 StGB cuando un policía, en el marco de su actividad oficial, instiga a un colega a maltratar físicamente a un tercero con alguno de los fines del delito de tortura. Recientemente, SÁNCHEZ VERA [554] ha rebatido sustancialmente la postura aquí controvertida, asumiendo todos los argumentos esgrimidos hasta ahora.

A continuación vamos a abordar un poco más en profundidad los dos grupos de casos en los que la doctrina de los delitos de infracción de deber presenta la mayor importancia práctica.

2. El instrumento doloso no cualificado

Constituye uno de los efectos más trascendentales de la teoría de los delitos de infracción de deber el «desactivar en buena medida el problema del "instrumento no cualificado"» [555]. Si un sujeto cualificado, ya por la infracción del deber especial extrapenal subyacente al tipo, se convierte en "figura central" del suceso, deja de presentar dificultades la fundamentación de la autoría mediata del sujeto de detrás especialmente obligado cuando éste

[552] En este sentido de manera sumamente pormenorizada BOTTKE, *Gestaltungsherrschaft,* pp. 109 ss., en su crítica a mi «teoría de los delitos de infracción de deber»; en sentido análogo, PIZARRO BELEZA, *Coimbra-Symposium,* 1995, pp. 267 ss.

[553] JESCHECK-WEIGEND, *AT*[5], 1996, p. 663, nota 1; en términos semejantes OTTO, *Jura,* 1987, p. 257.

[554] *Pflichtdelikte,* pp. 137 ss. En sentido contrario se sigue pronunciando RENZIKOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff,* pp. 27-29.

[555] HERZBERG, *Täterschaft und Teilnahme,* 1977, p. 33.

emplea a un *extraneus* que domina el transcurso externo del hecho. En todo caso, el entendimiento de que con el principio del dominio del hecho no cabe proceder en este grupo de casos va imponiéndose cada vez más en el debate reciente. A la idea del dominio del hecho "social" o "normativo", desarrollada originariamente por GALLAS y WELZEL y retomada en la actualidad por JESCHECK [556], con arreglo a la cual el «influjo del sujeto de detrás, dominante [ciertamente no en el orden real, pero sí] en el orden jurídico» [557] fundamentaría su dominio del hecho, la tilda STRATENWERTH [558] de «solución aparente, que cambia el significado del requisito del deber especial por el de un elemento del dominio, no tiene en cuenta el sentido original del criterio del dominio y además pasa por alto el dominio fáctico del *extraneus* (en otro caso determinante)». Análogamente, HERZBERG [559] considera rebatida la postura antes absolutamente dominante por las consideraciones de la presente obra [560]: «Deducir el dominio del hecho a partir del poder del *intraneus* de convertir en delito el suceso mediante su determinación al hecho, representa, pues, una *petitio principii*: Se presupone justamente lo que habría que demostrar.» Asimismo, WAGNER [561], en su estudio dedicado a los "Delitos en ejercicio de cargo", tacha sencillamente de "inidónea" para fundamentar la autoría mediata en estos grupos de casos a la idea del dominio del hecho. En esta realidad me parece que nada cambia tampoco el intento de BOCKELMANN [562] de explicar, con ayuda del dominio del hecho, la autoría mediata del *intraneus* que se limita a determinar al hecho. Cuando, para fundamentarlo, aduce que el sujeto de detrás tiene el dominio del hecho si «al que actúa en primer plano cabe atribuirle la condición de instrumento, debido a circunstancias especiales, que excluyen o modifican su propia responsabilidad por el hecho, y el sujeto de detrás utiliza a la persona interpuesta, conociendo estas circunstancias», más bien está apoyando a la concepción de los delitos de infracción de deber que a la del dominio del hecho. En efecto, las "circunstancias especiales" que "modifican" la responsabilidad del ejecutor residen exclusivamente en la falta de posición de deber; ninguna

[556] JESCHECK-WEIGEND, *AT*[5], pp. 669 ss., donde ya se habla de «dominio del hecho normativo-psicológico»; aprobándolo; LACKNER, *StGB*[23], 1999, § 25, núm. marg. 4.

[557] JESCHECK, *AT*[4], 1988, p. 607 , p. 607; sobre la controversia crítica con esta teoría cfr. mis consideraciones en *ZStW*, 85 (1973), pp. 102-103. En JESCHECK-WEIGEND, *AT*[5], p. 670, se dice ahora, algo resignadamente, que hay que «considerar suficiente para el dominio del hecho el influjo, jurídicamente necesario, del sujeto de detrás. Resulta necesario, desde luego, un influjo psíquico sobre el sujeto de delante que tenga aproximadamente la misma entidad que un acto de inducción (dominio del hecho normativo-psicológico)». Con lo cual se está confesando que en el fondo no se trata de dominio del hecho.

[558] *AT*[3], 1981, núm. marg. 795.

[559] *Täterschaft und Teilnahme,* 1977, p. 32; en tal sentido SAMSON, *SK*[5], 1993, § 25, núm. marg. 109: "razonamiento circular"; JAKOBS, *AT*[2], 1991, pp. 21-104: "círculo vicioso".

[560] *Supra,* pp. 280-286.

[561] *Amtsverbrechen,* 1975, p. 380.

[562] *AT*[3], 1979, p. 179; asimismo BOCKELMANN-VOLK, *AT*[4], 1987, p. 179.

duda existe sobre el dominio del acontecer externo del hecho por parte del ejecutor directo, a pesar de estas "circunstancias".

De entonces acá, toda una serie de autores [563] se ha sumado a la solución aquí propuesta. Muy próximo a esta concepción se sitúa la teoría de SCHMIDHÄUSER [564], que estima la autoría por omisión del obligado especialmente, por tener éste una "posición de garante", «en virtud de la cual está obligado a intervenir si otro obra en sentido perturbador en el ámbito de sus funciones». En esta idea es cierto que también el mero permanecer inactivo puede representar una infracción del deber especial por parte del *intraneus,* que fundamente autoría por omisión. «En los casos en que el funcionario o autoridad determina a un tercero a la lesión de un bien jurídico individual, pero crea la situación de peligro mediante hacer activo», subraya con toda razón en contra WAGNER [565], y en estos supuestos relativamente frecuentes, no cabe sino reconocer a la "realización mediante infracción del deber" como el criterio fundamentador de la autoría mediata. Acertadamente pregunta asimismo STRATENWERTH [566]: «Si la omisión del especialmente obligado de evitar que un tercero lleve a cabo el hecho ha de corresponder a la realización activa del tipo (§ 13), ¿no debe realizar el tipo por acción la determinación al *extraneus* a realizar su hecho?» Así es, luego esta construcción simplemente confirma la teoría de los delitos de infracción de deber.

Un planteamiento absolutamente distinto es el que adopta STRATENWERTH [567]. Bien es verdad que, en comparación con la doctrina dominante, considera "más consecuente" la propuesta de «basar los "delitos de infracción de deber" en un concepto de autor distinto al de los "delitos de dominio", atendiendo únicamente a la cualificación de autor y no al dominio del hecho». Sin embargo, entiende que, también en los delitos de infracción de deber, el tipo «por lo general presupone que el autor cualificado efectúe una acción determinada y para responder a la cuestión de si la ha efectuado no pueden ser aplicables criterios distintos a los generales (en los "delitos de dominio"). En esa medida, conformarse con cualquier aportación al hecho vulnera el principio *nullum crimen sine lege.*» En su lugar, originariamente STRATENWERTH [568] partía de que el *intraneus* que determina a un *extraneus* a llevar a cabo la acción ejecutiva realiza una "forma mixta" de inducción y autoría. Por eso es pertinente «castigar al *intraneus* como inductor según las reglas

[563] CRAMER, *Bockelmann-Festschrift,* 1979, pp. 395 ss.; HERZBERG, *Täterschaft und Teilnahme,* 1977, p. 33; JAKOBS, *AT*[2], 1991, pp. 21-104, 116 ss.; SÁNCHEZ VERA, *Pflichtdelikt,* pp. 163 ss.; SCHÖNKE-SCHRÖDER-CRAMER, *StGB*[25], 1997, § 25, núm. marg. 44; WESSELS-BEULKE, *AT*[28], 1998, núms. margs. 521 ss.; GROPP, *AT,* 1998, § 10, núm. marg. 55; EBERT, *AT*[2], 1993, p. 178; en términos similares, WAGNER, *Amtsverbrechen,* 1975, pp. 378 ss.

[564] *AT*[2], 1975, pp. 14-51; *StuB*[2], 1984, 10/97; le sigue SAMSON, *SK*[5], 1993, § 25, núm. marg. 109.

[565] *Amtsverbrechen,* 1975, p. 380; también yo había aludido ya a ello en *ZStW,* 85 (1973), p. 102.

[566] *AT*[3], 1981, núm. marg. 798.

[567] *AT*[3], 1981, núms. margs. 795-797.

[568] *AT*[1], 1971, núms. margs. 854, 855.

aplicables al más leve de los papeles comprendidos en la forma mixta». Pero así STRATENWERTH se expone con más razón al reparo que cree poder esgrimir contra mí [569]. Al castigar él al causante que, según su teoría, no es autor ni inductor, no obstante, "como" inductor, ¡está vulnerando frontalmente la prohibición de la analogía! [570]. En cambio, no resulta nada obvio el reproche de que el concepto de autor de los delitos de infracción de deber infrinja el principio del *nullum crimen*. Ciertamente, en el determinar que el tipo lo realice un *extraneus* no falta en absoluto la acción requerida en el tipo; que ésta no tiene que realizarla necesariamente el autor "mismo", sino que también puede ser cometida "por otro", está establecido en la propia ley (§ 25.1).

De entonces acá, STRATENWERTH ha reconocido lo fundado de la objeción de que su solución contraviene la prohibición de la analogía [571] y sólo ve «la posibilidad de dejar absolutamente impune al *intraneus* (y, por tanto, también al *extraneus*)» [572]. Pero tal solución no puede ser acertada, pues según ella el sujeto cualificado bastaría con que se sirviera de un *extraneus* que ejecutase la acción típica para quedar impune, resultado político-criminalmente intolerable y que el legislador indudablemente no ha querido. Y se basa sencillamente en una premisa errónea de STRATENWERTH, la de que los requisitos de la autoría mediata tienen que ser siempre los mismos (en concreto los de los delitos de dominio). Lo cual entraña una absolutización de la idea del dominio del hecho para la que la ley no ofrece sustento alguno [573]. Antes al contrario, es precisamente la estructura de los delitos de infracción de deber, previa a la ley, lo que fuerza aquí a otro concepto de autoría. Así pues, sigo considerando a la figura de los delitos de infracción de deber la única solución exenta de contradicciones de esta difícil problemática.

[569] Al respecto y acerca de más argumentos, cfr. mi controversia con esta teoría en *ZStW* 84 (1972), pp. 1008 ss.; me da la razón HERZBERG, *Täterschaft und Teilnahme,* 1977, p. 34.

[570] Si el obligado especial se limitara, en el sentido de la teoría de SCHMIDHÄUSER, a no intervenir, la "cuasi-inducción por omisión" sería además una figura difícilmente posible.

[571] *AT*[3], 1981, núm. marg. 797.

[572] También BLOY, *Zurechnungstypus,* p. 241, llega al resultado de que «empleando a un instrumento doloso no cualificado, quedan impunes tanto el *intraneus* como el *extraneus*». Asimismo, OTTO, *Jura,* 1987, p. 256, y BOTTKE, *Gestaltungsherrschaft,* pp. 115, 112; en favor de la impunidad, asimismo KÖHLER, *AT,* 1997, pp. 511 ss.

[573] El propio STRATENWERTH reconoce mi concepción en tipos como el § 266 StGB, «cuando el tipo no describe ninguna acción determinada, sino que conmina con pena toda infracción del deber especial» (*AT*[3], 1981, núm. marg. 797); sin embargo, llama entonces al *extraneus* "autor directo" (coincide en esto HERZBERG, *Täterschaft und Teilnahme,* 1977, nota 64). De esta manera él mismo relativiza la idea del dominio del hecho. Por lo demás, se trata simplemente de una discrepancia terminológica. Dado que la infracción de deber, de todos modos, puede dar lugar a determinados resultados nocivos (en el § 266, p. ej., un perjuicio patrimonial), me parece necesario, no obstante, considerar autoría mediata su ejecución «por medio de otro». Desde luego, la infracción del deber especial nunca conforma el tipo, sino sólo al autor.

3. Autoría y participación por omisión

Otro grupo de casos de trascendental importancia afecta a la delimitación entre autoría y participación en las omisiones. De considerar a los hechos omisivos como delitos de infracción de deber, la vulneración del deber (extrapenal) de garante convierte por sí sólo al omitente en autor; la participación por omisión sólo cabe, pues, allí donde el tipo no es realizable por omisión (p. ej., en los delitos de propia mano y en los de apropiación). Esta teoría, desarrollada *supra* [574], que en muchos aspectos podía enlazar con esfuerzos anteriores de GRÜNWALD y Armin KAUFMANN, no ha podido desplazar a la doctrina dominante, en virtud de la cual el garante omitente junto al autor por comisión no puede pasar de cómplice [575]. Asimismo, la jurisprudencia se sigue obstinando en mantener la teoría subjetiva [576]. Pero la idea de que en todo caso el principio del dominio del hecho está fuera de lugar en la omisión se halla, desde luego, en pleno avance [577].

Una concepción sustancialmente casi coincidente con la mía la defienden RUDOLPHI [578] y STRATENWERTH [579]. Para STRATENWERTH, la posibilidad de intervenir convierte por sí sola "al obligado a actuar ya en autor por omisión. Por eso fracasan todos los intentos de delimitar autoría y participación con arreglo a un criterio general". Como el criterio del dominio del hecho no cabe trasladarlo a la omisión y como "todos los esfuerzos por diferenciar hasta ahora se han revelado infructuosos", STRATENWERTH propone reconocer participación únicamente en el marco descrito *supra* [580].

STRATENWERTH no recurre expresamente a la idea de los delitos de infraccion de deber. Quien sí lo hace es HERZBERG [581], que, sin embargo, sólo

[574] Pp. 497-550.

[575] A ella se han sumado entre tanto BOCKELMANN, *AT*[3], 1979, pp. 201 ss.; menos claramente, BOCKELMANN-VOLK, *AT*[4], 1987, p. 203; JESCHECK-WEIGEND, *AT*[5], 1996, p. 696; LACKNER-KÜHL, *StGB*[23], 1999, § 27, núm. marg. 5; RANFT, *ZStW,* 94 (1982), pp. 815 ss.; en favor del "garante de vigilancia" también SCHMIDHÄUSER, *AT*[2], 1975, pp. 17-12; *StuB*[2], 1984, pp. 13-13 (aquí ya en favor de «garantes de aseguramiento por asignación social de un ámbito de dominio»). Una panorámica de las distintas concepciones la facilita SOWADA, *Jura,* 1986, pp. 401 ss.

[576] Cfr. BGH, *StrV,* 1986, p. 59, *supra,* núm. 24. Asimismo BGHR StGB, § 27.1, omisión 6, donde, sin embargo, se hace referencia a la crítica de la doctrina.

[577] ESER, *StrafR* II[3], 1980, caso 27, núm. marg. 18; HERZBERG, *Täterschaft und Teilnahme,* 1977, p. 83; RUDOLPHI, *SK*[6], 1992, ante § 13, núm. marg. 40; SCHÖNKE-SCHRÖDER-CRAMER, *StGB*[25], 1997, ante § 25, núms. margs. 101 ss.; STRATENWERTH, *AT*[3], 1981, núm. marg. 1077; WAGNER, *Amtsverbrechen,* 1975, pp. 256 ss.; BLOY, *Zurechnungstypus,* pp. 214 ss.; *JA,* 1987, pp. 490 ss. Con mayor razón existe unanimidad en torno a que no queda lugar para distinguir entre voluntad de autor y de partícipe en los delitos omisivos (en favor de ello, no obstante, ARZT, *JA,* 1980, pp. 556 ss.; *StrV,* 1986, p. 337).

[578] *Die Gleichstellungsproblematik der unechten Unterlassungsdelikte und der Gedanke der Ingerenz,* 1966, pp. 138-149; *SK*[6], 1992, ante § 13, núms. margs. 37-40; le sigue BLEI, *AT*[18], 1983, pp. 318 ss.

[579] *AT*[3], 1981, núms. margs. 1076-1081; en gran medida también BLOY, *Zurechnungstypus,* pp. 214 ss., y OTTO, *Jura,* 1987, p. 251, que considera "por lo general" autor al garante.

[580] *AT*[3], 1981, núms. margs. 1078.

[581] *Täterschaft und Teilnahme,* 1977, pp. 82 ss.

suscribe en parte mi solución. Enlazando con SCHRÖDER [582], distingue [583] entre "garantes protectores" (que han de defender determinados bienes jurídicos "por completo") y "garantes de control" (que sólo han de controlar determinadas "fuentes de peligro"). En el primer grupo, la omisión contraria a deber (a reserva de especiales requisitos típicos) siempre fundamenta autoría, y en la segunda siempre mera inducción. Así pues, si p. ej., los padres no preservan a su hijo de un daño proveniente de tercero, siempre son —supuesto que actúen dolosamente— autores por omisión; pero si, por descuido, el sujeto no evita que un asesino tome el veneno que él debe custodiar, sólo sería mero cómplice del asesino, aun cuando hubiera podido fácilmente cerrarle el paso. Esta teoría diferenciadora se halla en relación con el especial concepto de acción de HERZBERG, con arreglo al cual «también el delito perpetrado activamente... [supone] en el fondo no haber controlado una fuente de peligro de la que quien incumple su deber es especialmente responsable. Se alude aquí al nido de peligros que forma la propia persona» [584]. Vistas así las cosas, habría entonces que extraer a los garantes de control del ámbito de los delitos de infracción de deber, de manera que la solución de HERZBERG se mantendría de manera absolutamente consecuente en el marco de mi planteamiento. Esta teoría es digna ciertamente de tenerse en cuenta, pero con razón no ha logrado imponerse hasta ahora. El motivo esencial estriba en que la distinción entre "garantes de protección" y de "control" apenas es factible, no pudiendo, por tanto, servir de base de otras diferenciaciones más amplias. De manera especialmente expresiva subraya JAKOBS [585] que no cabe «vincular consecuencias sistemáticas a la distinción entre garantes de protección y garantes de vigilancia, dado que un mismo cometido puede formularse como función de protección y como función de vigilancia: La protección de una persona es vigilancia, en favor suyo, de los peligros que la amenazan, y la vigilancia de una fuente de peligro es protección de las personas puestas en peligro en cada caso. Por ejemplo: El socorrista ¿protege a los bañistas de los peligros de las aguas o controla estos peligros?» [586].

[582] SCHÖNKE-SCHRÖDER, *StGB* [17], 1974, ante § 47, núms. margs. 105-112 (en términos semejantes aún SCHÖNKE-SCHRÖDER-CRAMER, *StGB* [25.1997], ante § 25, núms. margs. 103-108); les sigue asimismo ESER, *StrafR* II [3], 1980, caso 27, núms. margs. 22 ss.

[583] Por primera vez en: *Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip,* 1072, pp. 257-273; luego en *JuS,* 1975, pp. 171-174.

[584] *Täterschaft und Teilnahme,* 1977, p. 97.

[585] *AT* [2], 1991, pp. 29-27.

[586] Ya antes de él, ARZT (*JA,* 1980, p. 559) había objetado que «falta una separación que sea realizable en la práctica entre garantes de protección y garantes de control»; tampoco «ha podido encontrarse una explicación convincente de que esta distinción se tenga que traducir en el terreno de la autoría y la participación». Cfr. asimismo las críticas de RUDOLPHI, *SK* [6], 1992, ante § 13, núm. marg. 40; STRATENWERTH, *AT* [3], 1981, núm. marg. 1078; ROXIN, *LK* [11], 1993, § 25, núm. marg. 212; RANFT, *ZStW,* 94 (1982), pp. 858 ss.; BLOY, *Zurechnungstypus,* pp. 216 ss.; *JA,* 1987, pp. 491 ss.

Una distinción con más futuro es la que ha propugnado el propio JAKOBS [587]. En lo fundamental, sigue la concepción, mantenida en esta obra, de que en los delitos de infracción de deber todo garante que omite es autor siempre que el tipo sea realizable por omisión. Pero no considera a todo omitir impropio como delito de infracción de deber, sino que traslada la distinción entre delitos de dominio y de infracción de deber, desarrollada para los delitos comisivos, a los omisivos. En los que denomina "deberes en virtud de responsabilidad por organización" (delitos de aseguramiento de la relación, injerencia, asunción de deberes) se trata de "ámbitos de responsabilidad por peligros". Uno tiene que cuidar de que en el "ámbito de organización" propio nadie resulte dañado, dando igual que estos daños se produzcan por comisión u omisión. Por eso la coautoría y la complicidad han de delimitarse aquí del mismo modo que en los delitos comisivos: Hay que atender a en qué medida el omitente contribuye a configurar el hecho [588]. En cambio, en los "deberes en virtud de responsabilidad institucional" (relación paterno-filial, matrimonio, relaciones de confianza, relaciones estatales de poder, deberes de cargo elementales), la responsabilidad penal del omitente se basa en «deberes de sacrificarse, de garantizar la solidaridad... Los delitos de omisión caracterizados por la infracción de tales deberes se corresponden, en la acción, con los delitos de infracción de deber» [589], debiendo estimarse aquí por principio autoría.

No resulta aún posible una toma de postura definitiva con respecto a esta concepción, en el estado actual del debate, ya que ésta depende sobre todo de si la nueva clasificación de las posiciones de garante, bastante plausible, propuesta por JAKOBS, resiste a la crítica; en este marco no cabe llevar a cabo tal verificación [590]. En todo caso, también en esta nueva teoría de los garantes ello dependerá mucho de si los "ámbitos de organización" y los "deberes" resulta posible delimitarlos suficientemente. Al margen de estas cuestiones aún abiertas, la teoría de JAKOBS, que conduce en la gran mayoría de los casos a la autoría del garante que no interviene para evitar delitos comisivos, coincide notablemente en su punto de partida y sus resultados con la posición aquí mantenida. Me parece una aportación trascendental al progreso de la teoría de los delitos de infracción de deber.

Específicamente en el ámbito de los delitos de funcionarios, se ha ocupado WAGNER de la delimitación entre autoría y participación en las omisiones, llegando (en coincidencia básica con el punto de vista aquí defendido) a la solución [591] de que «el funcionario que omite, de manera imputable al

[587] *AT* [2], 1991, pp. 28-14 ss.; 29-101 ss.

[588] Cfr. al respecto ya *supra* pp. 736 ss.

[589] *AT* [2], 1991, pp. 28-15.

[590] En el desarrollo de la concepción de JAKOBS ha profundizado impresionantemente SÁNCHEZ VERA, *Pflichtdelikt.*

[591] *Amtsverbrechen,* 1975, pp. 256-263.

Estado, evitar lesiones de bienes jurídicos individuales por parte de un tercero, [es] autor del respectivo delito imputable al Estado». «La equiparación del hacer positivo y de la omisión en tipos concretos del capítulo 28 sólo cabe "entenderla como expresión de este principio general". WAGNER, naturalmente, prefiere "para omisiones de funcionario concurrentes" otra solución en dos casos. Cuando superior y subordinado omiten conjuntamente evitar un delito, el superior es autor del delito omisivo, pero al subordinado se le castiga como cómplice por omisión; asimismo, cuando, de dos funcionarios de igual rango, sólo uno lleva pistola, en caso de permanecer ambos inactivos, el que va armado es autor por omisión, y el que no va armado, en cambio, que habría podido y debido animar al otro a intervenir, es sólo cómplice por omisión. Pero como el funcionario que, infringiendo su deber, omite impedir al resultado, es (según la teoría de WAGNER) incluso autor cuando entre él y el resultado se encuentra un sujeto que actúa activamente, no se entiende por qué ha de ser de otro modo cuando el que se suma es otro omitente [592].

Un intento, de altos vuelos, de salvar la tesis de que el garante que no sale a paso de un autor comisivo sólo puede ser cómplice, lo ha llevado a cabo RANFT [593]. Sin embargo, el "principal motivo" [594] que aduce no convence. RANFT entiende que la omisión, contraria al deber de garante, de impedir un delito, ha de tratarse accesoriamente con respecto al hacer del autor comisivo y, por tanto, simplemente puede ser complicidad. Para demostrarlo, alega que la posición de garante depende del dolo del autor comisivo: «De que la madre que se aproxima a su niño quiera darle calor o estrangularlo, depende el deber de intervenir del padre de la criatura» [595]. Pero en este caso y en los demás ejemplos aducidos por RANFT, no se trata de accesoriedad, sino sencillamente de que ha de existir un peligro para el bien jurídico protegido típicamente. Para la existencia de tal peligro, obviamente, puede ser importante el proposito de aquel contra quien, en su caso, hay que intervenir. Pero no tiene por qué ser siempre así: También la muerte imprudente por parte de la madre ha de evitarla sin duda el padre. Si, advirtiéndolo, deja que se produzca, es autor de homicidio por omisión [596]. Así pues, el deber de garante no es precisamente accesorio y esta circunstancia proporciona un argumento en contra de la solución de la complicidad.

Un segundo motivo de la accesoriedad del omitir infringiendo el deber de garante entiende RANFT que es la dependencia de éste con respecto al

[592] La remisión de WAGNER al § 257 no me convence. Que luego se castigue como autor al superior que ha dejado que su subordinado delinca, simplemente confirma el concepto de autor de los delitos de infracción de deber, pero nada indica acerca de la mera complicidad del subordinado, ni siquiera del que omite, infringiendo su deber y en connivencia con él.

[593] *ZStW*, 94 (1982), pp. 815 ss.

[594] *ZStW*, 94 (1982), p. 823.

[595] *ZStW*, 94 (1982), p. 833.

[596] *ZStW*, 94 (1982), p. 838, donde el propio RANFT se hace esta objeción. No acabo de entender, sin embargo, el modo en que intenta desvirtuarla.

injusto del hecho principal. Si A es agredido por el hijo, de 14 años, de B, el padre B no podría intervenir en favor de su hijo impidiendo a A ejercer su acción de defensa legítima [597]. La "objetiva contrariedad a deber" de su omisión quedaría excluida por la "extensión" de la legítima defensa de A a B; se daría, pues, al parecer, una complicidad impune en las lesiones justificadas. Tal extensión de causas de justificación sólo se ajustaría a la complicidad y no a la autoría simultánea. Ciertamente es plausible el resultado al que llega RANFT. Pero no resulta necesaria la tortuosa construcción "accesoria" según la cual el padre que se ha mantenido al margen de la refriega ha prestado complicidad a A, complicidad impune en virtud de la "extensión". Lo que ocurre en realidad es que el deber del garante, desde el principio, no se extiende a defender a su "protegido" de peligros que éste tiene legítimamente que soportar; cualquier otra calificación daría lugar a una contradicción intolerable en los planos lógico y teleológico. Así pues, no se da aquí "contrariedad a deber objetiva" alguna que necesitara luego ser justificada. Estos casos nada tienen que ver con la accesoriedad del omitir contrario al deber de garante [598].

En resumen, cabe decir que la delimitación entre autoría y participacion en las omisiones representa en la actualidad el ámbito menos esclarecido de la teoría de la participación y que, no obstante, la doctrina dominante, que en caso de autoría comisiva simultánea siempre califica de cómplice al que omite infringiendo su deber, va siendo cada vez más inestable, a pesar de los últimos intentos de apuntalarla. El nuevo § 13 StGB deja lugar en este ámbito para el concepto de autor de los delitos de infracción de deber [599], y muchos estudios nuevos reconocen la autoría por omisión en caso de autoría por comisión simultánea de otro. Como, asimismo, el legislador ha acogido en el § 13.2 StGB la exigencia, planteada aquí resueltamente desde el principio [600], de atenuación facultativa de la pena para los delitos omisivos, han dejado de ser pertinentes las consideraciones sobre la medida de la pena que se han esgrimido hasta ahora en favor de la mera complicidad del garante omitente, de manera que la evolución global se mueve en la dirección de la postura que aquí se mantiene. Naturalmente, en el debate científico último se encuentran aún muchas discrepancias, con raíces no en la teoría de la participación, sino en las cuestiones fundamentales, aún por aclarar, de la dogmática de la omisión. Ahí habrá que seguir trabajando en el ámbito de la participación, antes de encontrar la solución definitiva a los problemas de la omisión.

[597] *ZStW*, 94 (1982), pp. 839 ss.

[598] En contra de RANFT también BLOY, *JA*, 1987, pp. 492 ss.; RUDOLPHI, *SK*^{6}, 1992, ante § 13, núm. marg. 39.

[599] Cfr. al respecto *supra*, núm. 4.

[600] *Supra*, pp. 541 ss.

d) *Delitos de propia mano*

Los delitos de propia mano siempre han sido los hijastros de la teoría de la participación. Y aún lo son en la actualidad por cuanto que los principales casos en los que el legislador, sin tener en cuenta posibles lesiones de bienes jurídicos, tipificaba [601] determinadas formas de inmoralidad que le parecían especialmente reprobables, de entonces acá han sido casi todos despenalizados. Tal es el caso sobre todo con la simple homosexualidad, la zoofilia y el adulterio, que antes constituían ejemplos clásicos de delitos de propia mano, de manera que hoy, en lo esencial, sólo el "yacimiento entre parientes" (§ 173, el antiguo "incesto") representa a los delitos de propia mano en el ámbito de este grupo de delitos.

Al margen de la evolución general, que confirma mi diagnóstico sobre la comisión de propia mano [602], y que se refleja en el interés desfalleciente de los Comentarios y Tratados por esta temática [603], un estudio de HERZBERG sobre los "Delitos de propia mano" [604] ha aportado en 1970 un profundo análisis de este grupo de delitos. El intento de HERZBERG supone ante todo una controversia con la concepción de los delitos de propia mano mantenida en esta obra, que en su opinión "ha significado un gran paso adelante en el debate" y «contiene puntos de partida metodológicos que han de ser básicos para toda investigación futura», pero que, por otra parte, a su juicio no supone «la última palabra [con respecto a esta cuestión], ni tampoco la decisiva» [605]. Consiguientemente, construye sobre la "idea fundamental" [606] de mi intento, pero por lo demás sigue su propio camino, de manera que a los que yo llamo "delitos de propia mano impropios" [607] (como, p. ej., los delitos de expresión y la deserción), a los que he considerado delitos de infracción de deber ocultos y he separado de los delitos de propia mano en sentido estricto, los vuelve a reunir con éstos, dividiendo en tres grupos el conjunto del material, obtenido de este modo. El primero, con mucho el más amplio, lo forman los "delitos referidos a autor" [608], en los que se encuentra en primer plano una conducta relativa al propio cuerpo del autor; forman parte de éste la mayoría de los que yo he llamado delitos vinculados

[601] Cfr. *supra*, pp. 448 ss.

[602] *Supra*, pp. 434-470.

[603] Sin esfuerzos personales por sistematizar, se suele simplemente enumerar los casos que se incluyen en este grupo de delitos.

[604] *ZStW*, 82 (1970), pp. 896-947; le siguen JESCHECK-WEIGEND, *AT*[5], 1996, pp. 266 ss.

[605] *ZStW*, 82 (1970), p. 913.

[606] *ZStW*, 82 (1970), p. 914.

[607] *Vid.* al respecto *supra*, pp. 427 ss.

[608] *ZStW*, 82 (1970), pp. 921-937. Tal es también el criterio esencial de la tesis doctoral de AUERBACH, *Die eigenhändigen Delikte*, 1978: «si el hecho sólo se puede cometer utilizando el autor su propio cuerpo como medio» (p. 143). Sobre AUERBACH, cfr. la recensión de MAIWALD, *ZStW*, 93 (1981), pp. 871 ss.

a comportamiento sin lesión de bien jurídico, así como los delitos de autor jurídico-penal. El segundo grupo [609] contiene «tipos en los que la posible consumación por parte de terceros no puede encarnar la lesión del bien jurídico»; en él incluye a la prevaricación [610], en la que el delito sólo se consuma con la publicación de la sentencia injusta por parte del presidente del tribunal, así como las injurias [611], en las que la eventual transmisión por un mensajero nada cambia en la eficacia fundamentadora de autoría de la manifestación del menosprecio propio. Por último, el tercer grupo comprende la «comisión de propia mano dependiente del Derecho procesal» [612] y se limita a los §§§ 153, 154 y 156 StGB (falso testimonio, perjurio), tipos que yo he clasificado [613] como delitos de infracción de deber de propia mano inauténticos.

Dado que en realidad no resulta posible reducir los delitos de propia mano a un punto de vista unitario, naturalmente es posible clasificar el material desde distintos puntos de vista, sin que quepa tildar de "incorrecta" a ninguna de las dos formas de agrupar; desde luego, en cuanto a los resultados la coincidencia es amplia [614]. Una divergencia en lo sustancial surge ante todo en el tipo de allanamiento de morada, considerado por HERZBERG, frente a mi postura [615], como delito de propia mano, vinculado al autor. Así, dice [616]: «Hay un aspecto de ofensa inmanente al allanamiento de morada. Lo que conforma el resultado no es la penetración objetiva de un cuerpo que ocupa espacio, sino el menosprecio (personalísimo, inherente a ella, susceptible sólo de entendimiento espiritual) del derecho a la autodeterminación en la esfera de la morada propia. Supone una simplificación inadmisible decir que para el titular de la morada es indiferente quién penetra en su morada sin su voluntad.» Sin embargo, esta idea es demasiado rebuscada. Cierto que para el titular de la morada puede que un intruso sea más molesto que otro. Pero la ley tiene que ocuparse principalmente de la protección de los bienes jurídicos, esto es, de mantener simplemente alejados del ámbito de la morada a "visitas" no deseadas. Según HERZBERG, sería posible aterrorizar a otro impunemente [617] en su propia morada enviándole continuamente borrachos, enajenados y niños. Lo cual en absoluto resul-

[609] *ZStW*, 82 (1970), pp. 939-943.

[610] Cfr. *supra*, pp. 465 ss.; al respecto también RUDOLPHI, *ZStW*, 82 (1970), pp. 628 ss.

[611] Cfr. *supra*, pp. 422-427; HERZBERG sigue sustancialmente el análisis que ahí se efectúa.

[612] *ZStW*, 82 (1970), pp. 943-946.

[613] *Supra*, pp. 429 ss.

[614] En *Täterschaft und Teilnahme*, 1977, pp. 10 ss., HERZBERG no ha insistido en su artículo de *ZStW*, 82 (1970) ni en la sistematización en éste indicada. No está claro, pues, si aún lo sostiene. Crítica a HERZBERG en WOHLERS, *SchwZStr*, 116 (1998), pp. 102 ss.

[615] *Supra*, p. 443.

[616] *ZStW*, 82 (1970), p. 928.

[617] Así han de entenderse sus consideraciones de *ZStW*, 82 (1970), p. 928; con tal de que concurra al menos dolo, en teoría se podría recurrir a la inducción, lo que, sin embargo, no se ajustaría a la idiosincrasia de este grupo de delitos y desde luego tampoco lo acepta HERZBERG.

ta evidente, al margen de que desde luego el "menosprecio personalísimo del derecho a la autodeterminación" que requiere, al igual que en el supuesto de las injurias, con el que él mismo establece un paralelismo, se da en este caso en la persona del sujeto de detrás que envía a los mencionados sujetos.

Por lo demás, en lo que respecta a la división que establezco entre delitos de infracción de deber personalísimos (de propia mano inauténticos), delitos vinculados a comportamiento sin lesión de bien jurídico [618] y delitos de autor jurídico-penal, me sigue pareciendo que acierta con los aspectos normativo-sistemáticos esenciales [619]. El mérito de los estudios de HERZBERG y HAFT [620] reside, a mi juicio, en haber demostrado que son diversas razones las que han impulsado al legislador a crear delitos de infracción de deber personalísimos y que estas razones pueden volverse a abarcar para la subdivisión. En ocasiones, el motivo para crear un delito de infracción de deber personalísimo, como principalmente ha puesto de relieve HAFT, reside en el afán de perfilar, en aras del principio de taxatividad, una descripción del tipo en otro caso amplia y vaga, teniendo entonces que asumirse la impunidad de los raros casos de lesión del bien jurídico no de propia mano. Asimismo tiene desde luego razón HERZBERG al decir que la naturaleza de delitos de propia mano de los §§ 153, 154 y 156 StGB es "dependiente del Derecho procesal"; obviamente, dadas otras reglas jurídico-procesales distintas, cabría imaginar la posibilidad de autoría mediata en los delitos de expresión. Pero así no resulta cuestionada la clasificación de estos tipos dentro de los delitos de infracción de deber personalísimos, sino que se explica por qué estos preceptos han de considerarse delitos de infracción de deber personalísimos. En el supuesto más importante en la práctica, el de comisión de delito en estado de embriaguez plena (§ 323a StGB), ciertamente he afirmado *supra* [621] su carácter de delito de infracción de deber personalísimo, mas no lo he fundamentado en realidad, lo que ha impulsado a HERZBERG [622] a fundada crítica y a HAFT [623] a traer aquí a colación la idea de la taxatividad de los tipos. La explicación pertinente la ha encontrado JAKOBS [624]: El fundamento de punición del § 323a no es lo peligroso de la desinhibición, «sino el abandono de la posibilidad de resolver mediante imputación el conflicto que plantea el delito en estado de embriaguez. El deber de no destruir la posibilidad de imputar sólo incumbe al destinatario respectivo de la imputación, siendo, por tanto, un deber especial». Con análoga fundamentación cabe considerar delito de propia mano al de conducción bajo el efecto de bebidas alcohólicas. Cuando los §§ 315c y 316 StGB castigan a aquel que «debido al consumo de bebidas alcohólicas... no está en condiciones de conducir con seguridad», se vincula «la responsabildiad por el hecho a la concurrencia cumulativa de la condición de conductor y de la incapacidad para conducir» [625]. Así pues, el legislador ha creado aquí delitos de infracción de deber personalísimos. WÖHLER [626] habla de "delitos de propia mano positivos", señalando [627] que, con ayuda de esta explicación, se podría afirmar «con consistencia interior [mi] diferenciación entre los delitos de embriaguez de propia mano y los demás delitos de la circulación que no son de propia mano».

[618] SCHALL, *JuS*, 1979, pp. 107 ss., critica mi categoría de delitos sin lesión de bien jurídico, considerando "inconcebibles", desde la perspectiva de otro concepto de bien jurídico —para el cual bien jurídico es todo objeto o estado estimado valioso por el legislador—, los delitos sin lesión de bien jurídico. Pero tal divergencia de opiniones relativa al concepto de bien jurídico nada altera en el fenómeno que indiqué. En la terminología de SCHALL habría que hablar de "delitos sin daño social". Pero éstos son de propia mano, por los motivos que he mencionado, y esto es lo que importa (y no la terminología). En contra de SCHALL asimismo WOHLERS, *SchwZStr*, 116 (1998), p. 104.

[619] Mi concepción la siguen SAMSON, *SK*[5], 1993, § 25, núms. margs. 68 ss. y, con consideraciones que van más allá, JAKOBS, *AT*[2], 1991, pp. 21-19 ss. Ahora asimismo WOHLERS, *SchwZStr*, 116 (1998), pp. 103 ss.

[620] *Eigenhändige Delikte*, *JA*, 1979, pp. 651 ss. HAFT entiende su trabajo como continuación del desarrollo de la concepción expuesta en esta obra.

[621] Pp. 468 ss.

[622] *ZStW*, 82 (1970), pp. 909 ss.

[623] *JA*, 1979, pp. 656 ss.

[624] *AT*, 1983, pp. 21-23; en otro sentido ahora *AT*[2], 1991, pp. 21-23.

También la recentísima controversia entre SCHUBARTH y STRATENWERTH en torno a los delitos de propia mano se mueve dentro de este marco de relaciones [628]. SCHUBARTH [629] tildaba de "fantasma" a los delitos de propia mano, negando su existencia, porque en el Derecho Penal debe tratarse siempre de lesiones de bienes jurídicos que necesariamente tienen que poder realizarse también en autoría mediata o, en su caso, coautoría. Lo cual coincide con la tesis, desarrollada en esta obra, de que la limitación del Derecho Penal a lesiones de bienes jurídicos va determinando la desaparición paulatina de los delitos de propia mano, en los que se trata de "delitos vinculados a comportamiento sin lesión de bien jurídico" (*supra* pp. 448 ss.), salvo en el caso de los delitos de infracción de deber personalísimos, como los delitos de expresión. En el Derecho alemán vigente sólo queda, en lo sustancial, el incesto como conducta sin lesión de bien jurídico (cfr. el comienzo de este capítulo, *supra* p. 754).

