

Comentarios a la jurisprudencia penal del Tribunal Supremo *

Sección dirigida por

SANTIAGO MIR PUIG

Catedrático de Derecho penal de la Universidad de Barcelona

LA FUNCION NEGATIVA DEL CONCEPTO DE ACCION. ALGUNOS SUPUESTOS PROBLEMATICOS (MOVIMIENTOS REFLEJOS, ACTOS EN CORTOCIRCUITO, REACCIONES AUTOMATIZADAS)

(Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo
de 23 de septiembre de 1983)

JESUS-MARIA SILVA SANCHEZ

Universidad de Barcelona

1. El procesado D. José se encontraba, tras haber tomado unas copas en una taberna próxima, en una bodega de su propiedad en compañía de sus convecinos D. Luis y D. Eladio. En un determinado momento, el citado D. José se inclinó hacia adelante para sacar vino de una barrica. Mientras permanecía en esa posición, dándole la espalda a D. Eladio, y con las piernas un poco separadas, «éste le agarró con fuerza los genitales con el propósito de gastarle una broma, y al sentirse dolorido D. José, giró bruscamente su cuerpo empujándole con el codo de tal modo que D. Eladio cayó al suelo golpeándose fuertemente contra el suelo de cemento, con la cabeza, cayendo primeramente de lado y después de espaldas». D. Eladio quedó unos momentos inconsciente, recuperándose aparentemente después. Entonces, *ante su negativa*

(*) Abreviaturas utilizadas: ADPCP: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*; AG: *Amtsgericht* (Juzgado de primera instancia); AT: *Allgemeiner Teil*; CP: *Código Penal español*; DAR: *Deutsches Autorecht*; GA: *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*; JR: *Juristische Rundschau*; JuS: *Juristische Schulung*; JZ: *Juristenzeitung*; LK: *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch*; NJW: *Neue Juristische Wochenschrift*; OLG: *Oberlandesgericht* (Tribunal supremo de cada Land federal); SK: *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*; StGB: *Strafgesetzbuch* (Código Penal alemán); STS: *Sentencia del Tribunal Supremo español*; ZStW: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*.

de acudir a un médico, D. José procedió a conducirlo a su casa —en el vehículo de un tercero— pues D. Eladio se encontraba «herido, sangrando algo y bastante bebido». A la 1,30 de la madrugada le dejaron en las inmediaciones de su domicilio. Hora y media después, visto por su esposa, que salió a la calle al oír unos quejidos, se encontraba tendido en el suelo, boca abajo y observándose que sangraba por la nariz. Llevado ante el médico titular del lugar, éste, pese a observar tan sólo una pequeña herida, ordenó en prevención enviarlo a la Residencia Sanitaria de la capital. Allí falleció, estimándose causa de la muerte «una contusión frontoparietal izquierda y hematoma apareinquitomatoso».

2. La Audiencia Provincial de Tenerife condenó a D. José, como responsable de un delito de homicidio con la atenuante de preterintencionalidad (art. 9, 4.º CP), a la pena de un año de prisión menor. El Tribunal Supremo, por contra, casa la anterior y, a su vez dicta sentencia absolutoria. Ello, por estimar que, aun dando por supuesta la relación de causalidad, el movimiento corporal de D. José causante de la caída de D. Eladio «no puede estimarse como constitutivo de una acción penalmente relevante al no concurrir la voluntariedad exigida en el artículo 1 C. P., para reputar punible una acción o una omisión». La reacción de D. José se debería, según esto, «más que a un impulso anímico, a un estímulo fisiológico o corporal sin intervención de la conciencia, por haberse producido la transmisión del estímulo de un centro sensorio a uno motor generador del movimiento corporal o dando lugar a los llamados actos reflejos o acciones en «corto circuito», como acontece, entre otros, en los supuestos de reacciones instintivas ante el terror o el dolor».

3. Las consideraciones del TS se refieren básicamente a problemas vinculados con la usualmente conocida como «función negativa o delimitadora» (Grenzfunktion, Abgrenzungsfunktion) del concepto jurídico-penal de acción (1). Es, en efecto, en esta línea en la que cabe entender orientada su argumentación diri-

(1) Sobre la mencionada función, cfs. básicamente MAYHOFER, Der Handlungsbegriff im Verbrechenssystem, Tübingen, 1953, p. 9, 36-37, 60-61 y 71-73; JESCHECK, Der strafrechtliche Handlungsbegriff in dogmengeschichtlicher Entwicklung, Festschrift für E. Schmidt zum 70. Geburtstag, Göttingen, 1961, pp. 139-155, pp. 140-141.

Para una sistemática teleológica, en favor de la que me he manifestado ya en alguna ocasión, es evidente que la acción no puede desempeñar —como en una de naturaleza clasificatoria— el papel de concepto fundamental del sistema, de sustantivo al que las demás categorías se añaden como adiectivos. Sin embargo, me parece posible seguir entendiendo que a la acción (conducta) le corresponde una posición sistemática independiente y una función propia, separada de la tipicidad. Tal sería, esencialmente, la función negativa. En contra de esta apreciación se manifiesta de modo expreso Armin KAUFMANN, Zum Stande der Lehre vom personalen Unrecht, Festschrift für M. Welzel zum 70. Geburtstag, Berlín-New-York, 1974, pp. 393-414, p. 394. A favor, en cambio, JAKOBS, Strafrecht AT Die Grundlagen und die Zurechnungslehre, Lehrbuch, Berlín-New-York, p. 121, núm. 34 ss., p. 137, núm. 67, p. 138, núm. 68.

gida a negar la concurrencia de una «voluntariedad» o un «impulso anímico» en el proceso objeto de estudio. Ello, pese a concluir afirmando que el movimiento corporal que examina no constituye una «acción penalmente relevante» (2); tal expresión, manifiestamente impropia, debe interpretarse como alusiva a que el mencionado movimiento no describe, a juicio de la Sala, una «acción en sentido jurídico-penal». Sobre las cuestiones propias de la función negativa del concepto de acción no existen, en el plano teórico, diferencias apreciables entre unos y otros autores. Así, se da una coincidencia esencial en la exclusión del ámbito del concepto penal de «conducta» (o «comportamiento») de los movimientos corporales debidos a *actos reflejos*, provocados por *fuerza irresistible* y realizados en situación de *inconsciencia* (3). Sin embargo, lo que en el nivel de los principios no ofrece dificultades se complica considerablemente al producirse su aplicación a la pluralidad de situaciones reales. En la realidad se suscitan movimientos de muy diversa naturaleza a propósito de los que se discute si son efectivamente «actos reflejos» o si, pese a no serlo, cabe equipararlos a éstos en el tratamiento jurídico-penal. Ello, por la distancia, aparentemente insalvable, que les separa del modelo ideal de conducta voluntaria y reflexiva. La concurrencia de pronunciamientos de penalistas, psicólogos y psiquiatras, con las consiguientes divergencias terminológicas y materiales, redundan en un notable oscurecimiento de este círculo de problemas y en la proliferación de aspectos conflictivos (4). En este estado, y todavía pendientes de solución definitiva, se hallan, entre otros, los conocidos como «actos en cortocircuito» (*Kurzschlusshandlungen*), movimientos instintivos, reacciones primitivas, reacciones explosivas, reacciones espontáneas, conductas pasionales (*Affekthandlungen*), movimientos automáticos, etc. (5). Enumeración de situaciones «intermedias» que no sólo no es exhaustiva, sino que también revela la ausencia de un mínimo —e imprescindible— criterio de clasificación.

(2) Dado que la categoría sistemática que decide sobre la relevancia penal de la conducta es la tipicidad, la expresión utilizada por el TS, de acogerse en su tenor literal, significaría que lo que falta es una «acción típica» y no ya simplemente la acción.

(3) Por supuesto, el mismo concepto de conducta determina la exclusión de los procesos no humanos, así como de los meros pensamientos o sentimientos no exteriorizados. Cfr., a este respecto, por todos, JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal* (trad. Mir Puig-Muñcz Conde), Barcelona, 1981, tomo I, pp. 297-299. Afirmando la «coincidencia esencial» de la doctrina en este punto, BEHRENDT, *Die Unterlassung im Strafrecht*, Baden-Baden, 1979, p. 166.

(4) Es fundamental la descripción que de este fenómeno efectúa SCHEWE, *Reflexbewegung, Handlung, Vorsatz*, Lübeck, 1972, *passim* y, especialmente, pp. 16 ss.

(5) Aludiendo a estos supuestos como integrantes de la «zona intermedia» conflictiva, BEHRENDT, *Die Unterlassung*, p. 167. Esencialmente, SCHEWE, *Wille und Freiheit - juristische und medizinisch-psychologische Aspekte*, en Gerschow (ed.) *Zur Handlungsanalyse einer Tat*, Berlín, etc., 1983, pp. 1-9, p. 4.

4. La obtención de perspectivas de solución en cuanto al tratamiento jurídico-penal adecuado para los supuestos de la mencionada «zona intermedia» obliga a perfilar los casos que la delimitan, formulando los rasgos definitorios de su naturaleza. Así, en primer lugar, la de los «movimientos reflejos» como procesos en los que, indubitadamente, se halla ausente una «conducta» en sentido jurídico-penal (6). Ello es tanto más necesario porque a ellos se recurre con cierta frecuencia —así, el TS en la sentencia que comentamos— para fundamentar la exclusión de la acción en situaciones en las que en modo alguno cabe advertir sus elementos característicos. Tal proceder implica una ampliación injustificada del concepto de movimiento reflejo, cuya esencia se desdibuja al abarcar casos de la «zona intermedia». La equiparación practicada en la sentencia entre «movimientos reflejos» y «actos en cortocircuito» resulta, en este sentido, paradigmática. Con todo, lo más sorprendente es que esto se produzca a propósito de un concepto como el de movimiento reflejo que, desde hace casi un siglo, se halla absolutamente asentado en la psiquiatría y psicología médica (7).

5. Por *movimiento reflejo* se entiende aquel proceso en el que el impulso externo actúa por vía subcortical, periférica, pasando directamente de un centro sensorio a un centro motor. Todo ello, sin intervención primaria de la conciencia que, a lo sumo, aprehenderá al fenómeno con posterioridad (8). Lo que con esto se pretende afirmar es que el sistema nervioso central no participa en la génesis del correspondiente movimiento. Tal participación, de producirse, irá únicamente dirigida a tratar de contenerlo, pero nunca a controlarlo, pues tal control es imposible. La ausencia de participación del sistema nervioso central determina, por un lado, que se trate de movimientos básicamente primarios, en los que está ausente una mínima elaboración. Por otro lado, que no intervenga en modo alguno lo que psiquiátricamente se conoce como «afectividad» de la persona, con lo que serán independientes de la mayor o menor agresividad de ésta, de su grado

(6) Así, al menos, la doctrina dominante: MAURACH-ZIPF, *Strafrecht AT*, tomo 1, 6.ª edic., Heidelberg, 1983, p. 185, núm. 16; RUDOLPHI, en SK 3-4.ª edic., Frankfurt, 1985 (ed. *Rudolphi-Horn-Samson*), n.º 21 ante § 1; LENCKNER, en *Schönke-Schröder*, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 22.ª edic., München, 1985, n.º 43 ante § 13; JAKOBS, *AT*, p. 122, n.º 36. Pero véase, pese a todo, la referencia de este último (p. 122, n.º 84) a las opiniones contrarias de *Mathofer, v. Weber y Nowakowski*.

(7) Como dice SCHEWE, *Zur Handlungsanalyse*, p. 4, durante decenios no ofreció problemas la distinción entre acción y actos reflejos. Sin embargo, éstos se dan en la actualidad.

