

## Revista de revistas

### GOLTDAMMER'S ARCHIV FÜR STRAFRECHT (GA)

Cuaderno 8, agosto 1985, pp. 341-380

**Schünemann, B.: Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger Kommentars und des Wiener Kommentars. 1. Teil: Tatbestands- und Unrechtslehre.**

1. El texto de Schünemann objeto de la presente recensión constituye la primera parte de un trabajo que se completa en la misma revista, en cuaderno de junio-julio de 1986. En dicho trabajo se contempla la totalidad de la Parte General del Derecho penal. Así, mientras que la primera parte se centra en la doctrina relativa al tipo y al injusto, quedan para la segunda, en principio, los temas de la culpabilidad y la política criminal (GA, 1986, pp. 293-352. 2. Teil: Schuld und Kriminalpolitik), por mucho que en ella se estudien bastantes otras cuestiones. Punto de referencia del examen del estado de la ciencia penal de lengua alemana que en estos textos se produce son sus —quizá— máximos exponentes: el *Leipziger Kommentar* en la República Federal y el *Wiener Kommentar* en Austria. Sentado esto, hay que decir que el artículo de Schünemann —como una recensión que, en definitiva, es— pone de relieve una característica naturaleza mixta, a caballo de la descripción y de la toma de posición. Ello, sin que la primera sea completa ni la segunda suficientemente fundamentada. Realizar la recensión de una recensión constituye una tarea de cierta complejidad. En efecto, existe el peligro de ir más allá que el propio autor recensionado, tanto en el análisis crítico del *estado de la cuestión*, como en la exposición de las propias argumentaciones. Entiéndase, pues, lo anterior en descargo de lo que sigue, en donde, pese a tratarse de conservar al máximo los rasgos definitivos del género, puede haberse caído en alguna ocasión en la tentación mencionada.

2. Antes de entrar en el análisis concreto de los temas expuestos por Schünemann conviene, sin embargo, situar a los autores del *Leipziger* y el *Wiener Kommentar* en el marco general de posturas doctrinales. A juicio de Schünemann, los autores que se ocupan de las principales cuestiones estructurales en el *Leipziger Kommentar* (Jescheck, Hirsch, Schröder) son fiel expresión de la doctrina dominante en Alemania. Esta se caracteriza *positivamente*, en efecto, por haber asumido la mayoría de los postula-

dos del finalismo. Ello, ya sea por participar del pensamiento finalista en sentido estricto (así, Hirsch o Schröder), ya por haber asumido la doctrina welzeliana del injusto personal, pese a discrepar de su presupuesto ontológico —el concepto final de acción— y de su principal consecuencia —la teoría estricta de la culpabilidad— (así, Jescheck máximo exponente de la doctrina dominante en Alemania, de signo ecléctico). *Negativamente*, la referida doctrina dominante viene caracterizada por su total oposición frente al finalismo radical —subjetivista— de Armin Kaufmann y sus discípulos (Horn, Zielinski, etc.) y frente a la sistemática funcionalista de Roxin y los suyos (a los que habría que añadir otros autores, como Frisch o Günther).

3. El concepto de acción se entiende por Schünemann como expresión de un «movimiento corporal dominable» (*beherrschbare Körperbewegung*). Este es, pues, interpretado en un sentido que abarca tanto la finalidad actual como la potencial. Así, se rechaza por un lado la idea de Welzel de reducir la acción a los supuestos de finalidad actual y, por el otro, el planteamiento de la teoría social de la acción, relativo a que ésta exige la «relevancia social» del proceso. Esto último sería, siempre según Schünemann, o bien tautológico, o bien restrictivo en exceso, al incorporar elementos que sólo son propios de la tipicidad. La conclusión es adoptar una perspectiva crítica frente a la *teoría social*, acogida tanto en el *LK* (Jescheck) como en el *WK* (Nowakowski). La tesis de Schünemann, que éste estima próxima, con todo, al concepto social, pretende ser expresión de una elaboración teleológica del concepto de acción, a partir de la idea de qué es posible prohibir bajo pena. Sólo lo que es «dominable» podría ser influido por las normas; sólo ello, pues, podría dar lugar al concepto jurídico-penal de acción. Apelando a tal *dominabilidad general*, entiende Schünemann que su concepto de acción puede cumplir perfectamente la misión de excluir los procesos irrelevantes *a priori* para el enjuiciamiento jurídico-penal. Pero las consecuencias pueden ser sorprendentes. Pues —a su juicio— a partir de aquella idea es posible rechazar una exclusión general de los movimientos reflejos del ámbito del concepto de acción, pues algunos de ellos son *contenibles* y, por ello, dominables voluntariamente. A mi entender, esta última afirmación de Schünemann pone de relieve el error de considerar suficiente un control potencial para aseverar la naturaleza de acción de un proceso. Un reflejo «dominable» no deja por ello de ser un proceso carente de la naturaleza de acción. A este respecto, quizá resulte útil la distinción de Jakobs entre control por vía interna (motivatoria) y control por vía externa. Si el proceso cuya naturaleza de *reflejo* se debate es controlable internamente de modo actual, ya no podrá hablarse realmente de *reflejo*: pues el «reflejo», como respuesta exclusivamente fisiológica a un determinado estímulo, no es susceptible de tal dominio interno por el sujeto. De modo que, si el sujeto podía dominarlo internamente, ya no será apropiada la denominación «reflejo», pues en su origen habrá un principio de control voluntario. Sin embargo, cabe imaginar dos posibilidades distintas de «dominar» un reflejo, y quizá en ellas esté pensando Schünemann. Por un lado, cabe probablemente dominar el reflejo cuando se sabe que va a producirse y el sujeto, pese a ello, no adopta, pudiendo, todas las medidas necesarias para prevenirlo y contenerlo. Se da aquí una estructura de «*actio libera in causa*» (*actio libera in omittendo*). Pero eso no niega la concurrencia del reflejo en la fase última del proceso. Ocurre simplemente que, en la fase previa, hay una conducta del sujeto —una acción— con la que éste realiza un tipo de omisión, en la medida en que su significado típico es el de no adoptar las precauciones dirigidas a la contención del reflejo en el momento en que éste se produzca. Por otro lado, cabe incluso que el control del reflejo pueda tener lugar simultáneamente, es decir, mediante una conducta paralela del sujeto

