

Sobre los movimientos “impulsivos” y el concepto jurídico-penal de acción (1)

JESUS-MARIA SILVA SANCHEZ

Catedrático de Derecho Penal. Universidad del País Vasco

1. Una de las cuestiones que han merecido ser objeto de debate doctrinal con especial intensidad a lo largo de la moderna historia de la teoría del delito es la relativa a la autonomía sistemática de la categoría de la acción. En efecto, se ha discutido con frecuencia, y con singular empeño, si tiene sentido, a los efectos del Derecho penal, afirmar que un determinado proceso reviste carácter de “acción”, de modo separado del posterior análisis de la tipicidad (2). Una respuesta afirmativa a tal cuestión depende de que sea posible hallar un *concepto de acción* capaz de cumplir con las funciones atribuidas generalmente a la categoría. Estas son tres: una función *fundamental*, clasificatoria, en virtud de la cual la acción se constituye en factor común de todos los tipos de delito, capaz de englobarlos; una función sistemática, *de enlace*, que requiere que la acción, sin adelantar los posteriores juicios de valor, posea un contenido material tal que dichos juicios se le añadan a modo de concreciones; y, en fin, una función *negativa*, o de delimitación, me-

(1) En este trabajo retomo el hilo de *mi* artículo “La función negativa del concepto de acción. Algunos supuestos problemáticos (movimientos reflejos, actos en cortocircuito, reacciones automatizadas). Comentario a la STS de 23 de septiembre de 1983”, publicado en ADPCP 1986, pp. 905-933, tratando de aportar nuevos argumentos en favor de mi tesis. Ello parece, además, necesario en el momento actual, en el que la Jurisprudencia del Tribunal Supremo insiste en extender la consideración de actos reflejos a procesos que ni empíricamente ni, desde luego, en el plano normativo muestran una estructura de ausencia de acción.

(2) Cfr. la descripción de JESCHECK, Lehrbuch des Strafrechts, AT 4. ed., Berlín, 1988, p. 196 (= Tratado de Derecho penal (trad. Mir Puig/Muñoz Conde), Barcelona, 1981, pp. 290-291); también, por ejemplo, HIRSCH, Der Streit um Handlungs- und Unrechtslehre insbesondere im Spiegel der ZStW, ZStW 93 (1981), pp. 831-863, pp. 844 y ss.

dante la cual queden excluidos *a priori* aquellos procesos que en ningún caso pueden llegar a alcanzar relevancia penal (3). Los autores que han ido elaborando los sucesivos conceptos de acción de la moderna dogmática del Derecho penal (causalista naturalista, finalista, social, negativo, etc.) han tratado, entre otras cosas, de dotarles de la capacidad de hacer frente a tales funciones. Sin embargo, no resulta difícil advertir el fracaso, hasta hoy, de tal pretensión (4). Así, no es de extrañar que un sector doctrinal inicie su examen del hecho sometiéndolo directamente a análisis desde la perspectiva de la categoría de la “tipicidad” o de la “acción típica” (5).

2. Esta última posición tiene en su favor el haber representado históricamente una reacción contra el proceso de desfiguración e hipertrofia del concepto de acción. En efecto, tradicionalmente esta categoría había venido constituyendo el lugar sistemático en el que de hecho se debatía la esencia de la antijuricidad (y, más en concreto, de la antiju-

(3) Sobre tales funciones, cfr. el trabajo clásico de ARMIN KAUFMANN, *Die Funktion des Handlungsbegriffs im Strafrecht* (1962), recogido en su “Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert. Gesammelte Aufsätze und Vorträge”, Köln, Berlín, Bonn, München, 1982, pp. 21-33, pp. 23 y ss. críticamente sobre la función fundamental, pp. 27 y ss. sobre la función de delimitación y pp. 28-29 sobre la función de enlace. Recientemente, ROXIN, *Il concetto di azione nei piu' recenti dibattiti della dottrina penalistica tedesca* (trad. Sergio Moccia), en “Studi in memoria di Giacomo Delitata”, III, Milano, 1984, pp. 2.087-2.114, pp. 2.087-2.088. De modo general, JESCHECK, *Lehrbuch*, 4. ed., p. 197 (Tratado, p. 291), descomponiendo la segunda de las tres funciones citadas en una “Definitions-funktion” (función de definición) y una “Verbindungsfunktion” (función de enlace).

(4) Un completo balance es el de ROXIN, en *Studi*, III, pp. 2.089-2.101, descartando que tanto el concepto naturalista (de Liszt, *Beling*, todavía hoy *Baumann*), como el finalista (de *Welzel*), el social (de *Jescheck*, *Engisch* o *Maihofer*) y el negativo (de *Herzberg* y *Behrendt*) puedan atender satisfactoriamente a tales funciones. Cfr. en la misma línea ya Armin KAUFMANN, en su *Strafrechtsdogmatik*, p. 29. Recientemente, BAUMANN, *Hat oder hatte der Handlungsbegriff eine Funktion?*, en “Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann”, Kln, 1989, pp. 181-188, en especial p. 186.

(5) Así ya RADBRUCH, *Zur Systematik der Verbrechenlehre*, en “Festgabe fr R. v. Frank zum 70. Geburtstag”, I, Tübingen, 1930, pp. 158-173, pp. 161-162, extrayendo las conclusiones de su trabajo de 1904, *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem*, Reimpr. Darmstadt, 1967, p. 143; GALLAS, *La teoría del delito en su momento actual* (trad. Córdoba Roda), Barcelona, 1959, pp. 22-23; KAUFMANN, ARMIN, en su *Strafrechtsdogmatik*, p. 28; ROXIN, *Contribución a la crítica de la teoría final de la acción*, en sus “Problemas básicos del Derecho penal” (trad. Luzón Peña), Madrid, 1976, pp. 84-128, pp. 95 y 115; KAUFMANN, ARMIN, *Zum Stande der Lehre vom personalen Unrecht*, en “Festschrift für H. Welzel zum 70. Geburtstag”, Berlín, 1974, pp. 393-414, pp. 394-396. Para la restante doctrina alemana que sigue este punto de vista, probablemente dominante, cfr. JESCHECK, *Lehrbuch*, 4. ed., p. 196, nota 1. En España, GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría jurídica del delito. Derecho penal PG*, Madrid, 1984, pp. 91 y ss.; OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA TOCILDO, *Derecho penal PG. Teoría jurídica del delito*, 2. ed., Madrid, 1986, pp. 41 y ss.; BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho penal español PG*, 3. ed., Barcelona, 1989, pp. 187 y ss.; COBO/VIVES, *Derecho penal PG*, 3. ed., Valencia, 1990, pp. 286, 345, etc. Describiendo, ahora críticamente, este punto de vista, ROXIN, *Studi*, III, p. 2.103.

ricidad de los delitos comisivos). Sólo desde este prisma puede entenderse el alcance de la discusión entre los conceptos causal, final y social de acción, en la que lo cuestionado era más bien qué esencia le correspondía al tipo de injusto (6). Sin embargo, una vez alcanzada la convicción de que el de acción no es el concepto fundamental del sistema, también es cierto que el mismo tiene una serie de funciones específicas que, con autonomía o no, ha de cumplir y que, según entiendo, no se resuelven mejor mediante su inclusión como problemas de la categoría de la tipicidad (7). En efecto, no cabe duda de que hay, al menos, dos cuestiones que revisten el carácter de factor común a los diferentes modos de realización típica: la primera de ellas, y esencial a nuestro entender, la relativa a qué procesos son ya *a priori* inidóneos como objeto del juicio de imputación típica; y la segunda, derivada directamente de la anterior, en la que se obtiene cuál es el contenido de sentido genérico común a todos los procesos que sí son susceptibles de recibir el juicio de imputación típica (8). Es, desde luego, evidente que tales cuestiones (que afectan a las dos grandes funciones del concepto de acción) son de una considerable modestia, en comparación con aquéllas que históricamente han sido objeto del debate en el marco del concepto de acción (9). Pero ello no es sino producto de la adopción por parte

(6) KAUFMANN, ARMIN, en su *Strafrechtsdogmatik*, pp. 30-31: "Parece ser *communis opinio* que la elección del concepto de acción prejuzga la doctrina de la antijuricidad (...). Ciertamente, la moderna discusión de las teorías de la acción sólo se hace inteligible de modo completo con el telón de fondo de la doctrina del injusto"; EL MISMO, *Welzel-FS*, p. 395: "Así pues, es cierto, y en la actualidad apenas discutido, que el debate sobre el concepto de acción constituye, en realidad, una polémica en torno al concepto correcto de injusto".

(7) En este sentido, JAKOBS, *Strafrecht AT*, Berlín, 1983, p. 137, núm. marg. 67.

(8) Este punto de vista no me parece estar muy lejos de la propuesta de ARMIN KAUFMANN (cfr. *Strafrechtsdogmatik*, pp. 32-33), según el cual la acción constituiría la madera de la que se tallan los tipos de injusto o, dicho de modo menos metafórico, que la acción determinaría la posible estructura del objeto del juicio de antijuricidad. La diferencia entre su planteamiento y el que aquí expongo es que, a su juicio, tal función sólo pueden cumplirla doctrinas prejurídicas ontológicas de la acción (p. 33, aunque añade luego que "tal función del concepto de acción tiene como premisa una determinada función de la antijuricidad"), mientras que por mi parte estimo que un concepto de acción así configurado, con tales funciones, ha de obtenerse necesariamente a partir de la función de la norma penal. Por lo demás, aludiendo a los aspectos reseñados en el texto como característicos de su nuevo "*concepto personal de acción*" (acción como manifestación de personalidad), ROXIN, en *Studi*, III, pp. 2.104-2.105: acción es todo aquello que puede atribuirse a un hombre como centro de actos psicológicos-individuales, teniendo trascendencia exterior. Este concepto, si bien resulta de la exclusión de todo lo que normalmente se entiende que no es acción, resulta apto, según Roxin, para cumplir las funciones positivas propias de la categoría (p. 2.106). En una línea relativamente próxima, en España, MIR PUIG, *Derecho penal PG*, 3. ed., Barcelona, 1990, p. 180.