(8) Cfr. ya HOCHÉ, *Handbuch der gerichtlichen Psychiatrie*, 2.ª edic., Berlín, 1903, p. 503. En la literatura jurídico-penal, por todos, FINGER, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, I, Berlín, 1904, p. 272; MEZGER, *Tratado de Derecho Penal*, I, 2.ª edición, p. 212. Más recientemente KRÖNIG, *Urteil OLG Hamburg 13.12.1949*, JR 1950, pp. 408-409, p. 408; y, sobre todo, SCHEWE, *Reflexbewegung*, p. 26.

de equilibrio, etc. Desde la perspectiva de la «teoría de la estructura estratificada de la personalidad», los reflejos se integran en la *capa profunda inconsciente* del sujeto y, dentro de ésta, en la *capa vital*. A ella pertenecen también procesos como los de respiración, circulación, movimiento y percepción (9).

6. Ejemplos de movimientos reflejos serían, según lo dicho, los vómitos (10), calambres (10) y espasmos (11), el cierre del ojo ante la aproximación de un objeto (11), la momentánea paralización o movimiento primario producido por la picadura de un insecto o el contacto con una corriente eléctrica (12), etc. A propósito de estos movimientos y otros de similar tenor, pudo decir *M. E. Mayer* (13) que es extraño que hechos de tal naturaleza lleguen a lesionar un bien jurídico. Pero parece difícil poder confirmar tal impresión. A tal efecto, basta pensar en el Derecho penal del tráfico y en los supuestos, no tan infrecuentes, de quien suelta el volante a consecuencia de la dolorosa picadura de una avispa (14), o cierra los ojos momentáneamente deslumbrado por el sol o por los faros de un vehículo que circula en sentido contrario. En tales casos, es posible afirmar la presencia de un movimiento reflejo que, por consiguiente, excluirá la presencia de una conducta en el concreto momento examinado (15) y obligará a recurrir, en todo caso, a la estructura de la *actio libera in causa* (imprudente) para proceder a la imputación del resultado si es que ello es viable por las circunstancias concurrentes en el caso objeto de análisis.

7. El ámbito anteriormente delimitado constituye el de los «movimientos reflejos en sentido estricto». Y, en contra de lo que el TS afirma para el caso que comentamos, difícilmente puede estimarse que el mismo sea incluíble en el mencionado ámbito. El dolor derivado de la agresión que sufre el procesado explicaría, sí, la producción por vía subcortical de una total paralización o de un movimiento dirigido al punto dolorido. Pero el

(9) Cfr. JESCHECK, Tratado, I, p. 570.

(10) MAURACH-ZIPF, AT, 1, 6.ª edic., p. 185, n.º 16; ESER, Urteil OLG Hamburg, 16-7-1974, NJW 1975, pp. 657-658, p. 658.

(11) ESER, NJW 1975, p. 657.

(12) JESCHECK, LK 10.ª edic. (ed. *Jescheck-Ruß-Willms*), Berlín-New-York; 1985, n.º 33 ante § 13; LENCKNER, *Schönke-Schröder*, 22.ª edic., n.º 43 ante § 13.

En cambio, no sería un movimiento reflejo el enjuiciado en la sentencia del OLG Hamburg 16.7-1974 (NJW 1975, p. 657): Al ir a tomar una curva un conductor, una mosca vuela en dirección a sus ojos. Aquél trata de espantarla con una mano mientras conduce con la otra. A consecuencia de ello, pierde el control del vehículo y el coche se sale de la calzada, primero hacia la derecha y luego hacia la izquierda, colisionando con otro que circulaba en sentido opuesto y lesionándose ocupantes de ambos automóviles.

(13) Der Allgemeine Teil des Deutschen Strafrechts, Heidelberg, 1915, p. 103, nota 4.

(14) Cfr. MAURACH-ZIPF, AT, 1, 6.ª edic., p. 186, n.º 18; LUZÓN PEÑA, Comentario a la STS 5.7-1973, RD Circ. 1973, pp. 453-454, p. 454.

(15) MAURACH-ZIPF, AT, 1, 6.ª edic., p. 185, n.º 16; RUDOLPHI, SK 3-4.ª edic., n.º 21 ante § 1; JAKOBS, AT, p. 122, n.º 36.

carácter subcortical es más que dudoso respecto a un proceso que —según parece desprenderse del, ciertamente no muy claro, resultando de hechos probados— tiene todas las trazas de constituir uno de los llamados «movimientos de defensa». En el supuesto objeto de este comentario no se da, pues, la vinculación inmediata entre centro sensorio y centro motor que caracteriza a los reflejos, con lo que tanto la definición de los mismos, que constituye el centro de la argumentación del TS, como la propia denominación, se muestran fuera de lugar. Tal conclusión se ve reforzada mediante la consideración de diversos rasgos característicos del acto reflejo que muestran bien a las claras su no concurrencia en este caso. En primer lugar, se halla la cuestión de la *reproducibilidad* o *provocabilidad*. Puesto que el reflejo fisiológico constituye una situación de vinculación mecánica de estímulo y reacción, habría de ser posible afirmar que siempre que introduzcamos un estímulo de tales características en un sujeto con unas condiciones fisiológicas dadas, se producirá el mismo resultado, la misma respuesta en forma de reacción, con independencia de las circunstancias concomitantes. Y nada de esto puede afirmarse a propósito del caso que nos ocupa. En segundo lugar, se trata del tema de la *independencia de la afectividad* de la persona, al que ya antes se hizo sucinta referencia. Puesto que el reflejo se realiza en el nivel, puramente fisiológico, del sistema nervioso periférico, su producción es independiente de cuáles sean los factores constitutivos de la personalidad del sujeto determinado (grados de temor, agresividad, etc.). Y tampoco cabe estimar que esto segundo se cumpla a propósito del caso objeto de nuestro comentario. En suma, pues, ni la *reproducibilidad* ni la *independencia de la afectividad* características de los movimientos reflejos se dan en este supuesto que, así, difícilmente puede estimarse incluido entre los mismos.

8. Las afirmaciones del TS no constituyen sino una prueba más de la tendencia extensiva que, en materia de movimientos reflejos, existe en algún sector doctrinal y jurisprudencial (básicamente alemán, puesto que en nuestro país apenas se han discutido tales problemas). Esta tendencia extensiva reviste dos formas fundamentales. La primera, constituida por la aplicación de la denominación «movimientos reflejos» —y la consiguiente exclusión del carácter de acción— en casos en que no se dan los presupuestos materiales de los movimientos reflejos (16).

Muestra característica de esta primera tendencia es la STS 5-7-1973 (17) que, en el caso de un conductor que provoca un accidente al agacharse a recoger una estampa que se le había caído al suelo, se

(16) Por ejemplo, MEZGER, LK 8.^a edic. (ed. *Jagusch-Mezger*), Berlín, 1957, II 6, a3 bb) ante § 51 incluye entre los movimientos reflejos la «instinktive Abwehr in der Schrecksekunde» (defensa instintiva en el segundo de terror). Sobre esta postura cfr. SCHEWE, *Reflexbewegung*, p. 26.

(17) Comentada negativamente por *Luzón* en RDCirc. 1973, p. 354.

ñala que se trata de una «momentánea y fugacísima desatención, producida por causa instintiva, al obrar de manera refleja queriendo coger la estampa que se le cayó» (18). Por su parte, la sentencia del OLG Hamburg de 13-12-1949, pese a plantear la cuestión de la concurrencia de un movimiento reflejo en términos de duda y sólo como uno de los diversos argumentos en favor de la absolución, constituye un ejemplo casi grotesco de la línea argumentativa expuesto. El supuesto de hecho hacía referencia a la conducta de un sastre que, durante la prueba de un vestido, forcejea con la cliente tratando de abrazarla y besarla; a consecuencia del forcejeo queda al descubierto un pecho de aquélla que el sastre, al instante, cubre de besos llegando a lesionarla de un mordisco (19).

La segunda manifestación de la mencionada tendencia extensiva adopta rasgos parcialmente diferentes. Así, fundamentalmente, consiste en equiparar a los movimientos reflejos —en cuanto al tratamiento jurídico— buen número de supuestos pertenecientes a la «zona intermedia», pese a que se reconoce la especificidad de estos últimos. En efecto, no obstante ello, se acaba concluyendo que en los mismos, como en los reflejos, se excluye el carácter de acción del proceso examinado (20).

La sentencia que comentamos puede estimarse ejemplo de ambas tendencias. De la primera, en tanto que afirma la concurrencia de un movimiento en un caso en que no se dan sus presupuestos en sentido estricto. De la segunda, en la medida en que afirma la existencia de un «acto en cortocircuito» (fenómeno que identifica incorrectamente con el acto reflejo) y lo somete al tratamiento jurídicopenal de los reflejos.

9. La doble tendencia extensiva del concepto de *movimiento reflejo* no se halla asentada sobre el vacío. En su favor puede operar la dificultad que a menudo se observa a la hora de determinar donde acaban los reflejos en sentido estricto y comienza lo que Gross llamó «gewöhnheitsmäßige Handlungen», esto es, ac-

(18) A consecuencia de lo que la inicial calificación de *imprudencia temeraria* se rebaja a *imprudencia simple* (se supone que —de ser la sentencia coherente consigo misma— en aplicación tácita de la estructura de «actio libera in causa»).

(19) JR 1950, p. 408. Cfr. la valoración negativa de Krönig (p. 409), para quien, en este caso, se produce por parte del Tribunal del Land una confusión entre lo que son hechos afectivos o pasionales (Affekthandlungen) y los movimientos reflejos.

(20) En una línea parecida BAUMANN-WEBER, *Strafrecht AT*, 9.ª edic., Bielefeld, 1985, p. 189, nota 8, quienes, a propósito del «caso de la mosca» (vid. supra, nota 12) entienden que en los «movimientos bruscos de defensa» ya no hay acción, aunque aparentemente no procedan, como Mezger (supra nota 16), a incluírlos entre los actos reflejos, lo que autoriza a enmarcar su opinión en esta segunda línea extensiva.

Por su parte, MEZGER, LK 8.ª edic., II 6 a) bb) ante § 51, equipara a los movimientos reflejos las reacciones automatizadas, «en las que la repetición de un acto da lugar a que éste se produzca bajo el umbral de la consciencia».

ciones habituales, acostumbradas, rutinarias (21). A este respecto, cabe hacer referencia a la existencia, junto a los *reflejos fisiológicos*, de *reflejos condicionados*, reacciones aprendidas mediante el ejercicio y la práctica (22). Asimismo cabe advertir una cierta *analogía formal* entre los mencionados *reflejos condicionados* y los *automatismos*, en la medida en que tanto en unos como en otros se trata de *reacciones de experiencia* (23).

En esta línea cabe hacer referencia a la resolución² del AG Castrop-Rauxel de 23-7-1965 (24), que sienta la distinción entre unos *reflejos primarios, naturales*, independientes de la voluntad, y otros *secundarios, condicionados*. En el proceso de formación de estos últimos se produciría inicialmente la participación de determinados niveles de la personalidad que, sin embargo, a raíz del continuo ejercicio irían eliminándose progresivamente mediante la automatización, hasta el punto de desaparecer como parte interna del hecho. Tal caracterización dejaría abierta la posibilidad de incluir entre los *reflejos las reacciones primitivas automatizadas* de un conductor en el tráfico, por ejemplo. Unos y otros, en efecto, tendrían en común la imposibilidad de practicar una intervención conductora con la participación de las fases superiores de la personalidad. Ello en la medida en que tal intervención requeriría más tiempo del que permite la reacción inmediata. En una línea similar a la de la Resolución citada se manifiesta *Franzheim* (25), llegado a identificar, en su comentario del «caso de la liebre» (26), los *automatismos* en el tráfico y los *reflejos condicionados* (*bedingte Reflexe*). Ambos, según su opinión, se verían caracterizados por la muy difícil o imposible dominabilidad, debida precisamente a la rapidez de la reacción, que impide que exista el tiempo preciso para contenerla o controlarla.