Por el contrario, STRATENWERTH [630] preconiza que los delitos de propia mano tienen un significado duradero. Al hacerlo, concuerda plenamente con las premisas aquí desarrolladas, pero considerando que estimar lesión de bien jurídico en muchos tipos sólo es una "construcción auxiliar" [631]. En realidad, «el orden protegido jurídico-penalmente [consiste] en buena parte en normas de conducta vinculadas a funciones, en las que ciertamente tendría

[625] Así WOHLERS, *SchwZStr*, 116 (1998), p. 110.

[626] *SchwZStr*, 116 (1998), pp. 109 ss.

[627] *SchwZStr*, 116 (1998), p. 110, nota 70.

[628] Obviamente en el especial contexto del Derecho suizo. Pero ello simplemente confirma el carácter dogmático-internacional también de este problema.

[629] *SchwZStr*, 114 (1996), pp. 325 ss.

[630] *SchwZStr*, 115 (1997), pp. 86 ss.

[631] *SchwZStr*, 115 (1997), p. 93, nota 34.

que tratarse de un interés merecedor de protección, el cual, sin embargo, no tiene que referirse a bienes jurídicos concretos" [632]. Ello concuerda con la concepción aquí desarrollada de que los delitos de propia mano son «delitos vinculados a comportamiento sin lesión de bien jurídico». En contra de STRATENWERTH, a su vez, SCHUBARTH [633], invocando lo señalado en esta obra, se opone a la naturaleza de propia mano de los delitos relativos a la circulación rodada, pero a la vez la discute con respecto al incesto, entendiendo que la conminación penal en este caso previene daños eugenésicos, sirviendo, por tanto, a la protección de bienes jurídicos. No vamos a profundizar en esta controversia, puesto que no afecta al principio que he establecido —los delitos sin lesión de bien jurídico son de propia mano—, sino al análisis del fin de la pena y a la estructura de tipos concretos. Sn embargo, sobre la base de este planteamiento habrá de continuar el debate.

Todos estos enfoques confirman que los delitos de propia mano en modo alguno, como aún se sigue estimando muchas veces, representan [634] productos fortuitos dogmáticamente imposibles de explicar, sino que son susceptibles de investigación sistemática diferenciadora, algo a lo que esta obra ha intentado dar comienzo.

[632] *SchwZStr,* 115 (1997), p. 91.
[633] *ZStW,* 116 (1998), p. 827 (840 ss.).
[634] El último en tal sentido SCHALL, *JuS,* 1979, p. 108.

BIBLIOGRAFÍA

BIBLIOGRAFÍA ANTERIOR A 1963

BAHR, *Restriktiver und extensiver Täterbegriff,* 1934.
v. BAR, *Die Lehre vom Causalzusammenhang,* 1871.
v. BAR, *Gesetz und Schuld im Strafrecht,* t. II: *Die Schuld nach dem Strafgesetz,* 1907.
BAUMANN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil,* 2.ª ed., 1961.
— «Mittelbare Täterschaft oder Anstiftung bei Fehlvorstellungen über den Tatmittler?», en *JZ,* 1958, pp. 230-235.
— «Die Tatherrschaft in der Rechtsprechung des BGH», en *NJW,* 1962, pp. 374-377.
BAUMGARTEN, «Bemerkungen zu Bindings Normen», en *ZStW,* t. 37, 1916, pp. 517-537.
BELING, *Die Lehre vom Verbrechen,* 1906.
— *Methodik der Gesetzgebung,* 1922.
— *Grundzüge des Strafrechts,* 10.ª ed., 1928.
— «Zur Lehre von der "Ausführung" strafbarer Handlungen», en *ZStW,* t. 28, 1908, pp. 589-611.
— «Der gegenwärtige Stand der strafrechtlichen Verursachungslehre», en *GS,* t. 101, 1932, pp. 1-13.
BEMMANN, «Zum Fall Rose-Rosahl», en *MDR,* 1958, pp. 817-882.
BENAKIS, *Täterschaft und Teilnahme im deutschen und griechischen Strafrecht,* 1961.
BERNER, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts,* 17.ª ed., 1895.
BERTSCHI-RIEMER, *Die Anstiftung gemäß Art. 24 StGB,* 1961.
BINDING, *Grundriß zur Vorlesung über Gemeines Deutsches Strafrecht,* 8.ª ed., 1913.
— *Die Normen und ihre Übertretung. Eine Untersuchung über die rechtmäßige Handlung und die Arten des Delikts,* t. 3.º: *Der Irrtum,* 1918.
— «Die drei Subjekte strafrechtlicher Verantwortlichkeit: der Täter, der Verursacher ("Urheber") und der Gehilfe», en *GS,* t. 71, 1908, pp. 1-21.
— «Die drei Grundformen des verbrecherischen Subjekts: der Täter, der Verursacher (Urheber), der Gehilfe», en *Strafrechtliche und strafprozessuale Abhandlungen,* t. 1, 1915, pp. 251-401.
BIRKMEYER, *Über Ursachenbegriff und Kausalzusammenhang im Strafrecht,* 1885.
— *Die Lehre von der Teilnahme und die Rechtsprechung des Deutschen Reichsgerichts,* 1890.
— «Teilnahme am Verbrechen», en *Vergleichende Darstellungen des deutschen und ausländischen Strafrechts, Allgemeiner Teil,* t. II, 1908.
BLOCH, *Subjekt-Objekt. Erläuterungen zu Hegel,* ed. ampliada, 1962.

BOCKELMANN, *Studien zum Täterstrafrecht,* partes I y II, 1939-1940.
— *Strafrechtliche Untersuchungen,* 1957.
— *Über das Verhältnis von Täterschaft und Teilnahme,* 1949; ahora en *Strafrechtliche Untersuchungen,* 1957, pp. 31-87.
— «Nochmals über das Verhältnis von Täterschaft und Teilnahme», en *GA,* 1954, pp. 193 ss.; ahora en *Strafrechtliche Untersuchungen,* pp. 88-108.
— «Die moderne Entwicklung der Begriffe Täterschaft und Teilnahme», en *Aportaciones alemanas al VII Congreso Internacional de Derecho Penal,* celebrado en Atenas del 26 de septiembre al 2 de octubre de 1957, número especial de la *ZStW,* t. 69, pp. 167 ss.; ahora en *Strafrechtliche Untersuchungen,* 1957, pp. 109-125.
— «Comentario a BGHSt 16, pp. 120-222», en *NJW,* 1961, pp. 1934-1935.
BÖHM, «Methodische Probleme der Gleichstellung des Unterlassens mit der Begehung», en *JuS,* 1961, pp. 177-181.
BOLLINGER, *Eigenhändige Straftaten,* tesis doctoral inédita leída en Hamburg, 1958.
BOLLNOW, *Maß und Vermessenheit des Menschen,* 1962.
BÖRKER, «Zur Abhängigkeit der Teilnahme von der Haupttat», en *JR,* 1953, pp. 166-168.
BRAUNECK, «Der strafrechtliche Schuldbegriff», en *GA,* 1959, pp. 261-272.
BRUNS, *Kritik der Lehre vom Tatbestand,* 1932.
v. BURI, *Zur Lehre von der Teilnahme an dem Verbrechen und der Begünstigung,* 1860.
— *Über Kausalität und deren Verantwortung,* 1873.
— «Urheberschaft und Beihülfe», en *GA,* t. 17, 1869, pp. 233-241 y 305-314.
BUSCH, *Moderne Wandlungen der Verbrechenslehre,* 1949.
v. CALKER, *Strafrecht,* 4.ª ed., 1933.
CLASS, «Generalklauseln im Strafrecht», en *Festschrift für Eb. Schmidt,* 1961, pp. 122-138.
CRAMER, «Teilnahmeprobleme im Rahmen des § 330a StGB», en *GA,* 1961, pp. 97-108.
CROSS-JONES, *An Introduction to criminal Law,* 2.ª ed., 1949.
DAHM, *Täterschaft und Teilnahme,* 1926.
— *Die Zunahme der Richtermacht im modernen Strafrecht,* 1931.
— *Der Tätertyp im Strafrecht,* 1940.
— «Über das Verhältnis von Täterschaft und Teilnahme», en *NJW,* 1949, pp. 809-812.
— «Comentario a la sentencia del OLG Stuttgart de 6 de marzo de 1959 relativa al § 142 StGB», en *MDR,* 1959, pp. 508-510.
DAHM y SCHAFFSTEIN, *Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft,* 1935.
— *Methode und System des neuen Strafrechts,* 1938 (= *ZStW,* t. 57, pp. 225 ss.).
DIETZ, *Täterschaft und Teilnahme im ausländischen Strafrecht,* 1957.
DOHNA, Graf zu, *Der Aufbau der Verbrechenslehre,* 4.ª ed., 1950.
DREHER-MAAßEN, *Strafgesetzbuch,* 3.ª ed., 1959.
DREHER, Bericht, «Die fünfte Arbeitstagung der Großen Strafrechtskommission», en *ZStW,* t. 67, 1955, pp. 5572-s78.
— «Comentario a la sentencia del BGH de 27 de enero de 1956 (2 StR 432/55)», en *MDR,* 1956, pp. 499-501.
— «Verbotsirrtum und § 51 StGB», en *GA,* 1957, pp. 97-100.
— «Comentario a una sentencia del OLG Köln de 19 de octubre de 1961», en *MDR,* 1962, pp. 592-593.
DROST, *Das Problem einer Individualisierung im Strafrecht,* 1930.
END, *Existenzielle Handlungen im Strafrecht,* 1959.

ENGELMANN, «Der geistige Urheber des Verbrechens nach dem italienischen Recht des Mittelalters», en *Festschrift für Binding,* t. II, pp. 387-610.
ENGELSING, «Eigenhändige Delikte, 1926», en *Strafrechtliche Abhandlungen,* núm. 212.
ENGISCH, *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände,* 1931.
— «Der finale Handlungsbegriff», en *Probleme der Strafrechtserneuerung, Festschrift für Kohlrausch,* 1944, pp. 141-179.
— «Die normativen Tatbestandselemente im Strafrecht», en *Festschrift für Mezger,* 1954, pp. 127-163.
— «Bietet die Entwicklung der dogmatischen Strafrechtswissenschaft seit 1930 Veranlassung, in der Reform des Allgemeinen Teils des Strafrechts neue Wege zu gehen?», en *ZStW,* t. 66, 1954, pp. 339-389.
— «Bemerkungen zu Theodor Rittlers Kritik der Lehre von den subjektiven Tatbestands- und Unrechtselementen», en *Festschrift für Rittler,* 1957, pp. 165-183.
— «Zur "Natur der Sache" im Strafrecht», en *Festschrift für Eb. Schmidt,* 1961, pp. 90-121.
— Recensión de KAUFMANN, «Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte», en *JZ,* 1962, pp. 189-192.
Entwurf des Allgemeinen Teils eines Strafgesetzbuchs mit Begründung, 1958.
Entwurf eines Strafgesetzbuches (E 1960) mit Begrundung.
Entwurf eines Strafgesetzbuches (E 1962) mit Begründung.
EVERS, «Existenzphilosophie und rechtliche Pflichtenkollision», en *JR,* 1960, pp. 369-372.
EXNER, «Fahrlässiges Zusammenwirken», en *Festgabe für Frank,* t. I, 1930, pp. 569-597.
FELD, *Die Anstiftung und Beihilfe zum Selbstmord,* tesis doctoral, 1909.
FEUERBACH, *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts,* 2.ª parte, 1806.
— *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts,* 14.ª ed., 1847.
FINGER, *Strafrecht,* 1932.
FLEGENHEIMER, «Das Problem des "dolosen Werkzeugs"», 1913, *Strafrechtliche Abhandlungen,* núm. 164.
FRANK, *Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich,* 18.ª ed., 1931.
FRANZHEIM, *Die Teilnahme an unvorsätzlicher Haupttat,* 1961.
FRÜHAUF, *Eigenhändige Delikte,* tesis doctoral leída en Frankfurt, 1959.
FUCHS, «Kritische Erörterung von Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen», en *GA,* t. 29, 1881, pp. 170-178 (epígrafe: «Mittäterschaft und Beihilfe»).
FURTNER, «Zur Frage der Anrechnung erschwerender Umstände bei nachfolgender Beihilfe und nachfolgender Mittäterschaft», en *JR,* 1960, pp. 367-369.
GALLAS, «Täterschaft und Teilnahme», *Materialien zur Strafrechtsreform,* t. 1.º, *Gutachten der Strafrechtslehrer,* 1954, pp. 121-153.
— «Zur Kritik der Lehre vom Verbrechen als Rechtsgutsverletzung», en *Gegenwartsfragen der Strafrechtswissenschaft, Festschrift für Gleichspach,* 1936, pp. 550-569.
— «Comentario a una sentencia del OGHBZ de 15 de marzo de 1949», en *DRZ,* 1950, pp. 67-68.
— «Comentario a BGHSt 2, 150», en *JZ,* 1952, pp. 371-373.
— *Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen,* 1955 (= *ZStW,* t. 67, pp. 1-47).
— «Die moderne Entwicklung der Begriffe Täterschaft und Teilnahme im Strafrecht», en *Aportaciones alemanas al VII Congreso Internacional de Derecho Penal,*

celebrado en Atenas del 26 de septiembre al 2 de octubre de 1957, número especial de la *ZStW*, t. 69, pp. 3-45.
— «Strafbares Unterlassen im Fall einer Selbsttötung», en *JZ*, 1960, pp. 649-655 y 686-692.
GEIB, *Lehrbuch des Strafrechts*, t. II, *Allgemeine Lehren*, 1862.
GEPPERT, *Der strafrechtliche Parteiverrat*, 1961.
GERLAND, *Deutsches Reichsstrafrecht*, 2.ª ed., 1932.
GOETZ, *Grenzziehung zwischen Mittäterschaft und Beihilfe*, 1910.
GOETZELER, «Der Ideengehalt des extensiven (intellektuellen) Täterbegriffes und seine Auswirkungen», en *SJZ*, 1949, párrafos 837-846.
GOLDSCHMIDT, «Normativer Schuldbegriff», en *Frank-Festgabe*, I, pp. 429-442.
GRASSBERGER, «Zur Strafwürdigkeit der Sittlichkeitsdelikte», en *Festschrift für Eb. Schmidt*, 1961, pp. 333-342.
GRÜNHUT, *Begriffsbildung und Rechtsanwendung im Strafrecht*, 1926.
— «Methodische Grundlagen der heutigen Strafrechtswissenschaft», en *Festgabe für Frank*, t. I, pp. 1-32.
— «Grenzen strafbarer Täterschaft und Teilnahme», en *JW*, 1932, pp. 366-367.
GRÜNWALD, *Das unechte Unterlassungsdelikt*, 1956 (tesis doctoral inédita leída en Gotinga).
— «Zur gesetzlichen Regelung der unechten Unterlassungsdelikte», en *ZStW*, t. 70, 1958, pp. 412-432.
— «Die Beteiligung durch Unterlassen», en *GA*, 1959, pp. 111-123.
HÄLSCHNER, *Das gemeine deutsche Strafrecht systematisch dargestellt*, tomo 1.º, *Die allgemeinen strafrechtlichen Lehren*, 1881.
HARDWIG, *Die Zurechnung, Ein Zentralproblem des Strafrechts*, 1957.
— «Zur Systematik der Tötungsdelikte», en *GA*, 1954, pp. 257-262.
— «Zur Abgrenzung von Mittäterschaft und Beihilfe», en *GA*, 1954, pp. 353-358.
— «Die Gesinnungsmerkmale im Strafrecht», en *ZStW*, t. 68, 1956, pp. 14-40.
— «Studien zum Vollrauschtatbestand», en *Festschrift für Eb. Schmidt*, 1961, pp. 459-487.
— «Vorsatz bei Unterlassungsdelikten», en *ZStW*, t. 74, 1962, pp. 27-47.
HARTMANN, *Die Philosophie des deutschen Idealismus*, 2.ª ed., 1960.
HAUPT, «Beiträge zur Lehre von der Teilnahme», en *ZStW*, t. 15, 1895, pp. 202-214.
HEDEMANN, *Die Flucht in die Generalklauseln*, 1933.
HEGEL, *Phänomenologie des Geistes*, Philosophische Bibliothek (Felix-Meiner-Verlag), 6.ª ed., 1952.
— *Enzyklopädie der philosophischen Wissenschaften im Grundriße (1830)*, Philosophische Bibliothek (Felix-Meiner-Verlag), 6.ª ed., 1959.
HEGLER, «Die Merkmale des Verbrechens», en *ZStW*, t. 36, 1915, pp. 19-44 y 184-232.
— «Zum Wesen der mittelbaren Täterschaft», en *Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben*, t. 5.º, *Strafrecht und Strafprozeß*, 1929, pp. 305-321.
— «Mittelbare Täterschaft bei nicht rechtswidrigem Handeln der Mittelsperson», en *Festgabe für Richard Schmidt*, 1932, pp. 51-78.
HEIMBERGER, «Bericht über die Behandlung der Teilnahme am Verbrechen», en *Mitteilungen der Internationalen Kriminalistischen Vereinigung*, t. 11, 1904, pp. 534-540.
HEINITZ, «Teilnahme und unterlassene Hilfeleistung beim Selbstmord», en *JR*, 1954, pp. 403-406.

— «Comentario a la sentencia BGH I StR 325/54, de 2 de septiembre de 1954», en *JR*, 1955, p. 105.
— «Gedanken über Täter- und Teilnehmerschuld im Deutschen und Italienischen Strafrecht», en *Festschrift der Juristischen Fakultät der Freien Universität Berlin zum 41. Deutschen Juristentag in Berlin*, 1955, pp. 93-118.
— «Comentario a una sentencia del BGH de 24 de mayo de 1959 (BGHSt 13, pp. 13-15)», en *JR*, 1959, pp. 386-388.
HENKE, *Handbuch des Criminalrechts und der Criminalpolitik*, Erster Theil, 1823.
HENKEL, *Recht und Individualität*, 1958.
— «Comentario a una sentencia del RG de 1 de julio de 1935», en *Deutsche Justiz*, 1935, pp. 1737-1738.
— «Zumutbarkeit und Unzumutbarkeit als regulatives Rechtsprinzip», en *Mezger-Festschrift*, 1954, pp. 249-309.
— «Die "praesumtio doli" im Strafrecht», en *Festschrift für Eb. Schmidt*, 1961, pp. 459-487.
— «Das Methodenproblem bei den unechten Unterlassungsdelikten», en *Festschrift für Tesar, Monatsschrift für Krim. u. Strafrechtsreform*, 1961, pp. 178-193.
HERGT, *Die Lehre von der Teilnahme am Verbrechen*, gekrönte Münchener Preisschrift, 1909.
v. HIPPEL, *Lehrbuch des Strafrechts*, 1932.
— *Deutsches Strafrecht*, t. 2.º, 1930.
HIRSCH, *Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen*, 1960.
HOFFMANN, «Zur Teilnahmelehre», en *NJW*, 1952, pp. 963-964.
HOFFMEISTER, *Wörterbuch der Philosophischen Begriffe*, 2.ª ed., 1955.
HONIG, *Die Einwilligung des Verletzten*, 1919.
HÖPFNER, «Zur Lehre von der mittelbaren Täterschaft», en *ZStW*, t. 22, 1902, pp. 205-217.
HORN, «Causalitäts- und Wirkensbegriff», en *GS*, t. 54, 1897, pp. 321-385.
ISAY, *Rechtsnorm und Entscheidung*, 1929.
JÄGER, *Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz bei Sittlichkeitsdelikten*, 1957.
— «Betrachtungen zum Eichmann-Prozeß», en *MSchrKrim*, 1962, pp. 73-83.
JANKA, *Österreichisches Strafrecht*, 2.ª ed., 1890.
JESCHECK, «Anstiftung, Gehilfenschaft und Mittäterschaft im deutschen Strafrecht», en *Schweiz. Zeitschrift für Strafrecht*, núm. 3, año 71, 1956, pp. 225-243.
— «Auflbau und Stellung des bedingten Vorsatzes im Verbrechensbegriff», en *Festschrift für Erik Wolf*, 1962, pp. 473-488.
JOHANNES, *Mittelbare Täterschaft bei rechtmäßigem Handeln des Werkzeuges. Ein Scheinproblem*, 1963.
KALTHOENER, «Die Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs», en *NJW*, 1956, pp. 1662-1665.
KANT, *Kritik der praktischen Vernunft*, 1.ª ed., 1788, citada por la edición de KANT de la Wissenschaftliche Buchgesellschaft, t. IV, 1956.
KANTOROWICZ, «Der Strafgesetzentwurf und die Wissenschaft», en *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform*, año 7.º, abril de 1910-marzo de 1911, pp. 257-344.
KAUFMANN, Armin, *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*, 1954.
— *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, 1959.
— «Der dolus eventualis im Deliktsaufbau», en *ZStW*, t. 70, 1958, pp. 64-86.

— «Methodische Probleme der Gleichstellung des Unterlassens mit der Begehung», en *JuS,* 1961, pp. 173-177.
KAUFMANN, Arthur, *Das Schuldprinzip,* 1961.
— «Die Bedentung hypothetischer Erfolgsursachen im Strafrecht», en *Festschrift für Eb. Schmidt,* 1961, pp. 200-231.
— Recensión de FRANZHEIM, «Die Teilnahme an unvorsätzlicher Haupttat», en *JZ,* 1962, pp. 782-783.
KAUN, *Die Beteiligung am Selbstsmord als strafrechtliches Problem,* 1960 (tesis doctoral inédita leída en Hamburgo).
KERN, *Die Äußerungsdelikte,* 1919.
KIELWEIN, «Unterlassung und Teilnahme», en *GA,* 1955, pp. 225-232.
KOHLER, *Studien aus dem Strafrecht,* t. 1, 1896.
KOHLHAAS, «Comentario a BGHSt 15», pp. 132-134, en *LM,* núm. 4 del § 176, apdo. 1, núm. 2.
KOHLRAUSCH-LANGE, *Strafgesetzbuch,* 42.ª ed., 1959; 43.ª ed., 1961.
KOHLRAUSCH, «Das kommende deutsche Strafrecht», en *ZStW,* t. 55, 1936, pp. 384-398.
— «Täterschuld und Teilnehmerschuld», en *Festschrift für Erwin Bumke zum 65.* Geburtstag, 1939, pp. 39-51.
KUNERT, *Die normativen Merkmale der strafrechtlichen Tatbestände,* 1958.
LAMPE, «Täterschaft bei fahrlässiger Straftat», en *ZStW,* t. 71, 1959, pp. 579-616.
LANGE, *Der moderne Täterbegriff und der deutsche Strafgesetzentwurf,* 1935.
— *Die notwendige Teilnahme,* 1940.
— Comentario de la obra de BOCKELMANN "Über das Verhältnis von Täterschaft und Teilnahme", en *ZStW,* t. 63, 1951, pp. 499-504.
— «Zur Teilnahme an unvorsätzlicher Haupttat», en *JZ,* 1959, pp. 560-564.
LANG-HINRICHSEN, *Die kriminalpolitischen Aufgaben der Strafrechtsreform, Gutachten für den 43. Deutschen Juristentag,* 1960.
LARENZ, *Juristische Methodenlebre,* 1960.
LASK, *Rechtsphilosophie,* 1905.
LAUENSTEIN, *Verbrechensversuch des untauglichen Täters - ein Problem der strafrechtlichen Pflichtlehre,* tesis doctoral inédita leída en Hamburgo, 1960.
Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch (citado como *LK*), vol. 1.º, Introducción y § 51-152, 7.ª ed., 1954; 8.ª ed., 1957; vol 2.º, §§ 153-370, y Ley de introducción, 7.ª ed., 1954; 8.ª ed., 1958.
LESS, «Gibt es strafbare mittelbare Täterschaft, wenn der Tatmittler rechtmäßig handelt?», en *JZ,* 1951, pp. 550-552.
LIEPMANN, *Einleitung in das Strafrecht,* 1900.
v. LISZT, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts,* 21.ª y 22.ª eds., 1919.
— *Strafrechtsfälle zum akademischen Gebrauch,* 14.ª ed., 1929.
v. LISZT-SCHMIDT, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts,* vol. 1.º, *Einleitung und Allgemeiner Teil,* 26.ª ed., 1932.
LOBE, *Einführung in den allgemeinen Teil des Strafgesetzbuches,* 1933.
LOENING, *Grundriß zu Vorlesungen über deutsches Strafrecht,* 1885.
LONY, *Extensiver oder restriktiver Täterbegriff?,* 1934.
MAIER, Heinrich, *Psychologie des emotionalen Denkens,* 1908.
MAIHOFER, *Der Handlungsbegriff im Verbrechenssystem,* 1953.
MARTIN, «Zur Frage der Zurechnung bei sukzessiver Mittäterschaft», en *NJW,* 1953, pp. 288-290.

MAURACH, *Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil, Ein Lehrbuch,* 2.ª ed., 1958; 1.ª ed., 1954 (en abreviatura, *AT*).
— *Deutsches Strafrecht, Besonderer Teil, Ein Lehrbuch,* 3.ª ed., 1959 (en abreviatura, *BT*).
— «Deliktscharakter und Auslegung der Notzuchtsbestimmung des § 177 StGB», en *NJW,* 1961, pp. 1050-1053.
MAYER, Hellmuth, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Ein Lehrbuch,* 1953.
— «Täterschaft, Teilnahme, Urheberschaft», en *Festschrift für Rittler,* 1957, pp. 243-274.
MAYER, Max Ernst, *Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts,* 1915; 2.ª ed., 1923.
MEISTER, «Zur Abgrenzung der Beteiligung am Selbstmord vom strafbaren Tötungsdelikt», en *GA,* 1953, pp. 166-173.
MERKEL, Paul, *Zur Abgrenzung von Täterschaft und Beihilfe,* 1925.
— *Grundriß des Strafrechts,* Teil I, *Allgemeiner Teil,* 1927.
— «Anstiftung und Beihilfe», en *Frank-Festgabe,* t. 11, pp. 134-160.
METZKE, *Handlexikon der Philosophie,* 1949.
MEYER-ALLFELD, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, Allgemeiner Teil,* 9.ª ed., 1934.
MEZGER, *Strafrecht, Ein Lehrbuch,* 2.ª ed., 1933; 3.ª ed., 1949.
— *Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik, Eine ergänzende Betrachtung zum Lehrbuch des Strafrechts in seiner 3. Aufl. (1949),* 1950.
— *Strafrecht, Studienbuch,* I, *Allgemeiner Teil,* 9.ª ed., 1960; II, *Besonderer Teil,* 7.ª ed., 1960.
— «Die Teilnahmeregelung des Strafgesetzentwurfs von 1919», en *Deutsche Strafrechtszeitung,* año 8.º, 1921, pp. 206-207.
— «Mittelbare Täterschaft und rechtswidriges Handeln», en *ZStW,* t. 52, 1932, pp. 529-545.
MITTASCH, *Die Auswirkungen des wertbeziehenden Denkens in der Strafrechtssystematik,* 1939.
MÜLLER, *Eigenhändige Verbrechen,* 1928.
NAGLER, *Die Teilnahme am Sonderverbrechen,* 1903.
Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission (Actas de las sesiones de la Gran Comisión de Derecho Penal), t. 2.º, *Allgemeiner Teil,* sesiones 14.ª y 25.ª, Bonn, 1958.
NIESE, «Comentario a BGHSt 2, 344 ss.», en *NJW,* 1952, pp. 1146-1147.
— «Die finale Handlungslehre und ihre praktische Bedeutung», en *DRiZ,* 1952, pp. 21-24.
— «Die Rechtsprechung des BGH in Strafsachen», en *JZ,* 1953, pp. 173-178.
NOLL, *Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe, im besonderen die Einwilligung des Verletzten,* 1955.
NOWAKOWSKI, *Das österreichische Strafrecht in seinen Grundzügen,* 1955.
— «Rechtsfeindlichkeit, Schuld, Vorsatz», en *ZStW,* t. 65, 1953, pp. 370-402.
— «Tatherrschaft und Täterwille», en *TZ,* 1956, pp. 545-550.
— «Zu Welzels Lehre von der Fahrlässigkeit», en *JZ,* 1958, pp. 335-341 y 388-394.
OEHLER, «Die mit Strafe bedrohte tatvorsätzliche Handlung im Rahmen der Teilnahme», en *Festschrift der Juristischen Fakultät der Freien Universitat Berlin zum 41. Deutschen Juristentag,* 1955, pp. 255-283.
PERTEN, «Die Beihilfe zum Verbrechen», en *Strafrechtliche Abhandlungen,* núm. 198, 1918.

PIOTET, «Systematik der Verbrechenselemente und Teilnahmelehre», en *ZStW,* t. 69, 1957, pp. 14-42.
POST, *Der Anwendungsbereich des Unterschlagungstatbestandes (§ 246 StGB),* 1956.
RADBRUCH, *Rechtsphilosophie,* 5.ª ed., 1956.
— «Die Natur der Sache», en *Festschrift für Sauer,* pp. 157-176.
— «Rechtsidee und Rechtsstoff», en *Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie,* t. 17, 1923/23, pp. 343-350.
ROEDER, «Exklusiver Täterbegriff und Mitwirkung am Sonderdelikt», en *ZStW,* t. 69, 1957, pp. 223-268.
ROSENFELD, «Mittäterschaft und Beihilfe bei subjektiv gefärbter Ausführungshandlung», en *Frank-Festgabe,* t. 11, pp. 161-187.
ROXIN, *Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale,* 1959.
— «Die Irrtumsregelung des Entwurfs 1960 und die strenge Schuldtheorie», en *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform,* 1961 *(Tesar-Festschrift),* pp. 211-221.
— «Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei fahrlässigen Delikten», en *ZStW,* t. 74, 1962, pp. 411-444.
— «Zur Kritik der finalen Handlungslehre», en *ZStW,* t. 74, 1962, pp. 515-561.
SAUER, *Allgemeine Strafrechtslehre,* 3.ª ed., 1955.
— «Das Unterlassungsdelikt, seine Stellung im Gefährdungs-Willensstrafrecht», en *GS,* t. 114, 1940, pp. 279-321.
SAX, «Der Begriff der "strafbaren Handlung" im Hehlereitatbestand (§ 259 StGB)», en *MDR,* 1954, pp. 65-71.
— «Dogmatische Streifzüge durch den Entwurf des Allgemeinen Teils eines Strafgesetzbuches nach den Beschlüßen der Großen Strafrechtskommission», en *ZStW,* t. 69, 1957, pp. 412-440.
— «Über Rechtsbegriffe», en *Festschrift für Hermann Nottarp,* 1961, pp. 133-148.
SCHAFFSTEIN, recensión de monografías penales sobre teoría de la participación, en *ZStW,* t. 56, 1937, pp. 147-152.
SCHMIDHÄUSER, *Gesinnungsmerkmale im Strafrecht,* 1958.
— «Willkürlichkeit und Finalität als Unrechtsmerkmal im Strafrechtssystem», en *ZStW,* t. 66, 1954, pp. 27-40.
— «Zum Begriff der bewußten Fahrlässigkeit», en *GA,* 1957, pp. 305-314.
— «Zum Begriff des bedingten Vorsatzes in der neuestsen Rechtsprechung des BGH und in § 16 Komm. Entwurf StGB, Allgemeiner Teil, 1958», en *GA,* 1958, pp. 161-181.
— «Aussagepflicht und ‚Aussagedelikt», en *Göttinger Festschrift für das OLG Celle,* 1961, pp. 207-237.
SCHMIDT, Eb., *Die militärische Straftat und ihr Täter,* 1936.
— *Militärstrafrecht,* 1936.
— «Die Mittelbare Täterschaft», en *Frank-Festgabe,* t. 11, 1930, pp. 106-133.
SCHMIDT, Richard, *Grundriß des Deutschen Strafrechts,* 2.ª ed., 1931.
SCHMITT, Carl, *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens,* 1934.
SCHÖNKE, *Strafgesetzbuch, Kommentar,* 6.ª ed., 1952.
SCHÖNKE-SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch, Kommentar,* 9.ª ed., 1959; 10.ª ed., 1961.
SCHRÖDER, «Der Täterbegriff als "technisches" Problem», en *ZStW,* t. 57, 1938, pp. 459-489.
— «Auflbau und Grenzen des Vorsatzbegriffs», en *Festschrift für Sauer,* 1949, pp. 207-248.

— «Comentario a BGHSt 11, pp. 268-272», en *JR,* 1958, pp. 427-428.
— «Comentario a una sentencia del BGH de 10 de noviembre de 1959 relativa al § 266 StGB», en *JR,* 1960, pp. 105-106.
— «Comentario a la sentencia de la Sala IV de 12 de enero de 1962, BGHSt 17, pp. 87-94», en *JR,* 1962, pp. 347-348.
SCHWARTZ, *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, Kommentar,* 1914.
SCHWARZ-DREHER, *Strafgesetzbuch,* 23.ª ed., 1961.
SCHWINGE, *Teleologische Begriffsbildung im Strafrecht,* 1930.
— *Irrationalismus und Ganzheitsbetrachtung in der deutschen Rechtswissenschaft,* 1938.
— *Militärstrafgesetzbuch,* 6.ª ed., 1944.
SCHWINGE-ZIMMERL, *Wesensschau und konkretes Ordnungsdenken im Strafrecht,* 1937.
SERVATIUS, *Alegato en defensa de Adolf Eichmann,* 1961.
SPENDEL, *Die Kausalitätsformel der Bedingungstheorie für die Handlungsdelikte,* 1948.
STRATENWERTH, *Das rechtstheoretische Problem der «Natur der Sache»,* 1957.
— *Verantwortung und Gehorsam,* 1958.
— «Dolus eventualis und bewußte Fahrlässigkeit», en *ZStW,* t. 71, 1959, pp. 51-71.
— «Entwicklungstendenzen der neueren deutschen Strafrechtsdogmatik», en *Juristen-Jahrbuch,* t. 2.º, 1961-1962, pp. 195-211.
— «Arbeitsteilung und ärztliche Sorgfaltspflicht», en *Festschrift für Eb. Schmidt,* 1961, pp. 383-400.
STRAUB, *Täterschaft und Teilnahme im englischen Recht,* 1952.
STÜBEL, *Über den Tatbestand der Verbrechen, die Urheber derselben und die zu einem verdammenden Endurteile erforderliche Gewißheit des erstern, besonders in Rücksicht der Todtung, nach gemeinen in Deutschland geltenden und Chursächsischen Rechten,* 1805.
— *Über die Teilnahme mehrerer Personen an einem Verbrechen,* 1828.
TJABEN, «Die Unterscheidung zwischen Urheberschaft und Beihilfe», en *GA,* año 42.º, 1894, pp. 218-229.
Tribunal de lo Penal de Jerusalén, Condena de Adolf Eichmann de 11-15 de diciembre de 1961, autos 40-61. Traducción no oficial.
TRÖNDLE, «Zur Frage der Teilnahme an unvorsätzlicher Haupttat», en *GA,* 1956, pp. 122-154.
V. UTHMANN, «Objektive und subjektive Tatherrschaft», en *NJW,* 1961, pp. 1908-1909.
WÄCHTER, *Lehrbuch des Römisch-Teutschen Strafrechts,* parte I, pp. 1825-1826.
V. WEBER, *Zum Aufbau des Strafrechtssystems,* 1935.
— *Grundriß des Deutschen Strafrechts,* 2.ª ed., 1948.
— «Teilnahme an Mord und Totschlag», en *MDR,* 1952, pp. 265-266.
WEGNER, *Strafrecht, Allgemeiner Teil,* 1951.
— «Teilnahme», en ASCHROTT-KOHLRAUSCH, *Reform des Strafrechts,* 1926, pp. 102-119.
WELZEL, *Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht,* 1935.
— *Um die finale Handlungslehre,* 1949.
— *Aktuelle Strafrechtsprobleme im Rahmen der finalen Handlungslehre,* 1953.
— *Das deutsche Strafrecht,* 3.ª ed., 1954; 5.ª ed., 1956; 6.ª ed., 1958; 7.ª ed., 1960.
— *Das neue Bild des Strafrechtssystems,* 4.ª ed., 1961.
— «Kausalität und Handlung», en *ZStW,* t. 51, 1931, pp. 703-720.
— «Über Wertungen im Strafrecht», en *GS,* t. 103, 1933, pp. 340-347.
— «Studien zum System des Strafrechts», en *ZStW,* t. 58, 1939, pp. 491-566.

— «Zur Kritik der subjektiven Teilnahmelehre», en *SJZ,* 1947, párrafos 645-650.
— «Comentario a una sentencia del OGH de 5 de marzo de 1949», en *MDR,* 1949.
— «Comentario a una sentencia del OLG Bamberg de 27 de julio de 1949», en *DRZ,* 1950, pp. 303-304.
— «Comentario a BGHSt 4, pp. 355-360», en *JZ,* 1953, pp. 763-764.
— «Comentario a una sentencia del BGH de 22 de octubre de 1953 (BGHSt 5, pp. 47-52)», en *JZ,* 1954, pp. 128-130.
WIENERS, *Veranlassung und Unterstützung zum Selbstmord,* 1958.
WIETHOLTER, *Der Rechtfertigungsgrund des verkehrsrichtigen Verhaltens,* 1960.
WOLF, «Betrachtungen über die mittelbare Täterschaft», 1927, *Strafrechtliche Abhandlungen,* núm. 225.
WUTTIG, *Fahrlässige Tellnahme am Verbrechen,* 1902.
ZIMMERL, «Grundsätzliches zur Teilnahmelehre», en *ZStW,* t. 49, 1929, pp. 39-54.
ZIMMERMANN, «Zur Problematik der unechten Unterlassungsdelikte», en *NJW,* 1952, pp. 1321-1322.

BIBLIOGRAFÍA DE 1963 A 1999

AMBOS, «Tatherrschaft durch Willensherrschaft kraft organisatorischer Machtapparate», en *GA,* 1998, pp. 226-245.
AMELUNG, «Zum Verantwortungsmaßstab bei der mittelbaren Täterschaft durch Beherrschung eines nicht verantwortlichen Selbstschädigers», en *Bausteine des europäischen Strafrechts, Coimbra-Symposium f. Roxin,* Bernd SCHÜNEMANN (ed.), 1995, 247, Coimbra-Symposium, 1995.
ARZT, «Zur Garantenstellung beim unechten Unterlassungsdelikt», en *JA,* 1980, pp. 553-561.
— Recensión del *Leipziger Kommentar,* en *JZ,* 10.ª ed., 1981, pp. 412-414.
— «Comentario a BGHSt 32, 165 s.», en *JZ,* 1984, pp. 428-430.
— «Comentario a la sentencia del BGH de 23 de octubre de 1985», *StrV,* 1986, pp. 337-338.
ARZT-WEBER, «Strafrecht, Besonderer Teil», en *LH,* 1, 3.ª ed., 1988.
AUERBACH, *Die eigenhändigen Delikte,* tesis doctoral, 1978.
BAUMANN, «Beihilfe bei eigener voller Tatbestandsverwirklichung», en *NJW,* 1963, pp. 561-565.
— «Dogmatik und Gesetzgeber. Vier Beispiele», *Jescheck-Festschrift,* t. 1, 1985, pp. 105-119.
BAUMANN-WEBER, *Strafrecht, Allgemeiner Teil,* 9.ª ed., 1985.
BAUMANN-WEBER-MITSCH, *Strafrecht, Allgemeiner Teil,* 10.ª ed., 1995.
BEULKE, «Comentario a la sentencia del OLG Köln de 5 de septiembre de 1978», en *JR,* 1980, pp. 423-425.
BEULKE-BACHMANN, *Die «Lederspray-Entscheidung» - BGHSt,* 37, 106, *JuS,* 1932, pp. 737-744.
BINDOKAT, «Fahrlässige Mittäterschaft im Strafrecht», en *JZ,* 1979, pp. 434-437.
BLAUTH, *«Handeln für einen anderen» nach geltendem und kommendem Recht,* 1968.
BLEI, recensión de ROXIN, «Täterschaft und Tatherrschaft», en *NJW,* 1965, p. 1218.
— *Strafrecht, Allgemeiner Teil,* t. 1, 18.ª ed., 1983.
— *Strafrecht, Besonderer Teil,* 12.ª ed., 1983.