(9) Cfr. sobre esto SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión. Concepto y sistema*, Barcelona, 1986, pp. 130-131.

de la categoría de la acción de su verdadera función en el seno del sistema y, en concreto, dentro del macroconcepto de la antijuricidad (10).

Una vez asumida su auténtica dimensión, no existen, según creo, argumentos de peso contrarios al estudio autónomo de la concurrencia o no del carácter de acción en un determinado proceso. Por el contrario, razones de pureza analítica, entre otras, pueden aconsejar una separación del examen de las causas de ausencia de acción (comunes a todos los tipos) y de las causas de exclusión de la tipicidad (11). Estas no sólo tienen un fundamento claramente diverso del de aquéllas (la irrelevancia, cuantitativa o cualitativa, para el Derecho penal del concreto riesgo creado para el bien jurídico protegido) (12), sino que también, y sobre todo, se configuran de modo muy diferente en los diversos tipos o clases de tipos (13).

3. Según lo anterior, pues, el concepto de acción puede y debe cumplir, ante todo, una función negativa o de delimitación (14), y desempeñarla en términos “relativos” (15). Lo primero significa que es función esencial de esta categoría sistemática la de excluir *ab initio* de la consideración del Derecho penal aquellos procesos que son meramente *explicables* en términos causalistas naturalísticos y no, en cambio, *interpretables*, susceptibles de una atribución de sentido cualquiera (16). Esta “no interpretabilidad” los haría ya *a priori* inasequibles al juicio de tipicidad, que es, básicamente, un juicio de adscripción (de imputación), de atribución de un contenido de sentido concreto (el de la realización tí-

(10) Cfr. mi intento de depuración en SILVA SÁNCHEZ, *El delito*, pp. 123 y ss.

(11) Así, SILVA SÁNCHEZ, *El delito*, p. 128, nota 770.

(12) En las causas de ausencia de acción se trata, en cambio, de una irrelevancia estructural, esencial, del proceso en cuestión para el Derecho penal, sin necesidad de entrar en consideraciones acerca del significado o contenido de tal proceso.

(13) Baste aludir al papel de la exigibilidad en el tipo de omisión o a la diversa configuración del riesgo permitido en los delitos imprudentes y en ciertos delitos dolosos (vgr. el caso del tirador inexperto). Cfr. sobre lo primero SILVA SÁNCHEZ, *El delito*, pp. 300 y ss.; y sobre lo segundo MIR PUIG, PG, 3. ed., pp. 247-248.

(14) Así ya, por ejemplo, BELING, *Die Lehre vom Verbrechen*, Tübingen, 1906 (Reimpr. Aalen, 1964), p. 17; GALLAS, *La teoría*, pp. 23-24. En los últimos decenios, se han mostrado especialmente críticos con la posibilidad de que un concepto de acción anterior a la tipicidad cumpla esta función KAUFMANN, ARMIN, en su *Strafrechtsdogmatik*, pp. 27-28; EL MISMO, *Welzel-FS*, P. 393, y OTTER, *Funktionen des Handlungsbegriffs im Verbrechensaufbau?*, Bonn, 1973, pp. 179 y ss, especialmente pp. 183 y 184. La tesis de estos autores es que ninguno de los conceptos de acción puede cumplir la función de límite por dos razones: 1.) porque siempre se realizan otros movimientos mientras se sufre un reflejo o se está sometido a “vis absoluta”, y 2.) porque, de no existir un movimiento simultáneo calificable como acción, siempre es posible acudir a un movimiento anterior, al que imputar el resultado a título de dolo o imprudencia. A ambas objeciones cabe responder, sin embargo, desde el momento en que se sostiene que el concepto de acción cumple la función negativa en términos “relativos”.

(15) Cfr. sobre este extremo JAKOBS, AT, p. 121, núm. marg. 34, y 123, núm. marg. 39, además de la nota 88.

(16) Exponiendo detalladamente esto, SILVA SÁNCHEZ, *El delito*, pp. 125-126.

pica de que se trate). Por ello, y como la otra cara de la misma moneda, el concepto de acción puede cumplir también una función positiva: la de expresar "procesos humanos" (*actiones humanae*), "interpretables" por el derecho, "capaces de sentido". Esta es la característica común a todos los hechos típicamente antijurídicos y culpables (17), la que, sistemáticamente, dispone la base para la concreta atribución de significado jurídico-penal en el nivel de la tipicidad (18). Lo segundo, por su parte —esto es, que la acción desempeña su función negativa en términos relativos— es algo evidente. Ciertamente, cabe que, en un mismo momento, tengan origen en un hombre diferentes procesos susceptibles de ser analizados a los efectos del Derecho penal. Pues bien, la afirmación o negación del carácter de acción ha de tener lugar de modo separado para cada uno de ellos. La conclusión podrá ser la de que ninguno de esos procesos reviste carácter de acción, o la de que alguno sí lo posee, en cuyo caso sólo respecto a éste cabrá analizar si realiza un tipo penal (19). Claro está que, en la práctica, ello puede tener lugar en el marco de una inversión de niveles. Esto es, cabe que se examine el "carácter de acción" sólo respecto a procesos de los que ya se conoce, al menos, que lesionan o ponen en peligro un bien jurídico (20). Sin embargo, tal inversión en absoluto descalifica a la tesis del examen separado de las cuestiones relativas a la "acción" y a la "imputación típica".

4. En cualquier caso, y con independencia de la atribución o no al concepto de acción de una posición sistemática autónoma, resulta absolutamente común, en doctrina (21) y jurisprudencia (22), entender que son tres, básicamente, las causas que determinan que un proceso humano externo (23) no sea acción, para unos, o no sea típico por falta de

(17) Y, obviamente, a otros muchos hechos que no son antijurídicos.

(18) Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *El delito*, pp. 130-131.

(19) Cfr. sobre esto CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español*, PG, I, 3. edit., Madrid, 1985, pp. 276-277 y las referencias anterior a Jakobs.

(20) Sobre ello, SILVA SÁNCHEZ, *El delito*, p. 130.

(21) Cfr. en España, por todos, GIMBERNAT ORDEIG, *Sobre los conceptos de omisión y de comportamiento*, ADPCP, 1987, pp. 579-607, pp. 585-593; también, MIR PUIG, PG, 3. ed., pp. 200 y ss.; COBO/VIVES, PG, 3. ed., p. 346. En Alemania, por todos, JESCHECK, Lehrbuch, 4. ed., pp. 201-202 (*Tratado*, pp. 297 y ss.).

(22) Claramente, la STS de 15 de octubre de 1988 (A. 7928), ponente Sr. Bacigalupo Zapater: "La comisión de un hecho punible presupone por lo menos la existencia de una acción del autor. La doctrina y la jurisprudencia son, en este sentido, totalmente pecificas en lo referente a las causas que excluyen la acción y admiten que se dan los requisitos de este elemento cuando el autor ha obrado en un estado de inconsciencia total, bajo los efectos de una fuerza física irresistible o cuando el movimiento corporal es producto de un acto reflejo."

(23) Esto debe apuntarse, porque la acción falta también en los casos de hechos de animales o de personas jurídicas, así como en los pensamientos. En los dos primeros casos, porque no hay "personalidad" (sustancia psíquico-espiritual), y en el tercero, porque no hay "manifestación": cfr. ROXIN, en *Studi*, p. 2.109 (acción es *manifestación de personalidad*).

voluntariedad, para otros. Se trata de las tradicionalmente conocidas como “causas de exclusión de acción”: los actos reflejos, la inconsciencia y la *vis physica absoluta* (24). Lamentablemente, tal coincidencia en el plano de los conceptos generales no ha venido acompañada de una adecuada precisión de los límites de esas categorías con la “acción” en sentido jurídico-penal. Es éste un problema que, patente también en las otras dos causas, se hace especialmente evidente respecto a una serie de *actos* situados en la zona intermedia entre los “reflejos” y el “modelo ideal de conducta humana”: La doctrina habla aquí, en términos poco claros, de “actos en cortocircuito”, actos impulsivos, reacciones explosivas, movimientos automatizados, actos instintivos, reacciones primitivas, espontáneas, etc. Por mi parte, intenté en su día establecer algunos criterios materiales de distinción entre los movimientos reflejos y las demás categorías apuntadas. Ahora deseo reincidir sobre el tema, ciñéndome a los “actos instintivos” o “impulsivos” y aportando nuevos argumentos en contra de su asimilación a los reflejos y, en favor, por tanto, de su consideración como “acción”, eventualmente antijurídica.

