

AUSGABE 5/2009

S. 195 - 274

4. Jahrgang

Inhalt

Sonderausgabe für Prof. Loos zum 70. Geburtstag
Edición especial para el Prof. Loos en homenaje a sus 70 años

Vorbemerkung zur aktuellen Ausgabe

Vorwort/Prólogo

Von RiLG Prof. Dr. Kai Ambos, Göttingen 195

Einführung zum Inhalt der aktuellen Ausgabe

Presentación

De RiLG Prof. Dr. Kai Ambos, Göttingen,
RiOLG Prof. Dr. Henning Radtke, Hannover 196

Einführung

Von RiLG Prof. Dr. Kai Ambos, Göttingen,
RiOLG Prof. Dr. Henning Radtke, Hannover 198

AUFSÄTZE

Strafrecht

**La influencia de Welzel y del finalismo, en general,
en la Ciencia del Derecho penal española y en la
de los países iberoamericanos**
De Prof. Dr. Dr. h.c. mult. José Cerezo Mir, Madrid 200

**Der Einfluss von Welzel und der finalen Handlungslehre
im Allgemeinen in der Strafrechtswissenschaft von Spanien
und den iberoamerikanischen Ländern**
Von Prof. Dr. Dr. h.c. mult. José Cerezo Mir, Madrid 212

**Hans Welzel (1904-1977) – La búsqueda de lo suprapositivo
en el Derecho**
De Prof. Dr. Fritz Loos, Göttingen 225

Habermas, Facticidad y validez
De Prof. Dr. Fritz Loos, Göttingen 240

**Sobre el contenido del elemento subjetivo de las causas
de justificación**
De Prof. Dr. Fritz Loos, Göttingen 249

**Sobre la limitación del derecho de legítima defensa
a causa de provocación**
De Prof. Dr. Fritz Loos, Göttingen 257

Del „bien jurídico“ en los delitos de cohecho
De Prof. Dr. Fritz Loos, Göttingen 266

Herausgeber

Prof. Dr. Roland
Hefendehl
Prof. Dr. Andreas Hoyer
Prof. Dr. Thomas Rotsch
Prof. Dr. Dr. h.c. mult.
Bernd
Schünemann

Schrittleitung

Prof. Dr. Thomas Rotsch

Redaktion (national)

Prof. Dr. Mark Deiters
Prof. Dr. Michael
Heghmanns
Prof. Dr. Thomas Rotsch
Prof. Dr. Arndt Sinn
Prof. Dr. Mark Zöller

Redaktion (international)

RiLG Prof. Dr. Kai
Ambos
International Advisory
Board

Webmaster

Prof. Dr. Thomas Rotsch

Internetauftritt

René Grellert

ISSN

1863-6470

Vorwort/Prólogo

Von RiLG Prof. Dr. **Kai Ambos**, Göttingen

Vorwort zur Sonderausgabe für Prof. Dr. Fritz Loos, Göttingen

Diese Ausgabe der ZIS ist Prof. *Dr. Loos* zu seinem 70. Geburtstag gewidmet. Der *Unterzeichner* hat mit der Unterstützung von Prof. *Dr. Henning Radtke*, einem Schüler von *Loos*, die Übersetzung einiger grundlegender Texte von *Loos* in die spanische Sprache organisiert. Diese Texte wurden Anfang 2009 – mit einer Einführung der Herausgeber und einem Aufsatz von Prof. *Dr. Dr. h.c. mult. Cerezo Mir* (Madrid) – in der „Colección de Ciencias Penales“ des angesehenen chilenischen Verlags „Editorial Juridica de Chile“ veröffentlicht. Das Werk wurde im Rahmen eines wissenschaftlichen Kolloquiums zu Ehren von Prof. Loos am 25. April 2009 in Göttingen vorgestellt.

Der Verlag hat der ZIS den Nachdruck der genannten spanischen Texte zum Zwecke ihrer weltweiten Verbreitung genehmigt. Wir veröffentlichen außerdem die deutsche Fassung der Einführung der Herausgeber und des Aufsatzes von *Cerezo*. Wir danken dem Verlag für die Genehmigung des Nachdrucks.

Kai Ambos, Göttingen, Mai 2009

Prólogo de la edición especial para el Prof. Dr. Fritz Loos, Gotinga

Esta edición especial de la revista ZIS esta dedicada al Prof. *Dr. Fritz Loos* por su septuagésimo cumpleaños. El *suscriptor* ha organizado con el apoyo de Prof. *Dr. Henning Radtke*, un discípulo de *Loos*, las traducciones de algunos textos básicos de *Loos* en español. Estos textos ya fueron publicados – juntos a una introducción de los editores y un ensayo del Prof. *Dr. Dr. h.c. mult. Cerezo Mir* (Madrid) – en la „Colección de Ciencias Penales“ de la prestigiosa „Editorial Jurídica de Chile“ a principios del año 2009. La obra fue presentada en el marco de un coloquio para el Prof. Loos en Gotinga el 25 de abril de 2009.

Con el propósito de apoyar la distribución mundial, la Editorial Jurídica de Chile ha autorizado la reimpresión de los textos en español por la revista ZIS. Además publicamos en esta edición especial la introducción de los editores en alemán y el ensayo de *Cerezo* en su versión alemana. Agradecemos a la editorial por la autorización de la reimpresión.

Kai Ambos, Gotinga, Mayo 2009

Presentación

De RiLG Prof. Dr. **Kai Ambos**, Göttingen und RiOLG Prof. Dr. **Henning Radtke**, Hannover

El 23 de enero de 2009 *Fritz Loos* celebró en Gotinga, rodeado de la familia, el septuagésimo aniversario de su nacimiento. El cumpleaños brinda la ocasión de arrojar una mirada a su carrera académica, apreciar su obra científica, traer a la memoria sus contribuciones más importantes en el ámbito del Derecho penal material y darlas a conocer también en el vasto círculo jurídico hispanohablante, ligado por muchos respetos a Alemania.

Nacido en Siegerland, *Fritz Loos* creció en el seno de una familia perteneciente a la burguesía culta, tomando esta expresión en su mejor y más genuino sentido. Sus padres fueron profesores de instituto de orientación clásica; la madre, una de las primeras mujeres alemanas doctoradas en Filología. Mucho de lo que sería característico en el hijo como hombre y como científico, debe de hallar sus bases en ese hogar; la formación, de desacostumbrada amplitud, la versada familiaridad en las cuestiones filosóficas, que no sólo recorre la obra científica, sino distingue también a la persona de *Fritz Loos*. Tras concluir brillantemente estudios en Bonn y el período de práctica jurídica en el distrito del tribunal superior de Dusseldorf, el joven y aventajado jurista, animado por la consagración al estudio, llama la atención de *Hans Welzel*, quien lo incorpora al número no reducido de sus asistentes. Al conversar con *Fritz Loos* deviene cada vez más claro lo significativa que fue para él la época que compartió en Bonn con *Günter Jakobs*, *Hans-Joachim Hirsch*, *Hans-Ludwig Schreiber*, también *Eberhard Struensee*, entre otros. No sólo son legendarios los seminarios a cargo de *Hans Welzel* y *Armin Kaufmann*, sino, además, los torneos de tenis de mesa sobre los escritorios juntos de la sala de asistentes. La influencia científica del maestro *Welzel*, que, naturalmente, ocupa el primer lugar, es perceptible en la excelente disertación “Zur Recht- und Rechtslehre Max Webers” (1970). El escrito de habilitación acerca de la teoría del bien jurídico, cuyas conclusiones medulares fueron publicadas en la contribución del autor al Libro de Homenaje a *Hans Welzel* (Zum Rechtsgut der Bestechungsdelikte, de 1974), anuncia la orientación básica de la ulterior actividad investigadora, el ocuparse de los fundamentos del Derecho en aspectos muy diversos entre sí. Uno de los ejes de aquélla lo forman sus aportes a los elementos subjetivos del hecho punible; el tipo subjetivo del delito doloso recibe tratamiento, lo mismo que la importancia de los elementos subjetivos de la justificación (al efecto, véase la contribución respectiva en el Libro de Homenaje a *Dietrich Oehler*, de 1975). Son de tal importancia estos aportes a cuestiones fundamentales de la Dogmática penal, que merecen ser conocidos allende el ámbito jurídico de lengua alemana.

El período de asistente en Bonn concluye en 1975, cuando es llamado a Gotinga, de momento, como consejero académico y profesor. *Fritz Loos* permaneció fielmente en la Facultad de Gotinga hasta su jubilación, en 2006, pese a haber recibido una honrosa invitación de la Facultad jurídica de la Universidad de Colonia. Sirvió a su Facultad como decano, cargo en cuyo ejercicio estableció relaciones con la Universidad de Nanking, en una época en que los contactos

científicos no eran en absoluto la regla en la República Popular China. La iniciativa se demostró fructífera y cobró forma institucional en el Instituto Chino-Alemán de Ciencia Jurídica, que en el ínterin ha funcionado establemente por más de veinte años. Además de las tareas de administración universitaria en la Facultad, *Fritz Loos* ocupó por espacio de cuatro años el cargo de miembro elegido del Senado académico de la Universidad Georg August. Siempre prestó especial atención, en distintos respetos, a la formación jurídica alemana, incluso más allá de su propia Universidad. En el comité permanente del Congreso de Juristas de Facultades Alemanas, del que fue miembro y presidente por muchos años, *Fritz Loos* luchó por una reforma sensata y moderada de la formación jurídica en este país, reforma justamente apreciada en el extranjero, y trató de contrarrestar propuestas absurdas procedentes del mundo de la política. Este quehacer le valió buenos contactos con los directores de todos los órganos de calificación judicial en Alemania, lo que redundó en su actividad como vicepresidente del de Baja Sajonia.

Sin embargo, junto al criminalista y iusfilósofo, no hay que olvidar a *Fritz Loos* como profesor, siquiera esta faceta de su obra académica no puede cobrar expresión en los trabajos reunidos en este volumen. Con todo, quien haya escuchado un acto profesoral de *Fritz Loos* captará de inmediato lo que queremos decir. Como académico, *Loos* es un profesor brillante. Libre de toda pretensión, sin afanes de notoriedad, pero provisto de un gran entusiasmo personal por el tema y una enorme habilidad retórica y dialéctica, *Loos*, sin utilizar los «medios técnicos modernos», cautiva a sus oyentes y consigue apasionarlos por la materia jurídica sobre la que diserta, porque se percibe que él mismo está fascinado por ella y que ésta lo apremia a enseñarla al más alto nivel, y a transmitirla de modo que los alumnos tengan éxito en el examen. Es una pena por todos aquellos que no han tenido el placer de presenciar una clase de *Fritz Loos*.

Ahora bien, el presente volumen ha de dar a quienes no dominan lo suficiente la lengua alemana, la posibilidad de formarse su propia impresión de la obra académica del autor, merced a una selección de sus escritos. La divulgación en el extranjero, incluso en los países hispanohablantes, del pensamiento de los profesores alemanes de Derecho penal, a menudo depende de casualidades, contactos científicos personales y la “autopromoción” de los autores respectivos. De ahí que *Fritz Loos* sea conocido en Hispanoamérica y España más como discípulo de *Hans Welzel* – no en último término por la traducción de la undécima edición del *Deutschen Strafrechts* (en cuyo Prólogo se nombra a *Loos*), publicada por la Editorial Jurídica de Chile –, que por su obra propia. Este volumen, que responde cabalmente al sentido en que se concibe a sí misma la «Colección de Ciencias Penales», pretende colmar dicha laguna con la primera publicación castellana de algunos de los artículos fundamentales del autor. Estamos muy agradecidos de los traductores – *José Luis Guzmán Dalbora*, de Valparaíso (Chile); *Iván Meini*, de Lima (Perú); *Mariano Melendo*

Pardos, de Madrid (España); *Rodrigo Aldoney*, de Santiago de Chile, y *Ezequiel Malarino*, de Buenos Aires (Argentina) – por haber acometido la nada fácil tarea de traer al castellano los textos de *Fritz Loos*, sin recibir por ello una compensación económica y, al revés, sacrificando su tiempo libre. Agradecemos, además, al colega *Cerezo Mir*, de Madrid, un viejo conocido del autor, por su Introducción sobre «La influencia de *Welzel* y del finalismo en general, en la Ciencia del Derecho penal española y en la de los países Iberoamericanos».

Finalmente, vaya nuestra gratitud a la Editorial por la tempestiva publicación de la obra. *Ad multos annos, Fritz Loos!*

Kai Ambos y Henning Radtke,
Gotinga y Hanóver, enero de 2009

Einführung

Von RiLG Prof. Dr. **Kai Ambos**, Göttingen, und RiOLG Prof. Dr. **Henning Radtke**, Hannover

Am 23. Januar 2009 feierte *Fritz Loos* in Göttingen seinen 70. Geburtstag im Kreis seiner Familie. Sein Geburtstag ist Anlass einen Blick auf seinen akademischen Werdegang zu werfen, sein wissenschaftliches Werk zu würdigen und seine wichtigsten Beiträge aus dem Bereich des materiellen Strafrechts in Erinnerung zu rufen und auch in dem großen, mit Deutschland vielfach verbundenen spanischsprachigen Rechtskreis bekannt zu machen.

Im Siegerland geboren wuchs *Fritz Loos* in einer im wahrsten und besten Sinne des Wortes bildungsbürgerlichen Familie auf. Seine Eltern waren beide Gymnasiallehrer, seine Mutter eine der ersten Philologinnen, die in Deutschland promovierte. Vieles von dem, was ihn als Menschen und Wissenschaftler charakterisiert, dürfte bereits in diesem Elternhaus angelegt worden sein; die ungemein umfassende Bildung, die Belesenheit und die Vertrautheit mit der Philosophie, die nicht nur das wissenschaftliche Werk durchzieht, sondern auch für die Person *Fritz Loos* kennzeichnend ist. Nach dem glänzend absolvierten Studium in Bonn und dem juristischen Vorbereitungsdienst im Oberlandesgerichtsbezirk Düsseldorf wird *Hans Welzel* auf den hochbegabten, von der Studienstiftung geförderten jungen Juristen aufmerksam und reiht ihn in die nicht geringe Zahl seiner Assistenten ein. In Gesprächen mit *Fritz Loos* wird immer wieder deutlich, wie prägend die gemeinsame Bonner Zeit u.a. mit *Günter Jakobs*, *Hans-Joachim Hirsch*, *Hans-Ludwig Schreiber*, aber auch *Eberhard Struensee* für ihn war. Nicht nur die Seminare bei *Hans Welzel* und *Armin Kaufmann* sind legendär, sondern auch die Tischtennisturniere auf den zusammen geschobenen Schreibtischen in den gemeinsamen Assistentenzimmern. Die natürlich im Vordergrund stehende wissenschaftliche Beeinflussung durch den Lehrer *Hans Welzel* wird in der exzellenten Dissertation „Zur Wert- und Rechtslehre Max Webers“ (1970) deutlich. Die Habilitationsschrift zur Rechtsgutslehre, deren wesentliche Erkenntnisse in seinem Beitrag für die *Welzel-Festschrift* (Zum Rechtsgut der Bestechungsdelikte, 1974) publiziert sind, zeigt bereits die grundlegende Ausrichtung der zukünftigen Forschungstätigkeit an, die Beschäftigung mit den Grundlagen des Rechts unter ganz verschiedenen Aspekten. Einen gewissen Schwerpunkt bilden dabei Beiträge zu subjektiven Elementen der Straftat; der subjektive Tatbestand des Vorsatzdelikts wird ebenso behandelt wie vor allem auch die Bedeutung des subjektiven Rechtfertigungselements (siehe dazu den Beitrag in der *Festschrift* für *Dietrich Oehler*, 1985). Die vorgenannten Beiträge zu grundlegenden Fragen der Strafrechtsdogmatik sind von so großer Bedeutung, dass sie verdienen, auch über den deutschsprachigen Rechtsraum hinaus bekannt zu werden.

Die Bonner Assistentenzeit endet 1975 mit der Berufung nach Göttingen, zunächst als akademischer Rat und Professor. Der Göttinger Fakultät ist *Fritz Loos* bis zu seiner Emeritierung 2006 trotz eines ehrenvollen Rufs an die Juristische Fakultät der Universität zu Köln treu geblieben. Er hat der Fakultät als Dekan gedient und in seiner Amtszeit den Kon-

takt zu der Universität in Nanking zu einer Zeit begründet, zu der wissenschaftliche Kontakte in die Volksrepublik China keineswegs die Regel waren. Die Kontaktaufnahme hat sich als fruchtbar und in Gestalt des Deutsch-Chinesischen Instituts für Rechtswissenschaft institutionell stabil über mittlerweile mehr als 20 Jahre erwiesen. Neben der akademischen Selbstverwaltung in der Fakultät war *Fritz Loos* vier Jahre lang als Wahlsektor der Georg-August-Universität engagiert. Über seine Universität hinaus hat sein besonderes Augenmerk in mehrfacher Hinsicht stets der deutschen Juristenausbildung gegolten. *Fritz Loos* hat immer wieder im Ständigen Ausschuss des Deutschen Juristen-Fakultätentages, deren langjähriges Mitglied und Vorsitzender er war, für eine sinnvolle und moderate Reform der im Ausland zu Recht hoch geschätzten deutschen Juristenausbildung gerungen und unsinnige Vorschläge aus der Politik abzuwehren unternommen. Bei diesem Wirken ist ihm der gute Kontakt zu den Leitern sämtlicher Justizprüfungsämter in Deutschland zugute gekommen, der sich aus seiner Tätigkeit als Vizepräsident des Niedersächsischen Landesjustizprüfungsamtes ergab.

Neben dem Strafrechtsdogmatiker und dem Rechtsphilosophen *Fritz Loos* soll aber der akademische Lehrer *Fritz Loos* nicht vergessen werden, auch wenn diese Seite seines akademischen Wirkens in den in diesem Band zusammen gefassten Beiträgen nicht ausgedrückt werden kann. Wer aber je eine Lehrveranstaltung bei *Fritz Loos* gehört hat, weiß sofort, was gemeint ist. Der akademische Lehrer *Fritz Loos* ist ein brillanter Lehrer. Völlig unprätentiös, ohne Effekthascherei, aber mit großer eigener Begeisterung für die Sache, mit enormem rhetorischem und didaktischem Geschick auch ohne Einsatz „moderner Medien“ fesselt er seine Hörer und begeistert sie für den vorgetragenen Rechtsstoff, weil man merkt, dass er ihn selbst fesselt und dass es ihm ein echtes Anliegen ist, auf höchstem Niveau zu lehren und den Stoff zu vermitteln, dessen es bedarf, um im Examen zu reüssieren. Bedauerlich für all jene, die nie in den Genuss gekommen sind, den Lehrer *Fritz Loos* im Hörsaal zu erleben.

Der vorliegende Band soll nun all denjenigen, die des Deutschen nicht ausreichend mächtig sind, die Chance geben, sich durch ausgewählte Schriften von *Fritz Loos* einen eigenen Eindruck von seinem akademischen Wirken zu verschaffen. Die Verbreitung des Denkens deutscher Strafrechtler im Ausland, auch und gerade im spanischsprachigen Ausland, ist häufig von Zufälligkeiten, wissenschaftlichen Kontakten und der „Eigenvermarktung“ der entsprechenden Autoren abhängig. Das Bild, das das deutsche Strafrecht im Ausland bietet, ist damit immer auch notwendig selektiv und auf einige wenige „berühmte“ Autoren beschränkt. So ist auch *Fritz Loos* in Lateinamerika und Spanien fast mehr als Schüler von *Hans Welzel* – nicht zuletzt durch die Übersetzung von der im *Editorial Juridica de Chile* erschienenen 11. Aufl. des „Deutschen Strafrecht“ (wo *Loos* im Vorwort erwähnt wird) – als durch seine eigenen Werke bekannt. Dieser Band soll – ganz im Sinne des Selbstverständnisses dieser „Colección“ – diese

Lücke durch die erstmalige spanische Veröffentlichung einiger grundlegender Aufsätze von *Fritz Loos* schließen. Wir sind den Übersetzern (*José Luis Guzmán Dalbora*, Valparaiso, Chile; *Ivan Meini*, Lima, Peru; *Mariano Melendo Pardos*, Madrid, Spanien; *Rodrigo Aldoney*, Santiago, Chile und *Ezequiel Malarino*, Buenos Aires, Argentinien) sehr dafür dankbar, dass sie sich der nicht einfachen Aufgabe der Übersetzung der Texte von *Fritz Loos* – ganz ohne finanzielle Kompensation und unter Aufopferung ihrer Freizeit – gestellt haben. Wir danken Herrn Kollegen *Cerezo Mir* (Madrid), auch ein alter Bekannter von *Fritz Loos*, für die Einführung über den “Einfluss von *Welzel* und der finalen Handlungslehre im Allgemeinen in der Strafrechtswissenschaft von Spanien und den iberamerikanischen Ländern.”

Wir sind schließlich dem Verlag für die zeitige Veröffentlichung des Werks dankbar. *Ad multos annos, Fritz Loos!*

*Kai Ambos und Henning Radtke,
Göttingen und Hannover, Januar 2009*

La influencia de Welzel y del finalismo, en general, en la Ciencia del Derecho penal española y en la de los países iberoamericanos

De Prof. Dr. Dr. h.c. mult. **José Cerezo Mir**, Madrid

Es para mi un gran honor poder colaborar en el Libro Homenaje al profesor Fritz Loos. Conocí al profesor Loos hace ya muchos años en Bonn, en los seminarios del profesor Welzel y desde entonces he seguido con gran interés su carrera docente e investigadora. Por ello, cuando el profesor Kai Ambos me sugirió como tema para mi contribución al Libro Homenaje la influencia de Welzel y del finalismo, en general, en España y en los países iberoamericanos, me pareció que era muy apropiado.

I. La difusión del finalismo en España e Iberoamérica

La doctrina de la acción finalista fue dada a conocer en España por el profesor *Rodríguez Muñoz* en diversos artículos y sobre todo mediante su monografía „La doctrina de la acción finalista”¹. En esta obra hizo una exposición detallada de dicha doctrina y de sus consecuencias en la teoría del delito, así como una aguda crítica de las dificultades con que tropezaba entonces la doctrina de la acción finalista en los delitos culposos². Los jóvenes penalistas españoles prestaron gran atención a estas nuevas ideas. Por mi parte estuve en la Universidad de Bonn, trabajando bajo la dirección del profesor *Welzel* desde 1956 hasta 1960 y *Córdoba Roda* estuvo también largo tiempo trabajando junto al profesor *Maurach* en la Universidad de Munich. Después de nuestro regreso a España, *Córdoba Roda* publicó dos importantes libros „El conocimiento de la antijuricidad en la teoría del delito”³ y „Una nueva concepción del delito. La doctrina finalista”⁴, así como la traducción del „Tratado de Derecho Penal”, de *Maurach*, con extensas y elaboradas notas⁵, en los que dió a conocer y llevó a cabo un detenido análisis crítico del finalismo en la versión de *Maurach*. Por mi parte, traduje al español la cuarta edición de „El nuevo sistema del Derecho Penal”, de *Welzel* y la publiqué con una serie de notas en las que hacía un análisis crítico de su pensamiento, sobre todo en relación con el Derecho penal español⁶. A continuación publiqué

traducciones de la monografía de *Stratenwerth* „Das rechtstheoretische Problem der <Natur der Sache>” y la conferencia que *Welzel* pronunció en Madrid, en 1968, „La doctrina de la acción finalista, hoy”⁷.

La polémica en torno a la doctrina de la acción finalista fue muy intensa en los años sesenta y setenta del pasado siglo en España y en los países iberoamericanos, donde tuvieron una gran difusión las traducciones anteriormente mencionadas. Se tradujo también en Argentina la tercera edición de la Parte General del Manual de *Welzel* por *Carlos Fontán Balestra* y *Eduardo Frike*, en 1956⁸ y en Chile la undécima edición, por *Juan Bustos Ramírez* y *Sergio Yañez Román*, en 1970⁹. También se tradujeron al español y se publicaron las obras fundamentales de *Armin Kaufmann* „Lo vivo y lo muerto en la teoría de las normas de Binding”¹⁰ y „La dogmática de los delitos de omisión”¹¹, el „Derecho Penal. Parte General, I El hecho punible”, de *Stratenwerth*¹², la actualización del Tratado de *Maurach* por *Heinz Zipf* y *Karl Heinz Gössel*¹³, la monografía de *Zielinski* sobre el desvalor de la acción y el desvalor del resultado en el concepto de lo injusto¹⁴, las Obras Completas de *Hirsch*¹⁵, así

publicado posteriormente una nueva edición de mi traducción y las notas, con una introducción del profesor uruguayo *Gonzalo Fernández*, 2001. El profesor brasileño *Luiz Regis Prado* ha publicado una traducción al portugués de mi traducción y las notas: O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista, 2001.

⁷ *Stratenwerth*, El problema de la ‘naturaleza de las cosas’ en la teoría jurídica, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid, tomo 8, No. 19, 1964; *Welzel*, La doctrina de la acción finalista, hoy, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1968, fasc. 2.

⁸ *Welzel*, Derecho Penal, 1956.

⁹ *Welzel*, Derecho Penal Alemán. Parte General, 11ª ed. 1970.

¹⁰ *Kaufmann*, Teoría de las normas. Fundamentos de la Dogmática penal moderna, 1977, traducida por *Enrique Bacigalupo* y *Ernesto Garzón Valdés*.

¹¹ *Kaufmann*, Dogmática de los delitos de omisión, traducción por *Cuello Contreras/Serrano González de Murillo*, 2000.

¹² *Stratenwerth*, La segunda edición fue traducida por *Gladys Romero*, Instituto de Criminología, Universidad Complutense de Madrid, 1982 y la cuarta por *Manuel Cancio Meliá* y *Marcelo A. Sancinetti*, 2005.

¹³ *Maurach/Zipf*, Derecho Penal, Parte General, 1, Teoría general del Derecho Penal y estructura del hecho punible, traducción de la 7ª ed. por *Jorge Bofill Genzsch* y *Enrique Aimone Gibson*, 1994; *Maurach/Gössel/Zipf*, Derecho Penal. Parte General, Tomo II, Formas de aparición del delito y las consecuencias jurídicas del hecho, 1995.

¹⁴ *Zielinski*, Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff, Untersuchungen zur Struktur von Unrechtsbegründung und Unrechtsausschluss, 1973, traducido por

¹ *Rodríguez Muñoz*, La doctrina de la acción finalista, 1953. Antes había publicado los artículos “La acción finalista en Derecho Penal”, Jus 1944 y “Consideraciones sobre la doctrina de la acción finalista”, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1953, fasc. 2º.

² Véase, a este respecto, mi artículo „Der finale Handlungsbegriff als Grundlage des Strafrechtssystems. Eine Erörterung der Kritik von Rodríguez Muñoz an der Fahrlässigkeitsauffassung von Welzel“, ZStW 71 (1959), p. 44 ss. (publicado también en español en el Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, fasc. 3º, 1959; „El concepto de la acción finalista como fundamento del sistema del Derecho penal”).

³ *Córdoba Roda*, 1962.

⁴ *Córdoba Roda*, 1963.

⁵ *Córdoba Roda*, en dos tomos, 1962.

⁶ *Welzel*, El nuevo sistema del Derecho Penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista, 1964. Se ha

como numerosos artículos de otros representantes de la doctrina de la acción finalista (*Struensee*, *Schöne*) y de los anteriormente mencionados.

Con base en la doctrina de la acción finalista se han publicado en España y en los países iberoamericanos numerosos e importantes Manuales y Tratados de la Parte General del Derecho Penal. En Argentina *Enrique Bacigalupo* publicó sus „Lineamientos de la teoría del delito”¹⁶, *Eugenio Raúl Zaffaroni* su famoso „Tratado de Derecho Penal”, en cinco tomos, que ha ejercido una gran influencia en toda Iberoamérica¹⁷ y *Edgardo Alberto Donna* su „Teoría del delito y de la pena”¹⁸ y recientemente ha publicado un primer tomo de un amplio Tratado¹⁹. En Chile *Enrique Cury* y *Luis Cousiño MacIver* han publicado magníficos tratados de Parte General²⁰. En Brasil *Heleno Claudio Fragoso* publicó sus „Lições de Direito Penal. Parte Geral”²¹, y *Luiz Regis Prado* ha publicado un „Curso de Direito Penal Brasileiro”²²; en Perú *Felipe Villavicencio Terreros* publicó sus „Lecciones de Derecho Penal. Parte General”²³ y en Ecuador *Alfonso Zambrano Pasquel* ha publicado un „Derecho Penal. Parte General”²⁴. En España he publicado un „Curso de Derecho Penal Español. Parte

Sancinetti, Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito, Análisis de la estructura de la fundamentación y exclusión del ilícito, 1990.

¹⁵ *Hirsch*, Derecho Penal, Obras Completas, cuatro tomos (1999, 2000, 2003 y 2005).

¹⁶ *Bacigalupo*, Lineamientos de la teoría del delito, 1974. Su posterior Manual Principios de Derecho Penal. Parte General, 4ª ed. 1997, está muy influido por el pensamiento de *Jakobs*.

¹⁷ *Zaffaroni*, Tratado de Derecho penal, I (1980), II (1981), III, (1981), IV (1982) y V (1983). Antes había publicado una Teoría del delito, 1973 y el Manual de Derecho penal. Parte General, 1979. En los últimos años ha publicado con sus discípulos *Alejandro Alagia* y *Alejandro Slokar* un Tratado más reducido Derecho Penal. Parte General, 2000, con otra orientación completamente diferente, de carácter político criminal y fuertemente politizada como consecuencia de las experiencias de las dictaduras militares argentinas.

¹⁸ *Donna*, Teoría del delito y de la pena. 1 Fundamentación de las sanciones penales y de la culpabilidad, 2ª ed. 1996, 2 Imputación delictiva, 1995.

¹⁹ *Donna*, Derecho Penal. Parte General, Tomo I, Fundamentos-Teoría de la ley penal, 2006.

²⁰ *Cury*, Derecho Penal. Parte General, 7ª ed. 2005; antes había publicado una Orientación para el estudio de la teoría del delito, 1ª ed. 1969, 2ª ed. 1973; *Cousiño Mac Iver*, Derecho Penal Chileno. Parte General, Tomo I (1975), Tomo II, (1979), Tomo III (1992).

²¹ *Claudio Fragoso*, Lições de Direito Penal. Parte Geral, 2ª ed. 1977

²² *Regis Prado*, Curso de Direito Penal Brasileiro, Volume 1. Parte Geral, 7ª ed., 2007.

²³ *Villavicencio Terreros*, Lecciones de Derecho Penal. Parte General, 1990.

²⁴ *Zambrano Pasquel*, Derecho Penal Parte General, 3ª ed. 2006.

General”, en tres tomos²⁵ y *Cuello Contreras* un primer tomo de un tratado riguroso y profundo²⁶.

II. Vigencia del finalismo en la moderna Ciencia del Derecho penal y en la legislación de España y los países iberoamericanos

El finalismo tiene aún hoy una gran vigencia en la Ciencia y en la legislación de España y los países iberoamericanos, a pesar de la difusión del sistema teleológico-valorativo y político criminal de *Roxin* y del funcionalismo sistémico de *Jakobs*²⁷. Vamos a comprobarlo en relación con los problemas centrales²⁸.

1. Los fundamentos metodológicos

La existencia de las estructuras lógico-objetivas mencionadas por *Welzel* – la estructura finalista de la acción humana, la relación lógico-objetiva de la participación con una conducta dolosa del autor y la estructura lógico-objetiva de la culpabilidad, que obliga a conceder relevancia al error de prohibición – así como su carácter vinculante para el legislador, si quiere anudar consecuencias jurídicas a las acciones y a la culpabilidad, fueron muy pronto reconocidas en España por el filósofo del Derecho *Legaz Lacambra*²⁹ y varios penalistas³⁰, en Argentina por *Bacigalupo* y *Zaffaroni*³¹

²⁵ I Introducción, 6ª ed. 2004, II Teoría jurídica del delito, 6ª ed. 1998, y III Teoría jurídica del delito/2, 1ª ed. 2001. Mis Obras Completas, cuyo primer tomo es mi Parte General, han sido publicadas en Perú, México, Colombia y Brasil por la editorial ARA, de Lima, en coedición, en su caso, con editoriales de los otros países, en los años 2006 y 2007. Mi discípulo *Juan Felipe Higuera Guimerá* ha publicado una Parte general del Derecho penal militar español (Curso de Derecho Penal Militar Español. I Parte General, 1990).

²⁶ *Cuello Contreras*, El Derecho Penal Español. Parte General. Nociones introductorias. Teoría del delito, 3ª ed. 2002.

²⁷ *Kai Ambros* afirma recientemente, en relación con América Latina, que: En cualquier caso, si se analizan las obras de los autores modernos, se puede mantener – con cautela – que el finalismo y el (post) finalismo en el sentido del funcionalismo y normativismo moderado de *Roxin* es dominante; véase 100 años de la <Teoría del delito> de *Beling* ¿Renacimiento del concepto causal del delito en el ámbito internacional?, en: Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología 09-05 (2007), p. 12; aunque posteriormente (véase lug. cit. p. 13), a la vista de los numerosos trabajos publicados sobre la imputación objetiva concluya que la doctrina de *Roxin* tiene una mayor vigencia.

²⁸ En el marco de este artículo no puedo ocuparme naturalmente de todos los problemas, ni exponer detalladamente todas las opiniones.

²⁹ *Legaz Lacambra*, Filosofía del Derecho, 2ª ed. 1961, p. 213 s., 304 ss.

³⁰ La estructura ontológica de la acción humana y la vinculación del legislador a la misma fueron reconocidas por *Beristain*, Objetivación y finalismo en los accidentes de tráfico, separata de Revista General de Legislación y

y en Chile por Cury³². En la moderna Ciencia del Derecho penal son reconocidas, por ejemplo, en España por Luis (Gracia) Martín³³ y Joaquín Cuello Contreras³⁴, en México por Moisés Moreno Hernández³⁵ y en Brasil por Luiz Regis Prado³⁶.

Jurisprudencia, 1963, p. 21 s.; Conde/Pumpido Ferreira, Exposición crítica de la doctrina finalista de la acción, Anuario de Derecho Penal y Ciencias penales, 1962, p. 276.

³¹ Bacigalupo (nota 16), p. 25; Zaffaroni (nota 17), II, p. 298 ss. Recientemente Zaffaroni niega la vinculación del Derecho a las estructuras lógico-objetivas. El Derecho está vinculado únicamente al reconocimiento del ser humano como persona, como ser responsable; véase Zaffaroni/Alagia/Slokar (nota 17), p. 330 y ¿Qué queda del finalismo en Latinoamérica?, en: Fundamentos de la Dogmática Penal y de la Política Criminal (Ontologismo o normativismo), 2002, p. 118 ss. („Los datos ónticos son una barrera en la construcción de los conceptos, pero no lo imponen, sólo lo condicionan”).

³² Cury (nota 20), I, 1982, p. 311 s. („Las estructuras lógico-objetivas son órdenes de relación ontológicos o axiológicos, según los cuales la elección de un cierto objeto de valor trae aparejada, necesariamente, la aceptación de otros objetos o valoraciones, cuya presencia o vigencia es condicionada por el primero”); en el Prólogo a la séptima edición advierte que no ha cambiado de opinión, véase p. 27.

³³ Gracia Martín, Fundamentos de Dogmática penal, Una introducción a la concepción finalista de la responsabilidad penal, 2005, pp. 94 ss.; El finalismo como método sintético real-normativo para la construcción de la teoría del delito, en: Hirsch et al. (eds.), Hans Welzel en el pensamiento penal de la modernidad, Homenaje en el centenario del nacimiento de Hans Welzel, 2005, pp. 95 ss. y en: Moreno Hernández et al. (eds.), Problemas capitales del moderno Derecho Penal, Lo permanente y lo transitorio del pensamiento de Hans Welzel en la política criminal y la dogmática penal del siglo XXI, Libro Homenaje a Hans Welzel con motivo del 100 aniversario de su natalicio (1904-2004), 2005 p. 161 ss.

³⁴ Cuello Contreras (nota 26), p. 439 ss. Al modo de Kaufmann, concibe las estructuras lógico-objetivas como la relación necesaria de correspondencia entre una regulación jurídica y una estructura óntica. La estructura óntica de la acción y de la culpabilidad se deducen, según Cuello Contreras, de la idea de fin. La validez de las normas tiene que partir del presupuesto, de que el que las infringe es un sujeto, es decir alguien que actúa conforme a sentido. La culpabilidad es imputación a un sujeto y, por ello, la capacidad de motivación es un presupuesto de la imputación.

³⁵ Moreno Hernández (nota 35), en: Fundamentos de la Dogmática Penal y de la Política Criminal (Ontologismo o normativismo), p. 131; Ontologismo o normativismo como base de la dogmática penal y de la política criminal, en: Jakobs et al. (eds.), Fundamentos de la Dogmática Penal y de la Política Criminal (Ontologismo o normativismo), pp. 75 ss., 92 ss., 99 ss. y en: Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho Penal y en la Criminología, Congreso Internacional, Facultad de Derecho de la UNED, 2000, p. 579; (nota 33), p. 171; Ontologismo de Welzel como fundamento de la

Por mi parte, me adherí a la tesis de Stratenwerth, según la cual las estructuras lógico-objetivas pertenecen a la esfera del ser, pero se destacan solo de la multitud de datos ónticos como esenciales para la regulación jurídica desde un determinado punto de vista: la concepción del ser humano como persona³⁷. Si las estructuras lógico-objetivas mencionadas por Welzel son solo perceptibles y se destacan como esenciales desde el punto de vista de la concepción del ser humano como persona, los conceptos correspondientes no serán ya puramente ontológicos, pues en ellos habrá ya un componente normativo³⁸. Esto podemos verlo con toda claridad en los conceptos finalistas de acción y de omisión. Si el Derecho parte de la concepción del ser humano como persona se destaca, según Stratenwerth, la estructura finalista de la acción humana como esencial para la valoración jurídica. Solo las acciones finalistas aparecen entonces como conductas específicamente humanas y pueden ser objeto de la valoración jurídica. Una conducta no finalista (como los movimientos corporales durante un ataque epiléptico, los movimientos reflejos en sentido estricto, los movimientos corporales durante el sueño- piénsese en el sonámbulo- etc) no puede ser considerada entonces como una conducta humana. El concepto de omisión, desarrollado por Armin Kaufmann, como la no realización de una acción que el sujeto podía realizar en la situación concreta en que se hallaba, está vinculado también, a mi juicio, a la concepción del ser humano como persona. Fuera del concepto de omisión quedan entonces las actitudes puramente pasivas, en las que faltaba la concreta capacidad de acción³⁹.

Un problema diferente es si el Derecho tiene que partir necesariamente de la concepción del ser humano como persona. Este problema no se puede resolver con seguridad desde la esfera del ser^{40 41}. Desde el punto de vista del

dogmática penal y de la política criminal, en: Moreno Hernández et al. (eds.), (nota 33), p. 187. Moisés Moreno sustentó ya las ideas básicas del finalismo en su tesis doctoral Der finale Handlungsbegriff und das mexikanische Strafrecht, 1977.

³⁶ Regis Prado (nota 22), pp. 102, 112, 305 ss.

³⁷ Stratenwerth, Das rechtstheoretische Problem der <Natur der Sache>, 1957, pp. 13 ss. (El problema de la <naturaleza de las cosas> en la teoría jurídica, traducido por mi y publicado en la Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid, Vol. VIII, No. 19, 1964, pp. 12 ss.).

³⁸ Véase mi artículo Ontologismus und Normativismus im Finalismus der fünfziger Jahre, en: Arnold et al. (eds.) Festschrift für Albin Eser, 2005, p. 111 (publicado también en español Ontologismo y normativismo en el finalismo de los años cincuenta, en: Hirsch et al. (eds.) (nota 33), p. 63 y en: Moreno Hernández et al. (eds.) (nota 33), p. 158).

³⁹ Véase mi Curso de Derecho Penal Español, Parte General, II, Teoría jurídica del delito, pp. 48 ss.

⁴⁰ Véase, a este respecto, mis artículos, La naturaleza de las cosas y su relevancia jurídica, separata de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia, 1961, pp. 29 s. y (nota 38) Ontologismus, p. 112 s. ([nota 38] Ontologismo, pp. 60 s.).

deber ser se puede considerar, con Welzel, que el respeto a la dignidad de la persona humana, el reconocimiento del ser humano como persona autónoma es un principio material de justicia de validez *a priori*. Si el Derecho no quiere ser mera fuerza, mero terror, si quiere obligar a los ciudadanos en su conciencia tiene que reconocer al hombre como persona, como ser responsable⁴².

2. Los conceptos en la dogmática

a) El concepto finalista de la acción

El concepto finalista de la acción es sustentado no solo por los penalistas que aceptan la existencia de estructuras lógico-objetivas y su carácter vinculante para el Derecho, sino también por otros que lo asumen únicamente como un concepto jurídico. Este es el caso en España de *Córdoba Roda*⁴³ y *Muñoz Conde*⁴⁴, en Chile de *Etcheberry*⁴⁵, en Argentina de *Zaffaroni-Alagia-Slokar*⁴⁶ y *Donna*⁴⁷, en Perú

⁴¹ Por ello considero que no es correcto considerar la concepción del ser humano como persona, como ser responsable, como una estructura lógico-objetiva, como hacen, por ejemplo, *Zaffaroni* (nota 31), pp. 301, 303 s.; *Zaffaroni/Plagia/Slokar* (nota 17), p. 330, *Moisés Moreno* (nota 35), p. 151; Ontologismo o normativismo como base de la dogmática penal y de la política criminal, pp. 81 s.; El finalismo y sus implicaciones en la Dogmática Penal y la Política Criminal, pp. 174, 202; (nota 35) pp. 190, 200; *Gracia Martín*, Prólogo a La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción, de Rueda Martín, 2001, p. 31; Fundamentos de Dogmática penal. Una introducción a la concepción finalista de la responsabilidad penal pp. 101 ss. (la estructura del objeto de la regulación jurídica condiciona también el criterio valorativo decisivo) y *Regis Prado* (nota 22), pp. 307 s.

⁴² Véase, a este respecto, mi artículo „Ontologismus und Normativismus im Finalismus der fünfziger Jahre” (nota 38), p. 112.

⁴³ *Córdoba Roda*, Una nueva concepción del delito. La doctrina finalista, p. 86 s. Según *Córdoba Roda*, la acción en sentido amplio, que comprende la omisión es „la actividad humana definida por la categoría de la finalidad”; Comentarios al Código penal, por *Córdoba Roda* y (*Rodríguez Mourullo*, I, 1972, p. 5 y en: Schroeder/Zipf (eds.) Festschrift für Reinhart Maurach zum siebzigsten Geburtstag, 1972, p. 630. Véase un análisis crítico de su opinión en mi (nota 39), p. 40.

⁴⁴ *Muñoz Conde*, Teoría general del Delito, 2ª ed. 1989, pp. 25 ss., (aunque en *Muñoz Conde/García Arán*, Derecho Penal, Parte General, 6ª ed. 2004, pp. 213 ss., toma el concepto finalista de la acción únicamente como punto departida y se inclina por el concepto significativo de acción de *Vives Antón*).

⁴⁵ *Etcheberry*, Derecho Penal, Tomo Primero, Parte General, 2ª ed. 1976, pp. 125 ss.

⁴⁶ *Zaffaroni/Alagia/Slokar* (nota 17), pp. 381 ss., 394 ss. Aunque definen la acción como „un comportamiento humano (por ende, conforme a sentido) que se exterioriza con efectos

de *Villavicencio Terreros*⁴⁸, en Ecuador de *Zambrano Pasquel*⁴⁹ y en Brasil de *Heleno Claudio Fragoso*⁵⁰ y *Miguel Reale junior*⁵¹.

b) La concepción personal de lo injusto

La concepción personal de lo injusto ha hallado una amplia acogida en España y en Iberoamérica. El dolo y la culpa no son concebidos ya por muchos penalistas y algunas legislaciones como formas de la culpabilidad. Se distingue entre los tipos dolosos e imprudentes (así como entre los tipos de los delitos de acción y de omisión).

aa) Lo injusto de los delitos dolosos

La inclusión del dolo en el tipo de lo injusto de los delitos dolosos se ha impuesto plenamente en España. La llevan a cabo no solo los finalistas, sino también otros muchos penalistas. La pertenencia del dolo al tipo de lo injusto de los delitos dolosos se deriva no solo de la estructura finalista de la acción humana, como dato óntico⁵², sino también de

en cierto contexto mundano”, exigen la finalidad como un elemento imprescindible de este concepto jurídico-penal pretípico. Con ello se garantiza del mejor modo posible la vigencia del principio de que no hay delito sin acción. También en los delitos imprudentes y en los delitos de omisión (aliud agere) hay una acción finalista.

⁴⁷ Aun cuando su concepto finalista difiere del formulado por Welzel; para Donna la acción no es solo una conducta finalista sino también libre. „Para nosotros libertad, finalidad y voluntad son sinónimos en el sentido de dirección del proceso causal”. El toma su concepto de acción libre de Hruschka. Una acción no es libre „cuando la necesidad o la ignorancia impiden la imputación del proceso o la acción”. Como ejemplos cita él los casos de vis absoluta, del error de tipo, del estado de necesidad exculpante, del error de prohibición o de una enfermedad mental. Véase (nota 19), pp. 55 ss. Su opinión no me parece convincente. Las acciones de los inimputables, por ejemplo, no son libres, pero su estructura sigue siendo finalista. La libertad de la voluntad no es un presupuesto de una acción finalista, sino de su imputación.

⁴⁸ *Villavicencio Terreros* (nota 23), pp. 111 ss.

⁴⁹ *Zambrano Pasquel* (nota 24), pp. 22 ss.

⁵⁰ *Claudio Fragoso* (nota 21), pp. 167 s.

⁵¹ Aunque considera que cada asignación de un fin incluye una relación valorativa. Junto a la finalidad aparece, por tanto, como elemento esencial de la acción una „intencionalidad conforme a sentido”. „El fin es siempre un valor actualizado”. „La acción tiene una naturaleza axiológico-finalista, que constituye su estructura ontológica”. La imputabilidad es, por ello, para *Reale* un presupuesto de la acción y no de la culpabilidad. Véase, *Instituições de Direito Penal, Parte Geral I*, 2006, p. 128 ss., y especialmente p. 131 s.

⁵² Véase, en este sentido, *Gracia Martín*, Fundamentos de Dogmática penal. Una introducción a la concepción finalista de la responsabilidad penal, p. 102 s.; (nota 33), p. 107 ss. y en: *Moreno Hernández et al.* (eds.), p. 170 ss.; *Cuello*

argumentos sistemáticos (los conocidos argumentos de la existencia de otros elementos subjetivos de lo injusto, la punición de la tentativa, la existencia en algunos tipos de verbos de significado inequívocamente finalista), de la concepción de la antijuridicidad como infracción de una norma de determinación (prohibiciones o mandatos)⁵³ y de la función de motivación de los tipos penales⁵⁴. En Iberoamérica la inclusión del dolo en el tipo de lo injusto de los delitos dolosos, sustentada por los finalistas, ha hallado también una amplia acogida⁵⁵. Los modernos códigos penales

que contienen una definición (en sí innecesaria) del dolo, lo conciben simplemente como conciencia y voluntad de la realización del tipo (sin referencia alguna a la conciencia de la antijuridicidad, es decir al *dolus malus*)⁵⁶.

Contreras (nota 26), pp. 412 ss., 439 ss. Como puso de manifiesto *Stratenwerth*, si el Derecho parte de la concepción del hombre como persona se destaca como esencial para la valoración jurídica la estructura finalista de la acción humana. La voluntad de realización tiene que ser entonces necesariamente objeto de la valoración jurídica. De la concepción del hombre como ser responsable y de la estructura finalista de la acción humana no puede deducirse, sin embargo, a mi juicio, que la voluntad de realización sea objeto precisamente del juicio desvalorativo de la antijuridicidad; véase mi artículo, mi artículo (nota 38), *Ontologismus*, p. 111; ([nota 38], *Ontologismo*, p. 63 s. y [nota 38], pp. 158 s.).

⁵³ Véase mi (nota 39), pp. 124 ss.

⁵⁴ Véase, en este sentido, *Gimbernat Ordeig*, „El sistema del Derecho Penal en la actualidad”, separata del Anuario de Ciencia Jurídica, 1, 1971-1972, pp. 277 ss., incluido en sus *Estudios de Derecho Penal*, 3ª ed. 1990, pp.170 ss. y en: *Roxin et al. (eds.) Festschrift für Heinrich Henkel zum 70. Geburtstag am 12. September 1973, 1974*, p. 154. La pertenencia del dolo al tipo de lo injusto de los delitos dolosos es sustentada también, por ejemplo, por *Córdoba Roda*, El conocimiento de la antijuridicidad en la teoría del delito, 1962, pp. 79 s., notas a la traducción del Tratado de Derecho Penal, de *Maurach*, I, pp. 301 ss., 370 ss.; Una nueva concepción del delito. La doctrina finalista, pp. 93 ss.; *Muñoz Conde/García Arán* (nota 44), pp. 265 ss.; *Mir Puig*, *Derecho Penal*, Parte General, 7ª ed. 2004, pp. 259 ss.; *Luzón Peña*, *Curso de Derecho Penal*, Parte General, I, 1996, pp. 331 s., 390; *Bacigalupo*, *Principios de Derecho Penal*, Parte General, 4ª ed. 1997, pp. 223 s.; *Bustos Ramírez/Hormazábal Malarée*, *Lecciones de Derecho Penal*, II, 1999, pp. 59 ss.; *Nuevo sistema de Derecho Penal*, 2004, pp. 83 y *Zugaldía Espinar*, *Derecho Penal*, Parte General, 2ª ed. 2004, pp. 486 ss.

⁵⁵ Véase, por ejemplo, *Zaffaroni* (nota 17), III, pp. 27, 295 ss.; *Zaffaroni/Alagia/Slokar* (nota 17), pp. 495 ss.; *Donna* (nota 18), 2, p. 12 ss., 89; *Moreno Hernández*, El finalismo y sus implicaciones en la Dogmática Penal y la Política Criminal, en: *Hirsch et al. (eds.)* (nota 33), pp. 191 ss.; *Cury* (nota 20), p. 303; *Cousiño* (nota 20), I, pp. 642 ss.; *Fragoso* (nota 21), pp. 173 s., 180, 190; *Regis Prado* (nota 22), pp. 355 ss., 364 ss.; *Reale junior*, *Instituições de Direito Penal*, Parte Geral, I, p. 136, 140, 149 ss. (aunque para él, el dolo no es solo querer, sino querer con una intencionalidad axiológicamente significativa, en el sentido de una disminución del valor); *Velásquez*, *Derecho Penal*, Parte General, 3ª ed. 1997, p. 406;

Manual de Derecho Penal, Parte General I, 2ª ed. 2004, pp. 282-284; *Villavicencio Terreros* (nota 23), p. 132, y especialmente pp. 137 s. y 143 s.; *Peña Cabrera*, *Tratado de Derecho Penal. Estudio Programático de la Parte General*, 3ª ed. 1997, pp. 292, 362 s.; *Cabrera Freyre*, *Derecho Penal Peruano, I Teoría General de la Imputación del Delito*, 2004, pp. 177 ss.; *Villa Stein*, *Derecho Penal*, Parte General, 2ª ed. 2001, pp. 252-254; *Hurtado Pozo*, *Manual de Derecho Penal*, Parte General, I, 3ª ed. 2005, pp. 447 s.; *Daza Gómez*, *Teoría general del delito*, 5ª ed. 2006, pp. 99 ss.; *Rodríguez Barillas*, en: *Díez Ripollés/Jiménez/Salinas Colomer*, *Manual de Derecho Penal Guatemalteco*, Guatemala: Parte General, 2001, pp. 174 ss., 179, 183, 199 s.; *Zambrano Pasquel* (nota 24), pp. 32 ss., 45 s., 65 ss., 75, y *Villamor Lucía*, *Derecho Penal Boliviano*, Parte General, I, 2ª ed. 2007, pp. 210 s. (aunque al parecer – véanse pp. 167 y 233 – atribuye al dolo una doble posición: el dolo sería un elemento de lo injusto, como forma de la culpabilidad contendría, además, un sentimiento de hostilidad o indiferencia frente al ordenamiento jurídico). *Etcheberry*, aunque sustenta el concepto finalista de la acción rechaza la inclusión del dolo en el tipo de lo injusto de los delitos dolosos, pues según él la palabra dolo y sobre todo su denominación como malicia significa en la lengua española una voluntad valorada, una voluntad culpable (que en su opinión supone conocimiento, incluso de la antijuridicidad, voluntad y libertad externa, es decir una motivación normal); véase *Derecho Penal*, I, Parte General, 2. ed. 1976, pp. 194 ss. y 206 ss. Sobre estas supuestas dificultades lingüísticas, véase *Cury* (nota 20), p. 306 y en relación con las objeciones similares de *Córdoba Roda*, mi artículo La conciencia de la antijuridicidad en el Código penal español, separata de la Revista de Estudios Penitenciarios, 1964, pp. 4 ss. (incluido en mi libro *Problemas fundamentales del Derecho Penal*, 1982, pp. 75 ss. y en mis *Obras Completas*, II, 2006, pp. 134 ss.).

⁵⁶ Véase, por ejemplo, el art. 14 del Código penal boliviano de 1997 (en cuya parte general influyó considerablemente *Stratenwerth*), el art. 14. del Código penal del Ecuador (véase, a este respecto, *Zambrano Pasquel*, *Derecho Penal*, Parte General, pp. 121 s.), el art. 18 I del Código penal brasileño, el art. 17 del Código penal paraguayo de 1997 (en el que influyó decisivamente *Schöne* y del que se deduce con toda claridad que el dolo y la culpa no son formas de la culpabilidad, sino que dan lugar a la existencia de tipos diferentes), el art. 22 del Código penal colombiano del año 2000, el art. 9 del Código penal federal mexicano, en la redacción de 1984 (muy influida por *Moisés Moreno*) y el art. 18 del Código penal para el Distrito Federal de México de 16 de julio de 2002. En México se llevó a cabo incluso, en los años 1993 y 1994, una reforma de los artículos 16 y 19 de la Constitución y del art. 168 del Código federal de procedimientos penales que favorecía la difusión de la concepción personal de lo injusto. Se substituyó el concepto de

bb) Lo injusto de los delitos imprudentes

A pesar de las dificultades con que tropezó la doctrina de la acción finalista en los delitos imprudentes y que dieron lugar a que *Welzel* cambiara varias veces de opinión⁵⁷, la concepción personal de lo injusto en los delitos imprudentes se ha impuesto también en España y en Iberoamérica. La infracción de un deber objetivo de cuidado ha hallado un amplio reconocimiento como elemento del tipo de los delitos imprudentes^{58 59}. El deber de cuidado es concebido también a

corpus delicti (cuya prueba era el requisito indispensable para llevar a cabo una detención y poner en marcha una persecución judicial formal) por el concepto de tipo, entre cuyos elementos se mencionaba expresamente el dolo y la culpa. Estas reformas dieron lugar a una intensa polémica y fueron anuladas en el año 1999. Véase, a este respecto, *Moreno Hernández*, Reformas penales de 1993-1994 y Análisis de la iniciativa de reformas constitucionales en materia penal (artículos 16 y 19), en: *Moreno Hernández et al.* (eds.), *Política Criminal y Reforma Penal*. Algunas bases para su democratización en México, 1999, pp. 181 ss. y 219 ss., *Las transformaciones de la legislación penal mexicana en los últimos veinte años*, en: *Comentarios en torno al Nuevo Código Penal para el Distrito Federal*, 2003, pp. 23 ss., 38 ss., y *Luna Castro*, *El concepto de tipo penal en Méjico*, 3ª ed. 2003, pp. 77 ss., 205 ss.

⁵⁷ Véase, a este respecto, mi artículo *Der finale Handlungsbegriff als Grundlage des Strafrechtssystems*, *ZStW* 71 (1959), p. 44 y mi art. (nota 39), pp. 34 ss.

⁵⁸ Sobre su aceptación en la Ciencia del Derecho penal española y en la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, véase mi (nota 39), pp. 173 s. La pertenencia de la infracción del cuidado objetivamente debido al tipo de lo injusto de los delitos imprudentes es reconocida también, por ejemplo, por *Cordoba Roda* (nota 54), pp. 76 s., 80; notas a la traducción del Tratado de Derecho Penal, de *Maurach*, II, p. 257 ss., Una nueva concepción del delito. La doctrina finalista, pp. 90 ss.; *Die Regelung der Fahrlässigkeit im spanischen Strafrecht*, *ZStW* 81 (1969), p. 432; *Gimbernat*, La causalidad en Derecho Penal, *Anuario de Derecho Penal*, 1962, pp. 567 s.; *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, 1966, pp. 87 s.; *El sistema del Derecho Penal en la actualidad*, *Estudios de Derecho Penal*, 3ª ed. 1990, pp. 174 s., nota 40; *Introducción a la Parte General del Derecho Penal español*, 1979, p. 127; *Torío*, El conocimiento de la antijuridicidad en los delitos culposos, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1980, fasc. 1º, p. 87, *Romeo Casabona*, El médico y el Derecho Penal, I, La actividad curativa (Licitud y responsabilidad penal), 1981, p. 221 ss.; *Muñoz Conde/García Arán* (nota 44), p. 284 ss.; *Luzón Peña* (nota 54), p. 495 ss.; *Bustos Ramírez/ Hormazábal Malarée* (nota 54), p. 171 ss. y *Nuevo sistema de Derecho Penal*, pp. 98 ss.

⁵⁹ Fue decisiva para la difusión de esta concepción en Iberoamérica la monografía de *Bustos Ramírez*, *Culpa y Finalidad* (Los delitos culposos y la teoría final de la acción), 1967. Posteriormente ha publicado otro libro *El delito culposo*, 1995, en el que expone la evolución de la dogmática

veces como un deber subjetivo para tener en cuenta no solo los conocimientos, sino también las capacidades individuales⁶⁰.

Las opiniones de los penalistas españoles e iberoamericanos difieren con frecuencia a la hora de fijar los criterios para determinar el cuidado objetivamente debido y de determinar los restantes elementos del tipo de los delitos imprudentes (además de la infracción del cuidado objetivamente debido y el resultado). En mi opinión, el resultado tiene que ser consecuencia precisamente de la inobservancia del cuidado objetivamente debido (el llamado nexo de antijuridicidad). La acción que no responde al cuidado objetivamente debido y que ha causado el resultado no sería típica si el resultado se hubiera producido igualmente, con una probabilidad rayana en la certidumbre, si el sujeto hubiera observado el cuidado debido. El resultado causado tiene que ser, además, uno de los resultados que pretendía evitar la norma de cuidado infringida⁶¹.

Un eco escaso ha hallado la opinión radical de *Struensee*, según el cual la acción finalista, presente también en todo delito imprudente, sería relevante para el tipo no solo en relación con los medios elegidos y la forma de su utilización, sino también en relación con el fin perseguido. La finalidad no se dirigiría ciertamente hacia la producción del resultado típico, pero sí hacia los factores de riesgo relevantes para el tipo (no respetar un semáforo en rojo, cortar una curva sin visibilidad, etc.)⁶². Los defensores de esta opinión admiten

de los delitos imprudentes desde el punto de vista político criminal. La infracción de un deber objetivo de cuidado es considerada también como un elemento del tipo de los delitos imprudentes en Iberoamérica, por ejemplo, por *Zaffaroni* (nota 55), pp. 389 ss. 393 ss.; *Cury* (nota 20), pp. 331 ss.; *Cousiño* (nota 20), I, pp. 838 ss., y 847 s.; *Moisés Moreno*, El finalismo y sus implicaciones en la Dogmática Penal y la Política Criminal, p. 192; *Fragoso* (nota 21), pp. 241 ss.; *Regis Prado* (nota 22), pp. 376 ss.; *Reale junior* (nota 55), pp. 149 ss., 234 ss.; *Velásquez* (nota 55), pp. 433 ss.; *Manual de Derecho Penal*, Parte General, pp. 313 ss.; *Peña Cabrera*, Estudio Programático de la Parte General, pp. 511 ss.; *Villa Stein* (nota 55), pp. 267 ss.; *Zambrano Pasquel* (nota 24), pp. 36 ss., 97 ss., 105 ss., 110 s.; *Aníbal de León Velasco*, en: *Díez Ripollés/Giménez de Salinas*, *Manual de Derecho Penal Guatemalteco*, Parte General, pp. 227 ss.

⁶⁰ Véase, por ejemplo, *Bacigalupo* (nota 54), pp. 240 s., 243; *Zugaldía*, La infracción del deber individual de cuidado en el sistema del delito culposo, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1984, fasc. 2º, pp. 328 ss. y *Derecho Penal*, Parte General, pp. 415 s., 486 ss., 531 ss.; *Zaffaroni/Alagia Slokar* (nota 17), pp. 531 s.; *Cabrera Freyre* (nota 55), pp. 404 ss.; *Villamor* (nota 55), p. 221 (la definición de la culpa en el art. 15 del Código penal boliviano parte, a mi juicio, de una concepción subjetiva del deber de cuidado).

⁶¹ Véase mi trabajo (nota 39), pp. 179 ss., 183 ss., donde expongo y analizo las diversas opiniones.

⁶² Véase mi análisis crítico de la opinión de *Struensee*, (nota 39), pp. 166 s.

también consecuentemente la existencia de un tipo subjetivo en los delitos imprudentes⁶³.

b) Desvalor de la acción y desvalor del resultado

En la concepción personal de lo injusto se distingue, por tanto, junto al desvalor del resultado un desvalor de la acción. En los delitos dolosos el desvalor de la acción consiste no solo en el dolo, en los restantes elementos subjetivos de lo injusto cuando los haya y en los deberes jurídicos específicos que obligaban al autor en los delitos especiales, sino también en el modo, forma o grado de realización de la acción y así mismo, a mi juicio, en la peligrosidad de la acción desde un punto de vista *ex ante*. En los delitos imprudentes el desvalor de la acción consiste en la infracción del deber de cuidado (concebido por la mayor parte de los penalistas de un modo objetivo). El desvalor del resultado consiste, tanto en los delitos dolosos como en los imprudentes, en la lesión o peligro del bien jurídico protegido⁶⁴.