— *Prüfe dein Wissen, Strafrecht, Besonderer Teil,* 1, 9.ª ed., 1990.
BLOY, *Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht,* 1985 (citado en *Zurechnungstypus*).
— «Anstiftung durch Unterlassen?», en *JA,* 1987, pp. 490-497.
— «Recensión de Schild, Täterschaft als Tatherrschaft», *GA,* 1996, pp. 239-243.
— «Grenzen der Täterschaft bei fremdhändiger Tatausführung», *GA,* 1996, pp. 425-442.
BOCKELMANN, «Zur Problematik der Beteiligung an vermeintlich vorsätzlich rechtswidrigen Taten», en *Gallas-Festschrift,* 1973, pp. 261-272.
— *Strafrecht, Besonderer Teil,* t. 2, 1977.
— *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Grundriß,* 3.ª ed., 1979.
BOCKELMANN-VOLK, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Grundriß,* 4.ª ed., 1987.
BOTTKE, *Suizid und Strafrecht,* 1982.
— «Probleme der Suizidbeteiligung», en *GA,* 1983, pp. 22-37.
— *Täterschaft und Gestaltungsherrschaft,* 1992 (citado *Gestaltungsherrschaft*).
— «Die Struktur von Täterschaft bei aktiver Begehung und Unterlassung als Baustein eines gemeineuropäischen Strafgesetzbuches», Coimbra-Symposium, 1995, pp. 235-246.
BRAMMSEN, «Kausalitäts- und Täterschaftsfragen bei Produktfehlern», en *Jura,* 1991, pp. 533-538.
BRAMMSEN-KAISER, «Übungs-Hausarbeit Strafrecht, Heiße Nacht in der Chemiefabrik», en *Jura,* 1992, pp. 38-45.
BRANDTS-SCHLEHOFER, «Die täuschungsbedingte Selbsttötung im Lichte der Einwilligungslehre», en *JZ,* 1987, pp. 442-448.
CHARALAMBAKIS, «Selbsttötung aufgrund Irrtums und mittelbare Täterschaft», en *GA,* 1986, pp. 485-507.
CRAMER, «Gedanken zur Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme», en *Bockelmann-Festschrift,* 1979, pp. 389-403.
CZEPLUCH, *Täterschaft und Teilnahme im französischen Strafrecht,* 1994.
DALLINGER, «Aus der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes in Strafsachen», en *MDR,* 1973, pp. 16-20.
— «Aus der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes in Strafsachen», en *MDR,* 1974, pp. 544-548.
DENCKER, *Kausalität und Gesamttat,* 1996 (citado: *Kausalität*).
DERKSEN, «Heimliche Unterstützung fremder Tatbegehung als Mittäterschaft», en *GA,* 1993, pp. 163-176.
DÍAZ Y GARCÍA-CONLLEDO, *La autoría en Derecho Penal,* 1991.
DREHER, «Comentario a la sentencia BGHSt 19, pp. 135 ss.», en *MDR,* 1964, pp. 337-338.
— «Der Irrtum über Rechtfertigungsgründe», *Heinitz-Festschrift,* 1972, pp. 207-28.8.
— Recensión de ROXIN, «Täterschaft und Tatherrschaft», en *MDR,* 3.ª ed., 1976, pp. 435-436.
— *Strafgesetzbuch,* 35.ª ed., 1975; 37.ª ed., 1977.
DREHER-TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch,* 46.ª ed., 1993.
EBERT, *Strafrecht, Allgemeiner Tell,* 2.ª ed., 1993.
ERB, «Mord in Mittäterschaft - BGH, *NJW,* 1991, 1068», en *JuS,* 1992, pp. 197-201.
ESCHENBACH, «Zurechnungsnormen im Strafrecht», *Jura,* 1992, pp. 637-645.
ESER, *Strafrecht,* t. 2, 3.ª ed., 1980.
— «Sterbewille und ärtztliche Verantwortung», *MedR,* 1985, pp. 6-17.

EXNER, *Fahrlässiges Zusammenwirken, Festschrift für Frank,* t. 1, 1930, pp. 569-597.
FRANK, *Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich,* 18.ª ed., 1931.
FREUND, *Strafrecht, Allgemeiner Teil,* 1998.
FRISCH, recensión de H. SCHUMANN, «Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen», en *JZ,* 1988, p. 655.
GALLAS, «Täterschaft und Teilnahme», *Materialien zur Strafrechts- reform,* t. 1, 1954, pp. 121-153.
GEERDS, «Täterschaft und Teilnahme», en *Jura,* 1990, pp. 173-180.
GEILEN, «Suizid und Mitverantwortung», en *JZ,* 1974, pp. 145-154.
— «Comentario a BGHSt 32, pp. 38 ss.», *JK,* StGB § 25 I/1.
GIMBERNAT ORDEIG, «Gedanken zum Täterbegriff und zur Teilnahmelehre», en *ZStW,* 80 (1968), pp. 915-943.
GÖSSEL, «Sukzessive Mittäterschaft und Täterschaftstheorien», en *Jescheck-Festschrift,* t. 1, 1985, pp. 537-557.
GROPP, «Suizidbeteiligung und Sterbehilfe in der Rechtsprechung», en *NStZ,* 1985, pp. 97-103.
— «Die Mitglieder des Nationalen Verteidigungsrates als "Mittelbare Mit-Täter hinter den Tätern?», en *JuS,* 1996, pp. 13-18.
— *Strafrecht, Allgemeiner Teil,* 1.ª ed., 1998.
GRÜNWALD, «Ist der Schußwaffengebrauch an der Zonengrenze strafbar?», en *JZ,* 1966, pp. 633-638.
GÜNTHER, *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß,* 1983.
HAFT, «Eigenhändige Delikte», en *JA,* 1979, pp. 651-658.
— *Strafrecht, Allgemeiner Teil,* 5.ª ed., 1992.
HANACK, *Zur Problematik der gerechten Bestrafung nationalsozialistischer Gewaltverbrechen,* 1967.
HARDWIG, «Über den Begriff der Täterschaft», en *JZ,* 1965, pp. 667-671.
HASSEMER, «Comentario a BGHSt 32, pp. 38 ss.», en *JuS,* 1984, p. 148.
HENKYS (ed.), *Die nationalsozialistischen Gewaltverbrechen,* 2.ª ed., 1972.
HERLITZ, *Parties to a Crime and the Notion of a Complicity Object. A Comparative Study of the Alternatives Provided by the Model Penal Code, Swedish Law and Claus Roxin,* 1992.
HERZBERG, «Eigenhändige Delikte», en *ZStW,* 82 (1970), pp. 896-947.
— *Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip,* 1972.
— «Grundfälle zur Tatherrschaftslehre», en *JuS,* 1974, pp. 237 ss., 374 ss., 574 ss., 719 ss.; *JuS,* 1975, pp.35 ss., 171 ss.
— *Täterschaft und Teilnahme,* 1977.
— «Zur Strafbarkeit der Beteiligung am frei gewählten Selbstmord, dargestellt am Beispiel des Gefangenensuizids und der strafrechtlichen Verantwortung der Vollzugsbediensteten», en *ZStW,* 91 (1979), pp. 557-589.
— «Beteiligung an einer Selbsttötung oder tödlichen Selbstgefährdung als Tötungsdelikt», en *JA,* 1985, pp. 131 ss., 177 ss., 265 ss., 336 ss.
— «Täterschaft, Mittäterschaft und Akzessorietät der Teilnahme», en *ZStW,* 99 (1987), pp. 49-81.
— «Straffreie Beteiligung an Suizid und gerechtfertigte Tötung auf Verlangen», en *JZ,* 1988, pp. 182-189.
— «Die Quasi-Mittäterschaft bei § 216 StGB: Straftat oder straffreie Suizidbeteiligung», en *JuS,* 1988, pp. 771-776.

— «Abergläubische Gefahrabwendung und mittelbare Täterschaft durch Ausnutzung eines Verbotsirrtums», en *Jura,* 1990, pp. 16-26.
— «Mittäterschaft durch Mitvorbereitung: eine actio communis in causa?», en *JZ,* 1991, pp. 856-862.
— *Mittelbare Täterschaft und Anstiftung in formalen Organisationen* (en prensa).
HILGENDORF, «Fragen der Kausalität bei Gremienentscheidungen an Beispiel des Lederspray-Urteils, *NStZ,* 1994, pp. 561-566.
— *Fallsammlung zum STrafrecht,* 2.ª ed., 1988.
HIRSCH, «Comentario a la sentencia del BGH de 18 de julio de 1978», en *JR,* 1979, pp. 429-433.
— *Rechtsstaatliches Strafrecht und staatlich gesteuertes Unrecht,* 1966 (citado *Rechtsstaatliches Strafrecht*).
HOLTZ, «Aus der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in Strafsachen», *MDR,* 1981, pp. 629-632.
— «Aus der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in Strafsachen», *MDR,* 1984, pp. 625-628.
HÜNERFELD, «Mittelbare Täterschaft und Anstiftung im Kriminalstrafrecht der Bundesrepublik Deutschland», en *ZStW,* 99 (1987), pp. 228-250.
INGELFINGER, *Anstiftervorsatz und Tatbestandsbestimmtheit,* 1992 (citado *Anstiftervorsatz*).
— «"Schein"-Mittäter und Versuchsbeginn», *JZ,* 1995, pp. 704-714.
JAKOBS, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre,* 2.ª ed., 1991.
— «Comentario a la sentencia del BGH de 26 de julio de 1994 (= BGHSt, 40, 218), *NStZ,* 1995, pp. 26-27.
— *Tötung auf Verlangen, Euthanasie und Strafrechtssystem,* 1998 (citado *Tötung auf Verlangen*).
JESCHECK, «Strafrechtsreform in Deutschland, Allgemeiner Teil», *SchwZSt,* 1975, pp. 1-44.
— *Strafrecht, Allgemeiner Teil,* 4.ª ed., 1988.
JESCHECK-WEIGEND, *Strafrecht, Allgemeiner Teil,* 5.ª ed., 1996.
JOERDEN, *Strukturen des strafrechtlichen Verantwortlichkeitsbegriffs,* 1988 (citado *Strukturen*).
JUNG, «Comentario a la sentencia del BGH de 26 de julio de 1994 (=BGHSt, 40, 218)», en *JuS,* 1995, pp. 173-174.
JUST-DAHLMANN-JUST, H., *Die Gehilfen,* 1988.
KAMM, *Fahrlässige Mittäterschaft,* 1999 (citado *Fahrlässige Mittäterschaft*).
KAUFMANN, Arthur, *Die ontologhgische Struktur der Handlung, H. Mayer-Festschrift,* 1966, pp. 79-117.
KLESCZEWSKI, *Selbständigkeit und Akzessorietät der Beteiligung,* 1997 (citado *Selbständigkeit*).
KÖHLER, *Strafrecht, Allgemeiner Teil,* 1997.
KOHLRUASCH-LANGE, *StGB mit Erläuterungen und Nebengesetzen,* 43.ª ed., 1961.
KORN, «Täterschaft oder Teilnahme bei staatlich organisierten Verbrechen», *NJW,* 1965, pp. 1206-1210.
KREY, *Strafrecht, Besonderer Teil,* t. 1, 10.ª ed., 1996; 11.ª ed., 1998.
KRÜGER, «Matthias, Ein Klassiker bleibt ein Klassiker!», en *Jura,* 1998, p. 616.
KÜHL, *Strafrecht, Allgemeiner Teil,* 2.ª ed., 1997.

KÜPER, *Versuchsbeginn und Mittäterschaft,* 1978.
— «Zur Problematik der sukzessiven Mittäterschaft», en *JZ,* 1981, pp. 568-574.
— «Die dämonische Macht des Katzenkönigs», en *JZ,* 1989, pp. 617-628.
— «"Autonomie", Irrtum und Zwang bei mittelbarer Täterschaft und Einwilligung», en *JZ,* 1986, pp. 219-229.
— «Mittelbare Täterschaft, Verbotsirrtum des Tatmittlers und das Verantwortungsprinzip», en *JZ,* 1989, pp. 935-949.
— «Ein "neues Bild" der Lehre von Täterschaft und Teilnahme. Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre Ulrich Steins», en *ZStW,* 105 (1993), pp. 445-482.
KÜPPER, «Anspruch und wirkliche Bedeutung des Theorienstreits über die Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme», en *GA,* 1986, pp. 437-449.
— «Der gemeinsame Tatentschluß als unverzichtbares Moment der Mittäterschaft», en *ZStW,* 105 (1993), pp. 295-305.
— «Zur Abgrenzung der Täterschaftsformen», *GA,* 1998, pp. 519-529.
LACKNER, *Strafgesetzbuch,* 20.ª ed., 1993.
LACKNER-KÜHL, *StGB—Strafgesetzbuch mit Erläuterungen,* 23.ª ed., 1999.
LAMPE, «Über den Begriff und die Formen der Teilnahme am Verbrechen», en *ZStW,* 77 (1965), pp. 262-311.
— «Systemunrecht und Unrechtsysteme», *ZStW,* 106 (1994), pp. 683-745.
LANGE, *Das Sonderverbrechen,* 1972.
Leipziger Kommentar, Strafgesetzbuch, 9.ª ed., 1970, 10.ª ed., 1978.
Leipziger Kommentar, Strafgesetzbuch, 11.ª ed., 1993.
LESCH, *Das Problem der sukzessiven Beihilfe,* 1992.
— «Die Begründung mittäterschaftlicher Haftung als Moment der objektiven Zurechnung», en *ZStW,* 105 (1993), pp. 271-294.
— «Täterschaft und Gestaltungsherrschaft - Überlegungen zu der gleichnamigen Monographie von Wilfried Bottke-», en *GA,* 1994, pp. 112-127.
LÜDERSSEN, «Der Beitrag der Kriminologie zur Strafrechtsdogmatik - Eine Konkretisierung mit Blick auf die Probleme von Täterschaft und Teilnahme», en LAHTI-NUOTIO (eds.), *Strafrechtstheorie im Umbruch,* 1992, pp. 465-474 (citado *Kriminologie*).
MAIWALD, *Der Zueignungsbsegriff im System der Eigentumsdelikte,* 1970.
— Reseña bibliográfica, «Strafrecht, Allgemeiner Teil (Teilnahmelehre)», en *ZStW,* 88 (1976), pp. 712-751.
— Reseña bibliográfica, «Strafrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil», en *ZStW,* 93 (1981), pp. 864-901.
MAURACH, *Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil,* 4.ª ed., 1971.
MAURACH-GÖSSEL-ZIPF, *Strafrecht, Allgemeiner Teil,* t. 2, 7.ª ed., 1989.
MAURACH-SCHRÖDER-MAIWALD, *Strafrecht, Besonderer Teil,* t. 1, 8.ª ed., 1995.
MAYER, H., *Strafrecht, Allgemeiner Teil,* 1967 (citado *StuB*).
MERKEL, «Personale Identität und die Grenzen strafrechtlicher Zurechnung», *JZ,* 1999, pp. 502-511.
MEURER, reseña de SCHUMANN, «Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen», en *NJW,* 1987, pp. 2424-2425.
MEYER, M.-K., *Der Ausschluß der Autonomie durch Irrtum. Ein Beitrag zu mittelbarer Täterschaft und Einwilligung,* 1984 (citado *Autonomie*).
Ministerio de Justicia Federal (ed.), *Die Verfolgung nationalsozialistischer Straftaten im Gebiet der Bundesrepublik Deutschland,* 1964.

MURMANN, *Die Nebentäterschaft im Strafrecht. Ein Beitrag zu einer personalen Tatherrschaftslehre,* 1993 (citado *Nebentäterschaft*).
— «Zur mittelbaren Täterschaft bei Verbotsirrtum des Vordermannes», *GA,* 1988, pp. 78-88.
NEUMANN, reseña de M.-K. MEYER, «Der Ausschluß der Autonomie durch Irrtum», en *GA,* 1985, pp. 474-477.
— «Die Strafbarkeit der Suizidbeteiligung als Problem der Eigenverantwortlichkeit des "Opfers"», en *JA,* 1987, pp. 244-256.
OTTO, *Kausaldiagnose und Erfolgszurechnung im Strafrecht, Maurach-Festschrift,* 1972, pp. 91-105.
— «Grenzen der Fahrlässigkeitshaftung im Strafrecht - OLG Hamm», en *NJW,* 1973, 1422, *JuS,* 1974, pp. 702-710.
— «Comentario a la sentencia del BGH de 2 de octubre de 1984» (= *NStZ,* 1985, 70), en *JK,* StGB § 25 II/2.
— «Comentario a la sentencia del BGH de 29 de enero de 1986» (= *StrV,* 1986, 384), en *JK,* StGB § 25 II/3.
— «Täterschaft, Mittäterschaft, mittelbare Täterschaft», en *Jura,* 1987, pp. 246-258.
— «Mittäterschaft beim Farlässigkeitsdelikt», en *Jura,* 1990, pp. 47-50.
— *Täterschaft und Teilnahme im Fahrlässigkeitsbereich, Spendel-Festschrift,* 1992, pp. 271-288.
— *Grundkurs Strafrecht, AT,* 5.ª ed., 1996.
— *Grundkurs Strafrecht, BT,* 5.ª ed., 1998.
PAEHLER, «Die Abgrenzung von Beihilfe zum Selbstmord und Tötung auf Verlangen», en *MDR,* 1964, pp. 647-649.
PALANDT, *Bürgerliches Gesetzbuch,* 58.ª ed., 1999.
PIZARRO BELEZA, «Die Täterschaftsstruktur bei Pflichtdelikten - Pflichtträgerschaft versus Tatherrschaft?», en *Bausteine des europäischen Strafrechts, Coimbra-Symposium,* 1995, pp. 267-279.
PREISENDANZ, *Strafgesetzbuch,* 30.ª ed., 1978.
PUPPE, «Wie wird man Mittäter durch konkludentes Verhalten?», en *NStZ,* 1991, pp. 571-574.
RANFT, «Garantiepflichtwidriges Unterlassen der Deliktshinderung», en *ZStW,* 94 (1982), pp. 815-863.
— «Reseña de jurisprudencia relativa a los delitos de omisión», *JZ,* 1987, pp. 908-919.
RANSIEK, *Unternehmensstrafrecht,* 1996.
RENZIKOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung,* 1997 (citado *Restriktiver Täterbegriff*).
ROTSCH, «Die Rechtsfigur des Täters hinter dem Täter bei der Begehung von Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate und ihre Übertragbarkeit auf wirtschaftliche Organisationsstrukturen», *NStZ,* 1998, pp. 491-495.
ROXIN, «Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate», en *GA,* 1963, pp. 193-207.
— «Zur Dogmatik der Teilnahmelehre im Strafrecht», en *JZ,* 1966, pp. 293-299.
— Recensión de Fr.-Chr. SCHROEDER, «Der Täter hinter dem Täter», en *ZStW,* 78 (1966), pp. 222-234.
— *Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht, Honig-Festschrift,* 1970, pp. 133-151.
— «Ein "neues Bild" des Strafrechtssystems», *ZStW,* 83, 1971, pp. 369-404.

— Reseña de STRATENWERTH, *Strafrecht, AT,* I, «Die Straftat», en *ZStW,* 84 (1972), pp. 993-1014.
— «Zum Schutzzweck der Norm bei fahrlässigen Delikten», *Galas-Festschrift,* 1973, pp. 241-259.
— *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem,* 2.ª ed., 1973.
— Reseña bibliográfica, «Strafrecht Allgemeiner Teil», *ZStW,* 85 (1973), pp. 76-103.
— *Strafrechtliche Grundlagenprobleme,* 1973.
— «Zum Schutzzweck der Norm bei fahrlässigen Delikten», en *Gallas-Festschrift,* 1973, pp. 241-259.
— «Bemerkungen zum Täter hinter dem Täter», en *Lange-Festschrift,* 1976, pp. 173-195.
— «Die Mitwirkung beim Suizid - ein Tötungsdelikt?», en *Dreher-Festschrift,* 1977, pp. 331-355.
— «Die Mittäterschaft im Strafrecht», en *JA,* 1979, pp. 519-526.
— «Comentario a BGHSt 32, 38 s.», en *NStZ,* 1984, pp. 71-73.
— «Comentario a la sentencia del BGH de 26 de octubre de 1984», en *StrV,* 1985, pp. 278-279.
— «Comentario a la sentencia del BGH de 29 de enero de 1986», en *StrV,* 1986, pp. 384-385.
— «Die Sterbehilfe im Spannungsfeld von Suizidteilnahme, erlaubtem Behandlungsabbruch und Tötung auf Verlangen», en *NStZ,* 1987, pp. 345-350.
— «Comentario a la sentencia del BGH de 15 de enero de 1991», en *JR,* 1991, pp. 206-208.
— *Strafrecht, Allgemeiner Teil,* t. 1, 3.ª ed., 1997.
— *Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Allgemeinen Teil des Strafrechts,* 1998 (citado *HRR-AT*).
— «Probleme von Täterschaft und Teilnahme bei der organisierten Kriminalität», en *Grünwald-Festschrift,* 1999, pp. 549-561.
RUDOLPHI, *Die Gleichstellungsproblematik der unechten Unterlassungsdelikte und der Gedanke der Ingerenz,* 1966.
— «Zum Wesen der Rechtsbeugung», en *ZStW,* 82 (1970), pp. 610-632.
— «Zur Tatbestandsbezogenheit des Tatherrschaftsbegriffs bei der Mittäterschaft», en *Bockelmann-Festschrift,* 1979, pp. 369-387.
— «Comentario a la sentencia del BGH de 3 de noviembre de 1993», *NStZ,* 1994, pp. 433-436.
RUDOLPHI-HORN-SAMSON-GÜNTHER-HOYER, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch,* t. 1, *Allgemeiner Teil* (citado *SK*), 6.ª ed., 1993.
RUDOLPHI-HORN-SAMSON, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch,* t. 2, *Besonderer Teil* (citado *SK*), 5.ª ed., 1993.
SAMSON, *Strafrecht,* I, 7.ª ed., 1988.
SÁNCHEZ-VERA, *Pflichtdelikt und Beteiligung,* 1991 (citado *Pflichtdelikt*).
SAX, «Dogmatische Streifzüge durch den Entwurf des Allgemeinen Teils eines Strafgesetzbuches nach den Beschlüssen der Großen Strafrechtskommission», en *ZStW,* 69 (1957), pp. 412-440.
— «Der Bundesgerichtshof und die Täterlehre», en *JZ,* 1963, pp. 329-338.
SCHAFFSTEIN, «Der Täter hinter dem Täter bei vermeidbarem Verbotsirrtum und verminderter Schuldfähigkeit des Tatmittlers», en *NStZ,* 1989, pp. 153-158.

SCHALL, «Auslegungsfragen des § 179 StGB und das Problem der eigenhändigen Delikte», *JuS,* 1979, pp. 104-110.
SCHILD, *Täterschaft als Tatherrschaft,* 1994 (citado *Täterschaft*).
SCHILLING, *Der Verbrechenswunsch des Mittäters und des mittelbaren Täters,* 1975.
— «Abschied vom Teilnahmeargument bei der Mitwirkung zur Selbsttötung», en *JZ,* 1979, pp. 159-167.
SCHMIDHÄUSER, «Selbstmord und Beteiligung am Selbstmord in strafrechtlicher Sicht», *Welzel-Festschrift,* 1974, pp. 801-822.
— *Strafrecht, Allgemeiner Teil,* 1.ª ed., 1970; 2.ª ed., 1975.
— *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Studienbuch,* 1.ª ed., 1982; 2.ª ed., 1984 (citado *StuB*).
— «Comentario a BGHSt 32, pp. 38 ss.», en *JZ,* 1984, pp. 195-196.
— «"Tatherrschaft" als Deckname der ganzheitlichen Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme im Strafrecht», en *Stree/Wessels-Festschrift,* 1993, pp. 343-363.
SCHMITT, R., «Der Arzt und sein lebensmüder Patient», en *JZ,* 1984, pp. 866-869.
SCHÖNEBORN, «Kombiniertes Teilnahme- und Einheitstätersystem für das Strafrecht», en *ZStW,* 87 (1975), pp. 902-924.
SCHÖNKE-SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch,* 25.ª ed., 1997.
SCHROEDER, Fr.-Chr., *Der Täter hinter dem Täter. Ein Beitrag zur Lehre von der mittelbaren Täterschaft,* 1965.
— «Der Sprung des Täters hinter dem Täter aus der Theorie in die Praxis», *JR,* 1995, pp. 177-180.
SCHUBARTH, «Eigenhändiges Delikt und mittelbare Täterschaft», en *SchwZSt,* 114 (1996), pp. 325-337.
— «Binnenstrafrechtsdogmatik und ihre Grenzen», *ZStW,* 116 (1998), pp. 827-847.
SCHULZ, «Die mittelbare Täterschaft kraft Organisationsherrschaft - eine notwendige Rechtsfortbildung?», *JuS,* pp. 109-113.
SCHUMANN, *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen,* 1986 (citado *Selbstverantwortung*).
— Recensión de la obra «Produktfahtung, Band I: Strafrecht, 1988, von Schmid/Salzer», *StV,* 1994, pp. 106-111.
SCHÜNEMANN, *Unternehmenskriminalität und Strafrecht,* 1979.
— «Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger Kommentars und des Wiener Kommentars», *GA,* 1986, pp. 293-352.
SEELMANN, «Mittäterschaft im Strafrecht», *JuS,* 1980, pp. 571-574.
SIMSON-GEERDS, *Straftaten gegen die Person und Sittlichkeitsdelikte,* 1969.
SIPPEL, «Miitelbare Täterschaft bei deliktisch handelnden Werkzeug», en *NJW,* 1983, pp. 2226-2229.
— «Nochmals: Mittelbare Täterschaft bei deliktisch handelndem Werkzeug», en *JA,* 1984, pp. 480-481.
— «Comentario a BGHSt 32, pp. 38 ss.», en *NStZ,* 1984, pp. 357-358.
SOWADA, «Strafbares Unterlassen des behandelnden Arztes, der seinen Patienten nach einem Selbstmordversuch bewußtlos auffindet?», en *Jura,* 1985, pp. 75-88.
— «Täterschaft und Teilnahme beim Unterlassungsdelikt», en *Jura,* 1986, pp. 399-410.
SPENDEL, «Zur Kritik an der subjektiven Versuchs- und Teilnahmetheorie», en *JuS,* 1969, pp. 314-318.

SPIEGEL, «Der "Täter hinter dem Täter" - eine notwendige Rechtsfigur?», en *Lange-Festschrift,* 1976, pp. 147-171.
— «Nochmals: Mittelbare Täterschaft bei deliktisch handelndem Werkzeug», en *NJW,* 1984, pp. 110-111.
— «Nochmals: Mittelbare Täterschaft bei deliktisch handelndem Werkzeug», en *NJW,* 1984, p. 1867.
STEIN, *Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre,* 1988 (citado *Beteiligungsformenlehre*).
— «Comentario a la sentencia del BGH de 15 de enero de 1991», en *StrV,* 1993, pp. 411-414.
STOFFERS, «Mittäterschaft und Versuchsbeginn», en *MDR,* 1989, pp. 208-213.
STRATENWERTH, *Strafrecht, Allgemeiner Teil,* I, *Die Straftat,* 1.ª ed., 1971; 3.ª ed., 1981.
— *Schweizerisches Strafrecht AT I, Die Straftat,* 2.ª ed., 1996 (citado *Schw.StrafR*).
— «Gibt es eigenhändige Delikte?», en *SchwZSt,* 115 (1997), pp. 86-93.
TEUBNER, «Mittelbare Täterschaft bei deliktisch handelndem Werkzeug», en *JA,* 1984, pp. 144-145.
TRÖNDLE-FISCHER, *Strafgesetzbuch,* 49.ª ed., 1999.
VALDAGUA, «Versuchsbeginn des Mittäters bei den Herrschaftsdelikten», en *ZStW,* 98 (1986), pp. 839-873.
VERREL, *Selbstbestimmungsrecht contra Lebensschutz,* 1976.
WAGNER, *Amtsverbrechen,* 1975.
WEBER, *Der strafrechtliche Schutz des Urheberrechts,* 1976.
WEIßER, «Gibt es eine fahrlässige Mittäterschaft?», *JZ,* 1988, pp. 230-239.
WELZEL, *Das deutsche Strafrecht,* 11.ª ed., 1969.
WESSELS, *Strafrecht, Allgemeiner Teil,* 4.ª ed., 1974.
WESSELS-BEULKE, *Strafrecht, Allgemeine Strafrechtslehre,* 28.ª ed., 1998.
WESSELS-HETTINGER, *Strafrecht, Besonderer Teil/1, Straftaten gegen Persönlichkeits- und Gemeinschaftswerte,* 22.ª ed., 1999.
WIEGMANN, «Abgrenzung von (Mit-)Täterschaft und Beihilfe - BGHSt 38, 315», en *JuS,* 1993, pp. 1003-1006.
WOHLERS, «Trunkenheitsfahrten als eigenhändige Delikte», *SchwZSt,* 116 (1998), pp. 95-111.
WÜLLENKEMPER, *Probleme der Steuerhinterziehung in mittelbarer Täterschaft in Parteispendefällen, wista,* 1989, pp. 46-52.
ZIESCHANG, «Mittäterschaft bei bloßer Mitwirkung im Vorbereitungsstadium?», *ZStW,* 107 (1995), pp. 361-381.
ZIMMERL, *Zur Lehre von Tatbestand,* 1928.

ÍNDICE DE SENTENCIAS DE ALTOS TRIBUNALES

En este índice sólo se incluyen las sentencias posteriores a 1945 que han sido analizadas en el texto.

A. Bundesgerichtshof

1. *Recopilación oficial*

1, 182-183 Sala I, 8. 5.1951
1, 368-72 Sala II, 9.11.1951
2, 150 57 Sala I, 12.2.1952
2, 223-26 Sala I, 1.4.1952
2, 262-69 Sala III, 13.3.1952
2, 317-20 Sala II, 22.4.1952
2, 344 48 Sala III, 24.4.1952
2, 355-58 Sala III, 30.4.1952
3, 4-7 Sala I, 10.6.1952
3, 110-29 Sala I, 8.7.1952
4, 236-44 Sala III, 23.4.1953
4, 270-75 Sala II, 3.7.1953
5, 47-52 Sala IV, 22.10.1953
5, 371-77 Sala I, 5.3.1954
6, 147-55 Pleno 10.3.1954
6, 226-29 Sala II, 25.6.1954
6, 248-51 Sala IV, 8.7.1954
6, 329-33 Sala IV, 14.10.1954
8, 70-75 Sala II, 21.6.1955
8, 390-92 Sala V, 10.1.1956
9, 119-21 Sala II, 13.4.1956
9, 203-22 Sala III, 12.1.1956
9, 370-85 Sala II, 6.7.1956
10, 247-52 Sala V, 7.5.1957
10, 294-304 Sala I, 7.12.1956
11, 268-72 Sala IV, 23.1.1958
13, 13-15 Sala V, 24.2.1959
13, 162-69 Sala IV, 15.5.1959
14, 123-32 Sala IV, 3.2.1960
15, 132-34 Sala II, 24.8.1960
16, 12-15 Sala IV, 10.3.1961
16, 120-22 Sala V, 20.6.1961
17, 87-94 Sala IV, 12.1.1962
18, 87-96 Sala III, 19.10.1962
19, 135-40 Sala II, 14.8.1963
27, 205-07 Sala I, 7.6.1977
28, 346-49 Sala I, 13.3.1979
30, 363-66 Sala IV, 26.1.1982
32, 38-43 Sala I, 5.7.1983
32, 165-83 Sala III, 23.11.1983
32, 367-81 Sala III, 4.7.1984
34, 124-27 Sala V, 24.6.1986
35, 347-56 Sala IV, 15.9.1988
37, 289-94 Sala V, 15.1.1991
38, 32-36 Sala I, 11.7.1991
38, 315-20 Sala III, 22.7.1992
39, 381-390 Sala III, 3.11.1993
40, 218-40 Sala V, 26.7.1994
40, 257-72 Sala I, 13.9.1994
40, 299-304 Sala IV, 25.10.1994
40, 307-24 Sala III, 3.11.1995
41, 187-98 Pleno 25.7.1995

2. *BGHR*

StGB § 25.1, comisión, de propia mano, 3, Sala I, 17.9.1993
StGB § 25.2, coautor, 16, Sala III, 23.3.1994
StGB § 25.2, coautor, 18, Sala II, 1.2.1995
StGB § 25.2 coautor, 19, Sala III, 7.7.1995
StGB § 25.2 coautor, 28, Sala III, 12.2.1997
StGB § 25.2 coautor, 29, Sala III, 19.2.1997
StGB § 25.2, interés en el hecho, 5, Sala II, 19.2.1997
StGB § 27.1, omisión, 6, Sala V, 19.12.1997
BtMG § 29.1.1, importación, 34, Sala III, 25.5.1994

3. *Otras fuentes*

GA, 1963, 187 ss.
Sala IV, 15.6.1962
GA, 1977, 306
Sala I, 17.3.1977
GA, 1984, 287 ss.
Sala I, 9.2.1985
GA, 1986, 508 ss.
Sala V, 3.12.1985

JR, 1955, 104 ss.
Sala I, 2.9.1954
JR, 1955, 304 ss.
Sala V, 17.5.1955
JR, 1960, 104 ss.
Sala V, 10.11.1959

JZ, 1981, 596
Sala I, 16.12.1980

L.-M., núm. 10, ante § 47
Sala I, 24.6.1955
L.-M., núm. 3, relativo a § 176.1.1
Sala IV, 28.10.1954
L.-M., núm. 4, relativo a § 176.1.1
Sala II, 24.8.1960

MDR, 1953, 400 ss. (comentario de DALLINGER)
Sala I, 16.4.1953
MDR, 1954, 529 ss. (comentario de HERLAN)
Sala V, 15.6.1954
MDR, 1955, 244
Sala IV, 28.10.1954
MDR, 1955, 307 ss.
Sala IV, 10.2.1955
MDR, 1958, 139 (comentario de DALLINGER)
Sala V, 10.1.1958
MDR, 1958, 139 ss. (comentario de DALLINGER)
Sala V, 8.10.1957
MDR, 1960, 939 ss.
Sala V, 5.7.1960
MDR, 1973, 17 (comentario de DALLINGER)
Sala IV, 3.10.1972
MDR, 1973, 729 (comentario de DALLINGER)
Sala IV, 4.4.1973
MDR, 1974, 547 (comentario de DALLINGER)
Sala I, 12.3.1974
MDR, 1981, 631 ss. (comentario de HOLTZ)
Sala II, 4.3.1981
MDR, 1984, 626 (comentario de HOLTZ)
Sala IV, 29.3.1984

NJW, 1951, 120 ss.
Sala III, 21.11.1950
NJW, 1951, 323
Sala IV, 13.2.1951
NJW, 1951, 810
Sala II, 22.6.1951

NJW, 1952, 963 (comentario de HOFFMANN)
Sala I, 8.5.1951
NJW, 1953, 1838 ss.
Sala V, 27.10.1953
NJW, 1954, 1295
Sala I, 23.4.1954
NJW, 1961, 1031-33
Sala III, 6.3.1961
NJW, 1961, 1936
Sala V, 20.6.1961
NJW, 1962, 2165 ss.
Sala IV, 6.7.1962
NJW, 1966, 1763
Sala V, 5.7.1966
NJW, 1968, 1339 ss.
Sala V, 30.4.1968
NJW, 1979, 1259
Sala III, 4.10.1978
NJW, 1995, 2933-37
Sala II, 19.7.1995

NStZ, 1981, 394
Sala I, 21.7.1981
NStZ, 1982, 27
Sala V, 15.9.1981
NStZ, 1982, 243
Sala I, 25.3.1982
NStZ, 1984, 413 ss.
Sala I, 15.5.1984
NStZ, 1984, 548 ss.
Sala I, 7.8.1984
NStZ, 1985, 70 ss.
Sala IV, 2.10.1984
NStZ, 1985, 71 ss.
Sala III, 10.10.1984
NStZ, 1985, 165
Sala I, 6.11.1984
NStZ, 1987, 224 ss.
Sala III, 26.11.1986
NStZ, 1987, 233
Sala I, 22.1.1987
NStZ, 1987, 364
Sala II, 6.2.1987, 602 ss.
NStZ, 1987, 365 ss.
Sala I, 25.11.1986
NStZ, 1988, 127
Sala II, 8.7.1987
NStZ, 1988, 507
Sala II, 1.7.1988
NStZ, 1990, 80 ss.
Sala III, 6.10.1989
NStZ, 1991, 91
Sala IV, 16.10.1990
NStZ, 1993, 137 ss.
Sala I, 13.10.1992
NStZ, 1993, 138
Sala III, 14.10.1992
NStZ, 1994, 92
Sala II, 29.9.1993
NStZ, 1995, 122
Sala I, 18.1.1994
NStZ, 1995, 285 ss.
Sala II, 15.2.1995
NStZ, 1997, 544
Sala II, 6.6.1997

StrV, 1981, 275 ss.
Sala II, 25.3.1981
StrV, 1982, 17
Sala II, 18.9.1981
StrV, 1983, 461
Sala II, 6.7.1983
StrV, 1983, 501
Sala I, 19. .1983
StrV, 1984, 286 ss.
Sala II, 25.1.1984
StrV, 1985, 14
Sala I, 5.7.1984
StrV, 1985, 106 ss.
Sala III, 26.10.1984
StrV, 1986, 59 ss.
Sala III, 23.10.1985
StrV, 1986, 384
Sala II, 29.1.1986
StrV, 1986, 475
Sala I, 20.5.1986
StrV, 1992, 579 ss.

Sala IV, 31.3.1992
StrV, 1993, 474
Sala IV, 4.3.1993
StrV, 1994, 22
Sala IV, 18.8.1992
StrV, 1994, 22
Sala I, 25.2.1993
StrV, 1994, 241 ss.
Sala I, 23.11.1993
StrV, 1994, 422 ss.
Sala III, 30.3.1994
StrV, 1995, 197 ss.
Sala IV, 29.11.1994
StrV, 1995, 198 ss.
Sala I, 15.12.1994
StrV, 1995, 624 ss.
Sala I, 4.7.1995
StrV, 1996, 479 ss.
Sala V, 4.3.1996
StrV, 1997, 247
Sala IV, 4.6.1996
StrV, 1997, 411
Sala IV, 9.1.1997
StrV, 1998, 540 ss.
Sala V, 20.1.1998

wistra, 1989, 346 ss.
Sala II, 16.6.1989
wistra, 1992, 181 ss.
Sala III, 8.1.1992
wistra, 1998, 148 ss.
Sala IV, 11.12.1997

B. Tribunal Supremo de la zona británica

Recopilación oficial:

1, 303 05 StrS
8.2.1949

C. Otras sentencias de altos tribunales

BFH, *NJW*, 1990, 1253 ss.
13.12.1989
KG, *JR*, 1956, 150 ss.
Sala II, 5.1.1956
OLG Celle, *NJW*, 1961, 1079 ss.
Sala I, 15.12.1960
OLG Frankfurt, *NJW*, 1969, 1915 ss.
Sala II, 19.3.1969
OLG Köln, *MDR*, 1962, 591 ss.
19.10.1961
OLG Stuttgart, *MDR*, 508
Sala II, 6.3.1959
OLG Stuttgart, *NJW*, 1978, 715 ss.
Sala III, 16.9.1977

ÍNDICE DE RECENSIONES DE ESTA OBRA

De la 1.ª edición de 1963

AEPPLI — *SchweizJZ*, 1965, p. 67
BLEI — *NJW*, 1965, p. 1218
GEERDS — *GA*, 1965, pp. 216-219
GIMBERNAT ORDEIG — *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. 17, 1964 pp. 548-553
HARDWIG — *JZ*, 1965, pp. 667-671
HONIG — *MSchrKrim*, t. 49, 1966, pp. 41-44
KUNST — *ÖJZ*, 1966, pp. 559-560
LANGE — *ZStW*, 77 (1965), pp. 312-321
NAKA — *Universität Kansai, Studiensammlung*, t. 15, 1965, pp. 172-192 y pp. 273-297
SCHULTZ — *SchweizZSt*, t. 82, 1966, pp. 83-85

De la 2.ª edición de 1967

BLAU — *GA*, 1968, p. 128
DREHER — *MDR*, 1968, pp. 91-92
KUNST — *ÖJZ*, 1968, pp. 503-504
SCHROEDER — *Recht in Ost und West*, 1968, pp. 267-268
SCHULTZ — *SchweizZSt*, t. 85, 1969, pp. 207-208

De la 3.ª edición de 1975

BLEI — *JA*, 1976, p. 87
DREHER — *MDR*, 1976, pp. 435-436
GEERDS — *Archiv für Kriminologie*, t. 158, 1976, p. 190
GOSSEL — *GA*, 1977, pp. 60-61
KIENAPFEL — *JR*, 1977, p. 130
KUNST — *OJZ*, 1977, p. 112
A. M. — *Revue de Droit Penal et de Criminologie*, 1976, pp. 205-206
MAIWALD — *ZStW*, 88 (1976), pp. 727-740

H. Mü. *Landeskriminalblatt Niedersachsen,* 1976, núm. 15
ROTH *Die Justiz,* 1976, núm. 9
H. p. *DRiZ,* 1976, p. 256
SCHULTZ *SchweizZSt,* t. 93, 1977, pp. 407-408
SCHSVENCK *Neue Zeitschrift für Wehrrecht,* 1976, pp. 118-119
TSCHULIK *Österreichische Richterzeitung,* 1977, pp. 87-88
WASEK *Panstwo i Prawo* (Estado y Derecho; Polonia), 1977, pp. 143-146
WEBER *Landeskriminalblatt Rheinland-Pfalz,* 1976, núm. 4

De la 4.ª edición de 1984

KOHL *Revue de Droit Penal et de Criminologie,* 1986, núm. 4
KUNST *ÖJZ,* 19S4, p. 616
OTTO *Jura,* 1985, p. 112
SCHROEDER *GA,* 1985, pp. 335-336
SCHUMANN *German Studies,* 1988, pp. 22-26
SCHULTZ *SchweizZSt,* t. 103, 1986, pp. 116-117
W. *Die neue Polizei,* 1986, núm. 2
ZIPF *Zeitschrift für Rechtsvergleichung,* 19S5, núm. 4

De la 5.ª edición de 1990

GEERDS *Archiv für Kriminologie,* 1990, p. 189
GÖSSEL *GA,* 1990, pp. 570-571
MEURER *NJW,* 1990, p. 2540
MÜLLER-DIETZ *ZfStrVO,* 1990, p. 380
SCHROEDER *JZ,* 1991, p. 455
SCHULTZ *SchweizZSt,* t. 108, 1991, p. 470

De la 6.ª edición de 1994

GRAUL *JR,* 1997, p. 260
SCHMITT *Archiv für Kriminologie,* 1995, p. 127
SCHROEDER *GA,* 1996, p. 233

ÍNDICE

Pág.