(21) *Criminalpsychologie*, Graz, 1898, pp. 97-98. Aunque el ejemplo que cita (p. 98) muestra tener muy poco que ver con los reflejos en sentido estricto: Al pasar por delante de una taberna, un borracho al que echan del local se le viene encima y él reacciona propinándole una bofetada. La proximidad con los reflejos vendría dada, según él, por el hecho de que sólo supo lo que hacía con posterioridad. Antes, simplemente sintió que se le aproximaba algo desagradable, y realizó un movimiento defensivo.

(22) MEZGER, LK 8.ª edic., II, 6 a) bb) ante § 51, equipara, como ya se ha señalado, a los reflejos los automatismos, que resultan de una asociación, bien *innata* (y éste es el caso de los movimientos instintivos), bien alcanzada por *costumbre* o *práctica* (y éste sería el caso de las reacciones automáticas en sentido estricto).

(23) Lo señala LUFF, *Die biologische Betrachtung von Verkehrsunfällen und ihre Bedeutung für die Verkehrsrechtsprechung*, DAR 1959, pp. 89-94, p. 91.

(24) Como pone de manifiesto SPIEGEL, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Kraftfahrers für Fehlreaktionen*, DAR 1968, pp. 283-293, p. 285.

(25) Cfr. DAR 1965, pp. 330-331.

(26) FRANZHEIM, *Sind falsche Reflexe des Kraftfahrers strafbar?*, NJW 1965, pp. 2000-2001.

(27) También conocido como «Kleintier-Fall»: Un pequeño animal del tamaño de una liebre se cruza al paso de un vehículo por la carretera, realizando el conductor una maniobra para esquivarlo que produce un accidente y, en él, la muerte del acompañante.

10. Con todo, la mencionada analogía formal no puede hacer olvidar las múltiples diferencias sustanciales que permiten distinguir a unos y otros. Sin recurrir a un análisis exhaustivo puede, en este sentido, hacerse referencia de modo especial al distinto proceso de surgimiento. En los automatismos, como ya *Hoche* pusiera de manifiesto, se trata de movimientos inicialmente conscientes en los que, por el influjo de la repetición, el impulso externo que al principio actuaba como representación a modo de motivo, desencadenada la acción antes de que pueda ser aprehendido como tal representación (27). Ello, sin embargo, no impide que se trate de procesos potencialmente conducibles (28), esto es, que se hallen, en buen número de casos (29), abiertos a la intervención reguladora de la conciencia (30), lo que no ocurre en absoluto en los reflejos condicionados. Por lo demás, incluso respecto a aquellos automatismos en que, con la rapidez de la reacción, se imposibilita la intervención en sentido contrario, parece evidente que la estructura de su formación y, por consiguiente, sus componentes esenciales, son diferentes a los de los reflejos condicionados: conscientes (en la base) en los automatismos frente a la naturaleza sustancialmente fisiológica de aquellos reflejos (31). En términos tradicionales, sobre los que luego habrá ocasión de volver, la diferencia radicaría en que en los automatismos hay *voluntad*, son las reacciones voluntarias más rápidas.

11. Como balance provisional de lo anterior, es posible concluir que ninguna de las concepciones extensivas de la noción de movimiento reflejo se revela satisfactoria. No es, pues, correcto señalar que los mencionados supuestos de la «zona intermedia» son *reflejos*, pues carecen de los rasgos biológicos definitorios de éstos, ni tampoco resolver el problema apuntado que son similares a ellos y equiparándolos en el tratamiento jurídico. Tal analogía carece de base en el plano biológico-empírico. Y, en cuanto al plano normativo, el tema debe examinarse de modo detallado y escapa a explicaciones simplistas. Se trata ahí de determinar cuál es el fundamento normativo de la exclusión del carácter de acción en los casos de actos reflejos y dilucidar si el mismo fundamento concurre también en los supuestos que desde

(27) HOCHÉ, Handbuch, 2.^a edic., p. 503. Cfr. las más recientes afirmaciones, muy similares a las de *Hoche*, de LANGELÜNDEKE/BRESSER, *Gerichtliche Psychiatrie*, 4.^a edic., Berlín-New-York, 1976, p. 270, para distinguir entre «Reflexbewegungen», movimientos reflejos como procesos de naturaleza reflectoria en sentido biológico y «Reflexhandlungen», acciones reflejas, como procesos de acción mediados, aprendidos, automatizados.

(28) LANGELÜNDEKE/BRESSER, *Gerichtliche Psychiatrie*, 4.^a edic., p. 270.

(29) Las excepciones vienen dadas por los supuestos, a los que alude insistentemente la tesis contraria, en que la propia rapidez impediría la intervención reguladora. Cfr. SPIEGEL, DAR 1968, p. 286.

(30) SPIEGEL, DAR 1968, p. 285.

(31) Aunque los efectos sean similares. En todo caso, sobre todos estos temas habrá ocasión de insistir a propósito de los problemas específicos de las reacciones automatizadas.

el principio hemos situado en una zona intermedia entre el acto reflejo como proceso puramente biológico y el modelo ideal de acción consciente y reflexiva. Por recurrir de nuevo al esquema de la *teoría de la estructura estratificada de la personalidad*, la mencionada zona intermedia vendría constituida, por un lado, por una parte de la llamada «capa profunda inconsciente»: la «*capa psicólogo-profunda*» (32). Por el otro, por una parte de la llamada «capa de la personalidad» (consciente): «*la capa personal*» (33). Lo que hay que decidir es, pues, en definitiva, cuál es el régimen jurídico que debe conformarlos y, concretamente, si constituyen o no conductas humanas los movimientos corporales cuya procedencia se sitúa en la *capa psicólogo-profunda* y en la *capa personal*.

12. Para ello conviene examinar con cierto detalle una figura de gran significación: la de los *actos en cortocircuito*. Su análisis reviste aquí especial importancia por cuanto en la sentencia que comentamos se hace alusión a ellos para fundamentar la exclusión de la responsabilidad por falta de acción. Además, a diferencia de lo que pueda ocurrir con los automatismos (34), su especificidad y su pertenencia a la *zona intermedia* aparecen claras a los ojos de toda la doctrina (35). En lo que alcanzo a ver, sólo la sentencia que ahora nos ocupa practica, erróneamente, una equiparación sin precedente doctrinal ni jurisprudencial alguno, al identificar actos reflejos y actos en cortocircuito. Las diferencias entre unos y otros son, como se verá, sustanciales. Según la opinión más generalizada en la psicología y psiquiatría forense, los actos en cortocircuito se enmarcarían en un grupo de situaciones caracterizadas por su excepcionalidad afectiva o pasional (*affektiver Ausnahmezustand*) y que se conocen como *reacciones primitivas* (*Primitivreaktionen*) (36). Las reacciones primitivas, en la clásica formulación de *Kretschmer*, muestran, por oposición a las llamadas *reacciones de personalidad* (37), una situación en la que el

(32) La otra parte de la *capa profunda inconsciente* es la *capa vital*, en la que se sitúan los reflejos. Vid. JESCHECK, Tratado, I, p. 570.

(33) La otra parte de la *capa consciente de la personalidad* es el *centro del yo*, en el que, según entiendo, se situaría la acción reflexiva modélica. Vid. JESCHECK, Tratado, I, p. 571.

(34) Vid. infra.

(35) Cfr. por todos MEZGER, Tratado, p. 213; el mismo, LK 8.^a edic., II 7. a ante § 51.

(36) LANGELÜDDEKE/BRESSER, *Gerichtliche Psychiatrie*, 4.^a edic., p. 261.

(37) Una buena exposición de la distinción desde la perspectiva, nuevamente, de la teoría de la estructura estratificada de la personalidad se halla en LUKOWICZ, *Der Schuldausschließungsgrund des hochradigen, unverschuldeten Affekts*, Tesis, München, 1968, p. 14: De la *superestructura de la personalidad* (Lersch) o *nivel superior de la personalidad* (Kretschmer) surgiría el prototipo de *acción voluntaria*, la *Persönlichkeitsreaktion*, caracterizada porque entre el impulso (Antrieb) y la reacción se produce lo que se denomina «Hiatus der Bewußtheit» (hiato, cesura debida a la propiedad del proceso de «ser conocido»). En cambio, de la *base endotímica* (Lersch) o *nivel profundo filogenético* (Kretschmer) surge la *acción impulsiva inmediata* o *reacción primitiva*, que se

impulso recibido no sufre la interpolación de una personalidad global desarrollada. Al contrario, dicho impulso da lugar a una reacción en acciones momentáneas impulsivas o en mecanismos psíquicos profundos. Dicho de otro modo, las capas inferiores de la personalidad son las rectoras (38), faltando una modulación por las capas superiores. Ello, bien porque la esfera del yo no llega siquiera a intervenir con su función conductora, bien porque llega tarde o de forma débil, no consiguiendo, en cualquier caso, tener éxito dada su naturaleza incompleta. Reacciones características que responden a la descripción efectuada serían, siempre según *Kretschmer*, las generadas en el marco general de situaciones de pánico o terror (39):

13. Las *reacciones primitivas*, pese a revestir en su totalidad las características señaladas, no constituyen un todo unitario. Al contrario, en su seno hay que distinguir, por lo menos, entre *reacciones explosivas y actos en cortocircuito* (40). La diferencia básica entre unas y otros puede exponerse de modo muy simple. En lo fundamental hay que señalar que las reacciones explosivas se materializan en una descarga motriz elemental, mientras que las acciones en cortocircuito muestran una naturaleza más complicada (41). Algún autor alude a que las reacciones explosivas o impulsivas aparecen desencadenadas momentáneamente por una determinada situación; en cambio, en los actos en cortocircuito se trata de una tensión larga que acaba desencadenando la producción de la descarga afectiva (42). En definitiva, pues, los actos en cortocircuito suelen ser acciones complicadas en el sentido de que la acción, junto con el impulso pasional, constituye un todo ordenado y con sentido. Tales actos, si bien no pueden ser conducidos, frenados o controlados por las capas altas de la personalidad, ni por consideraciones racionales o representaciones emocio-

caracteriza porque el supuesto discurre de la capa profunda a la realización, sin intervención de la superestructura personal. Lo que diferencia a uno y otro tipo de reacciones (p. 14-15) no es la presencia o ausencia de procesos de conciencia, sino la más o menos detenida consideración del hecho. Los impulsos llegan, también en el segundo caso, al nivel de la conciencia, pero *no son procesados suficientemente por la personalidad global*.

(38) En tales capas inferiores en las que se aposentan los «*Triebe und elementare Bedürfnisse*» (impulsos y necesidades elementales): SPIEGEL, *DAR* 1968, p. 290.

(39) KRETSCHMER, *Medizinische Psychologie*, 3.ª edic., Leipzig, 1926, p. 182; el mismo, *Medizinische Psychologie*, 11.ª edic., Stuttgart, 1956, p. 233. Siguiéndole, en la doctrina penal, fundamentalmente MEZGER, *Tratado*, p. 213 y nota 5.

(40) KRETSCHMER, *Medizinische Psychologie*, 3.ª edic., pp. 183-184; EL MISMO, *Medizinische Psychologie*, 11.ª edic., p. 235; MEZGER, *Tratado*, p. 213 nota 5.

(41) KRETSCHMER, *Medizinische Psychologie*, 11.ª edic., p. 235; WITTER, *Grundriß der gerichtlichen Psychologie und Psychiatrie*, Berlin, etc., 1970, p. 117: no se trata de «una descarga motriz elemental inmediata», sino que tiene lugar «en una construcción con sentido de impulso-reacción, una acción ya relativamente ordenada y dirigida a fin», aunque aparezca como no crítica y no esté en relación con las restantes formas de comportamiento del autor.