La relación entre el desvalor de la acción y el desvalor del resultado ha sido siempre objeto de discusión en la escuela finalista. Según *Welzel* y *Armin Kaufmann* lo injusto de los delitos dolosos y de los delitos imprudentes queda ya constituido con el desvalor de la acción. Con la tentativa acabada y la realización de la acción que no responde al cuidado objetivamente debido quedan ya plenamente infringidas las normas prohibiciones correspondientes. En los delitos dolosos, no obstante, la producción del resultado incrementa lo injusto y pertenece aún al tipo. En los delitos imprudentes la producción del resultado pertenecía aún para *Welzel* al tipo, pero llevaba a cabo únicamente una función de selección dentro de las conductas antijurídicas desde el punto de vista de la punibilidad. Esta restricción de la punibilidad puede obedecer, según *Welzel* a razones de practicabilidad y sobre todo al sentimiento irracional „de que la cosa no era tan grave, cuando todo ha terminado bien”. Para *Armin Kaufmann* la producción del resultado era solo una condición de punibilidad de las acciones imprudentes típicas y antijurídicas⁶⁵. *Zielinski* fue aún más lejos y

consideraba que lo injusto de los delitos dolosos e imprudentes quedaba agotado con el desvalor de la acción. La producción del resultado depende siempre del azar, cumple solo una función de manifestación de lo injusto y condiciona la necesidad de pena⁶⁶.

Todas estas opiniones han hallado eco en la Ciencia del Derecho penal española y en la de los países iberoamericanos⁶⁷. Ellas parten, sin embargo, de la equiparación equivocada entre infracción de la norma y antijuridicidad. Es cierto que con la tentativa acabada y la acción que no responde al cuidado objetivamente debido quedan ya plenamente infringidas las normas prohibitivas correspondientes. La función de las normas consiste, sin embargo, en la protección de los bienes jurídicos y reciben únicamente su sentido de dicha función. Se exige, por ello, que entre el desvalor de la acción y el desvalor del resultado, tanto en los delitos dolosos como en los imprudentes, exista una conexión interna. Dicha conexión falta en los delitos dolosos si el resultado concreto no está comprendido por el dolo (en los supuestos de *aberratio ictus* o de error en el

Kaufmann, in: Stratenwerth et al. (ed.), Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag, 1974, pp. 395 s., 403 ss., 411 y ya antes en: Das fahrlässige Delikt, Zeitschrift für Rechtsvergleichung 1964, pp. 43 s.

⁶⁶ Véase *Zielinski* (nota 14), especialmente pp. 128 ss., 135 ss., 152 ss., 168 ss., 185 ss., 205 ss., 209 ss., 308 s.

⁶⁷ Las opiniones de *Welzel* y *Kaufmann* son seguidas por *Cury* (nota 20), pp. 346 s.; *Cousiño* (nota 20), II, pp. 78 ss. La concepción de *Kaufmann* ha hallado eco incluso en el nuevo Código penal paraguayo (en el que ejerció una gran influencia *Schöne*): para la tentativa acabada se establece una atenuación meramente facultativa y para la tentativa inacabada una atenuación obligatoria de la pena del delito consumado (véanse los arts. 27 y 67). En España *Esteban Sola* considera que lo injusto de los delitos dolosos queda ya constituido con el desvalor de la acción. En el desvalor de la acción incluye el modo, forma o grado de realización de la acción típica, su peligrosidad, el dolo y los deberes jurídicos específicos en los delitos especiales; véase *Esteban Sola Reche*, La peligrosidad de la conducta como fundamento de lo injusto penal, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1994, fasc. 1º, p. 170, 173 s. y La llamada ‘tentativa inidónea’ de delito. Aspectos básicos, 1996, pp. 108 ss. La opinión radical de *Zielinski* ha hallado eco en *Cuello Contreras* (nota 26), pp. 437, 476 ss., y *Serrano González de Murillo* (nota 63), pp. 249 ss. *Cuello Contreras*, rechaza, sin embargo, la concepción puramente subjetiva de lo injusto de *Zielinski*, según el cual el desvalor de la acción se basa exclusivamente en las representaciones del autor en la voluntad contraria a la norma; véase, El Derecho Penal Español, Parte General, Nociones introductorias. Teoría del delito, pp. 486-488. La concepción puramente subjetiva de lo injusto de *Zielinski* ha sido asumida y desarrollada en Argentina por *Sancinetti*; véase *Sancinetti*, Teoría del delito y disvalor de acción. Una investigación sobre las consecuencias prácticas de un concepto personal de ilícito circunscripto al disvalor de acción, 1991.

⁶³ Véase, en este sentido, *Cuello Contreras*, Culpabilidad e imprudencia, 1990, pp. 182 ss.; El Derecho Penal Español, Parte General, pp. 471-473; *González de Murillo*, Teoría del delito imprudente (Doctrina general y regulación legal), Ministerio de Justicia, 1991, pp. 79 ss., 110 s., 116 ss., 153-155, 202-204, 206 ss. *Alicia Gil* rechaza la existencia de un tipo subjetivo en los delitos imprudentes, pero considera que la finalidad en relación con los medios elegidos y la forma de su utilización es irrelevante para el tipo de los delitos imprudentes. La finalidad es solo relevante para averiguar la índole de la acción realizada y por tanto la norma de cuidado que debía ser observada; véase El delito imprudente. Fundamentos para la determinación de lo injusto imprudente en los delitos activos de resultado, 2007, pp. 25 ss.

⁶⁴ Véase mi (nota 39), p. 154 ss., 186 ss.

⁶⁵ Véase *Welzel*, Das deutsche Strafrecht, 11ª ed. 1969, p. 62, 136; Das neue Bild des Strafrechtssystems, 1961, pp. 29 s., 36 s. ([nota 6], p. 67 s., 75 s.); Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte, Zur Dogmatik der fahrlässigen Delikt, 1961, p. 21;

objeto) y en los delitos imprudentes si el resultado no es consecuencia de la inobservancia del cuidado objetivamente debido (nexo de antijuridicidad) o no es de aquellos que quería evitar la norma de cuidado infringida. Por ello lo injusto de los delitos dolosos y de los delitos imprudentes queda solo constituido cuando al desvalor de la acción se añade el desvalor del resultado⁶⁸. Esta concepción de la relación entre el desvalor de la acción y el desvalor del resultado es sustentada, con diversas argumentaciones, por la mayoría de los penalistas españoles e iberoamericanos.⁶⁹

c) Valor de la acción y valor del resultado en las causas de justificación

El reconocimiento por el finalismo de la existencia de elementos subjetivos en todas las causas de justificación ha hallado una amplia acogida en la Ciencia del Derecho penal española y en la de los países iberoamericanos⁷⁰. Las

⁶⁸ Véase, en este sentido, *Stratenwerth*, en: Grünwald et al. (eds.), *Festschrift für Friedrich Schaffstein zum 70. Geb. am 28. Juli 1975*, 1975, p. 187; *Suarez Montes*, Consideraciones críticas en torno a la doctrina de la antijuridicidad en el finalismo, 1963, p. 75 ss. y en: *Stratenwerth et al.* (nota 65), p. 392 y mi trabajo (nota 39), pp. 156 ss. y 187 s.

⁶⁹ Véase, por ejemplo, en *Huerta Tocildo*, Sobre el contenido de la antijuridicidad, 1984, pp. 46 ss., 66 ss y 72-73, *Bustos Ramírez/Hormazábal Malarée* (nota 54), pp. 35 ss., 190 (que incluyen el desvalor social de la acción *ex ante*, es decir la capacidad de la acción concreta para la lesión del bien jurídico en la tipicidad, y el desvalor social del resultado *ex post* en la antijuridicidad); Nuevo sistema de Derecho Penal, pp. 76 ss., 89 ss.; *Guallart de Viala*, La significación del resultado en los delitos culposos en el Derecho penal español, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1979, pp. 640 ss.; *Romeo Casabona*, El médico y el Derecho Penal, I, La actividad curativa (Licitud y responsabilidad penal), pp. 226; *Luzón Peña* (nota 54), p. 338; *Gil*, Sobre la pertenencia del desvalor del resultado a lo injusto, en: *Hirsch et al.* (eds.) (nota 33), pp. 389 ss., y en *Iberoamerika Zaffaroni* (nota 55), pp. 395 s.; *Donna* (nota 18), 2, p. 23, *Fragoso* (nota 21), p. 247; *Regis Prado* (nota 22), pp. 104 s., 355 ss.; *Villa Stein* (nota 55), pp. 340 s.; *Velásquez* (nota 55), pp. 460 ss.; *Manual de Derecho Penal, Parte General*, p. 347.

⁷⁰ Véase, por ejemplo, en España, *Cordoba Roda*, notas a su traducción del Tratado de Derecho Penal, de Maurach, I, p. 371; Las eximentes incompletas en el Código Penal, Oviedo, 1966, pp. 107 s.; *Cordoba RodalRodríguez Mourullo*, Comentarios al Código Penal, I, p. 247, *Magaldi*, La legítima defensa en la jurisprudencia española, 1976, pp. 228 s.; mi (nota 39), pp. 198 ss.; *Bustos Ramírez/Hormazábal Malarée* (nota 54), pp. 115 s., 191 s.; Nuevo sistema de Derecho Penal, p. 93; *Cuello Contreras* (nota 26), pp. 437s., 768, y en *Iberoamerika, Zaffaroni* (nota 55), pp. 574 ss.; (*Zaffaroni/Alagia/Slokar* [nota 17], pp. 573 ss. rechazan, en cambio, la existencia de elementos subjetivos en las causas de justificación; véase la aguda crítica de Alicia Gil a esta nueva concepción objetivista de las causas de justificación en: ¿Es posible y conveniente una justificación meramente

opiniones difieren en cuanto a la naturaleza de los elementos subjetivos de justificación: para algunos penalistas se trata solo de la conciencia de la concurrencia de los elementos objetivos, para otros son equivalentes a los elementos subjetivos de lo injusto (como el ánimo de lucro en el hurto), o al dolo (conciencia y voluntad de la concurrencia de los elementos objetivos de las causas de justificación) en los delitos dolosos⁷¹; y por último son concebidos también, de un

objetiva?, *Revista de Derecho Penal*, 2006,2; Eximentes de la responsabilidad penal, I, pp. 87 ss.) *Cury* (nota 20), pp. 365 s.; *Cousiño* (nota 20), II, pp. 137 ss.; *Donna* (nota 18), 2, pp. 134 ss.; *Fragoso* (nota 21), p. 205; *Regis Prado* (nota 22), pp. 394 s.; *Villa Stein* (nota 55), p. 344 y *Velásquez* (nota 55), pp. 466 s.; *Manual de derecho penal, Parte general*, pp. 349 s.

⁷¹ *Gimbernat* considera que en todas las causas de justificación basta con que el autor haya tenido „conciencia de que objetivamente concurría una causa de justificación”; véase *Gimbernat*, Introducción a la Parte General del Derecho penal español, p. 51; *Rechtfertigung und Entschuldigung bei Befreiung aus besonderen Notlagen (Notwehr, Notstand, Pflichtenkollision) im spanischen Strafrecht*, en: *Eser et al.* (eds.), *Rechtfertigung und Entschuldigung, III, Deutsch-italienisch-portugiesisch-spanisches Strafrechtskolloquium*, 1991, p. 71 s. en el mismo sentido; *Donna* (nota 18), 2, p. 135; *Villa Stein* (nota 55), p. 344. Consideran que los elementos subjetivos de las causas de justificación se corresponden con los elementos subjetivos de lo injusto, por ejemplo, *Bustos Ramírez/Hormazábal Malarée* (nota 54), pp. 116, 192; Nuevo sistema de Derecho Penal, p. 93; *Zaffaroni* (nota 55), pp. 578 s. Esta era también antes mi opinión; véase mi (nota 39), pp. 198 s. Para *Mir Puig* los elementos subjetivos de justificación se corresponden con el dolo; véanse sus notas a la traducción de la tercera edición del Tratado de Derecho Penal, Parte General, de *Jescheck*, I, 1981, p. 456; Función de la pena y teoría del delito en el Estado Social y democrático de Derecho, 2ª ed. 1982, p. 89; *Derecho Penal, Parte General*, p. 419, y en el mismo sentido, *Luzón Peña*, Legítima defensa y estado de necesidad defensivo, en: *Comentarios a la Legislación Penal, V, Vol. 1º*, 1985, p. 253; Causas de atipicidad y causas de justificación, en: *Hrsg.*; Causas de justificación y causas de atipicidad en Derecho Penal, 1995, pp. 38 ss.; nota 54, pp. 580, 602 s.; *Trapero Barreales*, Los elementos subjetivos en las causas de justificación y de atipicidad penal, 2000, pp. 214 ss., 259 ss., 287 s.; *Díez Ripollés*, La reforma del delito de aborto, *Comentarios a la Legislación Penal, IX*, 1989, pp. 246 s.; *Valle Muñiz*, El elemento subjetivo de justificación y la graduación del injusto penal, 1994, pp. 86 ss.; *Cury* (nota 20), pp. 365 s.; *Cousiño* (nota 20), II, pp. 141 s., 144; *Velásquez* (nota 55), p. 466; *Manual de derecho penal, Parte general*, p. 349; *Fragoso* (nota 21), p. 205. Joaquín Cuello Contreras considera que el elemento subjetivo del tipo de autorización consiste en la representación de los elementos objetivos de las causas de justificación, esto es de la situación justificante y la conciencia de la necesidad e idoneidad de la acción para

modo más correcto y consecuente con los postulados de la doctrina de la acción finalista, como la voluntad de realización del resultado valioso (el rechazo de la agresión ilegítima, la salvación del bien jurídico en peligro, en el estado de necesidad, el cumplimiento del deber o el ejercicio legítimo del derecho, etc.) que en la mayor parte de los casos queda fuera del tipo de la causa de justificación⁷². La mayor parte de las causas de justificación son causas de justificación de varios actos o de resultado cortado⁷³. El tipo de la causa de justificación está ya realizado y la conducta es lícita si concurren todos los elementos objetivos y subjetivos de la causa de justificación aunque no se haya producido el resultado valioso. La voluntad de realización comprende no solo los casos en que la producción del resultado valioso era el fin perseguido por el sujeto, sino también aquéllos en que el sujeto consideraba que era una consecuencia necesariamente unida a la consecución del fin y aquéllos en que había previsto su producción como posible y contaba con ella⁷⁴. Se discute también si la acción justificante tiene que ser o no idónea para la producción del resultado valioso⁷⁵.

salvar el bien jurídico de mayor valor; véase (nota 26), pp. 764, 768, 777 ss.

⁷² Esta es la opinión de *Gil*, La ausencia del elemento subjetivo de justificación, 2002, pp. 16 ss y especialmente pp. 24 s.; Lo subjetivo en la fundamentación y en la exclusión de lo injusto, en: *Revista de Derecho Penal y Criminología*, UNED, nº 15, enero 2005, pp. 137 s. y en: *Moreno Hernández et al.* (eds.) (nota 33), p. 344 s.; a cuya opinión se ha adherido también *Regis Prado* (nota 22), p. 394 s.

⁷³ Véase, a este respecto, *Gil* (nota 72), Elemento subjetivo de justificación, pp. 8, 15, 24 s., 36s. y especialmente pp. 63 ss.; Lo subjetivo en la fundamentación y en la exclusión de lo injusto, pp. 135 ss. (ella hace una excepción para el consentimiento del ofendido y la *exceptio veritatis* en los delitos de injurias, art. 210 del Código penal español). En el mismo sentido hablaba ya *Hirsch* de causas de justificación de emprendimiento, en las cuales para la justificación de la conducta no es necesario que se produzca el resultado valioso (él excluía de ellas únicamente el consentimiento del ofendido); véase *Hirsch*, en: *Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann* (eds.), 10. Aufl. 1985, Observaciones previas al Par. 32, Nr. 53.

⁷⁴ Véase, en este sentido, *Gil* (nota 72), Elemento subjetivo de justificación, pp. 16 ss. y especialmente pp. 22, 64 s. Según *Hirsch* (nota 73), no basta el *dolus eventualis* en relación con el fin de justificación; véase *lug. cit.*

⁷⁵ *Sanz Morán* considera, siguiendo a *Rudolphi*, que la exigencia de la idoneidad de la acción para la consecución del resultado valioso es una consecuencia necesaria de la aplicación en estos casos de la teoría de la imputación objetiva; véase *Sanz Morán*, Teoría general de la justificación, *Revista Penal*, nº 5, enero 2000, p. 82. Para *Cuello Contreras* la idoneidad de la acción para evitar la lesión del bien jurídico es un elemento objetivo del tipo de autorización, al que corresponde, como elemento subjetivo, la representación del mismo; véase (nota 26), pp. 768 s. *Alicia Gil* rechaza, con razón, por razones político criminales la

En la Ciencia del Derecho penal española y en la de los países iberoamericanos se discute también intensamente, entre los seguidores de la concepción personal de lo injusto, si en caso de que concurren los elementos objetivos de las causas de justificación, pero falte el elemento subjetivo, el sujeto debe responder por tentativa o por delito doloso consumado. Si se ha producido el resultado, la apreciación de tentativa solo podría hacerse por analogía (*in bonam partem*) con el argumento de que el desvalor del resultado ha quedado anulado por la concurrencia de los elementos objetivos de la causa de justificación⁷⁶. Ello estaría en contradicción, sin embargo, con la concepción de lo injusto como infracción de una norma de determinación (de una prohibición o de un mandato). El Derecho prohíbe la realización de acciones (peligrosas) dirigidas por la voluntad del sujeto a la lesión de un bien jurídico o que no respondan al cuidado objetivamente debido para evitar las lesiones de bienes jurídicos y no puede valorar positivamente las producciones de resultados que estén amparadas solo de un modo objetivo y casual en una causa de justificación. Del mismo modo que no basta que al desvalor de la acción siga la producción de un resultado para que quede constituido lo injusto de los delitos dolosos o imprudentes, sino que es necesario que entre ellos exista una conexión interna. El desvalor del resultado no puede fundamentarse ni quedar excluido con independencia del desvalor o el valor de la acción⁷⁷. Por ello considero correcto que el sujeto, en los casos que analizamos, responda por un delito doloso consumado⁷⁸. La pena del delito consumado puede ser atenuada, sin embargo, en una cierta medida. No se puede aplicar ciertamente una eximente incompleta (en este

exigencia de la idoneidad de la acción para evitar la lesión del bien jurídico. Con ello el ámbito de las conductas punibles no se vería reducido, sino ampliado (al contrario de lo que sucede con la exigencia de la peligrosidad de la acción en los tipos de lo injusto) y se desmotivaría a los ciudadanos para realizar la acción salvadora. Véase *Gil* (nota 72), pp. 40 s.

⁷⁶ A favor de la solución de la tentativa, en España, por ejemplo, *Gimbernat* (nota 71), p. 51; *Huerta Tocildo* (nota 69), pp. 121 ss.; *Luzón Peña*, Aspectos esenciales de la legítima defensa, 1978, p. 125; (nota 71), p. 254; Causas de atipicidad y causas de justificación, pp. 38 s.; (nota 54), pp. 579, 580 s., 603 s. (si se trata de causas de justificación que excluyen el desvalor del resultado); *Trapero Barreales* (nota 71), pp. 301 ss., 327 ss., 347 ss., 394.

⁷⁷ Véase mi trabajo (nota 39), pp. 106 ss., 136 ss., 155 ss., 179 ss., 186 ss. A mi opinión se han adherido *Gil* (nota 72), especialmente pp. 89 s., 115 ss.; *Regis Prado* (nota 22), p. 395.

⁷⁸ A favor de la solución de la consumación, en Iberoamérica, con diversos argumentos, *Zaffaroni* (nota 55), pp. 577 s.; *Velásquez* (nota 55), pp. 467 s.; *Manual de derecho penal*, Parte general, 3ª ed. 2007, p. 350 (que propone una atenuación de la pena mediante la aplicación del precepto referente al exceso en una causa de justificación, del art. 32.7 del Código penal colombiano).

caso una causa de justificación incompleta)⁷⁹ ⁸⁰, pues de acuerdo con la concepción personal de lo injusto el elemento subjetivo de la causa de justificación aparece como un elemento esencial⁸¹, pero sí una atenuante por analogía a una causa de justificación incompleta⁸².

Alicia Gil considera que es imposible una atenuación de la pena del delito doloso consumado, pues si falta el valor de la acción en una causa de justificación no se puede apreciar ni una exclusión ni una disminución de lo injusto⁸³. Lo injusto no queda, desde luego, excluido. No se puede apreciar un valor del resultado anule el desvalor del resultado, ni un valor de la acción que anule el desvalor de la acción si falta el elemento subjetivo de la causa de justificación. El desvalor de la acción queda disminuido, sin embargo, si concurren todos o varios de los elementos objetivos de la causa de justificación. El valor de la acción en las causas de justificación consiste no solo en el elemento subjetivo de justificación, sino también en los elementos objetivos, mediante los cuales la ley describe la acción justificada. Los elementos objetivos no constituyen el valor de resultado en las causas de justificación, como suele considerarse⁸⁴, sino que forman parte del valor de la acción⁸⁵.

d) La teoría de la culpabilidad

Según la teoría de la culpabilidad, desarrollada por *Welzel*, la conciencia de la antijuridicidad no es un elemento del dolo. El dolo es un elemento subjetivo de lo injusto de los delitos dolosos y la conciencia de la antijuridicidad pertenece, en cambio, a la culpabilidad. El error de prohibición no puede excluir, por ello, el dolo. Si el error de prohibición era invencible quedan excluidas la culpabilidad y la pena. Si el error de prohibición era vencible quedan disminuidas la

culpabilidad y la pena. La atenuación de la pena, según la concepción originaria de *Welzel*, debía ser meramente facultativa⁸⁶.

Entre los seguidores de la teoría de la culpabilidad fue siempre objeto de discusión si la creencia errónea en la concurrencia de los presupuestos objetivos de las causas de justificación es o no un error de prohibición. Según la teoría pura o estricta de la culpabilidad sustentada por *Welzel* se trata de un error de prohibición. Según la teoría restringida de la culpabilidad la creencia errónea en la concurrencia de los presupuestos objetivos de una causa de justificación es un error sobre un elemento del tipo (opinión mantenida por los seguidores de la teoría de los elementos negativos del tipo), o debería ser tratada como si lo fuera, pues de este modo se llegaría supuestamente a resultados más justos. Solo el error sobre los límites de una causa de justificación o la invocación de una causa de justificación inexistente constituirían errores de prohibición.

Según una opinión minoritaria en caso de suposición errónea de la concurrencia de los presupuestos objetivos de una causa de justificación, si el error era invencible, quedaría excluida no la culpabilidad, sino ya la antijuridicidad de la conducta⁸⁷. Una concepción puramente subjetivista de las causas de justificación es mantenida en Argentina por *Sancinetti*. Éste, como *Zielinski* en Alemania, considera básicamente suficiente que el sujeto crea en la concurrencia de los presupuestos objetivos de las causas de justificación para que la conducta sea lícita. Lo injusto de los delitos dolosos e imprudentes se agota en el desvalor de la acción. La creencia errónea en la concurrencia de los presupuestos objetivos de las causas de justificación excluye el desvalor de la acción de los delitos dolosos y si el sujeto había examinado a conciencia y conforme a deber la posible concurrencia de los mismos queda excluido asimismo el desvalor de la acción de los delitos imprudentes⁸⁸. En España *Cuello Contreras*, aunque considera también que lo injusto de los delitos dolosos e imprudentes no solo queda constituido, sino que queda incluso agotado con el desvalor de la acción, exige que la acción salvadora sea idónea *ex ante* para alcanzar el resultado valioso, para que quede excluida la antijuridicidad⁸⁹.

⁷⁹ En el Código penal español las eximentes incompletas están expresamente reconocidas como atenuantes (arts. 20 y 21.1).

⁸⁰ Como proponen *Cobo del Rosal/Vives Antón*, Derecho Penal, Parte General, 5ª ed. 1999, pp. 507 s., nota 13, *Valle Muñiz* (nota 71), pp. 119 ss.; en: Silva Sánchez (ed.), Libro Homenaje a Claus Roxin, 1997, pp. 460 ss., *Mir Puig* (nota 54), pp. 420 s.; *Cuello Contreras* (nota 26), pp. 780 s., 794 ss., 800.

⁸¹ La opinión dominante en la Ciencia del Derecho penal española exige la concurrencia de los elementos esenciales de una eximente (en nuestro caso, de una causa de justificación) para poder apreciar una eximente incompleta como atenuante; véase, a este respecto, mi trabajo (nota 39), pp. 357 ss.

⁸² Véase también, en este sentido, *Cobo del Rosal/Vives Antón* (nota 80), pp. 507 s., nota 13; *Maqueda Abreu*, Los elementos subjetivos de justificación, La Ley, Año V, n° 935, 11 de mayo de 1984, p. 7, nota 105bis y p. 8, nota 120, a cuya opinión se adhiere también *Díez Ripollés*, La categoría de la antijuridicidad en Derecho Penal, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1991, fasc. 3º, p. 748, nota 116.

⁸³ Véase, La ausencia del elemento subjetivo de justificación, pp. 126 ss. y especialmente p. 131.

⁸⁴ Esta era aún mi opinión en mi (nota 39), pp. 201 ss.

⁸⁵ Véase, en este sentido, *Gil* (nota 72), pp. 107 ss.

⁸⁶ Véase *Welzel*, Das Deutsche Strafrecht, pp. 164 ss.; Das neue Bild des Strafrechtssystems, pp. 66 ss. ([nota 6], pp. 112 ss.).

⁸⁷ En este sentido, con fundamentaciones y exigencias diversas, *Córdoba Roda* (nota 70), pp. 126 ss., 158 ss., 317 ss.; Comentarios al Código Penal, I, pp. 260 ss., 272 ss., 381 ss.; *Muñoz Conde*, en: Schünemann at al. (eds.), Coimbra Symposium für Claus Roxin, 1995, pp. 213 ss.; *Luzón Peña*, Causas de atipicidad y causas de justificación, pp. 33 s.; Curso de Derecho Penal, Parte General, I, 1996, pp. 575 s.; *Mir Puig* (nota 54), pp. 418 s.

⁸⁸ Véase *Zielinski* (nota 14), pp. 218 ss., 266 s., 268 ss.; *Sancinetti* (nota 67), pp. 511 ss.

⁸⁹ Véase *Cuello Contreras* (nota 26), pp. 768 s., 785 ss., 1107 s.; una crítica de la concepción puramente subjetivista de lo injusto de *Zielinski* y *Sancinetti* en pp. 486 ss.

La teoría pura y la limitada de la culpabilidad han hallado un gran eco en la Ciencia del Derecho penal española y en la de los países iberoamericanos⁹⁰. Han hallado acogida,

⁹⁰ En España fui el primero que propuse la aceptación y aplicación de la teoría pura de la culpabilidad; véase La conciencia de la antijuridicidad en el Código penal español, *Revista de Estudios Penitenciarios*, n° 166, 1964; en: Dornseifer et al. (eds.), *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, 1989, pp. 473 ss.; *mi* Curso de Derecho Penal Español, III, Teoría jurídica del delito/2, p. 124 ss. En España sustentan también la teoría pura o estricta de la culpabilidad, por ejemplo, *Huerta Tocildo* (nota 69), pp. 131 ss., 145 ss.; *Romeo Casabona*, El error evitable de prohibición en el Proyecto de 1980, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1981, fasc. 2-3, pp. 761 ss. *Gracia Martín*, Política Criminal y Dogmática Jurídico Penal del proceso de reforma penal en España (y II), *Actualidad Penal*, 1994, n° 18, p. 378; *Bacigalupo* (nota 54), pp. 307 s., 312 s. (que exige la posibilidad de la conciencia de la punibilidad); *Maqueda*, El principio de responsabilidad subjetiva: Su progresiva influencia en la jurisprudencia del Tribunal Supremo a partir de la reforma del Código Penal de 25 de junio de 1983, *Cuadernos de Política Criminal*, n° 31, 1987, p. 260 s.; *Zugaldía Espinar*, El tratamiento jurídico-penal del error en el art. 20 del Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal español de 1980, *Cuadernos de Política Criminal*, n° 15, 1981, p. 519 ss.; nota 54, p. 807, 610 ss. (según el cual el error sobre la punibilidad debe ser tratado, por analogía, como el error de prohibición); *Díez Ripollés*, *JZ* 1984, p. 561; *Cuello Contreras* (nota 26), pp. 1073 s., 1080, 1094, 1097 s.; *Melendo Pardos*, Imputación subjetiva y error en el Estatuto de la Corte Penal internacional, *Desafíos para la dogmática penal continental*, 2007, p. 116 s.; en Argentina *Zaffaroni* (nota 17), IV, pp. 86 ss., 222, 228 ss.; *Zaffaroni/Alagia/Slokar* (nota 17), pp. 503 s., 647 ss., 698, 700, 707 (que exigen la conciencia actual o posible de la ilicitud penal); *Donna* (nota 18), 2, pp. 279 ss., 286-288 (que se adhiere a la teoría de *Maurach* de la responsabilidad por el hecho, como elemento de la imputación de la conducta; véase *Teoría del delito y de la pena*, 1ª ed., 2008, p. 240 ss.; *Teoría del delito y de la pena*, 2ª ed. 2006, pp. 187 ss.); en Chile por *Cousiño* (nota 20), III, pp. 201 ss. (aunque considera que en el error de prohibición vencible se debe eximir también de responsabilidad); en Brasil, *Fragoso* (nota 21), pp. 227 ss.; *Regis Prado* (nota 22), pp. 448 s.; en Colombia *Velásquez* (nota 55), pp. 555, 558 ss. *Manual de Derecho Penal*, Parte General, pp. 407, 410 s.; en México *Daza Gómez* (nota 55), pp. 209 s., 225; y en Perú *Armaza Galdós*, *Legítima defensa*, error de comprensión y otros aspectos negativos del delito, 2004, pp. 181 ss. La teoría limitada de la culpabilidad es defendida, por ejemplo, en España, por *Torío López*, Tipo, error de tipo y de prohibición: crítica de la reforma penal, en: Beristain (ed.), *Reformas penales en el mundo de hoy*, Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, 1984, pp. 109 ss.; *Luzón Peña* (nota 54), pp. 473 ss.; en Argentina por *Righi*, La influencia de Welzel en el Derecho penal argentino, en: Hirsch et al. (eds.)

también, en varios códigos penales. En el art. 14.3 del Código penal español se regula el error de prohibición de acuerdo con la teoría de la culpabilidad, pero nuestro legislador, como el alemán, ha dejado abierta la cuestión de si la suposición errónea de la concurrencia de los presupuestos objetivos de las causas de justificación es un error de prohibición o un error sobre un elemento del tipo. Según la opinión dominante, sin embargo, solo la teoría pura o estricta de la culpabilidad se ajusta a la voluntad de la ley⁹¹. Una peculiaridad de la regulación del error de prohibición en el Código penal español, que ha hallado eco en varios códigos penales de los países iberoamericanos, es que para el error de prohibición vencible se prevé una atenuación obligatoria de la pena⁹². Esta peculiaridad no significa que se haya querido llegar a una solución de compromiso entre la teoría del dolo y la de la culpabilidad⁹³, sino que se trata de una regulación más correcta desde el punto de vista dogmático y político criminal⁹⁴. Aun cuando el error de prohibición fuera muy fácilmente vencible, se hallaría disminuida la capacidad del sujeto para obrar de otro modo y, por consiguiente la

(nota 33), pp. 230 ss.; en Chile modernamente por *Cury* (nota 20), pp. 440, 445 ss., 448 (con anterioridad seguía la teoría de la culpabilidad pura), en Brasil por *Flávio Gomes*, Erro de tipo. Erro de proibicao, 3ª ed. 1996, pp. 144 ss., 161 s.; *Reale* (nota 55), pp. 203-205; en Perú por *Hurtado Pozo* (nota 55), pp. 656 ss., 659 ss., 663 ss.; *Villa Stein* (nota 55), p. 345; y en Ecuador por *Zambrano Pasquel* (nota 24), pp. 342 ss.

⁹¹ Véase, a este respecto, *mi* (nota 90), p. 133; (*Zugaldía Espinar*, Artículo 14, en: Cobo del Rosal (ed.), *Comentarios al Código Penal*, I, 1999, pp. 699 s.

⁹² Se establece también una atenuación obligatoria de la pena para el error de prohibición vencible en el Código penal peruano (art. 14), en el Código penal federal (art. 66) y en el Código penal para el distrito federal de México (art. 83), en el Código penal paraguay (arts. 22 y 67) y en el nuevo Código penal de Colombia (art. 32.11).

⁹³ Como cree *Cuello Contreras* (nota 26), pp. 703 ss., 1094, 1101. Algunos penalistas españoles consideran que la regulación del error de prohibición en el Código penal español, cualquiera que haya sido la voluntad del legislador histórico, se inspira en la teoría del dolo, desde el momento en que se establece para el error de prohibición vencible una atenuación obligatoria de la pena; véase, en este sentido, *Mir Puig*, Hauptprobleme des dogmatischen Teils der spanischen Strafrechtsreform, *Deutsch-Spanisches Strafrechtskolloquium*, 1986, pp. 38 ss.; (nota 54), pp. 552 s.; Artículo 14, en: Cobo del Rosal (ed.), *Comentarios al Código Penal*, I, pp. 677 s.; *Cobo del Rosal/Vives Antón* (nota 80), p. 682 y en contra mis argumentos en *mi* trabajo (nota 90), pp. 131 ss. *Vives Antón* cambió después de opinión en los *Comentarios al Código Penal* de 1995, dirigidos por él, I, 1996, p. 96. *Muñoz Conde* considera que la regulación del error de prohibición en el Código penal español no responde ni a la teoría del dolo ni a la de la culpabilidad, sino a una teoría orientada en las consecuencias; véase, *Muñoz Conde*, El error en Derecho Penal, 1989, pp. 43, 123 ss.

⁹⁴ Véase, a este respecto, *mi* trabajo (nota 90), pp. 129 s.

culpabilidad⁹⁵. Por otra parte, desde el punto de vista político criminal, una atenuación meramente facultativa de la pena llevaría consigo el peligro de que los tribunales considerasen que todos o casi todos los errores de prohibición eran vencibles, pero que no procedía una atenuación de la pena. De este modo el principio *error iuris nocet* recobraría indirectamente su vigencia en el Derecho penal español.

En Iberoamérica la teoría pura o estricta de la culpabilidad ha hallado acogida en el Código penal federal (arts. 15, VIII, B y 66) y en el Código penal para el Distrito federal de México (arts. 29, VIII, b y 83) y la teoría de la culpabilidad limitada en los códigos penales de Brasil (arts. 20,1 y 21), Bolivia (art. 116.1 párrafo 3º y 12,2) y Colombia (art. 32. 10 y 11). El Código penal del Perú no se pronuncia acerca de si el error sobre los presupuestos objetivos de las causas de justificación es un error sobre un elemento del tipo o un error de prohibición.

e) El concepto finalista de autor

Por último quisiera solo señalar que la doctrina de *Welzel* del dominio finalista del hecho, para definir la autoría en los delitos de acción dolosos, ha ejercido una gran influencia en la Ciencia del Derecho penal española y de los países iberoamericanos⁹⁶.

⁹⁵ De otra opinión *Luzón Peña* (nota 54), p. 464; *Díaz/García Conlledo*, El error de prohibición: pasado, presente y futuro, en: Cerezo Mir et al. (eds.), Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López, 1999, p. 352 (aunque a pesar de ello se manifiesta a favor de una atenuación obligatoria de la pena).

⁹⁶ En España es seguida, por ejemplo, por Cordoba Roda, en las notas a su traducción del Tratado de Maurach (Tratado de Derecho Penal, II, p. 310, nota 3); *Bustos Ramírez/Hormazábal Malarée* (nota 54), pp. 287, 289 s.; *Muñoz Conde/(García) Arán* (nota 44), pp. 435 s.; *Bacigalupo* (nota 54), pp. 360 ss. (que señala que nuestro Tribunal Supremo sigue cada vez en mayor medida la teoría del dominio del hecho; véase p. 364, nota 729) y parcialmente por mi (nota 90), pp. 211 ss. En Iberoamerika la teoría del dominio del hecho es seguida, por ejemplo, en Argentina por *Zaffaroni* (nota 90), pp. 305 ss.; *Zaffaroni/Alagia/Slokar* (nota 31), pp. 741 ss.; *Donna*, La autoría y la participación criminal, 2ª ed. 2002, pp. 30 ss. y especialmente p. 39; en Perú por *Peña Cabrera*, Tratado de Derecho Penal, Estudio programático de la Parte General, 3ª ed. 1999, pp. 336 ss., 339 ss., 347 ss.; *Villa Stein* (nota 55), pp. 294-296, 298 ss. 303 ss.; en Brasil por *Regis Prado* (nota 22), p. 487 (adhiriéndose, en parte, a mi opinión); en Chile por *Cury* (nota 20), II, 1ª ed. 1985, pp. 234 s., 244 ss., 246 ss. (aunque en la 7ª ed., siguiendo a *Roxin*, mantiene el criterio del dominio del hecho únicamente para los delitos de dominio, que distingue de los delitos de infracción de un deber y de los de propia mano; véase pp. 591 ss., 595 ss., 616 ss., 621 s.); y en Colombia por *Velásquez* (nota 55), pp. 612, 614 ss., Manual de Derecho Penal, Parte General, 3ª ed. 2007, pp. 450 s., 453 ss.

Der Einfluss von Welzel und der finalen Handlungslehre im Allgemeinen in der Strafrechtswissenschaft von Spanien und den iberoamerikanischen Ländern

Von Prof. Dr. Dr. h.c. mult. José Cerezo Mir, Madrid

Es bedeutet für mich eine große Ehre, an der Festschrift für Prof. Dr. Fritz Loos mitwirken zu können. Ich habe vor vielen Jahren Herrn Prof. Loos bei den Seminaren von Prof. Welzel in Bonn kennengelernt und seine akademische Laufbahn mit Interesse verfolgt. Deswegen fand ich es sehr angebracht, dass Prof. Kai Ambos als Thema meines Beitrages zu dieser Festschrift den Einfluss von Welzel und der finalen Handlungslehre in Spanien und in den iberoamerikanischen Ländern angeregt hat.

I. Die Ausbreitung der finalen Handlungslehre in Spanien und Iberoamerika

Die finale Handlungslehre wurde in Spanien durch Prof. Rodríguez Muñoz in verschiedenen Aufsätzen und vor allem durch seine Abhandlung „La doctrina de la acción finalista“ bekannt gemacht.¹ In diesem Werk hat er eine ausführliche Darstellung der finalen Handlungslehre und eine scharfsinnige Analyse der Schwierigkeiten vorgelegt, auf die die finale Handlungslehre bei den fahrlässigen Delikten damals gestoßen war.² Die jungen spanischen Wissenschaftler haben dann ihre Aufmerksamkeit diesen neuen Gedanken gewidmet. Ich war an der Universität von Bonn bei Prof. Welzel von 1956 bis 1960 und Cordoba Roda war lange Zeit bei Prof. Maurach an der Universität von München. Nach unserer Rückkehr nach Spanien hat Cordoba Roda zwei wichtige Bücher,³ und die Übersetzung des Lehrbuchs von Maurach mit ausführlichen Fußnoten⁴ veröffentlicht, in denen er die finale Handlungslehre in der Maurachschen Interpretation ausführlich darstellt und analysiert. Ich selbst habe die vierte Auflage von „Das neue Bild des Strafrechtssystems“ von Welzel ins Spanische übersetzt und mit Fußnoten, in denen ich die wissenschaftliche Auseinandersetzung mit den Gedankengängen Welzels vor allen Dingen in Bezug auf das spanische Straf-

recht führe, veröffentlicht.⁵ Später habe ich auch die Abhandlung von Stratenwerth, „Das rechtstheoretische Problem der ‘Natur der Sache‘“ und den im April 1968 von Welzel in Madrid gehaltenen Vortrag „La doctrina de la acción finalista hoy“ ins Spanische übersetzt und veröffentlicht.⁶

Die Auseinandersetzung um die finale Handlungslehre wurde in den sechziger und siebziger Jahren des vorigen Jahrhunderts in Spanien und in den iberoamerikanischen Ländern, wo die genannten Übersetzungen eine große Verbreitung fanden, sehr intensiv geführt. In Argentinien wurde die dritte Auflage des Allgemeinen Teils des Lehrbuchs von Welzel durch Carlos Fontán Balestra und Eduardo Frike 1956,⁷ und die elfte Auflage in Chile durch Juan Bustos Ramírez und Sergio Yáñez Román 1970⁸ übersetzt und veröffentlicht. Die grundlegenden Werke von Armin Kaufmann („Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie“⁹ und „Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte“¹⁰), von Stratenwerth („Strafrecht. Allgemeiner Teil I, Die Straftat“)¹¹, die Fortführung des Lehrbuches von Maurach durch Heinz Zipf und Karl Heinz Gössel¹², das Werk von Zielinski über Hand-

* Deutsche Fassung des in dieser Ausgabe (ZIS 2009, 200) veröffentlichten spanischen Beitrags; sprachliche Überarbeitung durch PD Dr. Peter Rackow und Prof. Dr. Kai Ambos, Göttingen.

¹ Rodríguez Muñoz, La doctrina de la acción finalista, 1953. Früher hatte er die Aufsätze „La acción finalista en Derecho Penal“ Jus 1944 und „Consideraciones sobre la doctrina de la acción finalista“, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1953, veröffentlicht.

² Siehe dazu meinen Aufsatz „Der finale Handlungsbegriff als Grundlage des Strafrechtssystems. Eine Erörterung der Kritik von Rodríguez Muñoz an der Fahrlässigkeitsauffassung von Welzel“, ZStW 71 (1959), 44 ff.

³ Cordoba Roda, El conocimiento de la antijuricidad en la teoría del delito, 1962; ders., Una nueva concepción del delito. La doctrina finalista, 1963.

⁴ Cordoba Roda, Tratado de Derecho Penal, zwei Bände, 1962.

⁵ Welzel, El nuevo sistema del Derecho Penal, Una introducción a la doctrina de la acción finalista, 1964. Eine Neuauflage meiner Übersetzung mit Fußnoten und einer vom uruguayischen Professor Gonzalo Fernández verfassten Einführung ist im Jahre 2001 bei dem Verlag B de F, Buenos Aires-Montevideo erschienen. Professor Luiz Regis Prado hat meine Übersetzung mit Fußnoten ins Portugiesische übersetzt: O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista, 2001.

⁶ Stratenwerth, El problema de la ‚naturaleza de las cosas‘ en la teoría jurídica, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid, Bd. 8, Nr. 19 (1964); Welzel, La doctrina de la acción finalista, hoy, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1968, no. 2.

⁷ Welzel, Derecho Penal, 1956.

⁸ Welzel, Derecho Penal Alemán, Parte General, 11. Aufl. 1970.

⁹ Kaufmann, Teoría de las normas. Fundamentos de la Dogmática penal moderna, übersetzt von Enrique Bacigalupo und Ernesto Garzón Valdés, 1977.

¹⁰ Kaufmann, Dogmática de los delitos de omisión, übersetzt von Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, 2000.

¹¹ Stratenwerth, Derecho Penal, Parte General, Bd. 1, El hecho punible; die zweite Auflage wurde von Romero, 1982 und die vierte von Meliá/Sancinetti, 2005, übersetzt.

¹² Maurach/Zipf, Derecho penal. Parte general 1, Teoría general del Derecho penal y estructura del hecho punible, Übersetzung der 7. Auflage durch Jorge Bofill Genzsch und Enrique Aimone Gibson, 1994; Maurach/Gössel/Zipf, Derecho penal, Parte general 2, Formas de aparición del delito y las consecuencias jurídicas del hecho, 1995.

lungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff¹³, die gesamten Werke von *Hirsch*¹⁴ und zahlreiche Aufsätze der genannten und anderer Vertreter der finalen Handlungslehre (*Struensee*, *Schöne*) sind auch ins Spanische übersetzt und veröffentlicht worden.

Auf der Grundlage der finalen Handlungslehre sind in Spanien und in den iberoamerikanischen Ländern zahlreiche und bedeutende Lehrbücher zum Allgemeinen Teil des Strafrechts erschienen. In Argentinien haben *Enrique Bacigalupo* seine „Lineamientos de la teoría del delito“¹⁵, *Eugenio Raúl Zaffaroni* seinen berühmten, einen großen Einfluss in ganz Iberoamerika ausübenden „Tratado de Derecho penal“ in fünf Bänden¹⁶, und *Edgardo Alberto Donna* seine „Teoría del delito y de la pena“¹⁷ und in der letzten Zeit den ersten Band eines umfangreicheren Lehrbuchs¹⁸ veröffentlicht. In Chile haben *Enrique Cury* und *Luis Cousiño Mac Iver* ausgezeichnete Lehrbücher zum Allgemeinen Teil¹⁹ vorgelegt. In Brasilien haben *Heleno Claudio Fragoso* seine „Lições de Direito Penal. Parte Geral“²⁰, *Luiz Regis Prado* einen „Curso de Direito Penal Brasileiro“²¹, in Peru *Felipe Villavicencio*

¹³ *Zielinski*, Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff, Untersuchungen zur Struktur von Unrechtsbegründung und Unrechtsausschluss, 1973, spanische Übersetzung von *Marcelo A. Sancinetti*, Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito, Análisis de la estructura de la fundamentación y exclusión del ilícito, 1990.

¹⁴ *Hirsch*, Derecho Penal. Obras Completas, vier Bände (1999, 2000, 2003 und 2005).

¹⁵ *Bacigalupo*, Lineamientos de la teoría del delito, 1974. Sein späteres Lehrbuch Principios de Derecho Penal. Parte General, 4. Aufl. 1997, ist durch das Denken von *Jakobs* beeinflusst.

¹⁶ *Zaffaroni*, Tratado de Derecho penal, Bd. 1 (1980), Bd. 2 (1981), Bd. 3 (1981), Bd. 4 (1982) und Bd. 5 (1983). Früher hatte *Zaffaroni* eine Teoría del delito, 1973 und den Manual de Derecho penal. Parte General, 1979 veröffentlicht. In den letzten Jahren hat er mit seinen Schülern *Alejandro Alagia* und *Alejandro Slokar* ein weniger umfangreiches Lehrbuch Derecho Penal. Parte General, 2000 veröffentlicht, das sich vor dem Hintergrund der Erfahrungen der argentinischen Militärdiktaturen durch eine ganz andere stark politisierte kriminalpolitische Orientierung auszeichnet.

¹⁷ *Donna*, Teoría del delito y de la pena. 1 Fundamentación de las sanciones penales y de la culpabilidad, 2. Aufl. 1996, 2 Imputación delictiva, 1995.

¹⁸ *Donna*, Derecho Penal. Parte General, Tomo I, Fundamentos-Teoría de la ley penal, 2006.

¹⁹ *Cury*, Derecho Penal. Parte General, 7. Aufl. 2005; früher hatte er schon das ähnlich ausgerichtete Werk Orientación para el estudio de la teoría del delito, 1. Aufl. 1969, 2. Aufl. 1973, veröffentlicht; *Cousiño Mac Iver*, Derecho Penal Chileno. Parte General, Bd. 1 (1975), Bd. 2, (1979), Bd. 3, (1992).

²⁰ *Claudio Fragoso*, Lições de Direito Penal. Parte Geral, 2. Aufl. 1977.

²¹ *Regis Prado*, Curso de Direito Penal Brasileiro, Volume 1. Parte Geral, 7. Aufl. 2007.

Terreros, seine „Lecciones de Derecho Penal. Parte General“²² und in Ecuador *Alfonso Zambrano Pasquel*, einen „Derecho Penal Parte General“²³ veröffentlicht. In Spanien habe ich einen „Curso de Derecho Penal Español. Parte General“, in drei Bänden²⁴ und *Cuello Contreras* einen ersten Band eines tieferschürfenden Lehrbuchs²⁵ veröffentlicht.

II. Geltung des Finalismus in der modernen Strafrechtswissenschaft und in der Gesetzgebung Spaniens und der iberoamerikanischen Länder

In Spanien und in Iberoamerika hat die finale Handlungslehre trotz der Verbreitung des teleologischen wertbezogenen kriminalpolitischen Systems von *Roxin* und des systemischen Funktionalismus von *Jakobs* – auch heute noch sowohl in der Wissenschaft als auch in der Gesetzgebung eine große Bedeutung.²⁶ Dies soll in Bezug auf ihre Hauptprobleme überprüft werden.²⁷

1. Die methodologischen Grundlagen

Die Existenz der von *Welzel* aufgezeigten sachlogischen Strukturen – die finale Struktur der menschlichen Handlung, die sachlogische Beziehung der Teilnahme auf eine vorsätzliche Haupttat und die sachlogische Struktur der Schuld, die dazu zwingt, dem Verbotsirrtum Bedeutung zuzumessen – und ihr bindender Charakter für den Gesetzgeber, der rechtliche Folgen an Handlung und Schuld knüpfen will, wurden in Spa-

²² *Villavicencio Terreros*, Lecciones de Derecho Penal. Parte General, 1990.

²³ *Zambrano Pasquel*, Derecho Penal, Parte General, 3. Aufl. 2006.

²⁴ I Introducción, 6. Aufl. 2004; II Teoría jurídica del delito, 6. Aufl. 1998; III Teoría jurídica del delito/2, 1. Aufl. 2001. Meine Gesammelten Werke, Obras Completas, deren erster Band mein Lehrbuch Allg. Teil ist, sind in Peru, Mexiko, Kolumbien und Brasilien durch den Verlag ARA, Lima, in Zusammenarbeit mit Verlagen jener Länder in den Jahren 2006 und 2007 veröffentlicht worden. Mein Schüler *Juan Felipe Higuera Guimerá* hat einen Allgemeinen Teil des spanischen Militärstrafrechts (Curso de Derecho Penal Militar Español. I Parte General, 1990) veröffentlicht.

²⁵ *Cuello Contreras*, El Derecho Penal Español. Parte General. Nociones introductorias. Teoría del delito, 3. Aufl. 2002.

²⁶ *Kai Ambos* hat neuerdings in Bezug auf Iberoamerika resümiert: „Mustert man die Werke der (noch) modernen Autoren durch, so wird man wohl sagen können, dass der Finalismus bzw. Postfinalismus im Sinne des moderaten Funktionalismus und Normativismus Roxins vorherrschend ist.“ („100 Jahre Belings ‚Lehre vom Verbrechen‘: Renaissance des kausalen Verbrechensbegriffs auf internationaler Ebene ?“, ZIS 2006, 469); trotzdem kommt er kurz danach (a.a.O., 470) im Hinblick auf die zahlreichen Veröffentlichungen über die objektive Zurechnung zum Schluss, dass die Lehre *Roxins* diejenige ist, die mehr Geltung hat.

²⁷ Im Rahmen dieses Aufsatzes kann ich natürlich weder auf alle Probleme eingehen noch die verschiedenen Meinungen im Einzelnen darstellen.

nien bald durch unseren bekannten Rechtsphilosophen *Legaz Lacambra*²⁸ und mehrere Strafrechtler²⁹, in Argentinien durch *Bacigalupo* und *Zaffaroni*³⁰ und in Chile durch *Cury*³¹ anerkannt. In der modernen Strafrechtswissenschaft wird diesen sachlogischen Strukturen in Spanien hauptsächlich durch *Luis (Gracia) Martín*³² und *Joaquín Cuello Contreras*³³, in Mexi-

ko durch *Moisés Moreno Hernández*³⁴ und in Brasilien durch *Luiz Regis Prado*³⁵ Rechnung getragen.

Ich selbst habe mich der Meinung von *Stratenwerth* angeschlossen, nach der die sachlogischen Strukturen zur Seinsphäre gehören, dabei aber aus der großen Vielfalt der ontischen Gegebenheiten durch einen bestimmten Gesichtspunkt als wesentlich für die rechtliche Regelung hervorgehoben werden: der Auffassung vom Menschen als Person.³⁶ Wenn aber die von *Welzel* gemeinten sachlogischen Strukturen nur aus dem Blickwinkel eines Verständnisses vom Menschen als Person, als verantwortliches Wesen sichtbar werden und sich als wesentlich herausheben, können die entsprechenden Begriffe keine rein ontologischen Begriffe mehr sein, weil es in ihnen schon ein normatives Element gibt.³⁷ Dies können wir beim finalen Handlungs- und Unterlassungsbegriff sehr deutlich sehen. Wenn das Recht von der Auffassung vom Menschen als Person ausgeht, hebt sich die finale Struktur der menschlichen Handlung nach *Stratenwerth* als wesentlich für die rechtliche Wertung ab. Nur die finalen Handlungen erscheinen dann als das spezifisch menschliche Verhalten und können Gegenstand rechtlicher Wertung sein. Ein nicht finales Verhalten (wie die Körperbewegungen bei einem epileptischen Anfall, die Reflexbewegungen im engen Sinne, die Körperbewegungen im Schlaf – denken wir z.B. an den Schlafwandler – u.s.w.) kann also nicht als menschliches Verhalten angesehen werden. Der Unterlassungsbegriff, der

²⁸ *Legaz Lacambra*, *Filosofía del Derecho*, 2.Aufl. 1961, S. 213 f., 304 ff.

²⁹ Die ontologische Struktur der menschlichen Handlung und die Bindung des Gesetzgebers hieran wurden durch *Beristain*, *Objetivación y finalismo en los accidentes de tráfico*, Sonderabdruck von *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1963, S. 21 f., und *Conde/Pumpido Ferreira*, *Exposición crítica de la doctrina finalista de la acción*, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias penales*, 1962, S. 276 anerkannt.

³⁰ *Bacigalupo* (Fn. 15), S. 25; *Zaffaroni* (Fn. 16), Bd.2, S. 298 ff. Neuerdings bestreitet *Zaffaroni* die Bindung des Rechts an sachlogische Strukturen; das Recht sei nur an die Anerkennung des Menschen als Person, als verantwortliches Wesen gebunden; siehe *Zaffaroni/Alagia/Slokar* (Fn. 16), S. 330 und *¿Qué queda del finalismo en Latinoamérica?*, in: *Jakobs u.a. (Hrsg.), Fundamentos de la Dogmática Penal y de la Política Criminal (Ontologismo o normativismo)*, 2002, S. 118 ff. („Die ontischen Angaben sind nur eine Schranke in der Begriffsbildung, sie wird dadurch nicht aufgedrängt, sondern nur bedingt“).

³¹ *Cury* (Fn. 19), Bd. 1, S. 311 f. („Die sachlogischen Strukturen sind ontologische oder axiologische Beziehungen, nach denen die Auswahl eines bestimmten Wertgegenstandes die Annahme von anderen Gegenständen oder Wertungen, deren Vorhandensein oder Geltung durch den ersten bedingt ist, notwendig nach sich zieht“); im Vorwort zur 7. Auflage (S. 27) macht er darauf aufmerksam, dass er seine Meinung nicht geändert hat.

³² *Gracia Martín*, *Fundamentos de Dogmática penal. Una introducción a la concepción finalista de la responsabilidad penal*, 2005, S. 94 ff.; „El finalismo como método sintético real-normativo para la construcción de la teoría del delito“, in: *Hirsch u.a. (Hrsg.), Hans Welzel en el pensamiento penal de la modernidad, Homenaje en el centenario del nacimiento de Hans Welzel*, 2005, S. 95 ff. und in: *Moreno Hernández u.a. (Hrsg.), Problemas capitales del moderno Derecho Penal, Lo permanente y lo transitorio del pensamiento de Hans Welzel en la política criminal y la dogmática penal del siglo XXI. Libro Homenaje a Hans Welzel con motivo del 100 aniversario de su natalicio (1904-2004)*, 2005, S. 161 ff.

³³ *Cuello Contreras* (Fn. 25), S. 439 ff. Im Sinne *Kaufmanns*, begreift er die sachlogischen Strukturen als die notwendige Korrespondenz zwischen einer rechtlichen Regelung und einer Seinsstruktur. Die ontische Struktur der Handlung und der Schuld werden nach *Cuello Contreras* vom Zweckgedanken abgeleitet. Die Geltung der Normen muss von der Voraussetzung ausgehen, dass derjenige, der sie übertritt, ein Subjekt ist, das heißt jemand der sinngerichtet handelt. Die Schuld ist Zurechnung zu einem Subjekt und deswegen ist

die Motivationsfähigkeit eine Voraussetzung der subjektiven Zurechnung.

³⁴ *Moreno Hernández*, *El ontologismo de Welzel y sus implicaciones en la política criminal latinoamericana*, in: *Jakobs u.a. (Hrsg.), Fundamentos de la Dogmática Penal y de la Política Criminal (Ontologismo o normativismo)*, S. 131 ff.; *Ontologismo o normativismo como base de la dogmática penal y de la política criminal*, in: *Jakobs u.a. (Hrsg.), Fundamentos de la Dogmática Penal y de la Política Criminal (Ontologismo o normativismo)*, S. 75 ff., 92 ff., 99 ff. und in: *Facultad de Derecho de la UNED, Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho Penal y en la Criminología*, 2000, S. 579ff.; *El finalismo y sus implicaciones en la Dogmática Penal y la Política Criminal*, in: *Hirsch u.a. (Hrsg.), Hans Welzel en el pensamiento penal de la modernidad*, S. 171 ff.; *El ontologismo de Welzel como fundamento de la dogmática penal y de la política criminal*, in: *Moreno Hernández u.a. (Hrsg.), Problemas capitales del moderno Derecho Penal, Lo permanente y lo transitorio del pensamiento de Hans Welzel en la política criminal y la dogmática penal del siglo XXI*, S. 187 ff. *Moisés Moreno* hatte schon die Grundgedanken der finalen Handlungslehre in seiner Dissertation vertreten „Der finale Handlungsbegriff und das mexikanische Strafrecht“, 1977.

³⁵ *Regis Prado* (Fn. 21), S. 102, 112, 305 ff.

³⁶ *Stratenwerth*, *Das rechtstheoretische Problem der „Natur der Sache“*, 1957, S. 13 ff.

³⁷ Siehe meinen Aufsatz *Ontologismus und Normativismus im Finalismus der fünfziger Jahre*, in: *Arnold u.a. (Hrsg.), Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag*, 2005, S. 111 ff.

von Armin Kaufmann als die Nichtverwirklichung einer finalen Handlung entwickelt wurde, die der Täter in der konkreten Lage hätte vollziehen können, scheint mir ebenfalls an die Auffassung vom Menschen als Person gebunden zu sein. Außerhalb des Unterlassungsbegriffs bleiben dann die rein passiven Haltungen, bei denen die konkrete Handlungsfähigkeit fehlt.³⁸

Ob aber das Recht von der Auffassung des Menschen als Person ausgehen muss, ist eine andere Frage, die man aus dem Sein mit Sicherheit nicht beantworten kann.³⁹ ⁴⁰ Aus dem Blickwinkel des Sollens kann man mit Welzel der Meinung sein, dass die Achtung der Menschenwürde, die Anerkennung des Menschen als autonome Person ein materielles, *a priori* geltendes Gerechtigkeitsprinzip ist. Wenn das Recht keine reine Macht, kein bloßer Terror sein will, wenn es für das Gewissen der Bürger verbindlich sein möchte, dann soll es die Menschen als Personen, als verantwortliche Wesen anerkennen.⁴¹

1. Die dogmatischen Begriffe

a) Der finale Handlungsbegriff

Der finale Handlungsbegriff wird nicht nur von denjenigen Strafrechtlern vertreten, die die Existenz der von Welzel aufgezeigten sachlogischen Strukturen und ihren bindenden Charakter für das Recht anerkennen, sondern auch von denjenigen, die ihn als rein rechtlichen Begriff verstehen. Das ist der

³⁸ Siehe meinen *Curso de Derecho Penal Español*, Parte General, Bd. 2, *Teoría jurídica del delito*, S. 48 ff.

³⁹ Siehe dazu meine Aufsätze, *La naturaleza de las cosas y su relevancia jurídica*, Sonderabdruck aus *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1961, S. 29 f. und *Ontologismus und Normativismus im Finalismus der fünfziger Jahre*, S. 112 f.

⁴⁰ Deswegen finde ich es nicht richtig, sie als eine sachlogische Struktur zu bezeichnen, wie es z.B. *Zaffaroni* (Fn. 16), Bd. 2, S. 301, 303 f.; *Zaffaroni/Alagia/Slokar* (Fn. 16), S. 330; *Moisés Moreno*, *El ontologismo de Welzel y sus implicaciones en la política criminal latinoamericana*, (nota 34), S. 151; *Ontologismo o normativismo como base de la dogmática penal y de la política criminal*, 2002, S. 81 f.; *El finalismo y sus implicaciones en la Dogmática Penal y la Política Criminal*, 2005, S. 174 (202); *El ontologismo de Welzel como fundamento de la dogmática penal y de la política criminal*, (nota 34), S. 190 (200); *Gracia Martín*, Vorwort zu *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción*, von *Rueda Martín*, 2001, S. 31, *Fundamentos de Dogmática penal. Una introducción a la concepción finalista de la responsabilidad penal*, 2006, S. 101 ff. (die Struktur des Objektes der rechtlichen Regelung bedingt auch den entscheidenden Wertgesichtspunkt) und *Regis Prado* (Fn. 21), 307 f. tun.

⁴¹ Siehe dazu meinen Aufsatz, *Ontologismus und Normativismus im Finalismus der fünfziger Jahre* Sonderabdruck aus *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1961, S. 112.