que podría haber impedido que el reflejo trascendiera al exterior y no lo hace. Pero, de nuevo, esto no afecta en sí al proceso reflejo, que seguirá siendo un proceso privado del carácter de acción. Más bien, afectará a otro proceso con origen en el mismo hombre, que sí revestiría carácter de acción y daría lugar a la realización de un tipo omisivo, en la medida en que todo sujeto es garante cualificado de los procesos que surgen en su cuerpo y, sin embargo, éste no lo ha controlado. En definitiva, pues, adoptar el criterio de la *dominabilidad* como determinante del carácter de acción significa acoger un criterio ambiguo y en absoluto capaz para decidir cuándo un proceso debe ser excluido de antemano de la consideración del Derecho Penal y cuándo no. En particular, plantea significativos problemas a la hora de decidir si un proceso cualquiera da lugar a responsabilidad comisiva u omisiva. Por otra parte, reducir el concepto de acción a los casos de movimiento corporal ha de afrontar también algunas objeciones relativas al tratamiento penal de la pasividad, que, aunque no sea actividad, sí puede ser acción si es voluntaria, como Mir, y yo siguiéndole, hemos tratado de demostrar.

4. La relación entre tipo y antijuridicidad suscita para Schünemann dos problemas fundamentales. El primero, la opción por una sistemática bipartita o tripartita. El segundo, la valoración de la reciente doctrina de la «antijuridicidad penal» y las «causas de exclusión del injusto penal» que, con base en planteamientos anteriores, ha propuesto H. L. Günther. La primera cuestión plantea el espinoso tema de la aceptación o rechazo de la teoría de los elementos negativos del tipo. Sobre tal extremo no es posible comentar aquí todos los argumentos contrarios de Hirsch (que se ocupa del mismo en el *LK*), así como tampoco la totalidad de los contraargumentos de Schünemann, defensor de aquella doctrina en su versión clásica. Importa, por ello, insistir sobre el aspecto valorativo relativo a la equivalencia axiológica —o no— de atipicidad y justificación, y sobre el aspecto normológico referente a si la teoría de los elementos negativos del tipo desprecia la diferencia entre prescripción (mandato y prohibición) y permisón. El primer aspecto me parece el decisivo en la discusión. En cambio, entiendo que el segundo debe resolverse claramente en favor de la teoría de los elementos negativos del tipo. En primer lugar, coinciden en sentido similar las más modernas orientaciones de la teoría general del Derecho, que ponen de relieve que la permisón no constituye, en sí misma, una norma autónoma, sino que simplemente se justifica por la delimitación del ámbito de aplicación de una verdadera norma —prescriptiva— previamente dada (cfr. por todos a Hernández Marín, *El Derecho como dogma*, Madrid, 1984, pp. 60 y ss.). Pero, además, se dan consideraciones específicas de la teoría de las normas en Derecho Penal. A partir de éstas es, en efecto, posible sostener que tanto las conductas atípicas como las justificadas tienen en común el no infringir prescripción alguna. Decir, con la expresión del finalismo, que el sujeto que actúa justificadamente infringe una prohibición, pero que, más tarde, por la intervención excepcional de la permisón, resulta que no infringe el deber jurídico concreto es, simplemente, un contrasentido. Pues no se entiende cómo es posible que el Derecho pretenda evitar algo (prohiba algo) que, a la vez, está permitiendo o incluso ordenando. La conclusión es, pues, que desde el punto de vista —formal— de la teoría de las normas, lo atípico y lo justificado son equivalentes en el sentido de no infringir la prohibición. Más importante es, como antes señalé, el argumento relativo a la diferencia valorativa, es decir, material, axiológica, entre atipicidad y justificación. Y a este respecto parece que no hay dudas. La diferencia radica básicamente en el hecho de que la conducta justificada pone en peligro de modo relevante un bien jurídico y la conducta atípica, en cambio, no. Para Schünemann ello no es significativo, por cuanto, para un Derecho Penal dirigido a la protección de bie-