(42) LANGELÜDDEKE/BRESSER, *Gerichtliche Psychiatrie*, 4.ª edic., p. 261.

nales contrarias, se hallan en un marco general de personalidad (43). En el caso que nos ocupa, y descartado ya que se trate de un movimiento reflejo, podría en efecto concurrir un *acto en cortocircuito*. En favor de esta opinión juega, ante todo, el hecho de que el movimiento examinado no revista la naturaleza de una descarga motriz elemental, sino, más bien, la ordenación y dirección a fin (deshacerse del agresor) que caracteriza a aquellos procesos. Un factor en contra vendría, en cambio, dado por el segundo elemento diferenciador respecto a las reacciones explosivas, que un sector doctrinal sitúa en la existencia de una larga tensión. Pero parece superable en la medida en que ello, más que característico del acto en cortocircuito, lo es probablemente del *Affekttat* (hecho pasional) (44). En esta figura suelen incluirse muchas reacciones similares a la que estudiamos para resolverlas en el ámbito de la imputabilidad. De modo que un acto en cortocircuito sin historial previo de tensiones será más difícilmente encuadrable entre los «*Affekttaten*» en orden a examinar la presencia o ausencia de imputabilidad en el mismo. Pero no por ello dejará de ser un acto en cortocircuito, distinguido claramente, por su mayor complejidad y adecuación a fin, de las reacciones explosivas.

14. En el ámbito de las reacciones primitivas y concretamente, en algunos casos, en el de los actos en cortocircuito se sitúan reacciones de terror (*Schreckreaktionen*) (45), de dolor (46) y otras similares (47). Especial interés tiene, en lo que aquí concierne, la inclusión en este mismo ámbito, como fenómenos próximos a los actos en cortocircuito, de los movimientos instintivos o impulsivos de defensa (48), pues, con toda probabilidad, en el supuesto de estudio nos hallamos ante uno de ellos. Tal extremo hace cobrar especial relevancia práctica a la decisión sobre la cuestión de si todas estas reacciones constituyen acciones en sentido

(43) Así UNDEUTSCH, *Schuldfähigkeit unter psychologischem Aspekt*, en *Handwörterbuch der Rechtsmedizin* (ed. G. Eisen) II, Stuttgart, 1974, pp. 91-115, pp. 105-106; también DE BOOR, *Bewußtsein und Bewußtseinsstörungen*, Berlín, etc., 1966, p. 268. Se acoge tal opinión en OLG Hamburg 16.7.1974, NJW 1975, p. 658.

(44) Vid. *infra*.

(45) Cfr. NJW 1975, p. 658, donde la *Schreckreaktion* aparece caracterizada como una reacción primitiva de las capas inferiores de la personalidad, sin que la *instancia del yo* pueda cumplir su papel de control. SPIEGEL, DAR 1968, p. 290, alude a ella como motivada por la sorpresa.

(46) Algunas reacciones de dolor pueden, sin embargo, constituir movimientos reflejos en sentido estricto, como es natural.

(47) Alude a una «*Schockreaktion*» (reacción de «*schock*») SPIEGEL, DAR 1968, pp. 289-290.

(48) MEZGER, LK 8.ª edic., II.6. a) bb) ante § 51, había incluido entre los actos reflejos la «*instinktive Abwehr in der Schrecksekunde*» (defensa instintiva en el instante de terror). Pero en la actualidad es clara su inclusión junto a los actos en cortocircuito: cfr., por todos, LENCKNER, *Schönke-Schröder*, 22.ª edic., n.º 43 ante § 13. Pese a alguna ambigüedad terminológica, se hallan en la misma línea MAURACH-ZIPP, AT I, 6.ª edic., p. 186, n.º 18.

jurídico-penal o no es así. Y, a este respecto, hay que decir que sobre el tema no parecen reinar en la doctrina penal excesivas discrepancias. Según entiendo, es tesis absolutamente unánime la de que en todos estos supuestos hay *acción* (49). Con ello, la discusión se desplaza al ámbito del dolo o, más aún, de la imputabilidad. Allí, en virtud de la posible concurrencia de un «hecho pasional» o «afectivo» (*Affekttat*) y de la consiguiente perturbación de la conciencia (*Bewußtseinsstörung*), se trata de examinar la posibilidad de excluir o, por lo menos, atenuar la responsabilidad (50). Pero de ello corespondrá ocuparse más adelante, aunque ya aquí adelantemos que es muy generalizada la opinión de los autores favorable a la exclusión de la imputabilidad en buen número de estos casos.

15. Se ha hecho alusión a la total unanimidad existente en la doctrina en cuanto a la afirmación del carácter de acción de estas reacciones de la *zona intermedia*. Cuestión, en cambio, muy diferente es la de la argumentación de la concurrencia de dicho carácter de acción y su coherencia con la negación del mismo a los reflejos *stricto sensu*. Tal argumentación ha discurrido, en general, por cauces psicológico-empíricos. De algún modo, pues, en la línea de lo apuntado en este caso por el TS. Si éste alude a que lo característico de la acción en sentido jurídico-penal es la presencia en el movimiento corporal del sujeto de «voluntariedad» o de un «impulso anímico», se trataría de hallar tales elementos en los supuestos objeto de examen (51), mostrándolos en toda su magnitud diferenciadora con respecto a los puros reflejos de naturaleza fisiológica o cuasifisiológica (52). Sin embargo, la argumentación puramente psicológica tropieza con dificultades. Estas derivan, en lo esencial, de la ambigüedad ínsita en el concepto de *voluntariedad*, absolutamente evidente cuando nos movemos en el terreno psicológico-psiquiátrico. Tal ambigüedad suscita un sinnúmero de

(49) MAURACH-ZIPP, AT 6.^a edic., p. 185, n.º 16; RUDOLPHI, SK, 3-4.^a edic., n.º 20 ante § 1; OLG Hamburg 13-12-1949, JR 1950, p. 409; BEHRENDT, Die Unterlassung, p. 167: Rudimentos de una conducción voluntaria; OLG Hamburg 16-7-1974, NJW, p. 658; LUKOWICZ, Der Schuldaußschließungsgrund, pp. 14-15; SCHMIDHAUSER, Strafrecht AT, Lehrbuch, 2.^a edic., Tübingen, 1975, p. 210, nota 10; JAKOBS, AT, p. 122, n.º 36; JESCHECK, Tratado, I, p. 571; SPIEGEL, DAR 1968, p. 290.

(50) De conformidad con el § 20 del StGB. En nuestro país ello debería examinarse a partir del artículo 8, 1.º CP y la eximente, completa o incompleta (art. 9, 1.º CP), de trastorno mental transitorio.

(51) SCHEWE, Reflexbewegung, p. 24, alude a esta idea —dominante— de la conducción del movimiento por la voluntad como rasgo distinto, dado que en los demás casos el organismo actúa como mero eslabón de una cadena causal.

(52) Sobre el carácter puramente neurológico o fisiológico de los movimientos reflejos, cfr. SCHEWE, Reflexbewegung, p. 32. Sin embargo, vid. también pp. 54-55, donde pone de relieve divergencias entre el concepto de reflejo de la *fisiología* (más similar al jurídico-penal) y el de la psiquiatría y psicología, cuyos límites parecen variables y dependientes de la ausencia de una voluntad en sentido estricto, con lo que en su determinación se reproduce el debate sobre la voluntad.

problemas en el diálogo entre juristas y psicólogos-psiquiatras. Ello, junto con las implicaciones filosóficas del concepto, determina que la de la distinción entre procesos penalmente relevantes y no-relevantes sea tarea prácticamente imposible si se pretende practicarla con el instrumento de la «voluntariedad» (53).

En todo esto hay que tener en cuenta que la finalidad de los penalistas cuando acuden al empleo del adjetivo «voluntario» aplicado a un fenómeno no es la de compararlo con la imagen del *proceso psíquico humano ideal*. Más bien, se pretende la exclusión *ab initio* de la consideración penal de aquellos supuestos que no son más que procesos causales extrahumanos. Pero parece claro que, de este modo, no se está asignando al concepto de «voluntad el mismo contenido que le atribuyen psiquiatras y psicólogos (54).

De todas estas cuestiones se ocupa con detalle Schewe, en su obra, repetidamente citada, *Reflexbewegung, Handlung, Vorsatz* (Lübeck 1972). Ello evidencia que las mismas desbordan con mucho lo que es posible examinar en el reducido espacio de que aquí disponemos. En cualquier caso, y simplificando hasta la esquematización, cabe poner de relieve algunos factores básicos determinantes de la crisis del concepto de voluntariedad. Esta, en efecto, debe estimarse absolutamente inadecuada para diferenciar entre *acción y no-acción*, y, en concreto, reacciones primitivas, como pertenecientes al primer grupo y movimientos reflejos, como pertenecientes al segundo.

16. El primero de los factores de crisis surge a propósito de la usual identificación de la *voluntariedad* con la «finalidad», como elemento definidor de lo específico de la *acción* en Derecho penal (55). Contra tal virtualidad diferenciadora cabe alegar, con Schewe, la existencia, empíricamente contrastada, de procesos de *adaptación regulativa* (regulative Anpassung) incluso en movimientos que claramente pueden calificarse de reflejos (56). Ello implica afirmar la presencia en éstos de una *finalidad incipiente*. A la vez, que la diferenciación entre *acción y no-acción* no puede

(53) Cfr. SCHEWE, *Reflexbewegung*, pp. 47, 48, 49 y 50.

(54) SCHEWE, *Reflexbewegung*, p. 52.

(55) Cfr. SCHEWE, *Reflexbewegung*, p. 25: Para *Welzel*, es la actividad *final* la que distingue la acción de los procesos naturales que, o bien son ciegamente causales o bien son adecuados a un fin (*zweckmäßig*) pero no conscientes del mismo (*zweckunbewußt, instinkthaft*), como en el mundo animal (pero adviértase que, según este punto de vista, lo decisivo no sería la finalidad sino la conciencia de esa finalidad, lo que nos lleva al segundo punto).

(56) SCHEWE, *Reflexbewegung*, pp. 56-57 y 58: la teoría de la *adaptación regulativa* implica introducir en la causalidad una consideración de finalidad e impide fijar de modo categórico una frontera entre procesos superiores (finales) e inferiores (bajo el umbral de la consciencia, causales); SCHEWE, *Zur Handlungsanalyse*, p. 6: Además, la «adaptación regulativa» determina la aparición de un factor de consciencia.

traducirse, para estos casos límite, en términos de *finalidad/no-finalidad*, sino de cuantificación o cualificación en el marco de una finalidad básica. El segundo de los factores de crisis se produce a raíz de la identificación de *voluntariedad* y «*finalidad consciente*». son significativas, al respecto, las observaciones de psicólogos y psiquiatras en el sentido de que el autor —en estos supuestos de reacciones primitivas, generalmente amparados luego por situaciones afectivas— «no quería» hacer lo que hizo, no sabía lo que hacía, con lo que en las mismas faltaría el carácter de acción (57). Frente a tal postura, es lo usual entre los penalistas renunciar a la «voluntad consciente» como criterio decisivo de aquel carácter. Al contrario, se suele señalar que el *actuar consciente* (58) constituye el tipo ideal de actuación del hombre, pero en absoluto agota la realidad de la conducta humana en sentido jurídico-penal, en la que es posible incluir algunos procesos suscitados bajo el umbral de la conciencia (59). Según esto, pues, tampoco el par de conceptos *consciencia - inconsciencia* se revela válido para distinguir entre acción y no-acción. Al contrario, dicha diferenciación se producirá en algún lugar dentro de los niveles inferiores a la plena conciencia.