Fall in Spanien bei *Cordoba Roda*⁴² und *Muñoz Conde*⁴³, in Chile bei *Etcheberry*⁴⁴, in Argentinien bei *Zaffaroni/Alagia/Slokar*⁴⁵ und *Donna*⁴⁶, in Perú bei *Villavicencio Terreros*⁴⁷, in Ecuador bei *Zambrano Pasquel*⁴⁸, und in Brasilien bei *Heleno Claudio Fragoso*⁴⁹ und *Miguel Reale junior*⁵⁰.

⁴² *Cordoba Roda*, *Una nueva concepción del delito. La doctrina finalista*, 1963, S. 86 f. Nach *Cordoba Roda*, Handlung im weiten Sinne, die die Unterlassung umfasst, ist „die menschliche Tätigkeit definiert durch die Kategorie der Finalität“; *Cordoba Roda/(Rodríguez) Mourullo*, *Comentarios al Código penal*, Bd. 1, 1972, S. 5 und in: *Schroeder/Zipf* (Hrsg.), *Zum Verbrechensbegriff im spanischen Strafrecht*, Festschrift für R. Maurach zum 70. Geburtstag, 1972, S. 630. Kritisch dazu mein Werk (Fn.38), S. 40.

⁴³ *Muñoz Conde*, *Teoría general del Delito*, 2. Aufl. 1989, S. 25 ff., (obwohl er in *Muñoz Conde/García Arán*, *Derecho Penal*, Parte General, 6. Aufl. 2004, S. 213 ff. den finalen Handlungsbegriff nur als Ausgangspunkt nimmt und dem bedeutenden Handlungsbegriff von *Vives Antón* folgt).

⁴⁴ *Etcheberry*, *Derecho Penal*, Tomo Primero, Parte General, 2. Aufl. 1976, S. 125 ff.

⁴⁵ *Zaffaroni/Alagia/Slokar* (Fn. 16), S. 381 ff., 394 ff. Selbst wenn sie die Handlung „als menschliches (und in folgedessen sinnhaftes) Verhalten, das sich mit Wirkungen in einem gewissen weltlichen Zusammenhang äußert“, definieren, verlangen sie die Finalität als unabdingbares Element von diesem vortatbestandlichen strafrechtlichen Begriff. Damit wird am besten die Geltung des Grundsatzes kein Verbrechen ohne Handlung garantiert. Auch bei den fahrlässigen und den Unterlassungsdelikten (*aliud agere*) gibt es eine finale Handlung.

⁴⁶ Selbst wenn sein finaler Handlungsbegriff von dem durch Welzel formulierten abweicht, ist Handlung für *Donna* nicht nur ein finales, sondern auch ein freies Verhalten. „Für uns sind Freiheit, Finalität und Wille Synonyme in dem Sinne der Lenkung des Kausalprozesses“. Er nimmt seinen Begriff der freien Handlung von *Hruschka*. „Eine Handlung ist nicht frei, wenn die Not oder die Unkenntnis die Zurechnung des Prozesses oder der Handlung verhindern“. Als Beispiele nennt er die Fälle der *vis absoluta*, des Tatbestandsirrtums, des entschuldigenden Notstandes, des Verbotsirrtums oder einer Geisteskrankheit. Siehe Fn.18, S. 57 ff. Seine Meinung halte ich aber nicht für überzeugend. So sind etwa die Handlungen von Unzurechnungsfähigen zwar nicht frei, ihre Struktur aber bleibt final. Die Willensfreiheit ist keine Voraussetzung einer finalen Handlung, sondern nur ihrer Zurechnung.

⁴⁷ *Villavicencio Terreros* (Fn. 22), S. 111 ff.

⁴⁸ *Zambrano Pasquel* (Fn. 23), S. 22 ff.

⁴⁹ *Claudio Fragoso* (Fn. 20), S. 167 f.

⁵⁰ Obwohl er meint, dass jede Zielsetzung eine Wertbeziehung einschließt. Neben der Finalität erscheint also als wesentliches Element der Handlung eine „sinnhafte Intentionalität“. Der Zweck ist immer ein aktualisierter Wert. „Die Handlung hat eine axiologische, finalistische Natur, die ihre ontologische Struktur ausmacht“. Die Zurechnungsfähigkeit ist für *Reale* deswegen eine Voraussetzung der Handlung und

b) Die personale Unrechtslehre

Die personale Unrechtslehre hat sich in Spanien und in Iberoamerika weitgehend durchgesetzt. Der Vorsatz und die Fahrlässigkeit werden durch viele Strafrechtler und manche Gesetzgebungen nicht mehr als Schuldformen aufgefasst. Es wird zwischen den vorsätzlichen und den fahrlässigen Tatbeständen (so wie zwischen den Handlungs- und den Unterlassungstatbeständen) unterschieden.

aa) Das Unrecht der vorsätzlichen Delikte

Die Eingliederung des Vorsatzes in den Tatbestand der vorsätzlichen Delikte hat sich in Spanien völlig durchgesetzt. Sie wird nicht nur durch die Finalisten, sondern auch durch viele andere Strafrechtler nachvollzogen. Die Zugehörigkeit des Vorsatzes zum Tatbestand der vorsätzlichen Delikte wird dabei nicht nur aus der finalen Struktur der menschlichen Handlung als ontischer Gegebenheit,⁵¹ sondern auch aus systematischen Gründen (den bekannten Argumenten des Vorhandenseins anderer subjektiver Unrechtselemente, der Bestrafung des Versuchs, der finalen Tätigkeitsworte, die in manchen Tatbeständen für die Beschreibung der tatbestandsmäßigen Handlung benutzt werden), dem Verständnis der Rechtswidrigkeit als Zuwiderhandlung gegen Bestim-

nicht der Schuld. Siehe: *Instituições de Direito Penal, Parte Peral*, Bd. 1, 2006, S. 128 ff, insbesondere S. 131 f.

⁵¹ Siehe, in diesem Sinne, *Gracia Martín*, *Fundamentos de Dogmática penal. Una introducción a la concepción finalista de la responsabilidad penal*, 2005, S.102 f.; El finalismo como método sintético real-normativo para la construcción de la teoría del delito, in: Hirsch u.a.(Hrsg.), *Hans Welzel en el pensamiento penal de la modernidad*, S. 107 ff. und in: Moreno Hernandez u.a. (Hrsg.), *Problemas capitales del moderno Derecho Penal, Lo permanente y lo transitorio del pensamiento de Hans Welzel en la política criminal y la dogmática penal del siglo XXI*, S. 170 ff.; *Cuello Contreras* (Fn. 25), S. 412 ff., 439 ff. Wie *Stratenwerth* herausgestellt hat, hebt sich als wesentlich für die rechtliche Regelung die finale Struktur der menschlichen Handlung ab, wenn das Recht vom Menschen als Person ausgeht. Der Verwirklichungswille muss dann Objekt der rechtlichen Wertung sein. Aus der Auffassung vom Menschen als verantwortlichem Wesen und aus der finalen Handlungsstruktur kann man aber meines Erachtens nicht die Folgerung ziehen, dass der Verwirklichungswille gerade Gegenstand des Unwerturteils der Rechtswidrigkeit sein muss; siehe meinen Aufsatz, *Ontologismus und Normativismus im Finalismus der fünfziger Jahre*, in: Arnold u.a.(Hrsg.), *Menschengerechtes Strafrecht*, S. 111 f.; *Ontologismo y normativismo en el finalismo de los años cincuenta*, in: Hirsch u.a.(Hrsg.), *Hans Welzel en el pensamiento penal de la modernidad, Homenaje en el centenario del nacimiento de Hans Welzel*, S. 63 f. und in: Moreno Hernandez u.a. (Hrsg.), *Problemas capitales del moderno Derecho Penal, Lo permanente y lo transitorio del pensamiento de Hans Welzel en la política criminal y la dogmática penal del siglo XXI*, S. 158 f.

mungsnormen (Gebote oder Verbote)⁵² und der Appellfunktion der strafrechtlichen Tatbestände⁵³, abgeleitet. Auch in Iberoamerika hat sich die Zugehörigkeit des Vorsatzes zum Tatbestand der vorsätzlichen Delikte, die durch die Finalisten vertreten wird, weitgehend durchgesetzt.⁵⁴ Die modernen

⁵² Siehe mein Werk (Fn.38), S. 124 ff.

⁵³ Siehe in diesem Sinne *Gimbernat Ordeig*, *El sistema del Derecho Penal en la actualidad*, Sonderabdruck aus dem *Anuario de Ciencia Jurídica*, 1 (1971-1972), S. 277 ff., eingeschlossen in seine *Estudios de Derecho Penal*, 3. Aufl. 1990, S. 170 ff. und in: Roxin u.a. (Hrsg.), *Grundfragen der gesamten Strafrechtswissenschaft, Festschrift für H. Henkel zum 70. Geburtstag*, 1974, S. 154 ff. Die Zugehörigkeit des Vorsatzes zum Unrechtstatbestand der vorsätzlichen Delikte wird z.B. auch vertreten von: *Cordoba Roda*, *El conocimiento de la antijuridicidad en la teoría del delito*, 1962, S. 79 f.; notas a la traducción del *Tratado de Derecho Penal*, de Maurach, Bd. 1, 1962, S. 301 ff., 370 ff.; *Una nueva concepción del delito. La doctrina finalista*, 1963, S. 93 ff.; *Muñoz Conde/García Arán* (Fn. 43), S. 265 ff.; *Mir Puig*, *Derecho Penal, Parte General*, 7. Aufl. 2004, S. 259 ff.; *Luzón Peña*, *Curso de Derecho Penal, Parte General*, Bd. 1, 1996, S. 331 f., 390; *Bacigalupo*, *Principios de Derecho Penal, Parte General*, 4. Aufl. 1997, S. 223 f.; *Bustos Ramírez/Hormazábal Malarée*, *Lecciones de Derecho Penal*, Bd. 2, 1999, S. 59 ff., *Nuevo sistema de Derecho Penal*, 2004, S. 83; *Zugaldía Espinar*, *Derecho Penal, Parte General*, 2. Aufl. 2004, S. 486 ff.

⁵⁴ Siehe z.B. *Zaffaroni* (Fn. 16), Bd. 3, S. 27 (295 ff.); *Zaffaroni/Plagia/Slokar* (Fn. 16), S. 495 ff.; *Donna* (Fn. 17), Bd. 2, S. 12 ff., 89; *Moreno Hernández*, „El finalismo y sus implicaciones en la Dogmática Penal y la Política Criminal“, in: Hirsch u.a.(Hrsg.), *Hans Welzel en el pensamiento penal de la modernidad*, 2005, S. 191 ff.; *Cury* (Fn. 19), S. 303; *Cousiño* (Fn. 19), Bd. 1, S. 642 ff.; *Fragoso* (Fn. 20), S. 173 f., 180, 190; *Regis Prado* (Fn. 21), S. 355 ff., 364 ff.; *Reale junior*, *Instituições de Direito Penal, Parte Geral*, Bd. 1, 2006, S. 136, 140, 149 ff. (obwohl für ihn der Vorsatz nicht nur Wollen, sondern Wollen mit einer axiologisch bedeutenden Intentionalität im Sinne einer Wertminderung ist); *Velásquez*, *Derecho Penal, Parte General*, 3. Aufl. 1997, S. 406; *ders.*, *Manual de Derecho Penal, Parte General*, 2. Aufl. 2004, S. 282-284; *Villavicencio Terreros* (Fn. 22), S. 132, insbesondere S. 137 f., 143 f.; *Peña Cabrera*, *Tratado de Derecho Penal. Estudio Programático de la Parte General*, 3. Aufl. 1997, S. 292, 362-363; *Cabrera Freyre*, *Derecho Penal Peruano, I Teoría General de la Imputación del Delito*, 2004, S. 177 ff.; *Villa Stein*, *Derecho Penal, Parte General*, 2. Aufl. 2001, S. 252-254; *Manual de Derecho Penal, Parte General*, Bd. 1, 3. Aufl. 2005, S. 447 f.; *Daza Gómez*, *Teoría general del delito*, 5. Aufl. 2006, S. 99 ff.; *Rodríguez Barillas*, in: *Díez Ripollé/Jiménez/Salinas Colomer* (Hrsg.), *Manual de Derecho Penal Guatemalteco, Parte General*, 2001, S. 174 ff., 179, 183, 199 f.; *Zambrano Pasquel* (Fn. 23), S. 32 ff., 45 f., 65 ff., 75 und *Villamor Lucía*, *Derecho Penal Boliviano, Parte General*, Bd. 1, 2. Aufl. 2007, S. 210 f. (obwohl er dem Vorsatz, anscheinend – siehe S. 167

Strafgesetzbücher, die eine (an sich unnötige) Bestimmung des Vorsatzes enthalten, fassen den Vorsatz als bloßes Wissen und Wollen der Tatbestandsverwirklichung auf (mit keinem Hinweis auf das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit, das heißt auf den *dolus malus*).⁵⁵

und 233 – eine Doppelstellung beimisst: der Tatvorsatz als Unrechtselement; als Schuldform würde er auch ein Feindschafts- oder Gleichgültigkeitsgefühl gegenüber der Rechtsordnung beinhalten). *Etcheberry* lehnt, obwohl er den finalen Handlungsbegriff vertritt, die Eingliederung des Vorsatzes beim Unrechtstatbestand der vorsätzlichen Delikte ab, weil seiner Meinung nach das Wort Vorsatz, und vor allen Dingen seine Bezeichnung als „malicia“ (Böswilligkeit), in der spanischen Sprache, einen bewerten Willen, einen schuldhaften Willen, (der Kenntnis, einschließlich der Rechtswidrigkeit, Wollen und äußere Freiheit, das heißt eine normale Motivationsfähigkeit, voraussetzt) bedeutet; siehe Fn. 44, S. 194 ff., 206 ff. Zu diesen vermeintlichen sprachlichen Schwierigkeiten siehe *Cury* (Fn. 19), S. 306 und in Bezug auf ähnliche Bedenken von *Cordoba Roda*, meinen Aufsatz *La conciencia de la antijuricidad en el Código penal español*, in: Sonderdruck der Revista de Estudios Penitenciarios, 1964, S. 4 ff. (auch in meinem Sammelband *Problemas fundamentales del Derecho Penal*, 1982, S. 75 ff. und in meinen *Obras Completas*, Bd. 2, 2006, S. 134 ff.).

⁵⁵ Siehe z.B. Art. 14 des bolivianischen StGB von 1997 (dessen allgemeiner Teil von *Stratenwerth* stark beeinflusst wurde); Art. 14 des ecuadorianischen StGB (siehe dazu *Zambraño Pasquel*, *Derecho Penal*, Parte General, S. 121-122); Art. 18 Abs. 1 des brasilianischen StGB, Art. 17 des neuen paraguayischen StGB von 1997 (das von *Schöne* stark beeinflusst wurde und aus dem sich ganz deutlich ableitet, dass Vorsatz und Fahrlässigkeit keine Schuldformen sind, sondern zu verschiedenen Tatbeständen Anlass geben); Art. 22 des kolumbianischen StGB von 2000; Art. 9 des mexikanischen BundesStGB i.d.F. von 1984 (die durch *Moisés Moreno* stark beeinflusst wurde) und Art. 18 des StGB für den Bundesstaat Mexiko von 2002. In Mexiko hatte man in den Jahren 1993 und 1994 eine Reform der Art. 16 und 19 der Verfassung und des Art. 168 der StPO vorgenommen, die die Verbreitung der personalen Unrechtslehre begünstigte. Man hat den Begriff des *corpus delicti* (dessen Beweis die Mindestvoraussetzung für eine Festnahme und eine formale gerichtliche Verfolgung war) durch den Tatbestandsbegriff, der ausdrücklich die Elemente des Vorsatzes und der Fahrlässigkeit enthält, ersetzt. Diese Reformen haben Anlass zu einer starken Auseinandersetzung gegeben und wurden im Jahre 1999 schließlich rückgängig gemacht. Siehe dazu *Moreno Hernández*, *Reformas penales de 1993-1994*; *ders.*, *Análisis de la iniciativa de reformas constitucionales en materia penal (párrafos 16 y 19)*, in: *Moreno Hernández*, *Política Criminal y Reforma Penal. Algunas bases para su democratización en México*, 1999, S. 181 ff., 219 ff.; *ders.*, *Las transformaciones de la legislación penal mexicana en los últimos veinte años*, in: *Moreno Hernández*, *Comentarios en torno al Nuevo Código Penal para el Distrito Federal*, 2003, S. 23 ff., 38 ff.; *Luna*

bb) Das Unrecht der fahrlässigen Delikte

Trotz der Schwierigkeiten, auf die die finale Handlungslehre bei den fahrlässigen Delikten stoßen musste und die der Anlass mehrerer Meinungsänderungen von *Welzel* waren⁵⁶ hat sich die personale Unrechtslehre auch für die fahrlässigen Delikte sowohl in Spanien als auch in Iberoamerika durchgesetzt. Die Verletzung einer objektiven Sorgfaltspflicht ist als Tatbestandselement der fahrlässigen Delikte weitgehend anerkannt.^{57 58} Die Sorgfaltspflicht wird dabei zum Teil als

Castro, *El concepto de tipo penal en Méjico*, 3. Aufl. 2003, S. 77 ff., 205 ff.

⁵⁶ Siehe dazu meinen Aufsatz *Der finale Handlungsbegriff als Grundlage des Strafrechtssystems*, ZStW 71 (1959), 44 und mein Werk (Fn.38), S. 34 ff.

⁵⁷ Über ihre Annahme in der spanischen Strafrechtswissenschaft und in der Rechtsprechung unseres Höchsten Gerichtshofes, siehe mein Werk (Fn. 38), S. 173 f. Die Zugehörigkeit der Verletzung der objektiv gebotenen Sorgfalt zum Unrechtstatbestand der fahrlässigen Delikte wird z.B. auch vertreten durch *Cordoba Roda* (Fn. 53), S. 76f. (80); *ders.*, *notas a la traducción del Tratado de Derecho Penal von Maurach*, Bd. 2, 1962, S. 257 ff.; *ders.*, *Una nueva concepción del delito. La doctrina finalista*, 1963, S. 90 ff.; *ders.*, *Die Regelung der Fahrlässigkeit im spanischen Strafrecht*, ZStW 81 (1969), 432 ff.; *Gimbernat*, *La causalidad en Derecho Penal*, *Anuario de Derecho Penal*, 1962, S. 567f.; *ders.*, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, 1966, S. 87 f.; *ders.*, *El sistema del Derecho Penal en la actualidad*, *Estudios de Derecho Penal*, 1990, S. 174 f.; *ders.*, *Introducción a la Parte General del Derecho Penal español*, 1979, S. 127; *ders.*, *Torío*, *El conocimiento de la antijuricidad en los delitos culposos*, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1980, S. 87; *Romeo Casabona*, *El médico y el Derecho Penal, I La actividad curativa (Licitud y responsabilidad penal)*, 1981, S. 221 ff.; *Muñoz Conde/García Arán* (Fn. 43), S. 284 ff.; *Luzón Peña* (Fn. 53), S. 495 ff.; *Bustos Ramírez/ Hormazábal Malarée* (Fn. 53), Bd. 2, S. 171 ff. und *Nuevo sistema de Derecho Penal*, 2004, S. 98 ff.

⁵⁸ Entscheidend für die Verbreitung dieser Auffassung in Iberoamerika war die Abhandlung von *Bustos Ramírez*, *Culpa y Finalidad (Los delitos culposos y la teoría final de la acción)*, 1967. In den letzten Jahren hat er ein neues Buch „*El delito culposo*“, 1995, veröffentlicht, in welchem er die Entwicklung der Dogmatik der fahrlässigen Delikte unter einer kriminalpolitische Perspektive darstellt. Die Verletzung der objektiv gebotenen Sorgfalt wird in Iberoamerika zum Beispiel auch von folgenden Autoren als ein Tatbestandselement der fahrlässigen Delikte aufgefasst: *Zaffaroni* (Fn. 16), Bd. 3, S. 389 ff., 393 ff.; *Cury* (Fn. 19), S. 331 ff.; *Cousiño* (Fn. 19), Bd. 1, S. 838 ff., 847f.; *Moisés Moreno*, *El finalismo y sus implicaciones en la Dogmática Penal y la Política Criminal*, 2005, S. 192; *Fragoso* (Fn. 20), S. 241 ff.; *Regis Prado* (Fn. 21), S. 376 ff.; *Reale junior* (Fn. 54), S. 149 ff., 234 ff.; *Velásquez* (Fn. 54), S. 433 ff.; *ders.*, *Manual de Derecho Penal, Parte General*, 2. Aufl. 2004, S. 313 ff.; *Peña Cabrera*,

eine subjektive Pflicht aufgefasst, um nicht nur die individuellen Kenntnisse, sondern auch die individuellen Fähigkeiten in Betracht ziehen zu können.⁵⁹

Die Meinungen der spanischen und iberamerikanischen Strafrechtler gehen indes hinsichtlich der Kriterien für die Bestimmung der objektiv gebotenen Sorgfalt und der weiteren Tatbestandselemente der fahrlässigen Delikte (außer der Verletzung der objektiv gebotenen Sorgfalt und des Erfolgs) auseinander. Meines Erachtens muss der Erfolg eine Folge gerade der Außerachtlassung der objektiv gebotenen Sorgfalt sein (Rechtswidrigkeitszusammenhang). Die sorgfaltswidrige Handlung, die den Erfolg verursacht hat, wäre nicht tatbestandsmäßig, wenn der Erfolg mit einer an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit auch verursacht worden wäre, wenn der Täter die gebotene Sorgfalt beachtet hätte. Außerdem muss der verursachte Erfolg gerade einer der Erfolge sein, den die verletzte Sorgfaltspflicht verhindern wollte.⁶⁰

Wenig Anklang hat die radikale Meinung von *Struensee* gefunden, wonach die finale Handlung, die auch bei jedem fahrlässigen Delikt vorhanden ist, nicht nur in Bezug auf die gewählten Mittel und die Art ihrer Anwendung, sondern auch in Bezug auf ihren Zweck tatbestandsmäßig relevant wäre. Die Finalität würde sich zwar nicht auf den tatbestandsmäßigen Erfolg, wohl aber auf die für den strafrechtlichen Tatbestand relevanten Risikofaktoren (an einer roten Ampel weiterfahren, eine unübersehbare Kurve schneiden, u.s.w.) richten.⁶¹ Die Vertreter dieser Meinung nehmen deswegen auch beim fahrlässigen Delikt die Existenz eines subjektiven Tatbestandes an.⁶²

Estudio Programático de la Parte General, 3.ed, 1999, S. 511 ff.; *Villa Stein* (Fn. 54), S. 267 ff.; *Zambrano Pasquel* (Fn. 23), S. 36 ff., 97 ff., 105 ff., 110 ff. und *Aníbal de León Velasco*, in: *Díez Ripollés/Giménez de Salinas*, Manual de Derecho Penal Guatemalteco, Parte General, 2001, S. 227 ff.

⁵⁹ Siehe z.B. *Bacigalupo* (Fn. 53), S. 240 f., 243; *Zugaldía*, La infracción del deber individual de cuidado en el sistema del delito culposo, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1984, 328; *ders.*, Derecho Penal, Parte General, S. 415 f. 486 ff., 531 ff.; *Zaffaroni/Alagia/Slokar* (Fn. 16), S. 531 f.; *Cabrera Freyre* (Fn.54), S. 404 ff., und *Villamor* (Fn.54), S. 221 (die Bestimmung der Fahrlässigkeit im Par. 15 des bolivianischen Strafgesetzbuches beruht meines Erachtens auf einer subjektiven Auffassung der Sorgfaltspflicht).

⁶⁰ Siehe mein Werk (Fn. 38), S. 179 ff., 183 ff., wo die verschiedenen Meinungen im Einzelnen dargestellt und analysiert werden.

⁶¹ Siehe meine kritische Auseinandersetzung mit der Meinung von *Struensee*, in meinem Werk: Fn 38, S. 166 f.

⁶² Siehe in diesem Sinne, *Cuello Contreras*, Culpabilidad e imprudencia, 1990, S. 182 ff.; *ders.*, El Derecho Penal Español, Parte General, 3. ed 2002, S. 471-473 und *González de Murillo*, Teoría del delito imprudente (Doctrina general y regulación legal), 1991, S. 79 ff., 110 f., 116 ff., 153-155, 202-204, 206 ff. *Alicia Gil* lehnt die Existenz eines subjektiven Tatbestandes beim fahrlässigen Delikt ab, ist aber der Meinung, dass die Finalität auch in Bezug auf die ausgewähl-

c) Handlungs- und Erfolgswert

In der personalen Unrechtslehre wird also von dem Erfolgswert ein Handlungsunwert unterschieden. Bei den vorsätzlichen Delikten besteht der Handlungsunwert nicht nur aus dem Vorsatz, gegebenenfalls den übrigen subjektiven Unrechtselementen, den Sonderpflichten (des Täters eines Sonderdelikts), sondern auch aus der Art und Weise und dem Grad der Verwirklichung der tatbestandsmäßigen Handlung und außerdem, meiner Meinung nach, aus der Gefährlichkeit der Handlung *ex ante* für die Erfolgsverursachung. Bei den fahrlässigen Delikten besteht der Handlungsunwert aus der Verletzung der (meistens objektiv gefassten) Sorgfaltspflicht. Der Erfolgswert liegt bei den vorsätzlichen wie bei den fahrlässigen Delikten bei der Verletzung oder Gefährdung des geschützten Rechtsgutes vor.⁶³

Die Beziehung zwischen Handlungs- und Erfolgswert war in der finalistischen Schule immer sehr umstritten. Nach *Welzel* und *Armin Kaufmann* wird das Unrecht der vorsätzlichen und der fahrlässigen Delikte schon durch den Handlungsunwert konstituiert. Mit dem beendeten Versuch und der Verwirklichung der fahrlässigen Handlung werden die jeweiligen Verbote schon völlig übertreten. Bei den vorsätzlichen Delikten erhöht die Erfolgsverursachung trotzdem das Maß des Unrechts und gehört noch zum Unrechtstatbestand. Bei den fahrlässigen Delikten gehörte die Erfolgsverursachung zwar für *Welzel* zum Unrechtstatbestand, sie erfüllte aber nur eine Auswahlfunktion unter den rechtswidrigen Handlungen unter dem Gesichtspunkt der Strafbarkeit. Diese Einschränkung der Strafbarkeit könnte, nach *Welzel*, aus Praktikabilitätsgründen geschehen, vor allen Dingen aber wegen des irrationalen Gefühls, dass „alles nicht so schlimm war, wenn es noch einmal gut gegangen ist“. Für *Armin Kaufmann* war die Erfolgsverursachung nur eine Strafbarkeitsbedingung der tatbestandsmäßigen und rechtswidrigen fahrlässigen Handlung.⁶⁴ *Zielinski* ging noch einen Schritt weiter und meinte, dass das Unrecht der vorsätzlichen und der fahrlässigen Delikte sich im Handlungsunwert erschöpfe. Die Erfolgsverursachung sei immer vom Zufall abhängig, erfülle

ten Mittel und die Art ihrer Anwendung für die Tatbestände der fahrlässigen Delikte irrelevant sei. Die Finalität sei nur relevant, um die Art der vollzogenen Handlung und dementsprechend die Sorgfaltspflicht, die geachtet werden sollte, zu ermitteln; siehe, *El delito imprudente. Fundamentos para la determinación de lo injusto imprudente en los delitos activos de resultado*, 2007, S. 25 ff.

⁶³ Siehe mein Werk (Fn. 38), S. 154 ff., 186 ff.

⁶⁴ Siehe *Welzel*, Das deutsche Strafrecht, 11. Aufl. 1969, S. 62, 136; Das neue Bild des Strafrechtssystems, 1961, S. 29 f., 36 f.; Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte, Zur Dogmatik der fahrlässigen Delikte, 1961, S. 21; *Kaufmann*, Zum Stand der Lehre vom personalen Unrecht, in: *Stratenwerth u. a.* (Hrsg.), Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag, 1974, S. 395 f., 403 ff., 411 und schon früher, Das fahrlässige Delikt, Zeitschrift für Rechtsvergleichung, 1964, S. 43 f.

nur eine Äußerungsfunktion des Unrechts und bedinge die Notwendigkeit der Bestrafung.⁶⁵

Alle diese Meinungen haben Anklang in der Strafrechtswissenschaft Spaniens und der iberamerikanischen Länder gefunden.⁶⁶ Sie gehen aber von einer falschen Gleichsetzung von Normwidrigkeit und Rechtswidrigkeit aus. Mit dem beendeten Versuch und der fahrlässigen Handlung werden zwar die jeweiligen Verbote übertreten. Die Normen haben aber die Funktion des Rechtsgüterschutzes und erhalten nur aus dieser Funktion ihren Sinn. Zwischen dem Handlungs- und dem Erfolgsunwert muss daher sowohl bei den vorsätzlichen wie den fahrlässigen Delikten konsequenterweise eine innere Beziehung verlangt werden. Diese fehlt bei den vorsätzlichen Delikten, wenn der konkrete Erfolg durch den Vorsatz nicht umfasst wird (in den Fällen der *aberratio ictus* oder des Objektsirrtums) und bei den fahrlässigen Delikten, wenn der Erfolg nicht eine Folge der Außerachtlassung der objektiv gebotenen Sorgfalt (Rechtswidrigkeitszusammenhang) oder keiner derjenigen Erfolge ist, die die Norm verhindern wollte. Deswegen wird das Unrecht der vorsätzlichen und der fahrlässigen Delikte nur konstituiert, wenn zu dem

⁶⁵ Siehe Zielinski (Fn. 13), insbesondere S. 128 ff., 135 ff., 152 ff., 168 ff., 185 ff., 205 ff., 209 ff., 308 f.

⁶⁶ Der Meinung von Welzel und Kaufmann folgt Cury (Fn. 19), S. 346 f. und Cousiño (Fn. 19), Bd. 1, S. 844 ff.; Bd. 2, S. 78 ff. Die Auffassung von Kaufmann hat sogar im neuen paraguayischen StGB (dass durch Schöne stark beeinflusst wurde), ihren Niederschlag gefunden: für den beendeten Versuch wird nämlich eine lediglich fakultative und für den unbeendeten Versuch eine obligatorische Strafmilderung im Vergleich mit der Vollendungsstrafe aufgestellt (siehe §§ 27, 67). In Spanien ist Esteban Sola der Meinung, dass das Unrecht der vorsätzlichen Delikte allein durch den Handlungsunwert konstituiert wird. Als Handlungsunwert betrachtet er die Art und Weise und den Grad der Verwirklichung der tatbestandsmäßigen Handlung, ihre Gefährlichkeit, den Vorsatz und die Sonderpflichten bei den Sonderdelikten (siehe Esteban Sola Reche, „La peligrosidad de la conducta como fundamento de lo injusto penal“, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1994, 1, S. 170, 173 f.; ders., La llamada ‚tentativa inidónea‘ de delito. Aspectos básicos, 1996, S. 108 ff.). Die radikale Meinung von Zielinski hat in Spanien bei Cuello Contreras (Fn. 25), S. 437, 476 ff. und Serrano González de Murillo (Fn. 62), S. 249 ff. Anklang gefunden. Cuello Contreras lehnt aber die rein subjektive Unrechtsauffassung von Zielinski ab, nach der der Handlungsunwert sich lediglich auf die subjektiven Tätervorstellungen stützt, also im normwidrigen Willen besteht (siehe El Derecho Penal Español, Parte General, Nociones introductorias. Teoría del delito, 2002, S. 486-488). Die rein subjektive Unrechtsauffassung von Zielinski ist in Argentinien durch Sancinetti aufgenommen und weiter geführt worden; siehe Sancinetti, Teoría del delito y disvalor de acción. Una investigación sobre las consecuencias prácticas de un concepto personal de ilícito circunscripto al disvalor de acción, 1991.

Handlungsunwert der Erfolgsunwert hinzukommt.⁶⁷ Diese Auffassung der Beziehung vom Handlungs- und Erfolgsunwert wird mit verschiedenen Begründungen durch die Mehrheit der spanischen und iberamerikanischen Strafrechtler vertreten.⁶⁸

d) Handlungswert und Erfolgswert bei den Rechtfertigungsgründen

Die Annahme subjektiver Elemente bei allen Rechtfertigungsgründen durch die finale Handlungslehre hat einen großen Anklang in der spanischen und der iberamerikanischen Strafrechtswissenschaft gefunden.⁶⁹ Die Meinungen gehen aller-

⁶⁷ Siehe in diesem Sinne, Stratenwerth, Zur Relevanz des Erfolgsunwertes im Strafrecht, in: Grünwald u.a. (Hrsg.), Festschrift für Friedrich Schaffstein zum 70. Geburtstag, 1975, S. 187; Suarez Montes, Consideraciones críticas en torno a la doctrina de la antijuridicidad en el finalismo, 1963, S. 75 ff. und in: Stratenwerth u.a. (Hrsg.), Weiterentwicklung der finalen Unrechtslehre, Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag, 1974, S. 392 und mein Werk (Fn. 38), S. 156 ff., 187 f.

⁶⁸ Siehe z.B. in Spanien Huerta Tocildo, Sobre el contenido de la antijuridicidad, 1984, S. 46 ff., 66 ff., 72 f.; Bustos Ramírez/Hormazábal Malarée (Fn. 53), Bd. 2, S. 35 ff., 190 (wo der soziale Handlungsunwert *ex ante*, d.h. die Eignung der konkreten Handlung für die Verletzung des Rechtsgutes bezogen auf die Tatbestandsmäßigkeit, und der soziale Erfolgsunwert *ex post* der Rechtswidrigkeit zugeordnet wird); Nuevo sistema de Derecho Penal, 2004, S. 76 ff., 89 ff.; Guallart de Viala, La significación del resultado en los delitos culposos en el Derecho penal español, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1979, S. 640 ff.; Romeo Casabona, El médico y el Derecho Penal, Bd. 1, La actividad curativa (Licitud y responsabilidad penal), 1981, S. 226; Luzón Peña (Fn. 53), S. 338; Gil, Sobre la pertenencia del desvalor del resultado a lo injusto, in: Hirsch u.a. (Hrsg.), Hans Welzel en el pensamiento penal de la modernidad, 2005, S. 389 ff. Für Iberoamerika vgl. Zaffaroni (Fn. 16), Bd. 3, S. 395 f.; Donna (Fn. 17), Bd. 2, S. 23; Fragoso (Fn. 20), S. 247; Regis Prado (Fn. 21), S. 104 f., 355 ff.; Villa Stein (Fn. 54), S. 340 f. und Velásquez (Fn. 54) S. 460 ff.; ders., Manual de Derecho Penal, Parte General, 2. Aufl. 2004, S. 347.

⁶⁹ Siehe z.B. in Spanien, Cordoba Roda, Fußnoten zu seiner Übersetzung des Tratado de Derecho Penal von Maurach, Bd. 1, 1962, S. 371; ders., Las eximentes incompletas en el Código Penal, 1966, S. 107 f.; Cordoba Roda/Rodríguez Mourullo, Comentarios al Código Penal, Bd. 1, 2004, S. 247; Magaldi, La legítima defensa en la jurisprudencia española, 1976, S. 228 f.; mein Werk (Fn. 38), S. 198 ff.; Bustos Ramírez/Hormazábal Malarée (Fn. 53), Bd. 2, 1999, S. 115 f., 191 f.; ders., Nuevo sistema de Derecho Penal, 2004, S. 93; Cuello Contreras (Fn. 25), S. 437 f., 768; für Iberoamerika vgl. Zaffaroni (Fn. 16), Bd. 3, S. 574 ff., Zaffaroni/Alagia/Slokar (Fn. 16), S. 573 ff. weisen dagegen die Annahme subjektiver Rechtfertigungselemente zurück; siehe die scharfe Kritik dieser neuen objektivistischen

dings auseinander in Bezug auf die Natur der subjektiven Rechtfertigungselemente: Für manche Strafrechtler geht es nur um das Bewusstsein des Vorliegens der objektiven Voraussetzungen der Rechtfertigungsgründe, für andere entsprechen sie den subjektiven Unrechtselementen (wie der Zueignungsabsicht beim Diebstahl), oder dem Vorsatz (Wissen und Wollen der objektiven Voraussetzungen der Rechtfertigungsgründe) bei den vorsätzlichen Delikten;⁷⁰ schließlich werden

Auffassung der Rechtfertigungsgründe bei *Gil*, „¿Es posible y conveniente una justificación meramente objetiva?“, *Revista de Derecho Penal*, 2006, Bd.2, Eximenes de la responsabilidad penal, Bd. 1, 2006, S. 87 ff.); *Cury* (Fn. 19), S. 365 f.; *Cousiño* (Fn. 19), Bd. 2, 137 ff.; *Donna* (Fn. 17), Bd. 2, S. 134 ff.; *Fragoso* (Fn. 20), S. 205; *Regis Prado* (Fn. 21), S. 394 f.; *Villa Stein* (Fn. 54), S. 344; *Velásquez* (Fn. 54), S. 466 f.; *ders.*, *Manual de derecho penal, Parte general*, 2. Aufl. 2004, S. 349 f.

⁷⁰ *Gimbernat* ist der Meinung, dass es bei *allen* Rechtfertigungsgründen genügt, dass der Täter „das Bewusstsein davon hatte, dass ein Rechtfertigungsgrund objektiv vorhanden war“; siehe *Gimbernat*, *Introducción a la Parte General del Derecho penal español*, 1979, S. 51; *ders.*, *Rechtfertigung und Entschuldigung bei Befreiung aus besonderen Notlagen* (Notwehr, Notstand, Pflichtenkollision) im spanischen Strafrecht, in: *Eser u.a. (Hrsg.), Rechtfertigung und Entschuldigung*, Bd. 3, 1991, S. 71 f.; im gleichen Sinne, *Donna* (Fn. 17), Bd.2, S. 135; *Villa Stein* (Fn. 54), S. 344. Vertreter der Meinung, dass die subjektiven Rechtfertigungselementen den subjektiven Unrechtselementen entsprechen, sind z.B. *Bustos Ramírez/Hormazábal Malarée* (Fn. 53), S. 116, 192; *dies.*, *Nuevo sistema de Derecho Penal*, 2004, S. 93; *Zaffaroni* (Fn. 16), Bd. 3, S. 578 f. Dies war auch früher meine Meinung (siehe mein Werk (Fn. 38), S. 198 f. Für *Mir Puig* entsprechen die subjektiven Rechtfertigungselemente dem Vorsatz; siehe seine Bemerkungen zu seiner Übersetzung der dritten Aufl. vom *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, von *Jescheck*, Bd. 1, 1981, S. 456; *ders.*, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado Social y democrático de Derecho*, 2. Aufl. 1982, S. 89; *ders.*, *Derecho Penal, Parte General*, 7. Aufl. 2006, S. 419; im gleichen Sinne *Luzón Peña*, *Legítima defensa y estado de necesidad defensivo*, in: *Comentarios a la Legislación Penal*, Bd. V, Tb. 1, 1985, S. 253; *ders.*, *Causas de atipicidad y causas de justificación*, in: *Causas de justificación y causas de atipicidad en Derecho Penal*, 1995, S. 38 ff.; *ders.* (Fn. 53), S. 580, 602 f.; *Trapero Barreales*, *Los elementos subjetivos en las causas de justificación y de atipicidad penal*, 2000, S. 214 ff., 259 ff., 287 f.; *Díez Ripollés*, *La reforma del delito de aborto*, *Comentarios a la Legislación Penal*, IX, 1989, S. 246 f.; *Valle Muñiz*, *El elemento subjetivo de justificación y la graduación del injusto penal*, 1994, S. 86 ff.; *Cury* (Fn. 19), S. 365 f.; *Cousiño* (Fn. 19), Bd.2, S. 141 f., 144; *Velásquez* (Fn. 54), S. 466; *ders.*, *Manual de derecho penal, Parte general*, 2. Aufl. 2004, S. 349; *Fragoso* (Fn. 20), S. 205. Joaquín Cuello Contreras meint, dass das subjektive Element des Erlaubnistatbestands in der Vorstellung der objektiven Elemente der Rechtfertigungsgründe, d.h. der rechtfertigenden Lage be-

sie, in Übereinstimmung mit den Grundsätzen der finalen Handlungslehre, als der Verwirklichungswille des wertvollen Erfolges (die Abwehr des rechtswidrigen Angriffs, die Rettung des gefährdeten Rechtsgutes beim rechtfertigenden Notstand, die Erfüllung der Pflicht oder die Ausübung des Rechtes u.s.w.), der meistens außerhalb des Rechtfertigungstatbestandes liegt, aufgefasst.⁷¹ Die Mehrheit der Rechtfertigungsgründe ist mehraktig oder erfolgskupiert.⁷² Der Tatbestand des Rechtfertigungsgrundes ist schon verwirklicht und das Verhalten rechtmäßig, wenn all seine objektiven und subjektiven Elemente vorhanden sind, selbst wenn der wertvolle Erfolg nicht eingetreten ist. Der Verwirklichungswille umfasst nicht nur die Fälle, in denen der wertvolle Erfolg der Zweck der Handlung ist, sondern auch diejenigen, in denen der wertvolle Erfolg als eine notwendige oder als eine mögliche Folge der Handlung mit der der Täter rechnete, vorhergesehen wurde.⁷³ Die Meinungen gehen auch darüber auseinander, ob die rechtfertigende Handlung *ex ante* für die Herbeiführung des wertvollen Erfolges geeignet sein soll oder nicht.⁷⁴

steht, sowie in dem Bewusstsein der Notwendigkeit und Tauglichkeit der Handlung zur Rettung eines höherwertigen Rechtsguts (siehe *El Derecho Penal Español. Parte General. Nociones Introductorias. Teoría del delito*, 3.Aufl. 2002, S. 764, 768, 777 ff.).

⁷¹ So *Gil*, *La ausencia del elemento subjetivo de justificación*, 2002, S. 16 ff. und besonders S. 24 f.; *dies.*, *Lo subjetivo en la fundamentación y en la exclusión de lo injusto*, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, UNED, Nr.15, 2005, S.137 f. und in: *Moreno Hernandez u.a. (Hrsg.), Problemas capitales del moderno Derecho Penal, Lo permanente y lo transitorio del pensamiento de Hans Welzel en la política criminal y la dogmática penal del siglo XXI*, 2003, S. 344 f.; zu dieser Meinung hat sich auch *Regis Prado* (Fn. 21), S. 394 f. bekannt.

⁷² Siehe dazu *Gil* (Fn. 71), S. 8, 15, 24 f., 36 f. und besonders S. 63 ff.; *dies.*, *Lo subjetivo en la fundamentación y en la exclusión de lo injusto*, 2005, S.135 ff. (sie macht eine Ausnahme für die Einwilligung des Verletzten und die *exceptio veritatis* bei den Beleidigungsdelikten, Art. 210 des spanischen StGB). In ähnlichem Sinne sprach schon *Hirsch* von Unternehmensrechtfertigungsgründen, bei denen für die Rechtfertigung des Verhaltens die Herstellung des wertvollen Erfolges nicht notwendig ist (er nahm hiervon nur die Einwilligung des Verletzten aus); siehe *Hirsch*, in: *Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, 10.Aufl. 1985, Vorbemerkungen zu § 32 Rn. 53.

⁷³ Siehe, in diesem Sinne, *Gil* (Fn. 71), S. 16 ff., und besonders S. 22 (64 f.). Nach *Hirsch* (Fn. 72 a.a.O.) genügt der *dolus eventualis* hinsichtlich des Rechtfertigungszieles nicht.

⁷⁴ *Sanz Morán* glaubt (der Meinung von *Rudolphi* folgend), dass die Tauglichkeit der Handlung für die Erreichung des wertvollen Erfolges eine notwendige Konsequenz der Anwendung der Lehre von der objektiven Zurechnung ist (siehe *Sanz Morán*, *Teoría general de la justificación*, *Revista Penal*, Nr. 5, 2000, 82). Für *Cuello Contreras* ist die Tauglichkeit der Handlung zur Vermeidung der Rechtsgutsverletzung ein

In der spanischen und iberamerikanischen Strafrechtswissenschaft wird unter den Vertretern der personalen Unrechtslehre ferner heftig darüber diskutiert, ob der Täter im Falle des Vorhandenseins der objektiven Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes bei Fehlen des entsprechenden subjektiven Elementes wegen versuchten oder vollendeten vorsätzlichen Delikts verantwortlich gemacht werden soll. Wenn der Erfolg verursacht worden ist, könnte die Annahme eines Versuchs nur durch Analogie (*in bonam partem*) mit der Begründung geschehen, dass der Erfolgswert durch das Vorhandensein der objektiven Voraussetzungen des Rechtfertigungsgrundes ausgeglichen worden sei⁷⁵. Dieser Gedanke ist aber mit der Auffassung der Rechtswidrigkeit als Verletzung einer Bestimmungsnorm (eines Verbotes oder eines Gebotes) unvereinbar. Das Recht verbietet die Verwirklichung von (gefährlichen) Handlungen, die durch den Täterwillen zur Verletzung eines Rechtsgutes getragen sind oder die objektiv gebotene Sorgfalt nicht achten, und kann Erfolgsverursachungen nicht positiv bewerten, die nur objektiv und zufällig durch einen Rechtfertigungsgrund gedeckt sind. Ebenso wenig genügt es, dass dem Handlungswert die Erfolgsverursachung folgt, um das Unrecht der vorsätzlichen und der fahrlässigen Delikte zu konstituieren; stattdessen muss zwischen ihnen eine innere Beziehung bestehen. Der Erfolgswert kann unabhängig vom Handlungswert oder vom Handlungswert weder begründet noch ausgeschlossen werden⁷⁶. Deswegen halte ich es für zutreffend, dass der Täter in diesen Fällen wegen eines vorsätzlichen vollendeten Delikts verantwortlich gemacht wird.⁷⁷ Die Vollendungsstrafe kann aber in

objektives Element des Erlaubnistatbestandes, zu dem als subjektives Element die Vorstellung des Handelnden von der Tauglichkeit tritt (siehe Fn. 70, S. 768 f.). *Alicia Gil* lehnt aus kriminalpolitischen Gründen mit Recht das Erfordernis der Tauglichkeit der Handlung zur Vermeidung der Rechtsgutsverletzung ab. Der Umfang der strafbaren Handlungen würde dadurch nicht verringert, sondern erweitert (anders verhält es sich insoweit mit dem Erfordernis der Gefährlichkeit der Handlung bei den Unrechtstatbeständen!) und letztlich würde man die Bürger von Rettungshandlungen abhalten (siehe *Gil* [Fn. 71], S. 40 f.).

⁷⁵ Für die Versuchslösung in Spanien plädiert etwa *Gimbernat* (Fn.70), S. 51; *Huerta Tocildo* (Fn.68), S. 121 ff.; *Luzón Peña*, Aspectos esenciales de la legítima defensa, 1978, S. 125; *ders.*, Legítima defensa y estado de necesidad defensivo, 1985, S. 254; *ders.*, Causas de atipicidad y causas de justificación, 1995, S. 38 f.; *ders.* (Fn. 53), S. 579, 580 f., 603 f. (wenn es sich um Rechtfertigungsgründe handelt, die den Erfolgswert ausschließen); *Trapero Barreales* (Fn.70), S. 301 ff., 327 ff., 347 ff., 394.

⁷⁶ Siehe mein Werk (Fn. 38), S. 106 ff., 136 ff., 155 ff., 179 ff., 186 ff. M.E. haben sich *Gil* (Fn. 71), besonders S. 89 f., 115 ff. und *Regis Prado*(Fn. 35), S. 395 angeschlossen.

⁷⁷ Für die Vollendungslösung in Iberoamerika mit verschiedenen Argumenten, *Zaffaroni* (Fn. 16), Bd. 3, S. 577 f. und *Velásquez* (Fn. 54), S. 467 f.; *ders.*, Manual de derecho penal, Parte general, 2.Aufl. 2004, S. 350 (der eine Strafmilderung

einem gewissen Ausmaß gemildert werden. Man kann einen unvollständigen Strafausschließungsgrund (in diesem Falle einen unvollständigen Rechtfertigungsgrund)⁷⁸ zwar nicht anwenden⁷⁹, denn nach der personalen Unrechtslehre ist das subjektive Rechtfertigungselement ein wesentliches Element,⁸⁰ aber doch einen Milderungsgrund anerkennen auf der Grundlage einer Analogie zu einem unvollständig vorliegenden Rechtfertigungsgrund.⁸¹

Alicia Gil meint, dass eine derartige Strafmilderung unmöglich sei, da man, wenn der Handlungswert beim Rechtfertigungsgrund fehlt, weder einen Unrechtsausschluss noch eine Unrechtmilderung annehmen könne.⁸² Natürlich wird das Unrecht nicht ausgeschlossen. Man kann weder einen Erfolgswert, welcher den Erfolgswert, noch einen Handlungswert, welcher den Handlungswert ausgleichen könnte, annehmen, wenn das subjektive Rechtfertigungselement fehlt. Indes ist der Handlungswert durch das Vorhandensein von allen oder mehreren objektiven Elementen der Rechtfertigungsgründe zumindest gemildert. Der Handlungswert bei den Rechtfertigungsgründen besteht nicht nur aus dem subjektiven Rechtfertigungselement, sondern auch aus den objektiven Elementen, mit deren Hilfe das Gesetz die rechtfertigende Handlung beschreibt. Die objektiven Elemente der Rechtfertigungsgründe bilden keineswegs, wie man üblicherweise annimmt,⁸³ den Erfolgswert des Rechtfertigungsgrundes, sondern stellen einen Teil des Handlungswerts dar.⁸⁴

im Wege der Anwendung des Exzesses eines Rechtfertigungsgrundes gem. Art. 32, 7 des kolumbianischen StGB befürwortet).

⁷⁸ Im spanischen StGB werden die unvollständigen Strafausschließungsgründe als Milderungsgründe ausdrücklich anerkannt (Art. 20 und 21.1).

⁷⁹ So jedoch der Vorschlag von *Cobo del Rosal/Vives Antón*, Derecho Penal, Parte General, 5. Aufl. 1999, S. 507 f., Fn. 13; *Valle Muñoz* (Fn. 70), S. 119 ff.; *ders.*, La naturaleza graduable de lo injusto y la actuación en desconocimiento del supuesto objetivo de una causa de justificación, in: *Silva Sánchez* (Hrsg.), Política criminal y nuevo Derecho Penal, Libro Homenaje a Claus Roxin, 1997, S. 460 ff.; *Mir Puig* (Fn. 53), S. 420 f.; *Cuello Contreras* (Fn. 25), S. 780 f., 794 ff., 800.

⁸⁰ Die h.M. in der spanischen Strafrechtswissenschaft verlangt das Vorhandensein der wesentlichen Elemente eines Strafausschließungsgrundes (in unserem Falle eines Rechtfertigungsgrundes), um einen Milderungsgrund anzunehmen; siehe dazu mein Werk (Fn. 38), S. 357 ff.

⁸¹ In diesem Sinne auch *Cobo del Rosal/Vives Antón* (Fn. 79), S. 507 f., Fn. 13, *Maqueda Abreu*, „Los elementos subjetivos de justificación“, Año V, Nr. 935, 1984, S. 7, Fn. 105 und S. 8, Fn. 120; zust. *Díez Ripollés*, „La categoría de la antijuricidad en Derecho Penal“, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1991, Heft 3, S. 748, Fn. 116.

⁸² Siehe La ausencia del elemento subjetivo de justificación, S. 126 ff. und besonders 131.

⁸³ Das war noch meine Meinung; siehe mein Werk (Fn. 38), S. 201 ff.

⁸⁴ Siehe in diesem Sinne *Gil* (Fn. 71), S. 107 ff.

e) Die Schuldtheorie

Nach der von *Welzel* entwickelten Schuldtheorie ist das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit kein Vorsatzelement. Der Vorsatz ist ein subjektives Unrechtselement der vorsätzlichen Delikte, das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit gehört dagegen zur Schuld. Der Verbotsirrtum kann also den Vorsatz nicht ausschließen. Wenn der Verbotsirrtum unvermeidbar war, werden die Schuld und die Strafe ausgeschlossen. Wenn der Verbotsirrtum vermeidbar war, werden die Schuld und die Strafe gemildert. Die Strafmilderung sollte nach der ursprünglichen Auffassung von *Welzel* bloß fakultativ sein.⁸⁵

Umstritten war unter den Vertretern der Schuldtheorie immer, ob die irriige Annahme der objektiven Vorraussetzungen der Rechtfertigungsgründe ein Verbotsirrtum ist. Nach der reinen Schuldtheorie, die durch *Welzel* vertreten wurde, ist das der Fall. Nach der eingeschränkten Schuldtheorie ist die irriige Annahme der objektiven Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes ein Tatbestandsirrtum (so die Anhänger der Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen) oder sollte als solcher behandelt werden, weil man dann angeblich zu gerechteren Ergebnissen gelangen kann. Nur der Irrtum über die Grenzen eines Rechtfertigungsgrundes oder die irriige Annahme eines nicht anerkannten Rechtfertigungsgrundes wären Verbotsirrtümer.

Nach einer Mindermeinung würde dagegen im Falle der irrigen Annahme der objektiven Vorraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes, wenn der Irrtum unvermeidbar war, nicht erst die Schuld, sondern schon die Rechtswidrigkeit des Verhaltens ausgeschlossen.⁸⁶ Eine demgemäß rein subjektivistische Auffassung der Rechtfertigungsgründe wird in Argentinien durch *Sancinetti* vertreten. Wie *Zielinski* in Deutschland hält *Sancinetti* es grundsätzlich für ausreichend, dass der Täter an das Vorhandensein der objektiven Vorraussetzungen des Rechtfertigungsgrundes glaubt. Das Unrecht der vorsätzlichen und der fahrlässigen Delikte erschöpft sich danach im Handlungsunwert. Die irriige Annahme der objektiven Vorraussetzungen der Rechtfertigungsgründe schließt den Handlungsunwert der vorsätzlichen Delikte aus und auch den Handlungsunwert der fahrlässigen Delikte, wenn der Täter gewissenhaft und pflichtgemäß das mögliche Vorliegen solcher Voraussetzungen geprüft hatte.⁸⁷ Obwohl auch *Cuello Contreras* (Spanien) der Meinung ist, dass das Unrecht der

vorsätzlichen und der fahrlässigen Delikte durch den Handlungsunwert nicht nur konstituiert, sondern auch erschöpft wird, verlangt er gleichwohl, dass die Rettungshandlung *ex ante* erfolgsg geeignet ist, um die Rechtswidrigkeit des Verhaltens auszuschließen⁸⁸.

Die reine und die eingeschränkte Schuldtheorie haben großen Anklang in der spanischen und in der iberoamerikanischen Strafrechtswissenschaft gefunden.⁸⁹ Sie haben in meh-

⁸⁸ Siehe *Cuello Contreras* (Fn. 25), S. 768 f., 785 ff., 1107 f.; eine Kritik der rein subjektivistischen Unrechtsauffassung von *Zielinski* und *Sancinetti* findet sich dort, S. 486 ff.

⁸⁹ Ich hatte als erster die Annahme und Anwendung der reinen Schuldtheorie in Spanien vorgeschlagen (siehe „La conciencia de la antijuridicidad en el Código penal español, Revista de Estudios Penitenciarios“, Nr. 166 (1964); Die Regelung des Verbotsirrtums im spanischen Strafgesetzbuch, in: Dornseifer u.a. (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, 1989, S. 473 ff.; Curso de Derecho Penal Español, Bd. 3, 2002, Teoría jurídica del delito/2, S. 124 ff.). In Spanien vertreten die reine Schuldtheorie etwa auch *Huerta Tocildo* (Fn. 68), 1984, S.131 ff., 145 ff.; *Romeo Casabona*, El error evitable de prohibición en el Proyecto de 1980, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1981, fasc. 2-3, S. 761 ff.; *Gracia Martín*, Política Criminal y Dogmática Jurídico Penal del proceso de reforma penal en España (y II), Actualidad Penal, 1994, Nr. 18, S. 378; *Bacigalupo* (Fn. 53), S. 307 f., 312 f. (der die Möglichkeit des Bewusstseins der Strafbarkeit verlangt); *Maqueda*, El principio de responsabilidad subjetiva: Su progresiva influencia en la jurisprudencia del Tribunal Supremo a partir de la reforma del Código Penal de 25 de junio de 1983, Cuadernos de Política Criminal, Nr 31, 1987, S.260 f.; *Zugaldía Espinar*, El tratamiento jurídico-penal del error en el art. 20 del Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal español de 1980, Cuadernos de Política Criminal nº 15, 1981, S. 519 ff.; *ders.* (Fn.53), S. 807, 610 ff. (nach dem der Irrtum über die Strafbarkeit wie der Verbotsirrtum durch Analogie behandelt werden soll); *Díez Ripollés*, Die jüngsten strafrechtlichen und strafprozessualen Reformen in Spanien, JZ 1984, 561; *Cuello Contreras* (Fn. 51), S. 1073 f., 1080, 1094, 1097 f.; *Melendo Pardos*, Imputación subjetiva y error en el Estatuto de la Corte Penal internacional. Desafios para la dogmática penal continental, 2007, S. 116 f.; für Argentinien siehe *Zaffaroni* (Fn. 16), Bd. 4, S. 86 ff., 222, 228 ff.; *Zaffaroni/Alagia/Slokar* (Fn. 16), S. 503 f., 647 ff., 698, 700, 707 (die das aktuelle oder mögliche Bewusstsein der Strafrechtswidrigkeit verlangen); *Donna* (Fn. 17), Bd. 2, S. 279 ff., 286-288 (der sich der Lehre von *Maurach* von der Tatverantwortung als Element der Zurechenbarkeit des Verhaltens anschließt; siehe Teoría del delito y de la pena, 1, 2008, S. 240 ff. und Teoría del delito y de la pena, 2, 2.Aufl. 2006, S. 187 ff.); für Chile siehe *Cousiño* (Fn. 19), Bd. 3, S. 201 ff. (er meint aber, dass auch im Falle eines vermeidbaren Verbotsirrtums die Verantwortlichkeit ausgeschlossen werden soll); für Brasilien, *Fragoso* (Fn. 20), S. 227 ff.; *Regis Prado* (Fn. 35), S. 448 f.; für Kolumbien *Velásquez* (Fn. 54), S. 555, 558 ff.; *ders.*, Manual de Derecho Penal, Parte General,

⁸⁵ Siehe *Welzel*, Das Deutsche Strafrecht, 11.Aufl 1969, S. 164 ff.; *ders.*, Das neue Bild des Strafrechtssystems, 1961, S. 66 ff.

⁸⁶ Siehe in diesem Sinne mit verschiedenen Argumenten und Anforderungen, *Córdoba Roda* (Fn. 69), S. 126 ff., 158 ff., 317 ff.; *ders.*, Comentarios al Código Penal, Bd. 1, 1972, S. 260 ff., 272 ff., 381 ff.; *Muñoz Conde*, Die Putativnotwehr. Ein Grenzfall zwischen Rechtfertigung und Entschuldigung, in: Schünemann u.a. (Hrsg.), Bausteine des europäischen Strafrechts, Coimbra Symposium für Claus Roxin, 1995, S. 213 ff.; *Luzón Peña* (Fn. 75), S. 33 f.; *ders.* (Fn. 53), S. 575 f.; *Mir Puig* (Fn. 53), S. 418 f.

⁸⁷ Siehe *Zielinski*, Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff, S. 218 ff., 266 f., 268 ff.; *Sancinetti* (Fn. 66), S. 511 ff.

rere Strafgesetzbücher Eingang gefunden. Durch Art. 14. 3 des spanischen StGB wird der Verbotsirrtum im Sinne der Schuldtheorie geregelt. Der spanische Gesetzgeber hat aber wie der deutsche die Frage offen gelassen, ob die irri- ge Annahme der objektiven Voraussetzungen eines Rechtfertigungs- grundes einen Verbots- oder Tatbestandsirrtum darstellt. Der h.M. nach entspricht aber nur die reine Schuldtheorie dem Gesetzeswillen.⁹⁰ Eine Besonderheit der Regelung des Ver- botsirrtums im spanischen StGB, die einen Anklang in meh- reren Strafgesetzbüchern der iberoamerikanischen Länder ge- funden hat, besteht darin, dass für den vermeidbaren Verbots- irrtum eine obligatorische Strafmilderung vorgesehen ist⁹¹. Diese Besonderheit bedeutet keineswegs eine Kompromisslö- sung zwischen der Vorsatz- und der Schuldtheorie⁹², vielmehr

2.Aufl. 2004, S. 407, 410 f.; für Mexico *Daza Gómez* (Fn. 54), S. 209 f., 225; für Perú *Armaza Galdós*, *Legítima defensa, error de comprensión y otros aspectos negativos del delito*, 2004, S. 181 ff. Die *ingeschränkte Schuldtheorie* wird in Spanien z.B. vertreten durch: *Torío López*, *Tipo, error de tipo y de prohibición: crítica de la reforma penal*, in: *Beristain* (Hrsg.), *Reformas penales en el mundo de hoy*, 1984, S. 109 ff.; *Luzón Peña* (Fn. 53), S. 473 ff.; in Argentinien durch *Righi*, *La influencia de Welzel en el Derecho penal argentino*, in: *Hirsch u.a.* (Hrsg.), *Hans Welzel en el pensamiento penal de la modernidad*, 2005, S. 230 ff.; in Chile neuerdings durch *Cury* (Fn. 19), S. 440, 445 ff., 448 (früher vertrat er die reine Schuldtheorie); in Brasilien durch *Gomes*, *Erro de tipo. Erro de proibicao*, 3. Aufl. 1996, S. 144 ff., 161 f.; *Reale* (Fn. 54), S. 203-205; in Perú durch *Hurtado Pozo* (Fn. 54), S. 656 ff., 659 ff., 663 ff.; *Villa Stein* (Fn. 54), S. 345; in Ecuador durch *Zambrano Pasquel* (Fn. 23), S. 342 ff.

⁹⁰ Siehe dazu meinen *Curso de Derecho Penal Español, Parte General*, Bd. 3, 2002, *Teoría jurídica del delito* 2, S. 133 und (*Zugaldía*) *Espinar*, *Artículo 14*, in: *Comentarios al Código Penal*, Bd. 1, 1999, S. 699 f.