nes jurídicos, lo evidente es, en todo caso, que ni las conductas atípicas ni las justificadas son «socialmente dañosas». Pero, pese a que esto pueda ser cierto, no lo es menos que, mientras que sobre la conducta atípica no se formula ningún juicio valorativo de naturaleza penal, sobre una conducta atípica, pero justificada, sí se pronuncia un juicio de valor: el de relevancia jurídico-penal. Este, según la postura que estimo correcta, no constituye ningún «juicio provisional de desvalor», ni nada similar. Pero, indudablemente, obliga a proceder con el mayor cuidado a la hora de determinar si ese hecho —por de pronto, relevante— está o no prohibido. Lo que en absoluto ocurre, naturalmente, con la conducta atípica. Sin embargo, tal diferencia, que, sin duda, existe, no es directamente determinante en el plano sistemático. En éste es, en cambio, lo decisivo que una cosa es la «situación antijurídica» y otra la «antijuridicidad de la situación»; que una cosa son los elementos del supuesto de hecho prohibido y otra diferente la prohibición en sí. Y que el error sobre lo primero ha de ser tratado de modo diferente que el error sobre lo segundo. Sentado esto, dirían los partidarios de la tesis contraria, también habría que distinguir entre errores sobre la parte positiva y errores sobre la parte negativa de aquella situación. Y probablemente tienen razón. Pues no puede ser idéntico el deber de examen que se requiere al sujeto en relación al tipo positivo que en relación al tipo negativo. Cuando se trata de analizar este último hay ya algo evidente: que el proceso controlado por el sujeto es un proceso peligroso para un bien jurídico. De ahí que se pueda y deba exigir del sujeto el mayor cuidado al examinar la concurrencia de los presupuestos de la situación justificante. Ello conducirá a que la invencibilidad y vencibilidad varíen aquí en sus baremos —por consideraciones de exigibilidad— respecto al error de tipo positivo. En conclusión, las presentes consideraciones parten, en primer lugar, de una distinción sistemática de base axiológica entre errores sobre el supuesto de hecho prohibido y errores sobre la prohibición. En segundo lugar, de una distinción metodológica en el tratamiento del error sobre el tipo positivo y del error sobre el tipo negativo, derivada de la diferencia valorativa entre atipicidad y justificación. La primera debe quedar muy clara. Además, que sus consecuencias en cuanto a la punición no constituyen «desafueros valorativos» —como algunos pretenden— lo prueba el que la doctrina dominante alemana las haya acogido —sin aceptar la teoría de los elementos negativos del tipo— por la vía de la teoría restringida de la culpabilidad. Que su fundamentación sistemática tampoco es tan aberrante lo prueba el que incluso el finalismo distinga entre «ausencia de la situación justificante» y «ausencia de permisión» (prohibición). Así, la suposición errónea de la prohibición o de la ausencia de permisión da lugar a delito putativo, también para aquél. En cambio, la suposición errónea de la ausencia de una situación justificante da lugar a tentativa inidónea (directa o analógicamente aplicada en su estructura), y, para un sector, incluso a un delito doloso consumado. Ello, por estimar que la concurrencia del elemento subjetivo de justificación es esencial para la propia justificación. Todo lo cual pondría de manifiesto que la consecuente, la satisfactoria, es la construcción sistemática derivada de la teoría de los elementos negativos del tipo (mejor, teoría de los elementos negativos del supuesto de hecho —*Tatbestand*— prohibido).

5. La segunda de las cuestiones de la teoría de la antijuridicidad que suscita discusión tiene, pese a sus antecedentes relativamente remotos, un origen reciente. Se trata de la doctrina que Günther ha propuesto en su escrito de habilitación publicado en 1983 (*Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluss*). Origen de esta teoría es una concepción material y no formal del tipo. Este, pues, no se limitaría a expresar, en términos del principio de legalidad, un injusto específico. Más bien, se caracterizaría en