17. La observación de que ni la idea de *finalidad* ni la de *consciencia* constituyen la barrera que separa la acción de lo que no lo es se muestra conforme con una idea de gran importancia, claramente expuesta por Schewe. Esta es la de que «acción» y «no-acción» no son *conceptos alternativos*, esto es, claramente diferenciados el uno del otro, sino *conceptos tipológicos*, sin fronteras claras, es decir, unidos entre sí por una línea continua (60). Con ello, en propiedad, no podría hablarse simplemente de «acción» y «no-acción», sino que habría que aludir a «*más o menos carácter de acción*» a propósito de los procesos situados entre los tipos ideales de *acción* y *no-acción*. En algún punto de esa *zona*

(57) Cfr. SCHEWE, *Reflexbewegung*, pp. 29-30 y 33, aunque apunta, de un modo muy significativo, que la «involuntariedad» con que los psicólogos y psiquiatras hacen referencia a estos casos de actuar impulsivo es radicalmente diferente a aquella en que la doctrina penal caracteriza la «no-acción» como proceso equiparable a los de mera naturaleza causal.

A tal literatura alude también LENCKNER, *Schönke-Schröder*, 22.ª edic., n.º 43 ante § 13, señalando que, pese a que la bibliografía psiquiátrica y psicológica habla aquí de actos involuntarios o de naturaleza «reflexartig», en todos estos estados es posible afirmar el carácter de acción. Pues, aunque en ellos la conducción sea en cierta medida inconsciente, tampoco es posible seguir al pie de la letra a la doctrina dominante, que entiende la *voluntariedad* como *voluntad consciente*, en el sentido de requisito mínimo del concepto de acción.

(58) Proponerse conscientemente fines y elegir conscientemente medios dirigidos a su consecución, etc.

(59) Por todos, LENCKNER, *Schönke-Schröder*, 22.ª edic., n.º 44 ante § 13: Buena parte de la actividad humana discurre «bajo el umbral de la conciencia» y no por ello es menos expresión de la psique humana: son reacciones, respuestas personales a una determinada situación.

(60) SCHEWE, *Reflexbewegung*, p. 59.

intermedia de «más o menos acción» habría que fijar la frontera, parcialmente fluctuante y, por lo general, definida en forma no muy clara. Para proceder a la delimitación existe la posibilidad de adoptar dos perspectivas diferentes. La primera, seguida, según parece, en la psicología y psiquiatría forenses, consiste en partir del *supuesto ideal de acción* y negar la existencia de una acción allí donde comienzan a darse divergencias de cierta relevancia con aquel *modelo ideal*. Tal planteamiento conduce a un concepto relativamente *estrecho* de acción y *amplio* de no-acción (61). La segunda perspectiva, más comúnmente seguida por los penalistas, opera de modo contrario. Así, pues, consiste en partir del supuesto típico de no-acción (p. ej. el movimiento reflejo «puro»), y conduce a la afirmación de la concurrencia de acción desde el momento en que se advierte la presencia de factores que muestran una superación de aquel esquema elemental (62). Tal punto de vista conduce a construir un *concepto amplio de acción* y limitado en lo que se refiere a la *no-acción* (63). Expresando el balance de lo anterior en otros términos, resultaría que los penalistas se conforman con menos «propiedades de acción» para afirmar la existencia de una acción y los psicólogos y psiquiatras exigen más «propiedades de acción» para estimar su concurrencia.

18. La consideración, en la línea referida, de acción y no-acción como *conceptos tipológicos* me parece satisfactoria desde una doble perspectiva. Por un lado, desde la óptica *empírica*, pues se muestra en amplia medida coincidente con lo que se desprende de la teoría de la estructura estratificada de la personalidad, a la que ya se han hecho algunas referencias. Por otro lado, desde la perspectiva *normativa*. Pues, en efecto, la comprensión de *acción* y *no-acción* como conceptos tipológicos revela de modo definitivo la práctica imposibilidad y, en todo caso, la inidoneidad de proceder a su diferenciación desde un punto de vista puramente fáctico (64). Al contrario, es preciso atender a la finalidad de la respectiva disciplina: en nuestro caso, obviamente, los fines del Derecho penal. La concepción de la distinción entre acción y no-acción como un juicio de naturaleza jurídica, teleológico-valor-

(61) SCHEWE, Reflexbewegung, p. 60, donde alude a una elaboración *descriptiva* de los conceptos por parte de los psicólogos/psiquiatras, y pp. 69 y 70-71: donde pone de relieve la existencia de mayor «generosidad en el psicólogo/psiquiatra en la fijación del ámbito de la «ausencia de acción».

(62) SCHEWE, Reflexbewegung, p. 69 y pp. 70-71.

(63) SCHEWE, Reflexbewegung, pp. 52 y 53 y p. 75.

(64) SCHEWE, Reflexbewegung, pp. 71-72. De ahí que no sirva de nada el intento de distinción de *Kretschmer* —Medizinische Psychologie, 11.ª edic., p. 83—, sobre la base del criterio de que el hecho cometido bajo un impulso pasional es «adecuado a la situación» (también LUKOWICZ, Der Schuldausschließungsgrund, p. 16). En efecto, la presencia de la aludida «adaptación regulativa» en los movimientos reflejos desvirtúa completamente la fuerza diferenciadora de tal tesis.

tiva (65), tiene significativas consecuencias. Por una parte, permite despreciar el fenómeno de la *adaptación regulativa*, al entenderse que el proceso se desarrolló a un nivel de integración tan bajo que, desde la perspectiva valorativa, puede equipararse a uno puramente causal (66). A la inversa, conduce a afirmar la existencia de *acción* en supuestos con niveles no muy elevados de conciencia o de participación de la personalidad. Así se evita que temas que pueden y deben ser objeto de análisis según otras perspectivas se prejuzguen erróneamente ya en el marco de la teoría de acción (67). Toda esta concepción no es sustancialmente novedosa. En efecto, algunos autores vienen pronunciándose en este sentido desde hace ya cierto tiempo (68). Lo que ocurre es que no siempre se ha puesto claramente de relieve el real significado de este enfoque y las consecuencias del mismo.

19. Este cobra toda su relevancia en el marco de una concepción general sobre el fin del Derecho penal. Es el fin del Derecho penal, según la tesis que aquí se estima preferible, la prevención de delitos (69). En orden a la consecución de este fin, las normas jurídico-penales (primarias) se configuran como normas de determinación, esto es, como imperativos (70) que tratan de motivar a los ciudadanos en contra de la realización de las conductas en ellos circunscritas. La infracción de aquellas normas constituye un hecho antijurídico (injusto) (71). Pues bien, en el marco de la teoría del injusto el concepto de acción cumple una función específica y muy significativa. Es ésta la de excluir de antemano de la consideración penal aquellos procesos que, si bien puedan ser *explicados* desde la perspectiva científico-natural, no pueden ser *entendidos o interpretados* (71 bis). Esto es, no son susceptibles

(65) SCHEWE, *Reflexbewegung*, pp. 58-59; el mismo, *Zur Handlungsanalyse*, pp. 5 y 7.

(66) SCHEWE, *Reflexbewegung*, p. 68. Ello, a partir de la consideración de que, para el Derecho penal, se trata de excluir como no-acciones aquellos supuestos en los que de antemano carece de sentido cualquier otra constatación que no sea la de su eficacia causal (pp. 71-72).

(67) SCHEWE, *Reflexbewegung*, p. 72.

(68) Por todos, RUDOLPHI, *SK 3-4.ª edic.*, n.º 19 a ante § 1: La barrera entre formas de comportamiento dominables y no dominables (personalmente imputables o no) es fluctuante. La dominabilidad, en todo caso, no es una cuestión empírica, a resolver por los peritos psicólogos, sino un problema normativo, de valoración, con importancia de los aspectos políticocriminales (p. ej., la carencia de sentido o finalidad *ab initio* de la reacción penal); KRAUß, *Der Psychologische Gehalt subjektiver Elemente im Strafrecht*, Festschrift für H. J. Bruns zum 70. Geburtstag, Köln, etc., 1978, pp. 11-30, pp. 16, 17 y 18, propone una despsicologización de las teorías de la acción, afrontando la real problemática político-jurídica que en ellas se suscita.

(69) Cfr. MIR PUIG, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, 2.ª edic., pp. 42 ss.

(70) Cfr. MIR PUIG, *Función*, 2.ª edic., p. 42 ss.

(71) MIR PUIG, *Función*, 2.ª edic., pp. 58 ss.; MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*. Barcelona, 1985, pp. 101 ss.

(71 bis) Sobre la distinción entre *entender* y *explicar* cfr., por ejemplo, SCHEWE, *Zur Handlungsanalyse*, p. 13.

de serles atribuido un sentido, el de una realización típica determinada potencialmente —si no concurren causas de justificación— infractora de la norma penal. Y ¿qué procesos son éstos que no pueden ser *interpretados*, a los que no puede atribuirse sentido típico alguno potencialmente infractor de la norma? Pues son aquéllos que escapan a la influencia del enunciado prescriptivo, en los que la capacidad de control del sujeto está tan limitada que desde el principio se excluye toda posibilidad de éxito del mensaje motivador. Como es absurdo que la norma se dirija a quien, en la concreta situación dada, es absolutamente imposible que la siga, tales procesos no estarán prohibidos. Y no lo estarán por *falta de acción*, esto es, en definitiva, por la inmotivabilidad del sujeto en el momento concreto y respecto al concreto proceso en cuestión. La cosa aparece de modo sustancialmente diferente, en cambio, cuando, por las circunstancias que sean, no está completamente excluida la posibilidad de influjo motivador. Cuando, por mínima que sea, existe la expectativa de que el mensaje motivador llegue al sujeto —en condiciones normales o anormales— y sea recibido. En tal caso, puesto que la posibilidad motivadora no se halla completamente excluida, habrá que afirmar la presencia de un proceso con carácter de acción y dejar que la especialidad de las circunstancias concurrentes se examine en otros niveles sistemáticos. No hay que olvidar, a este respecto, que la apreciación del carácter de acción no implica más que la superación de un primer filtro, y además bastante amplio. Ello en absoluto prejuzga la atribución de responsabilidad en virtud de la concurrencia de las restantes categorías del delito. Simplemente, pretende indicar que, a propósito del proceso en cuestión —que aparece definido como proceso de lesión de un determinado bien jurídico— existe un *principio de motivabilidad*. Esto es, no está excluida de modo absoluto y a priori la posibilidad de influencia de la norma jurídico-penal.