5. Cualquier trabajo que se ocupe de un tema aparentemente tan desconectado de la realidad de los fenómenos delictivos ha de afrontar (y resolver) la objeción de que afecta a lo que en los países de lengua alemana se conoce como *Lehrbuchkriminalität* y en España se suelen denominar “casos de laboratorio” o “ejemplos de cátedra”. Baste para ello la alusión a algunos casos reales que cabe situar, de modo genérico, en es te círculo de cuestiones:

a) *STS de 23 de septiembre de 1983 (A. 4574), ponente Sr. García Miguel.*

Hechos: El procesado don José se encontraba, tras haber tomado unas copas en una taberna próxima, en una bodega de su propiedad en compañía de sus convecinos don Luis y don Eladio. En un determinado momento, el citado don José se inclinó hacia adelante para sacar vino de una barrica. Mientras permanecía en esa posición, dándole la espalda a don 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 dolido don José, giró bruscamente su cuerpo empujándole con el codo de tal modo que don Eladio cayó al suelo golpeándose fuertemente contra el suelo de cemento, con la cabeza, cayendo primeramente de lado y después de espaldas”. Don Eladio quedó unos momentos inconscien-

(24) Me sirvo conscientemente de esta expresión para eludir aquí la polémica sobre la naturaleza de la exigente del artículo 8, 9. CP (fuerza irresistible). Por lo demás, sobre esto, en un trabajo que, pese a su título, se ciñe de hecho a la fuerza irresistible, cfr. GARCÍA VITORIA, *Algunas propuestas sobre las causas de ausencia de la acción típica*, en *Criminología y Derecho penal al servicio de la persona*, Libro-homenaje al profesor Antonio Beristain, San Sebastián, 1989, pp. 531-546.

te, recuperándose aparentemente después. Sin embargo, falleció horas después, estimándose causa de la muerte "una contusión frontoparietal izquierda y hematoma apareinquitomatoso".

Calificación jurídica: La Audiencia Provincial de Tenerife condenó a don José a la pena de un año de prisión menor, como responsable de un delito de homicidio con la atenuante de preterintencionalidad. El TS, sin embargo, casa tal sentencia y dicta, a su vez, otra de signo absolutorio. Ello, por estimar que el movimiento de don José constituye uno de los "llamados actos reflejos o acciones en 'corto circuito', como acontecc, entre otros, en los supuestos de reacciones instintivas ante el terror o el dolor" y, por tanto, no concurre aquí una acción en sentido jurídico-penal (25).

b) *Diario LA VANGUARDIA (Barcelona), 15 de agosto de 1986.*

"Francia: homicidio involuntario por broma de verano. París (Efe). La típica broma de verano de rociar con agua fría a un amigo cuando toma el sol acabó en tragedia en un camping de la localidad de Damgan, en el este de Francia. El suceso ocurrió el miércoles por la tarde. El drama se desarrolló cuando uno de los tres jóvenes que estaban pasando sus vacaciones en un camping de Damgan se levantó para beber agua. A su regreso, decidió gastar una broma a su amiga, por lo que se le acercó por detrás sin que ésta le viera y le roció la espalda con agua helada. La joven tenía un cuchillo en la mano y, en un acto reflejo (*sic*) lo lanzó hacia atrás, clavándose en el pecho del bromista y produciéndole la muerte instantáneamente."

c) *STS de 15 de julio de 1987 (A. 5535), ponente señor Moyna Ménguez.*

Hechos: "Se declara probado que sobre las 11 horas del día 23 de abril de 1983 cuando Luis A. S., director del Centro Penitenciario de cumplimiento de Cáceres, comunicó en su despacho al recluso Ramón P. L. (...) la concesión por el Juez de Vigilancia Penitenciaria de Badajoz de un permiso extraordinario de salida de la prisión custodiado por fuerzas de policía para asistir al entierro de su padre fallecido ese mismo día en Jódar (Jaén), influido por su personalidad psicopática hipertímica con reacciones de tipo explosivo, comenzó a gritar y se abalanzó sobre el director para pagarle, logrando su propósito y al interponerse los funcionarios de prisiones (...) golpeó y mordió a los tres primeros."

Calificación jurídica: Condenado en instancia por delito de atentado y falta de lesiones, concurriendo la eximente incompleta de enajenación mental, el TS le absuelve por estimar la eximente completa de trastorno mental transitorio. Se valora que el procesado "pertenece a la variedad de los hipertímicos o exaltados, individuos desapacibles, permanentemente irritados, destemplados,

(25) Cfr. el comentario a esta sentencia en mi trabajo citado en nota 1.

impulsivos, de violencia desproporcionada ante nimios impulsos, que transforman en acto cualquier tendencia (las llamadas reacciones en cortocircuito), sin ningún género de consideraciones hacia los demás en el orden social, ni siquiera hacia sí mismos”.

d) *STS de 15 de octubre de 1988 (A. 7928), ponente señor Bacigalupo Zapater.*

Hechos: El procesado Emilio M. A. acababa de tener un incidente por motivos de circulación con José María G. A., cruzándose insultos entre ambos. Posteriormente, y al detener éste su vehículo, el procesado estacionó el suyo detrás, tomando el desmontable del vehículo (aunque sin ánimo de utilizarlo) y dirigiéndose a José María, que se hallaba en el interior de su vehículo, para pedirle explicaciones sobre lo acaecido. En aquel momento, la esposa de José María, María Amparo G. A., se bajó del vehículo y “se dirigió hacia el procesado para que cesara en la discusión con su marido cogiéndole por el brazo, momento en el que el procesado, haciendo un movimiento instintivo por desasirse, la tiró al suelo”. Como consecuencia de la caída, María Amparo sufrió heridas en el tobillo derecho que tardaron en curar doscientos ochenta y seis días. Se declara probado, asimismo, que el procesado no tenía intención de causarle daño, que trató de asistirle y la acompañó a la residencia sanitaria.

Calificación jurídica: La sentencia entiende que se trata de un movimiento instintivo y que los “movimientos instintivos” en el sentido de la sentencia recurrida, tienen todas las características de los actos reflejos, pues en ellos se excluye toda participación consciente del sujeto agente. Consecuentemente, se afirma que en el presente caso no cabe admitir que el recurrente haya ejecutado una acción. Ello impediría ya plantear todas las demás cuestiones referentes a la imputación del resultado (infracción del deber de cuidado, relación de causalidad) que se requieren en el delito culposo y ello debe conducir a la absolución del procesado. No prosperan, pues, ni la acusación inicial por el delito de lesiones graves, ni la condena de la Audiencia por una falta de simple imprudencia del art. 586, 3.º CP (26).

6. Los casos anteriores (27) son suficientemente ilustrativos de los “real” de la problemática que nos ocupa. La calificación jurisprudencial, por su parte, resulta expresiva de una tendencia a identificar los actos *instintivos* o en *cortocircuito* con los actos reflejos y, en consecuencia, a

(26) Precepto derogado. La correspondiente falta imprudente se regula en la actualidad en el art. 586 bis.

(27) Cfr. casos de la jurisprudencia argentina en JIMÉNEZ DE ASUA, *Tratado de Derecho penal*, Tomo III, 3. ed. actualizada, Buenos Aires, 1965, pp. 726 y 727-728; casos de la jurisprudencia alemana en SILVA SÁNCHEZ, ADPCP, 1986, pp. 909 y 911.

estimar que también en aquéllos se excluye el carácter de *acción* del hecho realizado. En cambio, en lo que hace a una *reacción explosiva*, sí se aprecia por el TS la concurrencia de una acción en sentido jurídico-penal, procediéndose a negar meramente la imputabilidad. Tal punto de vista jurisprudencial es merecedor de crítica en un doble sentido. Así, desde una perspectiva intrasistemática, por su incoherencia. Incoherencia, al establecer calificaciones diversas para las reacciones explosivas y los actos en cortocircuito, cuando, según todos los indicios, unas y otras pertenecen al mismo género de situaciones: el de las reacciones primitivas (28), mereciendo por ello un trato similar. Pero incoherencia también, porque no se concibe que se niegue el carácter de acción en procesos en los que —como se verá—, puede detectarse una conducción final, aun elemental, como los de los casos a), b) y d) (que constituyen movimientos impulsivos/instintivos de defensa), y se afirme, en cambio, en el siguiente supuesto:

“... se caracteriza por las crisis convulsivas o paroxísticas, durante las cuales se producen la caída, las convulsiones, las mordeduras en la lengua, el hongo de espuma en la boca, la palidez extrema seguida de cianosis facial, la midriasis, unas veces, y otras, la miosis, la expulsión involuntaria de la orina y, a veces, de heces fecales, y, finalmente, la pérdida de conocimiento, con el olvido posterior de todo lo sucedido...”. (*STS 27 de marzo de 1989, Repertorio La Ley -9.878, ponente Sr. Vivas Marzal, Fundamento de Derecho 4.º*)

Y, sin embargo, en efecto, en tal situación, que corresponde a la descripción de un ataque epiléptico, tan sólo se aprecia una “total y absoluta inimputabilidad” del agente (*Fundamento de Derecho 5.º* de la citada sentencia), dándose por supuesto que concurren “acciones” u “omisiones punibles” (29). Constatada así, sucintamente, la incoherencia de las calificaciones jurisprudenciales, también merece crítica, ahora desde una perspectiva extrasistemática, la equiparación que efectúa entre ac-

(28) Cfr., las abundantes pruebas procedentes del ámbito de la psicología y de la psiquiatría forense en el sentido de distinguir, de modo básico, entre *Persönlichkeitsreaktionen* (reacciones de la personalidad), de las que surgiría el prototipo de acción voluntaria, y *Primitivreaktionen* (reacciones primitivas), en SILVA SÁNCHEZ, ADPCP, 1986, pp. 914 y ss.

(29) La referida sentencia podría ser una buena ocasión para que, criticándola, buena parte de la doctrina española revisara su propia calificación tradicional de la epilepsia como causa de inimputabilidad, que no parece aceptable si no va acompañada de distinciones entre diversas fases. Correctamente, por ejemplo, CEREZO MIR, *Curso*, 3. ed., pp. 278, 292, indicando que no son acción los movimientos corporales de quien sufre una taque epiléptico. En Alemania, por ejemplo, ARMIN KAUFMANN, en su *Strafrechtsdogmatik*, pp. 27-28, o ROXIN, en *Studi*, III, p. 2110, aluden claramente a que las convulsiones de un epiléptico no son constitutivas de acción.

tos reflejos y actos instintivos. Algo que, como veremos a continuación, la separa abiertamente de la concepción dominante, con razón, en la doctrina española y extranjera.