sentido material por ser el producto de valoraciones contrapuestas, llegando, en conclusión, a expresar un *injusto agravado*, cualificado, con una especial dañosidad social: merecedor de ser conminado en abstracto con pena. A partir de ahí, es posible sostener la existencia, junto a las verdaderas (propias) causas de justificación, de causas de justificación impropias (propias causas de exclusión del injusto penal). Estas se diferenciarían de aquéllas por no eliminar completamente lo injusto del hecho. Simplemente, lo reducirían en medida suficiente como para que el mismo dejara de ser un injusto agravado. Y el injusto penal se caracteriza en la tipicidad como injusto agravado, injusto merecedor de pena. De modo que, eliminado tal carácter, subsistirá ciertamente una medida de injusto, pero no será suficiente para hablar de un injusto merecedor de pena, no será un *injusto penal*. La tesis de que la antijuridicidad penal puede desaparecer en virtud de causa que no excluyen «toda» la antijuridicidad de la conducta ha sido sometida a fuerte controversia. Hirsch, en el *LK*, toma decididamente postura en contra por entender que la mencionada doctrina priva a la categoría de la antijuridicidad de su significado propio: la infracción del Ordenamiento jurídico en su conjunto. La cuestión puede ser, sin embargo, meramente terminológica: a juicio de Schünemann, ello podría resolverse denominando a tales causas «causas de exclusión de la tipicidad», «causas de exclusión de la dañosidad social» o incluso «causas de tolerabilidad» (*Tolerierbarkeitsgründe*). Materialmente, en cambio, la existencia de estas causas que guardan proximidad con otras de otros sectores del Ordenamiento, pero que en Derecho Penal muestran aspectos peculiares, no puede ser negada. Como dice Schünemann, si la antijuridicidad es condición necesaria, pero no suficiente de la dañosidad social cualificada que demanda la intervención del Derecho Penal, del mismo modo cabe que la dañosidad social indiciada por el tipo (parte positiva del supuesto de hecho) se elimine tanto por propias causas de justificación como por esas que él denomina «causas de tolerabilidad». Hasta aquí, el estado de la cuestión. Sin embargo, la teoría de las causas de exclusión del injusto penal podría quizá resultar más satisfactoria entendida desde una perspectiva algo diferente a la propuesta por el propio Günther. La idea de «exclusión del injusto penal» puede, en efecto, constituir un verdadero principio rector de la interpretación de todas las causas de justificación. Un «principio regulativo» que podría incluso verse como una acogida de criterios de exigibilidad en el injusto. Según ello, una vez reducido el injusto en medida relevante, no sería exigible bajo prohibición penal un determinado comportamiento del sujeto. Expresado de otro modo, se trataría de algo similar a la introducción de consideraciones derivadas del principio de insignificancia en el examen del tipo negativo. Si, tras la intervención parcial de la causa de justificación, resta un injusto penalmente insignificante, decaerá la prohibición penal. Esta concepción de la teoría de las causas de exclusión del injusto penal, no como descripción de nuevas causas autónomas, en general de creación jurisprudencial (situaciones análogas al estado de necesidad, al consentimiento...), sino como *principio regulativo*, permitiría probablemente superar muchas de las críticas que se le han dirigido; así, quizá, las de Roxin (en el libro-homenaje a Oehler) relativas a la inseguridad jurídica derivada de la creación analógica, por ejemplo.

6. El siguiente aspecto que ocupa la atención de Schünemann —siempre con la mirada puesta en el *LK* y el *WK*— es el de los principios de la imputación del resultado. La exposición de éstos en ambos comentarios sería —a su juicio— por un lado, reflejo de las dificultades con que en Alemania ha tropezado la superación del naturalismo y de la causalidad como criterio suficiente de imputación; por el otro, expresión de una auténtica «dogmática de la imputación» —la austriaca— dado su menor anclaje natu-

ralista. A título de ejemplo, se entra en el examen de los *topoi* del «comportamiento alternativo adecuado a Derecho» y del «fin de protección de la norma». En el primero de estos temas, y una vez superada la visión del *Reichsgericht*, que lo contemplaba en el círculo de cuestiones de la relación de causalidad, se dan dos posiciones claramente enfrentadas. Una, más clásica, sostiene que, en el caso de que el «comportamiento alternativo» con seguridad o probabilidad rayana en la seguridad hubiera causado el resultado, no es posible imputar éste al comportamiento típico. Lo contrario; para esta postura, conduciría a transformar los tipos de lesión en tipos de peligro y, además, a ignorar el principio de *in dubio pro reo*. Sin embargo, frente a tal concepción, por la que se inclina Schöchler en el *LK*, defiende Schünemann la «teoría del incremento del riesgo», creada por Roxin y acogida por Burgstaller en el *WK*. Según ella, bastaría con que el comportamiento típico elevara, frente al comportamiento alternativo, las probabilidades de producción del resultado para imputar éste a aquél. Siempre, por supuesto, sobre la base de la constatación de la relación de causalidad. La argumentación de Schünemann, que parte de la constatación de la necesidad político-criminal del criterio del incremento del riesgo, se dirige básicamente contra las objeciones relativas a la vulneración del principio de *in dubio pro reo* y al desconocimiento de la naturaleza de los delitos de resultado. A tal fin, propone una reformulación normativa de aquel criterio, a partir de la noción del fin de protección de la norma. Según ello, tendría sentido extender la imputación del resultado a las situaciones en que simplemente se ha incrementado el riesgo de producción del mismo, pues, una vez acogido un nivel mínimo de riesgo permitido, objeto de las normas no puede ser más que la reducción de riesgos a una medida soportable y en absoluto la total exclusión de tales riesgos. Pero si el fin de las normas es la reducción del riesgo a medidas aceptables o, dicho de otro modo, la creación de posibilidades de salvación para el bien jurídico, la exclusión de la imputación sólo se producirá cuando, desde la perspectiva *ex post*, la norma de cuidado lesionada se revela como inútil.