20. De conformidad con lo anterior, la afirmación de que un proceso reviste el carácter de acción requeriría la concurrencia en el mismo de un *grado de consciencia mínimo* acerca de lo que se está haciendo. Ello impedirá excluir totalmente la posibilidad de influencia motivadora de la norma en los mismos, a diferencia de lo que ocurre con los reflejos. A este respecto, debe ponerse de relieve que, al aludir a un grado de consciencia mínimo, nos referimos a una consciencia *real y no potencial, actual y no actualizable*. Además, se trata de que concurra en el momento en que se desarrolla el proceso y no en otro anterior, en la línea de lo considerado en los esquemas de *actio libera in causa* (72). La cuestión,

(72) Según el esquema de «actio libera in causa» aplicado en el plano sistemático de la acción, a la ausencia de acción en el proceso concreto (*in se*), se une la presencia de la misma y de los demás presupuestos de la responsabilidad en una fase previa (*in causa*). Así, incluso un reflejo puede dar lugar a responsabilidad, en la medida en que en un momento previo fuera ya pre-

una vez apuntado que basta con un grado de conciencia mínimo que no excluya de modo total y absoluto la motivabilidad, es señalar en qué se traduce esto en la perspectiva psicológica de la teoría de la estructura estratificada de la personalidad. En otras palabras, cuándo es posible decir que el hecho ha descendido tanto en los niveles de conciencia que sobre el mismo no cabe influencia motivatoria de ningún tipo. Naturalmente, ello será así en los casos de actos completamente inconscientes (*unbewußte*). No en vano la doctrina tradicional en Derecho penal recoge la *inconsciencia* como supuesto específico de exclusión de la acción. Pero entre tales situaciones de inconsciencia de la acción y las que se podrían conocer como «*wachbewusste*» (73), esto es, procedentes del centro del yo, existen escalones intermedios. Así se alude a actos «*unterbewusste*» (subconscientes), surgidos fuera del *centro del yo* pero procedentes de la *capa de la personalidad* o incluso de la *capa instintiva*, en los que podría afirmarse la existencia de un principio de motivabilidad (74). Pero ¿es ello siempre así? Supuestos absolutamente próximos a la inconsciencia parece claro que deben equipararse a ésta. Sin ir más lejos, es esto lo que ocurre con los actos reflejos. En ellos, si bien la adaptación regulativa introduce —según cierta doctrina— un factor de conciencia, éste es tan elemental o primitivo que puede ser despreciado. En cambio, en cuanto nos salimos del puro ámbito de los reflejos, parece posible entender que existe *accesibilidad motivatoria* y, en definitiva, concurre un proceso con carácter de acción.

21. En suma, y compatibilizando el *principio motivatorio* con la estructura estratificada de la personalidad, no parece razonable excluir la posibilidad «*ab initio*» de una influencia de las directrices normativas en el momento de la realización de tres clases de procesos: las reacciones suscitadas en el *centro del yo*; las propias de la *capa personal*; y, al menos, algunas de las que surgen en la

bisible que se iba a producir y pese a todo se actuara facilitando su producción (comisión) o no se realizara la conducta típicamente indicada en orden a evitarlo (omisión). HERZBERG, *Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantienprinzip*, Berlín, 1972, p. 188, alude a un supuesto en parte diferente, que llevaría a modificar la función negativa del concepto de acción. Se trata del caso de un «tic» de risa durante un servicio religioso (Gottesdienststörungfall), que podría contenerse pensando en una cosa seria. Pero no me parece que ello cambio sustancialmente las cosas. Pues si el *pensar* debe producirse ya desde antes de la producción del «tic», estamos de nuevo ante el esquema de *actio libera in causa*. Y si el *pensar* habría de ser simultáneo y no se controla (por vía motivatoria: pensar) el «tic», entonces la responsabilidad recae sobre este concreto punto y no puede negarse que concurre el *carácter de acción*.

(73) «Con conciencia despierta».

(74) Adoptar tal perspectiva amplia en la afirmación del carácter de acción (en el *plano material*), no implica en absoluto infringir —en el *plano procesal*— el principio «*in dubio pro reo*». Pues en todo caso será preciso que se pruebe el mínimo de accesibilidad a la motivación normativa que es condición indispensable de la afirmación de que un proceso tiene «carácter de acción».

capa psicológico-profunda. No parece razonable, pues, negar para ellos el carácter de acción (75). Ahora bien, adoptar esta postura implica desvirtuar por vía normativa uno de los fundamentos teóricos básicos de la dogmática tradicional. Según ésta, la acción en sentido jurídico-penal se caracteriza por ser expresión de una finalidad perfectamente consciente, lo que concordaría plenamente con la introducción de la *inconsciencia* como causa de exclusión de la acción. Ya antes nos manifestamos, sin embargo, en sentido contrario al mantenimiento del par de conceptos *consciencia-inconsciencia*, como uno que cierra la posibilidad de terceras vías. Más bien ocurre que hay grados diversos de consciencia. Y, sentado esto, salvo que nos hallemos ante una *plena inconsciencia* o ante algo similar a ella —así, la consciencia elemental implicada por la «adaptación regulativa» de los movimientos reflejos— habrá que afirmar una posibilidad, por muy remota que sea, de influencia motivatoria en el sujeto y, a consecuencia de ello, el *carácter de acción*.

Importa señalar, frente a lo apuntado por Arthur Kaufmann, que la afirmación de la concurrencia de la cualidad de acción requiere, según entiendo, un mínimo de *consciencia actual* y no simplemente una *consciencia potencial vinculada* a una finalidad actual (76). Pues la *posibilidad* de consciencia no deja de ser una manifestación más de la *ausencia* de consciencia: *posibilidad es irrealidad* y, no dándose un mínimo de *consciencia actual*, parece natural la exclusión de toda vía de influencia motivatoria.

(75) No es incompatible con lo expuesto la opinión de JESCHECK, Tratado, I, p. 572, al señalar que en los «hechos pasionales», que se cometen eludiendo el centro del yo a través de una descarga inmediata en medio de una fuerte disminución de la consciencia, el reproche de culpabilidad se dirige contra el control defectuoso de los impulsos psicológico-profundos por las fuerzas de la capa personal en la fase previa a la de excitación de la pasión: Esto es, recurriendo a un esquema de *actio libera in causa*. Pues ello implica negar la culpabilidad en el «*Affekttat*» en sí, pero no el carácter de acción del mismo.

(76) Cfr. ARTHUR KAUFMANN, Die finale Handlungslehre und die Fahrlässigkeit, Jus 1967, pp. 145-152, p. 151: El planteamiento de Kaufmann parte de la distinción psicoanalítica entre el yo, como capa de lo consciente, y el ello, como capa de los impulsos. En su opinión, las acciones que parten de este último ámbito son *inales*: aunque no plenamente conscientes (*wachbewußt*), expresan reacciones personales, humanas. Las citadas reacciones discurren no en el ámbito de lo inconsciente (*unbewußt*), sino de lo subconsciente (*unterbewußt*). Lo que, a su juicio, indica que están tan cerca del umbral de lo «*wachbewußt*» que cabe reconducirlos a él: son «*bewußtseinsfähig*». La conclusión es que en estos actos, básicamente surgidos de la *capa de la personalidad* (*Persönlichkeitsschicht*) y, por tanto, excluidos del *centro del yo*, que expresan tanto la realización de una reserva de decisiones previas ya practicadas como reacciones a situaciones de nueva aparición (p. 152), existe finalidad actual, pero una consciencia sólo potencial.

Discrepando de Kaufmann y próximo a la línea del texto, JAKOBS, Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt, Berlín, 1972, p. 76, nota 136, admite la posibilidad de reacciones impulsivas conscientes en las que sin embargo la rapidez impide la participación del centro del yo.

22. El problema de la presencia o no de un mínimo de conciencia que permita afirmar la concurrencia de una acción en sentido jurídico-penal se ha planteado con más virulencia en un ámbito diferente al de las examinadas *reacciones primitivas*. Se trata de un sector en cierto modo más próximo a los *actos reflejos*: el de los «automatismos» o «reacciones automatizadas en el tráfico». Sobre esta cuestión existe una producción bibliográfica que, comparativamente, es bastante más intensa que la que ha tenido por objeto los hechos hasta ahora estudiados. De ahí que pueda ser interesante hacer alguna alusión a la misma, con el fin de aclarar algo más la relación *consciencia-acción*. La peculiaridad de estas situaciones radica en que, mientras que para las reacciones primitivas es, hasta cierto punto, natural la admisión de, al menos, un principio (mínimo) de conciencia, con respecto a los automatismos se señala —por un grupo de autores— la posibilidad de que discurren en forma *completamente inconsciente* (77). Esto último dista mucho, en mi opinión, de ser indiscutible. A propósito de las *reacciones automáticas* lo único claro es que, sobre la base de una disposición de acción ejercitada a partir de una muestra de comportamiento, la conducta, dado un determinado impulso, discurre en forma más o menos automatizada (78). En otras palabras, que procesos inicialmente realizados con la más despierta conciencia, van pasando progresivamente a la esfera de lo inconsciente o, mejor, a ámbitos «por debajo del umbral de la conciencia».

Los automatismos proceden todos de la *capa personal*, nivel inferior al *centro del yo*, en el que se acumulan las reglas de la vida de las que luego surgirán nuevas decisiones de actuar en forma espontánea, irreflexionada y, a la vez, sin esfuerzo, pero con una nota personal. La capa personal conduce el comportamiento inconsciente y, a juicio de *Jescheck*, también es posible dirigir contra ella el reproche de culpabilidad (79).

(77) BEHRENDT, Die Unterlassung, p. 167: En los automatismos, una práctica continuada lleva el proceso al ámbito de lo inconsciente. LENCKNER, *Schönke-Schröder*, 22.ª edic., n.º 44 ante § 33: son situaciones en las que la voluntad se hace, por la repetición, inconsciente; STRATENWERTH, *Unbewußte Finalität?*, en *Welzel-F.*, pp. 289-305, p. 290. De hecho, el examen de algún ejemplo muestra hasta qué punto puede carecer de sentido una distinción entre el tratamiento jurídico de los *automatismos* (reacciones impulsivas *aprendidas*) y el de las *reacciones impulsivas innatas*. En el primer caso, se trata de conductas progresivamente desplazadas del centro del yo a niveles inferiores de conciencia, con el fin de facilitar la actuación del sujeto. En el segundo, nos hallamos ante reacciones que *ab initio*, de modo innato, están ya «programadas» (sin necesidad de aprendizaje) en los mencionados niveles inferiores de conciencia. La diferencia, al final, puede ser prácticamente nula: Piénsese en el caso del luchador de kárate que va automatizando sus reacciones defensivas con el fin de hacerlas más rápidas llevándolas a niveles inferiores de conciencia (respuesta automática al estímulo,) y compárese esto con el movimiento impulsivo innato de defensa. Cfr., a este respecto, JAKOBS, *Stu-dien*, p. 29.

(78) Así, OLG Hamburg en NJW 1975, p. 657.

(79) JESCHECK, *Tratado*, I, p. 571.

Todo ello, naturalmente, sólo deja vía a dos alternativas. La primera, prescindir de la doctrina dominante que ha hecho de la *voluntad consciente* presupuesto del concepto de acción (80). La segunda, mantenerse fiel a tal perspectiva y negar la *naturaleza de acción* de tales procesos.

Sentado esto, la atribución de responsabilidad penal en los casos de reacciones automatizadas no podría producirse por la vía de la *imputación ordinaria*, sino de la *extraordinaria*, esto es, la estructura de *actio libera in causa*. En otras palabras, fijando la atención en la situación previa a la producción del automatismo y en la previsibilidad o no del resultado producido por el mismo, en dicho momento anterior. Dado que esta segunda posibilidad de imputación subsiste prácticamente siempre (81), lo decisivo aquí es distinguir si en los automatismos (82) cabe dirigir la imputación a la reacción automatizada en sí o sólo al hecho previo: por ejemplo, seguir conduciendo, pese a advertir la posibilidad de una reacción automática defectuosa como la que efectivamente luego se produce.

23. Sobre la naturaleza —carácter de acción o no— de los automatismos existe una amplia discusión. Así, la literatura psicológica y psiquiátrica, del mismo modo que la jurídica que recurre a aquéllas para la determinación de si hay o no voluntariedad, niegan la concurrencia de una acción (83). Manifestaciones ejemplares de este punto de vista son las de *Franzheim* (84) o *Un-deutsch* (85), cuya postura negativa se fundamenta en la falta de tiempo para una intervención correctora del movimiento (conductor). Frente a esta postura, otra, que puede estimarse mayoritaria en la doctrina jurídica, afirma sin reparos el carácter de

(80) Cfr. STRATENWERTH, *Literaturbericht*, ZStW 85 (1973), pp. 468-496, p. 470; el mismo, *Welzel-F.*, p. 289; expresamente refiriéndolo a la doctrina final de la acción, en versión tradicional.