7. En la actualidad puede estimarse ya clásica la tesis que entiende que los actos impulsivos, instintivos o “en cortocircuito” no son actos reflejos y que, en consecuencia, se da en ellos una acción en sentido jurídico-penal (30). Así, se apunta que en los referidos actos instintivos se da *voluntariedad* (*Octavio de Toledo/Huerta*), *dirección* de la acción extrema (*Cerezo Mir*), un *querer primitivo* que participa en el proceso genético del movimiento corporal (*Mezger, Rodríguez Devesa*), una *posibilidad de inhibición* (*Bettiol*), etc., lo que no sucede en los movimientos reflejos, de naturaleza meramente fisiológica y subcortical. Sin embargo, tal argumentación tiende a resolver conjuntamente dos cuestiones que, a mi juicio, merecerían un tratamiento separado: la primera, la de si los actos instintivos son actos reflejos; la segunda, la relativa a si, excluido su carácter de actos reflejos, cabe todavía encuadrarlos en otra “causa de ausencia de acción” (la inconsciencia, por ejemplo). La primera cuestión debe responderse claramente en sentido negativo. En efecto, el reflejo aparece caracterizado, por un lado, por su *reproducibilidad y provocabilidad* y, por otro, y esto es lo esencial, por su *independencia de la efectividad* (31). Lo primero alude a la vinculación mecánica de estímulo y reacción, característica de los actos reflejos, que determina que, siempre que se reproduzca el estímulo (en un sujeto con unas condiciones fisiológicas dadas), tendrá lugar asimismo la respuesta corporal, con independencia de las circunstancias concomitantes. Lo segundo, por su parte, se refiere a que en el reflejo está ausente toda manifestación caracterológica, toda expresión “individual”, de modo que ante cierto estímulo, la reacción fisiológica tiene lugar con independencia de la constitución de la personalidad. De aquí se desprende precisamente que los actos reflejos no sean acción, pues ésta, siguiendo a *Roxin*, pue-

(30) Cfr. ya claramente MEZGER, *Tratado de Derecho penal*, I (2. ed., revisada y puesta al día por Rodríguez Muñoz), Madrid, 1946, pp. 212-213; BETTIOL, *Diritto penale PG*, Palermo 1945, p. 154; JIMÉNEZ DE ASUA, *Tratado*, III, 3. ed., p. 691. En España, más recientemente, CUELLO CALÓN, *Derecho penal*, tomo I, PG, vol. 1.º, 17. ed. (por Camargo), pp. 334-335, nota 6; RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español*, PG, 8. ed., Madrid, 1981, p. 478; RODRÍGUEZ MOURULLO, *Derecho penal*, PG*, Madrid, 1978, p. 232; CEREZO MIR, *Curso*, 3. ed., pp. 278-279; MIR PUIG, PG, 3. ed., p. 207; OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA, PG., p. 43. En Alemania, por todos, LENCKNER, en *Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar*, 23. ed., München, 1988, n.º marg. 40, previo a los §§ 13 y ss.; MAURACH/ZIPF, *Strafrecht AT*, tomo 1.º 7. ed., Heidelberg, 1987, p. 189; OTTO, *Grundkurs Strafrecht AT*, 3. ed., Berlin, 1988, p. 112.

(31) Sobre estas características, más detalladamente, SILVA SÁNCHEZ, ADPCP, 1986, p. 910; cfr. también, GIMBERNAT ORDEIG, ADPCP, 1987, p. 588: los reflejos no son acciones porque “frente a un determinado estímulo el movimiento reflejo aparece necesariamente condicionado” o porque “no es físicamente posible actuar de otra manera”.

de entenderse precisamente como "manifestación de personalidad". Las reacciones impulsivas, en cambio, sí suelen ser expresión de una determinada personalidad. En efecto, en este tipo de situaciones se advierte una diversidad de reacciones ante el mismo estímulo que se halla en función de lo agresiva, medrosa, etc., que sea la concreta persona afectada (ataques de ira, reacciones de pánico, manifestaciones explosivas de la sexualidad (32)). Son, como apuntan *Bettiol/Pettoello Mantovani* (33) "actos espontáneos, casi fatales, en los que la respuesta a la estimulación periférica viene determinada por la organización del ser y la constitución hereditaria". En definitiva, pues, en los reflejos nos hallamos ante un proceso directa e inmediatamente fisiológico (y, en esta medida, general) como se deriva de su carácter subcortical (en virtud del llamado "arco reflejo"). En los actos en cortocircuito, en cambio, se produce una mediación de la personalidad (de lo puramente individual), aun cuando se trate de algunas de las capas más profundas de ésta. De ahí que los reflejos no constituyan siquiera la reacción más próxima, estructuralmente hablando, a las reacciones impulsivas. La mayor similitud cabría encontrarla en ciertas reacciones mecanizadas o automatizadas que, en la práctica, vendrían a ser como reacciones impulsivas no innatas, sino "aprendidas". Así, si en los impulsos propiamente dichos lo esencial es un factor innato, que crea un programa de reacciones en los niveles inferiores de la consciencia, en los automatismos cabe advertir, en la primera fase, un momento de decisión que, por el efecto del apredizaje, va mecanizándose y desplazándose a los referidos niveles inferiores (34). Unos y otros se distinguen claramente de los reflejos, debiendo analizarse, hasta cierto punto, de modo conjunto su inclusión o no en el concepto jurídico-penal de acción (35).

(32) Cfr. CEREZO MIR, *Curso*, 3. ed., p. 278.

(33) BETTIOL/PETTOELLO MANTOVANI, *Diritto penale*, PG, 12. ed., Padova, 1986, p. 279.

(34) Cfr. SILVA SÁNCHEZ, ADPCP, 1986, p. 925, nota 77. Asimismo, WEINSCHENK, *Entschluß zur Tat/Schuldfähigkeit/Resozialisierung/Prävention*, Königstein/Ts, 1981, pp. 97 y ss., 102, 169 y ss. Por lo demás, sobre los automatismos en general, SILVA SÁNCHEZ, ADPCP, 1986, p. 925 y ss.; GIMBERNAT ORDEIG, ADPCP, 1987, pp. 585-586, entendiendo también también que se trata de acciones.

(35) De todos modos, que la distinción entre reflejos e impulsos sea clara en un plano general no impide que se den algunas dificultades a la hora de ubicar un concreto proceso en una de las dos categorías. Históricamente, es esto lo que le sucedió a Mezger con el caso de la llamada "instinktive Abwehr in der Schrecksekunde" (expresión traducida por Rodríguez Mourullo, que sigue al autor alemán, como "movimiento instintivo de defensa en el momento de sobresalto"). Ambos autores (MEZGER, en *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 8. ed. —ed. Jagusch/Mezger—, Berlín, 1957, II 6, a 3 bb) previo al §51; RODRÍGUEZ MOURULLO, PG*, p. 231) incluyen estas situaciones entre los actos reflejos, excluyendo su carácter de acción (sobre ello SCHIEWE, *Reflexbewegung, Handlung, Vorsatz*, Lübeck, 1972, p. 26). A mi juicio la solución ha de ser distinta, pues la mera referencia al temor (sobresalto) hace pensar en un elemento no fisiológico, sino de personalidad. Otra cosa, que merece un análisis independiente, es si esa mediación de la per-

8. Excluido que los movimientos impulsivos o “instintivos” puedan encuadrarse entre los actos reflejos, todavía no puede afirmarse de modo concluyente que sean “acción”. Es preciso, además, descartar asimismo que dichos movimientos puedan incluirse en otra de las “causas de ausencia de acción”. En otras palabras, conviene dilucidar si la “mediación de la personalidad” que se detecta en estos movimientos es suficiente para calificarlos de acción o no. Ello puede hacerse desde una perspectiva puramente ontológica (o *pretendidamente* ontológica). Tal es el proceder, por ejemplo, de *Stratenwerth*, quien acaba concluyendo que los actos en cortocircuito, al igual que los automatismos, son acciones, dado que en los mismos se da una “conducción inconsciente” (36). Sin embargo, su propuesta no resulta convincente. Por un lado, amplía la cabida del concepto de acción mucho más allá de lo que permite la noción de finalidad, de la que él mismo parte; ciertamente, en la conducción inconsciente no parecen darse ni por asomo los elementos característicos del “ejercicio de actividad final” (37). Por otro lado, tampoco se justifica suficientemente tal ampliación desde perspectivas “extra-ontológicas”, con lo que la misma, además de incoherente, resulta, en buena medida, arbitraria (38). Con todo, el caso de *Stratenwerth* no es excepcional. Similares dificultades han de afrontar los defensores de otras tesis en torno al concepto de acción, pues éstas, elaboradas sobre la base del modelo ideal de acción humana, hallan no pocos problemas para englobar estos casos límite. Por todo ello, parece mucho más explicativa (y, consiguientemente, más útil y acertada) la concepción que parte de considerar que finalidad, voluntariedad y consciencia no son conceptos alternativos, sino tipológicos (39). Esto es, en otras palabras, que no existe una frontera, una marca clara, un salto cualitativo a partir del cual pueda afirmarse su concurrencia, negándola para los supuestos situados más abajo, sino que, más bien, se da una línea continua ascendente. A este respecto, ha podido señalarse que una finalidad incipiente existe incluso en los actos reflejos, en los que se constatan en ocasiones fenómenos de “adaptación regulativa” (40). Así las cosas, la cuestión no es ya cuando hay voluntariedad, finalidad, consciencia, sino más bien qué grado de las mismas se precisa para afirmar la concurrencia de una acción en sentido jurídico-penal. La decisión variará según que

sonalidad resulta o no suficiente para incluir tales procesos entre las acciones. Pero, de todos modos, parece posible excluir su naturaleza de reflejos (en tal sentido LENCKNER, en *Schönke/Schröder*, 23. ed., núm. marg. 40, previo a los §§13 y ss.).