PRÓLOGO (Manuel Cobo del Rosal) 1
PREFACIO 5
NOTA DE LOS TRADUCTORES 7
PRÓLOGO A LA SÉPTIMA EDICIÓN ALEMANA 9
PRÓLOGO A LA SEXTA EDICIÓN 11
PRÓLOGO A LA QUINTA EDICIÓN 13
PRÓLOGO A LA CUARTA EDICIÓN 15
PRÓLOGO A LA PRIMERA EDICIÓN 17

§ 1. **INTRODUCCIÓN** 19

CAPÍTULO PRIMERO. PUNTOS DE PARTIDA METODOLÓGICOS 23

§ 2. TEORÍAS CAUSALES DE LA AUTORÍA 23
§ 3. TEORÍAS TELEOLÓGICAS DE LA AUTORÍA 26
§ 4. TEORÍAS ONTOLÓGICAS DE LA AUTORÍA 32
§ 5. EL CONCEPTO DE AUTOR COMO SÍNTESIS DE PLANTEAMIENTOS CAPTADORES DE SENTIDO Y ESTABLECEDORES DE FINES . 38
§ 6. EL AUTOR COMO FIGURA CENTRAL DEL ACONTECER EN FORMA DE ACCIÓN 44

CAPÍTULO SEGUNDO. LAS DOCTRINAS DE LA AUTORÍA PREVIAS A LA TEORÍA DEL DOMINIO DEL HECHO 53

§ 7. TEORÍA OBJETIVO-FORMAL 54

Pág.

§ 8. TEORÍAS OBJETIVO-MATERIALES 58

I. Teoría de la necesidad de la aportación causal ("Teoría de la necesidad") 58
II. Teoría de la cooperación anterior y simultánea al hecho ("Teoría de la simultaneidad") 61
III. Causalidad física y causalidad psíquica 65
IV. Teoría de la supremacía del autor ("Teoría de la supremacía") 69

§ 9. TEORÍAS SUBJETIVAS 71

I. Teorías del dolo 71
II. Teoría del interés 75

§ 10. TEORÍAS MIXTAS 77

CAPÍTULO TERCERO. EVOLUCIÓN Y ESTADO ACTUAL DE LA TEORÍA DEL DOMINIO DEL HECHO 81

§ 11. ORÍGENES DE LA TEORÍA DEL DOMINIO DEL HECHO 81

I. Evolución del concepto de "dominio del hecho" 81
II. Orígenes dogmáticos y de contenido de la teoría del dominio del hecho. 85

§ 12. REPRESENTANTES DE LA TEORÍA DEL DOMINIO DEL HECHO EN LA ACTUALIDAD 89

I. Welzel 89
II. Maurach 90
III. Gallas 92
IV. Richard Lange 97
V. Otros representantes de la teoría del dominio del hecho 99

1. Niese 99
2. Sax 100
3. Busch 101
4. Von Weber 102
5. Less 103
6. Jescheck 103

§ 13. TEORÍAS Y ENFOQUES AFINES 104

I. Bockelmann 104
II. Nowakowski 106
III. Otros autores 108

§ 14. LA IDEA DEL DOMINIO DEL HECHO EN LA JURISPRUDENCIA DEL *BUNDESGERICHTSHOF* 111

Pág.

CAPÍTULO CUARTO. FUNDAMENTOS ESTRUCTURALES DEL CONCEPTO GENERAL DE AUTOR 129

NOTA PREVIA 129

§ 15. EL DOMINIO DEL HECHO COMO CONCEPTO INDETERMINADO . 130

I. La doctrina 131
II. La praxis 132
III. Causas de esta evolución 134
IV. Toma de postura 135

§ 16. EL DOMINIO DEL HECHO COMO CONCEPTO FIJADO 141

I. Argumentos contrarios de orden metodológico 142
II. Argumentos contrarios de orden histórico-dogmático 143
III. Argumentos contrarios derivados de la esencia de la autoría 143

1. Innecesariedad de abstracción esquematizadora 143
2. Imposibilidad de fijar elementos de sentido 144
3. Peligro de que el concepto jurídico no se ajuste siempre al contenido material 145

§ 17. EL DOMINIO DEL HECHO COMO CONCEPTO ABIERTO 145

I. Los conceptos abiertos 145

1. El procedimiento descriptivo como primer elemento del concepto abierto 146
2. La inclusión de principios regulativos como segundo elemento del concepto abierto 148

II. Perspectiva previa 149

CAPÍTULO QUINTO. EL DOMINIO DE LA ACCIÓN 151

§ 18. LA REALIZACIÓN DEL TIPO DE PROPIA MANO, DOLOSA Y LIBRE. 151

§ 19. LA REALIZACIÓN TÍPICA DE PROPIA MANO, DOLOSA Y NO LIBRE 155

I. Los casos de coacción 155

1. Estado del debate 155
2. Argumentos en favor de la autoría del agente 156

a) No cambia la configuración del curso del hecho 157
b) Naturaleza de la autoría mediata 158
c) Consideraciones sistemáticas 158
d) Significado de las causas de exclusión de la culpabilidad 159
e) Consideraciones relativas a la accesoriedad 159

II. La realización del tipo dolosa y exenta de coacción, pero disculpada 160

Pág.

§ 20. LA REALIZACIÓN DE PROPIA MANO Y DOLOSA DE ALGUNOS ELEMENTOS DEL TIPO 161

I. La realización de modalidades del delito y la realización de la acción típica 161

1. Estado de la cuestión 161
2. ¿Basta la realización de cualquier elemento del tipo? 162
3. El significado de la acción típica 163

II. El error sobre elementos de la situación relevantes para el injusto 164

CAPÍTULO SEXTO. EL DOMINIO DE LA VOLUNTAD 165

§ 21. EL DOMINIO DE LA VOLUNTAD EN VIRTUD DE COACCIÓN 167

I. El estado de necesidad coactivo (§ 52 StGB) 167

1. Dominio del hecho del coaccionador y del coaccionado 167
2. La influencia volitiva no es dominio de la voluntad 168
3. Criterios del dominio de la voluntad 168
4. Supuestos de participación en el estado de necesidad coactivo 172

II. El estado de necesidad simple (§ 54 StGB) 173

1. La realización dolosa de un estado de necesidad del § 54 StGB 173
2. El ocasionamiento del hecho o el auxilio, concurriendo una situación de necesidad 174

a) La incitación al autor en estado de necesidad 175
b) La modificación de la situación en favor del autor en estado de necesidad 175

III. El estado de necesidad exculpante supralegal 177

1. La creación dolosa de un estado de necesidad exculpante supralegal 177
2. La determinación o auxilio a quien actúa en estado de necesidad exculpante supralegal 179

IV. Situaciones análogas al estado de necesidad 179

1. La influencia psíquica análoga al estado de necesidad 180
2. El estado de necesidad coactivo para la autolesión 182

a) Estado del debate 182
b) Toma de posición 185

3. La producción del resultado mediante un tercero no coaccionado, que actúa lícitamente 187

V. La orden vinculante antijurídica 192
VI. Resumen 193

Pág.

§ 22. EL DOMINIO DE LA VOLUNTAD EN VIRTUD DE ERROR 194

I. El error excluyente del dolo, inculpable o con imprudencia inconsciente 195

1. El ejecutor obra sin dolo ni culpabilidad 195

A. La estructura del dominio de la voluntad cuando se utiliza un instrumento doloso 195

a) No hay dominio del hecho por parte del que yerra 195
b) No hay dominio de la persona del que yerra por parte del sujeto de detrás 196
c) La supradeterminación final del curso causal como criterio del dominio de la voluntad 196

B. Autoría mediata en caso de mero auxilio al instrumento que yerra 198
C. Autoría mediata en la influencia inesencial sobre el curso causal 199

2. El ejecutor actúa con imprudencia inconsciente 203

II. El que yerra actúa con imprudencia consciente 204

1. Planteamiento del problema 204
2. Finalidad e imprudencia consciente en la doctrina 205

A. La finalidad comprende también a la imprudencia consciente. 205
B. La finalidad comprende sólo la intención, excluyendo el dolo eventual 207
C. La finalidad comprende todas las formas del dolo, excluyendo la imprudencia consciente 208

a) Armin KAUFMANN 208
b) STRATENWERTH 209
c) WELZEL 209

3. Toma de posición con respecto a los cinco conceptos de finalidad, desde el punto de vista de la teoría del dominio del hecho 210
4. Resultado 214

A. Dado el conocimiento coincidente sobre la probabilidad de resultado: participación 214
B. Dado el conocimiento más amplio por parte del sujeto de detrás: el problema se traslada a otra sede 216

a) Irrelevancia del límite dolo-imprudencia 217
b) Irrelevancia del límite causalidad-finalidad 217

III. El que yerra obra sin consciencia de la antijuridicidad 218

1. Error de prohibición propio 218

A. Estado de la cuestión 218

a) WELZEL 218

Pág.

b) BOCKELMANN 219
c) MAURACH 219
d) Otros autores 219

B. No hay dominio sobre la persona del autor directo 220
C. Grados de la configuración del hecho con sentido 222
D. Solución de la problemática 224

2. El error sobre los presupuestos materiales de causas de justificación 230

A. Con independencia de la doctrina del error: autoría mediata del sujeto de detrás que lo ha advertido 230
B. Opiniones contrarias 231
C. Toma de posición 232

IV. El sujeto actuante supone erróneamente los presupuestos de causas de exclusión de la culpabilidad 233

1. ¿Dominio de la voluntad en virtud de coacción? 234
2. Dominio de la voluntad en virtud de error: el tercer grado del dominio del hecho 235

V. El que yerra obra típica, antijurídica y culpablemente 237

1. El error sobre el sentido concreto de la acción 237

A. Sus manifestaciones 237

a) El *error in persona* y fenómenos afines 237
b) El error sobre presupuestos de la acción relevantes para el hecho 238
c) El error sobre presupuestos de cualificaciones 238

B. El *error in persona* y fenómenos afines 239

a) El cuarto grado del dominio del hecho 239
b) La relevancia del sentido concreto de la acción para el dominio del hecho 240

C. El error sobre presupuestos de la acción relevantes para el hecho 243
D. El error sobre presupuestos de cualificaciones 245

2. El error sobre el riesgo 247

A. El aspecto psicológico 248
B. La significación jurídica del error sobre el riesgo psíquicamente relevante 250

VI. El que yerra obra atípica o lícitamente 251

1. El ejecutor obra atípicamente 252
2. El ejecutor obra lícitamente 257

Pág.

VII. Resumen 258

§ 23. EL DOMINIO DE LA VOLUNTAD EN LA UTILIZACIÓN DE INIMPUTABLES Y JÓVENES 259

I. Imputabilidad del ejecutor directo excluida o mermada 259

1. El ejecutor es inimputable 259

a) La comisión de delitos por inimputables 260

aa) Estado de la discusión 260
bb) El defecto reside en el ámbito intelectivo 261
cc) El defecto reside en el ámbito volitivo 262

b) El autodaño de los inimputables 263

2. El ejecutor obra con imputabilidad mermada 264

II. El ejecutor directo es un niño o un adolescente 265

a) El dominio del hecho en los delitos de niños y adolescentes 265
b) El dominio del hecho en el autodaño de niños y adolescentes 267

III. Resumen 269

§ 24. DOMINIO DE LA VOLUNTAD EN VIRTUD DE ESTRUCTURAS DE PODER ORGANIZADAS 269

I. Supuestos 269
II. Quedan excluidos el dominio por coacción y por error 270
III. Los fundamentos estructurales del dominio de la organización 271
IV. El enjuiciamiento dogmático de las relaciones de autoría en el proceso Eichmann 273
V. Problemas concretos 275

1. Autoría y participación en el seno de organizaciones 275
2. Limitación del dominio de la organización a los aparatos al margen de la legalidad 276

VI. Aspectos metodológicos del dominio de la organización 279

§ 25. ¿DOMINIO DE LA VOLUNTAD EN INSTRUMENTOS DOLOSOS? 280

I. El instrumento doloso no cualificado 280

1. Estado de la cuestión 280
2. El sujeto de detrás obra sin dominio del hecho 281
3. ¿La cualificación como criterio de dominio psicológico? 282
4. ¿La cualificación como criterio normativo del dominio? 284

II. El instrumento doloso sin intención 286
III. El instrumento cooperador doloso 287

Pág.

§ 26. EL ERROR SOBRE REQUISITOS DE LA AUTORÍA 288

I. El desconocimiento de circunstancias fundamentadoras del dominio del hecho 289

1. ¿Autoría mediata? 290

a) Fundamentación del dominio del hecho en la doctrina 290
b) El conocimiento de las circunstancias fundamentadoras de dominio como factor de dirección necesario 290

2. Participación consumada 292

a) Posiciones doctrinales 292
b) El ejecutor obra dolosamente 293
c) El ejecutor obra sin dolo 294

aa) El ejecutor obra con imprudencia consciente 294
bb) El ejecutor obra sin ser consciente de la posible realización del tipo 295

3. ¿Participación intentada y autoría imprudente? 297

II. La suposición errónea de circunstancias fundamentadoras del dominio del hecho 299

1. Posiciones doctrinales 299
2. Participación consumada 300
3. ¿Autoría mediata? 302

CAPÍTULO SÉPTIMO. EL DOMINIO DEL HECHO FUNCIONAL 305

§ 27. LA COOPERACIÓN EN LA FASE EJECUTIVA 305

I. Posibilidad y estructura del dominio conjunto del hecho 305
II. La coautoría como dominio del hecho funcional 308
III. El dominio del hecho funcional como concepto abierto 312
IV. Cuestiones particulares 316

1. El carácter común de la decisión del hecho 316

a) El conocimiento unilateral de la colaboración 316
b) El exceso del coautor 317
c) El *error in persona* de un coautor 317
d) Coautoría en virtud de la "operatividad ulterior causal" 318
e) Coautoría en casos en que está excluida o mermada la culpabilidad de un interviniente 319
d) Coautoría en casos de realización de tipos heterogéneos 320

2. Coautoría sucesiva 320

§ 28. LA COOPERACIÓN EN LA FASE PREPARATORIA 323

I. Estado de la cuestión 323

Pág.

II. El que prepara no es coautor 325
III. Polémica con WELZEL 326
IV. El problema de los jefes de banda 330
V. División del trabajo y coautoría 331
VI. La delimitación entre actos preparatorios y ejecución 334

CAPÍTULO OCTAVO. DOMINIO DEL HECHO Y ESTADO ACTUAL DE LA CUESTIÓN 337

§ 29. DETERMINACIÓN DEL CONTENIDO DEL CONCEPTO DE DOMINIO DEL HECHO 338

I. La influencia determinante sobre el transcurso y el resultado del hecho. 338
II. La capacidad de hacer continuar y de impedir 342
III. La posibilidad de dar al suceso el giro decisivo 344
IV. El poder sobre el hecho 345
V. La subordinación de la voluntad 345
VI. "Voluntad de dominio del hecho" y "sentimiento de autoría" 346

1. La "voluntad de dominio del hecho" 347
2. El sentimiento de autoría 349

§ 30. ESTRUCTURA DEL CONCEPTO DE DOMINIO DEL HECHO 350

§ 31. POSICIÓN DEL DOMINIO DEL HECHO EN LA HISTORIA DOCTRINAL 354

§ 32. POSICIÓN SISTEMÁTICA DEL CONCEPTO DE DOMINIO DEL HECHO 359

I. El dominio del hecho como elemento del sistema 359
II. El dominio del hecho en relación con el injusto y la culpabilidad 360

1. Rechazo de la "autoría indiciaria" 361
2. La autoría como manifestación del injusto 361
3. La indiferencia del concepto de autor con respecto a la culpabilidad. 362
4. La doctrina del dominio del hecho como argumento en favor de la pertenencia del dolo al tipo 363
5. Elementos de la culpabilidad fundamentadores de autoría 365

CAPÍTULO NOVENO. EL CONCEPTO DE AUTOR DE LOS DELITOS DOLOSOS DE COMISIÓN 367

§ 33. ALCANCE DEL CONCEPTO DE DOMINIO DEL HECHO 367

I. El criterio del dominio del hecho como concepto general de autor 367
II. El dominio del hecho, los delitos de apropiación y el problema del instrumento doloso sin intención 371

1. El hurto y el instrumento doloso sin intención 371

a) Estado de la cuestión 372

Pág.

b) Solución ... 373
c) El problema del "instrumento doloso sin intención" en general. 378

2. La apropiación indebida ... 380
3. Receptación y caza furtiva ... 383

§ 34. LOS DELITOS DE INFRACCIÓN DE DEBER ... 385

I. Introducción ... 385
II. La coautoría en los delitos de infracción de deber ... 388
III. La autoría mediata en los delitos de infracción de deber ... 393
IV. El problema de la participación en hechos principales no dolosos en los delitos de infracción de deber ... 398

1. La accesoriedad en los delitos de dominio ... 399
2. La accesoriedad en los delitos de infracción de deber ... 401

A. Consecuencias derivadas del concepto de autor de los delitos de infracción de deber ... 401
B. Consideraciones teleológicas ... 404

a) ¿Se extiende la autoría a los no cualificados? ... 405
b) ¿Ampliación de la responsabilidad de órganos como solución al problema? ... 405
c) ¿Objeciones derivadas del principio de accesoriedad? ... 406
d) ¿Falseamiento de la estructura típica? ... 406
e) ¿Ampliación excesiva de la punibilidad? ... 408
f) ¿Objeciones desde el Derecho positivo? ... 411
g) Resultados ... 413

V. La idea de deber en la evolución de la teoría del dominio del hecho ... 413

1. Concordancias y diferencias en el concepto de autor de los delitos de dominio y de los de infracción de deber ... 413
2. Concepto extensivo de autor, deber y dominio en Eb. Schmidt ... 414
3. La unificación de dominio del hecho y deber en Lange y Gallas ... 416
4. Dominio del hecho y deber como presupuestos comunes de la autoría en Welzel y Maurach ... 417
5. La aplicación de la idea de deber a los delitos de dominio en Hardwig ... 418

VI. Ámbito de los delitos de infracción de deber ... 419

1. Cuestiones generales ... 419
2. Las injurias ... 422
3. Delitos de propia mano inauténticos ... 427

VII. Indicaciones sistemáticas ... 431

1. Delitos de infracción de deber y unidad sistemática ... 431
2. El autor de los delitos de infracción de deber como sujeto del tipo total de injusto ... 432

Pág.

§ 35. DELITOS DE PROPIA MANO ... 434

I. Estado de la cuestión ... 434
II. Teoría del tenor literal ... 438

1. Principales defensores ... 438
2. Crítica ... 439

III. Teoría del movimiento corporal ... 441

1. Principales defensores ... 441
2. Crítica ... 441

IV. Teoría de la intensidad ... 445
V. Toma de postura ... 446

1. Los delitos de autor jurídico-penal ... 446
2. Delitos vinculados a determinado comportamiento, sin lesión de bien jurídico ... 448

a) Fundamentación de la naturaleza de propia mano ... 448
b) Sobre la jurisprudencia del BGH relativa a la condición de propia mano y sobre la autoría en los delitos contra las buenas costumbres en general ... 452

VI. La accesoriedad en los delitos de propia mano ... 456

1. ¿Participación en el hecho doloso? ... 456
Excurso ... 461
2. ¿Accesoriedad extrema en los delitos de propia mano? ... 462

VII. La naturaleza de propia mano en algunos tipos controvertidos ... 464

1. Adulterio y bigamia ... 464
2. Prevaricación ... 465
3. El delito en estado de embriaguez (*Volltrunkenheit*) ... 468
4. Síntesis retrospectiva ... 470

§ 36. SÍNTESIS Y COMPLEMENTOS ... 471

I. Posibilidad de otros criterios de la autoría ... 472

1. ¿Los elementos de la actitud como circunstancias de la autoría? ... 472

a) Elementos de la actitud que agravan la pena ... 473
b) Elementos de la actitud fundamentadores de la pena ... 474

2. Conceptos de autor referidos a tipos y a grupos de delitos ... 479

a) La referencia al tipo del concepto de autor en relación con los criterios generales de la autoría ... 479
b) Conceptos de autor referidos a grupos de delitos ... 483

II. Carácter positivo y vinculante del concepto de autor ... 485
III. El concepto unitario de autor ... 489

Pág.

IV. La autoría en el delito intentado 490

1. Los criterios de la autoría en el hecho no culminado 490
2. Adecuación, tentativa y dominio del hecho 494

CAPÍTULO DÉCIMO. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN EN LAS OMISIONES 497

§ 37. EL AUTOR DEL DELITO DE OMISIÓN 497

I. Introducción 497
II. El delito omisivo como delito de infracción de deber 498

1. El deber de evitar el resultado como elemento fundamentador de la autoría 498
2. La eliminación de la idea del dominio del hecho 501

a) ¿La posibilidad de intervención como dominio por omisión? .. 502
b) ¿El omitente como sustentador de dominio del hecho "social"? 504

3. El concepto del autor por omisión en Armin KAUFMANN y GRÜNWALD 507

III. Coautoría y autoría mediata en la omisión 508

1. Coautoría 508

a) Varios omitentes como coautores 508
b) Sujeto agente y sujeto omitente como coautores 509

2. Autoría mediata 511

IV. La omisión de impedir el suicidio 512

1. Inidoneidad de la teoría de la participación para resolver la problemática 512
2. Debate con GALLAS 513
3. La problemática de la posición de garante 515

§ 38. LA PARTICIPACIÓN POR OMISIÓN 516

I. Problemática de partida 516
II. Participación en supuestos en que falta el tipo omisivo 517

1. Exclusión de la autoría por omisión a pesar de existir deber de evitar el resultado 517

a) Requisitos de los tipos prescriptivos de garante 517
b) Ejemplos de falta de tipos de omisión 518

A. Delitos de propia mano 518
B. Delitos de infracción de deber personalísimos 520
C. Delitos de apropiación 521

2. Fundamentación de la participación por omisión a pesar de existir deber de evitar el resultado 522

Pág.

III. La participación en los casos en que falta el deber de evitar el resultado. 525

1. La omisión como favorecimiento positivo del hecho 525
2. ¿La omisión de dificultar el hecho como complicidad? 529

IV. Concepciones divergentes 530

1. La jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal (BGH) 530
2. Armin KAUFMANN 533
3. GALLAS y KIELWEIN 536
4. SCHRÖDER 546
5. Intentos de graduación de las posiciones de garante (GALLAS, SCHRÖDER) 549

§ 39. INDUCCIÓN Y COMPLICIDAD RELATIVAS AL HECHO OMISIVO .. 550

I. ¿Excluye la falta de dolo de omitir la posibilidad de inducción a omitir? 550
II. ¿Se oponen consideraciones de justicia material y de merecimiento de pena a estimar inducción a omitir? 554

1. ¿Resultados aleatorios? 554
2. ¿Es la inducción en los delitos omisivos relativamente más merecedora de pena que en los hechos comisivos? 556

III. ¿Cabe concebir la inducción a omitir como autoría comisiva directa? ... 559

1. La teoría de Armin KAUFMANN y WELZEL 559
2. El requisito del dominio del hecho como factor excluyente de la autoría 560
3. La inviabilidad práctica de considerar al sujeto autor por comisión. 562
4. Las lagunas de punibilidad en la solución de considerar al sujeto autor comisivo 564

IV. Complicidad en la omisión 565

CAPÍTULO UNDÉCIMO. PROBLEMA, SISTEMA Y CODIFICACIÓN EN LA DOCTRINA DE LA AUTORÍA 569

§ 40. IDEAS PARA FORMAR UN SISTEMA DE TEORÍA DE LA AUTORÍA. 569

I. Síntesis de los resultados 569
II. Dialéctica del concepto de autor 571
III. Consecuencias dogmáticas 574

1.º Los dos defectos capitales de la dogmática de la participación 574
2.º La "resistencia del objeto" como criterio de acierto en cuanto al contenido 576
3.º Realzar las antítesis en lugar de allanarlas 577

IV. Problema y sistema en la doctrina de la autoría 579

Pág.

§ 41. SOBRE LA CODIFICACIÓN DE LA DOCTRINA DE LA AUTORÍA..... 582

CAPÍTULO DUODÉCIMO. PARTE FINAL DE 1999. SOBRE EL RECIENTE ESTADO DE LA DOCTRINA DE LA AUTORÍA Y LA PARTICIPACIÓN 589

§ 42. DESARROLLO DE LA AUTORÍA Y DE LA PARTICIPACIÓN EN LA LEY 589
I. La realización del tipo de propia mano 589
II. Participación sólo en caso de hecho doloso 596
III. La intervención en el hecho que se ha supuesto doloso 599

§ 43. EVOLUCIÓN DE LA DOCTRINA DE LA AUTORÍA Y LA PARTICIPACIÓN EN LA JURISPRUDENCIA 601
I. Sentencias de los años 1962 a 1999 601
II. Resumen 676
III. Antecedentes de política jurídica, sistemáticos y dogmáticos de la jurisprudencia última 679

§ 44. EVOLUCIÓN DE LA TEORÍA DE LA AUTORÍA Y LA PARTICIPACIÓN EN LA DOCTRINA 688
I. Nociones básicas sobre la evolución reciente de la doctrina de la autoría. 688
1. La teoría del dominio del hecho hoy 688
2. La teoría de la totalidad de SCHMIDHÄUSER 691
3. La teoría de las formas de participación de STEIN 692
4. La concepción idealista de KÖHLER y KLESCZEWSKI 694
5. La revitalización de la teoría objetivo-formal por FREUND 697
6. Observaciones metodológicas 700
A. RENZIKOWSKI 700
B. KLESCZEWSKI 702
II. Delitos de dominio 703
1. Dominio de la acción 703
2. Dominio de la voluntad 705
A. Estructura de la autoría mediata 705
a) El rechazo de la autoría mediata en SCHILD 705
b) El rechazo del dominio del hecho como criterio de la autoría mediata en STEIN y KÖHLER 706
c) El principio de la autonomía o de la responsabilidad propia del otro como criterio de delimitación entre autoría mediata e inducción 706
aa) M.-K. MEYER 707
bb) SCHUMANN 708
cc) RENZIKOWSKI 709
B. El dominio en virtud de coacción 712
C. La cooperación en los delitos de inculpables y menores 716
D. El dominio en virtud de error 717
a) El instrumento que obra sin dolo 717

Pág.

b) Acerca de la divergencia estructural del dominio en virtud de error con respecto al dominio en virtud de coacción 717
c) La utilización de persona interpuesta que obra en error de prohibición 718
d) El engaño sobre el sentido concreto de la acción 721
E. El dominio de la voluntad en virtud de maquinarias de poder organizadas 723
a) Estado del debate 723
b) La tesis de la coautoría 725
c) La calificación de inducción 727
d) ¿Extensión del "dominio de la organización" al mundo empresarial? 729
F. El instrumento doloso sin intención 729
3. El dominio del hecho funcional 731
A. Noción básica 731
B. La decisión del hecho conjunta 733
C. La exclusión de los actos preparatorios del ámbito de la coautoría 734
D. La coautoría aditiva 737
E. Aportaciones al hecho alternativas 739
F. *Error in persona* y coautoría sucesiva 739
G. Coautoría imprudente 740
III. Delitos de infracción de deber 742
1. Generalidades 742
2. El instrumento doloso no cualificado 745
3. Autoría y participación por omisión 749
IV. Delitos de propia mano 754

BIBLIOGRAFÍA ANTERIOR A 1963 759
BIBLIOGRAFÍA DE 1963 A 1999 768
ÍNDICE DE SENTENCIAS DE ALTOS TRIBUNALES 777
ÍNDICE DE RECENSIONES DE ESTA OBRA 781

UNIDAD IV: LOS DEBERES DE GARANTE

1) GARCÍA CAVERO, Percy, "La posición de garante del empresario: a propósito del caso Utopía", en Homenaje al Profesor Gonzalo Rodríguez Mourullo, Editorial Civitas, Madrid 2005, pp. 381-400.

2) JAKOBS, Günther, La imputación Penal de la Acción y Omisión, trad. Luis Carlos Rey Sanfiz y Javier Sánchez-Vera, Bogotá 2000.

UNIDAD IV: LOS DEBERES DE GARANTE

1) GARCÍA CAVERO, Percy, “La posición de garante del empresario: a propósito del caso Utopía”, en Homenaje al Profesor Gonzalo Rodríguez Mourullo, Editorial Civitas, Madrid 2005, pp. 381-400.

LA POSICIÓN DE GARANTÍA DEL EMPRESARIO: A PROPÓSITO DEL CASO UTOPÍA

Percy García Cavero
Profesor de Derecho penal
Universidad de Piura
(Perú)

I. Hechos relevantes

En diciembre de 2000, Norma, Hugo y Percy constituyeron la empresa Inversiones García North S.A.C., teniendo como objeto social las actividades de entretenimiento, esparcimiento y administración de bares, restaurantes, hoteles y otros. Se nombró un directorio de tres miembros compuesto por Hugo, Carmen y Percy, asumiendo este último además el cargo de Gerente General. El principal proyecto que la empresa tenía en manos era poner en funcionamiento una discoteca moderna para el sector socioeconómico más alto de Lima. Con este fin, en enero de 2001 la empresa, representada por su Gerente General Percy, celebró contrato de subarrendamiento de un local con la firma "Centros Comerciales del Perú", cuyo nombre comercial es "Jockey Plaza Shoping Center". El centro comercial le entregó un local de una sola planta sin acabados interiores para uso exclusivo de una discoteca. En el contrato la empresa se obligaba a obtener todas las autorizaciones correspondientes (defensa civil, venta de bebidas alcohólicas), así como a contratar personal de seguridad idóneo.

El 6 de septiembre de 2001, la empresa presentó a la Subdirección de obras privadas de la Municipalidad de Surco un "anteproyecto en consulta" con la finalidad de establecer la factibilidad de solicitar posteriormente la licencia de obra para remodelar el local y que funcione ahí la discoteca. En virtud de esta solicitud, el Municipio gestionó una inspección del Instituto Nacional de Defensa Civil (INDECI), el cual tuvo lugar el 17 de septiembre de 2001, desaprobándose el "anteproyecto en consulta", en la medida que no se contaba con una memoria descriptiva del tipo de seguridad que la discoteca requería, así como con planes de evacuación y señalización. El Municipio gestionó igualmente la inspección por parte del delegado *ad hoc* del Cuerpo General de Bomberos Voluntarios del Perú, quien aprobó el anteproyecto en consulta en lo relacionado a la evacuación de la discoteca, precisando que para el proyecto en sí se debería adjuntar el sistema completo de seguridad contra incendios. El 19 de septiembre de 2001 la empresa Amerinvest Holding Inc. Sucursal Perú, presentó a la Municipalidad de Surco un documento por el que se le solicitó inhibirse de expedir licencias o autorizaciones de los locales ubicados en la parcela B del Jockey Plaza, donde iba a funcionar la discoteca, por encontrarse en litigio judicial la propiedad sobre estos locales. En virtud de esta solicitud la Municipalidad de Surco, el 18 de octubre de 2001, se inhibió de conocer todos los trámites iniciados o por iniciarse en los locales en cuestión, incluido el anteproyecto en consulta de la discoteca utopía.

En octubre de 2001 la empresa Peruvian Entertaiment S.A.C. compró las acciones de Norma y Hugo, pasando a ser accionista de la empresa junto con Percy. En ese mismo mes se reunió la nueva junta general de accionistas y se reestructuró el directorio, el cual pasó a ser conformado por Alan, Edgar y Percy. En el cargo de Gerente General se mantuvo a Percy, quien siguió adelante con el proyecto de la discoteca "Utopía". El directorio nunca llegó a sesionar, ni a tomar decisión alguna sobre la marcha del negocio. En abril de 2002, Fahed, compró parte del accionariado a Peruvian Entertaiment S.A.C., pasando a ser accionista de la empresa Inversiones García North S.A.C., junto con Percy y la empresa vendedora de las acciones.

Desde noviembre de 2001, Percy se ocupó de la remodelación del local, acondicionándolo con equipos de sonido, efectos especiales y material acústico. En esas remodelaciones, no se observaron las medidas de seguridad necesarias. Entre el 22 y 26 de abril de 2002, Percy solicitó los requisitos necesarios para que la II Región de Defensa Civil realice una inspección técnica de seguridad y defensa civil en las instalaciones de la discoteca. La Jefa de la Unidad de Prevención de la II Región le indicó, sin embargo, que el conducto regular era solicitar la inspección al Comité de Defensa Civil de la Municipalidad de Surco. Por ello, Percy solicitó a fines del mes de abril de 2002 la inspección a la Oficina de Defensa Civil de la Municipalidad de Surco, la cual, al no tener un inspector acreditado, derivó la gestión a la II Región de Defensa

Civil. El 30 de abril de 2002 se realizó la inspección, elaborándose un informe en el que se concluyó que la discoteca Utopía antes de iniciar su funcionamiento, debía habilitar un sistema contra incendios, colocar extintores, señalizar adecuadamente las salidas y, finalmente, contar con un plan de seguridad y evacuación del local.

El 4 de mayo de 2002 se inauguró la discoteca Utopía sin haberse levantado las observaciones señaladas por Defensa civil y sin contar con la licencia municipal de funcionamiento. El centro comercial Jockey Plaza autorizó el funcionamiento de la discoteca. Días después, concretamente en la segunda quincena de mayo de 2002, Roberto se puso en contacto con Percy para proponerle la organización de una fiesta a la que llamarían la fiesta "zoo", en donde se utilizarían, como elemento novedoso, animales de circo. Percy aceptó la idea y dejó la organización a Roberto, quien recibiría el pago de 300 dólares por este trabajo. De esta manera, Roberto se incorporó al personal de la discoteca, proponiéndole adicionalmente a Percy hacer también juegos con fuego en la discoteca, lo cual fue aceptado por este último.

El 19 de julio de 2002 tuvo lugar la fiesta del "zoo", iniciándose la misma a las 9 de la noche. Se habían repartido 2,000 invitaciones. En horas de la madrugada, Roberto se puso a hacer los juegos con fuego para animar al público asistente. Primero roció bencina alrededor de la cabina del DJ, prendiendo luego fuego sobre la bencina esparcida. Posteriormente desde la cabina presionó la tapa de un aerosol WIZARD y con un encendedor dio al gas inflamable un efecto llamarada. Al realizar esta acción, el fuego alcanzó el techo de la cabina del DJ que era de caucho acústico. Ante el amago de fuego, Roberto intentó apagarlo con sus manos, pero no fue posible. Fahed, accionista de la empresa propietaria de la discoteca, que estaba por ahí intentó apagar el fuego con una botella de agua. Dado los infructuosos intentos de apagar el fuego, Roberto decidió dirigirse a las oficinas de la discoteca para dar la voz de alerta, apresurándose además en buscar un extintor. La discoteca no contaba con un solo extintor. Se procedió luego a abrir las puertas de escape y la gente comenzó a salir desesperadamente sin orden y tropezándose con mesas, sillas y otros objetos que se encontraban en el camino. El Departamento de seguridad del Centro Comercial apagó la luz, como dispositivo de seguridad, para evitar que el líquido que pudiera usarse para apagar el fuego no cause muertes por electrocución. Esta acción trajo más confusión en el público, lo que dificultó la pronta y oportuna evacuación. La gran humareda y el hollín que originó la combustión del caucho hicieron que los socios que se encontraban en la zona VIP del segundo piso, ingresasen al baño en la creencia de estar ahí a mejor recaudo. 29 personas perecieron asfixiadas de manera rápida por la inhalación de gases tóxicos, mientras que 45 personas resultaron intoxicadas y con graves quemaduras. Durante la provocación del incendio y su propalación en la discoteca, Percy se encontraba en su casa cambiándose de ropa.

II. Planteamiento de las cuestiones jurídico-penalmente relevantes

El caso presentado contiene diversas cuestiones jurídico-penalmente relevantes. Por un lado, cabe preguntarse, como efectivamente ha sucedido en la sentencia penal de primera instancia, por la responsabilidad de los funcionarios de la Municipalidad de Surco, en la medida que el artículo 65 inciso 16 de la Ley Orgánica de Municipalidades entonces vigente establecía un deber de control sobre las medidas de seguridad de los locales abiertos al público que funcionasen en la circunscripción municipal. En este sentido, habría que discutir quiénes resultan competentes en la estructura organizativa de la Municipalidad por el cumplimiento del mencionado deber de control. La responsabilidad penal se configuraría a partir del artículo 377 del Código penal peruano, que castiga al funcionario público que omite o retarda el cumplimiento de deberes funcionariales. Así se ha procedido, en efecto, en la sentencia de primera instancia. Sin embargo, en este proceso penal no se ha planteado en lo absoluto la posibilidad de imputar a los funcionarios públicos adicionalmente las muertes y lesiones producidas en la fatídica fiesta en comisión por omisión, en la medida que omitieron el cumplimiento de un deber específico de garante.

En segundo lugar, y quizá ésta sea la cuestión más sensible, cabe preguntarse por la responsabilidad de los miembros de la empresa García North S.A.C. por las muertes y lesiones producidas en la fiesta "zoo". Prescindiendo de la responsabilidad existente por el delito de peligro común de estragos (artículo 273 CP), el centro del reproche penal se asienta en los tipos penales de homicidio y lesiones. Aquí surge ya una primera discusión: la referida a los

específicos tipos penales aplicables. El abogado de la parte civil sostuvo, con interesantes argumentaciones, la tesis de que en este caso, al existir un ánimo de lucro en los propietarios de la discoteca, debería configurarse un homicidio cualificado (asesinato) en comisión por omisión. Esta tesis no fue finalmente aceptada por el representante del Ministerio Público, quien procedió a denunciar el hecho solamente por delito de homicidio y lesiones culposas. Si bien resulta muy discutible el parecer sostenido por la parte civil de que estaríamos ante un delito de asesinato, lo cierto es que existen elementos de juicio para sostener válidamente que los delitos cometidos deberían imputárseles a los responsables a título de dolo (eventual). En la sentencia de primera instancia parece defenderse el parecer de que al no haber intención de los implicados, no cabe una imputación dolosa de responsabilidad. Sin embargo, esta posición desconoce, finalmente, que existen otras formas de manifestación del dolo que igualmente pueden dar lugar a la realización del tipo subjetivo doloso. E incluso aunque se sostuviese la inexistencia de un conocimiento suficiente para aceptar un supuesto de dolo eventual, cabría discutir si no existe un supuesto de indiferencia capaz de fundamentar, pese al desconocimiento, la imputación dolosa. La sentencia de segunda instancia parece asumir el parecer del dolo eventual en el caso del Gerente Percy.