⁹¹ Eine obligatorische Strafmilderung für den vermeidbaren Verbotsirrtum ist auch im peruanischen StGB (Art. 14), im mexikanischen Bundesstrafgesetzbuch (Art. 66) und im StGB für den Bundesstaat Mexiko (Art. 83), im paraguayischen StGB (Art. 22 und 67) und im neuen StGB von Kolumbien (Art. 32, 11) vorgesehen.

⁹² So aber *Cuello Contreras*, siehe (Fn. 25) S. 703 ff., 1094, 1101. Einige spanische Strafrechtler sind der Meinung, dass die Regelung des Verbotsirrtums im spanischen StGB entgegen dem Willen des Gesetzgebers der Vorsatztheorie entspricht; siehe *Mir Puig*, *Hauptprobleme des dogmatischen Teils der spanischen Strafrechtsreform*, *Deutsch-Spanisches Strafrechtsskolloquium*, 1986, S. 38 ff.; *ders.* (Fn. 53), S. 552 f.; *ders.*, *Artículo 14*, in: *Comentarios al Código Penal*, Bd. 1, 1999, S. 677 f.; *Cobo del Rosal/Vives Antón* (Fn. 79), S. 682. Vgl. zur Kritik hieran meine Argumente, in: *Curso de Derecho Penal Español, Parte General*, Bd. 3, 2002, S. 131 ff. *Vives Antón* hat später seine Meinung geändert in den von ihm herausgegebenen *Comentarios al Código Penal de 1995*, Bd. 1, 1996, S. 96. *Muñoz Conde* vertritt die Meinung dass die Regelung des Verbotsirrtums im spanischen StGB weder

ergibt sie sich aus dogmatischen und kriminalpolitischen Gründen.⁹³ Denn selbst wenn ein Verbotsirrtum sehr leicht zu überwinden war, so beschränkt eine solche Fehlvorstellung gleichwohl die Fähigkeit des Täters anders zu handeln, so dass seine Schuld gemindert ist⁹⁴. Eine bloß fakultative Straf- milderung würde nun unter kriminalpolitischen Gesichts- punkten die Gefahr mit sich bringen, dass die Gerichte immer oder fast immer die Verbotsirrtümer als vermeidbar, eine Strafmilderung aber als nicht angebracht betrachten würden. Auf diesem Umweg wäre die Geltung des Grundsatzes *error iuris nocet* im spanischen Strafrecht wiederhergestellt.

In Iberoamerika ist die reine Schuldtheorie in das mexi- kanische Bundesstrafgesetzbuch (Art. 15, VIII, B und 66) und das StGB für den Bundesstaat Mexiko (Art. 29, VIII, b), und 83) und die beschränkte Schuldtheorie durch die StGBs von Brasilien (Art. 20,1 und 21), Bolivien (Art. 116.1, Abs. 3 und Art. 12.2) und Kolumbien (Art. 32, 10 und 11) eingegan- gen. Das peruanische StGB (Art. 14) nimmt keine Stellung dazu, ob der Irrtum über die objektiven Voraussetzungen ei- nes Rechtfertigungsgrundes ein Tatbestands- oder ein Ver- botsirrtum ist.

f) Der finale Täterbegriff

Abschließend möchte ich lediglich darauf hinweisen, dass die Lehre *Welzels* von der finalen Tatherrschaft zur Bestimmung der Täterschaft bei den vorsätzlichen Handlungsdelikten ei- nen großen Einfluss in der Strafrechtswissenschaft Spaniens und der iberoamerikanischen Länder gehabt hat.⁹⁵

der Vorsatz- noch der Schuldtheorie, sondern einer folgenori- entierten Theorie entspricht (siehe *Muñoz Conde*, *El error en Derecho Penal*, 1989, S. 43, 123 ff.).

⁹³ Siehe dazu meinen *Curso de Derecho Penal Español, Parte General*, Bd. 3, 2002, S. 129 f.

⁹⁴ A.A. *Luzón Peña* (Fn. 53), Bd. 1, S. 464; *Díaz/García Conlledo*, *El error de prohibición: pasado, presente y futuro*, in: *El nuevo Código Penal: Presupuestos y fundamentos*, *Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López*, 1999, S. 352 (gleichwohl tritt er für eine obligatorische Strafmilderung ein).

⁹⁵ In Spanien wird sie z.B. vertreten durch *Cordoba Roda* in den Bemerkungen zu seiner Übersetzung des AT-Lehrbuchs von *Maurach*, *Tratado de Derecho Penal*, Bd. 2, 1962, S. 310, Fn. 3; *Bustos Ramírez/Hormazábal Malarée* (Fn. 53), Bd. 2, S. 287, 289 f.; *Muñoz Conde/(García) Arán* (Fn. 43), S. 435 f.; *Bacigalupo* (Fn. 53), S. 360 ff. (der betont dass unser Oberster Gerichtshof [Tribunal Supremo] immer mehr der Lehre der Tatherrschaft folgt; siehe S. 364, Fn. 729); vgl. auch mein Werk (Fn. 93), S. 211 ff. In Iberoamerika wird die Lehre der Tatherrschaft verbreitet vertreten, in Argentinien etwa durch *Zaffaroni* (Fn. 16), Bd. 4, S. 305 ff.; *Zaffaroni/Alaglia/ Slokar* (Fn. 30), S. 741 ff.; *Donna*, *La autoría y la participación criminal*, 2. Aufl. 2002, S. 30 ff. und insbesondere S. 39; in Perú durch *Peña Cabrera*, *Tratado de Derecho Penal, Estudio programático de la Parte General*, 3. Aufl. 1999, S. 336 ff., 339 ff., 347 ff.; *Villa Stein* (Fn. 54), S. 294-296, 298 ff., 303 ff.; in Brasilien (teilweise meiner Meinung folgend) durch *Regis Prado* (Fn. 21), S. 487 ff.; in

Chile durch *Cury*, *Derecho Penal, Parte General*, Bd. 2, 1. Aufl. 1985, S. 234 f., 244 ff., 246 ff. (obwohl er in der 7. Auflage, *Roxin* folgend, Tatherrschaft nur bei den sog. Herrschaftsdelikten annimmt und diese von den Pflichtdelikten und den eigenhändigen Delikten unterscheidet; siehe S. 591 ff., 595 ff., 616 ff., 621 f.); in Kolumbien durch *Velásquez* (Fn. 54), S. 612, 614 ff.; *ders.*, *Manual de Derecho Penal, Parte General*, 2. Aufl. 2004, S. 450 f., 453 ff.

Hans Welzel (1904-1977) – La búsqueda de lo suprapositivo en el Derecho*

De Prof. Dr. Fritz Loos, Göttingen

Ningún dogmático alemán del Derecho ha tenido, en los años centrales del siglo XX, una repercusión internacional tan amplia como *Hans Welzel*. Se trata de algo digno de consideración por diversas razones. Las disciplinas jurídico-dogmáticas no son, a diferencia de la Filosofía y la Historia del Derecho, disciplinas internacionales per se; su orientación a un Derecho nacional se interpone, la mayoría de las veces, a la repercusión internacional incluso de grandes autores. Hasta donde una comparación jurídica funcionalista muestra que a problemas económicos y sociales similares se reacciona con soluciones jurídicas comparables en distintos países, casi no es la estructura de fundamentación jurídico-dogmático-constructiva la que se encuentra, precisamente, en primer plano. Al menos igualmente llamativo es el momento temporal de la influencia internacional de *Welzel*. Coincide con la era tras la Segunda Guerra Mundial, en un tiempo no sólo de falta de influencia de Alemania, sino también de pérdida de consideración de la cultura jurídica alemana. Justamente en este último aspecto los presupuestos para un influjo internacional eran mucho más desventajosos que varios decenios antes para *v. Liszt*, *Beling* o *Mezger*, que habían fundamentado el prestigio mundial de la dogmática alemana del Derecho penal. Los resultados de estos autores tienen en común con los de *Welzel* que la construcción teórica respectiva desarrollaba principios de la teoría general de la imputación relativamente formales; *v. Liszt* – vinculándose a *Ihering* – la distinción de injusto y culpabilidad; *Beling* la introducción del concepto de tipo como modelo de lo injusto y *Mezger* la ordenación de estos conocimientos en un sistema teleológico cuidadosamente ponderado. La contribución de *Welzel* consistió, hasta aquí, en la transformación del sistema por medio del desarrollo del concepto de “injusto personal”, siendo la característica que inmediatamente llama la atención del mismo, que el, así llamado, dolo natural no es un elemento de la culpabilidad – como en sus predecesores-, sino que es, como dolo del tipo, un elemento subjetivo del mismo. La fascinación producida por el proyecto sistemático de *Welzel* no se apoyaba, claro está, en este desplazamiento que aparece, más bien, como “técnico”, sino en la pretensión de su “teoría de la acción finalista”, de haber encontrado, con la estructura prejurídica de la acción, un punto de partida dogmático relevante para ordenamientos jurídico penales completamente distintos en cuanto a su contenido. Sólo esto explica que *Welzel* fuese traducido a distintas lenguas europeas y del este de Asia, que en el libro homenaje¹ aparecido para su 70 cumpleaños

* Título original “Hans Welzel (1904-1977). Die Suche nach dem Überpositiven im Recht”, publicado en Loos, F., 1ª ed. Rechtswissenschaft in Göttingen. Göttinger Juristen aus 250 Jahren, 1987, pp. 486-509. - Traducción del Prof. Dr. *Mario Melendo Pardos*, Profesor Titular de Derecho penal, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid. Agradezco a mis compañeros *Juan López* y *Gil Gil* sus observaciones que, sin duda, han mejorado considerablemente el texto.

participasen autores de Europa del Sur, de los países del Lejano Oriente y de Sudamérica, que –más o menos- se comprendían como discípulos suyos. La tesis de desarrollar estructuras de un derecho delictual general explica también el salto sobre los límites de las disciplinas jurídico-dogmáticas, que se refleja en una viva discusión de la teoría de *Welzel* en la ciencia jurídica del Derecho civil alemana.²

I.

Welzel nació en el año 1904 en Artern in Mansfeldischen en Turingia. En sus años posteriores recordaba con gusto que de este pequeño lugar procedía también el abuelo de *Goethe*. Sus estudios los realizó *Welzel* en Jena. Allí ocupó un primer lugar la matemática; un tiempo de su vida fue claramente escéptico sobre las capacidades jurídicas de los estudiantes que en su formación no habían tenido éxito en matemáticas. Sin embargo, pronto resultó evidente, que la Ciencia del Derecho y la Filosofía serían sus tareas vitales. Su maestro filosófico fue Bruno *Bauch*, uno de aquellos neokantianos tardíos que – como Reinhard *Hönigswald* y Nicolai *Hartmann*, que tendrían un papel fundamental en el desarrollo de la sistemática welzeliana del Derecho penal-, de forma distinta a los neokantianos de la Escuela de Marburgo y de la Escuela Sudoccidental, ya no veían en *Kant*, en primer lugar, un teórico del conocimiento, sino que encontraban en sus obras planteamientos para una metafísica realista³. Entre sus maestros jurídicos merece una mención especial el civilista y filósofo del Derecho *Fischer*. Sin embargo, tampoco se puede exagerar la repercusión de la influyente obra de *Fischer*, “Die Rechtswidrigkeit mit besonderer Berücksichtigung des Privatsrechts” (1911), que contenía las primeras reflexiones sobre una subjetivización del concepto de injusto según la distinción fundamentada, sobre todo, por *Ihering* y *v. Liszt*, en un injusto objetivo y una culpabilidad subjetiva⁴, sobre el futuro “finalista” *Welzel*.

¹ Libro Homenaje a *Welzel*, ed. por *Stratenwerth* y otros, Berlin/New York, 1974.

² Cfr. sobre ello deutsch, *Deutsch*, “Finalität, Sozialadäquanz und Schuldtheorie als Zivilrechtliche Strukturbegriffe, *Welzels* Fernwirkungen auf die Zivilrechtsdogmatik”, Libro Homenaje a *Welzel* (nota 1), pp. 227 y ss.

³ Cfr. *Welzel*, *Das neue Bild des Strafrechtssystems*, 4ª ed. 1961, , pp. IX y ss. (versión castellana y notas de José *Cerezo Mir*, con el título *El nuevo sistema del Derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*, Ediciones Ariel, Barcelona, 1964, reimpresión por la Editorial B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2001. Las citas corresponden a esta última; véanse pp. 27 y ss.).

⁴ PP. 137 y ss., 250 y ss., 293 y s. – *Welzel* remitía a *Fischer* como uno de los descubridores de los elementos subjetivos de lo injusto todavía en la undécima edición (1969) de su *Manual de Derecho penal* (p. 78) (existe traducción al castellano de *Ramírez y Pérez*, con el título *Derecho penal*

En Jena surge la tesis doctoral sobre *Pufendorf*,⁵ impulsada temáticamente probablemente por *Bauch*,⁶ mientras *Fischer* era, formalmente, el director. En 1930 *Welzel* marcha a Colonia, para habilitarse allí con *Gotthold Bohne*. Apenas hay algo que una científicamente a *Welzel* con *Bohne*; así surge, con completa independencia, el edificio constructivo teórico de la teoría de la acción finalista, cuyos esbozos se aprecian ya claramente en los artículos “Kausalität und Handlung” (1931)⁷, y “Über Wertungen im Strafrecht” (1933)⁸, así como en el capítulo final de su escrito de habilitación “Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht”, que vio la luz en 1935⁹. En febrero de 1936 el docente de Colonia recibe una llamada de sustitución para Derecho penal para el semestre de verano de 1936 de Gotinga. Un año más tarde recibirá, como Profesor funcionario extraordinario, la cátedra de *Hippel*, con la obligación de impartir Derecho penal y Derecho procesal penal. En 1937 el encargo docente se amplía a Derecho procesal civil y Filosofía del Derecho. *Welzel*, que entonces tiene 35 años, se convertirá en Profesor Ordinario en 1940.

Muy pronto, tras su reconocimiento como profesor extraordinario, sufre *Welzel* una grave enfermedad pulmonar, contraída en el ejército, que le obliga a pasar largas estancias curativas en Lugano-Agra y en Schömberg en la Selva Negra, de modo que su actividad docente en Gotinga se ve interrumpida en 1937/38 y de nuevo en 1940. Lo que no se interrumpe es su producción científica. En 1939 aparece el proyecto de un sistema del Derecho penal sobre el fundamento de la teoría de la acción finalista, los “Studien zum System des Strafrechts”:¹⁰ Sobre los “Studien” se construye el libro, publicado en 1940, “Der Allgemeine Teil des deutschen Strafrechts in seinen Grundzügen”, en el que *Welzel* muestra que el nuevo sistema finalista se puede “enseñar” de forma que los estudiantes comprendan sobre su base las teorías generales y que también puedan plasmarlas en la resolución de casos. A partir de éste se desarrolla el manual de Derecho penal más exitoso de los próximos 30

años, que desde la 4ª ed. (1947) –ahora bajo el título “Das Deutsche Strafrecht” – también se ocupa de la Parte Especial y que aparece en 1969 por última vez en la decimocuarta o, respectivamente, decimoprimer, edición:¹¹ La marcha triunfal de este manual, que aseguró la irrupción del sistema welzeliano hasta llegar a ser actual *communis opinio* en partes esenciales de la teoría general del delito, se basa en la clara arquitectónica del sistema, así como en un arte expositivo que une la brevedad, plasticidad y claridad, y, de vez en cuando, no teme las simplificaciones. El éxito del libro fue también, no en último término, la causa de que, aproximadamente durante 20 años, la ciencia alemana del Derecho penal se encontrase bajo la fascinación de la polémica sobre los pros y los contras del finalismo.

En los años de la guerra – a causa de su enfermedad *Welzel* no es apto para el combate – mantiene la actividad docente, como uno de los pocos profesores que han permanecido en Gotinga – durante un tiempo son sólo cuatro, *Welzel* es el único penalista durante los años de guerra –, para los, claro está, también considerablemente diezmados estudiantes de Derecho. Cuando, tras el final de la Segunda Guerra Mundial, Gotinga retoma, como una de las primeras Universidades alemanas, la actividad, *Welzel* experimenta, como señalará después una y otra vez, el punto álgido de su actividad docente, en lo que a clases magistrales se refiere. Dotado con una voz sólo suave, algo susurrante, era lo contrario de un orador brillante en la gran lección magistral; su amplia repercusión se basa, sin duda, sobre todo en la palabra impresa. Para un círculo de estudiantes especialmente interesado era, sin embargo, ampliamente impresionante cuando *Welzel*, formulándolo a modo de prueba, comprendía que transmitía la impresión de que aquí no se expresaba un pensamiento elaborado de modo acabado, sino que durante la lección la cuestión de la que se trataba se pensaba de nuevo y los resultados del pensamiento eran sometidos a un examen renovado; yo mismo lo experimenté en sus lecciones de Filosofía del Derecho del semestre de invierno de 1958/59 y muchos años en su seminario. En el semestre de invierno de 1945/46 la disposición a recibir, entre los alumnos que regresaban justamente de la guerra, a un profesor así, tan lejano de la superioridad de la época pasada, fue, comprensiblemente, enorme; *Kaufmann*, entonces su oyente, nos ha informado sobre la experiencia formativa que actuaba profundamente: “Su ‘Introducción a la Ciencia jurídica’ terminaba en una polémica filosófica y un arreglo de cuentas con la época pasada, con una llamada a la razón y la conciencia...”.¹² En los difíciles tiempos de la reconstrucción *Welzel* fue, en 1945/46, Decano de la Facultad de Derecho y de Ciencias del Estado.

En los años siguientes comenzó el reconocimiento de los grandes maestros, entre los que – pese a las vivas discusiones

alemán. Parte General, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1970, pp. 113-114).

⁵ La monografía “Die Naturrechtslehre Samuel Pufendorfs” apareció en su integridad, por primera vez, en 1958.

⁶ Cfr. *Kaufmann*, en: Dornseifer et al. (eds.), *Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert*, 1982, p. 279.

⁷ *Welzel*, *ZStW* 51, 1931 pp. 702 y ss. (= *Welzel*, *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, 1975, pp. 7 y ss.; Existe traducción al español de Gustavo Aboso y Tea Löw, con el título “Causalidad y acción”, en *Welzel*, *Estudios de Derecho Penal*, Editorial B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2004, pp. 121 y ss.).

⁸ *GS* 103 (1933), pp. 340 y ss. (= *Welzel*, *Abhandlungen zum Strafrecht* [nota 7], pp. 23 y ss.).

⁹ Impreso de nuevo en: *Welzel*, *Abhandlungen zum Strafrecht* (nota 7), pp. 29 y ss.; cfr. allí pp. 93 y ss.

¹⁰ *Welzel*, *ZStW* 58, 1939 (= *Welzel*, *Abhandlungen zum Strafrecht* [nota 7], pp. 120 y ss.; existe traducción al español de Gustavo Aboso y Tea Löw, con el título “Estudios sobre el sistema de Derecho penal”, en *Welzel* [nota 7], pp. 15 y ss).

¹¹ Los capítulos fundamentales del manual sobre la teoría de la acción, de lo injusto y de la culpabilidad fueron publicados independientemente entre 1951 y 1960 en 4 ediciones en “Das neue Bild des Strafrechtssystems”.

¹² Hans Welzel zum Gedenken, *Strafrechtsdogmatik* (nota 6), p. 280.

sobre su teoría, en las que tampoco faltan caústicas polémicas – pronto se encontró de modo general. En 1950 recibe una llamada de la Universidad de Hamburgo. Su colega *Bockelmann* se queja en una carta al entonces decano de que “la marcha de *Welzel*” significaría “para la Facultad una pérdida apenas reparable”: “*Welzel* es el primero y, en definitiva, el representante rector de la ciencia del Derecho penal alemana del presente. ... Mi convicción es que desde los días de *Binding* y *v. Liszt*, el colega *Welzel* es el primero cuyos trabajos en el ámbito dogmático han marcado una época”. Entonces la Facultad pudo conservar a *Welzel*. Pero cuando dos años después recibió una llamada para Bonn, Gotinga perdió a *Welzel*. Los esfuerzos de finales de los años 50 para que *Welzel* regresase de nuevo a Gotinga fracasaron. *Welzel* permaneció hasta su muerte en 1977 en Bonn.

Muy pronto, tras el traslado de *Welzel* a Bonn, su actividad se vio determinada por la reforma del Derecho penal que comienza en 1954. Su influencia en la configuración de la Parte General del Código penal alemán de 1975, mediante su decisiva participación en los trabajos de la Comisión para la reforma del Derecho penal, cuyos resultados fueron los proyectos de 1959 y 1962, fue considerable; sobre ello volveremos posteriormente. Mientras tanto, los tiempos de Bonn probaron el juicio de *Bockelmann*: la obra de *Welzel* marcó una etapa internacional. Sus libros fueron traducidos al italiano, el griego, el español, el japonés y el coreano. Jóvenes penalistas de los países más importantes del sur de Europa, de Sudamérica y del Este asiático viajaron a Bonn, para estudiar allí dogmática penal con *Welzel*, extendiendo – la mayoría como profesores prestigiosos – las teorías welzelianas en sus propios países. Aunque la extraordinaria capacidad productiva de *Welzel* se mantuvo hasta que se convirtió en emérito y jamás se cansó de pulir su sistema penal, y ahora también presentaba sus trabajos sistemáticos sobre Filosofía del Derecho,¹³ la época de Bonn es, con todo, probablemente el tiempo de la recolección. Si bien los fundamentos ya estaban puestos en Colonia entre 1930 y 1935, los planteamientos más revolucionarios, que de hecho hicieron época, son los que se publicaron bajo “Hans *Welzel*, Profesor en Gotinga”; desde los “*Studien zum System*” hasta la primera edición de su historia de la filosofía del Derecho, “*Naturrecht und materiale*

Gerechtigkeit”, del año 1951¹⁴, pasando por las cinco (en su caso, dos) primeras ediciones de su manual de Derecho penal.

II.

Hoy, diez años después de su muerte, no resulta fácil hacer un balance de su repercusión en la Ciencia alemana del Derecho penal y en la praxis del mismo. Para comenzar con un vistazo al estado general de la Ciencia del Derecho penal: desde mitad de los años 60, los puntos de interés centrales se han alejado, de forma no irrelevante, de la dogmática, tema central de *Welzel*. En la época entre 1945 y aproximadamente 1965, la discusión la dominaban los problemas dogmáticos; también los esfuerzos para la reforma del Derecho penal se dirigieron más a una estabilización y penetración dogmática del estado jurídico alcanzado que a una renovación tormentosa. Sería erróneo, sin embargo, despachar lo anterior como “restaurativo”, pues se trataba de obtener, de nuevo, fundamentos para un Derecho penal conforme con el Estado de Derecho. Crear los presupuestos para ello era, según la convicción de *Welzel*, la misión esencial de la Ciencia del Derecho penal, como expresó en las primeras frases de su manual de Derecho penal: “Como Ciencia sistemática, la Ciencia del Derecho penal sienta las bases para una administración de justicia igualitaria y justa, pues sólo la comprensión de las conexiones internas del Derecho lleva a la aplicación del mismo más allá del azar y la arbitrariedad”¹⁵. En el marco de los cambios que tienen lugar en los años 60 son temas como los de una política criminal que está cambiando, la criminología, a menudo también una ciencia del Derecho penal “aplicada”, los que pasan al centro del interés. Como consecuencia de esta modificación, el proyecto sistemático de *Welzel*, en lo que afecta a la discusión científica, pasó a ser más calmado. Ello tiene su fundamento también, claro está, en que, en todo caso en los resultados, *Welzel* había obtenido, en la mayoría de los ámbitos dogmáticos en los que había discutido, un corolario exitoso, de forma que mucho sobre lo que había peleado científicamente se había convertido en una evidencia que apenas necesitaba observarse. Sólo en un distanciamiento temporal se clarifica su significado permanente para el Derecho penal, además de que la misión que impuso al Derecho penal es duradera. ¡Recordemos pues, en primer lugar, estos resultados de su teoría!

¹³ Sobre todo la Conferencia rectoral de Bonn “Was bleibt?”, del año 1962 (capítulo final de *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, 4ª ed. 1962; existe traducción al español de *Vicén*, con el título *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Editorial Aguilar, 1971, pp. 248 y ss.) y *An den Grenzen des Rechts. Die Lehre von der Rechtsgeltung*, 1966 (traducción de *Paniagua* con el título “El problema de la validez del Derecho. Una cuestión límite del Derecho”, en: *Radbruch, Schmidt, Welzel, Derecho injusto y derecho nulo*, Aguilar, Madrid, 1971 y en *Welzel, Estudios de Filosofía del Derecho y Derecho penal*, Editorial B de F., Montevideo-Buenos Aires, 2004, pp. 135 y ss.; las citas corresponden a esta última obra).

¹⁴ En las dos últimas ediciones es sólo el capítulo final de la parte histórica el que sufre importantes modificaciones, especialmente en la actualización (cfr. 4ª ed. 1962, pp. 183 y ss.; traducción, pp. 191 y ss.); en la 4ª y última ed. se añade, como capítulo 6, la conferencia rectoral de Bonn de 1962 (cfr. nota 13).

¹⁵ *Welzel, Deutsches Strafrecht*, 11ª ed. 1969, Berlin, p. 1 (traducción, p. 1). Cfr. Sobre ello también uno de los últimos trabajos de *Welzel*, “*Zur Dogmatik im Strafrecht*”, en el Libro Homenaje a *Maurach* (1972), pp. 3 y ss. (existe traducción al castellano de *C. Finzi*, con el título “La dogmática en el Derecho penal”, Cuaderno de los Institutos, nº XXI, Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, República Argentina, 1972, y en *Welzel* [nota 13], pp. 47 y ss.).

Tres temas recorren los trabajos penales de *Welzel* desde “Kausalität und Handlung”, en el año 1931: el concepto de injusto personal, esto es, que se basa en la finalidad de la acción, la teoría de la culpabilidad y la teoría de la participación en lo injusto. Para estas tres concepciones consideró *Welzel* haber puesto de manifiesto “estructuras lógico-objetivas”¹⁶, a las que el legislador, al menos de forma condicionada, está vinculado.

En los delitos dolosos, *Welzel*, con el argumento de que las normas sólo pueden ordenar un actuar finalista,¹⁷ había establecido la contrariedad a la norma como infracción finalista y, en consecuencia, trasladado el dolo – elemento de la culpabilidad desde *Liszt* hasta *Mezger* – al tipo.¹⁸ Con la distinción entre dirección de la acción y dirección de los impulsos,¹⁹ se separaron dolo y conciencia de lo injusto; la última permanecía en la culpabilidad como momento de la motivación reprochable de una acción finalista ilícita. La reprochabilidad, en el sentido de los delitos dolosos, podía darse también cuando no existía conciencia actual, pero sí conciencia potencial de lo injusto, justamente si el desconocimiento de lo injusto era evitable.²⁰ Según la teoría

¹⁶ Cfr. en este momento únicamente *Welzel*, *Abhandlungen zum Strafrecht* (nota 7), pp. 283 y ss. (La referencia de *Loos* es al artículo de *Welzel*, “*Naturrecht und Rechtspositivismus*”, del que existe traducción al castellano de *Valdés*, con el título “Derecho natural y positivismo jurídico”, publicado en *Welzel*, *Mas allá del Derecho natural y del positivismo jurídico*, 2ª ed., Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, República Argentina, 1970, y en *Welzel* [nota 13], pp. 177 y ss., a la que corresponden las citas; véanse, en concreto, pp. 194 y ss.).

¹⁷ Los problemas de los delitos de omisión se dejan fuera de consideración tanto ahora como en adelante.

¹⁸ *Welzel*, *Abhandlungen zum Strafrecht* (nota 7), pp. 143 y ss. (“*Studien zum System des Strafrechts*”; traducción pp. 53 y ss.); *Welzel*, *Deutsches Strafrecht*, 1947, Berlin, pp. 38 y ss.

¹⁹ *Welzel*, *Abhandlungen zum Strafrecht* (nota 7), pp. 109 y ss. (“*Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht*”), 130 y ss. (“*Studien zum System des Strafrechts*”; traducción pp. 31 y ss.).

²⁰ *Welzel*, *Deutsches Strafrecht*, Allgemeiner Teil, 1940, Berlin, pp. 64 y s. (entonces como solución de *lege ferenda*); *Deutsches Strafrecht*, 2ª ed. 1949, p. 83 (de *lege lata*, invocando la analogía con el § 51 Abs. 2 StGB en su anterior redacción).

(*NdT*) Dicho artículo establecía lo siguiente:

§ 51. Imputabilidad

Ap. I. No existe acción punible si el autor, en el momento de la comisión del hecho, es incapaz de comprender el carácter prohibido del hecho o actuar conforme a esa comprensión, a causa de una perturbación de la conciencia, de una perturbación morbosa de la actividad mental o por debilidad mental.

Ap. II. Si la capacidad de comprender el carácter prohibido del hecho o de actuar conforme a esa comprensión esta considerablemente disminuida, en el momento de la comisión del hecho, por una de las anteriores razones, la pena

estricta de la culpabilidad, defendida por *Welzel*, también es posible en caso de error evitable sobre los presupuestos de una causa de justificación la punición por delito doloso. En la teoría de la participación, la accesoriedad limitada, que *Welzel* consideraba obligada desde un principio,²¹ había sido introducida ya en 1943; era una aspiración de reforma ampliamente extendida. *Welzel* pedía sólo una configuración de la accesoriedad limitada de forma que la participación fuese posible sólo en un hecho doloso principal. Si el dominio finalista del hecho caracterizaba al autor, en caso de que falte el dolo desaparece el dominio finalista del hecho, que no puede transformarse en mera participación²².

En todos los puntos mencionados se encontraba *Welzel*, todavía en 1945, en una posición minoritaria, poco menos que sin esperanza. Con excepción de la teoría estricta de la culpabilidad, la doctrina dominante hoy en día, pero sobre todo la praxis de los Tribunales e incluso la legislación en estas cuestiones esenciales de la dogmática del delito doloso, se corresponden con los conceptos *welzelianos*. La posición del dolo en el tipo subjetivo puede considerarse actualmente como la opinión doctrinal ampliamente dominante²³. Naturalmente, semejante construcción de la doctrina no es directamente significativa en las decisiones judiciales; tampoco está ordenada necesariamente por la teoría de la culpabilidad. Con todo, la ordenación *welzeliana* del dolo en lo injusto, la conciencia de la antijuridicidad en la culpabilidad, ofrece un planteamiento bastante plausible para la teoría de la culpabilidad, que, precisamente como diferencia, no exige para el dolo conocimiento actual alguno de la prohibición, de lo injusto, sino que también en caso de evitabilidad de la falta de conciencia de lo injusto lleva a la

podrá atenuarse según los preceptos sobre la punición de la tentativa.

²¹ *Welzel*, *Abhandlungen zum Strafrecht* (nota 7), p. 166 (“*Studien zum System des Strafrechts*”; traducción pp. 90-92).

²² *Welzel*, *Abhandlungen zum Strafrecht* (nota 7), pp. 166 y s. (“*Studien zum System des Strafrechts*”; traducción pp. 90 y ss.); *Welzel*, *Deutsches Strafrecht*, 1947 (nota 18), p. 65. *Welzel* atribuyó posteriormente especial valor al argumento de que la consideración de una participación en un hecho principal no doloso falsearía el sentido de la acción de los tipos, en cuanto, por ejemplo, un descubrimiento de secretos se transformaría en una participación en una revelación de secretos; [*Welzel*, *Deutsches Strafrecht*, 11ª ed. 1969 (nota 15), p. 113; traducción, p. 163]; detalladamente *Welzel*, *Abhandlungen zum Strafrecht* [nota 7], pp. 351 y s. “*Vom Bleibenden und vom Vergänglichlichen in der Strafrechtswissenschaft*”).

²³ Discrepantes, claro está, los manuales de *Baumann/Weber*, *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, 9ª ed. 1985, *Ernst und Werner Gieseke*, 1985) y *Schmidhäuser*, *Strafrecht*, Allgemeiner Teil. Lehrbuch, 1970; él mismo, *Strafrecht*, Allgemeiner Teil. Ein Studienbuch, 2ª ed. 1984).

punición por un delito doloso²⁴. Así, la decisión del Tribunal Supremo Federal de 18 de marzo de 1952²⁵, a favor de la teoría de la culpabilidad y contra el “error iuris nocet” del Tribunal del Reich, pero sobre todo también contra la teoría del dolo, entonces dominante en la literatura, significó una importante irrupción, si no la decisiva, de las teorías de *Welzel*. El Tribunal Supremo Federal se ha mantenido estrictamente aferrado a la teoría de la culpabilidad, mientras que el legislador la adoptó en la regulación de los §§ 16, 17 del Código penal en la Parte General de 1975*.- Por el contrario, la teoría estricta de la culpabilidad no ha sido reconocida en la praxis²⁶, y el legislador ha dejado la cuestión abierta. También en la literatura ha quedado *Welzel* con la misma claramente en minoría²⁷. El Tribunal Supremo Federal²⁸ ha seguido la teoría de *Welzel* que limita la participación en sentido estricto a un hecho doloso principal. Esta decisión también la ha adoptado el legislador de la reforma en los §§ 26, 27 del Código penal alemán**, aunque en la literatura la corrección de lege ferenda ha seguido discutiéndose siempre²⁹.

²⁴ Cfr. *Welzel*, *Abhandlungen zum Strafrecht* (nota 7), pp. 255 y ss., especialmente 256 nota 14 (“Der Irrtum über die Rechtswidrigkeit des Handelns”).

²⁵ BGHSt 2, 194.

* (NdT) Dichos artículos establecen lo siguiente:

§ 16 Error sobre las circunstancias del hecho

Ap. I Quien, en el momento de comisión del hecho, no conoce una circunstancia que pertenece al tipo legal, no actúa dolosamente. La punibilidad por comisión imprudente no se ve afectada.

Ap. II Quien, en el momento de la comisión del hecho, supone erróneamente circunstancias, que supondrían la realización del tipo de una ley más benigna, sólo puede ser castigado por comisión dolosa según la ley más benigna.

§ 17. Error de prohibición.

Si al autor le falta en el momento de la comisión del hecho la conciencia de realizar un ilícito, actúa sin culpabilidad si no podía evitar este error. Si el autor podía evitar el error, la pena puede ser atenuada según el § 49 apartado 1.

²⁶ La decisión decisiva a favor de la teoría de la culpabilidad limitada proviene ya de junio de 1952 (BGHSt 3, 105).

²⁷ Cfr. las pruebas sobre la división de opiniones en Schönke/Schöder-Cramer, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 22ª ed. 1985, § 16 Rn. 13 y ss.

²⁸ BGHSt 9, 370. El fallo, muy fundamentado dogmáticamente, se refiere expresamente a *Bockelmann* y *Welzel* (p. 37).

** (NdT) Dichos preceptos disponen lo siguiente:

§ 26. Inducción.

Será castigado como inductor, con la misma pena que el autor, el que dolosamente haya determinado a otro a la comisión dolosa de su hecho antijurídico.

§ 27. Complicidad

Ap. I Será castigado como cómplice quien haya prestado dolosamente ayuda a otro para la comisión dolosa de su hecho antijurídico.

El desarrollo esbozado no puede reconducirse solamente, es cierto, a las argumentaciones de *Welzel*. Hubo precursores³⁰ y compañeros de polémica – sobre algunos de los cuales volveremos –. Mas, en general, difícilmente podría sobrevalorarse el influjo de la teoría welzeliana en las cuestiones de la imputación que, al menos entonces, se sentían como más acuciantes, introducidas en un sistema al menos altamente plausible, con una clara construcción de una solución. Que *Welzel* fuese un luchador con celo misionero sobre sus fijas convicciones tuvo una importancia determinante.³¹

III.

Seguramente, *Welzel* consideró la imposición práctica de su dogmática un resultado decisivo: “La teoría de la acción finalista” se contenta cuando se adoptan sus consecuencias prácticas”.³² Claro que él era demasiado científico como para que esta moderación hubiese podido decirse completamente en serio; además, su aportación no residía precisamente, en primer lugar, en el desarrollo de determinadas soluciones, sino en llamar la atención sobre planteamientos fundamentadores estimulantes. Sobre su contribución dogmáticamente más importante, la teoría de lo injusto personal sobre la base de la teoría de la finalidad de la acción, debe, si bien en el esbozo meramente posible en esta contribución, exponerse primero el concepto de *Welzel* y entonces – lo que aquí, claro está, resulta más difícil que en las soluciones propuestas antes – preguntar por su vigencia actual en la dogmática. Así, debemos comenzar por la dogmática de los delitos dolosos.

Si la frase, “es finalista quien sitúa el dolo en el tipo” fuese cierta, el finalismo sería más viejo que la teoría de la acción finalista. Pues, en un desarrollo paralelo, ya había llegado a esa ordenación algo antes v. *Weber*,³³ colega

Ap. II La pena del cómplice se rige por la conminación penal establecida para el autor. Debe atenuarse según el § 49 ap. 1.

²⁹ Cfr. las pruebas en Jakobs, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 1. edª 1983, 22/13 y notas 23, 24 y 22/17 y ss. (las referencias se corresponden con las siguientes de *Jakobs*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2ª ed. 1991: 22/13 y ss. y notas 23 y 24, 22/17 y ss.; existe traducción al castellano de esta segunda edición de Joaquín Cuello Contreras y de Murillo, con el título *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, Marcial Pons, Madrid, 1995, pp. 800 y ss. marginales 13 y ss. y notas 23 y 24, pp. 802 y ss., marginales 17 y ss.).

³⁰ La teoría de la culpabilidad, por ejemplo, la preveían ya, en la mayoría de los casos, los proyectos de Código penal de la época de Weimar.

³¹ Véase la cantidad de grandes y pequeñas publicaciones sobre las cuestiones referidas, en los años 1947 hasta 1956, en la lista de publicaciones en el Libro Homenaje a *Welzel* (nota 1), pp. 2-4.

³² *Welzel*, *Deutsches Strafrecht*, 6ª ed. 1958, Berlin, p. VI.

³³ Cfr. *Weber*, *Grundriß des tschechoslowakischen Strafrechts*, 1929, pp. 13 y ss., 24 y ss.; *Die garantierende Funk-*

posterior de *Welzel* en Bonn. Precisamente en la confrontación con la fundamentación de *v. Weber* se puede reconocer lo nuevo del planteamiento *welzeliano*.

El problema material que plantea la ordenación del dolo en la estructura del delito presupone, en primer lugar, que hay que distinguir, en general, entre injusto y culpabilidad. La distinción realizada para el Derecho penal, sobre todo por *v. Liszt*,³⁴ se entendió de modo que lo injusto se constituía por la lesión del bien jurídico producida objetivamente (= en el mundo exterior) por el comportamiento humano voluntario, mientras que la culpabilidad significaba la relación anímica-subjetiva del autor con lo injusto; dolo, en el sentido de *dolus malus*, e imprudencia eran, consiguientemente, clases de culpabilidad. La contraposición objetivo – subjetivo fue cuestionada de manera creciente tras el cambio de siglo, también en el marco de la dogmática de la culpabilidad, pero sobre todo en la teoría de lo injusto por el descubrimiento de elementos subjetivos de lo injusto y de la justificación. Como ejemplo de la forma de argumentación característica de esta posición, que precisamente tenía que partir de la base del dogma de lo injusto como causación de una lesión de un bien jurídico, puede servir un conocido ejemplo expuesto por *Mezger*:³⁵ la específica lesión del bien jurídico del hurto en el § 242 del Código penal alemán* no puede describirse únicamente por la toma de una cosa mueble ajena que sucede objetivamente – en el mundo exterior – esto puede ser también, básicamente, un *furtum usus impune* –, sino por la intención de apropiación, especialmente por la desposesión fáctica duradera del propietario jurídico. Si se acepta la punibilidad de la tentativa inidónea – como el Tribunal del Reich desde un primer momento³⁶ –, lo injusto de la tentativa sólo puede describirse, cuestión sobre la que llamó la atención especialmente *v. Weber*, desde del dolo de la lesión

tion der Strafgesetze, DJZ 1931, pp. 663, 666 y ss.; Zum Aufbau des Strafrechtssystems, 1935, pp. 7 y ss.

³⁴ Sobre la historia dogmática, expuesta aquí necesariamente de forma muy escueta, cfr. con más detalle *Zielinski*, Handlungs- und Erfolgswert im Unrechtsbegriff, 1973, pp. 5 y ss. [NdT: existe traducción al castellano de *Marcelo A. Sancinetti*, con el título Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito. Análisis de la estructura de la fundamentación y exclusión del ilícito, Hammurabi, Buenos Aires, 1990, pp. 17 y ss.] y la tesis doctoral de *Gotinga*, que aparecerá próximamente, “Die subjektiven Rechtfertigungselemente beim Fahrlässigkeitsdelikt” de *Jungclaussen* [NdT: publicado en 1987 por la editorial Schwartz].

³⁵ *Mezger*, GS 89 (1924), 207 (257 y ss.), especialmente 260 s.

* (NdT) Dicho artículo dice lo siguiente:

§ 242 Hurto.

Ap. 1 El que tome una cosa mueble ajena con la intención de apropiarse antijurídicamente de la misma, será castigado con pena privativa de libertad de hasta 5 años o con pena de multa.

Ap. 2 La tentativa es punible.

³⁶ Jurisprudencia constante desde RGSt 1, 439.

del bien jurídico.³⁷ Como no era muy plausible que en la tentativa el dolo perteneciese a lo injusto, mientras que en el delito consumado debiese pertenecer (exclusivamente) a la culpabilidad, se realizaba así la subjetivización de lo injusto: *Weber* desarrollaba ya el paralelismo corriente hoy día de lado objetivo y subjetivo en la tipicidad indicio de lo injusto y la justificación excluyente de lo injusto.³⁸

Lo nuevo en *Welzel* es, por el contrario, una modificación en lo metodológico o –expresado de otra forma– en la determinación de la tarea de la dogmática jurídica. El objeto propio de la dogmática jurídica no es la axiología, el desarrollo consecuente conceptual – conforme a sentido – en un planteamiento positivista – de las valoraciones legislativas,³⁹ sino “la investigación y elaboración de los elementos ontológicos” – es decir, de las estructuras de la realidad – “a las que el legislador ha vinculado sus valoraciones”⁴⁰. Apelando al filósofo *Heyde*, en el que, sin embargo, la argumentación es desigualmente más débil,⁴¹ *Welzel* ve en el conocimiento adecuado del objeto de valor el presupuesto de una actividad valorativa correcta; el Derecho penal tiene que partir siempre, ciertamente, del tipo, pero entonces “descender a la esfera ontológica previamente dada” para comprender correctamente las valoraciones jurídicas.⁴² Aquí, en el temprano artículo “Über Wertungen im Strafrecht”, se encuentran ya los puntos de vista decisivos para la teoría de las “estructuras lógico-objetivas”,⁴³ y, por lo demás, en una forma que puede leerse, completamente, como anticipación de la tesis de *Stratenwerth* de que la valoración fundamental no sigue a la comprensión lógico-objetiva, sino que la precede.⁴⁴ También esta versión de las “estructuras

³⁷ *Weber* llamaba la atención sobre los múltiples tipos de tentativa en la Parte Especial del Código penal alemán (Cfr. Aufbau des Strafrechtssystems [nota 33], pp. 8 ss.).

³⁸ La complicación por la adopción de un tipo total de injusto puede obviarse aquí.

³⁹ Cfr. las referencias a la “Logik des emotionalen Denkens” de *Heinrich Maier* y a los neokantianos de la escuela sudoccidental en el manual de Derecho penal de *Mezger* de 1931, pp. 38 y ss.

⁴⁰ “Über Wertungen im Strafrecht”, en: *Welzel*, Abhandlungen zum Strafrecht (nota 7), pp. 26 s. Completamente igual ya en “Kausalität und Handlung”, en: *Welzel*, Abhandlungen zum Strafrecht, loc cit., p. 9 s. (traducción p. 125 y s.).

⁴¹ Cfr. *J. E. Heyde*, Wert, 1926, pp. 194 ss., especialmente 198 y s., en el que la argumentación “ontológica” sólo es un momento parcial en otro contexto de cuestiones.

⁴² *Welzel*, Abhandlungen zum Strafrecht (nota 7), pp. 27 s. (“Über Wertungen im Strafrecht”).

⁴³ El término mismo lo utilizó probablemente por primera vez en la primera edición del “Nurrecht”, Göttingen, 1951, p. 197, vinculándose al mismo después en la contribución al Libro-Homenaje a *Niedemeyer* de 1953 (*Welzel*, Abhandlungen zum Strafrecht [nota 7], p. 274, 283 y ss. (“Nurrecht und Rechtspositivismus”; traducción pp. 177, 193 y ss.).

⁴⁴ Das rechtstheoretische Problem der «Natur der Sache», 1958, p. 20 (traducción al castellano de *José Cerezo Mir*, con

lógico-objetivas” está llena de presupuestos, en cuanto parte claramente de que las diferencias de la valoración no sólo siguen de estructuras del ser producidas por relaciones de valor, algo que nos limitamos meramente a apuntar.

Para la fundamentación de que la acción finalista es portadora del predicado de valor de la antijuridicidad delictiva y, entonces, injusto delictivo,⁴⁵ las formulaciones previas son todavía demasiado inespecíficas. Para lo injusto personal es más bien decisiva la tesis de que, a partir de la segunda función del ordenamiento jurídico, mantener un estado actual valorativamente merecedor de protección o producir un estado futuro (la primera función es la definición de estos estados), resultaría necesariamente que las normas, esto es, las prohibiciones y los mandatos, se vinculan al factor determinativo de la voluntad, por lo que tienen que prohibir u ordenar acciones finalistas.⁴⁶ La finalidad del actuar humano se convierte así en una “estructura lógico-objetiva” relevante no mediante un juicio de valor concreto,⁴⁷ sino ya simplemente debido a la función del ordenamiento jurídico, de asegurar la sociedad junto con su distribución de bienes, con independencia de los ideales sociales según los que esté organizada, frente a perturbaciones⁴⁸ producidas por los hombres.

Welzel tenía la idea de que el Derecho, para obtener sus fines, debe vincularse a la capacidad humana de dirección consciente, apartándose del dominio del dogma causal por el naturalismo filosófico y el positivismo, entre los que también incluía, en sus rasgos esenciales, el neokantismo de *Rickert*.⁴⁹

el título, “El problema de la «naturaleza de las cosas» en la teoría jurídica”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid*, Vol. VIII, nº 19, 1964, p. 21).

⁴⁵ Sobre las relaciones entre los conceptos de antijuridicidad e injusto cfr. *Welzel*, *Deutsches Strafrecht*, 11ª ed. 1969 (nota 15), pp. 51 s. (traducción, pp. 77 y s.).

⁴⁶ *Welzel*, *Abhandlungen zum Strafrecht* (nota 7), pp. 114 ss. (“Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht”), pp. 129 ss. (“Studien zum System des Strafrechts; traducción pp. 30 y ss.) – El “planteamiento de teoría las normas” se encuentra así ya en los escritos tempranos de *Welzel*, no sólo en *Kaufmann*, y, cierta-mente, no sólo desde una perspectiva material, sino también terminológicamente (cfr. loc. cit. – “Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht”, p. 115).

⁴⁷ Cfr. sobre ello *Kaufmann*, *Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, 1959, pp. 16 ss. (traducción de la 2ª ed. alemana por *Contreras y de Murillo*, con el título, *Dogmática de los delitos de omisión*, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid – Barcelona, 2006, pp. 37 y ss.).

⁴⁸ Destacar la defensa frente a perturbaciones, claramente prioritaria para el Derecho delictivo frente a la producción de estados valiosos, es, naturalmente, según lo precedente, una simplificación.

⁴⁹ Cfr. *Welzel*, *Abhandlungen zum Strafrecht* (nota 7), p. 1, 4 (dichas páginas cor-responden a “Strafrecht und Philosophie”, del que existe traducción castellana de *Gustavo Aboso y Tea Löw*, con el título “Derecho penal y filosofía”, en *Welzel* [nota 7], pp. 147 y ss.; las referencias concretas en pp. 147-148, 151-153), 11 ss. (“Causalidad y acción”;

A la estructura de la acción finalista había llegado, sobre todo, bajo la sugestión de la filosofía del espíritu de los psicólogos del pensamiento *Hönigswald* y *Erismann*, en cuanto analizó la forma de transcurrir (“según el sentido intencional”) de los actos de pensamiento y progresó hasta la investigación de los actos de la voluntad y de la realización de la voluntad.⁵⁰ La actualidad de muchas de estas cuestiones la constatará quien se ocupe de las modernas teorías analíticas de la acción⁵¹; así es como llegó al problema de una forma de determinación adicional junto a la causalidad⁵² o a la relación de la acción con la causalidad.⁵³ Originariamente *Welzel* no había hablado de finalidad, sino de “intencionalidad de sentido” o de una “conexión teleológica de sentido”;⁵⁴ sólo después tomó de Nicolai *Hartmann* el término “finalidad”.⁵⁵ Con independencia de la equívoca elección terminológica – en ningún caso se trata sólo de “fines” o “fines intermedios” como “finis” podría dar a entender, sino también de “consecuencias secundarias” –, para *Welzel* se trató siempre de la dirección por medio de la voluntad consciente.⁵⁶ Más importante que la terminología

traducción pp. 126 y ss.), 67 ss., 84 y ss., 93 y ss. y passim (todas las últimas referencias son a “Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht), sobre todo en los trabajos hasta 1935.

⁵⁰ Cfr. *Das neue Bild* (nota 3), p. IX (traducción p. 27) con referencia a *Welzel*, *Abhandlungen zum Strafrecht* (nota 7), pp. 11 y ss. (“Kausalität und Handlung”; traducción, pp. 129 y ss.) – La historia de la aparición de los escritos tempranos de *Welzel* desde su contexto histórico-espiritual la ha realizado, en especial, *Tjong*, “Der Ursprung und die philosophische Grundlagen der Lehre von den «sachlogischen Strukturen im Strafrecht» ARSP 54 (1958), pp. 411 y ss.

⁵¹ Cfr. *Wright*, *Erklären und Verstehen*, 2ª ed. Königstein/Ts. 1984 (existe traducción española con el título *Explicación y comprensión*, Alianza Editorial, Madrid, 1987), así como los dos volúmenes “Teoría analítica de la acción” editados por *G. Meggle y A. Beckermann*, 1985.

⁵² Por ejemplo *Welzel*, *Abhandlungen zum Strafrecht* (nota 7), p. 4 (“Strafrecht und Philosophie”; traducción, pp. 151-153), 9, 15 (las dos últimas referencias corresponden a “Kausalität und Handlung”; traducción pp. 124-125).

⁵³ Por ejemplo *Welzel*, *Abhandlungen zum Strafrecht* (nota 7), pp. 15 (“Kausalität und Handlung”; traducción p. 134), 94 s. (“Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht”).

⁵⁴ *Welzel*, *Abhandlungen zum Strafrecht* (nota 7), pp. 13 ss., especialmente p. 19 (“Kausalität und Handlung”; traducción pp. 130 y ss., espec-ialmente p. 141).

⁵⁵ *Welzel*, *Abhandlungen zum Strafrecht* (nota 7), p. 108 n. 67. (“Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht”).

⁵⁶ *Welzel*, *Deutsches Strafrecht*, 11ª ed. 1969 (nota 15), p. 131 (traducción, p. 186). Cfr. sobre ello, más detalladamente, *Hirsch*, *ZStW* 93 (1981), 862 (traducción al español y notas de Mariano Melendo *Pardos y Ángeles Rueda Martín*, con el título “La disputa sobre la teoría de la acción y de lo injusto, especialmente en su reflejo en la *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*”, en *Hirsch*, *H. J. Derecho Penal*.

resulta que, posteriormente, *Welzel*, sin negar los orígenes filosóficos,⁵⁷ elige formulaciones que también un positivismo no restringido científico-naturalmente podía aceptar, en todo caso como concepto básico de las ciencias empíricas de la acción:⁵⁸ “la finalidad [...] de la acción se basa en que el hombre, sobre la base de su saber causal, puede prever, en una extensión determinada, las posibles consecuencias de su conducta, asignarse por ello diversos fines y dirigir su actuar, conforme a un plan, a la obtención de dichos fines”.⁵⁹ Para la construcción conceptual de cada ciencia esto sólo puede ser una ventaja.⁶⁰

Que el predicado valorativo “injusto” –y no sólo el conjunto de todos los presupuestos del delito⁶¹– se vincule al actuar finalista, resulta ya de la concepción de que las normas contienen la descripción material del comportamiento humano prohibido u ordenado;⁶² que el comportamiento humano es, por tanto, objeto de la valoración lícito-ilícito.⁶³ En consecuencia, la dirección del comportamiento o de la acción pertenece a lo injusto, la dirección de los impulsos y su parte integrante de la conciencia (potencial) de lo injusto, a la culpabilidad.⁶⁴ Si la culpabilidad está configurada, en cuanto a su contenido, de modo que la conciencia actual o potencial de lo injusto está incluida en el momento temporal del comportamiento, la conciencia de lo injusto sólo puede

referirse al proyecto de injusto, lo que obliga a una subjetivización de lo injusto en el sentido de la teoría de la acción finalista. En este preciso sentido es entonces el dolo objeto del reproche de culpabilidad.⁶⁵

Interrumpo aquí la exposición –parcialmente reconstructiva– de los argumentos a favor de un concepto personal de lo injusto. Hasta dónde llega la distinción del “objeto de la valoración” y de la “valoración del objeto”;⁶⁶ si existe una línea divisoria ontológicamente enraizada, entre dolo y conocimiento de lo injusto, son cuestiones sobre las que, como es conocido, se discute.⁶⁷ Si en este punto nos encontramos únicamente ante imprecisiones marginales de un modelo correcto en su núcleo⁶⁸ o ante problemas que deben llevar a un normativismo más fuerte que el que propuso *Welzel*,⁶⁹ es algo que no podemos abordar. Por el contrario, debe echarse al menos un breve vistazo a la dogmática de la imprudencia, que en opinión de los críticos de *Welzel* sigue siendo un problema no resuelto por la doctrina de la acción finalista.

Obras Completas. Tomo II, Rubinzal-Culzoni, 2000, pp. 119-120); *Jakobs* (nota 29), 6/9 ss. (especialmente 6/12; 2ª edición 6/9 y ss., especialmente 6/12; traducción pp. 162 y ss., marginales 9 y ss., especialmente p. 165 marginal 12).

⁵⁷ *Welzel*, *Das neue Bild des Strafrechtssystems* (nota 3), pp. IX ss. (traducción pp. 27 y ss.).

⁵⁸ Cfr. sobre ello la observación de J. Winckelmann, *Einführung zu Girndt, Das soziale Handeln als Grundkategorie erfahrungswissenschaftlicher Soziologie*, 1967, pp. 5 ss., de que los conceptos de acción de *Welzel* y de *Max Weber* coinciden ampliamente (sobre el positivismo de *Max Weber* cfr. *Loos*, *Zur Wert- und Rechtslehre Max Webers*, 1970, pp. 17 ss., especialmente p. 25). Cfr. también la formulación de *Kaufmann* (nota 46), p. 40 (traducción, p. 41), de que la exposición sobre la forma de actuar de las reglas jurídicas por medio de su influjo sobre el actuar finalista es “un conocimiento antropológico y – si así se quiere – sociológico”.

⁵⁹ *Welzel*, *Deutsches Strafrecht*, 11ª ed. 1969 (nota 15), p. 33 (traducción p. 50).

⁶⁰ Cfr. sobre ello las observaciones de *Welzel*, en: *Welzel*, *Abhandlungen zum Strafrecht* (nota 7), p. 108 n. 67 (“Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht”).

⁶¹ Cfr. sobre las referencias histórico-dogmáticas de las –si así se quiere– concepciones finalistas del *delito* sin separación de injusto y culpabilidad, *Zielinski* (nota 34), pp. 17 y ss. (traducción pp. 5 y ss.).

⁶² *Welzel* habla aquí de “materia de la prohibición”.

⁶³ Cfr. *Welzel*, *Um die finale Handlungslehre*, 1949, p. 24 ss.

⁶⁴ *Welzel*, *Abhandlungen zum Strafrecht* (nota 7), pp. 109 ss. (“Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht”), 130 ss. (“Studien zum System des Strafrechts”; traducción, pp. 31 y ss.).

⁶⁵ Cfr. *Welzel*, *Deutsches Strafrecht*, 11ª ed. 1969 (nota 15), pp. 161 s. (traducción, pp. 226 y ss.).

⁶⁶ Mediada por la exigencia de una conciencia de lo injusto (al menos potencial) (véase supra); no totalmente claro *Welzel*, *Finale Handlungslehre* (nota 63), p. 26.

⁶⁷ Remitimos sólo a *Roxin*, *ZStW* 74 (1963), 515 (traducción y notas de *Peña*, con el título “Contribución a la crítica de la teoría final de la acción”, *Roxin*, C., *Problemas básicos del Derecho penal*, Ed. Reus, Madrid, 1976, pp. 84 y ss.) y *Zielinski* (nota 34), pp. 120 ss. (traducción pp. 133 y ss.). Sobre la cuestión de la línea divisoria véase también *Kaufmann*, *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*, 1954, pp. 130 ss., especialmente 140 s., 169 (existe versión castellana de Enrique Bacigalupo y *Valdés*, con el título *Teoría de las normas. Fundamentos de la dogmática penal moderna*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1977, pp. 161 y ss., especialmente 186 y ss., 226).

⁶⁸ *Kaufmann*, “Zum Stande der Lehre vom personalen Unrecht”, *Libro Homenaje a Welzel* (nota 1), p. 396 (existe traducción al castellano de *Schiffrin*, con el título, “Sobre el estado de la doctrina del injusto personal”, en *Nuevo Pensamiento Penal*, Año 4 (1957), n. 4 a 8, pp. 159 y ss.; la referencia en concreto en p. 162).

⁶⁹ *Jakobs* (nota 29), pp. 6/11 ss. (cfr. sobre todo también p. 111 n. 44), 6/20 ss. (2ª ed., pp. 6/11 y ss., sobre todo p. 133 n. 44, 6/20 y ss.; traducción, pp. 164 y ss., marginales 11 y ss., especialmente, p. 165 n. 44, pp. 168 y ss., marginales 20 y ss.). En último término se trata aquí de la cuestión de si la frontera entre el principio del conocimiento (§ 16 Código penal alemán) y el principio de evitabilidad del error (§ 17 Código penal alemán) se corresponde con [la diferencia] entre descripción del comportamiento en la materia de la prohibición y presupuestos de la valoración (por ejemplo en el sentido de los presupuestos de validez de *Kaufmann* (nota 67), p. 158 y passim; traducción p. 210 y passim), o si el principio del conocimiento debe determinarse de modo más amplio por razones normativas, precisamente a causa de la correcta delimitación del principio de evitabilidad.

Welzel modificó su teoría de la imprudencia en puntos esenciales, reescribió una y otra vez el capítulo sobre la imprudencia de su manual. El problema fundamental radica en que la finalidad de la acción imprudente no está dirigida, precisamente, al resultado en el sentido de los tipos de, por ejemplo, los §§ 222, 230 del Código penal alemán*. La solución primigenia de Welzel había consistido en ver lo injusto de los delitos imprudentes en la “finalidad potencial”,⁷⁰ esto es, en la evitabilidad concreta-individual del resultado.⁷¹ Welzel creía que al menos⁷² en los delitos imprudentes inconscientes no se podía evitar entonces, sin embargo, una confusión de injusto y culpabilidad.⁷³ Esta confusión, que precisamente en el sistema de Welzel era algo más que un defecto estético, la corrigió siguiendo a Niese.⁷⁴ Encontró el desvalor de la acción – a distinguir de la culpabilidad – en la “forma y manera de dirección [...] de la acción”,⁷⁵ lo injusto imprudente consiste en que la acción realmente realizada permanece por debajo de la acción materialmente correcta, con la que hay que compararla;⁷⁶ la

infracción individual del cuidado fundamenta, entonces, la culpabilidad. El “flanco abierto” en la dogmática de la imprudencia ha provocado intentos de solución adicionales dentro de la escuela finalista, donde, por un lado – claro está que evitando la confusión de injusto y culpabilidad- se ha recurrido a la originaria solución welzeliana de la finalidad potencial;⁷⁷ por otro, se ha visto el tipo de la imprudencia en la acción finalista real prohibida en cuanto contraria al cuidado debido.⁷⁸

Precisamente el desarrollo de la dogmática de la imprudencia, que en las últimas décadas ha sido fomentado de manera esencial por contribuciones de la escuela finalista, pone de manifiesto la vitalidad de la doctrina de Welzel de la relevancia del análisis de la acción para la determinación de lo injusto. Pese a todas las diferencias de los desarrollos posteriores dentro de la escuela fundada por Welzel, esta convicción ha permanecido firme:⁷⁹ Si con v. Caemmerer,⁸⁰

* (NdT) Dichos preceptos establecen lo siguiente:

§ 222. Homicidio imprudente.

Quien por imprudencia cause la muerte de otra persona será castigado con pena privativa de libertad de hasta 5 años o con pena de multa.

§ 230. Lesiones imprudentes.

Quien por imprudencia cause lesiones a otro será castigado con pena privativa de libertad de hasta tres años o con pena de multa.

⁷⁰ Welzel, *Abhandlungen zum Strafrecht* (nota 7), pp. 21 (“Kausalität und Handlung”; traducción pp. 143-144), 111 (“Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht”), 172 ss. (especialmente p. 178; “Studien zum System des Strafrechts”, traducción pp. 101 y ss, especialmente p. 111).

⁷¹ “Studien zum System des Strafrechts”, p. 178 (traducción p. 111).

⁷² Cfr. “Studien zum System des Strafrechts”, p. 178 n. 89 (traducción p. 111 n. 91).