(36) STRATENWERTH. *Unbewußte Finalität?*, en “Festschrift für H. Welzel zum 70. Geburtstag, Berlín, 1974, pp. 289-305, pp. 301-302.

(37) Cfr. la exposición de WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 11. ed., Berlín, 1969, p. 34: anticipación del fin, elección de los medios, consideración de las consecuencias accesorias...

(38) Cfr., además, las críticas de CEREZO MIR, *Curso*, 3. ed., p. 279, nota 91.

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

(40) SCHEWE, *Reflexbewegung*, p. 68.

se tome como punto de partida el modelo ideal (reflexivo) de acción humana, excluyendo la acción tan pronto como desaparece alguno de los rasgos propios del mismo (41); o que se parta del extremo contrario, afirmandose la concurrencia de una acción desde el momento en que se detecta algún indicio de los elementos característicos de la misma (42). La adopción de uno u otro punto de vista variará, naturalmente, según los enfoques de las diversas ciencias. Aquí, pues, no se trata de concluir de modo absoluto(-ontológico) si los actos impulsivos o en cortocircuito son acciones, sino, más modestamente, de si la decisión sobre los límites del concepto de acción —adoptada desde una perspectiva jurídico-penal— los deja dentro o fuera de aquél (43). Tal decisión reviste naturaleza normativa: no aparece en la forma de un juicio descriptivo, empírico, sino adscriptivo, de imputación (44). Criterio rector de un juicio de adscripción así configurado es la función del concepto de acción en el seno del sistema de la teoría del delito, en general, y en la categoría de la antijuricidad, en particular.

9. En el seno del sistema, el nivel de la acción cumple la función de establecer las condiciones mínimas de los tipos de injusto, señalando qué procesos es posible prohibir por ser asimismo posible dirigirlos en otro sentido mediante la motivación normativa. Esto significa que nos hallamos ante una acción en sentido jurídico-penal desde el momento en que no se puede descartar la posibilidad de una incidencia de las directrices de las normas sobre el hecho. Tales consideraciones muestran cómo, pese a que la decisión sobre el concepto de acción tiene un tenor normativo, tampoco puede prescindirse de la materia ontológica (45). Esta, como ya se ha apuntado en alguna otra ocasión, opera produciendo una suerte de "vinculación negativa": no decide, por supuesto, qué es acción, pero sí deja claro qué es lo que no puede serlo en absoluto; en otras palabras, establece el marco en el que ha de tener lugar la decisión normativa (46). Presupuesto ontológico de la atribución del carácter de acción a los actos impulsivos es la existencia de una posibilidad *actual* de inhibición por vía *interna, motivatoria*, del impulso (por re-

(41) Algo así es perceptible en la Jurisprudencia española.

(42) Sobre ambas posturas, SCHEWE, *Reflexbewegung*, pp. 68 y ss.

(43) Planteando el tema como problemático, y sin pronunciarse, BACIGALUPO, *Principios de Derecho penal español*, II. El hecho punible, Madrid, 1985, p. 42.

(44) Sobre la forma en que se configura el "juicio de acción" (como juicio de imputación de la cualidad de acción a un proceso) es fundamental el trabajo de HRUSCHKA, *Strukturen der Zurechnung*, Berlín, 1976, pp. 5 y ss. Por mi parte, he desarrollado la línea apuntada en el texto en SILVA SÁNCHEZ, *El delito*, pp. 124 y ss. Otra vía es la seguida por GIMBERNAT ORDEIG, ADPCP, 1987, pp. 583 y ss., 604 y ss.

(45) Cfr. SCHEWE, *Reflexbewegung*, pp. 58 y 59, quien cita al propio Mezger en el sentido de sentar diferencia entre acción y no-acción ha de fijarse jurídicamente, si bien en términos "adecuados a la materia".

(46) Cfr. sobre esta orientación metodológica SILVA SÁNCHEZ, *El delito*, pp. 15-16 y autores allí citados.

mota que ésta sea). Si la posibilidad no fuera actual, sino previa, entonces podríamos encontrarnos ante una estructura de *actio libera in causa*; ésta, sin embargo, no convertiría al proceso examinado en acción, sino que, simplemente, afirmaría (en los términos de la doctrina dominante) la existencia de una acción en un momento anterior, acción a la que podría conectarse (dados los demás requisitos) un hecho antijurídico y culpable. Por otro lado, si la inhibición no pudiera tener lugar por vía interna, sino sólo por vía externa (desarrollando un movimiento corporal de signo contrario al impulso), tampoco merecería el calificativo de acción el impulso en sí, sino ese otro movimiento corporal de contención (cuya no realización podría ser constitutiva —dados los demás requisitos— de una realización típica omisiva).

10. Esta “vinculación negativa” de la materia puede poner freno a algún exceso *funcionalista*. Así, por ejemplo, al que, a mi juicio, tiene lugar en las consecuencias que *Schünemann* extrae de su concepto de acción como “movimiento corporal dominable”. En efecto, según entiende este autor, tal concepto permitiría incluir en el concepto jurídico-penal de acción algunos actos reflejos, concretamente los que resultan “dominables” (47). Y, sin embargo, tal conclusión, con independencia de que pueda responder a un malentendido en relación con la estructura de esas situaciones (48), resulta vetada por la propia materia ontológica, según la cual los reflejos son básicamente causales (49) y, por ello, en sí mismos inaccesibles a la motivación. En los actos impulsivos o en cortocircuito las cosas son diferentes. Ello porque, como ya hemos indicado, en los mismos, pese a la rapidez y a la reducción del nivel de consciencia, se abandona claramente el nivel de las meras reacciones causales-fisiológicas para entrarse en las capas (por profundas que éstas sean) de la personalidad (50). La personalidad es, sin embargo, el ámbito de la motivación. Así, si, al fin y al cabo, los actos impulsivos resultan ser el producto de una motivación (que, con exclusión de las representaciones contrarias, se plasma en acción) cabe pensar con fundamento en la eventual eficacia (por remota que sea la posibilidad) de una “contramotivación” normativa que el sujeto podría actualizar en el mo-

(47) SCHÜNEMANN, *Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger Kommentars und des Wiener Kommentars*, 1, Teil, Tatbestands- und Unrechtslehre, GA, 1985, pp. 341-380, p. 346-347; JAKOBS, *Die juristische Perspektive zum Aussagewert der Handlungsanalyse einer Tat*, Berlín, 1983, pp. 21-32, p. 26, parece incurrir en lo mismo al apuntar que “lo evitable describe el objeto de las normas”, pues también los resultados de algunos reflejos son evitables. Sin embargo, la concreción de esta noción en su *Strafrecht*, AT, Berlín, 1983, p. 122, núm. marg. 37, despeja toda duda, al distinguir entre lo que puede evitarse por vía externa e interna.

(48) Cfr. mi crítica en SILVA SÁNCHEZ, *Revista de revistas*, ADPCP, 1987, pp. 537-548, p. 538-539.

(49) La “adaptación regulativa” no es más que una anécdota dentro del carácter esencialmente causal de los mismos.

(50) SCHEWE, *Reflexbewegung*, p. 47.

mento del impulso. Y si una contramotivación es posible, entonces estos actos son acciones. A tal conclusión sólo podría oponerse la afirmación tajante de que es del todo imposible una inhibición actual por vía interna de los impulsos o tendencias instintivas. Pero son pocos quienes esto sostienen; y, paradójicamente, aun éstos afirman el carácter de acción de los “actos en cortocircuito” (51).

11. La conclusión relativa a la inclusión de los actos impulsivos o en cortocircuito en el concepto jurídico-penal de acción no puede combatirse apelando a lo insatisfactorio de sus consecuencias político-criminales. En efecto, difícilmente pueden advertirse repercusiones negativas. Tal inclusión no supone perjuicio alguno en cuanto a una atribución de responsabilidad al sujeto: el nivel sistemático de la acción no constituye sino el primero de los “filtros” con que la teoría del delito contempla cualquier proceso pretendidamente lesivo de bienes jurídicos; de modo que los inconvenientes derivados de una supuesta “ampliación” en este primer nivel pueden corregirse en los sucesivos (52). Pero es que, además, otras consecuencias —intrasistemáticas— que tendrían lugar en el caso de que el impulso (que hemos caracterizado como acción) se estimara asimismo típico y no justificado, no sólo no resultan negativas, sino decididamente positivas. Así, la posibilidad de reaccionar en *legítima defensa* frente al impulso, o la de imponer *medidas de seguridad* al sujeto que realiza el acto impulsivo, o la de obtener un pronunciamiento de *responsabilidad civil* en favor del perjudicado por el hecho impulsivo en el propio proceso penal, resultan del todo satisfactorias y, más bien, constituyen nuevos argumentos en favor de considerar a los actos impulsivos “acciones” a los efectos del Derecho penal. Su inclusión entre las “causas de ausencia de acción” vetaría, en cambio, la incidencia de las tres instituciones mencionadas que, sin duda, se muestran como elementos que contribuyen de modo decisivo a la razonable solución del conflicto suscitado. A continuación, se expondrá brevemente como tiene lugar todo ello.

a) Pese a no ser unánime (53), sí parece posible calificar de “dominante” a la tesis de que sólo cabe reaccionar en legítima defensa contra hechos constitutivos de “acción”, dado que únicamente éstos pueden estimarse propiamente “agresiones” y llegar a ser “ilegítimos” (antijurídicos) (54). Eso significa que no cabe legítima defensa contra actos

(51) Cfr. por ejemplo MAURACH, *Tratado de Derecho penal* (trad. Córdoba Roda), Barcelona, 1962, I, p. 215, quien, pese a entender que “el agente carece de la posibilidad de movilizar contramotivaciones inhibitorias del comportamiento”, concluye que hay acción.