7. A mi juicio, tal enfoque no logra superar algunas de las dificultades ínsitas en el planteamiento del incremento del riesgo. En primer lugar, se halla la vinculación de un problema de imputación del resultado con otro de contenido de la norma. En efecto, por mucho que *ex post* se advierta que la norma sigue teniendo sentido, ello lo único que pondrá de relieve es que el hecho realizado es injusto (antinormatividad, injusto de la conducta, momento de creación del riesgo). Y esto es absolutamente cierto: aunque una conducta alternativa adecuada a Derecho también hubiera dado lugar al resultado, tiene sentido decir que la conducta que incrementa el riesgo de producción del mismo es antinormativa, injusta. Pero ello no afecta a la imputación del resultado: incremento del riesgo *ex ante* más causalidad en absoluto es igual a imputación del resultado. Para ésta es preciso determinar un segundo momento de realización del riesgo en el resultado; naturalmente, presupuesto que se entienda, como quien esto suscribe, que el resultado no afecta a lo injusto del hecho y que su imputación se halla al margen de la antinormatividad. Schünemann no logra fundamentar tal imputación; y de eso es precisamente de lo que se trata. Su esquema conduce, desde luego, a poner de relieve que la conducta del sujeto ha infringido la norma (lo cual es evidente si *ex ante* se ha incrementado el riesgo) y que además ha causado el resultado; pero sigue sin demostrar *si* y *en qué casos* el resultado es expresión de ese incremento del riesgo y no del riesgo permitido que se halla en la base. Esto último no lo consigue por que, como algún autor ha observado, en el criterio del incremento del riesgo, tal como lo manejan quienes lo defienden, se da una insatisfactoria mezcla de momentos *ex ante* y *ex post*. Si los di-

sociamos, cosa que ellos prácticamente no hacen, se pone de relieve su insuficiencia. Porque resulta que *ex ante* siempre que se da una infracción del deber de cuidado será porque se produce un incremento del riesgo; en efecto, si no se incrementa el riesgo por encima de los mínimos permitidos *ex ante*, no podrá hablarse de infracción del cuidado debido. En definitiva, pues, infracción del cuidado e incremento del riesgo vienen a coincidir en el momento *ex ante*. Pero éste no es el decisivo: el decisivo para la imputación del resultado es el momento *ex post*. Y en él, el criterio del incremento del riesgo recurre a análisis básicamente estadísticos con el fin de decidir si la conducta a examen era más peligrosa que (incrementaba la posibilidad de producción del resultado respecto a) la permitida (el comportamiento alternativo adecuado a Derecho). Sin embargo, tal análisis estadístico en nada ayuda para la perspectiva *ex post*. En ésta, lo decisivo es si en el caso concreto (y no según una regla general estadística) es posible probar que el resultado constituye expresión, constatación, del incremento del riesgo provocado *ex ante*. Y la cuestión es, entonces, cómo proceder a esa prueba. A mi juicio, ello implica negar la imputación salvo que se determine que, con una probabilidad rayana en la seguridad, el comportamiento alternativo adecuado a Derecho (es decir, el riesgo permitido) no habría dado lugar a dicho resultado. Sólo ello es lo adecuado al principio de *in dubio pro reo*. Y, pese a las apariencias, es algo sustancialmente distinto de lo que sostiene la doctrina dominante alemana en materia de comportamientos alternativos adecuados a Derecho. Para ésta, en efecto, habrá imputación salvo que se pruebe con probabilidad rayana en la seguridad que el comportamiento alternativo habría causado también el resultado. Pero tal postura significa vulnerar el principio *in dubio pro reo*, ya que se carga con la prueba a quien pretende negar la imputación y, sin embargo, lo que habría que hacer es probar positivamente la existencia de la relación de imputación. La doctrina tradicional es, con todo, explicable. En efecto, tiene su fundamento en la concepción naturalista según la cual la causalidad es, en principio, base suficiente de la imputación y son las excepciones las que deben probarse. En nuestra opinión, por contra, la causalidad es, por principio, insuficiente y todos los factores fundadores de la imputación deben probarse positivamente: en particular, la existencia de una auténtica relación de riesgo. En otro orden de cosas, y para concluir, es preciso poner de relieve que, cuando se habla de problemas de comportamiento alternativo en la imprudencia, por supuesto se debe partir de que la alternativa viene dada por un comportamiento del propio sujeto (amparado por el riesgo permitido) que asimismo causaría el resultado. En absoluto tiene sentido introducir aquí el comportamiento de terceros que, de no haberlo hecho el sujeto, habría causado el resultado. Pues, por supuesto —y a diferencia de lo sostenido por algún sector de la doctrina alemana— dicha conducta de terceros en absoluto afecta al establecimiento de la relación de riesgo entre la conducta descuidada del sujeto y el resultado, como prueba del riesgo *ex ante*.

8. La siguiente cuestión en nuestro índice viene dada por los problemas del criterio del fin de protección de la norma, acogido en el *WK* y por Jescheck en el *LK* y rechazado, en cambio, por Schröder en este último comentario. Tal criterio aparece como una necesaria corrección en los casos en que, habiéndose infringido una norma de cuidado y siendo previsible una lesión del bien jurídico con derivación de la misma, cabe todavía excluir la imputación del resultado por razones diferentes a las examinadas en el párrafo anterior pero que, en definitiva, continúan respondiendo a que dicho resultado no es «prueba» del riesgo creado *ex ante* con la infracción de la norma de cuidado. No me detendré aquí en las dos concepciones básicas acerca del criterio del fin de