(81) STRATENWERTH, *Welzel-F.*, p. 289, alude a la tendencia de la jurisprudencia a recurrir al citado momento anterior, camino que, como él pone de relieve, debe estimarse cerrado en los casos en que el automatismo o su resultado son imprevisibles en la fase anterior.

(82) Ejemplos de «automatismos» o «reacciones automáticas defectuosas en el tráfico» (principal ámbito de relevancia penal de estos procesos) cita SCHEWE, *Reflexbewegung*, pp. 34-35 y *Zur Handlungsanalyse*, p. 4. Entre ellos, el «caso de la liebre» (supra nota 26) y el «caso del R-4». Este último alude a una anécdota sucedida al propio *Schewe*: hallándose éste detenido ante un semáforo al volante de un R-4, el automóvil de su mujer que no conducía habitualmente, él, al ponerse verde, realiza el movimiento (automatizado) que en casi todos los coches introduce la primera velocidad. Pero resulta que tal movimiento, en el R-4, introduce la marcha atrás, con lo que colisiona con el vehículo de detrás. Este detalle ya lo conocía el propio *Schewe*, pero actuó de forma automatizada por la costumbre adquirida en su propio vehículo.

(83) Cfr., al respecto, SCHEWE, *Reflexbewegung*, pp. 34-35, 36-37, 38 y 38-39, pronunciándose al respecto de modo crítico.

(84) NJW 1965, pp. 2000-2001.

(85) DAR 1965, p. 331.

acción de estos supuestos (86). Por fin, se dan posiciones matizadas. Así la de *Rudolphi* (87), para quien la naturaleza de los automatismos depende de si la voluntad conductora puede intervenir todavía en ellos o no es así. O la de *Jakobs*, que, partiendo de su concepto fundamental, la evitabilidad (88), establece una triple solución: *ausencia de acción*, si la reacción era inevitable; *acción* si el proceso de los impulsos se controlaría internamente dada una motivación dominante; y *omisión*, si sería precisa para el control una reacción contraria por la vía de una acción externa (posición de garante por el propio cuerpo) (89).

24. La polémica sobre el fundamento del carácter de acción de los automatismos en general o de aquéllos a los que se atribuye tal propiedad dista bastante de estar esuelta. Así, no convence, por un lado, la solución que proporciona *Stratenwerth*. Para este autor, en los automatismos no hay una conducción consciente del proceso, sino una de naturaleza *inconsciente* (90). Pero ésta sigue siendo suficiente para estimar la concurrencia de una acción. Ello, en la medida en que, pese a ser inconsciente, sigue siendo *conducción final*, lo que implica una respuesta «personal» y no una mera relación de impulso-reacción en el sistema nervioso (91). Además, a la conducción inconsciente hay que añadir la efectiva posibilidad de una contraconducción consciente (92) y de una reconducción del proceso al plano de la conciencia (93). Todo lo cual bastaría, a su juicio, para mantener el carácter de acción de las reacciones automáticas; incluso en el marco del concepto final de acción. Sin embargo, a la tesis de *Stratenwerth* cabe oponer diversas objeciones. Por un lado, y en la línea de lo anteriormente expuesto, hay que reiterar que la presencia de finalidad no es garantía de la concurrencia de acción. Ello parece claro desde el momento en que se han advertido manifestaciones de finalidad incipiente o elemental incluso en los reflejos. Lo importante no es, pues, si hay finalidad, sino de qué finalidad se trata. Y, a este

(86) SCHEWE, *Reflexbewegung*, p. 70; JESCHECK, *LK* 10.^a edic., n.º 37 ante § 13; MAURACH-ZIPF, *AT*, 1, 6.^a edic., pp. 185-186, núm. 17; LENCKNER, *Schönke-Schröder*, 22.^a edic., n.º 44 ante § 13.

Welzel también las considera acciones (vid. la referencia en SCHEWE, *Reflexbewegung*, p. 35). Su alusión a que el autor ha de tener en cuenta los límites de las «disposiciones de acción» (*Handlungsbereitschaften*) en él existentes tiene que ver con los contados casos en que no es así y se aplica la estructura de la *actio libera*.

(87) RUDOLPHI, *SK* 3-4.^a edic., n.º 20 ante § 1.

(88) A juicio de JAKOBS, *AT*, p. 121, n.º 34, falta la acción cuando el proceso de causación del resultado es inevitable, esto es, ni siquiera imprudente. Sobre la *evitabilidad* como criterio de la acción, vid. también pp. 112, n.º 16 y 113, n.º 18-19.

(89) JAKOBS, *AT*, p. 122, núm. 37 y 122-123, núm. 38.

(90) STRATENWERTH, *Welzel-F.*, p. 300.

(91) STRATENWERTH, *AT*, 3.^a edic., Köln, 1981, p. 62, n.º 148.

(92) STRATENWERTH, *Welzel-F.*, p. 299.

(93) STRATENWERTH, *Welzel-F.*, p. 299.

respecto, parece que lo que se da es una finalidad inconsciente, en la que la conciencia es, en todo caso, potencial. Lo decisivo acaba siendo, pues, no lo real, sino lo potencial, la conducción posible (94). Con esto, a mi entender, y de conformidad con la crítica efectuada por *Behrendt* (95), se desbordan los límites de la *conducción final* que caracteriza al concepto de acción de este nombre. Pero no es sólo que los automatismos, así concebidos, no puedan ser acción conforme al concepto finalista. Si las reacciones automáticas fueran realmente lo que *Stratenwerth* cree, esto es, si se mantuvieran plenamente ancladas en el ámbito de lo inconsciente, no podrían ser acción desde ninguna óptica. Lo que contradice el propio planteamiento de tal autor, cuya tesis central es estimarlas acciones en sentido jurídico-penal.

25. Si la solución de *Stratenwerth* no convence en su fundamentación del carácter de acción de los automatismos, otro tanto sucede con las de *Jakobs* o *Behrendt*. Ambas pueden examinarse, hasta cierto punto, de modo paralelo, dado que la postura de *Behrendt* consiste en aplicar a todos los automatismos una de las soluciones de la tripartición, ya expuesta, de *Jakobs*: la de la *omisión*. Así, *Behrendt* estima que lo esencial en los automatismos es la ausencia de una *contraconducción* posible, y no la reacción defectuosa en sí, ni su finalidad (96). Lo que, a su juicio, determina que los comportamientos automáticos deban verse como *omisión* (97), *omisiones de evitación*, supuestos de «evitable no evitar». Tal solución, sin embargo —y esto vale tanto para *Behrendt* como para la parte del planteamiento de *Jakobs* en que éste la comparte al tratar algunos automatismos— me parece incorrecta. Ello, en la medida en que es un rodeo de la reacción automática, como puede serlo el recurso a la «*actio libera*». Pues el juicio de *omisión*, la imputación de la naturaleza *omisiva*, no se produce respecto al automatismo en sí, sino respecto a un hecho posterior: una acción a la que se imputa el no haber evitado los efectos lesivos del mencionado automatismo. Así pues, por un lado, el problema del automatismo en sí no se resuelve sino que se elude.

(94) Y aquí no vale lo que dice STRATENWERTH, *Welzel-F.*, p. 300, de que la *conducción inconsciente* es lo fundamental. Pues él mismo argumenta esencialmente con la *posibilidad de reconducción a lo consciente* (vid., p. ej., 299 y 303): lo decisivo sigue siendo, así algo *potencial*, con lo que *Stratenwerth* se hace víctima de su propia crítica contra la finalidad potencial, *dominabilidad* o *evitabilidad* (por ej., en *Jakobs*), lo que advierte acertadamente *Behrendt*.

(95) BEHRENDT, *Die Unterlassung*, p. 169.

(96) BEHRENDT, *Die Unterlassung*, p. 172.

(97) BEHRENDT, *Die Unterlassung*, p. 171.

La *omisión* se sigue viendo aquí como una *forma de comportamiento* —paralela a la acción o única— en lugar de entenderse como una *forma de realización típica que se imputa* —de modo paralelo a la *comisión*— a una *acción* (conducta positiva). Esta última tesis es la que, con profusión de argumentos, defiendo en mi libro «El delito de *omisión*. Concepto y sistema». Barcelona, 1986. Cfr. Parte primera, *Passim*.

Y, por el otro, al referir la evitabilidad no a un proceso, a un movimiento, sino a un resultado lesivo, nos hallamos de lleno en el ámbito de la tipicidad y fuera, por tanto, del contexto de la acción. Crítica ésta que cabe hacer extensiva a *Jakobs* cuando afirma que no hay acción cuando el proceso de causación del resultado es inevitable, esto es, ni siquiera imprudente (98). Pues identificar la ausencia de acción con la de dolo e imprudencia es confundir los niveles de la acción y la tipicidad y estimar, por ejemplo, el caso fortuito como causa de ausencia de acción, lo que no parece admisible.

26. Si la solución «omisiva» para los automatismos no convence, tampoco lo hace la argumentación de *Jakobs* para delimitar los casos en los que los automatismos son acción: aquéllos en que la reacción automática es *evitable* por vía *interna, motivatoria*. Aquí parece que el objeto de la evitabilidad no es, como en el párrafo anterior, el resultado, sino el propio proceso de la reacción, con lo que las objeciones antes apuntadas no valdrían. Pero sí son válidas, en cambio, otras relativas, sobre todo, a la ambigüedad insita en la noción de «evitabilidad» (99). En efecto, ¿cuándo puede decirse que un proceso es evitable? A este respecto, algo me parece claro: que aquel proceso de cuya producción no se es consciente —por lo menos, en una mínima medida— no se puede modificar por vía *motivatoria*. Dicho de otro modo: un grado mínimo de consciencia es *condición necesaria* de la evitabilidad. La cuestión radica, entonces, en si es *condición suficiente*. Y, en relación con ello, es inevitable pensar en la argumentación de los psiquiatras forenses (*Undeutsch, Franzheim*) acerca de que cabe la posibilidad de que el movimiento sea tan rápido —el proceso cognoscitivo tan elemental— que no haya tiempo para modificarlo. Con lo que no podría hablarse de «acción» a propósito de tales supuestos. Pero que las cosas hayan de ser así no es tan evidente. En este punto no cabe ignorar un aspecto de esencial trascendencia. La función preventiva de la pena y la concepción imperativa de la norma —que defiende— obligan a que la antijuricidad, la infracción normativa, se determine «*ex ante*» (100). Sólo *ex ante*, y en virtud de criterios de apariencia a los ojos del espectador objetivo con los conocimientos del autor, puede la norma dirigirse al sujeto prohibiéndole o no la realización de un hecho. La concurrencia o no del *carácter de acción* en un proceso —por los mismos motivos— se decide también *ex ante*. Ya se sabe que la acción es el primer elemento de la antijuricidad (101) y que sólo pueden prohibirse

(98) Vid. supra nota 88.

(99) Aparte se halla la crítica de STRATENWERTH, Welzel-F., p. 291, de que la evitabilidad alude a una finalidad potencial y no a la real, equiparándolas incorrectamente, pues sólo la segunda indica la existencia de acción.

(100) MIR PUIG, Función, 2.ª edic., p. 60; el mismo, La perspectiva *ex ante* en Derecho penal, ADPCP 1983, pp. 5 ss, *passim*.