(52) Así, SCHEWE, *Reflexbewegung*, p. 76.

(53) Sobre el sector doctrinal que admite legítima defensa frente a “agresiones” en ausencia de acción, cfr. LUZÓN PEÑA, *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, Barcelona, 1978, pp. 141-142, citando a numerosos autores, desde *Binding* y *von Bar* hasta *Baumann* y *Welzel*.

(54) Así, LUZÓN PEÑA, *Aspectos*, pp. 142 y ss.

reflejos y que, del mismo modo, no cabría contra los actos en cortocircuito si los mismos se estimaran incursos en las “causas de ausencia de acción”. En el caso de los actos reflejos, la solución es comprensible: el sujeto activo parece tan ajeno al proceso agresivo como quien lo sufre; de ahí que resulte lógico someter cualquier reacción “defensiva” que se produzca, recayendo sobre el individuo de cuyo cuerpo partió el reflejo, al principio de proporcionalidad, es decir, a las reglas del estado de necesidad (55). En los actos impulsivos, no obstante, y sin caer en una argumentación circular (56), las cosas parecen algo diferentes. En efecto, resulta muy difícil no advertir una “agresión” en un hecho lesivo que tiene su origen en un “modo de ser” (es “manifestación de personalidad”), aunque se trate de algo innato, y que, en esa medida, no es ajeno a la individualidad (como sucede en los reflejos), sino que constituye una expresión directa de la misma. Por ello, en el reflejo el sujeto pasivo no tiene por qué sentirse “negado”, “agraviado”. En cambio, tal agravio, tal negación de la propia personalidad por la del otro, tal “injuria” se hace patente en el caso de los impulsos (de modo potencial, pues es preciso que los mismos resulten típicos y que no les ampare ninguna causa de justificación). Precisamente por todo ello, no parece adecuado someter la reacción que eventualmente se produzca a la limitación estricta del principio de proporcionalidad. Pero además debe añadirse que la enorme rapidez de los impulsos exige una velocidad asimismo excepcional en la reacción, de manera que un sometimiento de la misma al estricto principio de proporcionalidad (difícil de respetar en situaciones de urgencia en la respuesta) implicaría su práctico bloqueo. En conclusión, pues, todo hace pensar en lo ajustado de permitir una reacción en legítima defensa (57).

b) Si hay algo que a lo largo de esta exposición debe haber quedado claro, esto es la existencia de un cierto consenso entre los especialistas en cuanto a que las reacciones impulsivas son producto de una determinada configuración de la personalidad. Una personalidad que,

(55) Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *Sobre el estado de necesidad en Derecho penal español*, ADPCP, 1982, pp. 663-690, p. 673. Ya antes, LUZÓN PEÑA, *Aspectos*, pp. 147-148. Hay que señalar que a Luzón Peña la solución del estado de necesidad le parece insuficiente para estos casos, por lo que en su día propugnó la regulación en nuestro Derecho de la institución del “estado de necesidad defensivo” (228 BGB, Código civil alemán), que permite la causación de un mal mayor, aunque no desproporcionadamente mayor, que el que amenaza (*Aspectos*, p. 148 y nota 99). Con posterioridad, Luzón ha pasado a entender que tal regulación legal no es imprescindible, resultando posible una aplicación del “estado de necesidad defensivo” como eximente suprallegal por analogía con la legítima defensa y el estado de necesidad (cfr. al respecto LUZÓN PEÑA, *Legítima defensa y estado de necesidad defensivo*, en “Comentarios a la legislación penal” (Cobo, Dir.), tomo V, vol. 1.º, Madrid, 1985, pp. 223-270, p. 232).

(56) Que consistiría en alegar que debe caber la legítima defensa contra ellos porque son acciones, y que son acciones porque es preciso que se pueda reaccionar frente a ellos en legítima defensa.

(57) Con las restricciones debidas en atención a la peculiaridad de la agresión.

en ocasiones, por su excesiva agresividad, por ejemplo, cabe calificar cumplidamente de peligrosa, lo que haría conveniente que se le pudieran aplicar *medidas de seguridad* o corrección. Ahora bien, las medidas de seguridad exigen, según convicción doctrinal asentada (58), además de la peligrosidad del sujeto, la previa comisión por el mismo de un hecho calificado por la ley como delito (en el sentido de hecho penalmente antijurídico), lo que presupone necesariamente que dicho sujeto haya realizado una acción. Si los actos en cortocircuito no se estimaran acciones, quedaría excluida *ab initio* la posibilidad de calificarlos como hechos antijurídicos y, por tanto, de aplicarles una medida de seguridad a los sujetos que los realizan. Y, sin embargo, dicha aplicación puede constituir un mecanismo importante de la solución del conflicto (por ejemplo, en términos de prevención-integración) y de la prevención especial de hechos futuros del mismo tenor. Lo más satisfactorio sería, pues, estimar que en estos supuestos hay acción y desplazar el análisis del carácter "impulsivo" del hecho al nivel sistemático de la culpabilidad (59).

c) Tan importante como las dos cuestiones anteriores es la relativa a la responsabilidad civil derivada de delito. Ella pone de relieve cómo la tesis que niega la concurrencia de una acción en los hechos impulsivos, que no resulta dogmáticamente convincente, tampoco es correcta desde la óptica de una jurisprudencia de intereses atenta a la resolución puntual y equitativa de los conflictos sociales. Dicha postura pone de relieve un desprecio por la situación jurídica de la víctima, sujeto pasivo o mero perjudicado por el hecho en cortocircuito, que, una vez sufrido el daño, para obtener una indemnización se vería obligado a presentar la correspondiente demanda civil e incoar un nuevo proceso largo y costoso (psíquica y económicamente). En efecto, como es sabido, constituye una de las peculiaridades de nuestro proceso penal (60) que el juez

(58) Que, por este motivo, se muestra crítica en extremo con las medidas de seguridad predelictuales. Sobre el tema, desde perspectivas constitucionales, cfr. STC 27, noviembre de 1985, 14 de febrero de 1986 o 19 de febrero de 1987. Recientemente MORALES PRATS-GARCÍA ALBERO, *Doctrina del Tribunal Constitucional sobre medidas de seguridad. ¿Requiem por la Ley de Religiosidad y Rehabilitación Social?*, en la Ley n.º 2697, 8 de marzo de 1881, pp. 1-6.

(59) Hay que señalar que estas consideraciones sobre la posibilidad de aplicar medidas de seguridad a los autores de "actos en cortocircuito" se realizan en un plano teórico-general, sin ceñirnos a la situación que se da en el Derecho español vigente. En éste, en efecto, y partiendo de una eventual ubicación de los "actos en cortocircuito" en el transitorio mental transitorio (lo que habrá que analizar más adelante) no resulta posible una imposición en medidas, pues éstas se hallan previstas tan sólo para el caso del enajenado, cuya concurrencia en estos casos no parece probable (cfr. art. 8, 1.º, párr. II y ss., CP). Vid., en cambio, en el Derecho alemán, la regulación de las medidas en el §63 StGB y su acogida de todos los supuestos de inimputabilidad del §20 StGB, incluida la "tiefgreifende Bewußtseinsstörung", en la que se incluyen los casos de "Affekt", entre los que suelen contarse (por la doctrina alemana) los que aquí nos ocupan.

(60) Que no se da del mismo modo en Alemania, por ejemplo, donde el "Adhäsionsverfahren" sigue estando hasta hoy prácticamente inutilizado, aunque la *OpferschutzG*,

que dicta sentencia se pronuncie en la misma asimismo sobre la cantidad que corresponde entregar a la víctima a título de responsabilidad civil derivada de delito. Ello sucede en las sentencias condenatorias, naturalmente siempre que quepa advertir un perjuicio susceptible de ser indemnizado, y también puede tener lugar en sentencias absolutorias. Sin embargo, en estas últimas sólo en los supuestos establecidos en el artículo 20 CP; es decir, siempre que el fundamento de la exención de responsabilidad criminal sea la enajenación mental, el trastorno mental transitorio, la alteración de la percepción, la minoría de edad, el estado de necesidad o el miedo insuperable del autor. En el caso de que la sentencia absolutoria dictada por el juez tenga distinto fundamento, no podrá incluir un pronunciamiento de responsabilidad civil y la víctima que desee obtener un resarcimiento habrá de interponer la correspondiente demanda civil. Algo que sucederá inevitablemente en el caso de los actos en cortocircuito si el Tribunal penal estima que en ellos falta la acción. Afortunadamente, es jurisprudencia unánime la que entiende que las sentencias absolutorias dictadas en la jurisdicción penal, con la única excepción de que se haya declarado la inexistencia del hecho enjuiciado, no vinculan a los Tribunales de la jurisdicción civil ni prejuzgan la valoración que de los hechos puedan hacer éstos (61). Apuntado lo anterior, también hay que señalar que la exigencia de que el hecho causante del daño —y fuente de la responsabilidad civil— revista carácter de “acción” es común en la doctrina civilista relativa a la responsabilidad civil extracontractual (62). Dicho concepto de acción del Derecho civil de daños, que excluye los actos reflejos como posible base de un ilícito civil extracontractual (63), abarca, sin embargo, los automatismos (64) y los movimientos impulsivos de defensa (65). Así, es de espe-

de 18 de diciembre de 1986, trata de potenciarlo. Cfr. sobre esto ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, 20. ed., München, 1987, pp. 392 y ss.