⁷³ “Studien zum System des Strafrechts”, pp. 179 s. (traducción pp. 112 y ss.); cfr. también “Persönlichkeit und Schuld”, pp. 218 ss.

⁷⁴ Niese, *Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit*, 1951.

⁷⁵ Welzel, *Deutsches Strafrecht*, 11ª ed. 1969 (nota 15), p. 131 (traducción p. 186).

⁷⁶ Así Welzel en la concluyente exposición resumida de su teoría de la imprudencia en “Fahrlässigkeit und Verherdelikte” (1961), en: Welzel, *Abhandlungen zum Strafrecht* (nota 7), pp. 315 ss., 321, 328 s. (existe traducción española de Josefina Núñez y de la Rúa, con el título de “La imprudencia y los delitos de la circulación (De la teoría de los delitos de imprudencia”, *Cuadernos de los Institutos*, n° XV, Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, República Argentina, 1965, publicada también en Welzel, [nota 13], por la que se cita; véanse pp. 59 y ss., 69, 81 y ss.); Welzel reconoce la cercanía de su solución a la de Engisch (loc. cit., pp. 319 s., 325 y passim –traducción, pp. 66-67, 77-78 y passim), pero acentúa el carácter clarificador del

planteamiento de la acción (loc. cit., pp. 320 ss. –traducción, pp. 68 y ss.).

⁷⁷ Jakobs, *Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt*, 1972, pp. 39 ss., 64 ss., 70 ss.; Stratenwerth, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, t. 1, 3ª ed. 1981, n. 161, 1086 ss., especialmente 1099 [las referencias a Stratenwerth corresponden, con algunas modificaciones, a las siguientes de la 4ª ed. alemana, Stratenwerth, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, t. 1, 4ª ed. 2000, § 6 n. 22 y s., pp. 82-83; § 15, n. 3 y ss., pp. 408 y ss., especialmente n. 15, pp. 412-413; existe traducción de esta cuarta edición de Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti, con el título *Derecho Penal. Parte General I. El hecho punible*, Thomson-Civitas, 2005, § 6, n. 22 y s., pp. 105-106; § 15 n. 3 y ss., pp. 418 y ss., especialmente n. 15, p. 422).

⁷⁸ Kaufmann (nota 6), pp. 133 y ss. (“Das fahrlässige Delikt”; existe traducción al castellano de Hernández, con el título “El delito culposo”, *Nuevo Pensamiento Penal*, año 5 (1976), n. 9 a 12, pp. 467 y ss.); Struensee, *JZ* 1987, 53. (existe traducción al castellano de Contreras y González de Murillo, con el título “El tipo subjetivo del delito imprudente”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo XL, fasc. II, 1987, pp. 435 y ss.). Esta solución, cuya ventaja radica en destacar la relevancia del estado de conocimiento actual del autor, desplaza con ello, sin embargo, sólo la – formulado abreviadamente- “finalidad potencial” a la deducción de la norma. Problemas similares se plantean respecto al “componente sin haber” en Zielinski (nota 34), pp. 152 ss., 171 ss. (pp. 175 y ss., 198 ss.).

⁷⁹ En tanto es así, el diagnóstico de decadencia de Schmidhäuser, *JZ* 1986, 109, especialmente p. 116) contiene únicamente una verdad parcial. Por lo demás, Schmidhäuser podría haber sobreestimado considerablemente la importancia de la “teoría estricta de la culpabilidad” para la teoría finalista (cfr. sobre ello Welzel, *Abhandlungen zum Strafrecht* [nota 7], p. 353 n. 38 –“Vom Bleibenden und vom Vergänglichlichen in der Strafrechtswissenschaft”).

⁸⁰ “Wandlungen des Deliktsrechts”, *Juristentags-Festschrift Bd. 2*, 1960, p. 129.

al que *Welzel* cita mostrándose de acuerdo,⁸¹ se ve la función del concepto de injusto en el delito en que “todo el mundo pueda saber qué comportamiento está ordenado, permitido o prohibido en una situación determinada”,⁸² entonces no sólo se subjetiviza (al menos también) el concepto de injusto, sino que al mismo tiempo se expresa que los ordenados, permitidos o prohibidos son los proyectos de acción. Con ello, sin embargo, se plantea inmediatamente la cuestión de las condiciones del actuar humano, a la que *Welzel* respondió que actuar es dirigir consciente.⁸³ Se puede destacar que para dominar el problema de la imprudencia es necesario ampliar el concepto de acción,⁸⁴ mas ello no cambia nada en el planteamiento metodológico. No es casualidad, por tanto, que la reconstrucción de la teoría de lo injusto haya recibido sus impulsos esenciales de la teoría de la acción finalista,⁸⁵ aunque algunas cuestiones que *Welzel* contempló como frutos de la teoría de la acción, se deban a otras consideraciones – normativas – o cedan ante razones más acertadas u otras valoraciones.

V.

Seguramente, en el Derecho penal, el nombre de *Welzel* quedará unido, en primer lugar, con la doctrina de la acción finalista. Sin embargo, de este modo, muchas de sus

⁸¹ *Welzel*, *Abhandlungen zum Strafrecht* (nota 7), p. 329.

⁸² Un pensamiento similar se encuentra ya en *Zippelius*, *AcP* 157 (1958), 397. – Esto, en todo caso, no tiene que significar, necesariamente que lo mismo esté prohibido u ordenado para cualquiera, cuestión de la que se trata en la conocida polémica entre *Jakobs* y *Stratenwerth*, por un lado, y la doctrina dominante, por el otro, sobre la infracción objetiva o subjetiva del cuidado.

⁸³ La insistencia en la conciencia debe excluir una introducción de acciones finalistas inconscientes (cfr. *Schewe*, *Reflexbewegung – Handlung – Vorsatz*, 1972; *Stratenwerth*, “Unbewusste Finalität?”, Libro Homenaje a *Welzel* [nota 1], pp. 289 ss.). Con ello no se discute la existencia de semejantes formas de comportamiento, sino sólo que las reglas jurídicas únicamente pueden actuar sobre procesos de la conciencia, por lo que, a lo sumo, podrían vincularse a una conciencia potencial.

⁸⁴ Cfr. *Jakobs* (nota 29), 6/20 ss. (2ª ed., 6/20 y ss.; traducción, pp. 168 y ss. marginales 20 y ss.), para quien también el dominio de un automatismo juega un importante papel. Véase sobre ello, también, el mismo, “Vermeidbares Verhalten und Strafrechtssystem”, Libro Homenaje a *Welzel* (nota 1), pp. 307 ss. (existe traducción española, con algunas modificaciones para la versión española, de *Meliá*, con el título “Comportamiento evitable y y Sistema del derecho penal”, en *Jakobs*, *Estudios de Derecho Penal*, traducción al castellano y Estudio Preliminar de Enrique Peñaranda *Ramos*, *González y Meliá*, UAM-Ediciones-Civitas, Madrid, 1997, pp. 147 y ss.).

⁸⁵ *Hirsch* ha llamado la atención, con razón, frente a mermas de los méritos de *Welzel*, *ZStW* 93 (1981), 831 (traducción [nota 56], pp. 83 y ss.), 94 (1982), 239 (traducción [nota 56], pp. 121 y ss.).

concepciones dogmático-penales, también respecto a la Parte Especial;⁸⁶ se ven desplazadas a un segundo plano. Sólo destaco aquí dos que – pese a estar estrechamente relacionadas con los aspectos básicos de lo injusto personal en el sistema *welzeliano* – tienen un significado permanente independiente.

La primera afecta a las distintas dimensiones del concepto de antijuridicidad. En tanto que *Welzel* distingue la función de ordenación y la función de protección del Derecho,⁸⁷ puede comprender la perturbación de la función de ordenación como antijuridicidad meramente objetiva (=en el mundo exterior) y, con la inclusión del sustrato⁸⁸ (valorado), como desvalor del estado de cosas o desvalor del resultado.⁸⁹ La antijuridicidad en este sentido puede producir consecuencias jurídicas, pues se trata, meramente, de la defensa de perturbaciones del orden, por ejemplo en la legítima defensa,⁹⁰ o en la reafirmación del orden correcto como ocurre en el § 1004 del Código civil alemán.⁹¹ Frente a

⁸⁶ Destaco aquí simplemente el artículo paradigmático en la relación de la interpretación de la parte especial con categorías generales de la imputación “Zur Systematik der Tötungsdelikte” (*Welzel*, *JZ* 1952, 72 = *Abhandlungen zum Strafrecht* [nota 7], pp. 265 ss.). La parte del manual dedicada a la parte especial contiene precisamente en su sucinta claridad una gran cantidad de interpretaciones convincentes y vinculaciones sistemáticas.

⁸⁷ *Welzel*, *Abhandlungen zum Strafrecht* (nota 7), pp. 113 s (“Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht”).

⁸⁸ Cfr. *Welzel*, *Deutsches Strafrecht*, 11ª ed. 1969 (nota 15), p. 52 (traducción pp. 77-78).

⁸⁹ *Welzel*, *Abhandlungen zum Strafrecht* (nota 7), pp. 134, 147 s. (“Studien zum System des Strafrechts”, traducción pp. 39, 59 y ss.).

⁹⁰ *Welzel* consideraba posible, en todo caso, una interpretación semejante del § 53 del Código penal alemán en su vieja redacción. (*Welzel*, *Abhandlungen zum Strafrecht* [nota 7], p. 148; “Studien zum System des Strafrechts”, pp. 62-63); cfr. sobre ello, expresamente, loc. cit., pp. 333 ss., especialmente 336 ss. (“Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte”, traducción, pp. 89 y ss., especialmente 94 y ss.).

NdT: Dicho artículo establecía lo siguiente: § 53 Legítima defensa:

Ap.I No existe acción punible si la acción viene requerida por una defensa legítima.

Ap. II Legítima defensa es la defensa necesaria para evitar una agresión antijurídica actual a uno mismo o a otro.

Ap. III El exceso en legítima defensa no es punible si el autor ha sobrepasado los límites de la defensa debido a un estado de confusión, miedo o pánico.

⁹¹ *Welzel*, *Abhandlungen zum Strafrecht* (nota 7), p. 134 (“Studien zum System des Strafrechts”, traducción, p. 38); cfr. también la remisión al § 867 del Código civil alemán, loc. cit., p. 114 (“Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht”).

NdT: Los preceptos en cuestión señalan lo siguiente: § 1004. Pretensión de reparación y omisión.

ello, el concepto de antijuridicidad derivado de la función de protección se vincula al comportamiento humano, al que se refieren prohibiciones y mandatos, lleva así –formulado sustancialmente- a un desvalor del comportamiento o injusto del comportamiento. *Welzel* mismo llamó la atención sobre el hecho de que en este punto se podía referir a reflexiones anteriores;⁹² de todos modos, haber perfilado de manera conceptualmente clara dos categorías distintas de antijuridicidad, se realice la determinación de su contenido en particular como sea,⁹³ es una cuestión que hay que agradecerse a él. Estos conceptos son hoy día patrimonio común de la ciencia del Derecho penal, también en autores que, por lo demás, se han mostrado críticos con *Welzel*.

Una concepto acuñado con gran éxito por *Welzel* es la “adecuación social”. La desarrolló en relación con la teoría del bien jurídico, en la que, ciertamente “en passant”, con la distinción de bien jurídico e institución realizó, en cualquier caso, una importante clarificación:⁹⁴ La protección de bienes jurídicos no puede prescindir de que los bienes jurídicos tienen valor para su portador únicamente si pueden ser utilizados: “Toda vida [es] siempre, al mismo tiempo, consumo de la vida”.⁹⁵ Sólo en un “mundo de museo” puede

Ap. I Si la propiedad se ve menoscabada de forma distinta a la sustracción o retención de la posesión, el propietario puede pedir del perturbador la eliminación del menoscabo. Si pueden producirse menoscabos adicionales, el propietario puede pedir la omisión.

Ap. II La pretensión queda excluida si el propietario está obligado a tolerar el menoscabo.

§ 867 Derecho de persecución del poseedor.

Si una cosa llega, del poder del poseedor, a un fundo que se encuentra en posesión de otro, el poseedor del fundo debe permitirle la búsqueda y la retirada de la misma, en tanto que la posesión de la cosa no haya sido adquirida en ese período. El poseedor del fundo puede pedir reparación de los daños que se hayan producido por la búsqueda y la retirada de la cosa. Puede denegar la autorización si es posible la producción de daños en tanto que no se le haya dado seguridad de que no se producirán; la negativa no se admitirá si con la demora está unido un peligro para la cosa.

⁹² Precisamente por *Mezger* y v. *Gemmingen*, cfr. *Welzel*, *Abhandlungen zum Strafrecht* (nota 7), pp. 137 s. (“*Studien zum System des Strafrechts*”, traducción pp. 43 y ss.) y 114 n. 83 (“*Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht*”).

⁹³ Sobre la concepción de *Welzel* de lo “injusto personal” véase III.- El mismo *Welzel* no mantuvo la distinción terminológica entre antijuridicidad y contrariedad a la norma (*Welzel*, *Abhandlungen zum Strafrecht* [nota 7], p. 115 – “*Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht*”).

⁹⁴ Cfr. la valoración del pasaje de las *Abhandlungen zum Strafrecht* de *Welzel*, (nota 7), p. 137 n. 30 (“*Studien zum System des Strafrechts*”, p. 43 n. 31) por *Amelung*, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, 1972, pp. 167 ss., 187 ss.

⁹⁵ *Welzel*, *Abhandlungen zum Strafrecht* (nota 7), p. 140 (“*Studien zum System des Strafrechts*”, traducción pp. 47-48).

ser la protección de lesiones el único o incluso el fin predominante del Derecho; en el mundo real, el “sentido del Derecho” consiste en “de la infinidad de funciones en las que los bienes jurídicos están actuando y sufriendo, elegir y prohibir las incompatibles con una vida en común éticamente ordenada”. En qué medida deben aceptarse lesiones de bienes jurídicos o prohibirse resulta del “ordenamiento al que históricamente ha llegado la vida en común de un pueblo”.⁹⁶ – Según este planteamiento no puede resultar dudoso que las acciones socialmente adecuadas no son típicas, que están fuera ya de la materia de prohibición y no sólo que están justificadas por una proposición permisiva.⁹⁷ Pese a ello, *Welzel* vaciló sobre la colocación en la estructura del delito, ordenación que podía tener consecuencias para el error según la teoría estricta de la culpabilidad; durante un período de tiempo situó la adecuación social en la antijuridicidad.⁹⁸ Probablemente bajo la influencia de la crítica de su discípulo *Hirsch*⁹⁹ la volvió a situar como delimitación del tipo, de forma que la adecuación social se convirtió en un principio general de interpretación del tipo.¹⁰⁰ – La inseguridad en la localización sistemática tiene que ver con la vaguedad del concepto, sobre todo con la cuestión de cuál sea la amplitud con la que haya que trazar el círculo del “orden devenido históricamente”.¹⁰¹ También parece muy dudoso si el recurso a la adecuación social es de ayuda cuando se trata de cuestiones jurídicas tan discutidas como el de los límites de la huelga y del cierre patronal lícitos; la apelación a la adecuación social por la Sala laboral del Tribunal Supremo

⁹⁶ *Welzel*, *Abhandlungen zum Strafrecht* (nota 7), p. 141 (“*Studien zum System des Strafrechts*”, p. 49; subrayado por *Welzel*).

⁹⁷ En la fundamentación de la adecuación social en los “*Studien zum System*” se dice también inequívocamente: “no se trata de la antijuridicidad, pues ésta sólo viene en consideración cuando se ha sobrepasado la adecuación social”. (*Welzel*, *Abhandlungen zum Strafrecht* [nota 7], p. 142; “*Studien zum System des Strafrechts*”, traducción, p. 51).

⁹⁸ Cfr. *Welzel*, *Deutsches Strafrecht*, 6ª ed. 1958 (nota 32), pp. 73 s.

⁹⁹ *Hirsch*, *Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen*, 1960, pp. 283 ss. (existe traducción al castellano de *Styma*, con supervisión de *Donna*, con el título *La doctrina de los elementos negativos del tipo penal. El error sobre las causas de justificación*, en *Hirsch*, *Derecho Penal* [nota 56], t. 4, 2005, pp. 351 y ss.).

¹⁰⁰ *Welzel*, *Deutsches Strafrecht*, 11ª ed. 1969 (nota 15), pp. 55 ss., especialmente p. 58 (traducción, pp. 83 y ss., especialmente p. 86).

¹⁰¹ Aquí hay que llamar la atención sobre el hecho de que *Welzel*, originariamente, había distinguido entre un ordenamiento de paz y uno de guerra: ejemplo paradigmático de una acción socialmente adecuada es, para él, la muerte del enemigo en la guerra (*Welzel*, *Abhandlungen zum Strafrecht* [nota 7], pp. 150, 152 n. 55; “*Studien zum System des Strafrechts*”, traducción pp. 64-65, 67-68 n. 56).

Federal¹⁰² me parece, así, que va más allá de la intención de *Welzel*. Pese a que la problemática no puede discutirse, *Welzel* tenía razón, probablemente, en que sin este instrumento de interpretación para la delimitación de los tipos en el marco de los contactos sociales organizados o masivos es difícil resolver las cuestiones;¹⁰³ si, por el contrario, se limita a la parte en cierto modo indiscutida del orden tradicional, apenas habría que temer una mala utilización por ocultar los difíciles problemas de ponderación.

V.

El segundo pilar de la aportación vital de *Welzel* es su contribución a la Filosofía del Derecho. Debemos agradecer al “*Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*”¹⁰⁴ de *Welzel* la exposición, todavía no igualada, de la historia del derecho natural desde los presocráticos hasta la época posterior a la segunda guerra mundial, que, sobre todo debido al planteamiento de ordenar la historia de los problemas mediante la distinción de teorías del Derecho natural idealistas y voluntaristas,¹⁰⁵ causó, inmediatamente, admiración.¹⁰⁶ Claro que no fue únicamente la aportación a la historia de la filosofía simplemente, o ni siquiera en primer lugar, lo que aseguró atención al libro. *Welzel* subtituló el libro en la primera edición, de 1951, “*Prolegomena einer Rechtsphilosophie*”,¹⁰⁷ aunque no escribió la filosofía del derecho sistemática allí anunciada.¹⁰⁸

Las consideraciones crítico-sistemáticas que aparecían ya en los “*Prolegomena*” fueron entonces explosivas: en el momento álgido del renacimiento del Derecho natural en la República Federal tras la segunda guerra mundial, apareció un duro crítico que caracterizaba así la *πρωιον ψευδοζ** de la teoría del Derecho natural.¹⁰⁹ “También la moderna prueba del Derecho natural [...] se basa en el viejo círculo vicioso del mismo: todas las convicciones valorativas, dignas de la más alta consideración o al menos discutibles, que el autor ha introducido en el concepto de lo conforme a la naturaleza, las extrae de nuevo posteriormente de dicho concepto”:¹¹⁰ No hay así ordenaciones de las comunidades humanas “naturales”, como, por ejemplo, “la división jerárquica de la familia con una posición a la cabeza del hombre”:¹¹¹

Se aparta así *Welzel*, claramente, de posiciones que había defendido en su escrito de *Habilitación*. Allí se había postulado, contra “la brutal construcción de la realidad, sin sentido, del positivismo naturalista”, una vuelta al “ser”, una “nueva metafísica”, una “antropología metafísica y una teoría metafísica de los valores”, por medio de la que “superando el brusco abismo de pensamiento y ser, de valor y realidad, había que llegar a unidades más profundas”.¹¹² La historia y la realidad de la cultura sólo son comprensibles “si los valores están arraigados profundamente en lo óntico”.¹¹³ Pese al claro distanciamiento frente al neohegelianismo, que no había reflejado de modo suficiente el desarrollo histórico y económico,¹¹⁴ el carácter paradigmático de *Hegel* para la

¹⁰² BAGE [Tribunal Supremo Laboral] 1, 291 ss., 300.

¹⁰³ La relación de la “adecuación social” con el “riesgo permitido” no puede ser analizada más detenidamente; cfr. *Welzel*, *Abhandlungen zum Strafrecht* [nota 7], pp. 140 s. (“*Studien zum System des Strafrechts*”, traducción, pp. 47 y ss.; *Welzel*, *Deutsches Strafrecht*, 11ª ed. 1969 (nota 15), pp. 132 ss. (traducción, pp. 188 y ss.).

¹⁰⁴ 1ª ed. 1951, 2ª ed. 1953 –existe traducción de la misma por Felipe González Vicén, con el título *Derecho Natural y Justicia Material* (Preliminares para una Filosofía del Derecho), 1957, 3ª ed. 1960, 4ª ed. 1962, reimpresión de la 4ª ed. 1980].

¹⁰⁵ 1ª ed. pp. 10 s., 23, 28, 57 ss., 67 ss., 89 ss., 141 ss., 181 ss., 105 ss. y passim.

¹⁰⁶ Cfr. *Wieacker*, *Privatgeschichte der Neuzeit*, 1ª ed. 1952, pp. 9 n. 4, 10 n. 2 (existe traducción al castellano de *Jardón*, con el título de *Historia del Derecho privado en la Edad Moderna*, Aguilar, Madrid, 1957, p. 6 n. 4, pp. 7-8 en n. 2).

¹⁰⁷ El subtítulo sólo desapareció en la 4ª ed., de 1962.

¹⁰⁸ Los trabajos previos para la misma se encuentran en la conferencia rectoral de Bonn de 1962 (capítulo final “*Was bleibt?*” en la 4ª ed. de “*Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*” [nota 13] y en el último gran trabajo de filosofía del Derecho “*An den Grenzen des Rechts*” (nota 13), parcialmente también en las contribuciones a *Libros Homenaje*, “*Macht und Recht*”, “*Gesetz und Gewissen*” (*Welzel*, *Abhandlungen zum Strafrecht* [nota 7], pp. 288 ss. – traducción al castellano de *Valdés*, con el título “*Derecho y poder* (Deber jurídico y validez jurídica), en *Welzel* (nota 16), pp. 201 y ss. de la ed. de B de F- y pp. 297 ss. (traducción al castellano de *Valdés*, con el título “*Ley y conciencia*”, en

Welzel (nota 16), pp. 217 y ss. de la ed. de B de F); y las contribuciones posteriores para los *Libros Homenaje a Henkel* (“*Das Recht als Gemeinschaftsordnung*”, 1974) y *Schaffstein* (“*Recht und Sittlichkeit*”, 1975).

* *NdT*: Expresión griega que podemos traducir como “temprana falsedad”.

¹⁰⁹ *Welzel* se refiere directamente al libro “*Gerechtigkeit*” de Emil *Brunner*, aparecido en 1943; *Brunner* se convirtió posteriormente en fuente principal de la jurisprudencia, de inspiración iusnaturalista, del Tribunal Supremo Federal.

¹¹⁰ 1ª ed. p. 182. Cfr. también el artículo aparecido en 1953 “*Naturrecht und Rechtspositivismus*” (*Welzel*, *Abhandlungen zum Strafrecht* [nota 7], pp. 274, 275 s.; traducción pp. 177, 178 y ss.).

¹¹¹ *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, 4ª ed. 1962 (nota 43), p. 182.

¹¹² *Welzel*, *Abhandlungen zum Strafrecht* (nota 7), pp. 118 s. (“*Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht*”; cfr. también loc. cit. pp. 104 s., 113 (ambas referencias corresponden a “*Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht*”), 190 (“*Persönlichkeit und Schuld*”). Claro está que no se puede pasar por alto, que *Welzel* se limitó a postular una metafísica realista, sin ofrecer un concepto elaborado – más allá de ciertos fragmentos-.

¹¹³ Loc. cit. p. 84; cfr. también pp. 86 s. (ambas referencias corresponden a “*Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht*”).

¹¹⁴ Cfr. loc. cit. pp. 86 n. 74, 87 n. 74, 118 s. (todas las referencias corresponden a “*Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht*”).

“síntesis de realidad y valor buscada” es indiscutible.¹¹⁵ Pero en su crítica al Derecho natural del año 1951 argumenta *Welzel*, inequívocamente, a partir de una posición de separación del ser y el deber ser.¹¹⁶ La “naturaleza”, como formuló expresamente *Welzel* con posterioridad (1962), recibe sentido y valor sólo por medio de “proyectos de sentido” humanos, que “son intentos de interpretación del deber ser trascendente en el aquí y ahora de la situación histórica”¹¹⁷. Se renuncia con ello también a una metafísica realista como postulado,¹¹⁸ pareciendo no estar ya demasiado lejos la posición de un positivismo escéptico.¹¹⁹ Pese a todo, no es ésta la última palabra de *Welzel*. Por mucho que insiste tanto en la necesidad de un orden coactivo, de la misma forma permanece su intención principal: poner de manifiesto límites normativos al dictado del Derecho, esto es, mostrar una contraposición a un positivismo relativista à la Kelsen o *Radbruch*.¹²⁰ Lo ejemplar de este esfuerzo radica en que, por un lado, no retrocede tras la ilustración neokantiana en la filosofía práctica¹²¹ – el deber ser se sustrae a una prueba

¹¹⁵ Loc. cit. p. 87 n. 74; cfr. también p. 86 (todas las referencias son a “Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht”).

¹¹⁶ Como se señaló con anterioridad (más arriba en n. 39 ss.), también el temprano artículo “Über Wertungen im Strafrecht” (*Welzel*, *Abhandlungen zum Strafrecht* [nota 7], pp. 23 ss.) parte claramente ya de una separación semejante.

¹¹⁷ *Welzel*, *Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht* (nota 13), p. 242; *Welzel*, *Abhandlungen zum Strafrecht* (nota 7), pp. 355 ss., especialmente p. 357 (“Vom Bleibenden und vom Vergänglichem in der Strafrechtswissenschaft”).

¹¹⁸ *Tjong*, *ARSP* 1968, 411 (423 habla de que *Welzel* pasó de un punto de vista fenomenológico-realista a un idealismo crítico.

¹¹⁹ En el acentuamiento de la necesidad de positividad se acerca *Welzel*, en cuanto interpreta la teoría del Estado de Hobbes como una “justificación iusnaturalista del derecho positivo” (*Welzel*, *Abhandlungen zum Strafrecht* [nota 7], p. 281 – “Naturrecht und Rechtspositivismus”, traducción, pp. 187-188), a *Radbruch* que, por lo demás, es valorado más bien de forma crítica, *Radbruch*: “La contingencia de los contenidos valorativos materiales del Derecho hace necesaria la positividad del mismo” (*Welzel*, *Abhandlungen zum Strafrecht* [nota 7], p. 282 – “Naturrecht und Rechtspositivismus”, traducción, pp. 191-192). Cfr. sobre ello, también, “Macht und Recht”, donde se invoca la antropología pauliana para el carácter de poder irrenunciable para el Derecho (*Welzel*, *Abhandlungen zum Strafrecht* [nota 7], pp. 289 s., traducción pp. 203-204); de forma similar, Libro Homenaje a *Schaffstein* (“Recht und Sittlichkeit”, n. 108), pp. 45, 47 ss.; Libro Homenaje a *Henkel* (n. 108 – “Das Recht als Gemeinschaftsordnung”, pp. 11, 12 s., 14 s.).

¹²⁰ Cfr. *Welzel*, *Abhandlungen zum Strafrecht* (nota 7), pp. 274 ss. (“Naturrecht und Rechtspositivismus”, traducción pp. 177 y ss.); *An den Grenzen des Rechts* (nota 13), pp. 23 ss. (traducción pp. 162 y ss.).

¹²¹ *Welzel* siempre quiso mantener su crítica a la teoría neokantiana del conocimiento realizada en su escrito de

intersubjetiva concluyente¹²² –; por otro, en su teoría de la democracia, llama la atención sobre dos conceptos muy discutidos posteriormente: la legitimación del Derecho por el discurso racional práctico,¹²³ por un lado; la legitimación por el procedimiento, por otro.¹²⁴ *Welzel* no oculta, claro está, el salto de la “justicia del procedimiento” del discurso a los criterios de corrección de un orden social con contenido. Y tampoco cree que pueda legitimarse el procedimiento sin principios de justicia procedimentales y de contenido.

Si los contenidos valorativos materiales del Derecho no son cognoscibles objetivamente – “ninguno de nosotros estuvo en el consejo de los dioses, donde se decidió la tabla de lo correcto y lo justo. Tampoco nadie puede echar un vistazo en el “desarrollo histórico” correcto, ni como “filósofo teleológico de la historia” ni como “diálico”¹²⁵ –, entonces la vinculatoriedad obligante del Derecho sólo puede demostrarse de manera indirecta. *Welzel* elige para ello la vía de una combinación de reflexiones pragmáticas y de teoría del conocimiento, en cuanto pregunta por las consecuencias de la negación del “deber ser” en general. Si no hay valores que obligen a los hombres, entonces “la violencia mutua” es una posibilidad actual continua”: el puro poder no se ve impedido – se quiere decir con toda probabilidad: normativamente – de excluir a los que no estén conformes, sin limitación.¹²⁶ Al mismo tiempo, así pensaba *Welzel*, un nihilismo valorativo teórico niega sus propios presupuestos, pues la pretensión de quien niega el deber ser de hacer una afirmación racional está unida a la obligación de verdad como presupuesto de una afirmación racional.¹²⁷ Este método

Habilitación (*Welzel*, *Abhandlungen zum Strafrecht* [nota 7], pp. 71 ss. – “Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht”), como muestran las formulaciones en *An den Grenzen des Rechts* (nota 13), p. 22 (traducción p. 161), de que el carácter insoslayable de la diferencia básica entre ser y deber ser es complementariamente independiente del destino de la teoría neokantiana del conocimiento.

¹²² Por ejemplo *Welzel*, *Abhandlungen zum Strafrecht* (nota 7), pp. 281 s. (“Naturrecht und Rechtspositivismus”, traducción pp. 190 y ss.); *An den Grenzen des Rechts* (nota 13), pp. 27 s. (traducción pp. 168 y ss.).

¹²³ Remito simplemente a *Habermas*, “Wahrheitstheorien”, *Wirklichkeit und Reflexion*, Libro Homenaje a Schulz (1973), pp. 211 ss.

¹²⁴ *Luhmann*, *Legitimation durch Verfahren*, 2ª ed. 1975.

¹²⁵ *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, 4ª ed. 1962 (nota 13), p. 242 (traducción pp. 254-255).

¹²⁶ *An den Grenzen des Rechts* (nota 13), p. 29 (traducción p. 171) remitiendo a *Ryfel*; ya antes *Welzel*, *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, 4ª ed. 1962 (nota 13), pp. 251 s. (traducción pp. 264 y ss.). Ya en el artículo “Persönlichkeit und Schuld” (1941) había destacado *Welzel* el “deber ser” como un “presupuesto biológico vital” del hombre (*Welzel*, *Abhandlungen zum Strafrecht* [nota 7], pp. 189 ss.).

¹²⁷ *An den Grenzen des Rechts* (nota 13), p. 29 (traducción pp. 171-172). Discutible sigue siendo aquí, claro está, si la argumentación no se fundamenta en una confusión del valor de verdad teórico y práctico; sobre ello *Engisch*, *ZStW* 78

indirecto en las cuestiones metafísicas es característico de *Welzel*: una y otra vez recuerda que también quienes niegan la metafísica están obligados a partir de presupuestos metafísicos implícitos si su sistema expositivo debe tener sentido.¹²⁸ Por la autonegación a la que lleva un escepticismo valorativo radical, hay que presuponer un deber ser trascendente como parte del Derecho, pero no axiomáticamente, debido a su contenido.¹²⁹ Correlato de semejante deber ser trascendente es el hombre dotado con razón y conciencia, como persona responsable, obligada por el deber ser.¹³⁰ La dignidad de la persona, que se sigue de esta responsabilidad, que tiene que llevar a respetar la dignidad del prójimo, es, así, condición mínima de la validez de todos los proyectos de sentido que han tomado forma en los distintos ordenamientos jurídicos.¹³¹

¿Mas, qué significa esto práctica y concretamente? En primer lugar, por un lado, que la discusión sobre la configuración de la vida humana en común debe permanecer abierta, y, ciertamente, de forma institucionalizada. Esta consideración lleva a *Welzel* – como podría formularse hoy – a una fundamentación “de teoría del discurso” de la democracia. *Welzel* ve claramente las dificultades de una organización democrática de la política, precisamente tras las exageraciones de las decisiones democráticas por las instituciones de la democracia directa en la época de Weimar.¹³² Sobre todo, sin embargo, tiene en cuenta en serio el problema, frecuentemente despreciado en la teoría de la

democracia, de que también el poder democrático disminuye el problema de la obligatoriedad del ordenamiento jurídico para aquellos que disienten sólo estadísticamente, pero no en sus aspectos fundamentales.¹³³ El valor de la democracia se basa, más bien, en que es la forma de Estado en la que la contienda intelectual sobre la ordenación social correcta no está ya decidida de antemano. De ahí se deriva para *Welzel* que aquél que sólo utiliza de forma incorrecta los derechos democráticos para destruir la “sociedad abierta”, pierde estos derechos; tiene aquí presente el destino de la República de Weimar.¹³⁴

Hay que practicar la tolerancia en la democracia, pero sólo de forma que sean posibles correcciones cuando la discusión política ha llevado a un cambio en las relaciones de las mayorías y del poder. También la configuración del contenido del orden respectivo debe tener en consideración a los disidentes en la forma de limitar las regulaciones a un “mínimo ético”. Con el ejemplo del matrimonio: “La ordenación jurídica del matrimonio según el principio de la igual legitimación de los cónyuges no impide a los matrimonios convivir según principios patriarcales; el matrimonio civil obligatorio excluye el matrimonio religioso tan poco como el hecho de que la separación civil esté permitida en determinados casos impide a los matrimonios permanecer en la indisolubilidad del mismo”.¹³⁵

Se cierra así el círculo de una teoría jurídica democrático-liberal, cuyos principios superiores son la tolerancia y la dignidad humana. Estos principios los vio *Welzel* amenazados por el fanatismo del absolutismo de los valores tanto como por un nihilismo valorativo sin freno.¹³⁶ Ambos peligros cree poder conjurarlos, directa o indirectamente, por el conocimiento de la razón. Dignidad humana y tolerancia, claro está, son simplemente límites y puntos finales de los proyectos de sentido que se condensan en los ordenamientos jurídicos. Tienen que ser, al mismo tiempo, respuestas a las cuestiones de un mundo cambiante, de forma que, por ejemplo, no puede quedar fuera de consideración que

(1966), 518; *Loos*, Zur Wert- und Rechtslehre Max Webers, 1970, pp. 86 s. (especialmente n. 113).

¹²⁸ Cfr. sobre el problema de la libertad de la voluntad *Welzel*, Abhandlungen zum Strafrecht (nota 7), pp. 202 ss. (especialmente p. 205 n. 47 –“Persönlichkeit und Schuld”), 358 ss. (especialmente p. 358 n. 41 –“Vom Bleibenden und vom Vergänglichlichen in der Strafrechtswissenschaft”); Libro Homénaje a Engisch (1969), pp. 91 ss. (“Gedanken zur Willensfreiheit”; existe traducción al español de *Mir*, con el título, “Reflexiones sobre el libre albedrío”, publicado en el Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Tomo XXVI, fasc. II, mayo-agosto, 1973, y en *Welzel* [nota 13], pp. 31 y ss., a la que corresponde la cita).

¹²⁹ *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, 4ª ed. 1962 (nota 13), pp. 239 s. (traducción pp. 251 y ss.); An den Grenzen des Rechts (nota 13), pp. 29 s. (traducción pp. 171 y ss.); *Welzel*, Abhandlungen zum Strafrecht (nota 7), pp. 355 ss. (“Vom Bleibenden und vom Vergänglichlichen in der Strafrechtswissenschaft”).

¹³⁰ *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, 4ª ed. 1962 (nota 13), pp. 239 s. (traducción pp. 251 y ss.); An den Grenzen des Rechts (nota 13), pp. 29 s. (traducción pp. 171 y ss.).

¹³¹ *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, 4ª ed. 1962 (nota 13), pp. 239 s. (traducción pp. 251 y ss.); An den Grenzen des Rechts (nota 13), pp. 29 s. (traducción pp. 171 y ss.).

¹³² *Welzel*, Abhandlungen zum Strafrecht (nota 7), pp. 241, 246 ss. en su clase de filosofía del Derecho hacía referencia *Welzel* a la votación popular sobre el plan Young – (las referencias corresponden a “Über die etischen Grundlagen der sozialen Ordnung”).

¹³³ *Welzel*, Abhandlungen zum Strafrecht (nota 7), pp. 294 s. (“Macht und Recht”, traducción pp. 210 y ss.); An den Grenzen des Rechts (nota 13), p. 27 (traducción pp. 168-169).

¹³⁴ *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, 4ª ed. 1962 (nota 13), pp. 251 s. (traducción pp. 265 y ss.).

¹³⁵ *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, 4ª ed. 1962 (nota 13), pp. 252 s. (traducción pp. 266 y ss.).

¹³⁶ Que ejemplificase el peligro del absolutismo de los valores sobre todo con un catolicismo autoritario (cfr. *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, 4ª ed. 1962 (nota 13), pp. 249 ss., especialmente p. 251 n. 27 –traducción, pp. 262 y ss., especialmente pp. 264-265 n. 29), mientras veía la esencia de la doctrina de *Marx*, sobre todo, en una teoría de la ideología que destruye la razón (loc. cit. pp. 192 ss. – traducción, pp. 200 y ss. –; cfr. también loc. cit. p. 200 – traducción, pp. 208-209 –: “La ley marxista de la historia se sitúa, funcionalmente, en el mismo lugar que en “la ideología burguesa” tomarían el ‘Derecho natural’ y los ‘derechos del hombre’”) se explica desde la concreta situación de la discusión en 1962.

matrimonio y familia no sólo son comunidades de producción, sino también de consumo.¹³⁷ Encontrar estas respuestas sólo está a disposición de la razón y conciencia del hombre.¹³⁸

VI.

Aquí sólo podía tratarse de destacar – la elección es seguramente subjetiva – un capítulo especialmente importante de la amplia obra vital de un gran jurista. Muchas cuestiones sólo podían insinuarse, como la larga afinidad vital con los grandes juristas de la ilustración alemana, desde *Pufendorf* hasta *Kant*, en cuya estela *Welzel* se sabía. De muchas cuestiones, como su teoría de la pena y del Derecho penal, así como su teoría de la culpabilidad, apenas se ha dicho prácticamente nada. Con mayor razón no podía tratarse de una valoración concluyente en cualquier sentido: para ello sus planteamientos de los problemas son todavía demasiado actuales para nosotros. Por otro lado se pone de manifiesto también en la obra de *Welzel* que precisamente los temas todavía temporalmente próximos, podían ser extraños para la generación siguiente; así, los ejemplos concretos que *Welzel* elige en sus investigaciones filosófico-jurídicas sistemáticas sólo son comprensibles desde el trasfondo histórico de la preocupación por la influencia de un Derecho natural catolizante autoritario, una preocupación que, en todo caso en esta forma, ya no es la nuestra. Y, finalmente, no es fácil una valoración para quien, siempre, está bajo el influjo de un gran maestro.

¹³⁷ *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, 4ª ed. 1962 (nota 13), p. 245 (traducción p. 258).

¹³⁸ *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, 4ª ed. 1962 (nota 13), pp. 244 s. (traducción pp. 257 y ss.)- También en las cuestiones del orden social correcto ve *Welzel* una vinculación por “estados de cosas del ser”, que “acotan el marco de posibles proyectos de sentido” y “también les dotan de contornos en cuanto a su contenido” (loc. cit., p. 244 – traducción p. 257). Menciona los tres aspectos de la “necesidad física”, “la diferencia de sexos” y la “socialidad”, que exigen un orden institucional según “propiedad”, “matrimonio” y “Estado” (loc. cit., pp. 244 s. – traducción pp. 257 y ss.). Con ello se hace referencia, claro está, a que cualquier ordenamiento jurídico, si quiere tener pura existencia fáctica, ha de tener en cuenta estos estados de cosas –cualquiera que sea la forma en que lo haga en relación con su contenido (loc. cit., p. 244, traducción p. 257). Aquí existe un paralelismo con el “concepto mínimo de Derecho natural” de H. L. A. *Hart* (*The Concept of Law*, New York/London 1961, pp. 189 y ss.; existe traducción castellana de Genaro R. Carrió, con el título, *El concepto de derecho*, reimpresión de la 2ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1990, pp. 239 y ss.), que, probablemente, también trata en primer lugar la cuestión (empírica) de las condiciones fácticas de vigencia de un ordenamiento jurídico.

Habermas, Facticidad y validez*

De Prof. Dr. Fritz Loos, Gotinga

I.

Bajo el título “Facticidad y Validez” *Jürgen Habermas* presenta una filosofía del Estado y del Derecho sistemática, que debe entenderse como el fruto de sus aportes a esa área temática desde la primera gran publicación “La transformación estructural de la vida pública” (1962)^{NTr}. Al respecto la facticidad y validez del Derecho o más bien dicho en el Derecho plantean al menos tres problemas que son abordados en este trabajo. Según una fórmula, que fue (al menos también) utilizada por el filósofo del Derecho *Welzel* (1904-1977), en el Derecho la existencia forma parte de la esencia del Derecho; en razón de su función de protección el Derecho debe tener un poder fácticamente efectivo, si quiere ser válido, legítimo, sin que con ello se agoten los requisitos de legitimación. En tal sentido *Habermas* habla de una tensión interna entre facticidad y validez. Sin embargo, la validez del Derecho también debe dar resultado en la tensión externa con los poderes fácticos de la economía y la burocracia. Finalmente en la investigación de *Habermas* se cruzan, de distintos modos, la perspectiva empírica y normativa.

La siguiente exposición (I.) se ciñe a la estructuración en nueve capítulos de este extenso libro. Así pretende ofrecer también una ayuda para la lectura del mismo, con lo cual armoniza la intención de dar, en lo posible en muchas ocasiones, la palabra al autor *Habermas*. Se opta por este camino porque *Habermas* no facilita las cosas al lector. Esto porque utiliza el estilo expositivo que *Karl Löwith* constató en *Karl Marx* y *Max Weber*, que hace surgir la posición propia a través de la extensa exposición de y polémica con otros autores. Así la obra está repleta de referencias abiertas, semilataentes y latentes a tesis y temas de, por supuesto, la filosofía del Derecho contemporánea, pero también de la filosofía analítica y de la teoría de la ciencia, de la sociología sistémica y de la ciencia política. Para el jurista especializado resulta admirable la competencia del no-jurista *Habermas* en el Derecho constitucional y en la metodología jurídica y su elaboración teórico-jurídica, aunque seguramente se podrá discrepar sobre la selección de los autores citados. En general, mediante este procedimiento, se hace patente la

* Al mismo tiempo recensión de *J. Habermas*, Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats [Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso], Suhrkamp: Frankfurt 4ta ed. 1992. Originalmente publicado en: *Geschichte und Gesellschaft* 21 (1995) 140-156. - Traducción por Dr. Rodrigo Aldoney Ramírez, LL.M. Friburgo de Brisgovia, Universidad Alberto Hurtado, Santiago de Chile.

^{NTr} Hay traducción al español bajo el título “Historia y crítica de la opinión pública. La transformación estructural de la vida pública”, Barcelona 1981 (G. Gili). Edición original: “Strukturwandel der Öffentlichkeit. Untersuchungen zu einer Kategorie der bürgerlichen Gesellschaft”, 1962.

pretensión de obtener una suma del pensamiento jurídico contemporáneo. Las dificultades resultantes para la lectura sólo se mitigan levemente mediante la artística construcción simétrica de la obra – cada capítulo contiene tres subcapítulos, cuyo objeto se anuncia en las respectivas introducciones; cada final de un capítulo contiene una transición hacia el siguiente.

En consideración a la diversidad de temas tratados incluso una exposición detallada se ve en la necesidad de efectuar una selección con tintes subjetivos. Es por ello que me he decidido por destacar las afirmaciones de contenido jurídico-político,¹ omitiendo en gran medida el análisis de otros autores efectuado por *Habermas* al respecto, y, en cambio, he debido pasar a segundo plano preguntas acerca de la fundamentación filosófica, sobre todo porque el mismo *Habermas* se remite esencialmente a sus trabajos anteriores. Espero que la reducción parcial ayude a la explicación y facilitación de una discusión crítica.

Un análisis crítico (III.) con algunas posiciones adoptadas en el libro siguen a la exposición del mismo (II.).

II.

1. En el prefacio y el primer capítulo se enuncian los temas teóricos centrales de la filosofía jurídica de *Habermas*. Mediante el concepto de la “racionalidad comunicativa” se pretende encontrar una posición que esté, más allá, por un lado, de un “normativismo iusracionalista”, que se ha visto superado, por el fracaso tanto de la filosofía de la historia normativa como de la antropología normativa y, por otro lado, del “mentís de la racionalidad en general”, especialmente en la variante del funcionalismo social-científico de impronta luhmaniana (por ej. p. 17). Bajo puntos de vista funcionales, que, por lo tanto, se incluyen, pero que se pretenden superar por el enfoque desde la teoría del discurso, se entiende que el Derecho positivo representa en la sociedad post-tradicional un complemento necesario a la moral guiada por principios (p. 21). Como guía material actúa la suposición “que bajo el distintivo de una política completamente secularizada el Estado de Derecho no se puede obtener ni mantener sin una democracia radical” (p. 13). Esto se relaciona con la concepción, que señala que la racionalidad comunicativa no es un recurso que indique a los actores qué deben hacer (p. 18), sino que “ofrece una guía [...] para la reconstrucción de aquel entrelazado de [...] discursos formadores de opinión, en el que está asentado el poder democrático ejercido de conformidad al Derecho” (p. 19).

En forma relativamente breve y con referencias a trabajos anteriores *Habermas* aborda los problemas relacionados con la garantía de corrección en los discursos prácticos. Bajo una traslación a la práctica comunicativa cotidiana de las

¹ La ventaja del criterio de selección elegido radica en destacar de manera más nítida el “impulso crítico” que O. Höffe, *Rechtshistorisches Journal* 12 (1993), 70, cuestiona.

“condiciones pragmáticas inevitables”, desarrolladas por Peirce para la práctica argumentativa científica, llega a la conclusión que “en razón de la idea de la exigibilidad de pretensiones de validez criticables” los sujetos que actúan en la comunicación deben llevar a cabo ellos mismos las correspondientes idealizaciones y de ese modo efectúan “anticipaciones trascendentes” en la práctica comunicativa cotidiana (pp. 34 s.).

Esto tiene relevancia para la pregunta de cómo se puede estabilizar un orden social en sociedades modernas. En estas sociedades modernas se han perdido las garantías metasociales para el orden, tal como lo representaban en tiempos premodernos la tradición y el Derecho natural religioso y que fundían facticidad y validez (pp. 40 ss.). “Así se desplaza la carga de la integración social [...] al resultado comunicativo de actores, para los que validez y facticidad, vale decir, la fuerza vinculante de convicciones motivadas racionalmente y la coacción impuesta por sanciones externas, al menos fuera del ámbito de actuación regulados por la el hábito y la costumbre, se separaron incompatiblemente” (p. 43). Es por ello que se deben encontrar normas que, a la vez, ejerzan una coacción fáctica respecto del que actúa en forma estratégico-egoísta y que generen disposición a su acatamiento por su validez legítima, frente a lo cual la incompatibilidad de facticidad y validez no le es desconocida a los actores (pp. 44 s.). La legalidad, que se satisface con su mero acatamiento, y legitimidad, que surge de su capacidad de aprobación, se pueden entrelazar, según *Habermas*, en un “sistema de derechos, que dota las libertades subjetivas de actuación con la coacción del Derecho objetivo” (pp. 45 ss.).

En suma la significación de la facticidad del Derecho no se desplaza esencialmente respecto de la concepción inicialmente recapitulada, de que la existencia pertenecería a la esencia del Derecho por la función de protección: la barrera de comportamiento respecto del que actúa estratégicamente contiene precisamente esa función de protección mediante la estabilización del comportamiento. En cambio, es de una importancia decisiva para lo que sigue, que “las leyes coactivas deben acreditar su legitimidad con leyes libertarias en *el proceso – y solamente por el tipo de proceso – de establecimiento de la ley.*” (p. 50, destacado por el recensista). No cualquier dignidad material, sino que el proceso democrático de establecimiento del Derecho, fundamenta la aceptabilidad racional, vale decir la legitimidad de la norma establecida (p. 51).

En las sociedades modernas, las que en amplios ámbitos sólo deben permitir acciones guiadas por intereses que liberan del motivo por el que se acata la regla, la garantía estatal de la imposición del Derecho, enteramente positivado, debe asegurar la estabilización de las expectativas. Por otra parte, la pretensión de validez exige que el control esencialmente posible de las normas se lleve a cabo en un proceso de legitimación en sí mismo institucionalizado jurídicamente. La fuerza socialmente integradora del Derecho no puede fundarse solamente en decisión, sino que se es fruto de “el pacto que el positivismo del Derecho hace con la pretensión de legitimidad” (pp. 57 s.).

2. El segundo capítulo parte de la constatación, que sociedades modernas “son integradas socialmente no sólo a través de valores, normas y procesos de entendimiento, sino que también a través del sistema del mercado y del sistema de poder utilizado administrativamente” (p. 58). En tal sentido existe una tensión *externa* entre facticidad y validez (p. 52). Según ello “si bien el Derecho nutre su fuerza socialmente integradora, en último término, de las fuentes de la solidaridad social”, también el sistema económico y el sistema administrativo actúan en las formas propias del Derecho (p. 59). Eso conduce a una tensión “entre el idealismo del Derecho constitucional y el materialismo [...] de un Derecho económico, que sólo refleja la desigual repartición del poder social” (p. 60) y a que el Derecho, “en no pocas ocasiones, le otorgue al poder ilegítimo una apariencia de legitimidad”.

A ello se corresponde como un “eco” el acceso empírico al Derecho (p. 60), que contraría la pretensión normativa del Derecho de controlar la economía y la burocracia, mediante una “desmistificación sociológica del Derecho” (p. 61). También acá se trata nuevamente, de no perder el contacto con la realidad social, como le ocurre al normativismo iusracionalista de las teorías filosóficas sobre la justicia, y de no capitular frente a una “realidad que se ha vuelta cínica”, como le ocurre al escepticismo jurídico que desmiente por completo la racionalidad (pp. 61,62). Al “objetivismo radical” (p. 67) de Luhmann, pero también de los estructuralistas, *Habermas* les reconoce que, junto a *Marx* – en tal sentido *Marx* es un padre intelectual de *Luhmann* –, eliminó la carga del normativismo de los teóricos contractualistas de la teoría de la sociedad, como también – en contra de *Marx* – conceptos básicos holísticos y de la historia de la filosofía (p. 65-67). Sin embargo, señala críticamente que, especialmente la sociología sistémica de *Luhmann*, no se condice, de dos maneras, con la realidad. Esta sociología no puede comprender los discursos concebidos normativamente que existen en la realidad jurídica al redefinir las normas en términos de teoría del aprendizaje como estabilización contrafáctica (pp. 68 ss.), ni puede explicar las relaciones realmente existentes entre los sistemas del Derecho, por una parte, y de la burocracia y la economía, por otra, cuando los aísla uno contra el otro bajo la bandera de la autopoiesis (pp. 70 ss). Al contrario, se entiende el lenguaje común y el Derecho (al menos también) accesible por medio del lenguaje común (cfr. p. 108) como requisitos de la “comunicación social global socialmente integradora” (pp. 77 s). Al concepto de justicia de *Rawls Habermas* le reprocha especialmente no tomar suficientemente en serio las resistencias que provienen de las instituciones y sistemas de acción, caracterizadas, a lo menos parcialmente, en forma correcta por la sociología empírica, ni haber tematizado la relación entre el Derecho positivo y la justicia política y con ello la “forma jurídica en sí”, y, a su vez, “la dimensión institucional del Derecho” (p. 88). Como resumen queda: “sin una mirada al Derecho como sistema de acción los conceptos filosóficos permanecen vacíos [...] [sin la] mirada a [...] [el] sentido de la dimensión simbólica [...] la mirada sociológica corre el riesgo de permanecer ciega” (p. 90).

Habermas encuentra una perspectiva comparable en la sociología jurídica comprensiva, que no quiere renunciar a la comprensión de las representaciones de los actores en acción, especialmente también de las representaciones sobre la legitimidad del Derecho y de los órdenes de poder como elementos necesarios en el análisis sociológico (pp. 92 ss.). En tal medida también se debe deducir el contenido normativo del Derecho y de las razones de la legitimidad; en el caso de *Weber*, sin embargo, esto representa, en el marco de una sociología empírica, sólo un estadio transitorio del “análisis causal”, porque el “sentido entendido subjetivamente” representa un factor del suceso real, mientras que la “perspectiva doble” de una “reconstrucción del contenido normativo” de *Habermas* debe “sobrepasar” ya las “fronteras del discurso sociológico del Derecho” ‘desde adentro’ como una “descripción desde afuera” (p. 62).²

3. Los capítulos siguientes tienen por objeto una “reconstrucción racional” de la “autocomprensión de los ordenamientos jurídicos modernos” (p. 109). El tercer capítulo se refiere a que no se puede subordinar el principio democrático al moral y que “la autonomía privada y pública, los derechos humanos y la soberanía popular se presuponen recíprocamente” (pp. 111 s.).

La fundamentación de estas tesis se prepara mediante una crítica, apoyada histórico-dogmáticamente (que analiza tanto la dogmática-jurídica civil como el Derecho ilustrado), al postulado liberal de la primacía de los derechos humanos (pp. 129 s., asimismo p. 123), cuya conclusión contiene el dictamen, que va más allá del origen común de la autonomía privada y pública: “la sustancia de los derechos del hombre se encuentra [...] en las condiciones formales para la institucionalización jurídica de aquel tipo de formación discursiva de la opinión y la voluntad, en el que la soberanía popular cobra forma jurídica” (p. 135).

Habermas ve la relación entre Derecho y moral de un modo tal, “que en el nivel postmetafísico de fundamentación las normas morales y jurídicas se diferencian simultáneamente de la eticidad tradicional” y que entre ambas formas de regulación existe una relación de complementariedad (pp. 135 ss.). De este modo se encuentran juntos, en un mismo nivel, la moral y el Derecho positivo – por cierto sólo el legítimo –, que no debe contradecir la moral (p. 137). La diferencia consiste en que la moral “sólo” es un sistema de símbolos, en cambio el Derecho un sistema institucionalizado de acción (p. 317). Para ambas formas de normas de acción es válido el principio discursivo general: válidas son aquellas normas a las que todos los que puedan verse afectados por ellas pudiesen prestar su asentimiento como participantes en discursos racionales” (p. 138). El principio moral y el principio democrático (como principio de Derecho, p. 142) se diferencian en que según el principio moral sólo vale el criterio de consideración igualitaria de intereses, mientras que el principio de democracia permite formas de acción, que se presentan en forma jurídica y para los cuales resulta suficiente, junto a las razones de lo justo

(en el sentido de la igualdad en el principio moral), también razones de lo bueno y lo adecuado a fin (al respecto lo expuesto sobre el cuarto capítulo).

La referida forma jurídica *Habermas* no la entiende como normativamente necesaria, sino que como componente de una explicación sociológica (p. 143). Enlazando con *Kant* se considera como característico para el Derecho, que, en primer lugar, no se dirige a la libre voluntad sino que al arbitrio, segundo, se refiere a las relaciones externas de las personas y, tercero, está provista de potestades coercitivas (pp. 136, 143 ss.). La razón funcional que guía la necesidad de la forma jurídica es la compensación de los déficit que resultan del desmoronamiento de la moralidad tradicional (p. 145). Las explicaciones funcionales ofrecen también los indicios, que el Derecho alivia al individuo de la carga de la creación de juicios morales (p. 147) y sólo el Derecho pueda formar reglas secundarias, que norman la creación de reglas primarias de conducción de comportamiento (p. 149).

Con la explicación (únicamente) funcional de la forma jurídica, que en *Kant* precisamente tenían (al menos también) el sentido normativo de un aseguramiento (liberal) de la libertad mediante la limitación del Derecho a la legalidad, vale decir, formulaban exigencias a comportamientos externos, las consideraciones efectuadas hasta ahí en el tercer capítulo parecen más bien conducir a un menosprecio de los elementos liberales de los derechos subjetivos. En el lamentablemente poco transparente tercer subcapítulo (pp. 151-65), que probablemente contenga la parte teórica central de la obra (cfr. p. 151), al menos se corrige aquello de tal forma, que el código jurídico, que como tal ya construye libertades subjetivas de acción, se subordina al principio de legitimación de la igualdad de las libertades subjetivas de acción concedidas (p. 153). Luego *Habermas* destaca como “decisivo” que “el principio democrático se deba a un entrelazamiento del principio del discurso con la forma jurídica” (p. 154). Este entrelazamiento se explica como “génesis lógica de derechos” que forman un proceso circular. La reconstrucción de esta génesis “comienza con la aplicación del principio de discurso al – para la forma jurídica como tal constitutivo – derecho a libertades subjetivas de acción en general y finaliza con la institucionalización jurídica de condiciones para el ejercicio discursivo de la autonomía política, con la que se puede configurar jurídicamente en forma retroactiva la autonomía privada, colocada inicialmente en forma abstracta (pp. 154 s.).

Las libertades de acción caracterizadoras del código jurídico son, en primer lugar, los derechos a la mayor medida posible de libertades subjetivas de acción igualitarias, en segundo lugar, derechos igualitarios de pertenencia comprendido como el estatus de ciudadano en el sentido de la nacionalidad, como también, en tercer lugar, derechos fundamentales judiciales (pp. 155 ss.). Eso es lo que caracteriza la autonomía privada. En un paso siguiente se les reconoce, en cuarto lugar, a los sujetos de Derecho la participación con igualdad de oportunidades en procesos de la formación de opinión y de voluntad y con ello la autonomía política (p. 156). Para poder aprovechar esos

² Cfr. al respecto *Loos*, Zur Wert- und Rechtslehre Max Webers, 1970, especialmente pp. 93 y ss.

derechos, se deben conceder, en quinto lugar, condiciones de vida aseguradas (en un sentido social, técnico y ecológico), estos derechos de participación (probablemente mejor derechos de “prestaciones”) están fundados relativamente (p. 157).

La significación central de la autonomía política se demuestra en que el sistema de derechos, especialmente de los derechos subjetivos de acción, requiere de interpretación (p. 159) y no está predado al Derecho constitucional como, por ejemplo, un Derecho natural. También una Constitución, que ya se haya otorgado, está sometida a un cambio continuo en el proceso de la interpretación constitucional (p. 163). Esa relativización de las libertades de acción no se vuelve tampoco menos problemática, porque el código de Derecho que la genera complementa los derechos fundamentales políticos en una forma, que deje al arbitrio de los ciudadanos, si se quieren transformar o no en autores del autootorgamiento conjunto de leyes (p. 164).

4. En el cuarto capítulo *Habermas* aborda las consecuencias estatales. “El Estado se hace necesario como poder sancionatorio, organizativo y ejecutivo, porque los derechos se deben realizar, porque la comunidad jurídica requiere tanto de una fuerza que establezca su identidad como también de una jurisprudencia organizada y porque de la formación de la voluntad política surgen programas que deben ser implementados” (p. 168). A diferencia del constitucionalismo alemán que espera del Estado de Derecho el aseguramiento de la autonomía privada y de la igualdad jurídica de los ciudadanos, la fundamentación del Derecho en la teoría del discurso no le asigna *legitimidad* al Derecho y al ejercicio del poder político sobre la base de la forma jurídica y al contenido jurídico sino por *el procedimiento de establecimiento del derecho* (p. 169). Enlazando con la diferenciación de Hannah Arendt entre violencia (que obliga a terceros) y *poder comunicativo*, que surge de la capacidad a una actuación conjunta consensuada (pp. 182 ss), se ordena el poder, determinado de ese modo, del lado del Derecho y se determina el Derecho como “el medio a través del cual el poder comunicativo se transforma en administrativo” (p. 187).

El acuerdo necesario para el poder comunicativo se genera en distintos discursos (pp. 187 ss.). La diferenciación de *Habermas* en discursos pragmáticos, éticos y morales³ se ha considerado por comentaristas del libro como más bien un desarrollo desconcertante de la teoría de los discursos prácticos.⁴ En el *discurso moral* se trata del valor de la justicia que reclama “validez absoluta”, las normas morales resisten el test de universalización (p. 190). El *discurso ético-*

³ La distinción había sido preparada en *Habermas*, Vom pragmatischen, ethischen und moralischen Gebrauch der Vernunft, en: el mismo, Erläuterungen zur Diskursethik, 1991, pp. 100 ss.

⁴ Cfr. *Dreher*, op. cit., pp. 101 ss., con referencia también a la reseña de Teubner (Frankfurter Rundschau del 11 de noviembre de 1992), que gira prácticamente en forma exclusiva en torno a la relación de los diversos discursos entre sí.

político determina los valores de validez solamente relativa, de los cuales surge la identidad de un grupo – aplicable especialmente al pueblo de un Estado –, aquí deciden argumentos “que explican la autocomprensión de nuestra forma histórica de vida que nos ha sido transmitida” (pp. 187 s.). *Habermas* explica la diferenciación mediante preguntas jurídicas prácticas. Representan objetos que deben ser valorados moralmente en el ámbito del Derecho penal, por ejemplo, el aborto, los tipos penales de prescripción⁵ y en el ámbito del Derecho procesal penal la prohibición de ciertos medios de obtención de pruebas⁶, pero también los principios de distribución de “la riqueza social”, en la medida que se vean afectadas “chances de vida y sobrevivencia en general”, en el Derecho social y tributario o en la organización del sistema escolar o de salud (p. 204). En cambio tienen su lugar en los discursos ético-políticos “preguntas de la cultura política”, para lo cual *Habermas* ejemplifica con “preguntas ecológicas de la protección del medio ambiente y de las especies animales, de la planificación vial y urbanística”, pero también de la “política de inmigración [y] de la protección de minorías culturales y étnicas” (ibid.). Esta diferenciación, que me parece convincente⁷, tiene un gran parecido con la distinción entre justicia y utilidad como elementos de la idea jurídica en la filosofía del Derecho de *Gustav Radbruch*, quien entiende por principios de justicia aquellos referidos a la igualdad (humana) y, especialmente, en las complementaciones luego del nazismo y de la segunda guerra mundial, los derechos humanos elementales, mientras que en el caso de la utilidad se trata de ideales políticos. Al respecto también *Radbruch* reclama para la justicia la pretensión de validez absoluta, mientras que restringe su tan reprendido relativismo a las preguntas sobre la “utilidad”.⁸

En cambio los discursos pragmáticos para la averiguación de los medios (empíricamente) aptos para alcanzar finalidades establecidas en razón de intereses existentes o de valoraciones, están, por lo tanto, al servicio de la racionalidad instrumental en el sentido establecido por *Max Weber* (p. 197 s.). Que su relevancia política sea de consideración, lo demuestra la controversia sobre la expertocracia. Los resultados obtenidos en los distintos discursos y nego-

⁵ La referencia a tipos penales de prescripción – sin perjuicio de la denominación más bien poco común para un penalista – es en esa forma acertada más bien oscura; sospecho que *Habermas* piensa en la imprescriptibilidad del asesinato incorporado al Derecho vigente, especialmente en relación al genocidio nacionalsocialista, lo que daría un buen, al menos discutible, sentido.