Sin negar la importancia de las cuestiones jurídico-penales acabadas de plantear, no vamos a ocuparnos de ellas en este comentario, sino que nos limitaremos a otra cuestión, igual de importante para la resolución del caso. Nos referimos a la cuestión relativa a la responsabilidad penal de los propietarios y administradores de la discoteca Utopía. El abordaje de esta cuestión específica requiere primeramente entrar a hacer algunas precisiones generales sobre la figura de la comisión por omisión y, especialmente, sobre la posición de garantía del empresario. Una vez precisados estos aspectos generales, podremos dar solución a la cuestión de la responsabilidad penal de los propietarios y administradores de la discoteca Utopía por la muerte de las personas que asistieron a la fatídica fiesta "zoo".

III. La comisión por omisión en el código penal peruano

El artículo 13 del Código penal peruano regula la figura de la comisión por omisión[1]. Con base en este artículo, se castiga la conducta omisiva que no impide la producción de un resultado lesivo, como si éste se hubiese causado de manera comisiva[2]. En este sentido, se equiparan a efectos penales la omisión del artículo 13 con la realización activa de un delito de resultado de la Parte Especial del Código penal, cuya redacción típica se hace a partir de una conducta comisiva. Sin entrar en la cuestión de si el artículo 13 resulta necesario o no para castigar la comisión por omisión, el hecho es que este artículo existe en nuestro Código penal y establece unos requisitos legales para que la omisión de una persona sea equiparable en términos penales a la producción activa del resultado lesivo. Veamos cuáles son estos requisitos.

1. La posición de garantía (artículo 13 inciso 1)

El inciso 1 del artículo 13 del Código penal exige, como primer requisito para que exista una comisión por omisión, que el agente tenga una posición de garantía que le obligue a impedir la producción del resultado. Esta posición de garantía se configura, según el tenor de la ley,

---

[1] El texto del artículo 13 del CP peruano, muy similar al artículo 11 del Código penal español, es el siguiente:
"El que omite impedir la realización del hecho punible será sancionado:
1. Si tiene el deber jurídico de impedirlo o si crea un peligro inminente que fuera propio para producirlo, y
2. Si la omisión corresponde a la realización del tipo penal mediante un hacer.
La pena del omiso podrá ser atenuada".

[2] Vid., en el mismo sentido, respecto del Código penal español, RODRÍGUEZ MOURULLO, en *Comentarios al Código penal*, Rodríguez Mourullo (dr.), Madrid, 1997, p. 58. La razón de la necesidad de esta equiparación es que el delito de comisión fue desarrollado con exactitud en la dogmática penal mucho antes que el delito que el autor realiza cuando no hace nada (vid., así, JAKOBS, *Acción y omisión en Derecho penal*, (trad. Rey/Sánchez Vera), Bogotá, 2000, p. 7).

cuando se tiene el deber jurídico de impedir la realización del delito o cuando se crea un peligro inminente que fuera propio para producirlo. La fuente de estos deberes jurídicos de impedir el resultado (la posición de garantía) fue entendida, en un primer momento, en un sentido formal, esto es, como un deber jurídico especial impuesto por la ley, por un contrato o por el actuar precedente peligroso (injerencia)[3]. Sin embargo, la iniquidad que presentó esta reducción formal de la fuente del deber especial en supuestos en los que no había propiamente una relación formal, como la estrecha comunidad de vida, o en los casos en los que existiendo una relación formal no había una vinculación real, impulsó el cambio de esta perspectiva y su sustitución por referentes materiales.

Es así que surge la teoría de las funciones desarrollada por Armin KAUFMANN, en donde se distingue las posiciones de garantía según que al garante le corresponda la función de protección de un bien jurídico o la función de control de una fuente de peligro[4]. Si bien esta teoría ofreció un panorama más rico de las posiciones de garantía por encima de las fuentes formales, hay que reconocer que su utilidad fue fundamentalmente clasificatoria, pues no determinaba, en suma, el fundamento de la posición de garantía[5]. Tal déficit de fundamentación ha llevado a que en la actual discusión penal se hayan emprendido diversos intentos por definir el fundamento material de la posición de garantía[6], dentro de los cuales destacan especialmente las propuestas de SCHÜNEMANN y de SILVA SÁNCHEZ. Sin pretender entrar en las particularidades de las propuestas dogmáticas de los autores mencionados, conviene solamente destacar que la determinación de la posición de garantía ha dejado de hacerse como una cuestión puramente formal, para sustentarse sobre el criterio material de la asunción de una posición de dominio (sobre la causa del resultado[7] o como compromiso de actuar como barrera de protección de riesgos[8]).

La teoría de las fuentes formales parece, sin embargo, haber recuperado actualidad en la moderna discusión jurídico-penal a partir de los planteamientos sobre las llamadas competencias institucionales desarrollados por JAKOBS. En estos casos, el dominio del riesgo es reemplazado por la infracción de un deber institucionalmente configurado. Se trata de los delitos de infracción de un deber, en los que la posición de garantía no se determina por la asunción fáctica de una posición de dominio, sino por la vinculación formal establecida en virtud de una institución social específica, como la familia (padre-hijo o esposos) o los deberes estatales (funcionarios públicos). Si atendemos, por ejemplo, a la relación paterno-filial, veremos que la Constitución Política del Perú reconoce en su artículo 4 a la familia como instituto natural y fundamental de la sociedad y, en esta misma línea, en su artículo 6 segundo párrafo se establece el deber de los padres de alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos. En este sentido, la posición de garantía no se genera por una asunción voluntaria de la posición de padre, sino que esta vinculación institucional existirá por la sola relación de filiación. En consecuencia, el padre será garante de la vida de su hijo, aun cuando no haya

---

[3] El origen de este planteamiento se encuentra en FEUERBACH, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, 11. Aufl., 1832, § 23, quien, desde perspectivas liberales, entendió que para poder castigar a quien no hace nada para evitar el daño como si lo hubiese hecho, debería existir una razón jurídica especial (*besonderer Rechtsgrund*), no bastando por tanto una obligación moral (*caritatis norma*).

[4] Vid., con detalle, KAUFMANN, Armin, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, Göttingen, 1959, p. 283 y ss. Esta teoría ha sido asumida por un amplio sector de la doctrina penal peruana; vid., PEÑA CABRERA, *Tratado de Derecho penal*, Estudio Programático de la Parte General, 2ª ed., Lima, 1995, p. 476 y ss.; VILLA STEIN, *Derecho penal*. Parte general, Lima, 1998, p. 281 y ss.; VILLAVICENCIO TERREROS, *Código penal comentado*, 3ª ed., Lima, 2001, p.77 y ss.

[5] Así, la crítica de SILVA SÁNCHEZ, *Estudios sobre el delito de omisión*, Lima, 2004, p. 243.

[6] Vid., una breve reseña en la discusión alemana, JAKOBS, *Derecho penal*, Parte General, (trad. Cuello Contreras/Serrano González de Murillo), Madrid, 1997, p. 970, nota 53.

[7] Vid., así, SCHÜNEMANN, *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte. Zugleich ein Beitrag zur strafrechtlichen Methodenlehre*, Göttingen, 1971, p. 229 y ss.

[8] Vid., así, SILVA SÁNCHEZ, *Estudios*, p. 235.

asumido fácticamente su papel de padre, de manera tal que si no impide la muerte del menor pudiendo hacerlo, responderá por parricidio en comisión por omisión. Distinto es el caso en los delitos de dominio, es decir, en aquellos delitos en los que se castiga a un ciudadano por organizarse de una manera tal que se generen riesgos frente a terceras personas. Para poder ser garante en estos delitos es necesario que el ciudadano asuma una posición concreta que genere la confianza en el resto de que se actuará como barrera de contención de riesgos. Así, por ejemplo, para que el maestro de escuela sea garante de la integridad de los alumnos no solamente debe estar nombrado como tal en el centro educativo, sino que tiene que haber asumido el cuidado de los niños del colegio.

En atención a lo brevemente señalado, puede concluirse que en la actualidad la posición de garantía se sustenta, en principio, en la asunción de una posición de dominio de los riesgos. Este criterio solamente cambia en los delitos de infracción de un deber, en los que, a diferencia de los delitos de dominio, la posición de garantía se encontraría fundamentada en la atribución formal de un estatus o rol especial. En cualquier caso, debe resaltarse que esta particularidad de la posición de garantía institucional es predicable solamente en los delitos de infracción de un deber, pues en los delitos de dominio se requerirá igualmente la asunción de una posición de dominio.

2. La equivalencia normativa (artículo 13 inciso 2)

La doctrina penal actualmente dominante reconoce que la sola omisión de impedir el resultado en posición de garantía no basta para fundamentar la responsabilidad en comisión por omisión del omitente[9]. El artículo 13 inciso 2 del Código penal exige además que la omisión se corresponda a la realización del tipo penal mediante un hacer. A esta exigencia se le conoce como la cláusula de correspondencia, la cual exige que en la omisión del garante se presenten los mismos elementos objetivos y subjetivos que normativamente fundamentan la imputación del resultado en caso de una realización activa del correspondiente tipo penal de la parte especial. En este sentido, la conducta omisiva del garante, para poder ser castigada como comisión por omisión, debe reunir los elementos de la imputación objetiva del resultado[10], así como el elemento subjetivo requerido por el tipo penal correspondiente (dolo o culpa).

En cuanto a la imputación objetiva, la conducta concreta del garante debe haber creado, en primer lugar, un riesgo penalmente prohibido[11]. Esto quiere decir que el garante que ha asumido una posición de dominio, debe ser competente por el riesgo producido. La sola posibilidad de impedir el resultado no permite imputar el riesgo al garante como creador del mismo, sino que debe tratarse de un riesgo por el que el garante resulta competente[12]. En este sentido, por ejemplo, el salvavidas no es competente por el riesgo de insolación que pueda sufrir un bañista que está largo tiempo expuesto al sol[13]. Las lesiones producidas sobre el bañista no podrán serle atribuidas en comisión por omisión al salvavidas que conoce de la situación de peligro y no advierte al bañista del riesgo, en la medida que no resulta competente por los riesgos de insolación en la piscina. Su competencia se limita al dominio de los riesgos de ahogamiento cuando se muestra como salvavidas en las cercanías de una piscina. Por el contrario, si un bañista sufre un calambre estomacal mientras se baña en la piscina, el riesgo de ahogamiento sí se le atribuye objetivamente al salvavidas en caso de incumplir éste su compromiso de evitar el ahogamiento, pues si una persona que acaba de comer se mete en la piscina lo hace en la confianza de que si algo le sucede, el salvavidas se encargará de contener el riesgo.

---

[9] Vid., por todos, SILVA SÁNCHEZ, *Estudios*, p. 232.

[10] Vid., MEINI MÉNDEZ, «La comisión por omisión: una interpretación alternativa del art. 13 CP», en Aspectos Fundamentales de la Parte General del Código Penal, *Anuario de Derecho penal*, 2003, Hurtado Pozo (dr.), Lima, 2003, p. 421.

[11] Vid., así, MEINI MÉNDEZ, *Anuario de Derecho penal*, 2003, Hurtado Pozo (dr.), p. 421.

[12] No se trata de proteger un bien jurídico de todos los peligros, ni proteger a todos los bienes afectados de una misma fuente de peligro. Así expresamente, SILVA SÁNCHEZ, *Estudios*, p. 106.

[13] Vid., así JAKOBS, *Derecho penal*, PG, p. 970.

Una vez determinada la competencia del garante por el riesgo, se debe vincular objetivamente el resultado con el riesgo creado. En efecto, para que se dé la plena identidad normativa en el plano objetivo con la realización activa del tipo penal de resultado es necesario que el riesgo, por cuyo dominio el garante es competente, se realice en el resultado[14]. El resultado producido debe encontrarse, por tanto, dentro del fin de protección de la norma que exige la actuación del garante para impedir la producción del resultado. En este sentido, si el bañista que no recibe auxilio entra en una crisis nerviosa que le genera un infarto fulminante, la muerte producida no será la realización del riesgo de muerte que produce la omisión del deber de intervenir del salvavidas. La muerte acaecida será la realización de un riesgo ordinario de muerte al que cualquier persona con dolencias cardíacas se expone en situaciones de desesperación. Para la plena identidad normativa con la realización activa del resultado, el resultado debe estar normativamente vinculado al riesgo de competencia del garante.

La identidad normativa debe presentarse también en el aspecto subjetivo del hecho. La doctrina exige, por ello, que exista un dolo o culpa en el garante. En este tema llama especialmente la atención que la doctrina penal defienda cada vez con mayor consenso que, para el dolo del delito realizado en comisión por omisión, el garante sólo deba conocer que está omitiendo cumplir con su deber de garante y, como consecuencia de ello, la aptitud lesiva de su omisión. Un elemento volitivo en el dolo de la comisión por omisión no se exige[15]. Esta situación debería llevar a plantearnos si resulta coherente mantener dos conceptos de dolo distintos en función de si se trata de una comisión activa o de una comisión por omisión. Si se habla de una identidad normativa de la comisión por omisión con la realización activa, no habrá entonces razones para exigir necesariamente un elemento volitivo en la realización activa del tipo penal. El dolo es fundamentalmente conocimiento tanto en la realización activa como en la comisión por omisión.

Los presupuestos de la identidad normativa adquieren especiales contornos en los delitos de infracción de un deber. En estos casos, las competencias específicas del garante no se determinan por el dominio del riesgo, sino por los elementos configuradores de la institución específica que vincula al autor especialmente con otras personas o con cierta situación socialmente deseable. En este sentido, si un padre suspendido en el ejercicio de su patria potestad (artículo 420 del Código Civil peruano), encuentra por la calle a su hijo en una situación de peligro y no hace nada por impedirlo, responderá por las lesiones que sufra el menor como si él mismo las hubiese infligido. La razón de esta conclusión se encuentra en que la suspensión de la patria potestad no enerva los deberes derivados de la filiación, como, por ejemplo, el deber de alimentos. En este sentido, el dominio del riesgo que se realiza en el resultado no configura la imputación objetiva en los delitos de infracción de un deber, sino únicamente la no evitación del resultado.

3. La atenuación facultativa

En esta exposición general sobre la comisión por omisión, conviene que nos ocupemos brevemente de la atenuación facultativa de la pena que prevé el artículo 13 *in fine* para el omitente. Tal posibilidad ha dado pie a que se sostenga que también cabe castigar, en virtud de este dispositivo legal, los supuestos de omisión de evitación del resultado que, si bien no adquieren una plena identidad con la realización comisiva del delito, constituyen supuestos más graves que la omisión pura de un ciudadano común[16]. Se trata concretamente de las llamadas omisiones puras de garante, en las que si bien el garante no impide la producción de un resultado, su omisión no alcanza la identidad normativa requerida por el artículo 13 inciso 2. Así, podría castigarse con una pena atenuada respecto del marco penal del delito de lesiones, por ejemplo, al maestro de escuela que dándose cuenta de que el alumno bajo su cuidado tiene floja la rueda de su bicicleta, omite decirlo y el niño termina lesionándose al salirse la rueda de la bicicleta. Si bien no existe una plena identidad normativa de su omisión con la

---

[14] Así, la exigencia de la realización del riesgo en el resultado, SILVA SÁNCHEZ, *Estudios*, p. 291.

[15] Vid., JAKOBS, *Derecho penal*, PG, p. 1014.

[16] Vid.., en este sentido, MEINI MÉNDEZ, *Anuario de Derecho penal*, 2003, Hurtado Pozo (dr.), p. 417 y ss.

realización activa del tipo penal de lesiones (el maestro no es competente por los riesgos verificados fuera del recinto educativo), su posición de garante respecto del cuidado del niño implica que su omisión sea una infracción cualificada frente al deber común de solidaridad. En consecuencia, el reproche que se le puede hacer por su omisión es mayor que la simple omisión de socorro de un ciudadano cualquiera.

IV. La posición de garantía del empresario

Desde hace mucho se ha reconocido en la discusión doctrinal la posición de garantía del titular de una empresa por los delitos cometidos por sus empleados. En países como Alemania, existen diversos trabajos y una extensa jurisprudencia sobre el tema. En un primer momento, la discusión se centró efectivamente en el titular de la empresa, como se desprende de la propia denominación que se le ha dado a este instituto jurídico-penal. Pero si bien esta denominación resulta lógica en las primeras formas empresariales en las que el titular de la empresa asumía la gestión del negocio, el desarrollo actual del fenómeno societario ha producido una escisión entre la propiedad y el control de la empresa[17], que ha traído como consecuencia que la posición de garantía en la empresa no se plantee actualmente respecto del empresario, sino, más bien, respecto de los directivos o administradores de la empresa[18]. En efecto, el modelo de empresa no es más la empresa individual, en la que el empresario asume efectivamente las labores de dirección, sino una empresa en la que los propietarios son sólo inversionistas que no entran a tallar en la gestión de la misma, como lo muestran las diversas empresas que cotizan en bolsa. Por esta razón, la responsabilidad de los titulares o socios de la empresa debería limitarse sólo a la adecuada constitución de la empresa y a las líneas generales de orientación de la actividad empresarial (objeto social), así como a las decisiones generales reservadas a órganos como la junta general de accionistas de la sociedad anónima, siempre que haya habido una efectiva participación en las mismas[19]. En consecuencia, la posición de garantía respecto de las actividades de la empresa deberá pasar del empresario a los directivos de la empresa, independientemente de si éstos son también propietarios de la misma.

1. La posición de garantía del directivo

La discusión sobre el fundamento dogmático de la posición de garantía del directivo no tiene mucha antigüedad[20]. Existe prácticamente unanimidad en el rechazo de una teoría de las fuentes formales de la posición de garantía y el recurso, más bien, a teorías materiales[21]. El

---

[17] Sobre este fenómeno, SILVA SÁNCHEZ, «Responsabilidad penal de las empresas y de sus órganos en Derecho español», en *Fundamentos de un Derecho europeo del Derecho penal*, Silva Sánchez (ed.), Barcelona, 1995, p. 365; FERRÉ OLIVÉ, «Sujetos responsables en los delitos societarios», *Revista penal* 1 (1998), p. 21; SUÁREZ GONZÁLEZ, «Aspectos político-criminales de los delitos socioeconómicos en el Código penal de 1995, con especial referencia a los delitos societarios», en *Derecho penal de la empresa*, Corcoy Bidasolo (dr.), Pamplona, 2002, p. 214 y s.; MEINI MÉNDEZ, «Perfil penal de la participación en la adopción de acuerdos en el seno de un órgano colegiado», en www.unifr.ch/derechopenal/art/artmeini (consulta: 18 de julio 2004); ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, «Los delitos societarios: entre las transformaciones del Derecho penal y del Derecho de sociedades», *Actualidad jurídica* 91 (2001), p. 50.

[18] Vid., en este sentido, CUADRADO RUIZ, *La responsabilidad por omisión de los deberes del empresario*, Barcelona, 1998, p. 109 y ss.

[19] Vid., así, GARCÍA CAVERO, *Derecho penal económico*, Parte General, Lima, 2003, p. 348.

[20] Esta discusión ha empezado propiamente con los trabajos de THIEMANN, *Aufsichtspflichtverletzung in Betrieben und Unternehmen*, Bochum, 1976, p. 12 y ss. y GÖHLER, «Zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Betriebsinhabers für die in seinem Betrieb begangenen Zuwiderhandlungen», *FS-Dreher*, Berlin, 1977, p. 611 y ss.

[21] Vid., así desde un principio, THIEMANN, *Aufsichtspflichtverletzung*, p. 13 y ss.; GÖHLER, *FS-Dreher*, p. 619; TIEDEMANN, «Sollen einzelne Kartellrechtsverstösse – einschließlich typisierungsfähiger Fälle aus dem Bereich der Mißbrauchsaufsicht – unter Strafdrohung gestellt werden», en *Tagungsberichte der Sachverständigenkommission zur Bekämpfung der*

consenso de la doctrina llega incluso hasta su ubicación en la clasificación de las posiciones de garantía ofrecida por la teoría de las funciones de Armin KAUFMANN[22]; más exactamente, que la posición de garantía del empresario o directivo no se deriva de una función de protección de un determinado bien jurídico, sino de un deber de vigilancia sobre una fuente de peligro[23]. No obstante, esta clasificación de las posiciones de garantía, como ya lo dijimos, ha sido objeto de crítica en el sentido de no mostrar con suficiente claridad el fundamento de la posición de garantía[24], por lo que numerosos estudios se han abocado precisamente a cumplir esta tarea. La mayor investigación sobre el fundamento de la posición de garantía ha llevado finalmente a que en la actualidad la doctrina penal fundamente la posición de garante del titular de la empresa en diversos criterios: en la injerencia[25], en la relación de autoridad sobre los dependientes[26] o en el dominio sobre fuentes de peligro[27].

Wirtschaftskriminalität, Tomo 10, anexo I, Bonn 1976, p. 207; SCHÜNEMANN, «Las prescripciones sobre la autoría en la Ley boliviana sobre la base de las modificaciones al Código penal de 10 de marzo de 1997 y sus consecuencias para la responsabilidad de los órganos de las empresas – ¿Un modelo para Latinoamérica?», (trad. Sacher), en *Estudios de Derecho penal económico*, Mir y otros (coord.), Caracas, 2002, p. 237; BACIGALUPO ZAPATER, «Loa posición de garante en el ejercicio de funciones de vigilancia en el ámbito empresarial», en Cuadernos del Consejo Judicial: *La responsabilidad penal de sociedades, actuaciones en nombre de otro, responsabilidad de los consejos de administración, responsabilidad de los subordinados*, VII, Madrid, 1994, p. 66.

[22] Vid., con mayor detalle, KAUFMANN, Armin, *Dogmatik*, 283 y ss.

[23] Vid., así, con distintos matices THIEMANN, *Aufsichtspflichtverletzung*, p. 15; GÖHLER, *FS-Dreher*, p. 620 y s.; BRAMMSEN, *Die Entstehungsvoraussetzungen der Garantenpflichten*, Berlin, 1986, p. 272; ROGALL, «Dogmatische und kriminalpolitische Probleme der Aufsichtspflichtverletzung in Betrieben und Unternehmen (§ 130 OWiG)», *ZStW* 98 (1986), p. 614; HEINE, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen, Baden-Baden, 1995, p. 116; MASCHKE, *Aufsichtspflichtverletzungen in Betrieben und Unternehmen*, Berlin, 1997, p. 16.

[24] Vid., en este sentido, SCHÜNEMANN, *Grund und Grenzen*, p. 242; JAKOBS, *Derecho penal*, PG, p. 969; FREUND, *Erfolgsdelikt und Unterlassen*, Köln, 1992, , p. 2; WALTER, *Pflichten des Geschäftsherrn im Strafrecht*, Frankfurt a.M., 2000, p. 40 y s.; BATISTA GONZÁLEZ, «La responsabilidad penal de los órganos de la empresa», en *Derecho penal económico*, Bacigalupo Zapater (dir.), Buenos Aires, 2000, p. 123.

[25] Admiten una fundamentación por injerencia, en tanto no interesa si el riesgo es antijurídico o no, SEELMANN, *Nomos-Kommentar zum StGB*, Baden-Baden, 1995, § 13, n.m. 131; BOCK, *Produktkriminalität und Unterlassen*, Aachen, 1997, p. 128 y ss.; KÖHLER, *Strafrecht*, AT, Berlin, 1997, p. 223; LASCURAÍN SÁNCHEZ, «Fundamento y límites del deber de garantía del empresario», en *Hacia un Derecho penal económico europeo*, Jornadas en honor del Prof. Klaus Tiedemann, Madrid, 1995, p. 212; REYNA ALFARO, *Manual de Derecho penal económico*, Lima, 2002, p. 144. Rechaza esta posibilidad, THIEMANN, *Aufsichtspflichtverletzung*, p. 16, en la medida que, por el contrario, entiende la injerencia como un comportamiento previo jurídicamente desaprobado. Por su parte, HILGERS, *Verantwortlichkeit von Führungskräften in Unternehmen für Handlungen ihrer Mitarbeiter*, Freiburg i.Br., 2000, pp. 135 y ss.; 152, recurre a la idea del comportamiento precedente, pero no sólo como peligroso, sino también como asunción de responsabilidad.

[26] En este sentido, con matices propios, THIEMANN, *Aufsichtspflichtverletzung*, p. 17; SCHÜNEMANN, *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, Berlin, 1979, p. 101 y ss.; EL MISMO, *ZStW* 96 (1984), p. 310; ROGALL, *ZStW* 98 (1986), p. 618; BACIGALUPO ZAPATER, en *Cuadernos del Consejo Judicial*, 1994, p. 75; BATISTA GONZÁLEZ, en *Derecho penal económico*, Bacigalupo Zapater (dir.), p. 124; MEINI MÉNDEZ, «Responsabilidad penal de los órganos de dirección de la empresa por los comportamientos omisivos. El deber de garante del

Sin entrar en las particularidades de cada uno de los planteamientos sobre el fundamento de la posición de garantía del empresario o directivo, puede apreciarse que el parecer completamente dominante recurre a un criterio material. En efecto, la injerencia implica realizar una conducta precedente peligrosa, la relación de autoridad sobre los dependientes requiere haber asumido la función de dirección en la empresa y, finalmente, el dominio de una fuente de peligro presupone también la asunción de una posición de dominio del riesgo. En este sentido, puede concluirse que la posición de garante del directivo de una empresa requiere haber entrado a dominar o controlar el desarrollo de la actividad empresarial. El solo hecho de haber sido nombrado como directivo de una empresa no basta aún para afirmar una posición de garantía. Únicamente en el caso de competencias institucionales podría la sola posesión del estatus fundamentar la posición de garantía[28], lo que implicaría la existencia de una vinculación institucional específica como la derivada de una situación de confianza especial[29].

2. Las competencias penalmente relevantes del directivo

Pero, como ya se dijo, la sola posición de garantía no basta para imputar al garante un resultado en comisión por omisión. Es necesario que el garante sea competente por el riesgo que se realiza en el resultado. Para determinar las competencias penalmente relevantes del directivo de una empresa, a efectos de fundamentar la equivalencia normativa de la omisión del garante con la realización activa, debemos diferenciar las competencias por organización (delitos de dominio) de las competencias institucionales (delitos de infracción de un deber).

En el caso de las competencias por organización de la actividad empresarial, un sector de la doctrina penal pretende atribuirle a los directivos una amplia competencia sobre el negocio de la empresa (*Allzuständigkeit*)[30]. Este parecer resulta ciertamente exagerado, además de que su

---

empresario frente a los hechos cometidos por sus subordinados», *Revista Derecho* 52 (1998/9), p. 903.

[27] En este sentido, con matices propios, JESCHECK, *Leipziger Kommentar zum StGB*, 11. Aufl, Berlin, 1992, § 13, n.m. 45; RUDOLPHI, *Systematischer Kommentar zum StGB*, 6. Aufl., 1997, § 13, n.m. 32, 35; VEST, «Die strafrechtliche Garantenpflicht des Geschäftsherrn», *SchwZSTr* 105 (1988), p. 300 y ss.; WOLFF-RESKE, *Berufsbedingtes Verhalten als Problem mittelbarer Erfolgsverursachung*; Baden-Baden, 1995, p. 171 sy s.; HEINE, *Verantwortlichkeit*, p. 118; MASCHKE, *Aufsichtspflichtverletzungen*, p. 16; RANSIEK, *Unternehmenstrafrecht*, Heidelberg, 1996, p. 33 y ss.; BOTTKE, *Haftung aus Nichtverhütung von Straftaten Untergebener in Wirtschaftsunternehmen de lege lata*, Berlin, 1994, p. 25 y ss.; HOYER, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit innerhalb von Weisungsverhältnissen*, München, 1998, p. 32; WALTER, *Pflichten*, p. 143 y s.; TERRADILLOS BASOCO, *Derecho penal de la empresa*, Madrid, 1995, p. 40; NUÑEZ CASTAÑO, Responsabilidad penal en la empresa, Valencia, 2000, p. 48. Aceptan esta posibilidad de fundamentación en determinados supuestos, JAKOBS, *Derecho penal*, PG, p. 977 y s.; LASCURAÍN SÁNCHEZ, en *Hacia un Derecho penal*, p. 213; GIMBERNAT ORDEIG, «Unechte Unterlassung und Risikoerhöhung im Unternehmensstrafrecht», *FS-Roxin zum 70. Geburtstag*; Berlin, 2001, p. 661; MAZUELOS COELLO, «La responsabilidad penal de los órganos de dirección de la persona jurídica. Revisión de la fórmula del "actuar en lugar de otro"»Advocatus, diciembre 2001, p. 180.

[28] Vid., esta idea, GARCÍA CAVERO, *Derecho penal económico*, PG, p. 391.

[29] Vid., GARCÍA CAVERO, «El sistema funcional de imputación en la determinación de la responsabilidad penal del administrador de la empresa», *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia penales*, 1 (2000), p. 518.

[30] Vid., en este sentido, SCHMIDT-SALZER, *Produkthaftung*, I, 2. Aufl., Heidelberg, 1988, p. 111. Limita considerablemente el principio de la competencia global de los directivos NEUDECKER, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit der Mitglieder von Kollegialorganen*, Frankfurt a.M., 1995, p. 39 y ss. Por su parte, Silva Sánchez, en Fundamentos de un sistema europeo, p. 371, pone de manifiesto que "no puede afirmarse que todos los directivos respondan por

aceptación significaría tirar por la borda la utilidad de la distribución del trabajo. Por esta razón, resulta necesario precisar en la estructura empresarial el rol que asumen efectivamente los directos y, a partir de ello, determinar sus competencias por organización. El punto de partida de esta determinación de competencias de los directivos es que éstos se limitan a decidir sobre las actividades globales de la empresa y no abarcan, por tanto, todas las decisiones y actuaciones realizadas en la estructura empresarial[31]. En este sentido, las competencias por organización de los directivos los hacen penalmente responsables por la toma de decisiones antijurídicas en la administración de la empresa[32], así como también por la ejecución, por ellos mismos[33] o por subordinados[34], de los aspectos establecidos en las mismas. Su posición en la estructura empresarial les impone, por otra parte, competencias de control y vigilancia generales sobre las prestaciones de sus subordinados en la empresa[35], así como también un deber de evitar configurar la administración general de la empresa de una manera tal que resulten idóneas para la realización de hechos delictivos de otros miembros. Una competencia penalmente relevante por la gestión de asuntos específicos solamente podría admitirse si el directivo asume efectivamente esta gestión.

En el caso concreto de los delitos cometidos por subordinados de la empresa, la imputación a la esfera de organización del directivo se hará cuando el subordinado sólo ejecute la orden impartida por el directivo. En este caso, la prestación del dependiente forma parte de la esfera de organización del directivo, por lo cual, aun cuando el delito sea realizado fácticamente por el dependiente, la autoría directa le corresponderá al directivo[36]. En este sentido, cabe precisar que los hechos imputados no pertenecen realmente a sus dependientes, sino al propio directivo. No obstante, si el hecho realizado por el dependiente no se corresponde con la

---

omisión de los delitos cometidos en la empresa". La jurisprudencia alemana admite una competencia global solamente en caso de situaciones de emergencia, como por ejemplo en caso de retirada de un producto defectuoso (vid., sobre esto, VOGEL, «La responsabilidad penal por el producto en Alemania: Situación actual y perspectivas de futuro», (trad. Nieto Martín), *Revista penal* 8 (2001), p. 97.

[31] Hace mención, en este sentido, a una atomización de la toma de decisiones en la empresa, GARCÍA ARÁN, «Algunas consideraciones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas», en *I Congreso hispano-alemán de Derecho penal económico*, Martínez-Buján Pérez (dir.), Universidad de Coruña, 1998, p. 45. Vid., esta situación en relación con las competencias de conocimiento, RAGUÉS I VALLÈS, «Atribución de responsabilidades en el Derecho penal de la empresa», en *XXIII Jornadas internacionales de Derecho penal*, Universidad del Externado, Bogotá, 2001, p. 247.

[32] Vid., así, RANSIEK, *Unternehmensstrafrecht*, p. 43 y ss.

[33] Vid., sobre esta posibilidad, ciertamente inusual, de responsabilidad de los directivos, FRISCH, «Problemas fundamentales de la responsabilidad penal de los órganos de dirección de la empresa», (trad. Paredes Castañón), en *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, Mir/Luzón (coord.), Barcelona, 1996, p. 103; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico*, Parte general, Valencia, 1998, p. 206.

[34] Vid., FRISCH, en *Responsabilidad penal de las empresas*, Mir/Luzón (coord.), p. 105 y ss.; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico*, PG, p. 206.

[35] Vid., con mayor detalle, FRISCH, en *Responsabilidad penal de las empresas*, Mir/Luzón (coord.), pp. 115, 117 y ss.

[36] BOTTKE, «Täterschaft und Teilnahme im deutschen Wirtschaftsstrafrecht –de lege lata und de lege ferenda», *JuS* 2002, p. 322, reconoce solamente una autoría directa cuando el dependiente es utilizado como un objeto. Por su parte, JAKOBS, «La normativización del Derecho penal en el ejemplo de la participación», (trad. Cancio Meliá), en *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, Madrid, 2001, p. 634 y ss., es mucho más extensivo, en tanto considera autoría directa disfrazada los casos de competencia primaria por el comportamiento no responsable de otro. Considera, más bien, una autoría mediata por omisión, PÉREZ CEPEDA, *La responsabilidad de los administradores de sociedades: criterios de atribución*, Barcelona, 1997, p. 183 y s.

organización dispuesta por el directivo, no será posible hablar de aspectos que formen parte del ámbito de organización del directivo[37]. En estos casos, solamente podrá hablarse de una responsabilidad penal del directivo, si éste no ha cumplido con deberes de control y vigilancia sobre sus dependientes[38] o ha configurado aspectos de la empresa de forma tal que favorecen la realización de delitos por parte de sus dependientes[39]. No obstante, debe reconocerse que el incumplimiento de estas labores de control o vigilancia no permite fundamentar una equivalencia normativa con la realización activa, siendo necesario atenuar la sanción penal con base en el último párrafo del artículo 13 del Código penal. Por el contrario, si la aportación del directivo al hecho delictivo de su subordinado constituye un acto neutral, como la facilitación de medios materiales o económicos, su responsabilidad penal no podrá afirmarse de ninguna forma[40].

La situación cambia en el caso de las competencias institucionales, ya que la responsabilidad penal se configura, en estos casos, por el solo incumplimiento del deber especial. No interesa, en este sentido, si el cumplimiento de este aspecto se encargó a otra persona o si el directivo lo asumió directamente. El hecho es que el directivo se encuentra especialmente obligado por la institución, siendo responsable aunque fácticamente el hecho haya sido materializado con pleno dominio por otro miembro de la empresa. Así, por ejemplo, la omisión de no entregar la información financiera conforme al artículo 242 del Código penal[41] lo cometerá el director tanto si él mismo dispone de la información financiera o ésta se encuentra en manos del contador[42]. Su obligación institucional es procurar la información a las autoridades competentes que la requieran, con independencia de quién se ocupa de recibirla y conservarla.

V. La responsabilidad penal de los propietarios y directivos de la empresa Inversiones García North S.A.C.

Hechas las consideraciones generales sobre la posición de garantía del empresario y los directivos de una empresa, podemos entrar a discutir el caso concreto de la responsabilidad de los accionistas y directivos de la empresa Inversiones García North S.A.C. por la muerte de las personas que concurrieron a la fiesta "zoo" en la discoteca Utopía. La determinación de la responsabilidad penal de estas personas requiere, antes que nada, precisar si la imputación de las muertes se hace por infracción de competencias por organización o por competencias institucionales. En la medida que no existe una vinculación institucional específica entre los asistentes a la fiesta y los propietarios y directivos de Inversiones García North S.A.C., la imputación penal deberá hacerse en razón de competencias por organización (delito de dominio). En este sentido, el solo estatus de socio, director o gerente no podrá sustentar la imputación de responsabilidad, sino que es necesario que haya existido una asunción efectiva la gestión de la empresa y que el riesgo de muerte resulte un aspecto derivado del ámbito de competencia del directivo.

1. La responsabilidad penal de los accionistas

Como ya lo mencionamos, en las empresas modernas, en donde la propiedad y la gestión se encuentran claramente diferenciadas, no resulta plausible el parecer de un sector de la doctrina penal que atribuye al titular de la empresa una competencia general por la organización de la

---

[37] Vid., en este sentido, FRISCH, en *Responsabilidad penal de las empresas*, Mir/Luzón (coord.), p. 107 y s.

[38] Sobre el deber de vigilancia sobre los trabajadores de niveles inferiores, SCHMID, N., *SchwZStrR* 105 (1988), p. 178; FRISCH, en *Responsabilidad penal de las empresas*, Mir/Luzón (coord.), p. 117 y ss.

[39] Vid., así, FRISCH, en *Responsabilidad penal de las empresas*, Mir/Luzón (coord.), p. 107 para el caso de aquellas acciones cuyo sentido último está dirigido única y exclusivamente al favorecimiento de acciones ajenas delictivas.

[40] Vid., en este sentido, FRISCH, en *Responsabilidad penal de las empresas*, Mir/Luzón (coord.), p. 106.

[41] Delito similar al tipificado en el artículo 294 del Código penal español.

[42] Vid., GARCÍA CAVERO, *Derecho penal económico*, PG, p. 315.

empresa, de manera tal que respondería penalmente por los defectos de organización realizados directamente por los empleados[43]. Esta extensión del ámbito de organización de los dueños de un negocio resulta perfectamente comprensible en el caso de una pequeña empresa familiar en la que el dueño del negocio lleva directamente toda la actividad empresarial. Pero si se trata de una empresa con una organización compleja, la ausencia de responsabilidad penal de las personas jurídicas no puede justificar trasladar la imputación de responsabilidad por los delitos cometidos desde la empresa al dueño del negocio.

Si nos centramos en el principio de autorresponsabilidad, la responsabilidad deberá quedarse limitada a la efectiva participación del socio en las decisiones de la empresa. En este sentido, los titulares de una empresa serán competentes, como ya se dijo, por la adecuada constitución de la empresa y por las líneas generales de orientación de la actividad empresarial, así como por las decisiones generales reservadas a órganos como la junta general de accionistas en el caso de sociedades anónimas. En la constitución de la empresa García North S.A.C. no puede apreciarse ninguna infracción de este tipo, en la medida que se trataba de una actividad explotativa que se encuentra dentro de los márgenes de la legalidad. La aprobación de los estatutos tampoco muestra infracción alguna de competencias, en la medida que se siguió un estándar extendido en la constitución de empresa, al igual que la designación del directorio. La muerte de los asistentes a la fiesta "Zoo" no dependió, en lo absoluto, de las decisiones generales tomadas por los socios.

Especialmente discutida fue, sin embargo, la responsabilidad penal del socio de la empresa, Fahed, sobre todo porque estuvo presente en la discoteca el día de los hechos fatídicos. La hipótesis, amparada en la declaración de un testigo, de que Fahed participó en el incendio al entregar a Roberto un encendedor o mechero, no estuvo respaldada por pruebas, lo que llevó al juez penal a absolverlo de la imputación penal. No obstante, el punto clave no se encuentra en esta cuestionada hipótesis de participación, sino en la atribución a este socio de labores de gestión y administración de la discoteca Utopía. Tal sindicación habría permitido fundamentar la imputación de las muertes producidas, si es que se efectivamente se hubiese demostrado que Fahed asumió funciones de administrador de la discoteca junto con Percy. La figura jurídico-penal del administrador de hecho de la empresa permitiría atribuir las muertes producidas por una defectuosa administración del negocio, ya que en los delitos de dominio, como es aquí el caso, la imputación del hecho no requiere necesariamente del estatus formal, sino que basta la efectiva asunción del dominio social[44]. No obstante, esta verificación no se ha podido hacer hasta ahora en el proceso penal.

2. La responsabilidad penal de los miembros del directorio

Para fundamentar la responsabilidad penal en comisión por omisión de los miembros del directorio resulta necesario primeramente que éstos tengan una posición de garantía. En la medida que estamos ante un delito de dominio, la posición de garantía requerirá necesariamente que el director haya asumido efectivamente el cargo, lo cual, en virtud del artículo 172 de la Ley General de Sociedades significa haber asumido la administración de la sociedad. Estos actos de administración se manifiestan en la convocatoria a directorio (por el presidente o cualquier director en su defecto) y en haber tomado acuerdos que consten en actas. El solo nombramiento como miembro del directorio de la sociedad anónima y su inscripción en los registros públicos no fundamenta aún una posición de garantía.

Una vez determinada la posición de garantía del director de una sociedad anónima, debemos determinar sus competencias por organización. Hay que partir de la idea de que el directorio se ocupa solamente de delinear las políticas generales de la administración, siendo competencia del gerente la gestión cotidiana de la sociedad. En este sentido, no se puede imputar responsabilidad penal al director por la producción de un resultado producido en la gestión ordinaria de la sociedad, a no ser que en los estatutos se le atribuyan competencias

---

[43] En este sentido, JAKOBS, *Derecho penal*, PG, Apdo 29, n.m. 36. De una opinión distinta, RANSIEK, *Unternehmensstrafrecht*, p. 80.