(61) Así ya STS de 5 de marzo de 1956; 9 de febrero de 1960; 14 de diciembre de 1962; 12 de mayo de 1981; 30 de diciembre de 1981 (A. 5357), ponente Sr. De la Vega Benayas; 1 de julio de 1983 (A. 4066), ponente Sr. Pérez Gimeno; 7 de noviembre de 1985 (A. 5515), ponente Sr. Sánchez Jáuregui, y 2 de noviembre de 1987 (Rep. La Ley-8166), ponente Sr. Serena Velloso; todas ellas de la Sala I.

(62) Cfr. ya la primera edición de SANTOS BRIZ, *La responsabilidad civil. Derecho sustantivo y Derecho procesal*, Madrid, 1970, p. 22 (también la 4. ed., Madrid, 1986, p. 26); DEUTSCH, *Haftungsrecht*, I, Allgemeine Lehren, Köln, 1976, p. 120; FIKENTSCHER, *Schuldrecht*, 7. ed., Berlín, 1985, pp. 712-713; HÜBNER, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches*, Berlín, 1985, p. 254. También en el Derecho anglosajón: cfr. CLERK & LINDSELL, *On Torts*, 15. ed., London, 1982, capít. 1.º, núm. 68, que asimismo cita el “act” como elemento general del “wrongdoing”. En la jurisprudencia española, cfr., por ejemplo, STS (Sala I.) de 25 de enero de 1984 (A. 383), ponente Sr. Fernández Martín-Granizo.

(63) DEUTSCH, *Haftungsrecht*, p. 122.

(64) SANTOS BRIZ, *La responsabilidad civil*, 1. ed., p. 22, nota 19.

(65) Cfr. DEUTSCH, *Haftungsrecht*, p. 122, y su referencia al caso en que un individuo, en el marco general de una discusión en un baile de máscaras, le toca a otro el brazo por

rar que un Tribunal civil que hubiera de afrontar la resolución de un caso como los citados más arriba lo hiciera apreciando un ilícito civil y condenando a su autor a la correspondiente indemnización. La cuestión es, entonces, si no habría sido más sencillo que el Tribunal penal adoptara la solución que, teniendo en cuenta al autor y su circunstancia para no sancionarle, también atiende a la víctima y a su interés en un resarcimiento del daño lo más rápido y menos costoso posible. En otras palabras, si no debería optarse por la solución dogmática que, además de ser teóricamente satisfactoria, también resulta serlo en el plano práctico, al posibilitar una atención a las dos partes del conflicto: concretamente, la de analizar la trascendencia de los actos impulsivos en el nivel sistemático de la culpabilidad.

12. La idea de que los actos en cortocircuito constituyen un problema, en definitiva, de culpabilidad ha sido mencionado ya por diversos autores (66), aunque sin explicitar demasiado las razones de tal propuesta ni los términos en que se concreta. Procede, pues, profundizar algo más en la misma. Sin embargo, antes conviene efectuar alguna otra puntualización. En efecto, de la afirmación de que los actos impulsivos son acción no se desprende sin más su traslado —como problema— al ámbito sistemático de la culpabilidad. Antes debe probarse que realizan un tipo (en lo objetivo y en lo subjetivo) y que no están justificados. Ahora bien, las relativas a la realización de la parte objetiva de un tipo y a la justificación son cuestiones, a mi entender, generales y que, como tales, no se ven afectadas por el carácter de "cortocircuito" del hecho (67). En cambio, sí merece probablemente discutirse, en el plano del tipo subjetivo, y desde luego se ha discutido de modo específico, si en los actos impulsivos cabe hablar de dolo o se trata siempre de hechos, a lo sumo, imprudentes. La cuestión no es, ciertamente, la de si hay dolo en relación con el hecho más grave efectivamente producido, cosa dudosa y, en todo caso, a decidir en particular para cada supuesto, sino la de si cabe apreciar en estos actos la existencia de "algún" dolo típico, esto es, de dolo en relación con algún tipo penal.

13. Como es sabido, el dolo se define como "conocer (a lo que tradicionalmente se viene añadiendo el 'querer') la realización de un tipo penal" (68). Ahora bien, sentado esto como primera premisa, también

detrás, y éste golpea hacia atrás con el puño de modo que el primero recibe un impacto en el ojo que obliga a su extirpación.

(66) Cfr., a modo de ejemplo, MEZGER, *Tratado*, I, 2. ed., pp. 213-214; MAURACH, *Tratado*, I, p. 215: la atribuibilidad; SCHEWE, *Reflexbewegung*, p. 30.

(67) A lo sumo podrían plantearse algunas cuestiones en cuanto a la previsibilidad del resultado efectivamente producido, pero que, en fin, no afectan a la cuestión de la tipicidad genérica, sino a la de qué tipo concreto se imputa.

(68) Cfr. §16 StGB. Sostienen convincentemente la concepción cognoscitiva del dolo, que comparto, aunque no puedo entrar aquí en su defensa: JAKOBS, AT, p. 214, núm. marg. 8; HRUSCHKA, *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode*, Berlín, 1983, pp. 425 y ss.; FRISCH, W., *Vorsatz und Risiko*, Köln, 1983, pp. 255 y ss.; entre otros.

es comúnmente aceptado que el elemento cognoscitivo (al igual que el volitivo o emocional, para quienes admiten su inclusión en el dolo) puede mostrar muy diversos niveles de intensidad (69), siendo, por tanto, susceptible de una graduación. Sobre este tema existe ya hace tiempo un significativo debate científico que se ocupa de las formas menos intensas de conocimiento actual de los elementos típicos, habiéndose desarrollado concepciones de tanta relevancia como la del “*Mitbewußtsein*”, de *Platzgummer* o la del “*sachgedankliches Tatbewußtsein*”, de *Schmidhäuser* que tienen por objeto aspectos distintos del problema (70). Así pues, la cuestión es aquí, por un lado, determinar qué base psíquica debe concurrir como mínimo para que quepa imputar la existencia de dolo (71); y, por otro lado, analizar si ese mínimo requerido puede darse en los supuestos de actos en cortocircuito. Un planteamiento de las cosas en estos términos parece que se resiste a soluciones categóricas. De ahí que resulte algo simplista la postura de *Schewe*, quien, pese a afirmar que en estos casos es más que dudoso que el sujeto se haya representado algo, entiende que hay dolo por constatarse una “finalidad externa”, una dirección externa del proceso (72). Pero también lo es, en el otro extremo, la de *Stratenwerth*, quien insiste en la necesidad de que el sujeto tenga una conciencia de la realización típica (aunque sea marginal, señala) pero no ofrece vía alguna para que la misma pueda concurrir en estos casos (73). Lo cierto es que, a partir del fundamento de la sanción por delito doloso, se concluye razonablemente que el contenido mínimo del dolo se halla en una rápida representación del objeto en imágenes (esto es, “*sachgedanklich*” (74) sin necesidad de que tal aprehensión se procese a través del lenguaje (“*sprachgedanklich*”) (75). Pues bien, una mínima representación de esta índole sí parece posible que tenga lugar en los actos en cortocircuito. En éstos, a

(69) Cfr. por todos CRAMER, en *Schönke/Schröder*, 23. ed., §15, núm. marg. 60.

(70) Una muy buena exposición del estado de la cuestión en este punto se halla en OTTO, *Grundkurs*, 3. ed., pp. 82 y ss. Ultimamente de modo crítico, FRISH W., *Vorsatz und Mitbewußtsein — Strukturen des Vorsatzes*, en *Gedächtnis schrift für Armin Kaufmann*, 1989, pp. 311-350.

(71) El concepto de dolo es un concepto funcional: así, FRISCH, W., *Vorsatz und Risiko*, pássim. Creo, pues, que el dolo no se constata, que su afirmación no se produce en un juicio empírico, ontológico, sino que se imputa a una realidad psicológica dada, en general conocida de modo solamente indirecto o indiciario. Por su parte, el TS (en STS de 3 de febrero de 1987, por ejemplo) ha señalado que “la afirmación o negación del dolo es un juicio de valor plenamente revisable en casación”.

(72) Pese a que no vaya acompañada de una “vivencia subjetiva interna”: SCHEWE, *Reflexbewegung*, pp. 90 y ss.; EL MISMO, *Wille und Freiheit- juristisch und medizinisch-psychologische Aspekte*, en Gerschow (ed.), *Zur Handlungsanalyse einer Tat*, Berlín, 1983, pp. 1-19, pp. 8-9.

(73) STRATENWERTH, *Welzel-FS*, pp. 304-305.

(74) Sobre el sentido de esta expresión, SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht AT*, Studienbuch, 1. ed., Tbingen, 1982, capit. 7, núms. marg. 65-66.

(75) Cfr. FRISCH, W., *Vorsatz*, pp. 176, 190-191; JAKOBS, AT, p. 216, núm. marg. 13.

diferencia de las reacciones explosivas puras, se considera que no suele producirse una "descarga motriz elemental inmediata", sino "una construcción con sentido de estímulo-reacción, una acción ya relativamente ordenada y dirigida a fin", por mucho que resulte acrítica y no guarde relación con las restantes formas de comportamiento del autor (76). En efecto, en tales movimientos suelen poderse advertir estructuras de agresión, defensa (desproporcionada», retorsión, etc., que muestran una significativa orientación de la violencia hacia el objeto: el cuerpo de otra persona, por ejemplo. Todo ello permite posiblemente hablar de que en los mismos pueda darse un hecho doloso (77). Ahora bien, asimismo debe dejarse abierta la posibilidad de que en algún caso falte la propia representación de la creación de un riesgo y, con ello, el dolo (78).