⁶ *Habermas* debe estar pensando en la prohibición de la tortura y otros métodos de obtención de prueba que lesionan la cualidad de sujeto del imputado consagrados en el § 136a de la Ordenanza Procesal Penal.

⁷ Más cauto *Dreier*, p. 102.

⁸ Precisamente en este contexto es lamentable, que *Habermas* no analice en ninguna parte la filosofía de *Radbruch*, tan influyente aun entre los juristas; se podría haber facilitado de esa manera la conexión de argumentaciones jurídicas a la presente obra.

ciaciones para alcanzar compromisos se implementan, finalmente, en acuerdos en forma y lenguaje del Derecho, respecto de lo cual *Habermas* destaca la necesidad de una uniformidad del Derecho por razones de la seguridad jurídica (p. 207).

El capítulo concluye en la individualización de los principios del Derecho, que están destinados a evitar una “instrumentalización del Derecho para la utilización estratégica de Derecho” (pp. 208 ss.). Estos principios son, en primer lugar, la soberanía popular (con los principios derivados del parlamentarismo, el principio de las mayorías, el pluralismo político, lo que quiere decir asegurar la existencia del espacio público en forma autónoma, competencia entre partidos); en segundo lugar, el aseguramiento de una protección jurídica completa, que presupone una vinculación de la administración de justicia al Derecho vigente; en tercer lugar, la legalidad de la administración (con preeminencia y reserva de la ley, como también la prohibición de la arbitrariedad). En tal sentido se acogen, en cuanto resultado, los principios recogidos en la configuración de la Constitución y, en el mejor de los casos, se colocan en una relación de fundamentación con base en la teoría del discurso (cfr. p. 217). A diferencia de lo anterior, el cuarto principio es nuevo y consiste en la reinterpretación de la separación burguesa-(económico) liberal del Estado de la sociedad en una “garantía de una autonomía social”, la que “otorga iguales oportunidades para hacer uso, como ciudadano de un Estado, de [los] derechos políticos de participación y de comunicación” (p. 215). Este tema se retoma especialmente en el octavo capítulo, que trata de la “sociedad civil”. En este contexto se debe situar también la, eso sí, probablemente reductiva, crítica (pp. 226 ss.) al conocido dictamen de Carl Schmitt, que el pueblo “no puede discutir, [sino que] solamente aclamar, elegir y decir si o no a las preguntas que se le presentan”,⁹ como también la problemática, que se retoma en el noveno capítulo, en cuanto a cómo se puede compensar mediante procesos de participación la circunstancias que se mine la tradicional división de poderes por el hecho que la administración en forma creciente ya no está ligada por Derecho de rango legal (concepto clave: la sustitución de programas condicionales por instrumentales) (pp. 229 ss.).

5. En el quinto capítulo *Habermas* analiza como se pueden colocar en una relación adecuada facticidad y validez en la aplicación del Derecho especialmente por los tribunales. Se debe aclarar cómo se pueden garantizar “simultáneamente seguridad jurídica y corrección” (p. 244), a través del aseguramiento tanto de la consistencia con el Derecho positivo, vale decir con las leyes y los precedentes judiciales, como de la aceptabilidad racional (p. 243). Las soluciones de

las diversas teorías del método del Derecho tradicionales se declaran como insatisfactorias: la hermenéutica basada en la relación con la tradición cultural ya no puede ser un fundamento en una sociedad pluralista; el “legal realism” que pretende dar un pronóstico en razón de cargar en la cuenta de los prejuicios ideológicos dominantes, desatiende la función de la seguridad jurídica,¹⁰ la teoría de interpretación positivista, si bien acentúa correctamente la necesaria vinculación con el Derecho positivo en razón de la seguridad jurídica, no es capaz de otorgar criterios de seguridad jurídica en casos en los que no existe una decisión previa clara a nivel legal o jurisprudencial (pp. 244 ss.).¹¹

Cómo *Habermas* entiende una solución de la problemática, consistente en cómo una decisión judicial concreta puede garantizar tanto la seguridad jurídica como también la corrección normativa (en ambos sentidos al menos cercanamente), en base a la teoría de los discursos, no le queda muy claro a este comentarista. Si entiendo bien a *Habermas*, él parte de la base que, para la situación judicial, es típico la *indeterminación* de las normas jurídicas a aplicar, que sólo en casos excepcionales están a disposición reglas, en el sentido de *Dworkin*, como descripciones típicas suficientemente especificadas, que permitan una decisión sí/no (p. 266; cfr. también p. 249). Que esta suposición sea correcta, es muy cuestionado entre juristas, pero puede quedar en este momento pendiente.¹² En el caso de indeterminación me parece que *Habermas* pretende levantar, en contra de la posición de *Dworkin*, que ve como posible una *solución única correcta* establecida por el juez sobre la

¹⁰ *Habermas* junta acá “legal realism” con jurisprudencia de intereses y escuela libre del Derecho (p. 246). Al menos respecto de la jurisprudencia de intereses original (*Philipp Heck*), que exige ‘obediencia reflexiva’ frente a la ley, no se puede soslayar la relación con el positivismo (al respecto a continuación en el texto). La escuela del Derecho libre seguramente desatiende la función de seguridad jurídica, pero no pretende pronosticar decisiones, si no que propaga el fortalecimiento de la decisión judicial irracional. También habría que aclarar, si el “legal realism” no tiene en vista la perspectiva de decisión del juez o no más bien la perspectiva del abogado en base a una sociología judicial.

¹¹ *Kelsen*, a quien *Habermas* cita junto a H.L.A. Hart, habla, en tal sentido, de una discrecionalidad jurídico-política del juez que no se puede fundamentar racionalmente.

¹² Sólo sea dicho que la función del Derecho de entregar seguridad en el comportamiento y en las expectativas, sólo se abarca incompletamente, cuando se analiza sólo desde la perspectiva de los casos controvertidos ante los tribunales, lo que no tematiza *Habermas*. El Derecho, en tal sentido, precisamente se puede confirmar también mediante la negativa en convertir relaciones sociales reguladas jurídicamente en objetos en disputa judicial, a pesar del descontento que exista con aquellas, porque no existe motivo para estimar que se tendrá éxito al encargar a los tribunales que se ocupen de ellas. También el lego jurídico se le ocurrirán al respecto ejemplos del Derecho tributario, laboral o del funcionario público o del derecho del tránsito.

⁹ Por supuesto que *Habermas* tiene razón en contra de Schmitt, en cuanto a que se le debiera quitar al pueblo, en términos generales, la posibilidad de discutir. *Schmitt* se refiere, por cierto también, a la, si se quiere, dificultad técnica de alcanzar compromisos en procedimientos plebiscitarios, que no debieran marcarse, sin más, con el estigma de “estratégico”, a lo que tiende *Habermas*.

base de principios deontológicos encontrados en forma solipsística, la sospecha de Derecho natural.¹³ Por otra parte el discurso jurídico de aplicación del Derecho no se puede “mover en el universo herméticamente cerrado del Derecho vigente”, sino que se debe abrir a “las razones pragmáticas, éticas y morales unidas en la pretensión de legitimidad de las normas jurídicas” (pp. 282 s.), sin, eso sí, conducir a una “subordinación del Derecho a la moral” (p. 296). Que decisiones no se tomen en forma monológica, sino que en razón de discursos, no garantiza la seguridad jurídica (ello presupondría precisamente la unanimidad entre todos los sujetos de Derecho, que no existe), ni elimina *a priori* la sospecha de una ideologización (p. 274). La conclusión parece residir en que los procesos judiciales se deben institucionalizar de tal manera que permitan discursos jurídicos al menos entre los jueces – aunque sea entre las diversas instancias judiciales – (pp. 288 ss.) y, de esa forma, permitan “esfuerzos cooperativos para debilitar sospechas de ideologización” (p. 274).

6. El sexto capítulo sobre el rol de la justicia constitucional persigue el fin de contrarrestar excesos de la administración de justicia en ámbitos de competencia del legislador. Al respecto a *Habermas* le importa, a su vez, asegurar indirectamente la vinculación a la ley por parte de la administración (p. 292). Por cierto se puede arribar a desequilibrios en el sistema de división de poderes también por medio de excesos de otras instancias decisorias. Pero, sin lugar a dudas, precisamente se puede constatar en los últimos años un cambio de peso a favor del Tribunal Constitucional; esto se debe, en parte, al propio tribunal, que se ha alejado crecientemente del principio del “judicial self-restrain”, en parte, sin embargo, también a que se ha colocado reiteradamente al tribunal en un árbitro en asuntos políticos. *Habermas* no expone el problema por su actualidad. En realidad tampoco le interesa la tradicional (liberal) división de poderes, sino que la influencia del “poder generado comunicativamente”, respecto de lo cual parece suponer, que el legislador está más abierto a esta influencia que los otros “poderes” (p. 295). Es por ello que propone, entrar en una discusión sobre la posibilidad de radicar la pregunta del control abstracto de normas, o sea la aclaración de la pregunta en torno a la constitucionalidad de una ley sin que ello signifique una cuestión previa en una disputa jurídica concreta, en una comisión parlamentaria en vez del Tribunal Constitucional (pp. 295 ss., 319), todo esto, en razón de la “asimetría en el entrelazado de los poderes” aconsejable desde la teoría del discurso (p. 295).¹⁴

¹³ *Habermas* acentúa, eso sí, que la posición dworkiana se podría defender en una versión basada en la teoría del discurso (p. 292).

¹⁴ Las dudas en contra de esta propuesta, planteada, eso sí, en forma muy cuidadosa por *Habermas*, surgen de la entonces resultante división de la competencia para resolver cuestiones de constitucionalidad. *Habermas* desconoce que, incluso en el caso de recursos de constitucionalidad, la unificación jurídica y la autorreflexión de la judicatura (p. 294) representan sólo una parte de la, naturalmente también

El problema de la indeterminación del Derecho se agudiza por cierto en la aplicación a la Constitución, que a lo sumo presenta reglas en su parte referida a la organización del Estado, pero que en la parte referida a las garantías constitucionales en su gran mayoría sólo contiene principios que deben ser delimitados entre sí (pp. 293 s.). A ello se añade que al agregarse el principio del Estado social al principio liberal se conmueve una vez más la arquitectura constitucional tradicional: las garantías constitucionales ya no se conciben sólo como derechos de defensa referidos al Estado, sino que las reglas derivadas de éstos sobre la relación de los ciudadanos entre ellos y los requerimientos de prestaciones y regulaciones por medio del Estado han llevado al desarrollo de normas fundamentales constitucionales objetivas para todos los ámbitos del Derecho (pp. 299 ss). *Habermas*, que al respecto resume el desarrollo en Alemania y en los Estados Unidos, debe apreciar en esto no sólo un peligro para la tradicional división de poder (véase más *supra*), sino que para la primacía de la legislación, conveniente desde la perspectiva de la teoría del discurso para protección de la autonomía de los ciudadanos (véase *supra*; por ej. pp. 301, 309). Es por ello que *Habermas* se dirige en contra de la “teoría del orden valorativo” desarrollada por el Tribunal Constitucional (pp. 309 ss). Él ve un error teórico fundamental en que acá se estarían recepcionando las éticas de los valores y los bienes (por ejemplo en el sentido de *Scheeler-Hartmann*) y, de ese modo, el Tribunal Constitucional no estaría aludiendo en su discurso constitucional únicamente a derechos (fundamentados deontológicamente) o “principios como la dignidad humana, solidaridad, autorrealización o autonomía” (p. 313), sino que también a bienes tales como la capacidad de funcionamiento de la judicatura o la seguridad del Estado como poder constituido de paz y orden. *Habermas* entra acá en una polémica en contra del Tribunal Constitucional con formulaciones radicales: “Finalmente son sólo derechos, los que pueden ser relevantes en el juego argumentativo” (p. 316) y, más drástico aun: “El Tribunal Constitucional se transforma así, al dejarse llevar por la idea de los valores fijados a la jurisdicción constitucional, en una instancia autoritaria [...] [falta] aquel “muro de protección de incendio”, que se introduce al discurso jurídico mediante una comprensión deontológica de las normas y principios jurídicos” (p. 315). Si esa diferenciación efectuada por *Habermas* es convincente resulta dudoso, a lo que se volverá en el apartado final crítico (II.3). La tendencia de *Habermas* de limitar el poder del Tribunal Constitucional (cfr. también p. 259), apunta a impedir que el mismo “le ponga encima a la sociedad [...] una determinada forma de vida”, que más bien debe quedar a la determinación de los ciudadanos, cuya autonomía privada y pública es el único objeto de protección al que está llamado el tribunal (p. 320).

autoimpuesta, tarea y que lo es mucho más también el esclarecimiento y desarrollo de la Constitución. En tal sentido pueden surgir conflictos, que muy difícilmente se pueden resolver satisfactoriamente por reglas vinculantes.

Por cierto *Habermas* hace una excepción muy esencial a la limitación del poder del Tribunal Constitucional, favorable a su posición. Una “jurisprudencia constitucional ofensiva” no sólo está permitida, sino que es aconsejable “en los casos en los que se trata de la imposición del procedimiento democrático y de la forma deliberativa de formación de la opinión y de la voluntad”, en la medida que esto ocurre bajo la mirada crítica de la ciudadanía que ha madurado a “una comunidad de interpretes constitucionales” (*Häberle*) (p. 340). Un activismo de esas características no debe apuntar a un “estrechamiento ético (en el sentido de *Habermas*) de los discursos políticos” (p. 345), sino que debe estar dirigido a “aquellas condiciones procedimentales, que permitan presumir respecto del proceso democrático en su conjunto, resultado razonables (p. 347). Eso se desarrollará en el capítulo siguiente.

7. En cuanto a contenido el séptimo capítulo trata de instalar en el centro de atención el proceso de creación de opinión y voluntad política, en concordancia con el republicanismo y en contraposición del liberalismo, al que sólo le interesa el mayor tráfico espontáneo y libre posible de los sujetos privados (p. 361). En delimitación con el republicanismo, que presupone una ciudadanía capaz de actuar colectivamente sobre la base de consideraciones éticas (en el sentido de *Habermas*), la teoría del discurso aboga “sólo” por la institucionalización de los requisitos comunicacionales de la formación de la opinión y voluntad, como también el juego conjunto entre asesorías institucionalizadas y opiniones públicas formadas informalmente (pp. 361 s.). Así se pretende imponer la fuerza socialmente integradora de la solidaridad mediante el Derecho en relación al poder económico y administrativo (p. 365). Al respecto *Habermas* acentúa, en concordancia con las formas de lectura científico-sociales correspondientes, que también el sistema político constituido democráticamente no representa la cúspide o incluso el total de la sociedad, sino que representa (p. 306) o incluso sólo debe representar (pp. 369 s.) un sistema de actuación junto a otros.

A diferencia de la teoría de la democracia “minimalista” de N. Bobbio, *Habermas* insiste sobre un concepto más exigente, al requerir procesos cuyos resultados están provistos de la presunción de racionalidad; en cambio Bobbio, escéptico al respecto, quiere dejar la regla de mayoría libre de estas pretensiones (pp. 367 ss). Al respecto *Habermas* apuesta al ámbito público no institucionalizado, lo que será tratado extensamente en el capítulo siguiente, en el cual ve el generador de la innovación (pp. 372 ss.), cuando su base social “se haya desprendido de las barreras de clases [...] y [...] de ataduras milenarias de estratificación social y explotación” (p. 376). En la parte final del capítulo (pp. 390 ss.) se abordan los impedimentos que obstaculizan una política deliberativa. No sólo se trata de las resistencias, que surgen de los otros sistemas de actuación, sino que también las dificultades internas, que son consecuencia de la escasez de recursos, especialmente de tiempo e información, y de la desigualdad de los participantes, especialmente en la disponibilidad sobre el recurso de la información. A ello se agrega que el Derecho positivo debe compensar, reduciendo

la complejidad, la limitada fuerza coordinadora de las formas de actuación informales (p. 397). Eso lleva a la pregunta, en qué medida contrarrestar normativamente (manteniendo la complejidad) las instituciones del Estado de Derecho puede compensar las señaladas resistencias y dificultades y lleva, a su vez, al octavo capítulo.

8. En el octavo capítulo *Habermas* llega a una evaluación relativamente positiva de las posibilidades de una política deliberativa, sobre la base de la reconstrucción histórico-jurídica de los procesos de otorgamiento de constituciones realizado por el cientista político noruego *Elster*, con miras a las preguntas dudosas planteadas al final de capítulo anterior: “Los resultados de una política deliberativa se pueden entender como poder generado comunicativamente, que entra en competencia con actores que amenazan con adquirir un potencial de poder social, por un lado, y con el poder administrativo de los funcionarios que lo detentan” (p. 415). Con ello, sin embargo, no se aclara, si un tal optimismo también es válido para el presente. *Habermas* se opone a conceptos de la teoría de los sistemas, que quieren entender las instituciones democráticas sólo como supervisión de negociaciones intersistémicas, en la medida que los degrada como una renovación del Estado de clases hegeliano (pp. 418 ss.). Una concepción de esa índole no sólo la considera (descriptivamente) no apta para ofrecer las prestaciones de integración social global. Él también insiste (normativamente) en que las relaciones de la administración estatal con negociadores corporativos deben permanecer en forma asimétrica, para que se imponga la voluntad de los ciudadanos formulada legislativamente. “Sólo así se mantiene asegurada la conexión con el público de los ciudadanos” (p. 425). Según *Habermas* se puede esperar de estas últimas “estructuras periféricas” como proceso de formación de opinión, que perciban “problemas sociales globales, los interpreten y los pongan en escena de una forma innovadora y, a su vez, que llame la atención” (p. 434).

Estas “estructuras periféricas” se analizan en forma más detenida a continuación bajo las palabras claves de “espacio público”^{NTr} y “sociedad civil”. El espacio público se describe como una red abierta de opiniones, que se formulan en lenguaje natural (p. 436). En el espacio público se forma la influencia y se lucha por ella, decidiendo idealmente la autoridad del público (pp. 439 s.). La sociedad civil transmite las situaciones sociales problemáticas percibidas en el mundo vital al espacio público político; su núcleo es el ente asociativo no estatal (p. 443). Al respecto *Habermas* piensa especialmente en los nuevos movimientos sociales, a los que reconoce por principio una mayor sensibilidad para las situaciones problemáticas esenciales de las últimas décadas (desde la carrera armamentista pasando por los riesgos del uso pacífico de la energía atómica, la investigación genética, hasta el feminismo) (p. 460). El presupuesto para su efectividad es la protección constitucional de la privacidad, lo que se aclara en el cuadro opuesto de las sociedades estatales

^{NTr} Se he preferido aquí el término empleado en la traducción de la obra de *Habermas* al español por Manuel Jiménez Redondo para el concepto alemán de “Öffentlichkeit”.

socialistas totalitarias (p. 446). La política deliberativa se apoya en una “interacción entre un espacio público basado en la sociedad civil y la formación de la opinión y voluntad en el complejo parlamentario institucionalizada en términos de un Estado de Derecho”, y respecto de lo cual los actores en el espacio público deben ejercer influencia, pero no poder (p. 449). *Habermas* no se cierra, sin embargo, a la pregunta, si la sociedad civil y el espacio público no están expuestos al abuso por parte del poder de los medios (p. 451 ss.) o de movimientos políticos populistas. (p. 449). A este tema se volverá críticamente en la parte II.

9. El capítulo final (paradigmas del Derecho) revisa la pregunta, acerca de qué suposiciones de fondo sobre la sociedad real y la (normativamente) correcta guían la aplicación del Derecho escrito, inclusive la Constitución escrita (pp. 467, 238; cfr. al respecto también las reverencias al quinto capítulo). Estos modelos sociales que guían la aplicación habían sido desarrollados como folio para decisiones judiciales por el laboralista *Kahn-Freund* en el año 1931 y el recientemente fallecido historiador jurídico *Wieacker* en 1953. En concordancia con *Wieacker Habermas* constata una transición desde el paradigma de Derecho burgués-liberal-jurídicoformal hacia el paradigma del Estado social (pp. 469 ss.). Desde la perspectiva interna del Derecho esto llevó a una primacía del Derecho público, especialmente del constitucional por sobre el Derecho privado (pp. 477 ss.). Lo nuevo está constituido por la circunstancia que la jurisprudencia entretanto ya no presupone inconscientemente, en forma ingenua, un determinado paradigma, sino que se ha transformado la “lucha por la comprensión paradigmática correcta del sistema de Derecho” en una “lucha política” llevada conscientemente (pp. 474 ss., 477). El ideal de Estado social, que había iniciado la compensación de déficit de libertad que surgen de la desigualdad económica y social (p. 483 s., 504), llevó, por cierto, a un paternalismo, que motiva dudas respecto de la compatibilidad con el principio de la libertad jurídica (pp. 490 s.). Este dilema *Habermas* lo ve, a su vez, resuelto en un paradigma jurídico procedimentalista, que eleva el liberalismo y el Estado social a un nivel de reflexión superior (en el significado triple de la palabra) (pp. 491 ss). “Al respecto actúa como guía la intención de amansar el sistema económico capitalista, vale decir ‘reestructurarlo’ en forma social y ecológica, para poder, por esa vía, ‘domesticar’ el uso del poder administrativo, específicamente entrenándolo bajo consideraciones de efectividad en forma prudente mediante una dirección indirecta, como también, bajo una perspectiva de legitimidad, volviéndolo a vincular al poder comunicativo e inmunizándolo contra el poder ilegítimo (p. 494) En contra de una independización del poder ilegítimo debe actuar, como un “palladium de la libertad”, un espacio público desconfiado, móvil, despierto e informado, que ejerza influencia sobre el complejo parlamentario y que insiste en las condiciones de surgimiento de un Derecho legítimo” (p. 532). A ello se debe agregar en el plano de la administración, como compensación de la “debilidad vinculante del Derecho regulatorio” una democratización mediante la participación de los intervinientes (p. 530 ss), lo

que, por cierto, no sólo carece de originalidad, como el mismo *Habermas* reconoce en general respecto de sus propuestas “reformistas” (p. 535), sino que en muchos ámbitos ya está realizado, no sin cuestionamientos bajo perspectivas de eficiencia.

III.

Los comentarios de cierre no pretenden una valoración de la obra. Es de esperar que la exposición llevada en términos extensos muestre cuantos variados incentivos a la ciencia política y jurídica pueden surgir de la misma. Determinar su importancia en relación a los diseños iusfilosóficos de gran influencia de la posguerra (se podrían nombrar por ejemplo, *Kelsen, Hart, Rawls, Höffe*), no puede ser la tarea de una recensión primordialmente expositiva. Por lo que me limitaré a algunos cuestionamientos, cuya exposición en puntos particulares espero, sin embargo, no hagan irreconocible el contexto.

1. Una “teoría del discurso del Derecho y del Estado de Derecho democrático” (cfr. el subtítulo del libro) se basa en la fuerza de convicción de la eficiencia de discursos prácticos. *Habermas* insiste sobre la circunstancia que la teoría del discurso no puede enseñar a nadie que se debe hacer, que sólo podría deducir la legitimidad del Derecho en forma postmetafísica y post-iusnaturalista de la racionalidad del proceso de su elaboración. Que una teoría - que no entrega y no quiera entregar, aparte de la universalizabilidad, un criterio de lo justo y, a lo sumo, criterios de validez relativa para la determinación del buen vivir en los discursos éticos - pueda finalmente presentar una construcción de un Estado social y de Derecho en forma de una República Federal de Alemania, complementado por una democracia radical, como también la domesticación del poder económico y burocrático “ilegítimo”, no deja de sorprender. Probablemente se escondan allí, no sólo a nivel de detalle, directrices normativas no reconocidas, como por ejemplo en la simpatía por los nuevos movimientos sociales y su “sensibilidad”, quizá incluso en esto último una porción de metafísica histórica, por cierto recortado.

2. *Höffe*¹⁵ planteó la pregunta, si una teoría del discurso del Derecho y el Estado, la cual pretende explicar y valorar procesos reales en el Derecho y el Estado según el modelo de discursos y que no sólo quiere desarrollar un discurso *sobre* ellos, no es acaso, por principio, inadecuada. Los discursos son por principio de carácter inconclusos, en cambio el aparato de Derecho y el estatal dependen de decisiones y, con ello, de la interrupción de discursos. Ese problema parece haberlo divisado *Habermas*, aunque lo tematice sólo en forma indirecta. Sólo puede haber discursos inconclusos en las estructuras periféricas de la sociedad civil y del espacio público, por lo que también es consecuente entonces, que deban tener influencia y no un poder decisivo. Por muy explicable que sea el énfasis que reciben estas estructuras periféricas por parte de *Habermas*.

3. En la insistencia en los elementos de democracia radical está probablemente, según la intención de *Habermas*,

¹⁵ *Höffe* (nota 1), p. 85.

el impulso crítico que queda finalmente, luego del retiro de la esperanza escatológica a una libertad de dominio por la aceptación esencial del dominio jurídico y estatal.¹⁶ A pesar de la inclusión de la resistencia civil se puede clasificar la tendencia como “reformista”. Pero aun en ese caso permanecen suficientes preguntas. El mismo *Habermas* señala dudas como el tomar-al-servicio por parte de partidos populistas o la manipulación de corrientes de opinión por los medios de comunicación masiva. De todos modos él permanece impertérrito en su evaluación. Aparte de la pregunta ya indicada más arriba respecto de los criterios de valoración es también (empíricamente) dudoso, si el déficit de información no solucionable, que surge por la estrechez de la conciencia individual, no agranda preocupantemente el peligro de la emocionalidad de las masas. Por cierto que también esta última apreciación viene contaminada por valoraciones políticas o prejuicios, pero precisamente también las de *Habermas*. Qué es lo que se debe preferir, la liberación de la democracia radical para la domesticación de los poderes organizados o la limitación de los poderes por medio de la división de poderes¹⁷ en los modelos escépticos de democracia al estilo de *Bobbio* o como ocurre con *Welzel* y *Kriele*, probablemente no sea posible de decidir con los presupuestos débiles de la teoría del discurso. Será decisivo si se considera, a pesar del, por *Habermas*, por cierto, correctamente constatado engranaje, que la división de poderes (inclusive la descentralización de las decisiones económicas) se mantiene fundamentalmente intacta y que pronóstico se establece a partir de ello.

4. Según se señaló (respecto del capítulo sexto) *Habermas* ejerce una crítica vehemente respecto de la “teoría del orden valorativo” del Tribunal Constitucional, al cual reprocha una mezcla de moral deontológica y ética de los valores, que en el resultado llevaría a una apropiación autoritaria de poder. Me parece dudoso que la diferenciación entre moral y ética de los bienes se pueda practicar con igual precisión en términos prácticos como teóricos (también en este aspecto se puede dudar junto a los utilitaristas). Esto se puede apreciar ya en que *Habermas* ordena en la moral la repartición justa de bienes que son indispensables para el ejercicio de la autonomía privada y pública (p. 157); lo que en tal sentido es indispensable, pero que difícilmente se puede determinar concretamente sin una anticipación al buen vivir o sea a sus condiciones mínimas. La cuestión se torna más problemático aun cuando *Habermas* establece la obligación del Tribunal Constitucional, por ejemplo, de asegurar derechos jurídico penales y procesales, pero aparentemente tiene dudas en colocar en la pesa de la ponderación la eficiencia de la administración de justicia penal como contrapeso, porque en tal sentido “sólo” se trata de un “bien”, que sólo podría tener en casos excepcionales preferencia en relación a “derechos”.

Al respecto no se considera, que una administración de justicia que funciona, por cierto, puede ser entendida como una garantía fundada en el Estado social, de “derechos” como la vida, la salud, la propiedad, etc., por lo que una categorización esquemática aparece como, al menos, problemática.¹⁸ Una pregunta completamente distinta, que dice relación con el “judicial self-restraint”, es la si el Tribunal Constitucional, si bien puede aprobar leyes, en las cuales el legislador ha dado primacía a la eficiencia de la administración de justicia penal, no puede, sin embargo, rechazar leyes porque no han sido considerados bienes de esa especie; al respecto se podría argumentar con una competencia por la responsabilidad diversa. Quizá *Habermas* quiere decir aquello, ya que sólo apunta a limitaciones del poder del tribunal. Entonces, sin embargo, ya no se trata del argumento moral *versus* ética de los bienes.

5. *Habermas* introduce (cfr. lo expuesto sobre el tercer capítulo) los derechos fundamentales pertenecientes a la autonomía privada, como constituidos por la forma jurídica derivada de forma funcionalista. Si esa interpretación es correcta, los derechos fundamentales tendrían, desde la perspectiva normativa, un error de nacimiento considerable y su importancia sería secundaria en relación a la autonomía pública. Ellos serían normativamente sólo presupuestos fácticos de un proceso democrático que se está logrando, como *Habermas* acentúa en otra parte (p. 446). Una aclaración de la posición de *Habermas* a esta pregunta sería muy deseable.

¹⁶ Como constata correctamente *Höffe* (nota 1), p. 73, de tal forma, al menos una línea central de la investigación es afirmativa.

¹⁷ En la división de poderes también podría estar el (por cierto, latente) punto culminante normativo de la diferenciación luhmaniana en subsistemas autónomos.

¹⁸ Que con ello no se pretende legitimar la tortura (véase *supra* nota a pie 6), no debiese requerir mayor explicación, Pero también se trata de otros, igualmente problemáticos, pero no igualmente inequívocos, métodos inhumanos de levantamiento de prueba.

Sobre el contenido del elemento subjetivo de las causas de justificación*

De Prof. Dr. Fritz Loos, Göttingen

El problema del contenido, de la extensión del elemento subjetivo en las causas de justificación no ha tenido hasta el momento la atención de la dogmática jurídico-penal. La todavía incipiente discusión sobre los requisitos¹ y sobre el significado sistemático de este elemento ha dejado de lado la pregunta sobre su contenido real. Así, en la mayoría de los tratados y comentarios uno no encuentra mucho más que dos posiciones contrapuestas². La doctrina absolutamente dominante, en la cual destaca sobre todo la posición de la jurisprudencia, exige una intención (*Absicht*) de defensa (de rescatar, etc.) para la cual es suficiente que el objetivo de la justificación concorra junto a otros objetivos.³ Por otro lado, existe una posición en la literatura que rechaza la necesidad de una intención de actuar justificadamente, y para la cual sería suficiente el dolo de la justificación.⁴ La terminología

empleada en el contexto de esta discusión no es muy clara; algunas veces la intención de justificación se refiere a la motivación (*Motivation*),⁵ lo cual genera la crítica en el sentido de que se trataría del dolo de la justificación.⁶ La discusión, sin embargo, ha sobrevivido en los últimos años. Así, la pregunta acerca de la incertidumbre subjetiva del comportamiento ha sido abordada sobre la base de la existencia de los elementos objetivos de las causas de justificación.⁷ En la misma dirección trazada por las interesantes observaciones de *Lenckner*,⁸ *Lampe*⁹ ha advertido expresamente sobre el fenómeno de las “causas de justificación mutiladas en dos actos” (*unvollkommen-zweiaktige Rechtfertigungsgründe*). Finalmente, *Alwart*¹⁰ se ha esforzado seriamente por precisar el concepto de la intención de la justificación, así como el del motivo de la justificación.

El homenajeado ha tomado postura sobre el problema del elemento subjetivo de la justificación en su obra “*Das objektive Zweckmoment der subjektiven Rechtfertigungselemente*”.^{11*} La investigación de *Oehler* contiene, tal como se mostrará, reflexiones favorables al contenido del elemento subjetivo de la justificación. Sus argumentos deben ser asumidos, sin que ello signifique tomar postura sobre la pregunta sistemática del momento objetivo de la decisión, que solo en un resumen más extenso puede ser discutido. A partir de aquí asumo que no es de recibo caracterizar la opinión de *Oehler* como una de las posiciones objetivistas¹² cercanas a la opinión de *Spendel*. Si bien *Oehler* colocó a la “dirección final (objetiva) del comportamiento junto a otros elementos objetivos de la justificación (por ejemplo) a través del estado de necesidad”, al mismo tiempo enfatizó que “solo

* Título Original: „Zum Inhalt der subjektiven Rechtfertigungselemente“, en: Herzberg (ed.), *Festschrift für Dietrich Oehler*, 1985, S. 227-240. - Traducción de Prof. Dr. Iván Meini (Universidad Católica del Perú).

¹ Como principal opositor al elemento subjetivo de las causas de justificación hay que nombrar a *Spendel*, DRiZ 1978, 327 (330 ss.); *Spendel*, en: Kaufmann u.a. (eds.), *Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag*, 1979, pp. 245 ss.; *Rönnau/Hohn*, en: *Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann* (eds.), *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, 12ª ed. 2006, § 32, n. 138 ss. Crítico cfr. *Prittwitz*, *Jura* 1984, 74.

² Las siguientes alternativas claramente formuladas por *Sieverts*, *Beiträge zur Lehre von den subjektiven Unrechtsmomenten im Strafrecht*, 1934, p. 199.

³ De la jurisprudencia BGH 3, 194 (198); BGH, en *Dallinger*, MDR 1969, 15 y 1972, 16; BGH, en *Holtz*, MDR 1979, 634; BGH GA 1980, 67; BGH NStZ 1983, 117. En la literatura representan esta posición, por ejemplo, *Dreher/Tröndle*, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar*, 42ª ed. 1985, § 32 n. 14; *Jescheck* *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 3ª ed. 1978, p. 263 con nota al pie de página 24; *Lackner*, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 15ª ed. 1983, antes del § 32.II. a.A.; *Niese*, *Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit*, 1981, pp. 17 ss.; *Hirsch* (nota 1), previo al § 32 n. 53, 55 ss., *Maurach-Zipf*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Bd. 1, 6ª ed. 1983, p. 332; *Welzel*, *Das deutsche Strafrecht*, 11ª ed. 1969, p. 86; también *Samson*, (nota 1), previo al § 32 n. 23.

⁴ Por ejemplo *Burgstaller*, *Fahrlässigkeit im Strafrecht*, 1974, p. 175.; *Jakobs*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 1983, p. 11/20 s.; *Nowakowski*, *ÖJZ* 1977, 573 (575 ss.); *Prittwitz*, GA 1980, 381 (384 ss.); *Roxin*, *ZStW* 75 (1963), 541 (563); *Rudolphi*, en: *Schroeder/Zipf* (eds.), *Festschrift für Reinhart Maurach zum 70. Geburtstag*, pp. 51, 57 s., *Lenckner*, en: *Schönke/Schröder*, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 21ª ed. 1982, previo al § 32 n. 14; *Stratenwerth*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, t. 1, 3ª ed. 1981, n. 488 ss.; *Zielinski*, *Handlungs- und Erfolgswert im Unrechtsbegriff*, 1973, pp. 233 ss., 252. En los resultados también *Gallas*, en: Kaufmann et

al. (eds.), *Festschrift für Bockelmann* (nota. 1), pp. 155, 179 nota al pie de página 56.

⁵ Cfr. por ejemplo BGH NStZ 1983, 117; *Otto*, *Grundkurs Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 7ª ed. 2004, pp. 97, 98 (§ 8 II 1 f, g, aa); *Geilen*, *Jura* 1981, 308 (310).

⁶ *Burgstaller* (nota 4), p. 176; *Nowakowski*, *ÖJZ* 1977, 573 (575, 576).

⁷ Cfr. *Paeffgen*, *JZ* 1978, 738 (743 ss.); *Stratenwerth* (nota 4), n. 490 (completamente unánime *Burgstaller* (nota 4), pp. 176 s.); *Zielinski* (nota 4), pp. 289 s.

⁸ *Lenckner* (nota 4), previo al § 32 n. 16 (véase también n. 98).

⁹ *Autor*, GA 1978, 7; Lo sigue *Prittwitz*, GA 1980, 381 (386 ss.).

¹⁰ *Alwart* habla de un “Weil-Motiv”, GA 1983, 433 (446 ss.; 452 ss.) y *passim*; totalmente de acuerdo *Schmidhäuser*, *Allgemeiner Teil, Studienbuch*, 2ª ed. 1984, Capítulo 6, nota al pie 33 a, aunque no totalmente de acuerdo con el texto 6/79.

¹¹ *Oehler*, *Das objektive Zweckmoment in der rechtswidrigen Handlung*, Berlin 1959, en especial pp. 165 ss.

* El momento objetivo de la decisión del elemento subjetivo de la justificación. (N.T).

¹² Así incluso *Jakobs* (nota 4), p. 11/18 con nota al pie 21; *Hirsch* (nota 1), previo al § 32 n. 51.

el deseo de defensa de la tendencia objetiva del comportamiento puede considerarse defensa".¹³ El deseo de defensa no es pues una condición, ni tampoco un componente de las causas de justificación; por eso llega *Oehler* a la objetivización del propósito subjetivo.¹⁴ Sin embargo, para nuestro resumen es importante el que *Oehler* asume el factor psíquico del deseo de defensa,¹⁵ y por eso su análisis es aceptable, aun cuando haya sido subjetivizado en un inicio.

Fuera del círculo del problema, cual es el contenido del momento subjetivo en la justificación, tienen que ser analizadas dos cuestiones que se encuentra en relación con la correspondiente pregunta que ha sido planteada. En primer lugar será objeto de discusión, si es correcto que la justificación dependa de la existencia de un *motivo* de justificación (I), con lo cual debería dársele la razón a *Lampe* en el sentido de que la justificación debería analizarse como una acumulación de actos justificados (II). A partir de ahí se preguntará cuándo concurre una justificación *completa*; la pregunta de si la ausencia del elemento subjetivo de justificación en los casos en que se dan los requisitos objetivos de las causas de justificación debe ser punida como delito consumado o solo como tentativa es dejada de lado.¹⁶

I

1. Ha sido ya mostrado que para los autores que exigen algo más que el dolo de justificación para darle contenido al elemento subjetivo de las causas de justificación, existe una indecisión terminológica entre una intención de actuar justificadamente y un motivo de actuar justificadamente. Aun cuando los autores se aferren a algún término, se echa en falta una aclaración que explique porqué se habla de intención en vez de motivo, y viceversa. Con seguridad esto recae en la dificultad de diferenciar conceptualmente y con claridad el propósito (*Zweck*) subjetivo del motivo. Aun cuando uno pueda entender que sólo se considerará como propósito aquellas situaciones razonables que en todos los casos puedan producirse a partir de los comportamientos, no se explica con la suficiente claridad los distintos tipos de motivos que puedan concurrir. Con esto no se puede delimitar los motivos psíquicos internos (ganas) de las razones (*Weil-Motiv*) en el sentido propuesto por *Alwart*,¹⁷ que consiste en repasar los acontecimientos pasados, ni de las condiciones ideales motivacionales. Aquí es posible, como "explica *Stratenwerth* en el ejemplo del motivo de enriquecimiento y de la intención de provecho, armonizar la intención y el motivo".¹⁸

En tal estado ideal, en el cual el defensor¹⁹ o quien realiza el acto de rescate se imagina alcanzar algo valioso, ocurre con frecuencia cuando una intención o motivo de salvataje se toma como un elemento subjetivo de la causa de justificación. A partir de ahí será común que el defensor o quien lleva a cabo la acción de salvación deba de partir como mínimo de los efectos de la defensa o de los efectos de la acción de salvamento. Estos efectos deben ser considerados como propósitos, con lo cual se está de acuerdo con la propuesta de *Straterwerth* de entender que estos efectos son los motivos del comportamiento.²⁰ Puede ser, como se desprende de la comprensión habitual, que la intención de defensa tenga el mismo contenido al motivo de defensa.²¹

Esta interpretación expuesta no puede ser defendida con el argumento de que la intención de defensa es siempre y en todos los casos un motivo concurrente.²² Esto no rige generalmente para la legítima defensa, donde eventualmente se deja de lado tendencias suicidas o masoquistas. Tampoco para las situaciones en que se requiere ayuda, ni en el estado de necesidad justificante ha de tratarse exclusivamente de un motivo que se desprenda de un conocimiento completo de las condiciones de salvamento para dañar a quien ataca o al "tercero" que menciona el § 34 StGB;* también el odio o la venganza son motivos. Para explicar esto se puede pensar en el siguiente caso:

- A advierte que sus enemigos B y C se golpean. C cae al suelo y B le pateo. A ve con simpatía que C reciba "su paliza merecida", pero luego cae en la cuenta que tiene una única oportunidad de jugarle una mala pasada a B. En un acto de defensa necesario lesiona a B de manera no insignificante.

¹⁹ Aquí y en lo que sigue se argumentará sobre el caso de la legítima defensa y de la situación necesitada de ayuda (*Nothilfe*), solo de vez en cuando se argumentará sobre la situación de necesidad (*Notstand*); La pregunta de si es trasladable a otras causas de justificación será abordada luego. Esto ofrece la ventaja de investigar los paradigmas más discutidos en la literatura.

²⁰ Cfr. También *Alwart*, GA 1983, 43, quien asimismo habla de un motivo por el cual (*Um-zu-Motiv*) o de una intención (*Intention*).

²¹ Cfr. por un lado *Geilen*, Jura 1981, 308 (310), un defensor de la intención de defensa, y *Prittwitz*, GA 1980, 384 y 385, un detractor. *Ambos* hablan, sin mayores explicaciones, una vez de intención y otra vez de motivos o motivación.

²² Sin embargo *Geilen* (nota 21), p. 310.

* § 34 StGB (estado de necesidad justificante): "Quien en un peligro actual para la vida, el cuerpo, la libertad, el honor, la propiedad u otro bien jurídico no evitable de otra manera, cometa un hecho con el fin de evitar un peligro para sí o para otro, no actúa antijurídicamente si en la ponderación de los intereses en conflicto, en especial de los bienes jurídicos afectados y del grado de peligro que les amenaza, prevalecen esencialmente los intereses protegidos sobre los perjudicados. Sin embargo, esto rige solo si el hecho es un medio adecuado para evitar el peligro". (N.T.)

¹³ *Oehler* (nota 11), p. 166.

¹⁴ Cfr. *Oehler* (nota 11), pp. 166 s., en general también p. 116. *Oehler* habla del elemento "objetivo-final" (pp. 15, 74). Sobre esto *Waider*, Die Bedeutung der Lehre von subjektiven Rechtsfertigungselementen [...], 1970, pp. 94 ss.

¹⁵ Claramente *Oehler* (nota 11), p. 168.

¹⁶ Cfr. asimismo sobre la problemática expuesta en I, por ejemplo, *Hirsch* (nota 1), previo al § 32 n. 59 ss., sobre la pregunta tratada en II, *Lampe*, GA 1978, 9.

¹⁷ *Alwart*, GA 1983, 433 (438 ss.) y *passim*.

¹⁸ *Stratenwerth*, (nota 4), n. 326.

El caso muestra todos los elementos de un caso de clase, sobre todo porque desde la situación probatoria presupone una valoración bien de conocedor o bien de experto jurídico. Por otro lado es también un caso de clase porque representa un complicado experimento para las distintas opiniones sobre el contenido del elemento subjetivo del estado de necesidad.

Los requisitos objetivos del estado de necesidad deben concurrir. Desde el punto de vista subjetivo ha actuado A con dolo de ayudar. Él conoce la situación de necesidad generada por la agresión ilícita de B. Él parte, sin embargo, que la lesión a B va a terminar con su ataque a C.²³ Cuando uno exige el conocimiento de las condiciones de la necesidad (referida al estado de necesidad),²⁴ debe concurrir. Por el contrario, no depende de A proteger a C; esta consecuencia le resulta indiferente y le es hasta indeseable. Una construcción de las situaciones motivacionales como esta, sobre la base de posibilidades, es todavía de recibo.

a) El núcleo del caso planteado radica no solo en que aquí se da una autorización jurídica en el sentido del § 32 StGB, sino que se da también un mandato en el sentido del § 323 StGB.²⁵ Al respecto resulta suficiente, como es generalmente reconocido, un caso de mala suerte, en el sentido de dicha disposición, incluso a través de un delito doloso que pueda

²³ Esto exigen aquellos autores que relacionan el elemento subjetivo de la causa de justificación con los presupuestos objetivos de las causas de justificación cuando las formulaciones no son claramente inequívocas (por ejemplo, “conocimiento de la situación de justificación”). Cfr. *Lenckner* (nota 4), § 32 n. 14; *Stratenwerth* (nota 4), n. 489 s. (ambos se refieren a las dudas acerca de los presupuestos objetivos); prudente *Jakobs* (nota 4), p. 11/20 (en el mejor de los casos dolo de justificación). Me parece correcto, tal como se ha mostrado en el texto, vincular el momento subjetivo también al efecto de defensa. Sobre la crítica de *Hirsch* véase la siguiente nota.

²⁴ En contra *Hirsch* (nota 1), pervio al § 32 n. 56. *Hirsch* quiere exigir solo el conocimiento de la situación que genera la causa de justificación (como por ejemplo la agresión actual) como “presupuesto intermitente del momento en que se toma la decisión” (n. 55), ya que exigir otros conocimientos sería una sobre exigencia. El conocimiento sobre el resultado del comportamiento justificado –la eliminación de la situación de necesidad, etc. (véase nota 23), está en *Hirsch* completamente incluido en la intención de defensa, y eso evidentemente no representa sobre exigencia alguna.

²⁵ Sobre los casos de permisón y prohibición tanto *Suarez-Montes*, en: *Stratenwerth et al.* (eds.) *Festschrift für Welzel zum 70. Geburtstag*, 1974, pp. 379, 383 ss. y *Zielinski* (nota 4), pp. 247 s., discuten supuestos similares. Sobre el contenido del elemento subjetivo de la causa de justificación *Prittwitz*, GA 1980, 384. Sin embargo, él no discute los casos de concurrencia entre prohibición y mandato.

ser causado por un tercero²⁶ y que no se descarte siempre la necesidad de imputar la realización del tipo.²⁷

La situación, que confronta una prohibición (§ 223, § 223 a StGB^{*}) con un mandato (según el § 323 c StGB^{*}), pone a una persona con la motivación de A en un situación que puede ser descrita como entre la espada y la pared, a partir de la cual, si uno sigue la doctrina de exigir una intención de defensa, entonces no hay salida. Pues la solución imaginable, de manera que A pueda evitar la punición, en la cual omita el comportamiento de defensa, fracasa en que si no presta ayuda es penalmente responsable de conformidad con el § 323c StGB. El remedio podría ser solamente un cambio en la motivación. Sin embargo, esto podría ser una sobre exigencia psíquica, que se aproximaría a la opinión de *Jakobs*,²⁸ de que si la motivación es sin más intercambiable en una concreta situación, falta el elemento psicológico; los cambios en la motivación demandan largos procesos de aprendizaje. El resultado de que quien “ayuda” en tal situación debe ser inevitablemente sancionado a causa de su motivación desviada, no me parece aceptable. Pero incluso si tal posibilidad de intercambiar la motivación fuera posible, con el requisito de la intención de defensa de la reglamentación jurídica, se requeriría un propósito, parecido a conseguir un mejor motivo, que hiciera aceptable el propósito legal. El *topos*, en virtud del cual la necesidad de una intención de defensa se convierte en el límite entre delitos y faltas contra la moral,²⁹ y con ello entre la legalidad y la moralidad en el sentido de Kant, se explica por sí solo.³⁰

²⁶ Véase BGH 3, 65 (66); *Cramer*, en: *Schönke/Schröder* (nota 4), § 323 c, n. 7 con varias observaciones.

²⁷ De acuerdo se puede estar en que en el correspondiente caso pueda “concurrir” tanto un tipo permisivo como un delito de omisión impropia.

* Delito de lesión corporal (N.T.)

* § 323c StGB (Omisión del deber de prestar ayuda): “El que en casos de accidentes o de peligro público o de necesidad, no preste ayuda, pese a que es requerida y le resulta exigible de acuerdo a las circunstancias, en especial cuando es exigible sin considerable peligro propio y sin infligir otras obligaciones importantes, será castigado con pena privativa de libertad no mayor de un año y con multa” (N.T.)

²⁸ Si las observaciones de *Jakobs* (nota 4, p. 11/20) sobre la posibilidad de cambiar de motivación (se muestra conforme *Timpe*, JuS 1984, 854 (860)) que no se refieren a la “concur-rencia” prohibición-autorización, son defectos psicológicos o una problemática normativa, véase ahí. En las consecuencias coincido con *Jakobs*.

²⁹ Por ejemplo *Jakobs* (nota 4), p. 11/20; *Roxin*, ZStW 75 (1963), 541 (563); *Rudolphi*, en: *Schroeder/Zipf* (nota 4), pp. 57 s., *Stratenwerth*, (nota 4), n. 489; *Zielinski* (nota 4), pp.

233 ss., 252. Sobre la necesidad de defender el elemento subjetivo de la causa de justificación como límite del derecho penal de hecho, véase también *Oehler* (nota 11), pp. 44, 168 ss., también 67 s.

³⁰ De la mano del reproche de haber superado el principio del hecho *Hirsch* ([nota 1], previo al § 32, n. 56) ha intentado

Con todo esto se obtiene por lo pronto un resultado negativo: para la justificación en estado de necesidad no se puede exigir que concurra, en quien realiza el acto de ayuda, *junto*³¹ al odio o a la venganza, el motivo de ayudar a quien es atacado. Incluso las fórmulas de la jurisprudencia, en el sentido de que la intención de defensa pueda ser “cubierta” no solo a través de la rabia, odio, etc.;³² sino que *también* puede aprovecharse como defensa,³³ no son atendibles. En qué sentido el conocimiento y la voluntad relativos al comportamiento en legítima defensa son realmente determinables, es algo que todavía no se ha resuelto y que es menester investigar.

b) Además, es momento de abordar el lado objetivo de la defensa en el sentido del § 32 StGB.* Aquí hay que diferenciar dos elementos que pueden provocar el comportamiento de defensa; a saber, la lesión inflingida al atacante y el efecto de defensa de quien es atacado. Si se produce la defensa a través de la lesión al atacante (en el ejemplo propuesto una lesión corporal), existe una relación de causalidad entre la lesión y el efecto (resultado) de defensa. El tener que imaginarse estas evidencias no tiene ninguna relevancia para la concreta determinación del lado subjetivo.

En el caso planteado A persigue la lesión de B. Esta lesión es el medio a través del cual libera su odio, o su sentimiento de venganza (pura motivación interna). Uno puede también partir de las observaciones de Alwart, en el sentido de que el acto de ayuda para C es una reacción subjetiva provocada por el ataque de B, que si A no hubiera conocido el ataque de B no hubiera decidido ayudar a C en el estado de necesidad en que se encontraba.³⁴ Pues A quiso dañar a B aprovechando el estado de necesidad.

Alwart considera suficientes el conocimiento de la situación de necesidad y las razones (*Weil-Motiv*) como motivos subjetivos de justificación.³⁵ Con lo cual se deja de lado la relación subjetiva con el efecto de *salvataje*. Alwart fundamenta esto con el ejemplo en que *David* escoge un medio de defensa contra el atacante *Goliat*, de cuya eficacia él mismo se sorprende,³⁶ con lo cual renunció no solo a la

contradecir a Stratenwerth con el argumento de que la intención de defensa representa únicamente el “momento final del acto justificado”. El argumento se sostiene solo cuando se compara la finalidad con lo que se persigue. Parecido a como aquí *Prittwitz*, GA 1980, 385 contra *Bockelmann*.

³¹ Sobre el comentario véase nota 38.

³² Cfr. BGH por *Dallinger*, MDR 1969, 16, pero también las decisiones posteriores en nota 3.

³³ BGH 3, 198.

* § 32 StGB (legítima defensa): “(1) El que cometa un hecho en legítima defensa no actúa antijurídicamente. (2) Legítima defensa es la defensa necesaria para conjurar una agresión antijurídica actual para sí mismo o para otro” (N.T.)

³⁴ Alwart, GA 1983, 449 (453).

³⁵ Alwart, GA 1983, 449 (453) y *passim*.

³⁶ Alwart, GA 1983, 449, (450). Incluso, es con seguridad notable que el objetivo del efecto de salvación se produce; la

intención de perseguir el efecto de defensa, sino también a la *esperanza* de producir el resultado de defensa. Una tal renuncia no me parece aceptable para el derecho de defensa en general – Alwart se refiere expresamente al § 34 StGB –. Para el estado de necesidad no es obvio que, cuando uno exige principalmente una intención de salvar, el salvador debe ser un tercero que no participa en la agresión, que no acepta (ni siquiera como posibilidad) ser útil para la amenaza. El ejemplo es plausible solo para el § 32 StGB – y aquí también más para la legítima defensa que para el estado de necesidad –, porque uno no quiere juzgar a *David* por someterse de brazos cruzados a una agresión superior. Dado que aquí no es de esperarse que el comportamiento – junto a los otros motivos legales que juegan un rol – pueda constituir una justificación según el § 32 StGB, antes que pensar en un caso de legítima defensa (y eventualmente en uno de estado de necesidad) sería mejor pensar en una solución vinculada a la exculpación (inimputabilidad frente al quebrantamiento del derecho). Una razón (*Weil-Motiv*) puede representar un requisito necesario,³⁷ pero torna en relevante a la relación subjetiva con el efecto salvador.

c) Con lo cual aun se mantiene la pregunta de cómo determinar con precisión la relación subjetiva (incluida la causalidad). Una posibilidad consiste en exigir que el defensor o quien lleva a cabo el rescate tenga que planear su comportamiento, como si el persiguiese el efecto de rescate. Esto requiere, por un lado, que acepte causar el efecto de defensa, así como también el dolo de salvar. Además, dejarse llevar por la lesión inflingida al agresor que causa la protección de la situación de peligro. El motivo de defensa o el motivo de rescate no es solución positiva alguna para el correspondiente comportamiento: si falta el motivo de lesión sin duda alguna no podrá existir.³⁸ Como mucho, el motivo tiene un significado *limitado*: solo se puede lesionar como se desprende del efecto de rescate para la víctima de la agresión. Una tal limitación es plausible de cara a la motivación interna. A quiso dar rienda suelta a su odio o a su venganza, pero también evitar un hecho punible, para lo cual es necesario que se sitúe en el límite del estado de necesidad.

El punto de partida de un tal entendimiento del deseo de defensa o del deseo de rescate se encuentra en las reflexiones de *Oehler*. *Oehler* trata en diversos pasajes de su obra “*Das objektive Zweckmoment*” la coincidencia entre una idea inmoral y el deseo de provocar con derecho una situación deseada a través de la evitación de consecuencias ilícitas.³⁹

pregunta sin embargo, al igual que Alwart, no será aquí tratada.

³⁷ Con lo cual los dos grupos de ejemplos que propone Alwart (exclusión de agresiones intercambiables, GA 1983, 452) quedarían cubiertos.

³⁸ Yo interpreto asimismo las formulaciones de la jurisprudencia del BGH (véase nota 3), en el sentido de considerar el motivo de defensa como una condición suficiente del comportamiento; manifiestamente distinto a la interpretación de Alwart, GA 1983, 446.

³⁹ *Oehler* (nota 11), pp. 44, 137, 169 s.

La argumentación, sin embargo, no diferencia con suficiente claridad, frente a los casos en que los motivos se sitúan unos detrás de otros, o unos al lado de otros, qué corresponde al entendimiento usual. La formulación “solo por encima del propósito de cura llega el médico a sus otros propósitos, porque solo a través de su comportamiento de cura es posible perseguir sus malos propósitos. Solo cuando su acción de curar sea suficiente puede él perseguir otros propósitos, porque esto en caso contrario sería frecuente”,⁴⁰ tal cual se ha explicado líneas arriba en la mezcla de un motivo determinado y limitado.

d) La doctrina dominante se conforma con la exigencia de una intención de defensa así como con la intención de una intención de rescate. Esta opinión puede representar un compromiso entre posiciones controvertidas, como el aferrarse a motivos o intenciones de rescate, pero no más que cuando para el comportamiento legal se exige un motivo moral libre de objeciones como requisito para la justificación. Con esta doctrina se mantiene la sugestión de una aceptable solución al caso planteado, aunque a medio camino. En la posición de un motivo moral libre de objeciones se trata ya del motivo de evitar una ilegalidad, pues solo en casos de no desear el efecto de rescate o ser indiferente frente a él, ese medio puede ser intencional. Un tal motivo presupone conocer la permisión legal y sus límites legales, y no podría ser tenido como un requisito de la justificación. Pero también se comporta antijurídicamente quien accede al conocimiento de la ley y como tal le resulta vinculante, y realiza una lesión a causa del odio sabiendo que dicha lesión será una protección eficaz⁴¹ para quien es agredido. También para esta constelación de motivos la coincidencia entre prohibición y mandato conduce a un dilema; la indiferencia general o el rechazo frente al orden jurídico pueden no conducir a la ilicitud y a la consecuente punición, en tanto, en el caso en concreto, se conozca la situación que para el ordenamiento jurídico produce la situación preferida.⁴² También aquí rige la tesis de *Oehler*:⁴³ “El Derecho penal no tiene por cometido ejercitar los deseos de mandato o de prohibición, sino, únicamente, producir situaciones jurídicas a través de la inhibición de consecuencias o consecuencias antijurídicas”.

Como resultado de nuestra investigación es de resaltar que en los casos de derecho de necesidad (derecho de defensa), para la justificación es necesario y suficiente un dolo de la causa de justificación. En la discusión con *Alwart* ha sido mostrado que no se puede renunciar a la esperanza de una justificación eficaz por la *suposición* de que el comportamiento realizado elimine o atenúe el peligro para

quien es atacado (§ 32 StGB). Por otro lado, la discusión sobre los casos en que coinciden prohibición y mandato ha mostrado que el vínculo de la causa de justificación con una intención de defensa o de rescate sobrepasa el dolo de la causa de justificación, y conduce a contradicciones valorativas, por lo cual ha de ser rechazado.

e) Si las consideraciones anteriores son correctas, entonces, para el derecho de necesidad (estado de necesidad) del legislador, cuando se parta de los elementos subjetivos de las causas de justificación, se ha de exigir, junto al dolo de la causa de justificación, especiales elementos subjetivos de justificación como requisitos de la causa de justificación.⁴⁴ En el caso del estado de necesidad, el comportamiento inmediato puede ser *obligatorio* y presentarse como una contradicción en la regulación – como se ha mostrado- cuando uno exige una intención o un motivo de rescate. Esta conclusión no puede permanecer sin consecuencias para la comprensión de las disposiciones vigentes que regulan el derecho de defensa. Es conocido que el texto del § 32 StGB, sobre todo si se le compara con el § 34 StGB, vincula la causa de justificación con la existencia de una intención o motivo de rescate.⁴⁵ Incluso asumiendo una relación estricta con el texto legal, el § 32 StGB puede ser entendido en el sentido de que solo se describe una característica del comportamiento objetivo de defensa, y no una intención del comportamiento.⁴⁶ Por el contrario, el texto del § 34 StGB, en el cual “literalmente” se refiere al comportamiento, es “voluminoso”. No obstante, uno no puede cerrarse tampoco aquí a las consideraciones expuestas, especialmente a una – como mínimo no problemática – ampliación de la causa de justificación y tampoco a que el origen de la historia indica de manera no clara una restricción de la causa justificación:⁴⁷

2. El rechazo de una intención de defensa o de rescate en el derecho de necesidad, en absoluto tiene que conducir a la misma solución en las otras causas de justificación. Yo rescato aquí solo el derecho de castigar,^{48,49} en el cual, incluso

⁴⁴ Así, sin embargo, por ejemplo, *Nowakowski*, ÖJZ 1977, 573 (576 s.); *Zielinski* (nota 4), p. 234, nota a pie 26.

⁴⁵ Cfr. *Hirsch* (nota 1), § 34 n. 46 y *Hirsch*, en: *Jähne/ Laufhütte/Odersky* (eds.), *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, 9ª ed., previo al § 51 n. 79. Al respecto véase también *Stratenwerth*, (nota 4), n. 489.

⁴⁶ *Waider* (nota 14), 93 s., cfr. también *Nowakowski*, ÖJZ 1977, 575, nota a pie 38 y 576.

⁴⁷ Cfr. también *Jakobs* (nota 4), p. 11/20 nota a pie 30. El origen de la historia no puede ser aquí continuado.

⁴⁸ Su derecho y su dimensión no entran aquí en debate.

⁴⁹ Una investigación más profunda autorizaría con seguridad el consentimiento, sobre todo el derecho el cargo. Para los últimos existe la necesidad de una “idea correcta de la función”, cuando el funcionario público tiene un margen de discrecionalidad y luego abusa al no ser parcial. El problema que se da también en el derecho administrativo general, ha sido ya discutido en detalle (véase *Sieverts* [nota 2] 200 ss.) pero ha quedado en el olvido. Por otro lado, es de considerar

⁴⁰ *Oehler* (nota 11), p. 169.

⁴¹ La cuestión del dolo eventual o de su equivalencia –como ha sido ya mencionado– no se planteará aquí.