[44] Vid., con mayores detalles, GARCÍA CAVERO, *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: criterios de imputación*, Barcelona, 1999, p. 144 y ss.

específicas de gestión. El resultado lesivo debe ser consecuencia de la infracción de alguna competencia por organización atribuida al directorio. Con base en esta idea, la responsabilidad penal de los miembros del directorio se configurará por la ejecución de sus acuerdos, cuando sean antijurídicos, o por el incumplimiento de los acuerdos de la Junta general de accionistas, tal como lo establece la responsabilidad societaria del artículo 177 de la Ley General de Sociedades. Por el contrario, cabría sólo una responsabilidad penal por omisión pura de garante (atenuación del artículo 13 del Código penal), si el director conociendo o previendo una situación de peligro no evita la producción del resultado.

En el caso concreto, para fundamentar la responsabilidad penal de Alan, Edgar y Percy, resultaría necesario que éstos no sólo hayan sido nombrados como miembros del directorio –lo cual efectivamente sucedió–, sino que además hayan asumido efectivamente el cargo. Sin embargo, de las investigaciones que se hicieron durante la investigación penal puede llegarse a la conclusión de que esa asunción nunca existió, pues el directorio nunca sesionó, ni tomó ninguna clase de acuerdo sobre la administración de la empresa. En consecuencia, cabría concluir que no existió una posición de garantía por parte de los miembros del directorio, pues el deber jurídico de evitar el resultado solamente surge en los delitos de dominio con una asunción del dominio del riesgo. Imputar la muerte y lesiones a los miembros del directorio significaría ir en contra el artículo 13 inciso 1 del Código penal y, por tanto, infringir el principio de legalidad.

Si, pese a lo anteriormente señalado, se insistiera en afirmar una posición de garantía de los miembros del directorio por el solo hecho de su nombramiento, será necesario, para poder hacerlos responsables en comisión por omisión, que además el riesgo no controlado sea competencia del directorio, pues, si no es así, no existirá la identidad normativa y estructural que exige el artículo 13 inciso 2 del Código penal. Según la Ley General de Sociedades, como ya tuvimos oportunidad de señalar, al directorio se le encarga el diseño de las líneas generales del negocio. No se ocupa de aspectos específicos como la puesta en funcionamiento y las condiciones de seguridad de los locales de la empresa, así como tampoco de la contratación del personal. En los estatutos de Inversiones García North S.A.C. no se hace ninguna ampliación de competencias al directorio, siendo las suyas solamente aquellas que le impone la Ley General de Sociedades. En este sentido, el control de si el funcionamiento de la Discoteca Utopía reunía las condiciones de seguridad o si el espectáculo ofrecido en la discoteca no ponía en peligro a los asistentes, era una competencia que no cabe imputar al directorio. La necesidad de que un director tuviese que firmar los cheques de la empresa, no implica una ampliación de sus competencias, sino un mecanismo usual de control de la inversión.

Debemos finalmente discutir la posibilidad de una omisión pura del garante de los miembros del directorio, pues si bien la gestión ordinaria de la empresa no constituía una competencia del directorio, cabe la existencia de una omisión pura del garante de estos miembros. Sin embargo, para poder fundamentar esta imputación de responsabilidad penal se requiere primeramente demostrar el conocimiento de la situación de peligro, lo cual no resulta posible precisamente porque los miembros no asumieron en ningún momento funciones de gestión en la empresa. La posibilidad de afirmar una previsibilidad del peligro no resulta de recibo, pues no existe ningún dato objetivo para que Alan o Edgar pudiesen sospechar de una actividad empresarial al margen de la ley. Es más, funcionando la discoteca Utopía en el Jockey Plaza Shoping Center y, siendo necesaria para el funcionamiento de la discoteca una licencia de funcionamiento de la Municipalidad de Surco –por cuya omisión de control, dicho sea de paso, se castigó penalmente a dos directores municipales–, no hay ninguna causa objetiva que pudiese romper el principio de confianza de que todo se estaba desenvolviendo conforme a derecho. En consecuencia, no hay posibilidad de poder fundamentar en la persona de los directores siquiera una omisión pura del garante.

3. La responsabilidad penal del Gerente General

La responsabilidad penal en comisión por omisión por las muertes causadas activamente por Roberto adquiere un tenor distinto en el caso del Gerente General, Percy. La Ley General de Sociedades en su artículo 190 le impone al gerente las competencias específicas de: a) no ocultar las irregularidades que observe en las actividades de la sociedad; y b) cumplir con la

ley, el estatuto y los acuerdos de la Junta General de Accionistas y del Directorio. Además en los estatutos de constitución de la empresa Inversiones García North S.A.C. se le otorgaron amplias facultades de administración, tales como ejecutar todo acto o contrato correspondientes al objeto de la sociedad; asumir obligaciones para la sociedad; representar con plena autoridad y capacidad y en forma amplia y general a la sociedad ante el gobierno central, gobiernos locales y organismos descentralizados; nombrar, contratar, transferir y destituir empleados, aprobar los gastos administrativos, etc. Estos datos, unidos al hecho de que Percy asumió plenamente la dirección y el manejo de la empresa, permiten fundamentar su responsabilidad penal en comisión por omisión por las muertes y lesiones producidas en la fiesta "zoo" de la discoteca Utopía. La sentencia expedida por el Trigésimo Juzgado Especializado en lo Penal de Lima de fecha 30 de abril de 2004 efectivamente lo ha entendido así, aunque podría discutirse si la pena impuesta (cuatro años) atiende realmente a la gravedad de la infracción penal. El riesgo de muerte y lesiones que generaba la ausencia total de medidas de seguridad en la discoteca, debe imputársele al ámbito de competencia del encargado de la marcha ordinaria del negocio: en este caso, el Gerente General Percy. Las condiciones legales exigidas en el artículo 13 del Código penal para que responda en comisión por omisión se cumplen plenamente en la persona del Gerente General.

VI. Conclusión

Estamos convencidos que en un tema tan sensible como es la muerte de jóvenes inocentes que salieron de sus casas un día por la noche con la intención de divertirse, puede que no resulte muy popular ser estrictos con las reglas de imputación penal. Pero si se sacrifica la racionalidad de los criterios de imputación penal por demandas emotivas, comprensibles desde el punto de vista de las familiares, la razón de ser del monopolio estatal del poder punitivo se pondrá en peligro: evitar la irracionalidad de la venganza privada. Por supuesto que hay personas penalmente responsables de la muerte de los asistentes a la discoteca Utopía, pero la demanda de sanciones penales no debe intentar alcanzar a todos los miembros de la empresa por el solo hecho de formar parte de la misma. En una sociedad que se sustenta en la división del trabajo, la sola participación activa en la producción de un resultado no puede fundamentar la atribución de responsabilidad penal, sino que es necesario que se trate de aspectos que se encuentran dentro del ámbito de competencias del interviniente. Desconocer esta realidad de la configuración actual de la sociedad, significaría defender un Derecho penal que no responde a las características de la sociedad a la que pertenece.

UNIDAD IV: LOS DEBERES DE GARANTE

2) JAKOBS, Günther, La imputación Penal de la Acción y Omisión, trad. Luis Carlos Rey Sanfiz y Javier Sánchez-Vera, Bogotá 2000.

CUADERNOS DE CONFERENCIAS Y ARTICULOS Nº 12

La imputación penal de la acción y de la omisión

GÜNTHER JAKOBS

Traducción de
Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles

5.4305
25ip
996
.2

Universidad Externado de Colombia

Centro de Investigaciones de Derecho Penal
y Filosofía del Derecho
1996



Universidad Externado de Colombia

Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho

1886 CIENTO DIEZ AÑOS DE EDUCACION PARA LA LIBERTAD 1996

GÜNTHER JAKOBS
CATEDRÁTICO DE DERECHO PENAL Y FILOSOFÍA DEL DERECHO
EN LA UNIVERSIDAD DE BONN

TRADUCCIÓN DE JAVIER SÁNCHEZ-VERA

La imputación penal de la acción y de la omisión

Universidad Externado de Colombia
Centro de Investigaciones de Derecho Penal
y Filosofía del Derecho

Versión al castellano de Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles (Ayudante científico del Profesor Günther Jakobs en la Universidad de Bonn).

ISBN 958-616-291-5

© **GÜNTHER JAKOBS, 1996**
© **JAVIER SANCHEZ-VERA GOMEZ-TRELLES (traducción), 1996**
© **UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA, 1996**
Derechos Exclusivos de publicación y distribución de la obra
Calle 12 Nº 1-17 Este, Bogotá - Colombia FAX 2843769

Primera edición: septiembre de 1996

Ilustración de portada: *San Basilio dictando su doctrina*, Francisco de Herrera, El Viejo (1576 - 1656), lienzo 2.50 x 1.95 m., Museo del Louvre.

Composición, fotomecánica, impresión y encuadernación:
Departamento de Publicaciones Universidad Externado de Colombia,
con un tiraje de 1.000 ejemplares.

Impreso en Colombia
Printed in Colombia

Universidad Externado de Colombia

Rector
Fernando Hinestrosa

Secretario General
Hernando Parra Nieto

CUADERNOS DE CONFERENCIAS Y ARTICULOS
N° 12

serie orientada por

Eduardo Montealegre Lynett

director del

Centro de Investigaciones de Derecho Penal
y Filosofía del Derecho

CONTENIDO

I. Formulación del problema 11
A. El planteamiento liberal: "la obligación originaria" y "el fundamento jurídico especial" 11
B. Carencias del planteamiento liberal 22
C. La pérdida de la referencia teórico-social 25

II. Instituciones 31
A. Libertad de comportamiento y responsabilidad por las consecuencias 31
1. Fundamentación también para los mandatos: Deberes en virtud de una competencia por organización 31
2. ¿Sustitución de mandatos mediante prohibiciones? 38
3. Limitación también de prohibiciones: exclusión de la imputabilidad objetiva 41
4. Conclusiones 48
B. Otras instituciones 49
1. Planteamiento 49
2. Deberes estatales 53
3. Relaciones paterno-filiales; confianza especial 56

III. La uniformidad de la fundamentación y delimitación de prohibiciones y mandatos 59

I. Formulación del problema

A. El planteamiento liberal: "la obligación originaria" y "el fundamento jurídico especial"

El producto del trabajo, de la actividad dirigida a una meta, pertenece a quien lo crea. Así lo enseña Locke como fundador de la teoría de la propiedad más relevante de la época moderna, la teoría del trabajo: "El trabajo del cuerpo (del Hombre) y la obra de sus manos son ... en sentido propio su propiedad. Así, pues, lo que él modifica siempre del estado de cosas que la Naturaleza ha previsto y que ella ha dejado, lo ha mezclado él con su trabajo, y le ha añadido algo propio. El la ha hecho así su propiedad"[1]. Esta teoría del trabajo referida a la propiedad no es una teoría del mundo exterior, sino una teoría de la imputación: También en el caso de que muchos quieran y puedan usar un efecto del trabajo, de todas formas la obra de sus manos –o la obra de aquéllos que trabajan para él[2]– debe pertenecer tan solo al trabajador; esta

---

[1] Zwei Abhandlungen über die Regierung, ed. por Euchner, trad. por Hoffmann, 4ª ed., 1989, p. 216 s. (Zweite Abhandlung V, § 27); así, por ejemplo, la recogida de frutos, desde este punto de vista fundamenta tan sólo propiedad porque se trata de un trabajo, *ibid.*, p. 217 (§ 28); en cuanto a los límites, véase *ibid.*, p. 218 s. (§ 31). Detallado y con amplias referencias, Brocker, Arbeit und Eigentum, 1992, p. 125 ss.

[2] Locke (nota 1), p. 217 (§ 28): También me pertenece lo que "mi siervo" ha conseguido

obra se le imputa como su labor. El acervo popular establece el mismo pensamiento de forma inversa: Quien no trabaja, que no coma[3]. Quien quiera disponer de productos, debe, pues, trabajar. El omitir no produce nada.

Este punto de vista se aplica de igual forma al trabajo útil que al trabajo nocivo. Así, no se considera tampoco como prototipo del maleante a quien se cruza de brazos y espera, sino, antes bien, al que se muestra laborioso, si bien no de modo y forma socialmente útil, sino dañina. A esto hay que añadir, que cuando se trata de una omisión, la exigencia del proceso inquisitorial común[4] de la presencia perceptible del crimen en el *corpus delicti* sólo se puede satisfacer con dificultad; la herida remite directamente a quien la ha causado, y a lo sumo mediatamente, a una no-evitación; en otras palabras, la herida remite a un trabajo –si bien, nocivo–. No es extraño, pues, que en la teoría de la imputación penal, la omisión, entendida como un no-hacer, desempeñe durante siglos un papel tan solo periférico[5]; éste ni siquiera se encuentra impregnado de una forma teórica, sino que en las pocas ocasiones en que la omisión no es pasada por alto se resuelve de forma pragmática según reglas de prudencia (Klugheitsregeln)[6].

---

trabajando.

[3] Véase II Tesalonicenses 3, 10.

[4] Véase Hall, Die Lehre vom corpus delikti, 1933, pp. 10 y ss. y *pássim*.

[5] Respecto al derecho canónico, Kuttner, Kanonistische Schuldlehre von Gratian bis auf die Dekretalen Gregors IX, 1935, p. 43 ff.

[6] Dahm, Das Strafrecht Italiens im ausgehenden Mittelalter, 1931, pp. 179 y ss.; Schaffstein, Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen in ihrer Entwicklung durch die Wissenschaft des gemeinen Strafrechts, 1930, pp. 56 y ss.; véase también Jaschinski, Die Entwicklung des Begriffs "Erfolg" in § 13 Abs. 1 StGB, 1995, pp. 26 y ss. Un déficit análogo en la actual construcción de la teórica sociológica es constatado por Geser, Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie, 1986, pp. 643 y ss., 644 y ss.

El punto de vista esbozado de todas formas nunca abarcó todos los comportamientos relevantes: ni todas las obras útiles, ni todas las nocivas. Hablando en términos ejemplificativos: En tiempos de escasez era una prestación productiva no emplear los cereales del Estado o el ganado de cría como alimento durante el invierno, esto es, omitir algo; y por lo que respecta a obras nocivas, se tenía siempre por algo delictivo si el vigilante no ponía sobre aviso a su amo del peligro, a saber, cuando omitía algo. Los delitos de omisión más antiguos del Derecho romano se referían al abandono de los deberes del cargo público[7]. Pero tales sucesos eran tratados como casos marginales, y prácticamente se pretendía de esta forma resolver toda la problemática; sin embargo, si el Derecho penal ha de satisfacer también pretensiones teóricas, especialmente dogmáticas, no puede permanecer anclado en este punto de vista.

El empeño liberal que comienza alrededor de 1800, de que el Derecho penal ha de limitarse a asegurar las condiciones del mundo burgués[8], pero a la vez, de que esta protección se desarrolle entonces de forma efectiva, conduce a una teoría general tanto de la actividad punible como de la inactividad punible, esto es, a una Parte General del Derecho penal fundamentada teóricamente como es usual en la actualidad o, en todo caso, como debería serlo. Con ello se hace necesario al mismo tiempo establecer la responsabilidad por omisión de una forma restrictiva; en efecto, poco tiempo antes, el Derecho General Prusiano

---

7 Honig en: Gmelin y otros (ed.), Festgabe für Richard Schmidt, 1932, pp. 3 y ss., 7 y ss.
8 "Protección de bienes jurídicos"; sobre esto, Amelung, Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft, 1972, pp. 15 y ss.

(Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten, 1794) había positivado un principio que se oponía claramente al entendimiento liberal de la Sociedad y del Estado, y que sobrevaloraba la punición de la omisión. Justo al comienzo de "los principios generales del Derecho" (§ 73, Introducción del Derecho General Prusiano) puede leerse lo siguiente: "Cada miembro del Estado está obligado a fomentar el bienestar y la seguridad de la existencia común, según la relación de su posición social y patrimonio". La utilidad común como meta del Estado ya había sido formulada anteriormente por Christian Wolff. Según su doctrina, el Hombre no está sólo "obligado [moralmente] a servir de diversa forma a los demás con su patrimonio, su trabajo, su ayuda y su ejemplo"[9]; también jurídicamente, "en existencia común", se debe "cuidar de cómo se consigue que el otro ni emprenda lo que es contrario a la prosperidad común y seguridad, ni omita lo que para éstas es tenido por provechoso"[10]. Tal meta del Estado abre las puertas de par en par a deberes de asistencia activa mutua y amenaza principios liberales de forma más grave si cabe, puesto que al Derecho General Prusiano le falta sin embargo una teoría dogmático penal que pudiese restringir tal meta.

Si bien encontramos ya en el mencionado cuerpo de leyes, en la Parte General del Derecho penal, un precepto sobre omisiones que establece que "también mediante la omisión libre de aquello que las leyes exigen de alguien, comete éste

---

[9] Christian Wolff, Vernünftige Gedanken von dem gesellschaftlichen Leben der Menschen und insonderheit dem gemeinen Wesen, 4ª ed., 1736, § 1 (citado según la reimpr. de 1975).
[10] Wolff (nota 9), § 217; la "prosperidad común" es "el adelanto sin trabas en logro de lo mejor para todos" que los miembros de la existencia común "pueden alcanzar por medio de las energías unidas" (§ 213).

un delito" (§ 8 II 20), no es menos cierto que con tal fórmula no se puede solucionar el problema, como ilustra la existencia de una abultada casuística en la Parte Especial. Para aclarar esto, se exponen a continuación –de forma desordenada– algunos ejemplos de tales preceptos, los cuales de todas formas no contradicen en conjunto principios liberales:

Explícitamente se declaran punibles, por ejemplo, toda transgresión del servidor del Estado contra preceptos de la Administración, es decir, también la omisión contraria a dichos preceptos (§ 333 II 20), y la vigilancia negligente de los servidores del Estado, respecto de sus subordinados (§ 344 II 20); también delitos comunes: injurias por omisión (§ 583 II 20), o la omisión de la ayuda necesaria para salvar la vida de una persona que el autor previamente ha lesionado dolosamente (§ 818 II 20). De los diferentes deberes elementales clásicos se hace mención a dos; en primer lugar: "Si una parturienta dolosamente deja desangrar a su hijo mediante la omisión de anudar el cordón umbilical, o le priva dolosamente de la asistencia y los cuidados necesarios: es considerada como asesina de su hijo" (§ 967 II 20); el segundo deber se refiere a la vigilancia del fuego; aquí menciona la ley igualmente una serie de delitos de omisión (§§ 1557 ss. II 20). Estos y otros preceptos parecidos tienen su complemento mediante un diluvio de normas penales que se asemejan a preceptos de los delitos de orden público, y que penalizan omisiones en multitud de ámbitos de la vida (§§ 10 s. II 17); por lo que se refiere a la vida y a la salud, su complemento lo encuentran en una cláusula general: "Cada uno está obligado a disponer su conducta de tal forma que ni mediante acciones ni mediante omisiones ponga en peligro la vida o la salud de otros" (§§ 691, 780 s. II 20). Este precepto

es complementado de nuevo –si bien revestido con una pena mínima– mediante el mandato de salvar si es posible "a un Hombre de las manos del asaltante o asesino, del peligro de ahogarse o de incendio, o de otro peligro para la vida" (§ 782 II 20), lo cual explícitamente se extiende también –y en esto residiría su peculiaridad– a "la ayuda inmediata" para "casos de muerte aparente" (§ 785 II 20).

Los ejemplos mencionados no serían representativos sin la adición de una regulación en la Parte General del Derecho penal del Derecho General Prusiano: Quien ni impide ni denuncia un delito grave inminente debe ser penado, "cuando se le pueda probar que tenía conocimiento fidedigno del proyectado delito" (§§ 80 ss., 82 II 20). Este precepto se halla en la regulación de la "participación en el delito de otro" (§§ 64 s. II 20), lo cual hace alusión a su procedencia: Surgió de la responsabilidad del miembro de un colectivo por la totalidad de los hechos de éste, posteriormente, y debido al avance del principio de que la pena presupone culpabilidad individual, debió ser reinterpretado como responsabilidad por una omisión[11], esto es, precisamente responsabilidad por no impedir hechos de otros; este modelo encuentra todavía una regulación en el Código Penal alemán vigente en la actualidad (§ 138 StGB); en este sentido, el hecho de que tanto la pena de entonces como la de ahora, sea considerablemente superior frente a la simple omisión del deber de socorro (§ 782 II 20 Dcho. Gral. Prusiano; § 323c StGB), justifica la suposición de que debían ser también aprehendidos –conforme con la

[11] Dahm (nota 6), p. 180; Schaffstein (nota 6), p. 57.

procedencia del precepto– casos de participación no probada o, por lo menos, otras formas de solidarizarse con el autor.

La visión general de la regulación que acaba de ser mostrada con estos ejemplos, se ve dificultada mediante un sistema de escala penal sumamente diversificado por niveles. A pesar de lo que establecía la Parte General (§ 8 II 20), "la omisión libre de aquello que las leyes exigen de alguien" no siempre implicaba ni mucho menos la misma consecuencia jurídica que una comisión. Así, por ejemplo, la omisión contraria al deber por parte de la madre del cuidado del cordón umbilical conduce a la pena por asesinato, y no, en cambio, la omisión de ayuda frente a quien se encuentra en peligro de muerte por parte de un tercero cualquiera que vaya por un camino, y ello, a pesar de que esta ayuda también es exigida por la ley. Evidentemente las reglas de la Parte Especial no son generadas por el citado principio programático de la Parte General, sino por una práctica que no era consciente de la teoría dogmático penal que encerraba.

La situación jurídica así esbozada, que reina en Prusia a partir de 1794, se problematiza hasta la actualidad en un doble sentido. En primer lugar, se trata de saber, con qué amplitud se encuentra el Estado legitimado para estatuir mandatos que favorezcan el bienestar de otro o la utilidad común, por ejemplo, obligar a alguien bajo pena –aunque ésta no sea igual a la de la comisión– a denunciar un delito que conoce o a ayudar en caso de necesidad; se trata, pues, de los límites del poder legítimo del Estado. En segundo término –y esta cuestión la pongo en un primer plano sin querer dejar de lado la primera– hay que decidir cuándo exactamente una omisión, siendo contraria al deber y debiendo ser punible, ha de tratarse como una acción; esta

cuestión es denominada habitualmente –con una inexactitud, sin duda, criticable– la cuestión de la equivalencia de la omisión con la comisión.

La respuesta que Feuerbach poco después de 1800 da a las dos preguntas ha determinado la discusión hasta la actualidad. Para Feuerbach, el fin del Derecho penal es el mantenimiento tanto de los derechos del Estado como de los derechos de los "súbditos"; el hecho punible es violación del Derecho[12]. "La obligación originaria del ciudadano" debe tan solo extenderse a que no se emprendan violaciones activas del Derecho. Según esta concepción, un deber de realizar actividades que eviten daños, esto es, que conserven el Derecho, presupone algo más que la "obligación originaria", a saber, "un fundamento jurídico especial"; de resaltar es, pues, que se trata de un fundamento jurídico: una obligación con carácter de eticidad no basta[13]. Feuerbach menciona como posibles fundamentos especiales una ley o un contrato[14]. Dicho en otras palabras, las violaciones del Derecho activas se encuentran ya en su conjunto prohibidas según la "obligación originaria", pero en cambio, la conservación del Derecho mediante acciones salvadoras se manda sólo en situaciones especiales, y entonces, eso sí, el mandato tiene la misma firmeza que la prohibición. Hablando en términos ejemplificativos: Nadie debe mediante su actividad matar o lesionar a otro, pero cuando la vida o salud de éste ya estén en peligro, solamente tiene

---

[12] Feuerbach, Lehrbuch des gemeinden in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, 11ª ed. 1832, § 23.

[13] Ya Grotius no consideraba suficiente una *caritatis norma*; *De iure belli ac pacis libri tres*, ed. por de Kanter-van Hettinga Tromp, 1939, Lib. II, Cap. XVII, § IX (aunque en un contexto de derecho civil).

[14] Feuerbach (nota 12), § 24; desde la 2ª ed. (1803).

que ser ayudado por aquellos que se encuentran especialmente obligados, so pena entonces éstos de ser punibles por homicidio o lesiones según una pena que es igual a la del delito de comisión. La "obligación originaria" posee, pues, esencialmente un contenido negativo: ¡no lesiones!; lo positivo –¡ayuda al otro!– puede solamente sobrevenir por la concurrencia de un fundamento especial.

Este punto de vista de Feuerbach, que claramente procuraba separar una esfera jurídica entendida en un sentido liberal, de una esfera moral, se basa en la concepción de Kant. También el derecho, entendido como "suma de las condiciones, bajo las cuales el arbitrio de uno con el arbitrio del otro pueda ser integrado de acuerdo con una ley general de libertad"[15], tiene un contenido negativo, a saber, no perturbar al otro según la ley general de libertad en el ejercicio de su arbitrio; esta concepción del Derecho no contiene un deber de ayuda activa. En similares términos se expresa Fries: "Así, pues, el mandato jurídico supremo es: Nadie debe transgredir la dignidad de la persona de los demás y la igualdad personal de alguien frente a todos", a lo que se añade inmediatamente después, a modo de aclaración, que no hay mandato que se refiera a un trato

---

[15] Kant, Metaphysik der Sitten, Akademie-Ausgabe tomo 6°, 1907, p. 230. Ya Pufendorf menciona como primer deber del Hombre frente a todos los demás el *ne quis alterum laedat*, y lo considera como el más fácil de cumplir, puesto que son requeridas tan sólo omisiones (sencillamente se deben reprimir *libidines*). Si bien a Pufendorf no le eran desconocidos otros deberes (para el reconocimiento de la igualdad y de la humanidad), estos significan, empero, también una prohibición de lesionar: ... *a maxima parte mortalium nihil amplius ... desideramus* (*De officio hominis et civis iuxta legem naturalem*, 1673, libro 1°, cap. 6, § 2, citado según la ed. de Ayrmannius, 1775). El argumento de que los deberes de omisión son de más fácil cumplimiento, lo menciona ya Thomas, *Summa theologica*, 2, 2, q. 89 a. 4: ... *facilius est abstinere a malo faciendo quam implere bonum. Ergo gravius peccat qui non abstinet a malo faciendo, quod est transgredi, quam qui non implet bonun, quod est omittere.*

positivo con los otros, sino sólo "si le trato, [hay] que respetar su dignidad"[16]; se trataría, pues, de "deberes originarios negativos de omisión"[17]. Lo mismo sucede en la teoría del derecho abstracto de Hegel. Si bien es cierto que la máxima "sé una persona y respeta a los demás como personas"[18] no debe ser referida –en contra de Kant– a la "voluntad del individuo en su propio arbitrio", sino a la voluntad racional[19], no es menos cierto que no por ello se exige a este nivel (derecho abstracto) más que mantener la relación positiva de que el otro sea tenido en cuenta, y este *mínimum* de positividad[20] también les era conocido a Kant, Fries y Feuerbach. El contenido principal es, pues, de nuevo negativo, a saber, "no lesionar la personalidad y lo que se deriva de ella"[21]. La consecuencia que el propio Hegel rela-

---

[16] Fries, Philosophische Rechtslehre und Kritik aller positiven Gesetzgebung, 1803, citado según la reimpresión de 1914, p. 14. La referencia a Fries se la agradezco a mi ayudante Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles.

[17] Fries (nota 16), p. 13.

[18] Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts, ed. Glockner, tomo 7°, reimpr. de 1952, § 36.

[19] Hegel (nota 18), § 29.

[20] ¡Pero esto es de todos modos algo más que nada! El reproche de que Hegel pensaba en este punto "en un concepto de persona totalmente separado de la intersubjetividad" (Hösle, Hegels System, tomo 2°, 1988, p. 491) no es, pues, correcto; véase Siep en: Henrich (ed.), Hegels Philosophie des Rechts, 1982, pp. 255 y ss., 258 y ss.; E. Düsing, Intersubjektivität und Selbstbewußtsein, 1986, p. 357 y ss.; Jakobs en: Haft y otros (ed.), Festschrift für Arthur Kaufmann, 1993, pp. 459 y ss., 460 con nota 4.

[21] Hegel (nota 18), § 38. Ya a la vista de los autores mencionados hasta ahora sorprende la afirmación de Birnbacher (Tun und Unterlassen, 1995, p. 118) de que "el consenso sobre la distinta significación moral en principio [de acción y omisión] en la tradición jurídica, no ha sido nunca explícitamente fundamentada". Lo que ocurre, es que sencillamente se ha intentado en forma abstracta la fundamentación para una Sociedad en sí de personas libres e iguales -como por Birnbacher, *pássim*, en lo esencial-: Las personas libres e iguales tienen que sobrellevar por sí mismas los costes de la concesión de libertad y del uso de esa libertad; no en cambio, los que no son libres e iguales. Se puede discutir sobre el enfoque –por ejemplo: ¿es preferible solidaridad que libertad de iguales?–, pero antes del establecimiento o determinación del modelo social, en abstracto, sólo se pueden establecer provisionalidades. Otra cosa es que la diferencia entre acción y omisión se quede en lo

ciona con este status de la persona, insuficiente y principalmente negativo, radicaliza con toda franqueza la doctrina de Feuerbach (y no pretende tener vigencia tan sólo jurídico-penal): "Sólo hay, por lo tanto, prohibiciones jurídicas, y la forma positiva de los mandatos jurídicos tiene, según su contenido último, como fundamento la prohibición"[22], o, por exponerlo como viene recogido en la segunda parte de los Principios de la Filosofía del Derecho, dedicada a la Moralidad, "el mandato jurídico es, de acuerdo con su determinación fundamental, una prohibición"[23] –es decir, de este modo no hay en Hegel "fundamentos jurídicos especiales" de ninguna clase que obliguen a prestar ayuda–.

Este bosquejo muestra la siguiente situación filosófico-jurídica: La separación entre Derecho y Moral es equiparada a la separación entre prohibiciones y mandatos, entre delitos de comisión y de omisión. De todas formas, es verdad que en parte se formula, así por Hegel, que no se trata siempre de prohibiciones, sino sólo según el "contenido último" de las normas, o como por Fries, que "los deberes originarios" hay que formularlos a modo de prohibiciones; así, pues, en el penúltimo nivel al que nos remontemos pueden haber también mandatos jurídicos, y lo contrario conduciría –como va a ser mostrado– a un naturalismo inadmisible. De los mencionados autores, el que fue jurista y práctico, Feuerbach, sigue otro camino a la hora de reconocer la existencia de los delitos de omisión: según él, se podrían encontrar

externo (también en una Sociedad de personas libres e iguales), como Birnbacher acertadamente demuestra; pero sólo este conocimiento no ofrece todavía un modelo social con base en el cual se pueda fundamentar positivamente la imputación. Véase también not. 92.

[22] Hegel (nota 18), § 38.

[23] Hegel (nota 18), § 113 anotación.

"fundamentos jurídicos especiales" que den lugar a mandatos genuinos. En todo caso la –ya siempre presente– dominación práctica de los delitos de comisión, puesto que en definitiva la configuración del mundo por lo general se produce mediante el trabajo y no mediante un no-hacer, obtiene un fundamento teórico mediante el concepto liberal-burgués esbozado; fundamento sobre el que durante largo tiempo se edificará: el delito de omisión aparece como una excepción que requiere una legitimación más sólida que el de comisión.

B. Carencias del planteamiento liberal

Entre los citados autores, el hecho de que negarse a prestar ayuda voluntaria no sea injusto, sino una simple infracción moral no se encuentra realmente fundamentado, sino más bien presupuesto. Si no se toma como punto de partida al individuo que se administra por sí mismo, sino que se toma el beneficio de la Comunidad, o la hermandad que resulta de que todos los Hombres son criaturas, o las condiciones de un Estado organizado de forma paternalista, se diluyen los límites entre Derecho y Moral, y el Derecho puede incluir muy probablemente deberes de prestar ayuda. Pero ni tan siquiera son necesarios tales modelos sociales que tienden a una solidaridad inmediata para reconocer a los demás un derecho a unos cuidados mínimos. Así, por ejemplo, en Fichte es condición de la propiedad de uno, que el otro pueda vivir de su trabajo, lo que implica la siguiente consecuencia: "Desde el momento en que alguien sufra necesidad, ya no pertenece a nadie aquella parte de la propiedad que se requiera como aporte para sacarle de la necesidad, sino que

pertenece en derecho al que sufre tal necesidad"[24]. Si se deja esto de lado y se continúa con el modelo individualista liberal de la índole de Kant, Fries, Feuerbach y del derecho abstracto de Hegel, no se puede comprender, el porqué deben existir excepciones, esto es, omisiones punibles de forma legítima, en caso de fundamentos especiales. En otras palabras, en tanto no se mencione el sistema que aclara tanto la regla ("obligación originaria") como la excepción ("fundamento jurídico especial"), existe una mezcolanza, pero no un orden. El planteamiento de Feuerbach es, pues, en sus resultados más contingente de lo que parece.

Asimismo, la inseguridad que resulta de la aplicación de este planteamiento se pone de manifiesto con la cuestión de cuál debe ser entonces el fundamento especial, y cómo tal fundamento armoniza con el de la responsabilidad en la comisión. Feuerbach menciona, como ya se dijo, "ley o contrato", pero ambos fundamentos apenas pueden satisfacer. Que exista una ley que obligue a una ayuda activa, no quiere decir ni que esa ley sea legítima, ni tampoco que la importancia del deber sea evidente, esto es, no dice nada sobre si la violación del deber supone un injusto equivalente al de la comisión, o si se trata de un injusto más débil –como en el caso de la omisión de denuncia de delitos o en el de la omisión del deber de socorro–. Por lo que respecta al contrato la situación tampoco se presenta más afortunada; contrato es la volundad "común", y no ya también por ello "en y por sí, universal"[25]. Arbitrio común no otorga *per se* un fundamento para la pena estatal. A esto habría que añadir,

---

[24] Fichte, Grundlagen des Naturrechts nach den Prinzipien der Wissenschaftslehre, ed. por Medicus, 3ª reed., 1979, p. 207 (II § 18 III).
[25] Hegel (nota 18), § 75.

que la ejecución de lo querido sería necesaria según fundamentos generales, lo cual precisamente no se garantiza sólo mediante el arbitrio de común acuerdo[26].

Con la mención a la ley y al contrato no se logra, pues, mucho, y en seguida se percibe que en Feuerbach falta un fundamento especial importante. Se suele designar como "injerencia", con lo que se quiere decir, que aquel que introduce un peligro en una esfera de existencia ajena, debe neutralizarlo cuando amenaza con producir sus efectos[27]. Sobre esto, expongamos un ejemplo tal y como era enunciado ya en el siglo pasado[28]: Si un cochero con su carroza atropella dolosamente a una persona, las lesiones son por acción si es que él ha conducido la carroza contra su víctima. Sin embargo, si los caballos sin ninguna intervención corren hacia las personas, el cochero tiene que intervenir en forma salvadora, frenando o desviando a los animales. Si omite realizar esto, la valoración del supuesto –según la concepción de Feuerbach– debería depender de si una ley manda intervenir. Pero..., ¿por qué debería regular una ley tales trivialidades?

En cualquier caso, probablemente sea –junto a otras– una especie de responsabilidad por ingerencia en la que Hegel piensa, cuando según él, repito, "la forma positiva de los mandatos jurídicos", esto es, la norma que sirve de base a

---

[26] En la formulación acertado, Seelmann, en: K. Schmidt (ed.), Vielfalt des Rechts - Einheit der Rechtsordnung, 1994, p. 85 ss. Seelmann asigna al derecho privado sencillamente toda consideración que tenga que ver con una justicia distributiva (a donde por cierto también pertenece); pero el derecho privado coercitivo tiene sus raíces en el derecho público.

[27] Stübel, Über die Teilnahme, 1828, p. 61, de todos modos, para supuestos de comportamiento anterior punible; detallado, Glaser, Abhandlungen aus dem österreichischen Strafrecht, 1858, pp. 289 ss., 299 ss.; con consideraciones, que son válidas hasta la actualidad, Merkel, véase infra nota 49.

[28] Glaser (nota 27), p. 299.

los delitos de omisión, tendría "según su contenido último como fundamento la prohibición"[29]; en efecto, el mandato de actuar de forma salvadora, se puede formular en el ejemplo enunciado (si bien normológicamente de forma incorrecta pero seguro que todavía comprensible) como prohibición de abandonar el dominio sobre la propia organización y dejar que las cosas sigan su curso. Prohibiciones por un lado, mandatos por otro, en todo caso, el que lanza por los aires a un niño en broma, está también obligado a cogerlo de nuevo, respondiendo sino según la pena del delito de lesión.

C. La pérdida de la referencia teórico-social

En el siglo pasado se produjeron diversos intentos de salir de esta situación algo intrincada, para lo cual, como era de esperar, se intentó siempre seguir el ejemplo del delito de comisión, aparentemente aquejado de menos inseguridades. Principalmente se trató de probar que una omisión también podía ser causal para un resultado. Si hubiera tenido éxito esta prueba para todo tipo de omisión de una persona que podría haber impedido un resultado nocivo, desde luego que se habría demostrado suficiente; en efecto, entonces la omisión y la comisión –según el entendimiento de entonces– ya no se diferenciarían, y decaería el derecho a exigir todavía un "fundamento jurídico especial" como base de la responsabilidad[30]. Pero esto último no era lo deseado. Por el contrario, la fundamentación de Feuerbach se consideraba

---

[29] Hegel (nota 18), § 38.

[30] Armin Kaufmann, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 1959, pp. 260 y siguiente; Wolff, Kausalität durch Tun und Unterlassen, 1965, p. 75.

concluyente, tanto en esos momentos como en los anteriores, y seguía vigente el principio por el cual, "en el mandato [se produce] una intromisión en el arbitrio de cada uno de mucho mayor calibre, que en la prohibición"[31]. Así, los esfuerzos se concentraron –descuidando la ley como "fundamento especial"– principalmente en la injerencia –que desde el fenotipo perceptible es más parecida a la comisión– y se unían la acción anterior con la omisión en un "todo"[32], sin poder aclarar de todas formas, por qué una acción anterior causal pero no dolosa, y una omisión no causal pero dolosa debían constituir un delito doloso homogéneo y no dos mitades heterogéneas.

Estos y otros esfuerzos conceptuales respecto de la causalidad[33], esto es, en encontrar el punto de Arquímedes, por ejemplo, en el reprimir la decisión de salvar, es decir, en una "acción interna"[34] o en aquella acción que el autor realizó en lugar de la ayuda[35], son sólo dignos de mención, puesto que todavía ponían de manifiesto los esfuerzos por desarrollar una teoría común de la imputación para acción

---

[31] Glaser (nota 27), p. 385.

[32] Glaser (nota 27), p. 301. Mediante la omisión posterior el autor habría equiparado su comportamiento anterior "como si él hubiese realizado los actos preparatorios con mala intención"; Lampe, ZStW 72, pp. 93 y ss., 105 y ss., en sentido parecido, se centra en un dolus subsequens. Después de que el problema de la causalidad de la omisión ha perdido relevancia, ya no son necesarios tales rodeos. -Sobre Merkel, infra nota 49.

[33] Una clasificación detallada, así como referencias de la discusión, se encuentra en Binding, Die Normen und ihre Übertretung, 2° tomo, 1ª parte, 1914, pp. 516 a 546. Sobre la doctrina de Aristóteles y su significado para la problemática actual de la "comisión por omisión", Loenig, Die Zurechnungslehre des Aristoteles, 1903, pp. 245 y ss., 253.

[34] En estos términos era planteada todavía la cuestión por Binding (nota 33), pp. 546 y ss., 555 y ss., 557.

[35] Luden, Abhandlungen aus dem Strafrecht, tomo 1°, Über den Versuch des Verbrechens, 1836, p. 474; sobre esto, Glaser (nota 27), pp. 379 y ss., von Bubnoff, Die Entwicklung des strafrechtlichen Handlungsbegriffs von Feuerbach bis Liszt unter besonderer Berücksichtigung der Hegelschule, 1966, pp. 88 y ss., 98 y ss.

y omisión –igual que sucedió con los intentos de los hegelianos de presentar las omisiones como una obra de la voluntad y con ello aprehenderlas junto con las acciones bajo un concepto de acción[36]–. Pero tales intentos[37] no ofrecen la clave para el siglo XX; son en cambio –por así decirlo–, barridos por el punto de vista positivo-naturalista generalizado en el último tercio del siglo, para el cual algunos, con su fijación por el problema de la causalidad, ya habían preparado el terreno. Así, la cuestión de los contornos de la obligación originaria perdió su interés en un positivismo que se había vuelto seguro de sí mismo –la legitimidad del derecho positivo ya no se ponía en duda–, y de lo único que se hablaba en Derecho penal era de la teoría de los elementos de un delito. Por lo que respecta a esos elementos, Radbruch (1904) demostró, que entre la acción y la omisión no existe un denominador común, y que especialmente las retorcidas construcciones en torno a la causalidad no comportan denominador común alguno, de tal forma que acción y omisión deben seguir sus propias reglas.