14. En todo caso, ya quepa hablar de una tipicidad dolosa, ya de una culposa, los actos en cortocircuito superan este nivel sistemático (79) y afrontan, como antes apuntábamos, la cuestión de si en los mismos hay culpabilidad. Que la problemática de tales actos se resuelva aquí tiene en parte que ver con la gran relación existente entre teoría de la acción y teoría de la culpabilidad (80). La acción —señalábamos al principio— requiere "motivabilidad" del sujeto, esto es, posibilidad de incidencia de las normas en la génesis del hecho (pues si falta esto, el hecho no puede ser prohibido). La culpabilidad, en cambio, es, según entendemos, "capacidad de motivación normal" (81). Y si bien en los actos en cortocircuito parece existir una posibilidad de motivación, también parece obvio que la misma no es "normal". En ellos, en efecto, no cabe hablar de "normalidad motivacional", porque resultan innegables las interferencias que, en el momento del impulso, han de soportar las directivas de las normas primarias para hacerse presentes y prevalecer en la motivación del sujeto. Sentado esto, el paso siguiente es ubicar tales supuestos en una causa concreta de exclusión de la culpabilidad, o, más atinadamente, de inimputabilidad. Sin embargo, el acto impulsivo puede tener un diverso origen en el plano biológico-psiquiátrico, lo que habría de conducir a pensar en diferentes posibilidades de encuadramiento sistemático del mismo en el ámbito de la inimputabilidad (82).

(76) Cfr. WITTER, *Grundriß der gerichtlichen Psychologie und Psychiatrie*, Berlín, 1970, p. 117.

(77) Otra cosa es —debe insistirse— que quepa imputar a título de dolo el resultado concretamente producido.

(78) Sobre esta posibilidad, FRISCH, W., *Vorsatz und Risiko*, p. 209.

(79) Naturalmente, debe reiterarse que este juicio puede resultar matizado en función de las circunstancias específicas de un caso; así, por ejemplo, el comentado por mí en ADPCP, 1986. Cfr. concretamente pp. 931 y ss.

(80) Cfr. BACIGALUPO, *Principios*, II, pp. 42-43.

(81) MIR PUIG, PG, 3. ed., pp. 586 y ss.

(82) Cfr., sobre las posibles situaciones patológicas, WEIL, F., *Irresistible Impulse: Psychiatric Viewpoint*, en "Medicine and Law" 1989 (8), pp. 463-469, especialmente pp. 465-466.

Con todo, resulta obvio que la “enajenación” (art. 8, 1.º, CP) no es la principal de ellas. En efecto, aunque cabe que el actuar impulsivo tenga como base una enfermedad mental en sentido estricto (psicosis, por ejemplo), no es desde luego lo más frecuente que en el origen del acto en cortocircuito se encuentre una tal enfermedad (83). Más frecuente puede ser quizá el caso de una psicopatía subyacente. Como apunta *Gómez Benítez*, los psicópatas impulsivos se caracterizan “por la facilidad con que llegan a caer en reacciones violentas, por su tendencia a las reacciones en cortocircuito” (84). Sin embargo, también es evidente que no siempre —en realidad, muy pocas veces— cabe advertir en el acto en cortocircuito una base caracterológica de esa naturaleza (85). De ahí que el lugar más adecuado para examinar en el plano de la culpabilidad la problemática planteada por los actos instintivos o impulsivos sea la exigente de trastorno mental transitorio (art. 8, 1.º segunda parte CP). Esta, en efecto, por un lado no exige un fondo patológico como requisito de la exención. Sin embargo, por otro lado, admite la posibilidad de su concurrencia (86), contemplando perfectamente en todo caso esa

(83) Cfr. WEIL, F., *Medicine and Law 1989* (8), p. 465, indicando claramente que, junto a los casos de enfermedad mental, el desorden en el control del impulso puede tener su origen en desórdenes mentales no atribuibles a psicosis, mencionando las conductas agresivas (explosivas) que presentan sujetos muy sensibles y medrosos, los casos de exhibicionismo compulsivo, así como la piromanía, cleptomanía o juego compulsivo. Un caso en el que es la enfermedad mental (neurosis) la que constituye el sustrato del acto impulsivo lo examina a STS de 14 de abril de 1989, ponente Sr. Moyna Ménguez (Rep. La Ley 9.853). En ella se analiza el comportamiento de un sujeto que realizó tocamientos a una niña, señalándose que “padece una neurosis sexual obsesiva que le impulsa a realizar tales actos con niños o niñas, sin llegar a la cópula, si bien en todo momento es conocedor de su desviación afectiva, impulso que disminuye sus mecanismos de autocontrol. Sólo a partir de fecha reciente se ha sometido a tratamiento médico”. La Sala le condena por abusos deshonestos con la exigente incompleta de enajenación mental; pero obsérvese que en el caso cabe apreciar una estructura de actio libera in causa (actio libera in omitendo), aunque su aplicación se vería condicionada por el carácter de propia mano del delito correspondiente. Sobre esta complicada cuestión no es posible obviamente entrar aquí.

(84) DI TULLIO, citado por GÓMEZ BENÍTEZ. *Teoría*, p. 467.

(85) Así, SCHEWE, *Zur Handlungsanalyse*, pp. 12 y 15. Además, debe tenerse en cuenta que tradicionalmente la psicopatía no se ha estimado fundamento suficiente para una plena exención de responsabilidad criminal, dado su carácter de perturbación afectiva. Vid., sin embargo, ALONSO ALAMO, *Observaciones sobre el tratamiento penal de las psicopatías*, en *Criminología y Derecho penal al servicio de la persona*, Libro-homenaje al Prof. Antonio Beristain, San Sebastián, 1989, pp. 447-457, con su conclusión en p. 457, favorable a la inclusión del psicópata profundo entre los enajenados. Son muy importantes, en esta línea, sentencias del Tribunal Supremo como las de 22 de julio 1988 (ponente Sr. García Ancos) y 9 de diciembre de 1988 (ponente Sr. Vivas Marzal), en las que se va asentando una doctrina tendente a ver al psicópata como “enfermo mental” que en algunos casos puede ser plenamente inimputable.

(86) Cfr. STS de 18 de noviembre de 1986, 22 de octubre de 1987 (ponente Sr. Vivas Marzal) y 5 de abril de 1988 (ponente Sr. Jiménez Villarejo).

momentánea anormalidad motivacional que caracteriza a los actos que nos ocupan (87).

15. Una última cuestión es la de decidir en qué casos de los que nos ocupan procederá la aplicación de la eximente incompleta y en cuáles la incompleta (art. 9, 1.º) o incluso la atenuante de arrebató, obcecación u otros estados pasionales (art. 9.º 8.º) (88). A este respecto, parece compartible la tesis de *Gómez Benítez*, con significativo apoyo en la redacción legal, de que la atenuante debe quedar para casos de personalidades normales y reacciones proporcionadas al estímulo (89). En cambio, la eximente exigiría una base caracterológica anormal (de la naturaleza que sea) y una reacción desproporcionada. Una vez constatado esto, su apreciación como completa o incompleta se hallará, evidentemente, en función del grado de anormalidad alcanzado en cuanto a la capacidad de motivación (90).

(87) En Alemania dicho lugar viene constituido por la "tiefgreifende Bewußtseinsströng" del §20 StGB. Este precepto contempla, junto a los hechos que aquí especialmente interesan, como casos límite con la ausencia de acción, también —y sobre todo— los hechos propiamente emocionales, en los que una persona, en principio sana, pasa a encontrarse, por diversas vivencias o una cierta predisposición, en una situación "afectiva" excepcional. Así, por ejemplo, los casos de "Affekt", caracterizados por la existencia de un conflicto-base, a lo largo del cual el sujeto va perdiendo progresivamente la capacidad de dominio, hasta el estallido que a veces tiene lugar de modo casual. Cfr. al respecto KRÜMPELMANN, *Motivation und Handlung im Affekt*, Welzel-FS, pp. 327-341, pp. 334, 338; sobre los problemas que se dan, también LENCKNER, en *Schönke/Schröder*, 23. ed., §20, núm. marg. 15.

(88) Como reitera recientemente la STS de 9 de julio de 1990, ponente Sr. Ruiz Vardillo (Rep. La Ley 13.225-R), el límite superior de la atenuante de arrebató u obcecación (art. 9.8 CP) lo constituye el trastorno mental transitorio completo o incompleto, mientras que el límite inferior se integra por el simple acaloramiento característico de la dinámica comisiva de ciertas infracciones o por el leve aturdimiento que acompaña a otras.

(89) Art. 9, 8.º CP. "... obrar por causas o estímulos tan poderosos que hayan producido arrebató, obcecación u otro estado pasional de semejante entidad".

(90) GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría*, pp. 468-469. Naturalmente, tal exención no obsta a la posibilidad de una imputación en los términos de la doctrina de la "actio libera in causa" (por ejemplo, "actio libera in omittendo" imprudente), que, como antes se ha apuntado, habría que analizar detalladamente. Ciertamente, si el sujeto sabe que en ocasiones obra de modo tan "agresivo" o "sexualmente impulsivo", es lógico que deba adoptar medidas de precaución. Sobre todo ello, KRÜMPELMANN, *Welzel-FS*, p. 341; LENCKNER, en *Schönke/Schröder*, 23. ed., §20, núm. marg. 15.