(101) MIR PUIG, Función, 2.ª edic., pp. 57-58; el mismo, PG, p. 126.

hechos que revistan naturaleza de acción, esto es, sean en principio accesibles a la motivación normativa. Si el juicio acerca del carácter de acción es un juicio *ex ante*, habrá acción siempre que, desde tal perspectiva, no pueda excluirse la posibilidad de influencia de la norma sobre el proceso que el sujeto se dispone a poner en movimiento. Tal influencia no podrá excluirse si ya *ex ante* se advierte en el sujeto *un mínimo* —por mínimo que sea— de conciencia acerca de lo que se dispone a hacer o está haciendo. Al efecto de la calificación es irrelevante que *ex post* se muestre que dicho proceso ha transcurrido en forma tan rápida que el sujeto no podría haberlo evitado. Sólo obstará a la caracterización como acción el que ya *ex ante*, y pese a la concurrencia del mínimo de conciencia que venimos requiriendo, se advierta ya que el proceso va a ser tan rápido que no existirá la posibilidad de una contraducción interna. Si *ex ante* el mínimo de conciencia deja entrever una posibilidad de influencia motivatoria sobre el sujeto y su proceso, habrá que afirmar la existencia en éste de una acción en sentido jurídico-penal. Resumiendo: un mínimo de conciencia *más* una mínima posibilidad *ex ante* de influencia sobre el proceso implican la *motivabilidad* en relación a éste y, en definitiva, la atribución al mismo del carácter de acción.

27. El sumario examen de los automatismos, sus problemas y algunas de las soluciones propuestas para resolverlos, han permitido, según creo, esclarecer el carácter de los mismos. Además, ha contribuido a la obtención de un criterio general válido tanto para ellos como para las reacciones impulsivas. Tal criterio, compatible con las observaciones realizadas en el plano empírico por Schewe (102), tiene, a mi juicio, dos ventajas fundamentales: ser de *carácter normativo y unitario* para todas las situaciones integradas en la que hemos venido denominando «zona intermedia» (103). Según el criterio delimitado, y dado que *ex ante* no cabe excluir ni un grado mínimo de conciencia, ni una mínima posibilidad de influencia motivatoria de la norma sobre el acontecer que el sujeto ha puesto en marcha, en el caso que nos ocupa —y que hemos calificado de «*acto en cortocircuito*»— nos hallamos ante un supuesto que reviste «carácter de acción».

28. Ahora bien, como Schewe se ha cuidado de poner de relieve, que se adopte un criterio más bien amplio de acción y que se afirme el carácter de acción del supuesto en cuestión, no

(102) Cuya base es el carácter tipológico de los conceptos de acción y no-acción, finalidad y no-finalidad, conciencia e inconsciencia. Crítico respecto a todo ello, sin embargo, a STRATENWERTH, Welzel-F., p. 302 y ZStW 85 (1973), p. 473.

(103) Este carácter unitario es una garantía de la pureza del criterio, que así, no se ve influido por elementos externos. Uno de ellos podría ser el apuntado por STRATENWERTH, ZStW 85 (1973), p. 471, al señalar que en los automatismos se suele estar más dispuesto a negar el carácter de acción porque la imputabilidad está fuera de toda duda.

implica una atribución de responsabilidad (104). Para tal atribución sería precisa la superación de una serie de filtros representados por las diversas categorías sistemáticas de la teoría del delito. La doctrina alemana, única que, según alcanzo a ver, ha examinado con cierta profundidad casos como el que ahora nos ocupa, busca, en principio, resolverlos en el ámbito de la culpabilidad. Concretamente, por la vía de estimarlos «hechos pasionales» o «afectivos» (Affekttaten), que se integrarían en la «tiefgreifende Bewußtseinsstörung» (perturbación profunda de la conciencia) (105), a que alude el § 20 StGB (106). En nuestro Derecho, su lugar sistemático sería el *transtorno mental transitorio* del artículo 8, 1.º C. p. (107). Sólo ello bastaría para excluir la responsabilidad del agente en el caso que comentamos. Pero existe una objeción. Esta es que la doctrina alemana, y la psiquiatría en general, suele exigir una «Vorgeschichte» (historial previo), para apreciar en un caso la concurrencia de un «hecho pasional» (108). Lo que, sin embargo, no puede afirmarse que ocurra en el caso que nos ocupa; al menos, no existen datos al respecto. Por otro lado, desplazar la solución del problema a la culpabilidad tiene el inconveniente de que representa estimar que el hecho es anti-jurídico, con todas las repercusiones de tal afirmación (109). Es, pues, decisivo, examinar si, habiendo acción, se da acaso también un hecho anti-jurídico, un tipo de injusto. Ello es sumamente discutible, como a continuación advertiremos, para todos y cada uno de los niveles de la anti-juricidad: tipicidad objetiva, tipicidad subjetiva y ausencia de causas de justificación.

29. Ya la tipicidad objetiva ofrece elementos de discusión. Fundamentalmente, por la dificultad de afirmar una relación de imputación objetiva entre la conducta del sujeto y el resultado de muerte efectivamente producido. A este respecto, hay que aludir a lo dudoso de la *previsibilidad objetiva* de éste, esto es, de la

(104) SCHEWE, Reflexbewegung, p. 76: contra la crítica relativa a los peligros generados por una supuesta «extensión» del concepto de acción, señala que ya existen otras instancias en las que es posible hacer frente satisfactoriamente a tales «peligros».

(105) Dada la intensidad de los impulsos que han dado lugar a la acción: OLG Hamburg JR 1950, p. 409.

(106) Cfr. GROSSBÜSCH, Die Affekttat, Stuttgart, 1981, p. 84, analizando este extremo; también DE BOOR, Bewußtsein, p. 141; HÜLLE, Die Beurteilung der Zurechnungsfähigkeit durch den Trichter, JZ 1952, pp. 296-297; p. 297; RUDOLPHI, Affekt und Schuld, Festschrift für H. Henkel zum 70. Geburtstag, Berlín-New York, 1974, pp. 199-214, pp. 199, 202, 205 y 207 y 214, con especial alusión en p. 202 a las *reacciones primitivas*; KRÜPELMANN, Motivation und Handlung im Affekt, Welzel-F., pp. 327-341, passim, y especialmente pp. 328, 339 y 341. Proponiendo la creación de un precepto específico, WELZEL, Das Deutsche Strafrecht, 11.ª edic., Berlín, 1969, p. 155.

(107) Cfr. por todos, JIMÉNEZ DE ASÚA, Tratado de Derecho penal, III, Buenos Aires, 1951, p. 634, con especial alusión a casos de «dolor» en p. 635.

(108) GROSSBÜSCH, Die Affekttat, p. 84 y 85; KRÜPELMANN, Neugestaltung der Vorschriften über die Schuldfähigkeit, ZStW 88 (1976), pp. 6-39, p. 24; RUDOLPHI, Henkel-F., p. 211; KRÜPELMANN, Welzel-F., p. 334.

adecuación ex ante del movimiento realizado para producir tal efecto. Desde la perspectiva restrictiva que *Wolter* introduce en el examen de la adecuación, abandonando la *óptica estadística* y sustituyéndola por una normativa, es bastante razonable sostener tal ausencia de adecuación (110). A todo ello hay que añadir que la negativa del sujeto pasivo a ser examinado por un médico podría estimarse como factor de ruptura de la relación de imputación. Sin embargo, incluso la afirmación de la concurrencia del tipo objetivo del homicidio consumado se quedaría en eso, dada la falta del tipo subjetivo. A este respecto, parece clara la ausencia de *dolo de homicidio*: a lo sumo, puede hablarse de dolo en relación a una *falta de malos tratos*. Pero lo mismo ocurre a propósito de la imprudencia. Pues lo que resulta bastante evidente es la ausencia de previsibilidad subjetiva del resultado de muerte. En definitiva, no podría hablarse de homicidio doloso ni imprudente. Imaginemos, sin embargo, que fuera posible advertir una imprudencia respecto a la muerte, hipótesis que debe descartarse en principio. Además, lo que no parece factible negar es la existencia de *malos tratos dolosos*.

30. La concurrencia de dolo en estas situaciones de «actos en cortocircuito» o «hechos pasionales» ha sido también objeto de encendida polémica. Esta se ha centrado fundamentalmente en la determinación de qué grado de participación del sujeto en el hecho es precisa para afirmar la naturaleza dolosa del mismo. *Schewe* ha sostenido, a este respecto, la suficiencia de una *finalidad externa* (*äußere Finalität*), sin necesidad de una vivencia interna del hecho (*inneres subjektives Erleben*), con lo que no habría duda de la existencia de dolo en tales hechos pasionales (111). *Stratenwerth*, en cambio, parece optar por un rechazo del dolo en estos casos, dado que el dolo requiere, a su juicio, conducción final consciente, una clara conciencia de la realización típica. Lo que, en su misma opinión, faltaría por definición en los actos en cortocircuito, que, según él, son de conducción inconsciente (112). Desde nuestro punto de vista no habría, sin embargo, obstáculos excesivos para afirmar el dolo en estos casos, dado que los mismos, según hemos defendido, no son de inconsciencia, sino de un mínimo de cons-

(109) Fundamentalmente aquí, pues, la posibilidad de legítima defensa.

(110) Cfr. *WOLTER*, *Adäquanz- und Relevanztheorie*, GA 1977, pp. 257-274, *passim*.

(111) *SCHWEWE*, *Reflexbewegung*, pp. 89, 91, 97, 98, 107, 108, 116; *Zur Handlungssanalyse*, pp. 8 y 9. Por mucho que los psicólogos o psiquiatras interesados en la correspondencia interna, en la vivencia subjetiva, puedan negar el dolo, ello no es traspasable al nivel jurídico-penal. Similar *LUKOWICZ*, *Der Schuldausschließungsgrund*, p. 17; pese a la ausencia de reflexión y de valoración de contramotivos, hay elección de medios y conducción final.

(112) *STRATENWERTH*, AT, 3.ª edic., pp. 66-67, n.º 159; *Welzel-F.*, pp. 304 y 305. En algo similar *CRAMER*, *Schönke-Schröder*, 22.ª edic., § 15, n.º 60 y 62, donde se exige el conocimiento de a qué resultado típico conduce el comportamiento.

ciencia que puede ser suficiente para la consideración de una realización típica dolosa. De modo que podría hablarse realmente de la presencia de dolo respecto al empujón (malos tratos) producido.

31. Pues bien, aun admitiendo esto, todavía cabe negar la existencia de un injusto típico. Y ello, por una razón obvia. La conducta de agarrar al procesado por los genitales es, sin duda, una *agresión ilegítima*: claramente, como mínimo, una falta de «maltrato de obra» del artículo 585, 1.º C. p., si no una causación de lesión del artículo 583, 1.º C. p. Y tal agresión es *actual* en el momento en que se produce la reacción del procesado. Reacción que, por otra parte, puede estimarse un «medio racional», con todas las matizaciones que se quiera, de repeler o impedir la agresión (art. 8, 4.º, requisito 2.º C. p.). En el peor de los casos, pues, la conducta del procesado se vería amparada por la causa de justificación de legítima defensa, fundamento de su impunidad.

32. Con ello finaliza nuestro comentario. En él se ha tratado fundamentalmente de poner de relieve cómo la STS 23-9-1983 es muestra de la tendencia, expuesta y criticada, a resolver en el plano de la acción problemas que sólo en un nivel sistemático posterior hallan verdadera solución. Nuestra conclusión coincide con el fallo del TS en el resultado de negar no sólo la responsabilidad penal del sujeto sino ya incluso la concurrencia de un injusto típico. Pero discrepa en cuanto al nivel concreto de la antijuricidad que se excluye. A diferencia del TS, aquí se ha sostenido, argumentándolo con cierto detenimiento, que en éste supuesto se da un proceso con carácter de acción en sentido jurídico-penal. Lo que ocurrirá, en todo caso, será que faltará el tipo objetivo o el subjetivo del homicidio consumado. O, en última instancia, que la realización típica se verá amparada por la eximente de legítima defensa.