Esto último ya lo había afirmado Feuerbach al subrayar lo específico de la omisión mediante el "fundamento especial". Pero en Radbruch no se trata de esta particularidad normativa, sino de una naturalista. Al contrario que la acción, así Radbruch, la omisión no conoce de voluntad, por cuanto se entendía por ésta una voluntad meramente naturalista,

---

[36] Una clasificación se encuentra en von Bubnoff (nota 35), pp. 46 y ss. (Hegel), 61 (Köstlin), 74 y ss. (Berner), 86 ss. (Hälschner), 98 (Luden). Sobre las teorías actuales análogas, que se centran en un "efectuar" mediante el omitir: Wolff (nota 30), pp. 33 y ss.; Kahlo, Das Problem des Pflichtwidrigkeitszusammenhangs bei den unechten Unterlassungsdelikten, 1990, pp. 306 y ss.; Matt, Kausalität aus Freiheit, 1994, pp. 200 y ss.

[37] Respecto a la legislación, véase Clemens, Die Unterlassungsdelikte im deutschen Strafrecht von Feuerbach bis zum Reichsstrafgesetzbuch, 1912, p. 17 y ss.

precisamente como hecho psíquico[38], –y en efecto, puede ser que a aquel que se queda mirando como otro muere, no le suceda psíquicamente nada más que eso: precisamente el mirar–. Además, el omitente no produce ningún hecho. También esto se encuentra fuera de toda duda, puesto que Radbruch entiende por hecho un movimiento corporal voluntario con sus consecuencias, y tal movimiento puede que acompañe a la omisión –el omitente siempre hace algo, a no ser que justo en ese momento esté sin conocimiento o dormido–, pero no la fundamenta[39]. Por último, a la omisión le falta la causalidad para el resultado[40], en tanto se entienda por causalidad, con Radbruch, que mediante una transformación en el espacio y en el tiempo se condiciona una nueva transformación; puesto que, en efecto, una omisión no transforma nada en una situación, dejándola precisamente igual que está. La conclusión reza: "La omisión no sólo no tiene en común con la acción los elementos de la voluntad, el hecho y la relación de causalidad entre ambos, sino que se agota precisamente en negar tales elementos". Por ello, "igual que no pueden englobarse en un supraconcepto posición y negación, a y no-a, no pueden ser comprendidas en un supraconcepto acción y omisión..."[41].

De todas formas, Radbruch tampoco duda de la punibilidad de algunas omisiones, y precisamente por ello hay que plantear la cuestión de por qué ha ser jurídicamente de mayor interés que la omisión y la acción se comporten como

---

[38] Radbruch, Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem, 1904, pp. 132 y ss.

[39] *Ibídem*, pp. 137 y ss.; sobre el punto de vista discrepante -ya superado-, véase supra, la teoría del actuar de otro modo (nota 35).

[40] *Ibídem*, p. 132; sobre esto, de forma más detallada, Armin Kaufmann (nota 30), pp. 57 y ss.

[41] *Ibídem*, p. 140.

a y no-a, que –hablando en términos polémicos– la circunstancia de que unos autores sean calvos, otros por el contrario con pelo, circunstancias que, de nuevo, se comportan entre sí como un a y no-a. Voluntad, hecho y causalidad sólo existen en la acción, pero también sin voluntad, ni hecho, ni causalidad puede existir un comportamiento delictivo: precisamente, una omisión. ¿Por qué apunta pues Radbruch el mencionado estado de cosas? Jurídico-penalmente no interesa, o en cualquier caso no interesa en primer término, el contexto psicológico, sino el social, y en este contexto encuentran su sitio tanto voluntad como el simple dejar-que-suceda, hecho como omisión, causalidad como no-salvar; sin embargo, tal contexto apenas es aprehendido cuando el comportamiento imputable se desglosa en elementos naturalistas, al igual que cuando Feuerbach aprehende tal contexto con su relación de regla-excepción, esto es, por un lado de "obligación originaria" y por otro, de "fundamento jurídico especial", aunque por lo menos Feuerbach argumenta en un nivel normativo, mientras que los intereses de Radbruch se centran tan sólo en la física, o mejor dicho, en la mecánica del comportamiento.

Algo más de medio siglo después de Radbruch se radicaliza su concepción. Si bien es cierto que ya no se trata de elementos del delito entendidos en un sentido naturalista, sino de "estructuras lógico-materiales", lo que quiere decir, que entre la "estructura" y un "nivel valorativo" existiría una "coordinación necesaria"[42], no es menos cierto, y esto es lo decisivo, que se examina la "estructura" de un comportamiento individual y no aquella estructura de la

---

[42] Armin Kaufmann (nota 30), p. 17.

Sociedad que imputa. Por ello, el más perspicaz de los autores, Armin Kaufmann, tampoco plantea la cuestión en términos de qué tienen en común acción y omisión, dónde ambas formas de comportamiento pueden ser imputadas, sino que la plantea en términos de la comprobación "lógico-material" de la psicomecánica. Y según ésta, dice Kaufmann, decae, junto a la voluntad, también la posibilidad de hablar de dolo típico; también falta la posibilidad de un dominio del hecho, de tal modo que las formas de tratar la intervención omisiva y la intervención en la omisión deben desligarse de las de la intervención activa y de las de la intervención en una acción; lo mismo sucede con la tentativa, y demás[43]. Los pormenores pueden dejarse aquí de lado: en cualquier caso, tampoco la sustitución del naturalismo por una "lógica-material" orientada en forma psicomecánica logra una respuesta a la cuestión de qué tienen en común relevante socialmente ambas formas de comportamiento, es decir, cuándo y por qué omisiones han de ser punibles como comisiones. Dicho de forma más breve, a las estructuras lógico-materiales les falta el contexto social.

A quien esta crítica le parezca pedante, teniendo en cuenta la sutileza de las "estructuras lógico-materiales" señaladas, se le pueden aclarar las consecuencias de la concepción esbozada mediante el ejemplo de un viaje en automóvil: En estos casos se trata de un continuo cambio de acción y omisión: de conducir, acelerar, cambiar, no torcer, dejar que ruede, etc., a cuyo efecto alguna de estas cosas depende del tipo de vehículo de que se trate; un vehículo con cambio o

---

[43] Armin Kaufmann, (nota 30), pp. 110 y ss., 186 y ss., 204 y ss., 239 y ss.; Welzel, Das deutsche Strafrecht, 11ª ed., 1969, pp. 204 y ss.

aceleración automáticos disminuye la acción e incrementa la omisión. Y esta amalgama, que en la vida cotidiana resulta obvia[44]... ¿debería –según la opinión vista– ser analizada en detalles cuando se realiza una valoración jurídica, detalles que, y de esto dependería la problemática, cuando son acciones deberían seguir distintas reglas que cuando son omisiones? Y cuando el acompañante del vehículo le dice al conductor que acelere, ¿tiene que tener otras consecuencias que cuando le dice que no frene?[45] ...problemas cotidianos tienen que poder resolverse de forma más sencilla.

II. Instituciones

A. Libertad de comportamiento y responsabilidad por las consecuencias

1. Fundamentación también para los mandatos: Deberes en virtud de una competencia por organización

El punto de partida para la solución de una parte del dilema se encuentra ya en la afirmación de Hegel –mencionada ya en diversas ocasiones– de que hay "mandatos, que según su contenido último [se fundamentan] en una prohibición"[46]. Lo que se quiere decir con ello no es especialmente difícil de descifrar:

En Derecho penal es habitual entender normas, no como

---

[44] Sobre el intercambio de acción y omisión mediante reorganización, acertado, Philipps, Der Handlungsspielraum, 1974, pp. 132 y ss., 140 y ss.
[45] Armin Kaufmann (nota 30), pp. 190 y ss.; Welzel (nota 43), p. 206.
[46] Hegel (nota 18), § 38.

expectativas institucionalizadas, sino como imperativos dirigidos a personas, o más exactamente, a la psique de personas. Desde este punto de vista una prohibición debe impedir la formación de un motivo que conduzca a una determinada actividad; un mandato, por el contrario, debe motivar precisamente a una determinada actividad. Si dejamos de lado ahora los excepcionalísimos casos de movimientos convulsivos, de movimientos reflejos y otros parecidos, se deduce la siguiente situación: una prohibición, si es que surte efecto, también impide, junto con el motivo determinado, una determinada actividad corporal, mientras que al contrario, un mandato causa, junto con el motivo determinado, una determinada actividad corporal. Prohibiciones y mandatos dirigen, pues, cuando producen efectos, un sistema psicofísico que termina –de dentro a fuera– en la piel del cuerpo (más exactamente: con los músculos que son influenciables mediante nervios). Si este modelo es especialmente afortunado o si es una construcción elegante, debe ser dejado de lado aquí –en cualquier caso es el modelo dominante en Derecho penal–[47]. Ordenes de dirigir el mundo exterior más allá del cuerpo tienen que ser siempre enviadas a través del –*sit venia verbo*– aparato psicofísico. Si, por ejemplo, una persona va a caer sobre un niño aplastándolo, el imperativo reza, si es que la persona va a arrollar al niño, "deja ese movimiento", pero si aquél por infortunio va a caer encima de éste, el imperativo rezará "sostente".

Ambas órdenes radican en un fundamento, que formulado por su parte como orden podría enunciarse: "¡Tu cuerpo no debe aplastar a un niño!". La legitimación para

---

[47] Binding, Die Normen und ihre Übertretung, tomo 1°, 4ª ed., 1922, p. 123; Armin Kaufmann, Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie, 1954, pp. 102 y ss.

esa orden fundamental resulta evidente: La exclusiva facultad de disposición de la persona libre sobre su propio cuerpo, que en la concepción liberal es obvia, obliga como sinalagma al deber de cuidar de la inocuidad del mismo; pues, sin merma de la libertad de esa persona nadie podría asumir de otra manera este cuidado. La unión del arbitrio de uno con el arbitrio del otro, según una ley general de libertad, se produce bajo la condición de que las personas se manejen libres con su cuerpo[48], esto es, no sólo mediante prohibiciones jurídicas, sino que también tiene que incluir mandatos jurídicos, precisamente aquellos, de cambiar la situación del cuerpo mediante una actividad si es que en caso contrario amenaza un daño para el otro. Evidentemente tales mandatos no tienen nada que ver con un comportamiento solidario, no requieren, pues, un "fundamento jurídico especial", sino que son parte de la "obligación originaria".

El dominio exclusivo de la persona libre sobre su cuerpo no es de todas formas la única circunstancia por la que pueden haber mandatos dentro de la "obligación originaria". En una Sociedad de propietarios libres y de titulares de derechos, las personas forman, también más allá del cuerpo, ámbitos de organización propios, cuya administración les es concedida únicamente con exclusión de los demás. Tales ámbitos de organización incluyen objetos materiales, v. gr. un terreno, una casa, un automóvil, o también el uso de derechos, por ejemplo, el derecho de desplazarse en automóvil por las vías públicas en el marco del uso común. En sinalagma por esta libertad[49] existe de nuevo el deber de

---

[48] Kant, nota 15.

[49] Merkel fue el primero que formuló este amplio sinalagma de forma clara, al que ya Glaser (nota 27, pp. 299 y ss.) se había aproximado; Kriminalistische Abhandlungen, 1ª

mantener el ámbito de organización en una situación inocua, ya sea no motivándose el titular –siguiendo una prohibición– a una configuración peligrosa, ya sea eliminando él de nuevo mediante medidas apropiadas tal configuración si es que ya ha aparecido –esto es, siguiendo un mandato–. Así, pues, cada cual debe dirigir activamente a una situación distinta, no sólo su cuerpo, sino también, por ejemplo, un automóvil conducido por él o un fuego por él encendido, cuando en caso contrario amenacen daños. La "obligación originaria" tiene, pues, como contenido pagar el precio de la libertad, a saber, mantener el propio ámbito de la libre organización –de la forma que sea– en una situación inocua para los demás. Junto a la prohibición "no dañes", aparece pues un mandato, que es independiente del deber que señalaba Wolff de "servir de diversa forma a los demás"[50] y cuyo enunciado es: "Elimina peligros que surjan de tu ámbito de organización".

Respecto de los mandatos en virtud de una competencia por organización entran en primer lugar en consideración los llamados deberes de aseguramiento en el tráfico. Quien domina un objeto material debe cuidar de que los contactos de otras personas con el objeto permanezcan indemnes. Todo

---

parte, 1867, pp. 76 y ss., 81 y ss.: Las omisiones implican en este sentido responsabilidad "cuando nosotros hemos puesto en peligro la integridad de los demás de forma imputable mediante el comportamiento previo". En especial, Merkel percibió acertadamente que un comportamiento anterior que sea a todas luces socialmente adecuado no lleva deber alguno (p. 83, argumentando así en contra de Glaser, p. 84 y ss.). Sin embargo, Merkel –al igual que Glaser– no consiguió liberarse del pensamiento del comportamiento anterior causal (y así, no vio que el comportamiento anterior puede ser una omisión), y de esta forma acota su concepción de los deberes de solidaridad, que él tiene que encuadrar en su totalidad como delitos propios de omisión (dispuestos por la ley y no necesariamente iguales a la comisión; "Omissivdelikt"). Véase también Merkel, Die Lehre von Verbrechen und Strafe, ed. por Liepmann, 1912, pp. 133 y ss.

[50] Wolff, nota 9.

propietario de una casa sabe del mandato de asegurar que las ripias no caigan del tejado; todo dueño de un arma conoce el deber de no dejarla accesible a personas sin autorización, y todos tienen que soltar objetos frágiles, cuando sienten que van a sufrir un ataque convulsivo.

Tales deberes de aseguramiento pueden también nacer especialmente de un determinado comportamiento anterior; entonces hablamos, como ya se mencionó, de injerencia. Tampoco aquí apenas darán lugar a dudas los casos básicos de la vida cotidiana. Un cochero debe parar o desviar su vehículo cuando en caso contrario una persona resultaría atropellada; quien excava una zanja en una calle pública, tiene que asegurarla de tal forma que nadie caiga en ella, y quien hace una hoguera en el monte debe de nuevo también apagarla, y en verdad, en todas estas ocasiones en virtud de su competencia por organización y no, por razón de solidaridad.

La responsabilidad por injerencia resultará problemática, cuando el curso dañino ha abandonado el ámbito de organización del competente, o incluso quizá ya ha alcanzado el ámbito de la víctima; ya no se trata entonces del mero aseguramiento de que una organización no produzca un *output* dañino, sino de la revocación de un *output* que ya ha sucedido; a diferencia que en el aseguramiento, en estos casos puede que varias personas tengan de forma concurrente la competencia de la revocación, o del salvamento de una organización ajena, ya perturbada[51]. Hablando en términos ejemplificativos: Nadie

---

[51] Welp, Vorangegangenes Tun als Grundlage der Handlungsäquivalenz der Unterlassung, 1968, pp. 209 y ss.; Herzberg, Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip, 1972, pp. 294 y ss.; Seelmann en: Neumann y otros (ed.) Nomos-Kommentar zum

duda del deber de un conductor de frenar su vehículo ante un peatón que cruza la calle, y en verdad tampoco, aunque el peatón esté cruzando de forma prohibida; una violación dolosa del deber sería un homicidio por omisión; pero cuando ya se ha producido un accidente, y la víctima amenaza con desangrarse, se puede discutir si al conductor le incumbe el conseguir ayuda o es incumbencia de la policía, o se puede discutir también si nadie se encuentra obligado con el peatón –al menos nadie obligado bajo la pena de homicidio por omisión– por ejemplo, cuando este último haya actuado de forma contraria a su obligación y todos los demás se hayan comportado correctamente.

Hay buenos motivos para no gravar con un deber de salvamento a todo el que ha causado un accidente, pero sí, a quien lo ha causado mediante una organización antijurídica[52], y también a quien ha organizado una actividad permitida pero peligrosa, y en verdad, en tanto el suceso no le incumba a otro prioritariamente[53]. Una fundamentación sucinta sería: Quien organiza algo prohibido, debe evitar daños como mejor pueda, y quien organiza tan sólo algo peligroso, de la misma manera debe evitar los daños, a no ser que otros hayan organizado algo de más importacia que

---

Strafgesetzbuch, 1995, § 13 not. marg. 117 y ss.; Freund, Erfolgsdelikt und Unterlassen, 1992, pp. 180 y ss.; Jakobs, Strafrecht AT, 2. ed., 1991, 29/38 y ss. con más referencias. En contra, Schünemann, Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte, 1971, pp. 281 y ss. Respecto a los deberes de salvamento en la comisión, véase la nota 77 (y allí, lo referido en el apartado b).

[52] Gallas, Studien zum Unterlassungsdelikt, 1989, pp. 88 y ss.; Rudolphi, Die Gleichstellungsproblematik der unechten Unterlassungsdelikte und der Gedanke der Ingerenz, 1966, pp. 157 y ss., 163 ff.; (respecto de una fundamentación de la injerencia mediante algunos comportamientos conformes a derecho, véase sin embargo, Rudolphi en: Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 6ª ed., 1994, § 13 not. marg. 40 a).

[53] Así también en el fondo, a pesar de haberlo fomulado en forma diferente, BGH 37, pp. 106 y ss., 114 y ss. (responsabilidad por el producto).

lo simplemente peligroso. Se trata de nuevo del sinalagma de la libertad de organizar y el deber de evitar daños. En nuestro ejemplo, esto significa que el automovilista debería ayudar al peatón al que ha atropellado por accidente –la conducción de automóviles es, en efecto, una organización peligrosa–, pero no cuando el peatón, por su parte, se ha comportado incorrectamente[54]. No se trata en el presente contexto de señalar los límites exactos de la responsabilidad por injerencia[55], baste en cambio como conclusión que esta responsabilidad, allí donde quiera que termine, resulta en cualquier caso del ser-incumbente a causa de una organización, esto es, resulta de la "obligación originaria" y no de "un fundamento jurídico especial".

Lo mismo es válido para el deber en virtud de la asunción de una tarea –que en el marco de la competencia por organización no debe ser olvidado[56]–, y que habitualmente –de forma poco afortunada– es designado como deber en virtud de un contrato. En los casos de asunción no sólo es relevante la promesa de una prestación, sino también el abandono de otras medidas de protección que se produce como consecuencia de la promesa; el que asume organiza, pues, mediante su promesa, una aminoración de la protección y debe compensar esta menor protección. El panorama de casos abarca desde la niñera hasta el guía de montaña, y no presupone un contrato válido. También la niñera menor de edad, que se dedica a ello sin la aprobación de sus representantes legales, está penalmente obligada a

---

[54] Así también, BGH 25, pp. 218 y ss., 222 y ss.

[55] Referencias detalladas en Jakobs, (nota 51), 29/38 y ss.

[56] Stree en: Geerds y otros (ed.), Festschrift für H. Mayer, 1966, pp. 145 y ss.; respecto a la asunción en la comisión, véase nota 77 (y allí, lo referido en el apartado b).

ayudar en caso de necesidad al bebé dejado a su cuidado; y quien comienza a guiar en la calle a una persona débil no debe interrumpir su ayuda en medio del hervidero de automóviles. El fundamento de tal responsabilidad es, pues, únicamente la organización imputable de una aminoración de la protección.

2. *¿Sustitución de mandatos mediante prohibiciones?*

Para concluir esta parte, queda por aclarar si no se podrían reformular en prohibiciones la totalidad de los mandatos que resultan de la competencia por organización. Esto sería posible, pero entonces debería ser de nuevo determinado el destinatario del imperativo.

Como ya se señaló, en Derecho penal lo habitual es dirigir o destinar los imperativos a una persona como sistema psicofísico. El motivo para esta destinación es, en primer lugar, que el imperativo debe producir una influencia psíquica, y en segundo, que sin movimiento corporal no existe un hecho exterior (*cogitationis poenam nemo patitur*). Por ello el imperativo reza para las prohibiciones, que no debe formarse un motivo determinado con la consecuencia de una determinada actividad; para los mandatos en cambio, que debe ser producido precisamente un movimiento corporal motivado. Cómo logre la persona formar los motivos con la correspondiente actividad como resultado, o cómo logre no formarlos es, en principio –esto es, exceptuando situaciones de exclusión de la culpabilidad o disculpantes– asunto suyo. Si existe, por ejemplo, una tremenda inclinación a cometer un delito mediante una actividad, de todas formas el imperativo sigue enunciando que la persona no debe

formar el motivo que conduzca a esa actividad (una prohibición), y no, por ejemplo, que la persona deba formar contramotivos en contra de tal inclinación (un mandato). El sistema psicofísico es tratado pues como una *black box*, en la que se encuentra siempre disponible un *quantum* suficiente de disposición para el seguimiento de la norma; en tanto el sistema no produzca movimientos corporales motivados incorrectamente, funciona todo en orden en caso de imperativos prohibitivos, e igualmente, y si se trata de mandatos, funciona todo en orden cuando se produce la actividad motivada acertadamente; sin embargo, si se produce un movimiento corporal motivado incorrectamente, se trata siempre de una actividad contraria a la prohibición –sin atender a las "luchas internas" anteriores–, del mismo modo que siempre nos hallamos ante una violación del mandato cuando falta la actividad motivada correctamente. Psicológicamente puede parecer este punto de vista no plausible. Así, como es sabido, el resistirse ante un vicio inveterado de hacer algo prohibido supone un esfuerzo inmenso. Pero esta prestación no interesa a la hora de realizar la imputación jurídico-penal, puesto que el Derecho penal no trata de distinta manera a quien vence con enormes esfuerzos una inclinación al delito, que a quien de todos modos no le interesa tal delito: ambos cumplen con su deber. Lo mismo ocurre cuando se trata de mandatos: quien solamente con todas sus fuerzas puede lograr satisfacer el deber de realizar una actividad, se encuentra jurídicamente como aquel que se siente inclinado a ello. Este punto de vista se podría entender como una radicalización de la separación kantiana de Legalidad y Moralidad[57]: En caso de comportamiento

[57] Kant (nota 15), p. 219.

correcto no sólo no interesan los resortes que producen el impulso (Triebfeder) sino tampoco las completas circunstancias en las que se produjo la impulsión (Antriebslage).

La determinación del destinatario en la forma que se acaba de esbozar no es la única posible. Así, se podrían sumar al destinatario como parte de su persona también su propiedad, sus derechos y su comportamiento; la destinación se dirigiría entonces no ya a la cabeza tan sólo del cuerpo, sino a la cabeza del completo ámbito de organización. Formulado de otra manera: El imperativo se podría dirigir en vez de a una persona como sistema psicofísico, también a la persona como ámbito de organización, con la consecuencia de que toda configuración dañina del ámbito de organización infringiría una prohibición. Si estuviese, por ejemplo, prohibido que una persona que conduzca un automóvil –ésta, entendida como sistema psicofísico más el automóvil por él conducido– atropellase a un transeúnte, ya no interesaría cómo hay que cumplir con la prohibición, al ser un suceso que ocurre dentro de la *black box*: Si la prohibición se cumple mediante una actividad del sistema psicofísico (mediante frenar) o sin tal (el vehículo de todos modos rueda solo hasta pararse) sería indiferente. Toda configuración dañina del ámbito de organización estaría prohibida de la misma manera que en el modelo habitual lo está toda actividad dañina motivada. Según este punto de vista, no quedaría lugar para mandatos que resultan de una competencia por organización.

De todos modos, este nuevo modelo que se acaba de esbozar enseña algo: la dependencia del contexto de aquello que es llamado prohibición o mandato. Por lo demás, no ofrece en el campo del Derecho penal ventaja alguna, pero sí el inconveniente de una escasa claridad. En otros contextos,

por ejemplo, a la hora de juzgar ámbitos de organización muy desconocidos (Estados, consorcios), que son administrados en forma anónima, puede ofrecer ventajas.

3. *Limitación también de prohibiciones: exclusión de la imputabilidad objetiva.*

Si en virtud de la "obligación originaria" también existen mandatos, la tesis de Feuerbach es equivocada, por lo que podría surgir la duda de si el resto de sus planteamientos también lo son. ¿Precisará la "obligación originaria" quizás también de una interpretación cuando se trata de prohibiciones? Feuerbach se refiere con una cierta ingenuidad a las prohibiciones, como si respecto de ellas constase que no pueden bajo ningún concepto obligar a un comportamiento solidario, es decir, como si no sobrepasasen nunca el marco de las relaciones negativas. Pero tal punto de vista equivoca su objeto profundamente; en efecto, Feuerbach y los autores que le siguen presuponen evidente un determinado contenido de las prohibiciones entre muchos de los posibles, a saber: dejar a los demás en su libertad. Pero tan pronto como –en beneficio de los demás– se prohíbe hacer uso de la propia libertad –se podría pensar en la prohibición de abandonar la casa o de proceder con cosas propias según se quiera– se trata –a la vez que de prohibiciones– de deberes de solidaridad.

Para una aclaración exacta hay que señalar, en primer lugar, que en todo curso dañino ya participan en teoría un mínimo de dos personas: un autor y una víctima; en la práctica, se pueden encontrar, casi sin excepción, también terceros que de alguna forma hayan influido en el curso del

suceso. Por tanto siempre entran en consideración varios ámbitos de organización, en los que puede ser encontrada la razón determinante para el curso dañino. Un ejemplo sencillo puede servir para aclararlo: Un comerciante apaga por la noche la iluminación de su escaparate, la cual alumbra la calle, considerablemente. La iluminación viaria pública alumbra el accidentado pavimento tan sólo pobremente; como era de esperar –porque algo parecido ya había pasado más veces– un trasnochador se tropieza y se hiere. ¿Quién ha organizado el curso dañino? El vendedor ha dejado a oscuras la calle que se encontraba iluminada, pero la iluminación urbana es asunto del Municipio; por otra parte, se podría perfectamente discutir si el Ayuntamiento tiene la función de iluminar el camino a casa de todo trasnochador.

Un curso dañino puede, por tanto, basarse en un comportamiento defectuoso del autor (del comerciante), o de un tercero (jefe de la Administración Municipal), o en una falta de cuidado de la propia víctima (del trasnochador) o bien, y si es que todos se han comportado correctamente, la propia víctima deberá soportar el daño como un infortunio: *Casum sentit dominus*. Como muestra este ejemplo cotidiano, una prohibición –tomada al pie de la letra– consistente en no dañar a otros mediante una actividad no dejaría siempre la relación entre el autor y la víctima en algo negativo; una prohibición con el contenido: "antes de que todos los trasnochadores estén en casa, no debe apagarse la iluminación de los escaparates" contendría, en cambio, un deber de solidaridad con los trasnochadores, por lo que seguro que no sería parte constitutiva de la "obligación originaria", sino, antes bien, sería tan sólo legítima con un "fundamento jurídico especial", y tal fundamento no puede

encontrarse en una Sociedad que ha sido constituida de forma liberal.

Esta problemática es muy tratada en la moderna discusión bajo la denominación de "imputación objetiva"[58]; con ello no se hace referencia solamente a que la evitabilidad subjetiva de un curso dañino determina la imputación (en caso contrario debería responder el comerciante de nuestro ejemplo, –él ha podido ver venir el accidente–), sino a que la evitación debe ser también objetivamente tarea de la persona, si es que ésta ha de responder penalmente. La limitación de la responsabilidad se deduce de la idea que aquí es correcta, de que no es deber de una persona preocuparse de todo resultado de su comportamiento, sino que algunos resultados caen en el campo de las tareas de terceras personas o de la propia víctima o, en su caso, esta última tiene que soportar tales resultados como un infortunio, ya que de otro modo la libertad de comportamiento quedaría asfixiada en favor de una sociedad exageradamente cuidadosa por todas partes. La "obligación originaria" en su parte prohibitiva (puesto que, como se mostró *supra*, tal "obligación originaria" comprende también mandatos, a saber: los deberes de actuar en virtud de una competencia por organización) no se encuentra, pues, correctamente descrita cuando se la especifica como prohibición de la causación de un curso dañino; antes bien, en esta parte prohibitiva se trata únicamente de evitar aquellos cursos que sólo pueden ser aclarados remitiendo a la propia libertad de

---

[58] Frisch, Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, 1988; Roxin, Strafrecht AT, 2ª ed., 1994, 11/36 y ss.; Rudolphi (nota 52), nota marg. 50 y ss. previas al § 1; Jakobs (nota 51), 7/35 y ss.; crítico, Hirsch, Universität zu Köln-Festschrift, 1988, pp. 399 y ss., 402 y ss.; Küpper, Grenzen der normativen Strafrechtsdogmatik, 1990, pp. 83 y ss.

organización, los cuales por tanto, y formulado en forma negativa, no han de ser aclarados mediante la libertad de organización de las demás personas.

Los supuestos de riesgo permitido son sin duda los casos de más importancia en los que falta la imputabilidad objetiva de un comportamiento[59]. De ningún comportamiento humano pueden excluirse con certeza prolongaciones desafortunadas como consecuencia, a su vez, de constelaciones desafortunadas: Todo apretón de manos podría transmitir una enfermedad; todo viaje en avión o en coche puede acabar en accidente; un niño puede sufrir un percance cada vez que va de camino al colegio; todo nuevo producto podría encerrar peligros desconocidos, e incluso medidas de autoprotección, como vacunas preventivas, pueden ocasionar en el caso concreto más perjuicios que ventajas. Pero una prohibición de estos y otros comportamientos comparables suprimiría evidentemente la libertad de comportamiento. Esto también es válido para la libertad de omitir: A aquel que por precaución permanece en la cama por la mañana puede precisamente por ello pasarle inadvertido que la armadura del tejado está ardiendo. Si ha de ser por tanto posible la libertad de comportamiento, se debe exigir a la víctima que acepte los resultados de tal comportamiento como su infortunio; –como compensación, la víctima participa también de las oportunidades que ofrece la libertad de comportamiento[60]–.

---

[59] Referencias detalladas en Frisch (nota 58), pp. 90 y ss. (Frisch trata el riesgo permitido como producto de una ponderación racional, pp. 72 y ss., 76, pero en realidad, es, en parte, algo que simplemente ha sobrevenido históricamente; igual que Frisch, Freund, [nota 51], p. 51 ff.); Jakobs (nota 51), 7/35 y ss.; Roxin (nota 58), 11/36 y ss.

[60] De todas formas, esto no significa que no se pueda, dentro del riesgo permitido, diferenciar entre un riesgo base y un riesgo acrecentado, y que a aquel que haya organizado

No es que se objete, que una responsabilidad, en tales casos, estaría abocada al fracaso puesto que no se podría pronosticar el peligro con una densidad suficiente como para decidir. Esto puede ser correcto a lo sumo en el caso concreto, pero no es válido cuando se trata de grandes empresas en las que se administran gran cantidad de casos. Por ejemplo, en la producción de un automóvil o al establecer una gran obra de construcción se pueden calcular –y por cierto, con material estadístico relativamente sencillo– el número de muertos y heridos que se esperan, y esto en una cuantía, en sí, suficiente para decidir (para seguros de accidente esto es una tarea diaria). Pero también aquí –hablando figuradamente– se asientan estos resultados no en la cuenta del administrador de la empresa, sino en la de los costes inevitables de un mundo tecnificado[61].

Ni el riesgo permitido ni ningún otro instituto de la imputación objetiva se encuentra específicamente limitado a la imputación de actividades; al contrario, la necesidad de su traslado al campo de la omisión resulta evidente: Quien puede iniciar activamente una tarea riesgosa permitida, no tiene que impedirla, si tal actividad se produce sin su intervención. Ejemplificativamente: A quien está permitido mandar al niño por un camino no del todo seguro al colegio, tampoco tiene que actuar si el niño se marcha solo por el camino.

---

este segundo riesgo no se le pueda gravar con una responsabilidad civil de peligro. La evitación de lo permitido, sin embargo, no pertenece penalmente a la "obligación originaria", en tanto no se vislumbren daños.

[61] Y esto sin garantía de que en este punto se produzcan también ventajas paralelas. Así, por ejemplo, la producción de un ligero descapotable tiene tan sólo ventaja para una cosa: para la libertad de comportamiento.

De los otros subinstitutos que determinan una exclusión de la imputación objetiva, habría que mencionar –sin pretensión de exhaustividad– todavía dos. En primer lugar, se trata de los casos en que existe una comunidad fundamentada en los contactos sociales, si bien en ningún caso absoluta, sino siempre limitada de determinada forma. Pues bien, en estos casos, las metas que sean pretendidas por uno de los miembros de esa comunidad más allá de lo común, no habrán de ser tenidas en cuenta por el otro componente de la comunidad[62]. Hablando en términos ejemplificativos: La compra de objetos se agota en el intercambio de la mercancía por el dinero, y el pago de deudas en la liquidación del crédito; lo que el comprador haga con la mercancía, por ejemplo, si la exporta de forma prohibida o si la usa por su parte para un negocio fraudulento o para la construcción de un paquete bomba, le interesa al vendedor tan poco, como al deudor le importa si el acreedor subvenciona a una organización terrorista con lo recibido o financia tráfico de armas prohibido. Con más razón permanecen los campos de responsabilidad separados cuando falta toda comunidad, antes bien una persona intenta obligar a otra a tal comunidad. Aclarémoslo también con un ejemplo: cuando los terroristas amenazaron que el presidente de la unión de empresarios, Schleyer, sería asesinado si continuaban encarcelados correligionarios de los terroristas, a quienes tuvieron que tomar la decisión les era de sobra conocido que el mantenimiento de la prisión (sea esto una acción o una omisión) podría tener como resultado la muerte de Schleyer, como de hecho sucedió. El mantenimiento de

---

[62] Frisch (nota 58), pp. 230 y ss.; Jakobs (nota 51), 7/59, 24/13 y ss.; el mismo, ZStW 89, pp. 1 y ss.

la prisión no fue de todas formas un comportamiento homicida, ni tampoco una participación en tal comportamiento, puesto que agota su significado en la ejecución de la pena: una tercera persona no puede hacer girar en una dirección delictuosa este significado, mediante resultados que enlaza a su arbitrio a dicha ejecución de la pena. En otras palabras, los terroristas no podían obligar al Gobierno –bajo amenaza de pena– a ser solidario con Schleyer.

El segundo subinstituto que hay aquí que mencionar y por medio del cual se han de interpretar restrictivamente todas las prohibiciones, para que no se llegue a una compulsión de comportarse solidariamente, es la actuación a propio riesgo, esto es, el traslado de la competencia a la víctima, y en verdad, a causa de su propio comportamiento organizativo[63]. Al respecto no se debe pensar solamente en casos en que la víctima mediante su infracción del deber de cuidado reduce la responsabilidad del autor a modo de una concurrencia de culpas, como sucede por ejemplo cuando un peatón que circula imprudentemente por una carretera es atropellado por un automovilista igualmente imprudente; antes bien, es también posible la solución radical de que una víctima que se ha expuesto a un peligro sin motivo razonable, deba también sufrir las consecuencias en solitario. Quien emprende algo temerario como un paseo en velero habiendo tempestad, o una excursión por la montaña cuando se produce una nevada, o un combate de boxeo, no puede invocar en caso de consecuencias dañinas que los demás tenían que poner cuidado y en atención a él haber omitido la actividad, porque tal cuidado frente a una persona autorresponsable

---

[63] Frisch (nota 58), pp. 148 y ss., 180 y ss.; Roxin (nota 58), 11/86 y ss., 98 y ss.

sería incompatible con la relación negativa como relación entre iguales; todos tienen que hacerse autorresponsables, esto es, también la víctima de sus propias organizaciones.

4. Conclusiones

Resumiendo lo dicho, se puede decir: Si se parte del fundamento liberal de que la "obligación originaria" tiene como contenido negativo que el otro no deba ser perturbado en su existencia, entonces no se puede lograr una juridificación de este modelo tan sólo mediante la prohibición de no dañar a los demás, y por cierto, desde dos puntos de vista. En primer lugar, tienen también que incorporarse mandatos del contenido de impedir peligros para bienes ajenos que procedan –sin actividad actual del titular– del propio ámbito de organización. Estos mandatos son el resultado de la libertad de organizar; existen, pues, ya porque el autor es persona y tiene que respetar por ello a la víctima, y no necesitan ningún "fundamento jurídico especial". En segundo lugar, en el marco de la prohibición sólo deben ser evitados resultados lesivos que no pertenezcan a la organización de una tercera persona o de la propia víctima, o que no tengan que ser soportados por la víctima a modo de infortunio; en efecto, en caso contrario estarían todos obligados a renunciar a su libertad en beneficio de una víctima amenazada, sin que el fundamento de la amenaza estuviese en el ámbito de organización del que ha renunciado; esto sería una obligación a un comportamiento solidario. En consecuencia, no es la prohibición el supraconcepto normativo adecuado, sino la competencia (el ser-competente) en virtud de una organización.

El desdoblamiento de la competencia por organización en subinstitutos de fundamentación de la responsabilidad –deberes del tráfico, injerencia y asunción, como fundamentadores de responsabilidad– o de exclusión de la responsabilidad –riesgo permitido, responsabilidad de otro, infortunio– debe ser entendido dentro del derecho abstracto como simple denominación de las formas jurídicas. Así, pues, los ejemplos mencionados respecto de los institutos en concreto presuponen para la solución más de lo que aquí se ha fundamentado, por cuanto que la fórmula debe referirse a la concreta configuración de la Sociedad contemporánea. Otras Sociedades puede que encuadren como riesgos especiales, y por tanto como fundamentadoras de injerencia, actividades que en la Sociedad actual son tenidas por riesgos normales, y viceversa, y para ellas puede que se tenga por infortunio lo que en la actual Sociedad todavía se vincula con un determinado comportamiento organizacional. Por ello, todos los contenidos de los mencionados institutos son contingentes –también dentro del planteamiento liberal formulado por Kant, Fries, Feuerbach y Hegel–. Pero tenga el aspecto que tenga el contenido, las formas mencionadas de la fundamentación o de la exclusión del deber permanecen vinculadas a nuestro planteamiento.

B. Otras Instituciones

1. Planteamiento

Queda aún la cuestión de qué se puede agregar a la responsabilidad ya esbozada –esto es, en virtud de una competencia por organización– a modo de responsabilidad

en virtud de un "fundamento jurídico especial". Una parte por tener en cuenta de la doctrina jurídica se halla todavía fascinada por el pensamiento de que el prototipo de la responsabilidad penal sería el delito de comisión y por ello habría que buscar en la omisión la "equivalencia con la comisión"[64], entendiendo por tal equivalencia una similitud externa a la actividad; pero hay por lo menos un escollo que no puede ser salvado en tanto se siga buscando en un suceso externo la equivalencia con la comisión: Los padres que dejan morir a su hijo...: *ni actúan, ni se encuentran obligados por* deberes de seguridad del tráfico, ni necesariamente han tenido que llevar a cabo actos anteriores riesgosos, y tampoco han asumido algo, esto último en cualquier caso no, si es que tampoco nadie se hubiese ocupado del niño en ausencia de los padres. Así, pues, aparentemente, los padres no serían en estos casos punibles por homicidio. Para evitar esta consecuencia –junto a soluciones que no se ajustan a un determinado sistema[65]– ha sido propuesto interpretar que una estrecha comunidad de vida es una forma de existencia fundamentadora de deber, lo que provoca la objeción de que con ello no se encontraría el carácter jurídico de los deberes, sino que se concedería carácter jurídico infundadamente a deberes morales[66] –los cuales en situaciones de estrecha comunidad de vida, difícilmente pueden ser negados–. Que la objección no apunta al vacío, lo muestra la despreocupación con la que en la Jurisprudencia y en la Literatura, por

---

[64] Gallas (nota 52), pp. 67 y ss.; Schünemann (nota 51), pp. 229 y ss.; el mismo, en: Gimbernat y otros (comp.) Internationale Dogmatik der objektiven Zurechnung und der Unterlassungsdelikte, 1995, pp. 49 y ss., 75 y ss.; Freund (nota 43), pp. 265 y ss.

[65] Gallas (nota 52), p. 92.

[66] Véase, por todos, Gallas, (nota 52), p. 71.

ejemplo, se parte de deberes de cuidado asegurados penalmente de un miembro de una pareja homosexual respecto del otro[67], si bien tal relación en sí misma no roza ni siquiera al margen la constitución jurídica de la Sociedad. Densidad emocional y Derecho son dos cosas distintas. Pero esto tampoco significa que Derecho y solidaridad no puedan ser vinculados en ningún caso.