⁴² La afirmación de que según el § 32 Abs. 2 StGB el ordenamiento jurídico valora más a la protección el bien jurídico de quien es atacado que la protección del bien jurídico del agresor, uno lo explica, en cuanto al punto aquí discutido, como una *petitio principii*.

⁴³ *Oehler* (nota 11), p. 44.

para los aficionados, se recomienda como excepción una restricción del dolo de justificación. Así lo sostiene *Stratenwerth*;⁵⁰ el efecto educador del castigo no tiene que surtir efecto cuando con el castigo no se persigue ningún propósito educador, y exige en consecuencia la persecución (subjetiva) de un tal propósito. Con eso se está fundamentalmente de acuerdo;⁵¹ es, sin embargo, dudoso que se acierte cuando se piensa en un propósito de rescate (subjetivo) puntual. Me parece que con ello se exige mucho y muy poco al mismo tiempo. Un castigo debería tener un efecto educador solo cuando está en relación con todo el proceso de educación. Esto está próximo a exigir una idea educadora perpetua. Si esto se da, la intención o motivos en la concreta situación resultan accesorios cuando los límites objetivos y subjetivos del derecho de corrección puedan ser mantenidos.⁵²

Con esto la subjetivización puede ser llevada todavía más lejos. La existencia o inexistencia de la idea de educar se averiguará con arreglo al análisis del estilo de educación visto desde el punto de vista objetivo. Si uno se aferra a la tesis “in dubio pro reo”, debe ser así hasta tener la prueba concreta de que, partiendo de una correcta idea de educación, las correcciones sobrepasen la medida de lo admisible, ya que la pregunta acerca de la intención actual es difícil de objetivizar.⁵³ Que con esto se generen otros riesgos, a saber, la investigación sobre la conducción de la vida teniendo en cuenta las importantes diferencias en la valoración de las correcciones en condiciones precarias, es algo que no puede pasarse por alto.

II

La existencia de las “causas de justificación mutiladas en dos actos” fue advertida hace ya tiempo por *Lenckner*.⁵⁴ *Lampe* ha desarrollado esta tesis orientándola a un completo paralelismo entre el elemento subjetivo de la causa de justificación con el momento subjetivo típico (momento en el cual se constituye el injusto).⁵⁵ La razón central para la constitución de la figura jurídica de las “causas de justificación mutiladas en dos actos” se encuentra en que el propósito a consecuencia del cual se da la autorización se consigue no a través del acto mismo, sino recién a través de otros

comportamientos.⁵⁶ Así sucede en el paradigmático ejemplo del § 127 Abs. 1 StPO, en el cual el propósito que legitima el derecho de detención es la promoción de los intereses del Estado de la persecución penal, que pueden ser alcanzados ya no con la detención en sí, sino, por ejemplo, a través de la suposición de que cabe una detención penal oficial. En las “causas de justificación mutiladas en dos actos” el propósito legitimador se presenta en el primer acto, pero también cuando luego se justifica, cuando el primer acto se da desde un inicio.

La opinión expuesta ha encontrado apoyo.⁵⁷ Sin embargo, *Jakobs*⁵⁸ la ha criticado parcialmente, advirtiendo con respecto al § 127 Abs. 1 StPO que la promoción del propósito legítimo de la detención puede ser alcanzado incluso sin otros actos por parte de quien practica la detención, cuando por ejemplo la policía actúa inmediatamente; en este caso es suficiente la correspondiente expectativa del quien detiene. Este caso corresponde a la juridicidad de la conocida constelación del § 267 StGB,* en la cual el falsificador introduce al tráfico jurídico el documento falso pero no personalmente, pero es supuesto por su cliente.⁵⁹ En ambos casos se trata de una clase de coautoría, en la cual los distintos actos de (por lo menos) dos personas están repartidos. Al igual que para el § 267 StGB, una repartición de los actos entre dos personas hace innecesaria⁶⁰ la intención individual; cuando solo una persona actúa o quiere actuar puede prescindirse de la intención legítima según lo dispuesto en el § 127 Abs. 1 StPO.

Puede parecer sorprendente que justamente un defensor enérgico⁶¹ de la restricción general del dolo de justificación en los casos del § 127 Abs. 1 StPO exija excepcionalmente una intención. No existe, sin embargo, una contradicción.⁶² Por un lado, no se tiene que perseguir algo como la promoción de la persecución penal;⁶³ es suficiente que quien detiene tenga la intención de comunicar a la policía. Una tal intención puede tenerla si de ello depende que el detenido no pueda estorbarlo en las próximas horas, mientras que la promoción de la persecución penal representa solamente una consecuencia accesoria en su plan. Por otro lado, la advertencia de *Jakobs* aclara que el recurso de la intención solo tiene la función de asegurar efectos útiles para la persecución penal, tan igual

que al derecho de cargo se corresponden una serie de deberes de actuación.

⁵⁰ Stratenwerth, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, n. 491; no tan claro pero la indicación en Bruns, *JZ* 1957, 417. Dudoso también *Jakobs* (nota 4), p. 11/20.

⁵¹ Cfr. también *Oehler*, *Zweckmoment* (nota 11), pp. 170 s.

⁵² Con lo cual se evita que en los casos en los que el padre o la madre utiliza “la mano” para infringir un castigo se tenga que buscar el concreto propósito de educación.

⁵³ Sobre las especiales dificultades de probar en la psiquiatría actual véase *Loos*, en: *Rechtswissenschaft und Rechtswissenschaft*, 1980, pp. 381, 272 ss.

⁵⁴ En comentario de *Lenckner*, en: Schönke/Schröder (nota 4), previo al § 32 n. 16 (véase también la 18 edición).

⁵⁵ *Lampe*, *GA* 1978, 7. Se adhiere a *Lampe*, *Prittowitz*, *GA* 1980, 381 (386 ss).

⁵⁶ *Lenckner* (nota 4), previo al § 32 n. 18; *Lampe*, *GA* 1978, 10.

⁵⁷ Por ejemplo en *Stratenwerth*, (nota 4), n. 491 y *Nowakowski*, *ÖJZ* 1977, 577 (también en nota a pie 50). Cfr. también *Wolter*, *Objektive und personale Zurechnung in einem funktionalen Strafrechtssystem*, 1981, pp. 157 ss.

⁵⁸ *Jakobs* (nota 4), p. 11/20.

* § 267 StGB (Delito de falsificación de documentos). (N.T.)

⁵⁹ Cfr. *Lenckner*, *NJW* 1967, 1891.; *Tröndle*, en: *Jeschek/Ruß/Willms* (eds.), *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, 10. Aufl. 1988, § 267, n. 199.

⁶⁰ Cfr. *Lenckner*, *NJW* 1967, 1892, y nota 22.

⁶¹ Por ejemplo *Lenckner* y *Stratenwerth*.

⁶² De otra forma pero acertado *Hirsch* (nota 1), previo al § 32, n. 56.

⁶³ Ambiguo *Lenckner* (nota 4), previo al § 32 n. 16.

como la intención en el § 267 StGB “asegura” la amenaza para la seguridad del tráfico probatorio.*

En las reflexiones sobre la concurrencia de actos en las causas de justificación no se ha advertido hasta ahora que tales casos pueden presentar una estructura de comportamiento análoga a los casos de derecho de defensa (estado de necesidad). Sin embargo, la legitimación de quien repele la agresión no consiste en otros efectos, como en el caso del § 127 Abs. 1 StPO que requiere la entrega a la autoridad encargada de la persecución penal. La defensa puede consistir en una pluralidad de actos. Así, es posible que el ataque solo pueda ser neutralizado a través de una serie de actos lesivos a la integridad corporal, de manera que el resultado de la defensa se alcance solo a través de la acumulación de estos actos. Con frecuencia dicha constelación no plantea problemas especiales cuando a consecuencia de los primeros actos de defensa la agresión disminuye; la intensidad de la amenaza de la lesión al bien jurídico también se atenúa. Si embargo, la situación puede ser que el “primer golpe” genere el debilitamiento del ataque y que represente tan solo un elemento necesario en el acto general de defensa, y que quien auxilia lo valore de dicha manera. Si se aísla un acto de este tipo, se provoca solo una lesión en el agresor sin que pueda ser utilizado por la víctima de la agresión; el resultado es comparable al de una detención practicada por un privado que no conlleva a la persecución penal por parte de la autoridad oficial encargada. De esto se sigue que la justificación del primer acto requiere que los actos de defensa hayan sido intencionales.⁶⁴ Solo bajo esta exigencia puede uno afirmar que quien realiza la defensa ha ayudado a la víctima de la agresión y no que únicamente ha querido lesionar al agresor.

De cara al § 127 Abs. 1 StPO, *Lampe*⁶⁵ ha advertido de que resultan de la anticipación de los límites de la impunidad, que en cierto modo se corresponden con el problema del adelantamiento de los límites de la punición. Los grupos de casos de desistimiento que él menciona (quien lleva a cabo la detención lo hace en un principio con la intención de entregar al detenido a la policía, pero al final deja libre al delincuente) se dan también en los casos de derecho de estados de necesidad. Si se sigue con las reflexiones de *Lampe*, uno puede diferenciar el desistimiento “voluntario” del desistimiento “involuntario”. El desistimiento involuntario no presenta problemas. Éste se dará cuando el autor se vea impedido de perseguir su intención por circunstancias ajenas – con seguridad se puede todavía efectuar otras diferenciaciones –. Para las causas de justificación no sucede una cosa distinta. Otra valoración sí que puede hacerse con

* El término utilizado por el autor es “*Beweisverkehr*”, y se ha traducido como “tráfico probatorio” en el sentido de dar a entender que en el § 267 StGB se protege la confianza probatoria que generan los documentos en el tráfico jurídico (N.T.)

⁶⁴ Se está de acuerdo con *Jakobs* (arriba en la nota 52) en que la esperanza de que un tercero intervenga se relacione, dado el caso, a una eventual intención de la propia determinación.

⁶⁵ *Lampe*, GA 1978, 11.

respecto al desistimiento voluntario del que habla *Lampe*. Aquí cabe remitirse al desistimiento material que tiene trascendencia para el derecho positivo, en el sentido de que así como la omisión de la lesión (material) al bien jurídico anula el juicio que recae sobre el injusto, así también la omisión del acto de defensa, de rescate, etc., suprime la justificación.⁶⁶ Una tal solución sería contradictoria si se acepta que la intención de rescate del acto ya realizado es posterior al predicado de la antijuridicidad y que en el momento en que se realiza la acción tendrían que existir todos los elementos del delito.⁶⁷

Un problema adicional, conocido a la luz del § 267 StGB, tiene que ver con la pregunta de la intención “condicional”. Si el autor está firmemente decidido a usar el documento falso cuando es “indispensable”,⁶⁸ no existe duda alguna sobre la comisión del § 267 StGB; la justificación comienza cuando el defensor (quien presta ayuda) se decide a realizar el resto de actos de defensa. Si falta tal decisión no debería perpetrarse el § 267 StGB⁶⁹ y correspondientemente tendría que negarse la justificación ante la falta de decisión.⁷⁰

Que esta “intención definitiva” en los casos de estados de necesidad de varios actos se compatible con el rechazo de una intención de defensa o de una intención de rescate, ha sido clarificado a través de las reflexiones ya dadas sobre el § 127 Abs. 1 StGB. También aquí tiene la intención la única función de asegurar el efecto de rescate, sin que eso dependa de la unión de intenciones. Formulada de otra manera: la intención sirve solo para asegurar que el defensor o quien lleva a cabo la acción de rescate haga exactamente aquello que hace cuando defiende o rescata *en un solo acto*.

No hay que dudar que las reflexiones de *Lampe* sobre la utilidad del elemento subjetivo de las causas de justificación, que aquí se ha intentado continuar, ofrecen una complicación adicional de consecuencias importantes en el campo de la prueba del proceso penal. *Oehler* ha advertido expresamente que tales dificultades probatorias generan riesgos en la búsqueda de la justicia en el concreto proceso penal.⁷¹ Pero

⁶⁶ También con respecto al § 24 ap. I p. 1 2. se colocan paralelos, que son para tener en cuenta, en el sentido de que en dicha variante también están incluidos los casos de error (cfr. *Kaufmann*, *Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, 1959, pp. 228 ss.)

⁶⁷ A partir de esto se deriva la necesidad para el legislador de prever causas de justificación de la estructura del § 127 Abs. 1 StPO como “causas de justificación mutilada en dos actos”, en donde la justificación pueda darse ya en el primer acto.

⁶⁸ Cfr. BGH 5, 152. La clasificación de esta planificación mediante el dolo eventual que ofrece *Stratentwerth* (nota 4), n. 318 no me parece aceptable.

⁶⁹ *Stratentwerth* (nota 4), n. 318. Véase también en todo caso la constelación de OLG Köln NJW 1983, 769.

⁷⁰ En mi opinión, me decanto por la solución de que en los casos de una lesión a un bien jurídico no puede darse una causa de justificación si es que el autor no se ha decidido a proteger el bien jurídico. Sobre el caso que conduce a efectos justificados, véase de nuevo *Lampe*, GA 1978, 11.

⁷¹ *Oehler* (nota 11), pp. 116 s.

aún cuando uno, como el autor de esta contribución, asuma dicho riesgo,⁷² primero tiene que haber examinado a fondo y hasta el final las estructuras dogmáticas y tiene que estar seriamente dispuesto a plantear soluciones a las dificultades probatorias.

⁷² Cfr. *Loos* (nota 53), pp. 267 ss.

Sobre la limitación del derecho de legítima defensa a causa de provocación*

De Prof. Dr. Fritz Loos, Göttingen

I.

La extraordinariamente amplia discusión en la ciencia jurídica penal¹ sobre la legítima defensa y sus límites “ético-sociales” refleja un cambio radical en la praxis de los tribunales penales sobre la aplicación de la disposición de la legítima defensa, el cual –luego de unas sentencias que lo preludieron- comenzó alrededor de 1960 y aún hoy no puede considerarse concluido. Sintomáticas de la impetuosa transformación son las observaciones introductorias al “Concepto y esencia de la legítima defensa” en el Manual sobre la Parte General del Derecho Penal de *Maurach*. En la segunda edición (1958)² aún se celebraba sin reservas “el benéfico efecto de la técnica de legislación bien equilibrada”, que habría conducido a que ninguna otra institución fuera “en importancia, consecuencias y particularidades [...] tan indiscutida y tan clara como la legítima defensa”. A esto se atiene *Maurach* en principio todavía en la tercera edición (1965)³, advirtiendo, sin embargo, que la cuestión de la provocación de la legítima defensa presenta “en la actualidad problemas aún no aclarados”. En la cuarta edición (1971) se cambia el tiempo verbal de la frase sobre el carácter indiscutido y la claridad de la regulación de la legítima defensa: el presente se convirtió en pretérito imperfecto. Un año antes *Bockelmann* había introducido su artículo al libro homenaje a *Honig* con la anotación: el desarrollo del derecho de legítima defensa “se encontraría [...] en punto a sus limitaciones fundadas ético-socialmente”.⁴ Al final del decenio, *Hassemer* diagnostica en su imponente contribución al libro homenaje a *Bockelmann* un regreso a una dogmática pre-positiva, cuyo estilo estaría caracterizado por argumentos de tipo moral y retórico y por la directa dependencia de tendencias político criminales generales.⁵

Sobre las causas de la marcha triunfal de las limitaciones del derecho de legítima defensa por motivos “ético-sociales” se

han hecho muchas conjeturas. Para ella ha sido de importancia el abandono del liberalismo⁶ y el vuelco hacia representaciones de valor más fuertemente orientadas en la solidaridad.⁷ *Hassemer* ve una relación con la crisis de legitimación de la pena – el derecho de legítima defensa derivado del derecho penal del Estado y de la sociedad –, que paradójicamente tendría como consecuencia una ampliación de la punibilidad, a saber, del defensor.⁸ Dentro del sistema jurídico se podrá pensar también – a pesar del rechazo absolutamente preponderante – en el art. 2 apartado 2 letra a) del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Para mis consideraciones, que apuntan a cuestionar la legitimidad de la limitación del derecho de legítima defensa a causa de una provocación no intencional, al menos a reducir las consecuencias penales para el defensor, es, sin embargo, más importante constatar, ante todo, que la imposición de limitaciones ético-sociales del derecho de legítima defensa tuvo lugar en la praxis judicial, sin que una extensión de la punibilidad, y su objeción a causa del principio *nulla poena*, fuera considerada problemática.⁹ Esto tampoco se puede explicar con que existía una considerable circunspección frente a la extensión del ámbito de aplicación del Art. 103 Abs. 2 a la parte general¹⁰, dado que, así y todo, hubieron importantes voces a favor de excluir el derecho judicial y consuetudinario, al menos en el ámbito de reglas delimitadas entre las cuales se contaba también precisamente la disposición de la legítima defensa del § 53 Código Penal (vieja versión).¹¹ Que la cuestión de la admisibilidad constitucional de las limitaciones ético-sociales al derecho de legítima defensa era, en todo caso, merecedora y necesitada de discusión, difícilmente podrá ser puesto en duda en vista

* Título original: “Zur Einschränkung des Notwehrrechts wegen Provokation”, in: Ahrens u.a. (eds.), Festschrift für Erwin Deutsch zum 70. Geburtstag, 1999, pp. 233-249. - Traducción de Prof. Dr. Ezequiel Malarino (Universidad de Belgrano y Universidad de Buenos Aires).

¹ Cfr., al respecto, sólo las extensas indicaciones de literatura de trabajos monográficos hasta la mitad de 1966 en *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, t. 2, 3ª ed. 1997 en el § 15 (pp. 547-550). Desde entonces, respecto al ámbito de problemas que atañe a este artículo han aparecido, entre otras, las contribuciones de *Krack*, Anm. zu BGHSt 42, 97 en: JR 1997, 468; *Kühl*, StV 1997, 298; *Joerden*, JuS 1997, 725; *Schneble*, JuS 1997, 959; *Kühl*, en: Schulz et al. (eds.) Festschrift für Günter Bemmman zum 70. Geburtstag, 1998, p. 193; *Kargl*, ZStW 110 (1998), 38.

² En el lugar citado, p. 245.

³ En el lugar citado, p. 262.

⁴ *Bockelmann*, en: Barth et al. (eds.) Festschrift für Richard M. Honig zum 80. Geburtstag, 1970, p. 19.

⁵ *Hassemer*, en: Kaufmann et al. (eds.) Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag, 1979, pp. 225, 230 s.

⁶ Sobre los antecedentes del amplio derecho de legítima defensa alemán en el “más reciente derecho natural alemán” liberal *Kühl*, en: Klippel (ed.) Naturrecht im 19. Jahrhundert, 1997, pp. 313, 320 ss y *él mismo*, en: Schulz et al. (nota 1), pp. 193, 194 ss.

⁷ Cfr. *Schroeder*, in: Kaufmann u.a. (eds.), Festschrift für Reinhart Maurach zum 70. Geburtstag, 1972, p. 127.

⁸ *Hassemer* (nota 5), pp. 230 s. Sobre otras hipótesis sociológicas, cfr. también *Arzt*, en: Grünwald et al. (eds.) Festschrift für Friedrich Schaffstein zum 70. Geburtstag, 1975, pp. 77 y ss.

⁹ En las decisiones pertinentes sobre el § 53 Código Penal (vieja versión), tal como BGHSt 3, 217; 5, 245 ss; 24, 356; BGH NJW 1962, 308; NJW 1969, 802, no se mencionan el art. 103 Abs. 2 Ley Fundamental y el § 1 Código Penal.

¹⁰ Cfr. también *Welzel*, Das deutsche Strafrecht, 11ª ed. 1969, pp. 23 s.

¹¹ Al respecto, por ejemplo, *Engisch*, en: Engisch et al. (eds.) Festschrift für Edmund Mezger zum 70. Geburtstag, 1954, pp. 127, 131; *Lenckner*, JuS 1968, 249 (252). Con decisión en contra de la restricción del § 53 Código Penal (vieja versión) en cuanto extensión de la punibilidad inadmisibles sobre todo *Kratsch*, Grenzen der Strafbarkeit im Notwehrrecht, 1969, pp. 29 ss; *él mismo*, GA 1971, 65 (77 ss).

de la génesis del § 53 Código Penal,¹² pero también de la tradición de la interpretación del Tribunal del Imperio hasta ciertos apartamientos en su jurisprudencia durante el Tercer Reich.¹³ Manifiestamente, era tan grande el convencimiento de la corrección de las soluciones materiales que en la praxis las objeciones formales apenas surgieron.¹⁴

Con la segunda ley de reforma del derecho penal de 1973 y la introducción, el 1 de enero de 1975, de una nueva parte general del Código Penal, la cuestión de la admisibilidad constitucional de limitaciones al derecho de legítima defensa se ha ciertamente al menos aplazado.¹⁵ La adopción en esencia¹⁶ literal del viejo texto, sobre todo la conservación de los dos párrafos en el § 32 (nueva versión) con la fórmula de la cualidad de requerida (*Gebotenheit*) en el párrafo 1, debería cubrir las limitaciones ético-sociales a la legítima defensa, consideradas ya, en principio, como consolidadas¹⁷, así que precisamente la conservación del texto conduciría bajo una interpretación histórica a otro contenido legal.¹⁸ En todo caso, el argumento de la *lex scripta* en contra de las limitaciones ético-sociales a la legítima defensa fue considerado, después de esto, al menos como mitigado.¹⁹ y el argumento de la determinación en todo caso como relativizado, en la medida que el § 32 (nueva versión) no es más, ahora, una disposición cerrada, delimitada.²⁰ Con esto, desde luego, no está aún decidida la cuestión de la compatibilidad constitucional de la actual jurisprudencia sobre la provocación de la legítima defensa. En lo siguiente deben ser analizadas las objeciones en contra de esa interpretación de la provocación especialmente bajo el punto de vista del principio de determinación, el cual precisamente representa un límite para el legislador.

II.

El derecho de las limitaciones a la legítima defensa y con ello también las reglas jurídicas sobre la provocación de la legítima defensa son derecho judicial. En la típica manera de su gestación en Alemania esto incluye la fertilización a través de la ciencia jurídica.²¹ Si se pone la mirada en el derecho judicial de hecho aplicado, es poco razonable incluir la provocación intencional, pues en la praxis judicial ella no juega prácticamente ningún papel en todo caso a causa de la imposibilidad probatoria que regularmente existe.^{22 23} Sin embargo, separar las cuestiones de la provocación intencional de las otras provocaciones culpables es recomendable también porque el análisis conjunto de las provocaciones diferenciadas en lo subjetivo sugiere una similitud que para el sentimiento jurídico –precisamente también del ciudadano promedio – no existiría si se pusieran en claro las diferencias. Respeto a aquel que provoca para poder lesionar debería encontrar amplia aprobación el punto de vista que acepta un abuso del derecho a la legítima defensa que se ha ejercitado, lo que al menos es muy dudoso en caso de dolo sin la correspondiente finalidad o completamente en caso de imprudencia/temeridad.²⁴ En lo siguiente también debe quedar abierto si algo especial debe valer para la provocación con dolo directo; principalmente se piensa en la provocación con dolo eventual.

Una reconstrucción de la praxis hace bien en diferenciar nítidamente, ante todo, el lado objetivo y el subjetivo de la

¹² Cfr. al respecto *Bockelmann* (nota 4), pp. 24 s con referencias.

¹³ Por ejemplo, RGSt 71, 134; 72, 58 (sobre todo en el fundamento).

¹⁴ En este sentido se señala también que en la temprana fase de la jurisprudencia sobre provocación de la legítima defensa la restricción del derecho de defensa era de lo más extrema (por ejemplo, BGH NJW 62, 308). Por el contrario, las decisiones de los años 70, comenzando por BGHSt 24, 356, se presentan nuevamente como un retorno amigable a la legítima defensa.

¹⁵ Sobre esto *Loos*, en: Broda et al. (eds.), *Festschrift für Rudolf Wassermann zum 60. Geburtstag*, 1985, pp. 123, 128 s; diferente sin embargo en lo esencial *Engels*, GA 1982, 109.

¹⁶ Comparado con el viejo texto, solamente en el párrafo 1 del § 32 Código Penal (nueva versión) fue aclarado que la legítima defensa elimina la antijuridicidad del hecho.

¹⁷ Cfr., al respecto, las indicaciones sobre la génesis del § 32 Código Penal (nueva versión) en *Stree*, JuS 1973, 461.

¹⁸ *Loos* (nota 15), pp. 128 s.

¹⁹ Cfr. las referencias en *Erb*, ZStW 108 (1996), 266 (270) nota 21.

²⁰ A esto se refirió mi rechazo demasiado apodóctico de la interpretación de *Engels* (nota 15), GA 1982, 109 (129).

²¹ Cfr., por ejemplo, las referencias de literatura en las decisiones guía BGHSt 24, 356 (358 s); 27, 336 (338). Sin embargo, esto se refiere más bien al presupuesto de la provocación; el lado de las consecuencias (en especial la « teoría de los tres niveles » en BGHSt 26, 143, sobre esto en el texto por las notas 35 ss) ha sido desarrollado –a pesar de las citas en la nota de la p. 146 – al menos en los detalles de manera autónoma por el Tribunal Supremo Federal.

²² Pertinente BayObLG en ZfEpfl en Bayern 1909, pp. 131 s. La decisión del Tribunal Supremo Federal, en *Dallinger*, MDR 1954, 335, en parte mencionada en este contexto, representa un caso de resolución mutua a una riña y por ello perteneciente a una tipología de casos diferente. En BGH NJW 1983, 2267 se excluye expresamente la provocación intencional.

²³ Productiva puede ser una discusión de la provocación intencional solamente en la medida que la « demostración » de que ya es inadmisibles la restricción de la legítima defensa en caso de la provocación intencional, « con mayor razón » puede quitar el sustento a las reglas de la provocación dolosa o imprudente(/temeraria). Así expresamente *Bockelmann* (nota 4), p. 24 y *Kiefner*, *Die Provokation bei Notwehr (§32 StGB) und Notstand (§ 34 StGB)*, 1991, p. 3.

²⁴ *Neumann*, *Zurechnung und Vorverschulden*, 1985, con evidente sentimiento jurídico del público, se refiere expresamente a la provocación intencional para su meta-regla (“prohibición de invocación”) como relajamiento necesario a causa de un conflicto de la regla primaria dogmática (pp. 142 s, 176 ss).

acción de provocación²⁵ limitadora del derecho a la legítima defensa,²⁶ porque con ello se aguzan las cuestiones, especialmente aquella de la relación entre el lado objetivo y el subjetivo. Según la posición actual del Tribunal Supremo Federal, desde el punto de vista objetivo la acción de provocación debe ser antijurídica o bien tan reprobable ético-socialmente que equipare en desvalor a una acción antijurídica.²⁷ Adicionalmente,²⁸ la acción debe hacer aparecer a la agresión como una consecuencia adecuada. Que con ello sean señalados criterios precisos, difícilmente pueda afirmarse en vista del desacuerdo fáctico sobre criterios éticos-sociales²⁹ que ha de constatar en una sociedad pluralista³⁰; precisamente en tal sociedad, el derecho positivo tiene la función de ser una « directriz temporal » (Luhmann). Por ello, parece preferible exigir una acción previa antijurídica, lo que hoy es aceptado en la literatura probablemente de manera preponderante.³¹ Sin embargo, queda la duda de si esta ganancia en precisión, de por sí deseable, no resta en cierta manera superficial, porque no debería poder construirse una relación de antijuridicidad entre, por un lado, la acción (de provocación) prohibida por

el derecho y, por otro lado, el peligro y resultado de la acción de defensa.³²

En cuanto al lado subjetivo se exige dolo o temeridad; quizás también se considera suficiente imprudencia (simple).³³ Menos claro es a qué se ha de referir el dolo y la imprudencia. Parece obvio que el objeto de referencia es la agresión “provocada”;³⁴ incierto es, sin embargo, si también lo es la acción de defensa o su resultado. En la provocación intencional incluso ambos son evidentemente objeto de referencia. Regularmente, de la espera o expectativa de una agresión determinada también se podrá construir en todo caso la “imprudencia” respecto a la propia defensa; de todos modos, puede ser que la situación de defensa se empeore, también sin que esto se haya de reconducir únicamente a la agresión.

Del “lado de las consecuencias” el *Tribunal Supremo Federal* sigue la “teoría de los tres niveles” por él creada.³⁵ Según ella, el provocador, *ante todo*, debe *alejarse*, con lo cual le es quitado el privilegio de no deber darse a una “fuga vergonzosa”.³⁶ También debe apartarse cuando, de ese modo, la defensa puede efectuarse con un medio menos peligroso para el agresor.³⁷ En la formulación del cuarto Senado en lo Penal, en este sentido más estricta, falta también la limitación del segundo Senado en lo Penal de que sólo sería exigido un alejamiento momentáneo.³⁸ Seguro es, sin embargo, que se exige más que solo un ‘salir de la dirección de la agresión’, esto es, desde el punto de vista de los bienes jurídicos del defensor que había provocado está afectada no sólo la libertad general de acción, sino también la libertad de movimiento.³⁹ Con todo, esto depende de la cuestión no

²⁵ Me limito aquí a *acciones* de provocación y dejo abierto si también hay una provocación relevante por omisión. Cfr. al respecto el grupo de casos por mí investigados en: JuS 1985, 859 (860).

²⁶ Esto no siempre ocurre claramente cuando se habla resumidamente de “agresiones provocadas culpablemente” (cfr. *Lackner/Kühl*, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 26ª ed. 2007, § 32 n. 14).

²⁷ BGHSt 24, 356 (358) s exige una acción antijurídica (“reprochable por el derecho”). BGHSt 42, 97 (101) consideraba suficiente, expresamente, una infracción contra la ética social, cuando la importancia por ejemplo “iguala a una injuria grave”. Para una evaluación de las decisiones del Tribunal Supremo Federal pertinentes en este punto, cfr. *Roxin* (nota 1), § 15, n. 68 (p. 583 s); cfr. también *Herzog*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (eds.), *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch*, 2ª ed. 2005, t.2, § 32 n. 121 con referencias.

²⁸ Así, probablemente, BGH StV 1996, 87. En BGHSt 27, 336 (338) la causación adecuada de la agresión también podría ser entendida como único criterio para determinar la cualidad de la acción de provocación, porque la alusión a un “quebrantamiento del deber” (en el lugar citado) queda absolutamente indeterminada. Dado que en esta última decisión el Tribunal Supremo Federal niega, sin embargo, una provocación, no necesitó establecer este aspecto.

²⁹ Aquí no se necesita pensar solo en un grupo de marginados. Sobre qué conducta es exigible a otros y ha de ser tolerada por ellos no hay unanimidad evidentemente en muchos aspectos, por ejemplo, entre los diferentes grupos de edades de la entera población.

³⁰ En qué ve *Kühl*, (StV 1997, pp. 193, 199 s) la ganancia en delimitación a través de la comparación con valoraciones jurídicas, no es claro, dado que criterio de valoración para la equivalencia de desvalor puede ser solamente la ética social.

³¹ Cfr. *Roxin* (nota 1), § 15 nm 69 (p. 584) con referencias en la nota 135.

³² Evidentemente, éste también es un problema de todas las construcciones de *actio illicita in causa*. La consideración va más allá de la correcta indicación de *Krack*, JR 1997, 469 con la nota 9.

³³ Cfr. las referencias en *Roxin* (nota 1), § 15 n. 66. El Tribunal Supremo Federal en BGHSt 26, 143 (145) se basa en la temeridad del autor; con todo, dado que *in concreto* ella fue aceptada de modo no problemático, probablemente este elemento no es considerado como criterio. La provocación con dolo (eventual) es nuevamente distanciada de la imprudente en la decisión BGHSt 39, 374; las restricciones drásticas (problemáticas) del derecho de legítima defensa se explican probablemente en los aterradores casos de una confrontación entre una inescrupulosa predisposición a matar para la (supuesta) protección del botín y una justicia de propia mano violenta sin consideración de terceros ajenos.

³⁴ Así, probablemente, también en BGHSt 24, 356 (358), donde en caso de rechazo de la “espera” solo debería excluirse el dolo.

³⁵ Desarrollada en BGHSt (*segunda sala*), 24, 356 (358 s); BGHSt (*cuarta sala*), 23, 143 (145 s).

³⁶ Expresamente BGHSt 26, 145: en el resultado, probablemente no diferente BGHSt 24, 358.

³⁷ BGHSt 26, 145.

³⁸ BGHSt 24, 358.

³⁹ Esto probablemente no era así en BGHSt 5, 245 (248 s), donde se trataba solamente de la exigibilidad de *retirarse* del

aclarada completamente en la jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal de por cuánto tiempo puede ser exigida una fuga. Más esencial aún es, sin embargo, la objeción que, por lo menos, no es atípica, de que con la huida se empeora la situación de defensa con serias consecuencias para el defensor, pero también, en ciertas circunstancias, para el agresor o para ambos. La misma objeción se intensifica si el defensor está limitado *en el segundo nivel a la defensa de protección*⁴⁰, esto es, si le es impuesto el riesgo de lesión en caso de una forma de escalada, que en definitiva apenas puede pronosticarse con fiabilidad, de una agresión sólo provisoriamente detenida por parte de un agresor antijurídico. Este riesgo apenas será atenuado si [según el BGH] una *defensa de agresión* no debe estar excluida tan pronto como exista peligro de muerte o peligro de ser “golpeado gravemente”,⁴¹ pero, al mismo tiempo, se agrega que han de tolerarse daños menores – esto es, en ciertas circunstancias, una sensación de éxito estimulante para el agresor –,⁴² y, finalmente, que deben permitirse medios de defensa que impliquen peligro de muerte “sólo [como] último recurso”, debiendo éste estar precedido “si es posible” por un empleo de armas menos peligroso.⁴³ Si con ello es nuevamente retirado el permiso de defensa ilimitado en caso de peligro de “grave golpiza” o de lesión grave, si y en qué medida la “posibilidad” de un medio de defensa menos peligroso está determinada a través de un pronóstico de resultado, no es, al menos, precisamente claro.

Para fundar la limitación del derecho de legítima defensa en caso de provocación culpable, el *Tribunal Supremo Federal* se apoya en la consideración de que el principio de conservación del derecho, que, junto con el principio de protección individual, está a la base de la regulación de la legítima defensa, no sustentaría más el derecho de defensa ilimitado, cuando el defensor comparte la responsabilidad del conflicto desencadenado con la agresión.⁴⁴ El *Tribunal Supremo Federal* parte, por lo tanto, de una legitimación “dualista-cumulativa” de la legítima defensa.⁴⁵ *Roxin*⁴⁶ explica la idea en el sentido de que una agresión provocada causaría una “conmoción mucho menor en la población”. Las cuestiones de la legitimación de la legítima defensa son, como es conocido, extraordinariamente controvertidas en la literatura;⁴⁷ no menos controvertidos son también los argumentos “empíricos” con referencia a presuntas actitudes de la población. En definitiva, de las consideraciones de principios o consideraciones de concurrencia de principios al

menos aquí no se derivan forzosamente o siquiera plausiblemente razonamientos para decisiones concretas. Limitaciones a la legítima defensa a causa de provocación pueden también “deducirse” en el marco de una concepción individualista de la legítima defensa de una responsabilidad del agredido por la situación de conflicto. Presuntamente, las valoraciones finalmente decisivas provienen, si así se quiere, de fuentes “políticas” completamente diferentes.⁴⁸ Arriba ya se ha hecho mención de las concepciones basadas en el liberalismo y la solidaridad; probablemente, repercutan también las hipótesis cuasi-empíricas sobre la reducción, deseada en todas partes, de la disposición a la violencia⁴⁹, en lo cual la “elección” de la hipótesis probablemente también esté guiada nuevamente por valoraciones. Sobre tales cuestiones no es posible obtener ningún acuerdo racionalmente fundado; sólo desde el punto de vista fáctico puede existir un consenso más o menos amplio, el cual, sin embargo, según mi apreciación, no va mucho más allá del rechazo de las posiciones extremas del liberalismo o de la solidaridad.⁵⁰ Por ello, en lo siguiente deben ser discutidos principios para una crítica a partir de consideraciones más formales contra tales valoraciones materiales.

III.

1. A partir de la segunda mitad de los años ochenta, la jurisprudencia del *Tribunal Supremo Federal* ha sido criticada cada vez en mayor medida por los jóvenes penalistas; ellos pudieron basarse, desde luego, en los antiguos críticos.⁵¹ La idea básica decisiva, que primero fue expuesta por *Mitsch*⁵² y luego de manera similar por *Frister*⁵³ y *Renzikowski*⁵⁴, es que el agresor antijurídico, esto es, quien según el § 32 Código Penal no está justificado por una defensa necesaria de una provocación antijurídica, no merece protección, porque, con su agresión antijurídica, él mismo se habría puesto en peligro de ser lesionado por una acción de defensa. El agresor tampoco se encuentra en una situación de necesidad luego del comienzo de su agresión; antes bien, él podría proteger la integridad de sus bienes jurídicos abandonando la agresión. Según la opinión de los mencionados autores, este argumento serviría como objeción contra todos los argumentos hasta ahora formulados para la limitación del derecho a la legítima defensa en los casos de provocación. De hecho, a través de ello la fuerza persuasiva

cine. Sin embargo, en caso de fuga frente a un agresor el camino de fuga está al menos en parte determinado y otras alternativas están por ello excluidas.

⁴⁰ BGHSt 24, 359; 26, 145.

⁴¹ BGHSt 24, 359; 26, 145.

⁴² BGHSt 26, 145.

⁴³ BGHSt 26, 146.

⁴⁴ Significativo BGHSt 24, 356 (359).

⁴⁵ Coincidentemente *Roxin* (nota 1), § 15 n. 1, 65.

⁴⁶ En el lugar citado, n. 65.

⁴⁷ Recientemente, sobre esto otra vez *Kargl* (nota 1). Cfr. también los trabajos de *Kühl* mencionados en la nota 6.

⁴⁸ Cerca de y en las notas 6 y 7.

⁴⁹ Sobre la contención de la disposición a la violencia, cfr. abajo por la nota 91.

⁵⁰ Cfr. al respecto también en IV.

⁵¹ *Bockelmann* (nota 4), p. 31; *Hassemer* (nota 5), p. 244; *Hillenkamp*, Vorsatz und Opferverhalten, 1981, pp. 125 ss, 129; como siempre, crítico del Tribunal Supremo Federal *Spendel*, en: *Jähnke/Laufhütte/Odersky* (eds.) *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, t. 2, 11ª ed. 2003, § 32, n. 301.

⁵² *Mitsch*, Straflöse Provokation strafbarer Taten, 1986, pp. 120 s; *Baumann/Weber/Mitsch*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 11ª ed. 2003, § 17 I 3b (pp. 324 s).

⁵³ *Frister*, GA 1988, 291 (301 s.).

⁵⁴ *Renzikowski*, *Notstand und Notwehr*, 1994, pp. 301 s.

de las consideraciones de que se debilitaría el interés de conservación del derecho, que el conflicto entre agresor y defensor tendría que ser compartido por el provocador o que un ejercicio del derecho a la legítima defensa pleno por el provocador sería un abuso del derecho, al menos se reduciría considerablemente.⁵⁵ La argumentación se vuelve todavía más plausible a través del desarrollo, completamente independiente de la problemática aquí tratada, de la doctrina general de la interrupción de la imputación por la conducta de auto-puesta en peligro voluntaria y consciente del lesionado. Esto vale en todo caso, si en esa doctrina no sólo se ve una solución para cuestiones de la imputación de la consumación, sino de la delimitación de ámbitos de responsabilidad.⁵⁶ Las objeciones en contra de una no exoneración de responsabilidad del provocador son tanto más fuertes si la provocación ha ocurrido no ya con dolo, sino sólo con imprudencia o temeridad, porque, en todo caso en el ámbito de la responsabilidad por imprudencia⁵⁷ la interrupción de la relación de imputación en caso de auto-puesta en peligro voluntaria y consciente es generalmente reconocida entretanto también en la praxis judicial. Con estas anotaciones incompletas debemos darnos por satisfecho.

2. Una objeción en contra de la limitación del derecho a la legítima defensa a causa de una provocación precedente del agredido podría resultar del principio de coincidencia o de simultaneidad.⁵⁸ Este principio, derivado del principio de la culpabilidad por el hecho, exige que, en principio, todos los presupuestos de la punibilidad del delito deban estar presentes en el momento en que finaliza la acción. Esto podría infringirse si la antijuridicidad de la acción de defensa es fundada en una provocación que la precede temporalmente. Sin embargo, hasta el momento es poco claro el sentido del principio de coincidencia; este principio es referido hasta ahora esencialmente a los elementos subjetivos del delito y aun en ese ámbito es considerado en la praxis y teoría como no absoluto, contra lo cual, sin embargo, también se han alzado continuamente críticas.⁵⁹ Además, en contra del

principio en cuestión puede indicarse el § 35 apartado 1 oración 2 Código Penal, según el cual una situación de necesidad causada por el propio autor excluye la invocación del estado de necesidad exculpante, a primera vista una situación paralela a la situación de agresión causada por provocación.⁶⁰

Las quiebras no deben descartar, sin embargo, la relevancia del principio para el juicio de la provocación. En los casos de los §§ 17 y 20 Código Penal ellas son todo menos que incuestionables; la regulación en el § 35 Código Penal puede entenderse como una regulación especial, de lo que resulta que el § 35 apartado 1 oración 1 significa mera indulgencia frente a quien actúa con culpabilidad sólo reducida⁶¹, lo que no debe ser trasladable a cuestiones de determinación del ilícito.⁶²

Por otra parte, debe reconocerse, sin embargo, que deberes de acción o de omisión en el ámbito de los delitos especiales pueden ser completamente modificados, pero también fundamentados, por medio de acciones anteriores del autor, lo que vale especialmente para las posiciones de garante. En este sentido, la construcción de injerencia propuesta por Marxen⁶³ para los casos de provocación sería conforme a sistema y no criticable de manera contundente con base en el principio de coincidencia. Desde luego, no ha de pasarse por alto la diferencia entre el deber de garante por injerencia y el deber de tolerancia del provocador establecido en la praxis: La conducta precedente del injerente limita en principio sólo su libertad general de acción; que él deba sacrificar bienes jurídicos específicos ha de aceptarse, precisamente en la injerencia, solo con la mayor cautela⁶⁴; en

determinación del momento decisivo para la evitabilidad del error de prohibición según el § 17 oración 2 Código Penal – cfr. al respecto Schroeder, in: Jähne/Laufhütte/Odersky (nota 51), § 17, n. 47.

⁶⁰ Cfr. Jakobs, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2ª ed. 1991, 12/49.

⁶¹ Cfr. Jescheck/Weigend, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5ª ed. 1996, pp. 477 s; Hirsch, in: Jähne/Laufhütte/Odersky (nota 51), previo a § 32, n. 195, con otras referencias sobre la doctrina mayoritaria.

⁶² Lo mismo vale para el § 213 alternativa 1 Código Penal, al cual también se refiere Jakobs (nota 60).

⁶³ Marxen (nota 55), pp. 56 ss, 58 s. Diferente es el planteamiento de Jakobs (nota 60), 12/49, quien no se basa en la responsabilidad por el peligro para los bienes jurídicos del agresor, sino en el provocador/defensor e invoca los §§ 35, 213 grupo de casos 1 Código Penal. Ambas disposiciones conciernen, sin embargo, cuestiones de la indulgencia en el componente de la culpabilidad (cfr. al respecto ya nota 59), no la constitución del ilícito, para lo cual deben valer los principios formales más estrictos que serán tratados en el punto II.

⁶⁴ Prescindiendo de la cuestión de si los casos de responsabilidad por el producto (BGHSt 37, 106) son solucionados correctamente con la idea de la injerencia, los gastos financieros pueden ser fundamentados de otra manera probablemente ya desde el punto de vista del derecho civil.

⁵⁵ Renzikowski (nota 54) argumenta primariamente contra la construcción de injerencia de Marxen (Die "sozialethischen" Grenzen der Notwehr, 1979, pp. 56 ss). Cfr. al respecto también en el texto por las notas 63 ss.

⁵⁶ Cfr. al respecto solamente Roxin (nota 1), § 11, n. 90 ss, especialmente nm. 91 (pp. 334 ss).

⁵⁷ Que el concepto de responsabilidad por imprudencia es concebido aquí de manera amplia, esto es, que se trata no (sólo) de la realización de tipos de imprudencia (por ejemplo, según los principios de la *actio illicita in causa*), necesita probablemente sólo ser apuntado.

⁵⁸ Neumann, Zurechnung und Vorverschulden, 1985, pp. 14 s; Hruschka, GA 1981, 236 (248), n. 16.

⁵⁹ Especialmente se preconizan quiebras en cuanto a la limitación de la exculpación o disculpa (*Dekulpation*) en caso de un arrebato culpable – al respecto, BGHSt 35, 143 (144 s) con la concesión parcial al principio de que al menos era previsible el último hecho en estado de capacidad de culpabilidad; Roxin (nota 1), § 20, n. 17 ss, pp. 763 ss; Frisch, ZStW 101 (1989), pp. 538 ss – y en cuanto a la

los casos de provocación, sin embargo, al provocador se le impone un deber de tolerar daños corporales no insignificantes⁶⁵ Si tal reducción del derecho a causa de una falta anterior puede derivarse de la idea de la injerencia, al menos hasta ahora no es claro.⁶⁶

Más allá de ello, también ha de ponerse en duda si existe la “relación interna” entre la acción de provocación y la acción de defensa puesta por *Marxen* como punto de partida de su argumentación. En la injerencia, quien actúa precedentemente no sólo crea un peligro para los bienes jurídicos, sino que, según la correcta opinión,⁶⁷ también debe existir una relación de antijuridicidad entre la infracción de la norma a través de la conducta precedente y el peligro (especialmente en la tentativa) y el resultado de la omisión. Tal relación de antijuridicidad ha sido negada arriba⁶⁸ en desarrollo del planteamiento de *Renzikowski* a causa del hecho libre del agresor que entra en medio. Más allá de ello, también se han presentado dudas, si la provocación debe ser antijurídica y no sólo ético socialmente desaprobada, acerca de si típicamente existe al respecto una relación de antijuridicidad.⁶⁹

Por consiguiente, existen importantes objeciones contra una reducción del derecho a causa de la “falta” anterior a través de la acción de provocación. Si esas objeciones pueden subsumirse aún en el principio de coincidencia, debe quedar abierto en este lugar y tampoco puede decidirse sin un estudio más profundo de este principio.

3. Si falta, sin embargo, una relación de antijuridicidad entre la provocación y la acción de defensa, podría pensarse a lo más en penalizar la acción de provocación en cuanto tal. Éste ha sido el enfoque de evaluar la provocación de la legítima defensa según los principios de la *actio illicita in causa*,⁷⁰ cuya construcción, sin embargo, actualmente es rechazada.⁷¹ Tampoco el argumento tratado aquí en el punto III.1 permite fundar una responsabilidad en caso de *actio illicita in causa dolosa*⁷², ni imprudente.

Conforme a ello, en todo caso ha de pensarse en prever *de lege ferenda* una penalización de la acción de provocación bajo el punto de vista de la creación de un peligro (concreto o abstracto) para el agresor. Una propuesta de esto se encuentra

en *Kiefner*.⁷³ Sin embargo, no debe desconocerse que, de todos modos, a una configuración como delito de peligro concreto puede oponerse nuevamente el argumento de una interrupción de la relación de imputación: la víctima en peligro se encuentra en una situación, cuyo riesgo ella misma puede controlar, a saber no dejándose provocar.⁷⁴ Estas cuestiones no pueden ser aquí profundizadas. Con todo, aún puede apuntarse que en caso de disposición mutua a la agresión, como está a la base de las decisiones del Tribunal Supremo Federal (BGHSt 39, 133 ss y 39, 374 ss), en donde desde luego la figura de la provocación de la legítima defensa pone a disposición sólo una solución a medias,⁷⁵ existe una apremiante necesidad de pena. Consideraciones del tipo, en los casos normales de la provocación no conectar el quantum de ilícito a la acción y el resultado de la defensa, conducen, en todo caso, a una adecuado nivel de sanción. Esto debe ser explicado con el ejemplo de la provocación imprudente/temeraria.

Si el ilícito realmente reprochable consiste en la provocación misma, no ha de justificarse que la acción de defensa sea penada como delito doloso, cuando la provocación fue solamente imprudente o temeraria.⁷⁶ La construcción de la *actio illicita in causa* ya había aquí abierto el camino de la punición por imprudencia. Pero aun cuando no se comparta la premisa para la determinación del ilícito, aparece al menos necesitado de explicación, por qué una conducta cuyo carácter riesgoso un autor no reconoce, o sí lo hace pero incorrectamente lo minimiza, puede ponerlo ante la elección de aceptar las consecuencias de una agresión o cargar con la pena por un delito doloso. Esta alternativa es especialmente fatal para el interesado, porque la defensa necesaria – de lo contrario no entra en consideración la figura de la provocación – con frecuencia consistirá en un homicidio o en una lesión corporal grave; en los casos documentados en las decisiones de los tribunales penales se trata regularmente de estos graves tipos; los tipos de homicidio están sobre-representados. Un proceso penal y una pena por homicidio, aun cuando por medio del § 213 Código Penal se garantice una suspensión condicional de la condena, significa, sin embargo, una injerencia draconiana en una biografía. Si la diferencia punición por homicidio o absolución está en una relación que pueda hacerse de algún modo plausible con la diferencia imprudencia/temeridad de la provocación o provocación no reprochable, de lo que depende por cierto la decisión en la diferencia mencionada en primer término, aparece tan dudoso que debe reclamarse un intento de motivación.

⁶⁵ Aquí estaría cubierto naturalmente el deber de mero apartarse que no aumenta el riesgo.

⁶⁶ La crítica de *Bitzilekis*, *Die neue Tendenz zur Einschränkung des Notwehrrechts*, 1984, pp. 164 ss, a *Marxen* está planteada de manera más formal.

⁶⁷ Cfr *Rudolphi*, en: *Rudolphi et al. (eds.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 2001, § 13 n. 39b con referencias.

⁶⁸ Cerca de y en las notas 56 s.

⁶⁹ Cerca de y en las notas 56 s.

⁷⁰ *Lenckner*, GA 1961, 299; otras referencias en *Lenckner*, in: *Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar*, 25^a ed. 2007, § 32 n. 57.

⁷¹ *Roxin* (nota 1), § 15 n. 64 con referencias.

⁷² En caso de *actio illicita in causa dolosa*, esto vale también para fundamentar la autoría mediata.

⁷³ *Kiefner* (nota 23), p. 58.

⁷⁴ En este sentido, el típico caso de provocación se diferencia probablemente también de la constelación por mi discutida en JuS 1985, 859 (860) con notas 20 y 23, en donde podía pensarse en el § 323c Código Penal.

⁷⁵ En todo caso, estas constelaciones no tienen nada más que ver con la provocación con imprudencia/temeridad.

⁷⁶ Sobre la cuestión poco clara de a qué se refiere, en realidad, la imprudencia o la temeridad, cfr. el texto por la nota 33.

Finalmente, bajo la premisa de la praxis actual debe aún indicarse que a las cuestiones del aspecto subjetivo en la inabundancia por acciones de defensa luego de una provocación reprochable, en cuanto me es evidente, no es concedida bastante atención en la jurisprudencia ni en la literatura. En todo caso, luego de una provocación imprudente o temeraria desde el punto de vista fáctico la aceptación de un error de prohibición (error sobre el permiso) probablemente no sería algo muy extraño. Incluso si tal error luego debiera clasificarse como evitable resultarían no sólo posibilidades de atenuación de la pena, sino también podría ser atenuado el etiquetamiento del autor. Más trascendente sería aún, sin embargo, la aplicabilidad del § 16 apartado 1 Código Penal, si al autor no se le pudiera refutar que él ha contado con que las lesiones proporcionalmente leves que en principio lo amenazan sólo son el preludeo de otras lesiones más graves que irían más allá del límite de los daños a ser tolerados, lo cuales temía luego no poder más rechazar. Ya desde el punto de vista objetivo tal expectativa no es inusual en un agresor provocable, mucho más probable es tal temor en el agredido en razón de su situación de opresión. Los tribunales de mérito tienen aquí, por consiguiente, motivo para investigar.⁷⁷

4. Una última objeción, quizás las más importante, contra la limitación de la legítima defensa en caso de provocación con dolo (eventual) o con imprudencia/temeridad resulta de que la determinación (precisión) de la pena estatal estructuralmente no ha de ser garantizada en una gran parte de los casos que aquí entran en consideración. Al respecto, no es necesario en absoluto pensar en una determinación *legal*,⁷⁸ la cual puede aparecer exagerada con la apertura al derecho judicial a través de la segunda ley de reforma del derecho penal.⁷⁹ Sin embargo, esto no excluye exigir también de un derecho judicial que entra ante el vacío del derecho legal el establecimiento de *reglas* que posibiliten también a los tribunales de instancia decidir los casos pendientes según el derecho positivo y no según la valoración del cadí.

⁷⁷ Naturalmente, con esto se abren a la defensa chances, que a veces no han sido percibidas presuntamente a causa de la no siempre existente familiaridad con el instrumentario de la teoría del error. El § 16, por medio del apartado 1, oración 2, daría al menos la posibilidad de escapar hacia la responsabilidad por imprudencia, incluso cuando no opere el § 33 Código Penal que también excluiría esta última responsabilidad.

⁷⁸ Así, sin embargo, Koch, ZStW 104 (1992), 785 (816 ss) con las reflexiones dignas de considerar (similar probablemente ya en principio Lenckner, GA 1968, 9) de que las limitaciones ético-sociales a la legítima defensa no se apoyan en una reducción teleológica del § 32 Código Penal, a través de la cual se hace valer la *ratio legis* legislativa, sino en el principio, que funda la legítima defensa, de los principios contrapuestos (al respecto, en el lugar citado, pp. 790 ss, 799 ss). La cláusula de la cualidad de requerida (*Gebotenheit*) no satisfaría, sin embargo, la exigencia del Art. 103 Abs. 2 Ley Fundamental.

⁷⁹ Cfr. arriba en el texto por las notas 15-19.

Sin embargo, en la literatura es defendida la opinión de que las cuestiones de la antijuridicidad por principio se opondrían al mandato de determinación del Art. 103 Abs. 2 Ley Fundamental, porque las cuestiones de ponderación de bienes e intereses, el objeto material del nivel de la antijuridicidad, harían necesaria una ponderación de todas las circunstancias del caso concreto.⁸⁰ Si se toma este mandato al pie de la letra, es desde luego irrealizable a causa de la “intensiva infinidad” de cada constelación individual (Heinrich Rickert). Ya por este motivo es necesaria la orientación en reglas que determinen la relevancia, las cuales en todo caso sólo pueden ser nuevamente reglas jurídicas fundadas en bienes jurídicos o intereses jurídicos. Pero además, el modelo de la jurisprudencia sobre la provocación de la legítima defensa no es precisamente un modelo de ponderación de intereses o bienes jurídicos, sino un modelo de atribución de responsabilidad fundado en la conducta (del provocador), para el cual tales aporías (reales o presuntas) no pueden ser importantes en cuanto a la aplicabilidad del principio de determinación.

Las dificultades fundamentales para un juicio orientado en reglas resultan de que la situación que desencadena la agresión antijurídica se caracteriza con frecuencia, cuando no incluso típicamente, por el hecho de que el punto de partida no es una provocación claramente identificable, sino que existe un recíproco “ir y venir que va ganando en intensidad”⁸¹ de los adversarios que en principio no actúan antijurídicamente; la “provocación de la provocación” como suceso de tres miembros (provocación – provocación – agresión antijurídica) representa solamente un caso especial y además obviamente también solo una construcción ex-post. Hassemer ya había puesto de relieve todo esto con absoluta claridad en la temprana crítica a la jurisprudencia sobre la provocación;⁸² probablemente sólo la equivocada orientación a la provocación intencional no ha favorecido por mucho tiempo esta cuestión. Sin embargo, a más tardar con la decisión del compartimento del ferrocarril del Tribunal Supremo Federal⁸³ esta problemática no puede más pasarse por alto.

Bernsmann⁸⁴ ha sostenido que es absolutamente indiferente que la provocación que desencadena la agresión haya estado precedida o no por una anterior, dado que toda conducta provocadora debería desencadenar la limitación a la legítima defensa, porque con ella se habría prestado una contribución a la tensión que finalmente ha conducido a la erupción. Si bien con esto, como se propone Bernsmann, deviene superflua la cuestión sobre el origen de la

⁸⁰ Cfr. las referencias en Koch, ZStW 104 (1992), 806 (816); en sustancia, también parte de la ponderación ilimitada de las circunstancias mencionada en el texto Erb, ZStW 108 (1996), 266 (286 ss) con una cláusula general de adecuación que necesariamente ha de añadirse a las causas de justificación formuladas.

⁸¹ Kühl, StV 1997, 298.

⁸² Hassemer (nota 5), pp. 232 ss, 234 ss.

⁸³ BGHSt 42, 97.

⁸⁴ Bernsmann, ZStW 104 (1992), 290 (318).

provocación mutua, lo que por motivos probatorios podría ser útil, las representaciones de *Bernsmann* soslayan, sin embargo, la realidad de la vida. Reaccionar frente a una conducta provocadora que con frecuencia no puede ser impedida con una súplica cortés sólo con tolerancia y no con una conducta que por su parte puede ser interpretada como provocación, exige demasiado a muchos ciudadanos sin que pueda justificarse la razón de colocarlos ante la elección de tolerar lesiones a la integridad corporal o incurrir en una pena. Que con ello la desvergüenza obtiene un pase libre, tampoco es una consecuencia colateral deseable y pacificadora. La opinión preponderante opera, por ello, con la construcción de la provocación de la provocación, se pregunta por el punto de partida y juzga la limitación a la legítima defensa según si el finalmente agredido / defensor ha respondido “adecuadamente” o “reaccionado en exceso”.⁸⁵ Ahora bien, ¿es o no aún “adecuado” en un vagón de ferrocarril reaccionar a exhalaciones de cerveza abriendo la ventanilla?⁸⁶ Las cuestiones devienen más opacas cuando el proceso de “idas y vueltas” se torna más complejo.

Con tales sutilezas termina la orientación en reglas; las jurídicas no son de todos modos evidentes; las presuntamente ético-sociales no son más que construcciones ad-hoc. El juicio tampoco deviene más seguro si las acciones de provocación son, por ejemplo, injurias antijurídicas, las cuales, sin embargo, porque terminadas, no conducen a un derecho a legítima defensa y por ello sólo pueden ser valoradas como provocaciones. Un resbalo en una justicia del cadí, en la cual importa esencialmente si el acusado hace una buena o mala impresión o, si la víctima de la defensa ha sobrevivido, una mejor o peor impresión que su adversario, difícilmente pueda evitarse.

La renuncia a la articulación jurídica tiene otra consecuencia sumamente delicada, a saber el creciente riesgo de errores en las constataciones fácticas. Juzgar la adecuación o no adecuación de la reacción presupone un esclarecimiento de los antecedentes que debe fundarse en las declaraciones de testigos. Su percepción y memoria será tanto más problemática, cuanto menos limitados por formas precisas, como ofrecen los tipos penales también en el mundo de los laicos, estén los sucesos a reproducir;⁸⁷ las valoraciones subjetivas pueden presuntamente modificar declaraciones que conciernen a hechos en una manera que no puede ser esclarecida judicialmente.

IV.

Una crítica de la praxis de las limitaciones a la legítima defensa por provocación sería incompleta, si no fuera esbozado a grandes rasgos cuáles limitaciones a la legítima defensa (*de lege lata* o también sólo *de lege ferenda*) pueden ser consideradas razonables y requeridas. Esto también ya es necesario para evitar la impresión de que se hablaría a favor

⁸⁵ *Kühl*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2ª ed. 1997, § 7 nm. 236 (p. 236) con referencias.

⁸⁶ Cfr. BGHSt 42, 97 con las diferentes opiniones de *Krack*, JR 1996, 469 y *Kühl*, StV 1997, 298.

⁸⁷ Al respecto, *Loos*, JR 1997, 514 (515 s).

de una ilimitada “fuerza” (*Schneidigkeit*) de la legítima defensa.

La limitación de la autorización a la legítima defensa en los casos en que al agresor (con observancia del principio de necesidad) es infligido un daño desproporcionadamente mayor comparado con los perjuicios que amenazan al defensor a través de la agresión es, en todo caso en principio, hoy indiscutida.⁸⁸ Para nada claro es, sin embargo, cuándo ha de aceptarse una “desproporcionalidad” que excluya la autorización a la legítima defensa. Actualmente, quien va más lejos es probablemente *Bernsmann* que abiertamente quiere excluir un homicidio justificado también cuando al agredido amenaza una golpiza capaz de conducirlo al hospital.⁸⁹ Aquí sería pertinente la aguda observación de *Schmidhäuser*,⁹⁰ de que se trataría de un “trozo de coquetería con costos ajenos”. Ni las más altas pretensiones ético individuales del sermón de la montaña, ni los programas de educación de la población sumamente inseguros en cuanto a sus efectos pueden ser ideas rectoras para la determinación del mínimo ético social que el derecho penal solo puede y debe garantizar. Sobre el programa de educación de la población ha de observarse que la esperanza de *Bernsmann*⁹¹ de reducir el potencial de violencia en la sociedad a través de la limitación del derecho a la legítima defensa no está probada empíricamente con nada; la tesis puede ser invertida al menos con la misma eficacia en el sentido que la actividad violenta puede florecer si *in casu* de todas maneras no se ha de temer ninguna resistencia.⁹² Por otra parte, entre los conciudadanos parece estar difundida la interpretación (¡abstracta!) de que para la protección de bienes materiales

⁸⁸ El viejo caso de escuela de que para repeler un hurto de cerezas por niños y jóvenes es empleada un arma de fuego, podría ahora hacerse realidad en Bad Gandersheim (cfr. SZ, 9 de julio de 1998). Posiblemente, fue incluso observada la “necesidad”, dado que el empleo de un largo bastón por el viejo custodio de 68 años no habría servido a nada (uno de los jóvenes habría gritado: ¡ven a buscarnos! ¿una provocación?). En total, la sentencia reitera la confirmación de que todo lo que es posible (psicológicamente), en algún momento también será realidad.