protección de la norma: la primera, que lo convierte en criterio central de imputación, y la segunda que lo añade a todos los demás con el fin de restringir todavía más el marco de la imputación del resultado. Simplemente señalaré que es difícil determinar cuál es el ámbito de protección de una norma de cuidado, que en la mayoría de los casos es complicado definir el propio alcance de tales normas, cuanto más el dilucidar qué resultados son abarcados por ellas y cuáles quedan al margen de las mismas. Por otro lado, y esto sería una crítica global, alguien podría decir que no está tan claro el porqué una norma no ha de querer evitar todos los resultados lesivos que, de modo previsible, se deriven de su infracción. La respuesta a esta cuestión es, sin embargo, evidente, como en otro lugar, he tratado de poner de relieve. La norma no puede tratar de evitar los resultados que, por mucho que en el caso se hayan derivado directamente de su infracción y, es más, no se habrían producido de no haberse infringido la norma, en general son independientes de tal infracción, no entran dentro de lo que en principio la norma puede querer evitar, no dependen de ella. Cabe, con todo, que haya quien piense que no es de recibo la no imputación del resultado a conductas que infringen una norma de cuidado y de las que, de modo adecuado, se deriva un resultado lesivo; pues en ellas se darían los momentos de creación de riesgo y de realización de éste en el resultado. La réplica debe hallarse de nuevo, sin duda, en la idea de riesgo permitido. Según ésta, de los múltiples riesgos que *ex ante* contiene una conducta —idea ésta que he desarrollado extensamente en otro lugar— varios son permitidos, es decir, irrelevantes desde la perspectiva típica (por las razones que sea), con lo que ellos, de por sí, no dan lugar a que la conducta infrinja la norma de cuidado. Pues bien, si el realizado en el resultado es un riesgo de éstos, uno permitido, con el que no se infringe el deber de cuidado, parece obvio que dicho resultado —expresión de un riesgo ajeno a la infracción del cuidado— no puede imputarse a tal infracción del deber que, por otra parte (como reflejo de la creación de un riesgo relevante) no se ha realizado en resultado alguno. Todo lo anterior abonaría, como regla general, la acogida del mencionado criterio del fin de protección de la norma. Un ejemplo de las situaciones que pueden tener lugar lo constituyen las de daños indirectos. La conducta peligrosa puede contener en sí el riesgo de diversas lesiones —unas directas y otras indirectas— de bienes jurídicos. Sentado esto, es razonable sostener que el deber de cuidado sólo se infringe con el riesgo de daño directo y que el riesgo de daño indirecto es típicamente irrelevante; ello, porque el daño indirecto se vincula con el resultado de daño directo, con independencia de que dicho daño haya respondido, en su concreta producción, a un riesgo relevante o no. Carece de sentido, pues, que la norma de cuidado abarque el riesgo de daño indirecto, en la medida en que el respeto de dicha norma no es garantía de que el daño indirecto se evite. Su producción no es algo que la norma pueda evitar y de ahí que quede fuera de su ámbito de protección.

9. Con ello finaliza la sucinta referencia de Schünemann a alguno de los *topoi* de la imputación objetiva y comienza su análisis del dolo, que, como es sabido, un significativo sector de la doctrina alemana examina a caballo del tipo subjetivo y de la culpabilidad. El contenido central de sus consideraciones sobre el dolo se sitúa en el siempre polémico tema del dolo eventual. A tal respecto, advierte Schünemann, con una claridad que se echa en falta en la mayoría de los autores, cómo la solución de este problema puede verse influida por el cambio producido acerca de la naturaleza del dolo: de forma o requisito de la culpabilidad a elemento del tipo de injusto, postura ésta, por lo demás, acogida tanto en el *LK* como en el *WK*. El aspecto volitivo (que Schünemann prefiere llamar emocional) pierde importancia con la transposición sistemática;

incluso puede parecer —así, Schünemann— que no debe desempeñar papel alguno en el dolo como elemento de lo injusto. La conclusión es que dolo eventual y culpa consciente no se diferencian en el injusto, sino en la culpabilidad. A ello se llega a través de la adopción de una *concepción material* de la teoría de la «doble posición del dolo» (línea de Nowakowski), que muestra algunas diferencias con la teoría puramente formal, defendida —por ejemplo— por Jescheck y dirigida, en lo esencial, a resolver el problema del error sobre los presupuestos de una causa de justificación. En virtud de la mencionada concepción material, es posible advertir en la culpabilidad los elementos *emocionales* que justifican una responsabilidad individual más elevada (la del dolo eventual). Con todo ello, Schünemann se separa de las posturas abiertamente cognoscitivas sobre el dolo eventual. A ellas les reprocha, tomando como ejemplo el planteamiento de Frisch, la incoherencia a la hora de tratar casos como el del sujeto con confianza irracional —esto es, sin base alguna en la realidad— en una salida favorable. Sin embargo, ello no significa que desconozca los problemas de todo tipo que plantea la determinación de lo que en la vertiente emocional es preciso para el dolo. Problemas materiales y procesales que pueden llegar a hacerla impracticable como criterio de distinción. A la vista de lo anterior, Schünemann propone, de *lege ferenda*, un trío de formas de imputación subjetiva: a) dolo directo de primer y segundo grado, b) dolo eventual y culpa consciente y c) culpa inconsciente. Ello, por estimar que la diferencia de necesidad de pena existente entre la «intención» y el «dolo eventual» es muy superior a la que existe entre éste y la culpa consciente. Esta última diferencia podría considerarse en la medición de la pena, a la vez que algunos delitos podrían ampliarse, en cuanto a las formas de comisión, al mencionado grupo intermedio. De *lege lata*, con todo, sigue manteniendo la doble consideración del aspecto cognoscitivo del dolo en el injusto y del aspecto emocional en la culpabilidad, exigiendo, para la apreciación del dolo eventual, la combinación de un mínimo de conocimiento con un mínimo de actividad emocional.