El Hombre configura el mundo; como se vio, esto tiene lugar mediante el trabajo, mediante la actividad, aunque también a través de omisiones. Tiene lugar precisamente mediante organización. Por medio del comportamiento organizativo de los Hombres la formación del mundo se convierte en contingente, y por ello es necesario, como compensación, mudar a los Hombres en Personas, esto es, en portadores de papeles que administran sus ámbitos de organización según estándares fijos y que en caso de administración defectuosa conducen a responsabilidad, es decir, que son definidos como fundamento determinante del defecto. Este sinalagma de libertad de comportamiento y responsabilidad por las consecuencias, esbozado aquí nuevamente, es por su parte una institución, a modo de haz de carácter jurídico y estable, de las relaciones sociales. La responsabilidad jurídico-penal no se desencadena por un accionar en el sentido naturalista, sino por la lesión de los deberes que resultan de la competencia por organización; correspondiéndose con esto, las expectativas de los demás no van dirigidas a que un Hombre capaz de organizar va a hacer o no, algo determinado, sino a que una Persona debe

---

[67] AG Duisburg MDR 1971, p. 1072; SK-Rudolphi (nota 52), § 13 nota marg. 51; Dreher-Tröndle, Strafgesetzbuch, 46ª ed., 1993, § 13 nota marg. 10; más referencias y crítica en Jakobs (nota 51), 29/66 con la nota 138.

comportarse de una determinada manera. Conciso y breve: Nadie responde en su condición de Hombre, sino todos en la de Personas.

Si está claro, pues, que ya la competencia por organización presupone la institución de la constitución jurídica de la Sociedad –mediante el sinalagma de libertad de comportamiento/responsabilidad por las consecuencias[68]–, se ilumina inmediatamente la dirección, en la cual hayan de buscarse "fundamentos jurídicos especiales" de deberes, que sean equivalentes a los deberes en virtud de una competencia por organización: La búsqueda no tiene que dirigirse a un "dominio del hecho" parecido a la organización –esto desorientaría igual que desorientó la búsqueda en el siglo pasado de una causalidad equivalente a la de la comisión–, sino que tiene que dirigirse a aquellas instituciones que determinan la identidad de la Sociedad de la misma manera

---

[68] Quien reconoce la existencia de responsabilidad por organización pero rechaza otras instituciones (véase sólo Freund [nota 51]; Schünemann en: Dogmatik [nota 51], pp. 60 y ss.), debería explicar, por qué garantías jurídicas deben tan sólo referirse a una de las posibles instituciones ("libertad de comportamiento implica responsabilidad por los resultados"). Por lo que respecta a la competencia en virtud de una organización, H. Lübbe (Zürich) manifestó en la discusión [*] su suposición de que en el futuro van a incrementarse "la cantidad de posibilidades de influir en otros por medio de procesos causales sociales mediante omisión", de tal forma que la "sociedad moderna" "sencillamente se va a amurallar" con el correspondiente reforzamiento penal. Respecto al contexto de libertad de comportamiento y responsabilidad por las consecuencias, hay que tener en cuenta, que el aumento del ámbito de posibles consecuencias puede (aunque no tiene que) ser precedido también de un aumento del ámbito de la libertad. Ejemplificativamente: El omitir la revocación de un producto a gran escala puede traer consigo resultados nocivos en masa, pero sólo cuando previamente se ha realizado una venta a gran escala. O bien: El tráfico automovilístico es todavía entendido como fomentador de la libertad, a pesar de su muy densa regulación y de la estricta responsabilidad por errores (también mediante omisiones, v.gr., no frenar).

[*] El Prof. Jakobs se refiere, en ésta y en próximas notas, a la discusión desarrollada tras la exposición en forma de conferencia de una versión resumida del presente trabajo, conferencia que fue defendida en la Nordrhein-Westfälische Akademie der Wissenschaften el día 13 de diciembre de 1995 en la ciudad alemana de Düsseldorf. [Nota del trad.]

que ésta se encuentra determinada por el sinalagma libertad de organización/responsabilidad por las consecuencias. Esta búsqueda depende, pues, de la semejanza para la estructura de la Sociedad, y no en cambio de una semejanza naturalista.

Desde este punto de vista, no hay que temerse que en las conclusiones resulte una mezcolanza de fundamentos de la responsabilidad heterogéneos compuesta por una "obligación originaria", e independientemente de ella, por "fundamentos jurídicos especiales". Antes bien, se trata de un fundamento único, a saber, del mantenimiento de los elementos irrenunciables de la configuración social; este fundamento se divide en la competencia por organización –para una Sociedad liberal evidente– y junto a ella, otras competencias todavía por nombrar, provinientes de otras instituciones pero que, en todo caso, hay que resaltar que igualmente se derivan de instituciones; estas competencias institucionales siempre deben estar dirigidas a una unión positiva entre Personas, esto es, a una porción de mundo en común, puesto que el marco negativo ya está plenamente cubierto por la competencia en virtud de una organización. Se trata, pues, ahora, de adicionar a las relaciones negativas que determinan la identidad social, las positivas que sean irrenunciables.

2. Deberes estatales

Tal adición sólo puede llevarse a cabo en parte de una forma jurídica abstracta, puesto que de lo contrario debería ser lograda de un análisis de la concreta configuración social; esto es lo mismo que sucedía, por hablar de nuevo de la competencia por organización, cuando hemos deducido ésta,

solamente de la abstracción del conjunto de todas las concepciones sociales liberales, pero no en todo caso de todas las concepciones sociales. Pero por lo menos se pueden lograr algunos deberes del Estado de forma tan jurídico-abstracta como sucede con la competencia por organización, a saber, mediante la reflexión acerca de las condiciones de la competencia por organización; si bien el Estado como persona jurídica no responde por sí mismo penalmente, sí en cambio los titulares de una función pública[69] que actúan para él.

La simple ordenación de la competencia por organización no es más que una palabra vacía si no se decide a la vez la cuestión *quis iudicabit*. Así, el Estado debe tener la obligación de velar por la satisfacción de las pretensiones penales, y por la decisión de la autoridad sobre conflictos jurídicos; por consiguiente, en el derecho abstracto de Hegel faltan la instancia que juzga y la instancia para hacer respetar las pretensiones[70]. Este derecho al otorgamiento de Justicia, que en el campo del Derecho procesal penal se corresponde con el principio de legalidad, encuentra su garantía jurídico-penal principalmente en los preceptos contra la prevaricación (§ 336 StGB) y contra el favorecimiento por parte de funcionarios [de encausados en proceso penal, favorecimiento que frusta la ejecución penal, etc.] (§ 258a StGB).

Ya un simple vistazo a estos preceptos muestra que tal y como se ha tratado aquí la "obligación originaria", apenas es de esperar cosa distinta respecto al "fundamento jurídico especial", puesto que ambas resultan de igual manera de

---

[69] Schultz, Amtswalterunterlassen, 1984.

[70] Ambas van más allá del *status* negativo; de todas formas pertenecen, al menos según su forma, al derecho abstracto, porque son condición de toda Sociedad concreta, en tanto en cuanto ésta conozca el Derecho.

instituciones sociales irrenunciables: De igual forma que los deberes que surgen de una competencia organizacional no se quebrantan sólo mediante infracciones de prohibiciones, así tampoco un "fundamento jurídico especial" origina solamente mandatos. No sólo (aunque también[71]) prevarica, el juez que no atiende un litigio pendiente y no sólo lleva a cabo el delito de favorecimiento, el fiscal que no persigue a un delincuente, sino de la misma manera, el juez que activamente dicta una sentencia injusta, y el fiscal que activamente consigue el levantamiento de la orden de prisión contra un delincuente por medio de fundamentos fraudulentos.

Los delitos de los que se está hablando, llamados delitos de infracción de deber[72], se caracterizan precisamente porque el autor no determina mediante una organización libre la extensión de sus deberes, sino que estos le son adjudicados como consecuencia del *status* que ostenta dentro de la institución de que se trate, por ejemplo la Justicia[73]: El autor tiene el deber de garantizar la existencia de la institución, y en el concepto de deber se encuentran prohibiciones y mandatos en un mismo haz.

No pueden nombrarse aquí todos los deberes genuinamente estatales que son desempeñados por los titulares de una función pública del Estado, pero sí debe mencionarse

---

[71] Binding, Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts, 2° tomo, 2ª partición, 1905, p. 561; Spendel, en: Jescheck y otros (ed.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, 10ª ed., 1988, § 336 nota marg. 54.

[72] Expuestos por primera vez por Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, 1963 (6ª ed. 1994), pp. 352 y ss.

[73] Por ello tampoco se puede diferenciar en esta clase de delitos entre las diferentes formas de intervención; Roxin (nota 72), pp. 352 y ss., 459 y ss.; Jakobs (nota 51), 21/115 y ss. Respecto del significado que adquiere esta consecuencia para la comisión, véase *infra* la nota 77 (y allí, lo referido en el apartado a).

que el Estado tiene el cometido de cuidar de la seguridad interior y exterior, y en verdad, no sólo a causa de la organización de un monopolio de coacción, por así decirlo, a modo de sinalagma, sino en virtud de la autodefinición del Estado: si el Estado deshace el monopolio, se deshace a sí mismo. Además, un Estado de Derecho tiene que garantizar la sujeción a la ley de la Administración; un Estado de prestaciones, al menos la asistencia fundamental[74]; el Estado de una Sociedad saturada por la técnica tiene que tener consideración por el medio ambiente.

3. Relaciones paterno-filiales; confianza especial

En aquellos deberes que conciernen al ciudadano no como titular de una función pública representando al Estado, sino inmediatamente como titular de un *status* dentro de una institución, a saber, como madre o padre, como cónyuge, etc., la problemática se presenta más complicada que en los deberes genuinamente estatales –esto es, en los provinientes de la institución "Estado"–. En este terreno todo es discutido. Por lo menos en las consecuencias –que no en la fundamentación– reina unanimidad sobre el deber de los padres de cuidado completo de sus hijos[75] (en caso de hijos extramatrinoniales sólo para la madre), deber que, de nuevo, incluye tanto prohibiciones como mandatos. Sin embargo, más allá de este prototipo de relación ordenada a un mundo en común –relación positiva–, cesa la seguridad. Los deberes derivados de una unión matrimonial, que todavía hasta hace

---

[74] Respecto de los pormenores y otras referencias, véase Jakobs (nota 51), 29/74 y ss.

[75] Así, incluso Gallas (nota 52), p. 92, que ha sido el que ha desarrollado la concepción más significativa de una teoría de los deberes penales centrada tan sólo en la organización.

una generación resultaban en cierta medida evidentes, han perdido su seguridad desde que el matrimonio con aprobación del Derecho es entendido como un lazo resoluble –si bien respetando unos plazos–. Pero por otra parte, a la hora de fundamentar el deber resulta totalmente equivocado, como ya se indicó, querer sustituir el vínculo matrimonial por el vínculo de la "estrecha comunidad de vida": Comunidades de vida pueden resultar útiles en tanto ofrecen a las personas un refugio social, pero puesto que no gozan de impronta jurídica sino que pueden organizarse al libre arbitrio, no contribuyen por ello en nada a una determinada identidad social (y aunque, en efecto, la libertad de arbitrio determina identidad, esta libertad de arbitrio, como tal, pertenece ya a la competencia por organización).

A pesar de lo dicho no queda excluido que con independencia de la existencia de matrimonio o de comunidad de vida, se proteja penalmente en determinados casos la confianza en la constancia de los papeles, es decir, prohibir un *venire contra factum proprium*, por lo menos cuando éste se produce inoportunamente, lo que a la vez significa, mandar un comportamiento conforme al papel[76]. Así, por ejemplo el cuerpo de bomberos voluntario de un pueblo, que con anterioridad ha sido establecido y se contaba con

---

[76] Jakobs (nota 51), 29/67 y ss.; este instituto ha sido rara vez desarrollado por la doctrina, siendo en cambio tratado en el marco de institutos afines (asunción, "estrechas comunidades de vida").
Isensee (Bonn) preguntó en la discusión, si el matrimonio, entonces, genera al menos deberes en tanto tenga vigencia. Si por vigencia se trata sólo del vínculo formal, debería negarse que genere deberes. Hablando en términos ejemplificativos: Cónyuges, que han tomado hace tiempo caminos separados, difícilmente van a poder invocar, en caso de necesidad, la relación –que ya no es vivida por ellos y por tanto es tan sólo formal–. Sin embargo, en tanto la forma sea cumplimentada, la comunidad de vida (Sich-auf-einander-Einlassen) produce deberes, sin que a este respecto haya que estarse a lo formal.

él, no puede abandonar su papel auxiliador precisamente cuando hay un fuego, y en verdad, independientemente de si otra medida antiincendios hubiese sido instalada aun sin su comportamiento (esto es, incluso en el caso de que no exista responsabilidad en virtud de asunción –organización–). Según esto, un médico tiene también que tratar a aquellos pacientes que ya ha atendido, y como se acaba de decir, sin importar si los pacientes hubieran tenido la posibilidad de haber sido tratados por otro médico. Que los pormenores dentro de esta "confianza especial" y de otros "fundamentos jurídicos especiales" sean fuertemente controvertidos, no debería sorprender: En una Sociedad de características individualistas y hedonistas quedan eclipsadas todas las instituciones sociales más allá de la competencia por organización (como *status* negativo) y más allá de la competencia del Estado.

Con toda su vaguedad parece que este vistazo a los "fundamentos especiales" es suficiente para exponer las particularidades del *status* positivo frente al negativo, y a la vez, para mostrar que las particularidades no tienen en absoluto que ver con una separación entre acciones y omisiones. Con ello resulta probado que esta separación, tanto en las relaciones positivas como en las negativas, atañe tan sólo a la técnica con la que un obligado tiene que cumplir con sus deberes, esto es, a cuestiones absolutamente secundarias. Las preguntas fundamentales: ¿Qué hay que adjudicar a la propia organización y qué a la de los demás? y ¿qué institución genera deberes de configuración de un mundo en común asegurados penalmente?, no dependen de la separación entre acción y omisión, afectan antes bien a ambas, y la forma de la norma –prohibición o mandato–

depende de la casual formación de la organización del destinatario.

III. La uniformidad de la fundamentación y delimitación de prohibiciones y mandatos

Tanto respecto de la acción como de la omisión se trata de la misma competencia por organización o del mismo "fundamento jurídico especial", esto es, en definitiva, de la misma institución irrenunciable; por ello, se debe afirmar una completa congruencia[77] de la responsabilidad por acción

---

[77] No se trata de una semejanza mayor o menor, sino de una identidad total de la fundamentación de la responsabilidad. Esto hay que aclararlo en algunas cuestiones límite: (a) En tanto se trate de deberes de establecimiento de un mundo en común -al menos, parcial-, esto es, de una relación positiva, el deber concierne siempre de forma altamente personal y no, por ejemplo, mediante la división de trabajo con los demás; la lesión del deber conduce por ello a responsabilidad en calidad de autor ("delitos de infracción de deber", véase nota 72). Sólo puede haber participación del especialmente obligado, incluso en casos en que falte el dominio del hecho, cuando falta una característica de la autoría requerida por el tipo. En consecuencia, hay que tratar igualmente como delitos de infracción de deber también a los delitos comunes (Jedermannsdelikte) que sean cometidos por un obligado -en el sentido aquí referido-: El obligado actúa como autor -incluso aunque no tenga el dominio del hecho-, y en verdad, tanto en la omisión como en la acción. Hablando en términos ejemplificativos: El padre que no impide un homicidio sobre su hijo responde como autor, y de la misma manera responde, cuando presta ayuda al homicida (Jakobs [nota 51], 21/118). Desde luego que sería extraño, que el deber de cuidar el patrimonio conduzca a la autoría siempre que exista un ataque (§ 266 StGB), pero no el deber de cuidar de una persona.
(b) En el campo de la competencia por organización, esto es, de la relación negativa, los deberes de aseguramiento se corresponden con los casos base de acción, como se expuso supra. La extensión a deberes de salvamento en las omisiones encuentra su contrapartida en el campo de la acción, en la prohibición de realizar una actividad en sí permitida, por cuanto el motivo de la prohibición -como del mandato en el campo de la omisión- puede ser sobre todo un comportamiento previo. De nuevo hablando en términos ejemplificativos: Si alguien empuja a una persona anciana tan desconsideradamente, que ésta va a caerse, el que propinó el empujón no debe retirar la mano (¡prohibición!) a la que la víctima intenta agarrarse, del mismo modo que debería tender la mano, cuando ésta, por su situación, no pudiera ser alcanzada por la persona anciana por sí misma. Ambas formas de

con la de la omisión[78]. De la misma manera que se puede poner en movimiento un suceso que es riesgoso pero permitido, no habrá que revocarlo, aun en el caso de que sin la propia intervención el suceso amenace con salir del propio ámbito de organización. O bien: Si la víctima a causa de su predisposición tiene que arreglárselas con una determinada configuración de su entorno, esto es, tiene que aceptar los daños como un infortunio, lo mismo da que otro origine esa configuración activamente o que omita modificarla: en todo caso, no responde. O bien: Quien en virtud de un "fundamento jurídico especial" tiene que ayudar a otro con los medios de su propia organización, no debe interrumpir activamente esos medios, a pesar de que toda tercera persona podría impedir, que alguien se abastezca de sus ayudas [de las del tercero]; así pues, que quien tiene que alimentar a un hambriento en virtud de un fundamento jurídico espe-

---

comportamiento, retirar la mano y no tenderla, conducen a un delito de lesión –si se retira o no se tiende, respectivamente–, y ello, a pesar de que todo no-interviniente tiene que mantener o configurar su organización sólo en el marco de los deberes en virtud de la "omisión" del deber de socorro en favor de la víctima. La controversia sobre los límites de la responsabilidad por injerencia es, pues, también una controversia sobre la responsabilidad de la comisión.

También mediante asunción se puede ampliar el marco de las prohibiciones. Una vez más, ejemplificativamente: Quien ha asumido vigilar el peligroso perro de su vecino, no debe abrir la puerta de su casa (¡prohibición!), si es que el animal se puede escapar, y ello, a pesar de que sin la asunción, por ejemplo, porque el animal se ha perdido y ha entrado en la casa, podría abrirla a su gusto, –a lo sumo limitado por la norma contra la "omisión" del deber de socorro–.

Respecto a toda esta problemática, consúltese Jakobs, La competencia por organización en el delito omisivo, Bogotá 1994, pp. 20 y ss., 32 y ss.

[78] Freund (nota 51), pp. 51 y ss., 88 y ss.; Timpe, Strafmilderungen des Allgemeinen Teils des StGB und das Doppelverwertungsverbot, 1983, pp. 171 y ss.; Vogel, Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten, 1993, pp. 354 y ss., 358 y ss., véase sin embargo también, pp. 373 y ss.; Jakobs (nota 51), 7/71. Crítico, Schünemann en: Dogmatik (nota 64), pp. 49 y ss., 50 y ss. (respecto a Freund y Jakobs), 58 y ss. (respecto a Vogel).

En la discusión, Isensee (Bonn) hizo alusión al diferente tratamiento que recibe la huelga (que es "según su noción: omisión del trabajo") del boicot activo. El ejemplo debería ser

cial, no pueda guardar la panera bajo llave o que deba facilitar activamente la panera que está guardada bajo llave, no es una cuestión del fundamento del deber, sino del casual *statu quo* del mundo exterior.

Para terminar, aclararé todavía las consecuencias de esta congruencia, de la mano de tres casos importantes para la práctica; son tres supuestos en conjunto controvertidos y hasta cierto punto actuales, bien por sí mismos, bien precisamente por las consecuencias que se extraen de ellos:

Primero: Si un paciente tiene esperanzas de vida tan sumamente reducidas, sobre todo, por lo que respecta a la clase de vida que le queda, el médico que le está tratando no se encuentra obligado a iniciar medidas de medicina intensiva, por ejemplo, con ayuda de un aparato corazón-pulmón o de un respirador. ¿Puede en tal situación interrumpir activamente las medidas anteriormente iniciadas? La decisión depende de a qué ámbito de organización pertenezca el tratamiento intensivo. Si se trata del ámbito del paciente, es seguro que el médico no tiene

---

clarificador en especial a causa de los límites de "la noción de la huelga": Mediante la no prestación de trabajo –también cuando el comportamiento sea contrario a un deber de trabajo– retornan las personas (los grupos de personas) a una pura relación negativa, en caso de que sólo se quiebre el papel de contratante. Sin embargo, en tanto la protección de bienes pertenezca al papel, la huelga es ilícita; en efecto, si no se verían perjudicadas no sólo las oportunidades, sino también la existencia del empresario. Ejemplo: Ningún chófer puede comenzar con una huelga, cuando él ha arrancado su vehículo (él tiene que hacer algo, si es que se quiere comportar dentro de la legalidad: parar); en todo caso, trabajos de necesaria existencia (calefacción, vigilancia) son así excluidos de la huelga, al igual que la huelga es imposible en actividades que han sido asumidas y que son genuinamente de necesaria existencia (servicios de urgencia), puesto que supondría un mero retorno al estado de personas aisladas. De acuerdo con esto, la jurisprudencia valora como violencia una huelga que es incompatible con la legitimidad de las relaciones entre personas ("estados caóticos" mediante "huelga de masas y general"), (BGH 8, p. 102 ss. [Tribunal Supremo Federal Alemán]). En consecuencia lo decisivo también en la huelga no es el omitir, *per se*, sino el alcance de la competencia de quien omita.

ningún derecho a predisponer aún más aquello que ya está organizado en forma propensa; en efecto, el contenido de una competencia por organización consiste precisamente en que no se pueden perturbar organizaciones ajenas. Así, –y esto es indiscutible– ningún médico puede dejar fuera de servicio un marcapasos implantado, una válvula cardíaca, o una prótesis articular. De todas formas, una asignación del tratamiento al ámbito de organización del paciente entra en consideración tan sólo para aquellos aparatos que –al menos por un cierto tiempo– puedan ser usados por el paciente independientemente del médico, de tal manera que este último pueda ser excluido de la organización del aparato. Pero éste no es precisamente el caso en supuestos de medidas de medicina intensiva; en tanto éstas se desarrollan por algún tiempo automáticamente, es cierto que el médico no tiene continuamente que actuar, pero el paciente tampoco puede organizar por su parte, con independencia del médico; antes bien, toda organización necesaria, incluido el control permanente, incumbe evidentemente al médico y a sus ayudantes. Se trata, pues, del ámbito de organización del médico, y no hallándose éste obligado a una organización de ayuda –debido a la situación del paciente–, es irrelevante cómo sea el estado interno del ámbito de organización. Es algo meramente casual, si una actividad es inminente [necesaria] o si el automatismo del aparato todavía funciona. Cómo ha de ser cuidado un paciente, sin embargo, no depende de casualidades; así pues, el médico[79] puede detener activamente una medida iniciada, si es que él no hubiese

[79] Respecto a la interrupción del tratamiento por parte de parientes con consentimiento (presunto) del paciente, y por parte de terceras personas no autorizadas, consúltense las referencias en Jakobs (nota 51), 7/nota 111.

tenido que iniciarla, en caso de que tal medida no marchase ya de manera automática.

La decisión es muy controvertida[80]. En tanto el resultado también aquí obtenido se defiende con los argumentos de que los aparatos serían una *longa manus* del médico y por tanto se trataría de una omisión cuando se pone fin a su funcionamiento, o bien, de que se trataría "valorativamente" de una omisión, nos hallamos, en el mejor de los casos, ante imágenes simbólicas e intuiciones, con cuya ayuda es insinuada la dirección, que no el camino, para una solución. Teniendo en cuenta, que tanto la acción como la omisión, esto es, ambas son organizaciones y que por ello el fundamento del deber respectivo es idéntico[81], tales vaguedades se vuelven superfluas.

El segundo caso por citar es sólo una –grotesca– variante del primero: Thomson[82] ha bosquejado, en el marco del debate sobre el aborto, el siguiente escenario –entre tanto, muy discutido–: una persona sana se encuentra contra su voluntad unida corporalmente a una persona enferma –en el ejemplo: un genial violinista–; la unión es tal que, por un lado, aquélla mantiene las funciones corporales de la persona enferma, que por su parte tampoco quiso esta unión, y,

---

[80] Referencias en Hirsch, en: Küper y otros (ed.), Festschrift für Lackner, 1987, pp. 597 y ss., 605 y ss.; Küpper, Grenzen der normativierenden Strafrechtsdogmatik, 1990, pp. 81 y ss.; Jakobs (nota 51), 7/64 con not. 110; véase también Birnbacher (nota 21), S. 337 ff.

[81] El fundamento del deber en el mandato se corresponde con la imputabilidad objetiva en la prohibición (en contra, por todos, Hirsch y Küpper, [nota 80], "problema especial", "particularidad"). Por ello, también es posible el homicidio a petición por omisión; Jakobs en: Schütz y otros (ed.), Festschrift für Schewe, 1991, pp. 72 y ss.

[82] En: Leist (ed.), Um Leben und Tod, 1990, pp. 107 y ss., 108 y ss.; una primera versión en: Philosophy and Public Affairs 1 (Princeton 1971), pp. 47 y ss., 48 y ss.; más literatura en Bernsmann, JuS 1994, pp. 9 y ss. nota 6; véase también Steinvorth, Klassische und moderne Ethik, 1990, pp. 180 y ss.; desde una perspectiva jurídica, últimamente, Unberath en: Byrd y otros (ed.), Jahrbuch für Recht und Ethik, tomo 3° (1995), pp. 437 y ss.

por otro, se causaría la muerte del enfermo si el sano produce la separación. La persona enferma vive por tanto de la unión con el sano, que, por su parte, ha quedado reducido a la vida de un organismo de abastecimiento. El ejemplo muestra de forma tajante cómo una prohibición, a saber, la prohibición de la separación de uniones, consistiría en un deber de solidaridad, y por ello, tal prohibición no se puede fundamentar partiendo de un planteamiento liberal, exactamente igual que tampoco se podría fundamentar desde el mencionado planteamiento un deber de prestarse a una unión todavía por disponer, –en todo caso, no sería fundamentable bajo la pena como reo del homicidio de la persona enferma–.

Otra cuestión distinta, es lo que da de sí este ejemplo para la prohibición del aborto. El ejemplo trataría de demostrar que a la "obligación originaria" de una mujer embarazada no pertenece la toma en consideración de su feto. Pero seguro que el punto de vista de que el feto vive a costa de la organización de la embarazada, es sólo un punto de vista de entre los posibles, igual que lo es el tradicional de que la embarazada –por lo menos, tras relaciones sexuales libres– ha perdido con el embarazo parte de su organización en favor del feto; e incluso en el caso de que el punto de vista mencionado en primer lugar fuese determinante, no se habría resuelto nada respecto a si existe un "fundamento jurídico especial" que obligue a la prestación (¿"maternidad"?). El ejemplo enseña pues sólo una cosa, pero esto, en todo caso, de forma clara: En una concepción liberal una acción fácticamente dañina no tiene por qué ser siempre contraria a una prohibición de lesión[83].

[83] Puesto que falta –más allá de lo meramente externo- una diferencia entre el tratamiento

El tercer caso se refiere al supuesto del autor de conciencia que, por ejemplo, es responsable de la muerte de otro Hombre. Se afirma que para medir su culpabilidad habría que distinguir entre acción y omisión. El omitir sería más bien disculpable o desde luego produciría una aminoración de la culpabilidad de mayor intensidad que la acción[84]; a este respecto, un argumento tomado de la sociología reza que la Sociedad puede adaptarse mejor al "desmoronamiento de prestaciones" que a una "acción antijurídica agresiva"[85] (lo que podría trasladarse a la totalidad de los casos con problemas de exigibilidad[86]). En efecto, puede que la Sociedad se las arregle mejor con un padre perteneciente a una secta que no lleve a su hijo al hospital cuando éste es alcanzado por un rayo, por creer que se trata de una decisión divina, lo cual significa su muerte segura, que cuando el padre mata sin más al niño estigmatizado; sin embargo, con una comparación de ambos casos no se puede probar nada porque en el caso de la omisión el padre quebranta el deber

---

jurídico-penal de la acción y el de la omisión, no se puede lograr tampoco aquí una comprensión del problema mediante un cambio de perspectiva de una configuración del comportamiento a la otra (de otro punto de vista, con la opción de la omisión en los supuestos de aborto, Bernsmann [nota 82], p. 13). La problemática tampoco es descrita en su totalidad mediante la contraposición, por una parte, de una "simply omission of an action" o "an omission of maternal support", y por otra, de una "deliberate action taken against the life of the umborn child" (así, sin embargo, Barry, Medical Ethics Essays on Abortion and Euthanasia, New York 1989, pp. 40, 46, y *pássim*; en sentido parecido, Finnis en: Philosophy and Public Affairs 2, Princeton 1972, pp. 117 y ss., 124, con la diferenciación entre "not keeping another person alive" y "direct killing"). Entremedias se encuentra la actividad, a la que parece referirse Thomson, la cual hay que entenderla como organización interna autorizada, y por cuyos resultados externos no hay pues que responder, antes bien hay que adjudicarlos a otros motivos de aclaración, aquí: la predisposición de la víctima.

[84] Schulte y Träger en: Krüper-Nieland (ed.) 25 Jahre Bundesgerichtshof, 1975, pp. 251 y ss., 263 y ss.; Peters, en: Geerds y otros (ed.), Festschrift für H. Mayer, 1966, pp. 257 y ss., 274 y ss.

[85] Luhmann, AöR 90, pp. 257 y ss., 282 y ss.

[86] Así, Hirsch, en: Jähnke y otros (ed.), Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar, 11ª ed., 16ª entrega, 1994, nota marg. 205 previa al § 32, con más referencias.

que pertenece a las relaciones paterno-filiales, mientras que en el supuesto de la acción, en cambio, quebranta tanto ese deber como el deber común (Jedermannspflicht) en virtud de una competencia por organización, y éste último es resistente contra reblandecimientos mediante la toma en cuenta de motivos de conciencia: Quien no toma al otro en cuenta ni tan siquiera como Persona, por los motivos que sean –pueden ser motivos de conciencia–, niega las condiciones elementales de la vida en Sociedad, y una Sociedad que premiase tendencias subjetivas a comportarse así, aunque sea tratándolas de forma indulgente, se autoliquidaría. La competencia en virtud de una organización –la relación negativa– como base sencillamente de toda constitución jurídica no puede tolerar tampoco, respecto de las omisiones, tomar en consideración motivos de conciencia. Un automovilista tiene que frenar si es que es necesario, y un motivo de conciencia –en vez de frenar, dedicarse inmóvil, por ejemplo, a rezar– no puede implicar aminoración de la culpabilidad por ser un claro *venire contra factum proprium* –el automovilista ha puesto el coche previamente en marcha[87]–.

Pero también en los deberes que van más allá de una relación negativa, los deberes institucionales –relación positiva–, una aminoración en los supuestos básicos queda excluida. Las instituciones pertinentes son socialmente irrenunciables y por ello no pueden existir motivos relevantes socialmente en contra de su configuración esencial. Así, en el ejemplo mencionado anteriormente, seguro que no habría que exculpar al padre, si deja de

[87] Cuando el origen de la decisión de conciencia puede transferirse a otra persona, esto puede suponer un motivo de exculpación; sobre esto, Jakobs (nota 51), 20/25.

alimentar a su hijo después de ser alcanzado por el rayo; de igual manera, los padres que piensan por razones de conciencia que no responden al no prestar absolutamente ninguna atención médica a sus hijos, ya no desempeñan el papel de "padres", niegan por tanto en el fondo la institución y únicamente por ello no pueden encontrar indulgencia[88]. Solamente cuando la incompatibilidad entre las razones de conciencia y la institución, afecta a sus casos marginales, esto es, cuando el papel que pertenece a esa institución se cumpla en lo esencial, se puede argumentar –puesto que el Derecho se beneficia de la existencia estable de normas "del fuero interno"– que él puede aceptar fallos concretos en la construcción de estas normas del fuero interno como un fallo inevitable, casi como el resultado desgraciado de un riesgo permitido inevitable cuando se produce la interiorización del Derecho[89].

El tratamiento equivalente de acción y omisión, que resulta imprescindible también aquí, puede ser aclarado, si se construye el caso antes mencionado, de tal forma que una acción le esté prohibida al padre sólo a causa de su papel especial: la acción se halla de tal manera configurada que para cualquiera estaría permitido (o la menos, no prohibido bajo pena de homicidio), mientras que precisamente en la persona del padre se encuentra prohibido a causa del "fundamento jurídico especial". Se tiene que imaginar una acción socialmente adecuada en su totalidad, que cualquiera

---

[88] A la mencionada (nota 87) transferencia por razón de la competencia de otro a causa del origen del conflicto, hay que agregar aquí la actuación a propio riesgo: Quien se casa con alguien, que considera que toda medicina convencional es obra del diablo, ciertamente no podrá exigir con total firmeza jurídico-penal, que aquél en caso de necesidad procure ayuda de la medicina convencional.

[89] Jakobs (nota 51), 20/24.

también en esa situación podría emprender, y que sólo para el especialmente obligado está prohibida; dos ejemplos: el habitual cerrar con llave la puerta de la casa, lo que supone, que se hace imposible una llamada de socorro exitosa de una tercera persona; o bien, el encargo hecho a un empleado para que realice una determinada tarea, motivo por el cual el empleado no se entera de un accidente y, por consiguiente, tampoco por su parte puede llevar a cabo un comportamiento salvador, cosa que, sin el encargo, seguro que hubiese podido realizar. Tales configuraciones de casos pueden parecer rebuscadas, pero en cualquier caso en las mencionadas actividades no se puede ya encontrar diferencia alguna con la omisión[90]; especialmente estaría fuera de lugar contraponer tal acción a modo de "comportamiento agresivo" frente a una omisión (¿pacífica, a pesar de ser contraria al deber?)[91]. De forma análoga sucede cuando alguien que está obligado contra su conciencia a realizar el servicio militar, por un lado abandona la tropa, o por otro, no regresa a la misma después de las vacaciones; o bien, cuando una enfermera a súplicas de un paciente lleno de sufrimientos –pero, puesto que es por deseo del paciente, sin dañar su personalidad– ora abre una ventana de modo que el frio mata al paciente, ora no vuelve a cerrar pronto la ventana que había sido abierta para una breve ventilación. Puesto que los motivos del deber son idénticos, idéntica es también la consecuencia jurídica de la situación de conciencia del comportamiento; en otras palabras, los límites determinantes

---

[90] En las conclusiones, en lo esencial como aquí Rudolphi en: Stratenwerth y otros (ed.), Festschrift für Welzel, 1974, pp. 605 y ss., 628 y ss.; probablemente también así, Roxin en: Arthur Kaufmann y otros (ed.), Festschrift für Maihofer, 1988, pp. 389 y ss., 393 y ss.

[91] Véase supra nota 85.

transcurren de nuevo no entre acción y omisión, sino por una parte, entre aquellos comportamientos de conciencia que en lo esencial respetan la personalidad, y, por otra parte, su falta de respeto en lo esencial.

En consecuencia, el trabajo, la actividad, ha perdido su lugar como criterio clave de la teoría de la imputación jurídico-penal, de igual modo que el perceptible *corpus delicti* retrocedió desde hace tiempo ante la ejecución típica abstracta; y el corte que separa las normas liberales de las no liberales divide, no acción y omisión, sino que transcurre tanto a través de la acción como de la omisión. Bien es cierto que la preferencia de la prohibición por parte de Kant, Fries, Feuerbach y Hegel (en el derecho abstracto) sigue teniendo repercusiones en la actualidad, como muestra la afanosa búsqueda por no pocos autores de una similitud naturalista de la omisión con la acción, pero soluciones sistemáticas no pueden ser obtenidas así. El criterio clave es la "competencia"[92], el "ser-competente", ya sea competencia a consecuencia de un *status* negativo –el deber de no dañar a los demás–, ya sea a consecuencia de un *status* positivo –el

---

92 Se trata, pues, de un principio normativo; por ello no puede lograrse una solución en tanto acción y omisión por principio sean equiparados y entonces sean ponderados según criterios naturalistas (entre otros criterios, el "poder amenazador", Birnbacher, nota 21, o el "coste para el actor", *ibid.* pp. 133 y ss.). En un mundo vacío normativamente, no hay ni responsabilidad por acción ni por omisión, siendo por ello irrelevante el "poder amenazador" o el "coste". Con un orden normativo queda establecido, qué debe tenerse por amenazador o por costoso.
En la discusión, preguntó W. Lübbe (Konstanz) por la diferencia entre el enfoque aquí mantenido y un planteamiento teórico-equivalente. Este último se basaría en la "irrelevancia moral de la diferencia [de la acción y de la omisión]" y llegaría así a un "igual tratamiento práctico de imputación de las consecuencias de la acción y las de la omisión", por ejemplo, un homicidio activo y un dejar-morir. Si no se quisiera seguir este punto de vista, quedaría tan sólo la posibilidad de recurrir a la diferencia de actividad y pasividad, que quizá se podría justificar -prosiguió Lübbe- porque "una competencia por organización para cosas del mundo exterior más allá del propio cuerpo sólo [se adquiriere] mediante

deber de configurar plena o parcialmente un mundo en común–. La separación de acción y omisión afecta a una cuestión técnica de segundo orden, a saber: cómo hay que organizar para cumplir con el deber, partiendo del –casual– *statu quo* existente. La configuración de la Sociedad[93], sin embargo, no se plasma en tales naturalismos (acción/omisión) o en estructuras lógico-materiales ajenas a ella, sino en instituciones (*status* negativo/*status* positivo).

---

acción y no mediante omisión". Si bien esto podría tener vigencia "en rigor sólo para Sociedades liberales", y puesto que en éstas por lo menos "la relevancia de la diferenciación" ya se encontraría "en el planteamiento liberal", la diferencia no podría ser "superada" dentro de este planteamiento.

Con esto hay que estar de acuerdo, en tanto se trata aquí de exponer las consecuencias de un planteamiento liberal. No hay por principio alternativa a tal comienzo normativo; en efecto, por lo menos con una norma comienza ya la Sociedad. En un contexto de imputación es, pues, una equivalencia, determinada en forma naturalista, un dato insignificante. Otra cuestión que no ha sido tratada aquí es si alguien en una Sociedad constituida en forma liberal puede llegar a ser una Persona completa (creadora de consecuencias jurídicas) sin ninguna acción; en efecto, esto no podría suceder –incluso para el propio cuerpo como ámbito de organización de la Persona–, pero asimismo, y esto debe ser remarcado, tampoco sin omisiones. Quien revoca el significado de cada acción mediante otra acción (quien tira lo que ha trabajado), o quien actúa tan sólo descoordinadamente, se encuentra en la misma situación que aquel que no ha hecho absolutamente nada. No tiene por qué haber una acción al comienzo (y en verdad no, cuando una organización ya existente se convierte en automática, o en caso de herencia), aunque esto será lo que suceda en la mayoría de las ocasiones (en eso se basa la plausibilidad de la teoría del trabajo, véase nota 1). Pero incluso cuando esto fuera de otra forma, la acción no se encontraría en la práctica sin embargo conceptualmente al comienzo (normativamente no hay preferencia por la acción), y en este sentido además resultaría, que incluso en una Sociedad extremadamente liberal, esto es, una constitución social limitada a competencia por organización, todas las prohibiciones no serían legítimas ni todos los mandatos ilegítimos para aquellos que entonces –suponiendo: mediante acción– fuesen personas.

[93] En la discusión reprocharon Großfeld (Münster) la abstracción de la exposición realizada ("La imagen del Hombre individual desaparece") y Siep (Münster) la limitación a la "lógica interna" de un modelo social descuidando el "autoentendimiento humano" y la "representación del bienestar natural o precisamente del no-bienestar de los hombres". Pues bien, tales principios también pueden ser acogidos en una concepción funcional-social: Seguro que el modelo liberal dispone, por ejemplo, de una "imagen" de individualidad y de "bienestar o precisamente de no-bienestar", pero esto, sencillamente, debe ser juridificado, transformado en normas que se dirigen a Personas, esto es, a portadores de papeles. Sobre esto, en detalle, Jakobs, ZStW 107 (1995), pp. 843 y ss., 849 y ss., 859 y ss.



Impreso por el Departamento de Publicaciones
de la Universidad Externado de Colombia
en septiembre de 1996.

Se compuso en caracteres Palatino de 12 puntos y
se imprimió sobre papel bond de 75 gramos,
con un tiraje de 1.000 ejemplares.

Post Tenebras Spero Lucem