⁸⁹ *Bernsmann*, ZStW 104 (1992), 290 (321 ss) donde los límites son trazados, en esencia, en las lesiones según el § 224 (vieja versión). La evitación de pena a través de un ampliado § 33 Código Penal propuesta por *Bernsmann* (en el lugar citado, pp. 324 ss) – en esencia, similar a mi referencia al § 16 como solución de emergencia por la nota 77 – desvirtúa, sin embargo, las objeciones expuestas a continuación en el texto, aunque pone en discusión el programa de educación del pueblo (también sobre esto ver el texto que sigue).

⁹⁰ *Schmidhäuser*, GA 1991, 97 (137). Por razones cronológicas, *Schmidhäuser* no se refiere a *Bernsmann*.

⁹¹ *Bernsmann*, ZStW 104 (1992), especialmente pp. 305 s.

⁹² La pasividad del público, alimentada probablemente por diferentes motivos, frente a la observación de hechos de violencia, los cuales no puede ser gobernados a través de drásticas limitaciones a la legítima defensa de terceros, parece fomentar muchas actividades de violencia.

debería negarse el permiso de homicidios y de daños graves a la salud.⁹³ También aquí podrá dudarse, sin embargo, cuando al agredido amenaza la ruina económica.⁹⁴ Es sorprendente en este contexto que, en cuanto me es evidente, no se reflexiona acerca de si con la limitación de la legítima defensa por razones de solidaridad no se le impone al agredido una victimización especial, para la cual podría ser indicada una indemnización. La indemnización podría hacer aceptable el principio de que no estaría permitido lesionar bienes irremplazables para salvar bienes reemplazables.⁹⁵ Desde luego, la aceptación de una víctima especial susceptible de indemnización exige siempre su delimitación de las realizaciones de los riesgos generales de la vida que ha de soportar el titular del bien jurídico; los últimos en principio existen cuando alguien “por casualidad” es víctima de un delito.⁹⁶ Sin embargo, en caso de la limitación de la autorización a la legítima defensa al agredido, a través de la imposición estatal del deber de solidaridad, es recortada intencionalmente la posibilidad de defenderse.⁹⁷ El derecho actual de las indemnizaciones de derecho público no ofrece ninguna posibilidad de indemnización. A favor de una regulación correspondiente *de lege ferenda* hablaría, sin embargo, que el deber de solidaridad del § 904 oración 2 Código Civil⁹⁸ de todos modos concede, si bien “sólo” contra

un particular,⁹⁹ una pretensión de reparación del daño, pero probablemente no en contra de la construcción de que el orden de prelación de bienes estaría limitado de manera “inmanente” a través de deberes de tolerancia estatuidos jurídicamente. La cuestión aquí sólo puede ser anunciada y con seguridad no puede ser solucionada sin plantear en un contexto más amplio el problema de la delimitación entre los riesgos de la vida que han de soportarse y las intervenciones de un deber de indemnizar.

⁹³ Un profesor universitario tiene aquí con su semestre inicial aún “no deformado jurídicamente” una fuente de información cierta. Cfr., sobre la entera cuestión, la reciente toma de posición, equilibrada en los resultados, de *Kargl*, ZStW 110 (1998), 38 (55 ss, 65), quien, en realidad, no tiene necesariamente motivos para ocuparse de la observación de *Schmidhäuser* citada arriba en el texto. Por lo demás, el “rigorismo” de *Schmidhäuser* está totalmente quebrado; cfr. (nota 90), p. 129 y 135 s sobre la autorización de la legítima defensa para la protección del patrimonio. En las cuestiones de la provocación él sostiene de todos modos un punibilidad extensiva según las reglas de la *actio illicita in causa*; Lehrbuch, 2ª ed. 1975, n. 9/110 ss; confirmado una vez más en (nota 90), p. 138.

⁹⁴ Ejemplo: Impedimento de un incendio en la propia vivienda no suficientemente asegurada (porción esencial del patrimonio del defensor), sabiendo el defensor con seguridad que ninguna persona se encuentra en ella.

⁹⁵ La pretensión de reparación del daño que naturalmente existe contra el agresor raramente se podrá realizar; en la situación de la agresión, la reparación del daño por el agresor es regularmente para la víctima completamente insegura.

⁹⁶ La Ley sobre la indemnización de la víctima de hechos de violencia es, de todos modos, una excepción a este principio.

⁹⁷ La limitación estatal diferencia este caso de la constelación en que el agredido, por diferentes razones, no dispone de ningún medio de defensa adecuado.

⁹⁸ Aplicable analógicamente en caso del § 34 Código Penal; cfr. *Säcker*, en: Rebmann et al. (eds.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 4ª ed. 2004, t. 6, § 904, n. 24 con referencias.

⁹⁹ Al respecto, como es conocido, se discute si en caso de diferentes personas está obligado a indemnizar el agresor (así, por ejemplo, *Bassenge*, in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 67ª ed. 2008, § 904 n. 5) o el favorecido (así, por ejemplo, *Säcker* (nota 98), § 904 n. 16).

Del „bien jurídico“ en los delitos de cohecho*

De Prof. Dr. Fritz Loos, Göttingen

Cuando, en los años 1959 a 1961, con ocasión de unos escándalos de corrupción asaz alarmantes para el público, se suscitó una fuerte controversia en torno a la interpretación de los delitos de cohecho, también fue objeto de la polémica el “bien jurídico” o los “bienes jurídicos” de tales delitos. Reducido a una breve fórmula, hubo aquí dos opiniones:¹ conforme a una concepción, los parágrafos 331 y ss. del Código penal debieran proteger ante un “falseamiento de la voluntad estatal”; según la otra, objeto de tutela era la capacidad funcional de la Administración del Estado^{1*}. Portavoz de la primera opinión fue *Eberhard Schmidt*,² al cual, por cierto, secundó la mayor parte de las voces.³ La tesis opuesta se convirtió en base de la jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal,⁴ el que encontró apoyo en una serie de artículos de jueces y fiscales,⁵ aunque también *Hans Welzel*⁶ y *Horst Schröder*⁷ estuvieron de acuerdo con el superior tribunal. Con arreglo a la primera concepción, de los dos tipos de cohecho pasivo – a los que se circunscribe la investigación presentada aquí –, el supuesto del parágrafo

* Original “Zum Rechtsgut der Bestechungsdelikte”, en: Stratenweth et al. (eds.), *Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag*, 1974, pp. 879 ss. – Traducción y notas del Prof. Dr. Dr. h.c. *José Luis Guzmán Dalbora*, catedrático de Derecho penal en la Universidad de Valparaíso, y ex catedrático de Derecho penal y de Filosofía del Derecho en la Universidad de Antofagasta (Chile).

¹ Cfr. *Welzel*, *Das Deutsche Strafrecht*, 11ª ed. 1969, p. 539.

^{1*} La alternativa formulada aquí – que sigue en lo medular a *Horst Schröder*, GA 1961, pp. 289 y 290-292 – resulta particularmente simplificadora, porque los adeptos de la “teoría del falseamiento de la voluntad del Estado” casi siempre entienden como bien protegido, además, la capacidad funcional de la Administración en general. Al respecto, cfr. especialmente texto y notas 39 y 40.

² *Schmidt*, *Die Bestechungstatbestände in der höchstrichterlichen Rechtsprechung von 1879 bis 1959*, 1960, pp. 79 y ss., especialmente 81 y ss. (números 139 y ss., especialmente núm. 143); *Schmidt*, *Die Sache der Justiz*, 1961, pp. 62 y ss.

³ Por ejemplo, *Baumann*, *Zur Problematik der Bestechungstatbestände*, 1961, pp. 8 y ss.; *Bockelmann*, *ZStW* 72 (1969), pp. 251 y 257; *Henkel*, *JZ* 1960 (507 y 508); *Kaufmann*, *JZ* 1959, 375; *Klug*, *JZ* 1960, 724 y 725; *Maurach*, *Titel*, 5ª ed. 1969, pp. 749 y ss.

⁴ Fundamental, BGH 15, 88, y 96 y ss.; cfr. BGH 15, 352 y 354; BGH 15, 239 y 242.

⁵ Por cierto, el problema del bien jurídico es abordado sólo raras veces con detenimiento; cfr., por ejemplo, *Kirschbaum-Schmitz*, GA 1960, pp. 321 y 344; *Stein*, *NJW* 1961, pp. 433, y 435 y ss; más claro, en cambio, *Fuhrmann*, *ZStW* 72 (1960), pp. 534 y 537-539

⁶ Cfr. *Welzel*, *Das Deutsche Strafrecht*, 9ª ed. 1965, p. 488.

⁷ *Schröder*, *Das Rechtsgut der Bestechungsdelikte und die Bestechlichkeit des Ermessensbeamten*, GA 1961, pp. 289 y ss.; *Schönke/Schröder*, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 11ª ed. 1963, n. 1; semejante, ya en 10ª ed. 1961, § 331, I.

332 del Código penal es el “conductor”: solamente con la actuación administrativa *contraria* a deber, la cual, a diferencia del parágrafo 331, en el 332 es indispensable como equivalente de la ventaja, se entra en el ámbito del falseamiento de la voluntad estatal. El parágrafo 332 constituye un delito que se adelanta “lejos en el campo de la tentativa”;⁸ la intención de falsear la voluntad estatal en el momento de la aceptación, la exigencia o del hacerse prometer una ventaja, es suficiente, aunque también necesaria.⁹ En cambio, el parágrafo 331 constituye una “especie de delito de peligro abstracto”,¹⁰ ya que el funcionario que acepta una ventaja para una actuación administrativa *contraria* a deber,¹¹ se expondría además al riesgo de realizarla después debido a la ventaja.¹² Por el contrario, el Tribunal Supremo Federal¹³ y *Schröder* en particular, quien trató de relacionar sistemáticamente los criterios desarrollados por la jurisprudencia,¹⁴ divisan en toda aceptación de ventajas, por tanto, con independencia de que la ventaja sea el equivalente de una acción conforme o *contraria* a deber, una puesta en peligro de la capacidad funcional de la Administración, a saber, por la perturbación de la confianza del público en la objetividad de sus decisiones. El parágrafo 332 pasa a ser entonces una calificación del 331, ya que con la apariencia de venalidad en las actuaciones funcionales *contrarias* a deber, sobrevendría una perturbación más fuerte de la confianza del público.^{15 16}

⁸ Así, ya *Binding*, *Handbuch*, I, 2, 1905, p. 726; conforme, *Eb. Schmidt*, *Bestechungsdelikte* (nota 2), p. 80 (n. 141).

⁹ Por ejemplo, *Baumann* (nota 3), pp. 29 y ss., y 34 y ss.; *Eb. Schmidt* (nota 8), pp. 79 y ss. (n. 140 y ss.).

¹⁰ *Arthur Kaufmann*, *JZ* 1959, 377; coincidente, *Eb. Schmidt* (nota 8), p. 149 (n. 267); *Maurach* (nota 3), pp. 749 y ss.

¹¹ Para simplificar la exposición, aquí y en lo sucesivo se emplea la aceptación de ventajas para representar, asimismo, las demás modalidades de la acción.

¹² Sobre esta argumentación, que se remonta a *Feuerbach*, cfr. *Binding* (nota 8), pág. 731; *Kaufmann* (nota 3), p. 377.

¹³ BGH 15, 88, y 96 y ss.; pp. 352 y 354. Con ello, se ratifica, en definitiva, la sentencia del Tribunal Supremo del Imperio, RG 39, pp. 193, y 201 y ss.

¹⁴ *Schröder*, GA 1961, p. 292; cfr. *Baldus*, en: *Jähneke/Laufhütte/Odersky* (eds.) *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, t. 8, 11ª ed. 2005, comentario preliminar al § 331, n. 20.

¹⁵ *Schröder*, GA 1961, p. 292; BGH 15, 354.

¹⁶ Sin embargo, estas dos alternativas de caracterización de la “esencia” de los delitos de cohecho pudieran conservar relevancia aún, con arreglo al estado actual de la discusión. Las interpretaciones según las cuales se protegería la “gratuidad” o bien la “pureza” del desempeño del cargo (indicaciones bibliográficas, *Schönke/Schröder* (nota 7), § 331, n. 1, a), son, ora formales en exceso, ora demasiado imprecisas; de hecho, la mayor parte de las veces – como se denota en la fórmula de lo “invendible” de las actuaciones funcionales – cabrá aproximarlas a alguna de las alternativas nombradas en

De estas definiciones contrapuestas sobre el bien jurídico, no se ha extraído en absoluto consecuencias respecto de todas las concretas cuestiones prácticas que fueron objeto de controversia en la polémica mencionada al principio. Justo a propósito del problema de más vivo debate a la sazón, esto es, bajo qué supuestos sería contraria a deber, en el sentido del parágrafo 332, la actuación ministerial de un funcionario dotado de poderes discrecionales, sólo de pasada se ha recurrido a la argumentación del bien jurídico.¹⁷ En efecto, nada se puede obtener para este problema de las doctrinas reproducidas *supra* sobre el bien jurídico en los delitos de cohecho, ya que ambas suponen que esté esclarecido antes el alcance de la contrariedad a deber de la actuación funcional, sea como característica del falseamiento de la voluntad estatal, sea como elemento de calificación de la perturbación de la confianza del público. En términos prácticos, las consideraciones relativas al bien jurídico recién cobran relevancia en la controversia acerca de si el funcionario, para realizar el tipo del parágrafo 332, ha de proponerse realmente la actuación funcional indebida – así, la “teoría del falseamiento de la voluntad estatal”, de *Eb. Schmidt*¹⁸ –, o basta la manifestación de este propósito, independientemente de que el autor lo aliente en verdad, dude todavía o lo simule¹⁹ – así, la “teoría de la puesta en peligro de la confianza”, postulada por el Tribunal Supremo Federal y *Schröder*, según la cual es suficiente la apariencia de venalidad de las actuaciones contrarias a deber^{20 21} –.

el texto. Por cierto, son considerables los intentos de combinar ambas posibilidades; sobre ello, véase, *infra*, texto y nota 40.

¹⁷ La solución insinuada por *Schröder*, GA 1961, pp. 289 y 293, del problema de la contrariedad a deber de la decisión discrecional, con la ayuda de sus consideraciones sobre el bien jurídico, no es tal en un examen más detenido. Más bien, *Schröder* trata exclusivamente la cuestión de si el funcionario, al aceptar la ventaja, ha de haber tenido la intención de cometer la acción contraria a deber (pp. 293 y ss.); sin embargo, este no es un problema específico del funcionario con poderes discrecionales, como reconoce también Rudolf *Schmitt*, ZStW 73 (1962), pp. 414, y 436 y ss., respecto del criterio basado en la declaración (cfr., sin embargo, pp. 432 y ss.). Acerca del problema del cohecho activo en el caso de esos funcionarios, cfr., últimamente, *Dornseifer*, JZ 1973, pp. 267 y ss.

¹⁸ Cfr. tan sólo *Schmidt*, (nota 2), pp. 81 (n. 143) y 149 (n. 267).

¹⁹ Por lo visto, este grupo de casos no surge en la judicatura y tampoco es discutido en la bibliografía. Los casos paralelos aducidos por *Schmitt* (nota 17), pp. 433 y ss., son distintos.

²⁰ BGH 15, 96 y ; *Schröder*, GA 1961, p. 292.

²¹ Además de ello, se afirma que la determinación del bien jurídico es también relevante para la cuestión de si es posible una conexión continuada entre un hecho conforme al § 331 y un hecho conforme al § 332. El Tribunal Supremo Federal, en la sentencia de BGH 12, 146, por tanto, antes de la fundamental decisión de BGH 15, 88, había negado la conexión continuada entre los cohechos simple y grave,

La discusión sobre los delitos de cohecho terminó poco menos que abruptamente, en 1961, sin que fuese alcanzada una convergencia de opiniones en los puntos controvertidos, tampoco el particular de la “esencia” de estas infracciones. Hasta el momento, sólo fue común la convicción de que la “teoría del falseamiento de la voluntad estatal” tiene como consecuencia el reclamar la intención de cometer una acción contraria a deber, en cuanto presupuesto de la realización del tipo del parágrafo 332. Frente a ello, la “teoría de la puesta en riesgo de la confianza” llevaba a renunciar a dicho requisito. Actualmente, esa convicción común es puesta en duda en la Exposición de motivos del Proyecto de una Ley de Introducción al Código penal²¹. Este Proyecto confirma

puesto que entre los párrafos 331 y 332 no existiría la relación de un tipo básico con uno calificado; la actuación funcional conforme a deber, que presupone el § 331, excluiría la contraria a deber del § 332. *Arthur Kaufmann*, que aprueba esta problemática concepción del vínculo del § 331 con el § 332, considera insuficiente dicha argumentación; lo decisivo – y de esta suerte *Kaufmann* se declara conforme con el Tribunal Supremo en sus conclusiones – residiría en que el § 331 sería tan sólo un delito de peligro abstracto, una clase de “delito de policía”, y por eso no podría entrar en consideración una conexión continuada con el delito de falseamiento de la voluntad estatal contenido en el § 332 (JZ 1959, 377; coincidente, *Eb. Schmidt* [nota 8], pp. 147 y ss. [n. 266 y 267]). En cambio, *Schröder* estima factible tal conexión, ya que ambos delitos de cohecho representan figuras de peligro abstracto para la integridad de la Administración (*Schönke/Schröder* (nota 7), § 331, n. 3, 30; de forma sorprendente, pues no aporta argumentos para ello, discrepa *Baldus* (nota 14), § 331, n. 44). A su turno, *Geerds*, Über den Unrechtsgehalt der Bestechungsdelikte und seine Konsequenzen für Rechtsprechung und Gesetzgebung, 1961, p. 55, n. 293, considera posible una conexión continuada entre el delito de peligro abstracto del § 331 y el delito de peligro concreto del § 332. A este contexto pertenece también la cuestión de si el funcionario que califica erróneamente como conforme a deber la actuación ministerial emprendida por él, puede ser castigado a causa de cohecho simple consumado, o sólo existirá una tentativa impune (a favor de lo último, *Eb. Schmidt* (nota 8), p. 114 [n. 202]; no del todo unívoco, *Kaufmann*, JZ 1959, pp. 375 y 376). En cuanto se plantea aquí que el § 331 habla de una actuación funcional en sí misma no contraria a deber, pudiera ser convincente la réplica de *Geerds* (nota 21), p. 55, n. 293, de que se trataría de una mera fórmula de delimitación. En cambio, si se contempla el contenido de injusto de los párrafos 331 y 332 como yacente en planos por entero distintos, según corresponde a la intención de *Eb. Schmidt* ([nota 8], pp. 147 y ss., n. 267), se podría asignar a la fórmula una significación positiva.

²¹ Por cierto, *Baumann* (Bestechungsdelikte, p. 11) había observado que, en el caso de los delitos de cohecho, únicamente la interpretación de los elementos típicos individuales procura claridad sobre el bien jurídico protegido (coincidentes, *Baldus* [nota 14], comentario preliminar al

ampliamente la jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal; en particular, con la nueva versión del párrafo 332, III, se deja en claro que el “mostrarse dispuesto” a la acción de servicio – por cierto, futura – contraria a deber, satisface ya el tipo del cohecho grave^{22 23}. Sin embargo, la Exposición de motivos del Proyecto se aparta de la concepción sistemática del Tribunal Supremo y de su intérprete, *Schröder*, y trata de relacionar el régimen del párrafo 332, III, en su nueva versión, con el criterio del falseamiento de la voluntad estatal. Ya la declaración de la disposición al acto ministerial contrario a deber implicaría el peligro – ostensiblemente, concreto – de un falseamiento de la voluntad estatal en el caso particular.²⁴ Puede que en ello se tenga en mira – la

§ 331, n. 18; *Maurach* [nota 3], p. 749). La investigación que presentamos aquí es apropiada para confirmar esta sospecha; su tarea reside precisamente en esclarecer por qué la argumentación sobre el bien jurídico es de particular problematismo en el ámbito de los delitos de cohecho.

²² En la terminología del Proyecto de Ley de Introducción al Código penal, que se cita aquí según el Impreso 7/550 de la 7ª Legislatura del Parlamento alemán, la palabra “cohecho” (*Bestechlichkeit* voz que significa también corruptela o venalidad [nota del traductor]) figura en oposición a “aceptación de regalos”.

²³ En el § 332, ap. III, del Proyecto se deja en claro que el funcionario tiene que mostrarse dispuesto ya a la futura actuación ministerial contraria a deber, y la Exposición de motivos (pp. 273 y ss.) subraya que el empleado tiene que emitir una expresión que *objetivamente* sea de interpretar como un declararse dispuesto a la actuación ministerial indebida; por ende, la suposición del funcionario, de que el *partner* entendiéndose la aceptación de la ventaja como un declararse dispuesto, no basta. En cuya virtud, el dolo del empleado tiene que referirse a la expresión correspondiente, y no a la representación del *partner*. En ello pudiera verse cierta divergencia respecto de la concepción contenida en la sentencia de BGH 10, 237, y 241 y ss., concepción aparentemente asumida en BGH 15, 98 (no del todo unívoco, BGH 15, 239: por un lado, p. 242; por otro, p. 250), según la cual bastaría con que el funcionario proceda con “dolo condicionado” respecto de la representación correlativa del *partner*. Claro es que, por la peculiar situación de los actos comunicativos, la diferencia pudiera ser de poca importancia: en efecto, también según el Proyecto es suficiente que el funcionario, al aceptar el regalo, cuente con que el destinatario entienda esto último como declaración concluyente de estar dispuesto (cfr. Exposición de motivos, loc. cit., p. 274). Según el tenor literal de la ley, sólo una imposibilidad “objetiva” de reconocer la declaración, en cuyo caso casi se puede dejar de lado el “horizonte del receptor”, no una mala inteligencia del *partner*, pudiera excluir, incluso en el porvenir, la consumación.

²⁴ Loc. cit., pp. 269 y ss., y 273 y ss. Sin embargo, la Exposición de motivos del Proyecto nombra como bien jurídico primario la “integridad del servicio público” (loc. cit., p. 269). La explicación pormenorizada reza que hay que prevenir “la venalidad de las actuaciones funcionales y la par-

Exposición de motivos no es concluyente – que el funcionario, con la aceptación del regalo y la declaración de estar dispuesto, se expone a una situación opresiva tal, que pudiera verse precisado, pese a alentar la intención contrapuesta, a realizar finalmente la acción indebida, esto es, por temor a que se le descubra como corrupto²⁵.

De suerte que la base argumental de la Exposición de motivos del Proyecto de Ley de Introducción al Código penal es, igualmente, la teoría del falseamiento de la voluntad estatal. Con ello surge la pregunta de si esta teoría explica con exactitud, *de lege lata* y *de lege ferenda*, el fundamento de la punición de los delitos de cohecho, por encima de la consideración de si la Exposición de motivos acierta con un criterio psicológico correcto y de relevancia estadística, o sólo se confirma la “sospecha” de que aquí se introduce solapadamente aquella facilitación de la prueba – al parecer, preocupante – que habían defendido sin rodeos jueces y fiscales a causa de las dificultades probatorias.²⁶

La teoría del falseamiento de la voluntad estatal ha sido sometida a una categórica crítica por Horst *Schröder*.²⁷ La crítica de *Schröder* se apoya en la legalidad vigente, la cual, por cierto, no será alterada, según se indica, por el Proyecto de Ley de Introducción al Código penal; su punto de partida, en principio, es positivista. *Schröder* extrae su primer argumento de que los delitos de cohecho y, por cierto, también el cohecho pasivo grave, no serían “delitos de determinación”, ya que incluso la recompensa posterior es suficiente para la realización del tipo²⁸. En virtud de esto, es

cialidad de los empleados, debidas a una ventaja en el cumplimiento de sus deberes, y, con ello, adicionalmente, el falseamiento de la voluntad estatal”. Con la tripartición venalidad-imparcialidad-falseamiento de la voluntad estatal se manifiesta claramente la aproximación a la última teoría, si bien la Exposición de motivos elude adoptar una postura unívoca y tampoco excluye del todo la significación de los delitos de cohecho según la doctrina de la tutela de la confianza del público (loc. cit., pp. 269 y ss.).

²⁵ En el caso del sujeto que no está aún resuelto, caso tampoco mencionado aquí, pudiera razonarse con el argumento *a fortiori*.

²⁶ Cfr., últimamente, *Baldus* (nota 14), comentario previo al § 331, n. 20.

²⁷ *Schröder*, GA 1961, 289. Por cierto, algunos puntos de partida para la crítica fueron discutidos ya por *Kaufmann*, JZ 1959, 375.

²⁸ Esta es hoy una interpretación bajo todo punto indiscutible (de otro parecer, *Binding* [nota 8], pp. 712 y ss., y 727 y ss.), y es aclarada expresamente en los párrafos 331 y 332 del Proyecto de Ley de Introducción al Código penal (“ha emprendido una actuación funcional”). Sin embargo, y ostensiblemente bajo el influjo de la crítica de *Eb. Schmidt* a la falta de equivalencia de las modalidades de conducta (*Bestechungsdelikte*, p. 91 [n. 92]), en el § 332, ap. III, del Proyecto se limita la punibilidad por cohecho grave a los casos en que el funcionario acepta una ventaja para realizar una actuación ministerial *futura*, cuando él se muestra dispuesto ya a infringir su deber o a dejar que la ventaja

improcedente entender el párrafo 332 como “venta de la voluntad estatal”²⁹. Con lo cual, empero, sólo queda demostrado que el párrafo 332 no parte de la base del principio *do ut des*, del falseamiento de la voluntad estatal a cambio de una ventaja. De ello nada cabe deducir en contra de la significación constitutiva del falseamiento de la voluntad del Estado.

Sin embargo, para *Schröder* es también decisivo otro argumento³⁰. Señala que, en sí misma, la actuación funcional contraria a deber, por tanto, el falseamiento de la voluntad del Estado, no es punible en general; siendo así, podemos añadir que tampoco lo será con arreglo al Proyecto. En cambio, la aceptación de regalos para realizar una actuación ministerial conduce siempre a la punibilidad de la conducta, sólo que a una penalidad agravada cuando quiera que la admisión del obsequio se relaciona con una actuación indebida. *Schröder* deduce de ello que no es el falseamiento de la voluntad estatal, sino la aceptación de regalos, lo que está en el centro de los delitos de cohecho, y extrae aún como conclusión que tampoco es el concreto falseamiento de su voluntad, mas el peligro abstracto para la confianza en el aparato estatal, lo que debiera ser impedido merced al párrafo 331, aunque también mediante el párrafo 332³¹.

La primera conclusión de *Schröder* parece a primera vista convincente. Sin embargo, se le puede objetar que la forma más característica y riesgosa de falseamiento de la voluntad estatal ocurre precisamente en conexión con el otorgamiento de regalos³². Es más, la hipótesis en que se basa esta objeción tendría en su favor cierta verosimilitud. En efecto, las actuaciones funcionales contrarias a deber pueden ser cometidas por motivos muy distintos. Con todo, y prescindiendo de investigaciones empíricas³³, parece que se puede destacar tan sólo dos grupos, a saber, el grupo del encubrimiento propio y aquel de la protección, sea para hacerse de una clientela³⁴, sea por solidaridad grupal³⁵. Los

casos más importantes de encubrimiento propio, empero, pudieran ser abarcados ya por los delitos patrimoniales – incluyendo los delitos de funcionarios que los califican o complementan –, allende los cuales la posibilidad del encubrimiento propio mediante actuaciones ministeriales indebidas debiera ser más bien ocasional. En cambio, los casos de protección – comparados con el otorgamiento de la ventaja, que es relativamente unívoco – son en verdad de más difícil acceso, y su calificación, todo menos que indiscutible. Sin duda que con esto la argumentación de *Schröder* no pierde plena plausibilidad, aunque sí contundencia.

Por ende, hay que investigar si no es posible dirigir una crítica a la teoría del falseamiento de la voluntad estatal desde un punto de partida diferente. En vez de preguntar por la compatibilidad de una concepción sobre el bien jurídico con la concreta situación legal, hay que tratar de esclarecer qué es lo que significa realmente el falseamiento de la voluntad del Estado, qué objetos de tutela son lesionados con ello o si este último planteamiento es acaso por completo inadecuado.

Por lo pronto, en cuanto a las repercusiones del falseamiento de la voluntad estatal, no se puede discutir que a través de las actuaciones ministeriales contrarias a deber se crea “estados” que el ordenamiento jurídico desapruueba, o no se produce “estados” que el ordenamiento jurídico exige. Es más, con esto parece satisfacerse el concepto tradicional de bien jurídico – el bien jurídico como estado valorado positivamente –.³⁶ No obstante, de esta manera serían bienes jurídicos de los delitos de cohecho todos los objetos sobre los que influye en general la actividad de la Administración. Esto implica que pueden ser objetos protegidos tanto las más importantes realizaciones de fines del Estado, como irregularidades mínimas respecto de disposiciones administrativas, lo cual es difícil de comprender en el último caso de los márgenes penales del párrafo 332, también los

influya en sus facultades discrecionales. Cfr., al respecto, *infra*, nota 58.

²⁹ *Schröder* (nota 1^a), p. 290.

³⁰ *Schröder* (nota 1^a), p. 291; al efecto, véase también la indicación de *Baldus* (nota 14), comentario previo al § 331, n. 19, de que el § 334, pese a su penalidad, todavía más alta comparativamente al § 332, no supone un “falseamiento de la voluntad estatal”.

³¹ *Schröder* (nota 1^a), pp. 291 y ss.

³² No obstante, el razonamiento basado en el peligro típico conduce a dificultades en los casos en que el funcionario acepta con posterioridad una ventaja, sin haber pensado en la posibilidad de obtenerla al ejecutar la acción contraria a deber.

³³ El enfoque empírico de *Geerds* y las investigaciones a que éste acude (*Geerds* [nota 21], pp. 18 y ss., y 27 y ss.) resultan demasiado estrechos para este planteamiento del problema, pues él estudia grupos de casos en el campo de los actuales tipos de cohecho, mas no aquellos de violación general de deberes por funcionarios públicos.

³⁴ Es más, desde el punto de vista del concepto subjetivo e inmaterial de la ventaja (cfr. *Schönke/Schröder* (nota 7), §

331, n. 7), para una parte de estos casos habría que pensar en el cohecho según el Derecho vigente. De hecho, aparte de una ventaja en el sentido de los párrafos 331 y ss., la cual pudiera tener un influjo creciente, se requiere que ésta sea otorgada por el sujeto protegido después del pacto criminoso. Esto interesa en los casos en que se promete gratitud. Sin embargo, como aquí vienen a faltar parejamente actualidad y concreción, bien pudiera sobrepasarse los límites factibles incluso de un entendimiento extensivo del concepto de la ventaja.

³⁵ Naturalmente, en el último caso entran también en consideración los perjuicios.

³⁶ La caracterización de los bienes jurídicos como estados se deja remontar por lo menos a *Hirschberg*, *Die Schutzobjekte des Verbrechens*, 1910, p. 72, obra que está bajo el influjo de *Binding* y *Oppenheimer*. Esta fórmula, que surge con frecuencia en la historia dogmática, se encuentra por última vez, dentro de la bibliografía monográfica, en *Jäger*, *Strafgesetzbuch und Rechtsgüterschutz bei den Sittlichkeitsdelikten*, 1957, p. 14: bienes jurídicos son estados sociales susceptibles de valuación, vulneración y protección.

del Proyecto.³⁷ Independientemente de este registro de asimetrías cualitativas y cuantitativas, se obtendría el curioso resultado de un objeto de tutela por entero inespecífico.³⁸

Pese a que en parte alguna los representantes de la teoría del falseamiento de la voluntad estatal explican bien sus principios,³⁹ cabe perfectamente suponer que contemplan semejante objeto de tutela tan poco⁴⁰ como, en los párrafos 153 y siguientes del Código penal, se considera el objeto involucrado en la disputa como bien protegido.⁴¹

Y es que de un concurso ideal de los párrafos 331 y siguientes con los párrafos 346, 347 y 348 del Código penal, por ejemplo, se duda tan poco como de un concurso ideal entre el perjurio y la detención ilegal en autoría mediata o la estafa procesal. Pero si, con arreglo al punto de partida de la teoría del falseamiento de la voluntad estatal, tampoco son objetos tutelados de los párrafos 331 y siguientes los “estados” concretos, queda entonces de manifiesto la infracción contra el *principio* de la administración conforme a la ley. Con esto, sin embargo, la estructura del fin de tutela de los delitos de cohecho experimenta un cambio fundamental. Luego, ya no son decisivas las repercusiones producidas por la conducta culpable, el haberse malogrado los concretos fines administrativos. Antes bien, decisivo es que la conducta de los funcionarios se aparta de la a ellos prescrita. Puesto que el principio de la administración conforme a la ley, en cuanto principio normativo, es “causalmente” invulnerable, existe tan solo una contradicción entre la conducta real y un principio normativo, contradicción ocurrida merced al contraste con una norma concreta^{41*}.

³⁷ Los márgenes penales normales van de seis meses a cinco años de pena privativa de la libertad.

³⁸ Cfr. de nuevo, también para esto, la referencia de *Baldus* (nota 14), comentario previo al § 331, n. 19, al § 334, el que no podría adaptarse a semejante entendimiento del bien jurídico.

³⁹ Por ejemplo, no se encuentra declaración unívoca alguna respecto a si son objetos de tutela los fines de las normas, expresados en los deberes funcionales, o bien el principio de la administración conforme a la ley; sobre el particular, véase lo que se dice inmediatamente en el texto.

⁴⁰ Esto resulta claro en todos los autores que tienden a concebir el falseamiento de la voluntad estatal como un peligro calificado para la actividad administrativa general (cfr., por ejemplo, *Baumann* (nota 3), p. 8; especialmente unívoco, *Geerds* (nota 21), pp. 53 y ss., quien, en este aspecto, también se diferencia de *Arthur Kaufmann* (nota 3), pp. 376 y ss., y *Eb. Schmidt* (nota 8), pp. 147 y ss. [n. 267]). Sin embargo, cfr., asimismo, *Schröder*, el cual quiere diferenciarse de la orientación a la concreta actuación ministerial, presente en la teoría que él combate (GA 1961, pp. 289, y 291 y ss.).

⁴¹ Véanse solamente *Kohlrausch* y *Lange*, 43ª ed., 1961, comentario previo al § 153, observación ap. III; *Schönke/Schröder* (nota 7), comentario previo al § 153, n. 2; *Rudolphi*, GA 1969, pp. 129 y ss., y 137 y ss.

^{41*} Si se divisa en la “infracción” (aún pendiente de mejor definición) contra el principio de la administración conforme a la ley el elemento que califica el § 332 frente al § 331, la

En modo alguno se sigue de ello que, con arreglo a la teoría del falseamiento de la voluntad estatal, las normas en que se basan las figuras de cohecho exijan el testimonio de respeto ante el sombrero de *Gessler**. Evidentemente, como sentido de los delitos de cohecho queda en pie, también según esta teoría, el funcionamiento de la Administración contra los peligros con que la amenaza la venalidad. De suerte que el punto de arranque de la definición de *Schröder* sobre el fin de la tutela, esto es, la tutela ante el peligro “abstracto” de la Administración estatal, se muestra acertado. Sin embargo, que esto haya de conducir a las consecuencias que él extrae, requiere un fundamental examen acerca de cómo una institución cual la Administración estatal en general puede ser protegida contra “peligros abstractos”.

Instituciones sociales e intereses individuales pueden ser considerados como los dos fines últimos de las reglas penales⁴². Y ambos objetos de tutela se dejan reducir uno al

restricción de aquél al acto de servicio se torna discutible, lo mismo en el Derecho vigente que en el Proyecto. El principio nombrado se infringe también en los casos en que el funcionario solicita una ventaja para realizar una actividad que favorece a un particular, actividad a la que él está obligado. Sin embargo, la necesidad político-criminal de semejante ampliación del § 332 para cubrir cuando menos los casos más importantes a través de los párrafos 253/331/73 (acaso entre en consideración, suplementariamente, también el § 240), pudiera ser no tan apremiante, máxime aquí, donde interviene, como regulador extrapenal, la tutela jurídica de la administración conforme a la ley, que también surte efectos preventivos.

* *N.del T.:* El *Gesslerhut*. Cuenta la fábula que el cruel Hermann *Gessler*, nombrado gobernador de los cantones helvéticos de Uri y Schwytz por Alberto de Austria, hizo levantar en el pueblo de *Altdorf* una pértiga en cuyo extremo superior colgaba un sombrero rojo, para que quien pasara ante éste doblase la rodilla e inclinase la cabeza en señal de prestar acatamiento al emperador. La desobediencia sería castigada con la prisión y la muerte. Cuando Guillermo Tell se negó a ejecutar tal absurda prueba de sometimiento al tirano, *Gessler* en persona lo obligó a disparar con su ballesta el célebre flechazo contra la manzana colocada sobre la cabeza de su hijo. *Friedrich Schiller*, en el drama homónimo, inmortalizó la mítica gesta del héroe suizo. Saludar ante el sombrero ducal de Austria, o de *Gessler*, es expresión que significa todavía en los países germánicos una muestra de humillación, como también un puro saludo ceremonial.

⁴² Las explicaciones siguientes deben una parte considerable a la esclarecedora obra *Amelung*, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft* (1972), (cfr., sobre todo, pp. 87 y ss., 174 y ss., 201 y ss., y 273 y ss.); de su parte, *Amelung* ha expuesto la importante ventaja de la distinción de *Welzel* entre el objeto de protección de la norma (bien jurídico, en el sentido de *Welzel*) y el fin de tutela de la sanción (en ZStW 58 [1939], pp. 491 y 511, nota 30) para la teoría del bien jurídico, colocada bajo clara luz y construida a partir de ello ([nota 42], especialmente pp. 165 y ss., 187 y ss., 212 y ss., y 273 y ss.). Los márgenes del presente estudio impiden

otro: según la perspectiva que se adopte, las instituciones sociales aparecen como presupuesto de la satisfacción de los intereses individuales, o la satisfacción de intereses individuales, como presupuesto de la existencia de las instituciones sociales⁴³. Sin embargo, nada se consigue con semejante reducción; al contrario, debido a ella se desdibujan diferencias importantes entre los diversos fines de tutela que ordenan los grupos de delitos, diferencias que plasman también y de modo característico en la estructura de los tipos.

El problema de la protección penal de las instituciones queda más claramente de manifiesto al confrontarse con la configuración normal de la tutela punitiva de intereses individuales. Por lo común, un tipo encierra la última modalidad de lesión o, en su caso, peligro de un bien jurídico, en el sentido de una materia directamente vulnerable. Según el tipo, aquí como mínimo son tuteladas, no ya concretas posibilidades de acción, sino ciertas *potencias* para tales chances de conducta. Estas potencialidades pueden ser biológicamente evidentes, como la vida o la salud. Sin embargo, también se puede tratar de la facultad de disposición sobre cosas, facultad garantizada mediante reglas sociales (por ejemplo, jurídicas), como ocurre en los delitos patrimoniales. Por cierto, con ello se alude sólo a los bienes jurídicos relativamente más simples. Cómo se llega a la delimitación de tales potencialidades, cómo se construye en esto la formación legal de conceptos penales a partir de la formación prejurídica y extrapenal de conceptos, eso no puede ser investigado aquí. Lo decisivo, si se consigue definir esa potencialidad, es que para legislación e interpretación puede ser planteada la esclarecedora pregunta de si es posible que aquélla sea lesionada o puesta en peligro por el acto objeto de enjuiciamiento.

En cambio, la protección de las instituciones también puede tener lugar mediante la tutela de sus “potencialidades de acción”; por ejemplo, según el Derecho en vigor, en los delitos patrimoniales es indiferente que el autor afecte el patrimonio de un individuo o el del Estado. Sin embargo, la preservación y el funcionamiento de las instituciones, de

ocuparse a fondo de Amelung. Me limito, pues, a señalar algunas reservas contra la interpretación monista de los fines del Derecho penal desde una Sociología de los sistemas orientada al entero plexo social, interpretación que parece como mínimo riesgosa en Amelung (al respecto, véase lo que se dice a continuación en el texto). Por lo demás, la investigación presentada aquí persigue problemas de la teoría del tipo y la interpretación, sólo marginalmente discutidos por Amelung (cfr. la expulsión de semejantes problemas en la “Hermenéutica”, [nota 42], p. 283 [cfr., además, pág. 173], y los tanteos de pp. 393-395), para los cuales, sin embargo, análisis precedentes ofrecen ya puntos de partida (cfr. nota 57). Para las referencias de Amelung a los delitos de cohecho, cfr. notas 45, 46 y 49.

⁴³ Cfr. Amelung (nota 42), pp. 388 y ss. Para las estrategias fundamentales de investigación y la significación política de los distintos principios, cfr. Schelsky, *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, t. 1, pp. 37 y ss., especialmente pp. 56 y ss.

sistemas sociales⁴³, quedan expuestos a riesgo en primer término por no observar los miembros del sistema y terceros las reglas sociales (normas sociales) que definen el sistema y aseguran su funcionamiento. Esto se puede mostrar con particular claridad en la puesta en peligro de la Administración por el cohecho y la venalidad. Los contactos corruptos de miembros del sistema (funcionarios públicos) con sujetos externos amenazan el orden interno, al crearle el peligro de que los miembros no se orienten según el ordenamiento de la organización y sus objetivos; se produce una “mezcla de intereses públicos y privados”,⁴⁴ una amenaza para la existencia del sistema, porque los límites entre la Administración como sistema y su entorno, el público, no quedan marcados con nitidez.⁴⁵ Simplificando,⁴⁶ cabe caracterizar esta amenaza, “hacia adentro”, como un menoscabo del *ethos* ministerial de los funcionarios administrativos.⁴⁷ Visto “hacia afuera”, los casos de cohecho amenazan la “confianza del público en la objetividad de las

⁴³ Los términos “institución” y “sistema social” son empleados en este contexto como equivalentes (sobre uno y otro, cfr. Schelsky, *Zur soziologischen Theorie der Institution*, en *Zur Theorie der Institution*, editado por H. Schelsky, 1970, pp. 9 y 11). En atención a la relativa univocidad del tema que tratamos, la Administración del Estado, no se examina aquí los controvertidos intentos de definir entrambos términos.

⁴⁴ Cfr., por ejemplo, Geerds (nota 21), pp. 50 y ss., especialmente pp. 52 y ss., y 55; Schlemmer, *Der Begriff des Vorteils und seine Stellung innerhalb der Bestechungstatbestände*, 1962, pp. 28 y ss.

⁴⁵ Cfr. N. Luhmann, *Funktionen und Folgen formaler Organisation*, 1964, pp. 220 y ss., especialmente 228 y 258; del mismo autor, *Grundrechte als Institution*, 1967, pp. 178, especialmente nota 22; adhiera a la teoría de los sistemas, Amelung (nota 42), p. 349.

⁴⁶ La “indistinción”, el “enmarañamiento del sistema” (cfr. Amelung [nota 42]), son consecuencias y, de nuevo, presupuestos de la falta de disposición de sus miembros a cumplir las exigencias formales relativas a los papeles. Colocar la formulación del *ethos* ministerial en un tipo psíquico (sobre lo cual véase lo que se dice enseguida en el texto), nada cambia realmente.

⁴⁷ Sobre la relevancia funcional del “*ethos* ministerial”, recientemente, Böckenförde, *Die verfassungstheoretische Unterscheidung von Staat und Gesellschaft als Bedingung individueller Freiheit*, 1973, p. 26. El *ethos* ministerial tutelado merced al § 331, por tanto, la “pureza” del desempeño del cargo, en el sentido de que se actúa “por el deber” (cfr., al respecto, Welzel, *ZStW* 58 [1939], 511, nota 30 [p. 513]), admite bajo todo punto ser concebido como una condición positiva del sistema, no sólo como el “peligro” de incurrir además, posteriormente, en una desviación de la norma. Sin embargo, puede resultar dudoso que el planteamiento involucrado aquí tenga que ser necesariamente *ethos* y, por tanto, “motivación primaria” (cfr. Luhmann [nota 45], pp. 89 y ss.).

decisiones de la Administración”,⁴⁸ o expresado en términos sociológico-sistémicos, queda amenazada la disposición del entorno del sistema a “aceptar” tales decisiones.⁴⁹ La formulación sociológica permite ver con claridad la importancia de la “confianza” del público. Sin un mínimo de obediencia de los ciudadanos, la Administración estatal se desmoronaría; basta pensar que en contra de todos los actos administrativos que suponen una carga, se levantarían oposición y, en seguida, quejas. Puesto que la obediencia básica es condición funcional de la Administración, resulta que no se puede afirmar – contrariamente a *Baumann*⁵⁰ – que erigir en bien protegido de los delitos cohecho la confianza en la integridad de la Administración, en vez de esta última, sería tan errado como considerar, en cuanto “bien jurídico” del parágrafo 212 del Código penal, la protección de la confianza en la seguridad de la vida, en lugar de la vida misma. La merma de la confianza en la integridad de la Administración perjudica la disposición a aceptar las decisiones y, con ello, menoscaba directamente una condición funcional de la Administración estatal.⁵¹ En cambio, la confianza faltante en la seguridad de la vida conduce al peligro de la vida misma, sólo si se omite medidas encaminadas a preservarla^{51a} o por decrecer el efecto de intimidación sobre potenciales autores. Pero esto implica que la conexión causal es precisamente la confianza menguante en la validez fáctica de la norma del propio parágrafo 212.

Si, pues, se concibe las corruptelas – expresándolo abreviadamente – como ataques al *ethos* ministerial en cuanto condición de funcionamiento de la Administración y a la “disposición” del público a aceptar sus resoluciones, queda entonces la pregunta de cómo estos bienes jurídicos pueden

ser lesionados. Ciertamente, ello no depende acaso de que la confianza en la integridad de la Administración quede perturbada a propósito del concreto socio en el cohecho, pues también aquel que ya no goza del menor crédito ante la Administración es destinatario o compañero idóneo del funcionario corrupto.⁵² En tanto que se trata del *ethos* ministerial de los funcionarios estatales, falta de antemano el “objeto concreto”. De ahí que en la concepción de *Schröder* sobre el bien jurídico, la confianza es entendida unívocamente como confianza del público. Sin embargo, este es también, con seguridad, un objeto causalmente vulnerable; sólo una errada idealización de representaciones reales puede ignorar su vulnerabilidad causal.⁵³ Por otra parte, empero, según una opinión indiscutida no se trata aquí de un menoscabo efectivo, ni siquiera de un peligro concreto de esa confianza general. Lo propio tiene que valer, también, si se asienta el bien jurídico en el perjuicio del *ethos* ministerial. Resta, pues, un “delito de peligro abstracto”.

Esta caracterización del cohecho como delito de peligro abstracto parece introducirnos en las vías conocidas de la clasificación de los tipos delictuosos. Cumple decir que también en los tipos que incluyen un peligro abstracto para la vida o la salud “potenciales”, hay que distinguir dos grupos diferentes. Por un lado, están los tipos en que una acción peligrosa individual puede producir potencialmente la lesión de un hombre – quien quiera que sea éste, desde luego—, aunque esto acontezca sólo en conexión con otros factores causales y, por tanto, en situaciones especiales.⁵⁴ Por otra parte, en el ámbito del riesgo abstracto de la vida o la salud, además, son concebibles figuras delictivas en las que sólo una acumulación de actos peligrosos es capaz de conducir a una lesión; esto entra en consideración, por doquier, allí donde surgen peligros en general únicamente a causa de una conducta humana en masa, por ejemplo, en el campo del daño ambiental por emisiones.⁵⁵ Los delitos de cohecho no pueden ser encasillados en el primer grupo de infracciones de peligro abstracto y, por tanto, entre los delitos de lesión potenciales. Y es que la acción delictiva individual de un funcionario en particular es – si se prescinde de casos extremos, meramente hipotéticos – inapropiada para menoscabar las condiciones funcionales que antes nombramos; expresado de otra manera: a través de semejante acción aislada no se afecta la estructura social de actuaciones y, correspondientemente, la regulación de que ésta es portadora, ni del lado del aparato ministerial ni en el

⁴⁸ Cfr. *Schönke/Schröder* (nota 7), § 331, n. 2; *Welzel* (nota 1), p. 539.

⁴⁹ Cfr. *Luhmann* (nota 45), pp. 108 y ss., especialmente 111 y ss.; sobre la importancia de la “confianza en el sistema” en el contexto que aquí interesa, en general, *Luhmann*, *Vertrauen. Ein Mechanismus der Reduktion Sozialer Komplexität*, 1968, pp. 52 y ss.; *Amelung* (nota 42), p. 380, nota 131, ha señalado, con razón, la correspondencia objetiva de las caracterizaciones tradicionales en el Derecho penal del “bien jurídico”, con las formulaciones problemáticas de la Sociología de los sistemas. Sin embargo, él no distingue con nitidez entre problemas internos y externos, o expresado de otra manera, el peligro del autogobierno del sistema (cfr. *Luhmann* [nota 45], pp. 238 y ss.) y el peligro de la disposición a aceptar sus decisiones (cfr. *Luhmann* [nota 45], p. 111). Como se indicó, en la bibliografía jurídico-penal se encuentran formulaciones análogas para entrambos aspectos.

⁵⁰ *Baumann*, GA 1961 (nota 2), pp. 10-12; críticos, asimismo, *Eb. Schmidt*, *Die Sache der Justiz*, pp. 62 y ss.; *Schmitt*, *ZStW* 73 (1961), 414, y 436 y ss.

⁵¹ De lo cual hay que distinguir la cuestión de cómo la confianza se perjudica a sí misma; sobre ello, véase, *infra*, lo que se dice en el texto.

^{51a} Un ejemplo extremo: se omite el viaje para recibir tratamiento médico, a causa de las condiciones inseguras del tránsito.

⁵² Para casos semejantes, cfr. *Binding* (nota 8), II, t.2, pp. 708 y ss.

⁵³ La crítica consecuente de semejantes idealizaciones es un mérito considerable de la investigación de *Amelung*; cfr., especialmente (nota 42), pp. 181 y ss.

⁵⁴ Cfr., al respecto, *Gallas*, en: *Lüttger et al. (eds.) Festschrift für Ernst Heintz zum 70. Geburtstag*, 1972, pp. 171 y ss., y 181.

⁵⁵ Cfr. *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches. Besonderer Teil, 2º tomo parcial*, presentado por *Arzt* y otros, p. 53; al respecto, cfr., además, *Backes*, *JZ* 1973, 337, especialmente 339 y ss.

público.⁵⁶ El parangón sólo puede trazarse respecto del segundo grupo de delitos, ya que únicamente la aparición repetida de casos de cohecho puede ser relevante para el funcionamiento de la Administración y afectarlo en términos conmensurables. Por cierto, la diferencia respecto de los “delitos de peligro común”, una vez más, reside en el modo y la manera de la posible lesión, a saber, que si allí se trata de una causalidad físicamente mensurable, acá de una conducta emanan efectos sobre actitudes y regulaciones. Por consiguiente, la razón de ser de los delitos de cohecho yace en su *importancia expresiva*, en lo cual se tiene en mira que cada actuación corrupta debe ser entendida como un mal ejemplo para el cuerpo de funcionarios y el público.⁵⁷

⁵⁶ Esto vale, pues, cuando se piensa sólo en su perturbación, por tanto, no cuando se piensa en su ruina.

⁵⁷ La individualidad del “ataque” aquí descrito contra una institución, puede ser precisada mediante un parangón con las reflexiones de *Tiedemann* sobre la estructura típica de ciertos delitos económicos. *Tiedemann* subraya, con razón, que no sólo los superiores objetivos económicos, sino también finalidades intermedias, como la estabilidad monetaria, el equilibrio de la balanza de pagos, la pureza de la competencia, la estabilidad de las condiciones de mercado, entre otros, no son en la práctica inmediatamente vulnerables ni susceptibles de ser puestos en peligro mediante acciones individuales (*Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht*, 1969, pp. 123 y ss., y 169). A propósito de lo cual, empero, resulta poco clarificador que *Tiedemann* ([nota 57], p. 124) califique dichos fines, que son exclusivamente el resultado de reales procesos económicos – si bien un resultado que se puede constatar empíricamente sólo bajo un aspecto colectivo –, como “bienes jurídicos ideales” y que relacione su falta de idoneidad para ser puestos en peligro por acciones individuales, con la “idealidad” que los caracteriza. No obstante, *Tiedemann* da un paso aún más avanzado en pos del análisis de determinados tipos de contenido económico, que el que se da aquí respecto del cohecho: para él, está en primer lugar el deber de colaboración sin el cual la “institución” no se constituye, es decir, el deber de realizar acciones de cooperación, cuya suma es lo que realmente pone en marcha el “proceso evolutivo de integración” de la economía (cfr. [nota 57], p. 124). De ello se sigue, para *Tiedemann*, la prioridad del “deber jurídico” en este ámbito y, con ello, el sentimiento hacia el “bien jurídico”. Con anterioridad, *Welzel* sustentó una interpretación análoga respecto de los delitos de cohecho (*ZStW* 58 [1939], 511, nota 30 [p. 513]), a cuyo efecto, por cierto, se hace mención expresa sólo del § 331: para *Welzel*, el § 331 se convierte en un paradigma de los delitos “sin bien jurídico”, y, de interesante manera, él habla aquí, además, de un deber de fidelidad en la función pública al que la sanción, no la norma ([nota 57], p. 512), quiere proteger. Sin embargo, *Welzel* no mantuvo esta interpretación en su Tratado, donde adhiere a la doctrina del Tribunal Supremo y de *Schröder* sobre el fin de la tutela ([nota 1], p. 539). La preferencia que merece la actual interpretación de *Welzel* acerca de los delitos de cohecho, y ciertamente que también para el § 331, deriva de que no se sanciona la disminución de la fidelidad fun-

cional, la pureza del desempeño del cargo en general. No es la “acción colaboradora” como tal en el funcionamiento de la Administración, el tema de la norma sancionada por el § 331; más bien, se selecciona y penaliza cierta clase de disminución del “deber de fidelidad” que puede surtir una fuerte impresión en los colegas funcionarios y el público, a saber, la aceptación de una ventaja por una actuación ministerial. Cabe formular, pues, con una comparación plástica, que en las acciones corruptas la institución en funcionamiento es “atacada” mediante una acción expresiva, mientras que con la penalización del que omite actos de colaboración se busca provocar las acciones que determinan entonces el funcionamiento de la institución. Una de las consideraciones que planteamos aquí en paralelo se encuentra en la sentencia de BGH 2, 358. Allí el Tribunal Supremo Federal afirma la existencia de un hecho punible de carácter económico, en el sentido del antiguo parágrafo 6, apartado 2, número 1, de la Ley de delitos económicos, porque el hecho en cuestión habría sido idóneo para perjudicar la colocación de los interesados frente a un régimen de explotación (BGH 2, 359). Según ello, el tribunal divisó en el “mal ejemplo” el elemento decisivo del incremento del injusto.

Aquí sólo puede quedar insinuado que es muy dudoso que los delitos provistos de una estructura típica como la señalada, admitan ajuste a la forma de una regulación unitaria de la participación, concebida para todas las clases de tipos. Esto se puede ilustrar con la diferencia de la individualidad de la participación de extraños en los delitos de cohecho, contrapuesta a la mayoría (cuando menos) de los demás delitos de funcionarios, de la que resulta que el problema aislado aquí no se puede superar con la distinción usual de delitos especiales propios e impropios. Es característico de los delitos especiales de los funcionarios, no sólo los llamados impropios, sino también los propios, por ejemplo, el § 348, ap. I, del Código penal, que el ataque al bien jurídico se realiza con medios estatales y bajo la cobertura de la presunción de legalidad concedida al obrar del Estado. En este sentido, pues, interpretar el requisito típico “funcionario” como un elemento de la acción no sólo es posible, sino indispensable (fundamental para estos giros interpretativos, *Kaufmann*, *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*, 1953, pp. 137 y ss., y 155 y ss.; del mismo autor, cfr. *ZStW* 80 [1968], 49). Estos recursos estatales de poder no son elementos personales, aunque son accesibles al extraño sólo merced a la intervención de un funcionario. En tal medida, la posibilidad de que un extraño participe también en delitos especiales propios construidos de semejante manera, no parece en principio problemática, con lo cual, por cierto, la magnitud del injusto todavía no está determinada unívocamente. Mucho más problemática, en cambio, es la admisión de la participación de extraños en la conducta expresiva del *intra-neus*, ya que la conformidad a los papeles, como criterio sustentador, no es referible sin más al que está al margen. En modo alguno debe con esto ponerse en tela de juicio la posibilidad básica de que se penalice al *extraneus* que causa una conducta tal, con arreglo a los principios de la participación. Sólo que, entonces, la regulación especial

La investigación que hemos presentado, pues, parte del problema de regulación, no de la *lex* positiva. Lleva a la consecuencia de que, ni en la interpretación de la *lex lata* ni para la argumentación de la *lex ferenda*, los razonamientos sobre el bien protegido procuran una solución a la pregunta de si el funcionario tiene que proponerse realizar la acción ministerial contraria a deber. Esto cabe mostrarlo al discutir la posición de *Schröder*. Por cierto, éste plantea el peligro general para el prestigio de la Administración del Estado; sin embargo, sólo toma en cuenta el peligro procedente de un determinado valor de declaración, en una situación totalmente determinada, o sea, la aceptación de regalos frente a una persona concreta. Si se plantea exclusivamente dicha situación concreta, con la mera declaración del funcionario se alcanza el grado máximo de peligro para la confianza en la entidad estatal; en cambio, la intención que albergue aparte de esto el empleado, de cometer en realidad, además, la acción contraria a deber, ya no puede implicar un aumento de aquel peligro.

Con todo, es dudoso que sea obligatorio limitar el aspecto del problema a un valor de declaración tan concreto, siguiendo el punto de vista del peligro general para la autoridad de la Administración. También para *Schröder* mediante el párrafo 332 queda fijado, como punto de partida, que de la disposición del funcionario a realizar una acción *contraria a deber*, se espera una incrementada repercusión negativa en la confianza del público. Que

también pone en peligro dicha confianza, cierto es que de otra manera, el funcionario que – tal vez actuando engañosamente – sólo simula su disposición, no se opone a lo que venimos diciendo. El mal ejemplo proveniente de la disposición a vulnerar el deber del cargo en cuanto tal, tiene que resultar tanto más grave cuanto más decidido esté el funcionario a infringirlo.

Queda esclarecido así que, aun según el punto de partida de *Schröder*, la real intención de infringir efectivamente el deber del cargo, en el marco del incremento del injusto y de cara al párrafo 331, representa un aumento ulterior, sólo que gradual. Cómo hay que trazar *de lege lata* y *de lege ferenda* el corte entre los párrafos 331 y 332, eso no se puede derivar, pues, de consideraciones relativas al bien jurídico. Las dos delimitaciones son sustentables sin el riesgo de incurrir en contradicciones:⁵⁸ Entonces, sin embargo, no hay inconveniente en considerar además, por lo menos *de lege ferenda*, los principios de lo factible, como la cuestión de las posibilidades de prueba.

del § 333 (lo propio vale para el § 334, ap. II) ya no parece casual de cara a los restantes delitos de funcionarios – o formulada nada más que a resultas de algunas diferencias menores en el efecto regulativo frente a las reglas de la participación (cfr., al respecto, *Birkmeyer*, Bestechung, VDB, t. 9, 1906, pp. 309 y ss., y 322) –, sino muestra que se ha tenido en cuenta una situación problemática diversa (de otra opinión, ostensiblemente, *Langer*, Sonderverbrechen, 1972, p. 480). Desde este punto de vista, se torna dudosa la extendida concepción de que la cointervención “del lado del funcionario”, sería básicamente una forma “normal” de participación en el cohecho pasivo, por lo menos en el § 332 (RG 1942, 382), y sólo según el criterio de la teleología de la medida de la pena habría que derivar la del § 333, puesto que éste incluiría la forma más grave de intervención punible (cfr. *Schönke/Schröder* (nota 7), § 333, n. 14 y 15: la penalidad menor del § 333 haría innecesario aplicar el § 50, ap. II; de muy otra opinión a propósito del § 50, ap. II, *Langer* [nota 57], p. 208). Sin embargo, si se considera la actual situación legal, resulta sorprendente que justo las formas más graves de intervención en el § 332 sufran con una tipificación independiente una penalidad menor (el argumento pudiera estar justificado, pese a la insignificante ampliación de la punibilidad que procura el § 333, a que alude también *Birkmeyer* [nota 57]), mientras que los casos inocuos tienen que someterse “en sí” al § 332 como participación. La alternativa sería la exclusiva posibilidad de una participación en el § 333, a cuyo efecto, empero, podrían surgir indeseables lagunas de punibilidad (cfr. RG 1942, 382, especialmente 383 y 384).

⁵⁸ Naturalmente, tampoco surgen objeciones en contra de la limitación a acciones futuras de servicio (cfr., *supra*, nota 28), realizada en el § 332, ap. III, del Proyecto de Ley de Introducción al Código penal. Por lo demás, la solución de las dos cuestiones polémicas nombradas en la nota 21, ya no genera dificultades: en ambos tipos delictivos, cuyo norte de tutela coincide y cuya forma agravada representa sólo una modalidad de peligro “abstracto”, la conexión continuada no ofrece problemas (en tal medida, pues, también existe coincidencia con *Schönke/Schröder* (nota 7), § 331, n. 3). Por idéntica razón, la interpretación de *Geerds* de la cláusula “acción en sí conforme a deber”, en el vigente § 331, como mera fórmula de delimitación, deviene difícil de refutar (véase, asimismo, la nueva versión del § 331 en el Proyecto de Ley de Introducción al Código penal, donde dicha fórmula está ausente).