10. El planteamiento de Schünemann es criticable como, a mi juicio, cualquiera que fundamente la sanción en la valoración de elementos emocionales o de la actitud interna del sujeto. Esto es precisamente lo que sucede en su tesis de *lege lata* sobre el dolo eventual. Tesis que, por lo demás, según entiendo, en poco se diferencia de la doctrina dominante sobre el tema, empeñada en la búsqueda de un elemento volitivo en tal clase del dolo. En cambio, la tesis de *lege ferenda* de Schünemann es radicalmente diferente, hasta el punto de llegar a equiparar completamente (salvo en la medición concreta de la pena dentro de los tipos) dolo eventual y culpa consciente. A mi juicio, la solución no se halla ni en uno ni en otro extremo. Aunque ésta no es la ocasión, ni dispongo de tiempo para desarrollarlo, un planteamiento correcto de la diferenciación entre dolo eventual y culpa inconsciente ha de partir —a mi juicio— de la comprensión de que: 1) lo esencial en el dolo es el conocimiento (conocimiento del riesgo concurrente *ex ante* en la conducta, pues es ésta el objeto del dolo); 2) la voluntad de la acción no es factor propio del dolo, sino precisamente de aquélla, de la acción (ya dé ésta lugar a un tipo doloso, y a uno imprudente); 3) la persecución del resultado (*Absicht*, intención), que también suele caracterizarse como «voluntad», es un elemento subjetivo del injusto característico de una clase de dolo, pero, por un lado, no sustituye a la necesidad de conocimiento y, por el otro, su verdadera relevancia sólo vendrá dada por un incremento del riesgo objetivo para el bien jurídico: no por un «especial desvalor subjetivo»; 4) los llamados «elementos subjetivos del injusto» constituyen realmente una realidad bipolar, compuesta de un elemento *objetivo de sentido* (riesgo para el bien

jurídico) y un elemento subjetivo, que no es otra cosa que el dolo (conocimiento), y 5) lo característico de la culpa consciente es que, por determinadas razones, el sujeto no llega a conocer completamente el riesgo que encierra su conducta (por ejemplo, por introducir en sus análisis una valoración equivocada de sus capacidades, conocimientos, elementos concomitantes, etc.: el caso límite y discutible es aquel en que el elemento introducido sea la creencia en la propia fortuna, supersticiones u otros factores de naturaleza irracional). Espero poder desarrollar más detalladamente y contrastar estas hipótesis en otro lugar.

11. Los dos últimos temas del trabajo vienen constituidos por la justificación y los delitos de omisión. El primero de ellos se ve marcado por la confluencia en el *LK* de los análisis de un autor partidario de la teoría objetiva del injusto, como es Spendel, y de otro, Hirsch, situado en el finalismo clásico. Esta discrepancia se manifiesta en múltiples cuestiones, incluso en algunas en las que, en principio, no tendría por qué ser así; por ejemplo, en el alcance de la legitimación de los agentes de la autoridad para recurrir a preceptos generales de justificación, como la legítima defensa o el estado de necesidad (en este extremo Spendel adopta una postura ampliatoria e Hirsch una más restrictiva). Schünemann examina con especial detalle el tema de las restricciones éticosociales de la legítima defensa y el problema, más global, del elemento subjetivo de justificación. En la primera cuestión, y pese a constatar la relativa oposición de Spendel en el *LK*, Schünemann se muestra completamente favorable a las mismas, por entender que responden a una convicción jurídica generalizada en nuestro ámbito cultural, que se derivan de los principios inspiradores de la legítima defensa y que en absoluto puede afirmarse que infrinjan el mandato de terminación, dada la mayor amplitud con que aparecen otras causas de justificación, como el estado de necesidad. Pero probablemente despierta mayor interés la discusión en torno al elemento subjetivo de justificación. La necesidad del mismo ha sido rechazada por el objetivista Spendel; por su parte, quienes requieren su concurrencia discrepan, según acojan la tesis finalista (Hirsch en el *LK*) o la opuesta, defendida por Nowakowski en el *WK*. Mientras que para Hirsch es preciso que la propia intención, tendencia subjetiva, se dirija a la justificación, para la otra corriente basta con que los fundamentos de la justificación se hayan acogido en la decisión de actuar, salvo que el legislador expresamente requiera motivos o fines determinados. Esta última es la concepción acogida por Schünemann, quien, además, justifica tal opción como algo inevitable desde la perspectiva de la teoría de los elementos negativos del tipo. Es ésta, por otro lado, la única que, a su juicio, explica la aplicación de los preceptos de la tentativa a las situaciones en que falta el elemento subjetivo de justificación. La doctrina dominante, por contra, sólo puede hablar de aplicación analógica de aquellos preceptos, solución con importantes dificultades dogmáticas, sin olvidar la contradicción que implica con la resolución del error sobre los presupuestos de una causa de justificación en la culpabilidad (dolo en la culpabilidad: teoría formal de la doble posición). En efecto, es, a su juicio, una contradicción afirmar que, en el caso de concurrencia de la situación objetiva de justificación y ausencia del elemento subjetivo, falta el desvalor del resultado, y, a la vez, sostener que, en caso de suposición errónea de tal situación, se da todo el desvalor de la acción, faltando simplemente la culpabilidad dolosa. La solución de Schünemann es convincente. Y, es más, no me parece descabellado sostenerla en el Derecho vigente español. Ciertamente se ha sostenido la imposibilidad de aplicación directa de los preceptos de la tentativa, alegando que en estos casos ya hay «delito», pues el elemento subjetivo de justificación es presupuesto de su ausencia. Pero esto también ocurre en la tentativa y en la frustración «tradicio-

nales»: también en ellas hay «delito». Pues el «delito» se da desde el momento en que se infringe una norma penal imperativa con una conducta que pone en peligro relevante un bien jurídico en forma no justificada. Sólo que tal delito no es el consumado: y a éste se refieren, sin duda, los enunciados legales del artículo 3.º del CP, entre otros. Pues bien, tal *delito* falta no sólo por la no producción del resultado lesivo del bien jurídico, sino también por la concurrencia *ex post* de una situación objetiva de justificación: tal concurrencia sería algo así como un presupuesto objetivo de no punibilidad de la conducta o, a la inversa, por expresarlo mejor, la no concurrencia *ex post* de la situación objetiva de justificación será condición objetiva de punibilidad por el delito consumado. Ello es diferente de lo que sucede con la apariencia *ex ante* de la situación objetiva de justificación, que afecta a lo injusto objetivo de la conducta. Si la situación es, desde la perspectiva *ex ante*, justificante, aunque al sujeto le falte el elemento subjetivo de justificación nos hallaremos ante una estructura de tentativa irreal, impune por falta de injusto. Si, en cambio, la apariencia *ex ante* es no justificante, habrá injusto y sólo dependerá de la efectiva concurrencia *ex post* de la situación justificante el que se castigue por tentativa o por consumación (presupuesto, siempre, que falte el elemento subjetivo de justificación).

12. La recensión de Schünemann llega a su fin con el tema de los delitos de omisión, concretamente, de comisión por omisión. A este respecto, reitera la necesidad, asumida por doctrina (*LK*) y práctica, de proceder a una restricción; restricción que él supone haber realizado con su fórmula del «dominio sobre el fundamento del resultado» como criterio de la posición de garantía. De todos modos, constata que la doctrina dominante alemana no ha aprovechado, en general, las posibilidades restrictivas del § 13, *StGB*, a diferencia de la austriaca (*WK*), que suele hacerlo tanto por la inclusión de la teoría formal del deber jurídico en la determinación de las posiciones de garante, como en virtud de un examen separado de la equivalencia (*Gleichwertigkeit*) entre comisión y omisión, a realizar también en los delitos puros de resultado. A su juicio, sin embargo, tampoco la tendencia dominante en Austria resulta convincente, pues la perspectiva formalista es rechazable y, además, tampoco dicha doctrina ha desarrollado los criterios de equivalencia como debería haber hecho. La propuesta de Schünemann se resume en la superación de las construcciones moralistas de la posición de garante para conformar un esquema lógico-objetivo, a la vez que en la aplicación general del criterio de correspondencia (*Entsprechung*) establecido por el § 13, *StGB*.

13. No es este el momento de reiterar las críticas —que he expuesto en otro lugar— a un precepto como el § 13, *StGB*, que se conforma para sancionar la comisión por omisión de los tipos de la parte especial con una mera correspondencia de aquélla con la comisión activa. Simplemente, de poner de manifiesto que el mismo parece insatisfactorio y que, en Derecho español, en que afortunadamente no se ha incluido todavía un precepto similar, las cosas deberían orientarse de modo diferente. Concretamente, exigiendo una verdadera «identidad estructural y normativa» de la omisión con la comisión activa para poder hablar de comisión por omisión. Para lo cual no basta con una posición o situación de responsabilidad agravada del sujeto —posición de garantía—, sino que es precisa una situación de *específico compromiso* de actuar como *barrera de contención de determinados riesgos para determinados bienes jurídicos*: sólo esto puede dar lugar a tal identidad requerida. Claro es que también podríamos llamar «posición de garantía» a este último complejo, y dar así terminológicamente la razón a la doctrina dominante, que entiende que aquélla es presupuesto necesario y sufi-

ciente de la comisión por omisión (dejando aparte los problemas de imputación objetiva del resultado). Pero, entonces, ¿qué decir de esas situaciones de responsabilidad agravada insuficientes para la comisión por omisión, pero que deben dar lugar a una reacción penal más grave que la propia de la omisión de socorro, por ejemplo? De ahí que me parezca preferible distinguir entre posiciones de garante que dan lugar a *omisiones de garante* y posiciones de garante cualificadas: sólo estas últimas darán lugar a responsabilidad en *comisión por omisión*.

JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ

Profesor titular de Derecho Penal. Universidad de Barcelona