

CARLOS GARCÍA VALDÉS
ANTONIO CUERDA RIEZU
MARGARITA MARTÍNEZ ESCAMILLA
RAFAEL ALCÁCER GUIRAO
MARGARITA VALLE MARISCAL DE GANTE
(Coordinadores)

ESTUDIOS PENALES
EN HOMENAJE
A ENRIQUE GIMBERNAT

Tomo I



MADRID
2008

CONSEJO EDITORIAL:

PRESIDENTE:

ODILO FERNÁNDEZ ALONSO
Editor

ASESORES:

Asesor en Derecho Privado:

ARMANDO TORRENT RUIZ
Catedrático de Derecho Romano de la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid

Asesores en Derecho Público:

CARLOS GARCÍA VALDÉS
Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Alcalá

ABEL TÉLLEZ AGUILERA

Doctor en Derecho. Magistrado

Académico correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación

Reservados todos los derechos. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 270 y siguientes del Código Penal vigente, podrán ser castigados con penas de prisión y multa quienes sin la preceptiva autorización de su autor o editor reprodujesen o plagiasen, en todo o en parte, una obra literaria, artística o científica, fijada en cualquier tipo de soporte.

2008 / 5635

**Zentralbibliotheken
der Juristischen Fakultät
der Georg-August-Universität**

© EDISOFER, S. L.

Edita y distribuye:

EDISOFER, S. L.

San Vicente Ferrer, 71

28015 Madrid

Teléfono (91) 521 09 24

Fax (91) 532 28 63

I.S.B.N. (Obra completa): 978-84-96261-49-5

I.S.B.N. (Tomo I): 978-84-96261-50-1

Depósito legal: M. 16.680-2008

Fotocomposición e impresión: Anzos, S. L. - Fuenlabrada (Madrid)



Dogmática jurídico-penal y concepto universal del hecho punible*

Kai AMBOS

En un rompedor artículo publicado en la revista *Zeitschrift für die gesamten Strafrechtswissenschaften* en 1970, Enrique Gimbernat describió en los siguientes términos la razón de ser de la dogmática jurídico-penal:

«Hace posible... al señalar límites y definir conceptos, una aplicación segura y calculable del Derecho penal, hace posible sustraerle a la irracionalidad, a la arbitrariedad y a la improvisación. Cuanto menos desarrollada esté la dogmática, más imprevisible será la decisión de los tribunales, más dependerá del azar y de factores incontrolables la condena o la absolución. Si no se conocen los límites de un tipo penal, si no se ha establecido dogmáticamente su alcance, la punición o impunidad de una conducta no será la actividad ordenada y metódica que debería ser, sino una cuestión de lotería. Y cuanto menor sea el desarrollo dogmático, más lotería, hasta llegar a la más caótica y anárquica aplicación de un Derecho penal del que —por no haber sido objeto de un estudio sistemático y científico— se desconoce su alcance y su límite»¹.

La idea central contenida en esa descripción, relativa a la consecución de la *seguridad jurídica* (y jurídico-penal) a través de la dogmática jurídico-penal puede considerarse como un presupuesto asumido en los sistemas jurídicos desarrollados de los países de Europa continental².

* Traducción del original en alemán e inglés «Strafrechtsdogmatik und universeller Straftatbegriff», realizada por Rafael Alcácer Guirao (Profesor Titular de Derecho penal, Universidad Rey Juan Carlos, Madrid).

¹ E. GIMBERNAT, «Hat die Strafrechtsdogmatik eine Zukunft?», *ZStW*, 82 (1970), pp. 405 ss.

² Cfr. también, por ejemplo, Eb. SCHMIDT, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, 3.ª ed., 1965, p. 148, quien considera que el fin de la ciencia del Derecho penal está «al servicio de la justicia (...) a través del desarrollo de un sistema conceptualmente claro (...) y de la fundamentación de cada teoría en presu-

Dentro de estos sistemas jurídico-penales pueden citarse —como Estados centrales y «pesos pesados» de la dogmática penal europea— a Alemania, Italia y España, así como también —como Estados menores o, desde el punto de vista de la dogmática, jóvenes—, entre otros, a Grecia, Austria, Portugal, Polonia, Suiza y Turquía (en Asia puede mencionarse a Japón y Corea del Sur)³.

Quien haya tenido la oportunidad de estudiar o ejercer el Derecho penal en países europeos del entorno jurídico propio del *civil law* en los que el nivel científico del Derecho penal no es tan elevado, habrá podido apreciar con rapidez las ventajas inherentes a una dogmática jurídico-penal desarrollada y de un pensamiento sistemático alabadas por Gimbernat. Así, por ejemplo, en Latinoamérica los ejemplos de una aplicación del Derecho dogmáticamente incorrecta o —aun peor— arbitraria, son incontables⁴. Y en relación con los Estados Unidos —el ordenamiento jurídico más importante del *common law*— afirma Fletcher que «las estructuras teóricas de la responsabilidad criminal son demasiado débiles para resistir las presiones políticas favorables a la incriminación»⁵. Expresadas sintéticamente, pueden citarse las siguientes ventajas de una dogmática jurídico-penal sistemática⁶:

- Resolución completa y «económica» de los casos.
- Aplicación del Derecho racional, equitativa y diferenciada.
- Más facilidad y mejor aplicabilidad del Derecho.
- Perfeccionamiento creador del Derecho sobre la base del análisis de las relaciones intrasistemáticas (como ejemplo puede citarse el desarrollo del estado de necesidad justificante a partir del estado de necesidad suprapositivo).

puestos filosóficos indiscutidos». «El sistema, dentro del que se ordena cada particularidad bajo conceptos generales más amplios y elevados, sirve al dominio y ordenación de la informe materia jurídica y garantiza con ello al mismo tiempo el avance hacia un método más seguro para el enjuiciamiento práctico de (...) cada caso particular (...)».

³ Una consideración similar se encuentra en FLETCHER, en A. Eser, W. Hassemer y B. Burkhardt (editores), *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende*, 2000, pp. 235 y 237, quien diferencia los distintos ámbitos de influencia alemana: en primer lugar los países católicos de lenguas románicas (España, Portugal, Italia, Latinoamérica), y en segundo lugar, los países con lenguas más complejas (sobre todo Japón, Korea, Grecia, Finlandia, Turquía y Polonia).

⁴ Véase, por ejemplo, la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia peruana de 24 de noviembre de 2004 (R.N. n.º 552-2004-Puno), donde la prohibición de regreso se confunde con el principio de confianza y, peor aún, con conceptos subjetivos como la «buena fe», ausencia de concierto criminal y falta de conocimiento.

⁵ G. FLETCHER, *Buffalo Criminal Law Review*, 1 (1998), pp. 275, 283.

⁶ Vid. ya Eb. SCHMIDT (nota 2). Básico; B. SCHÜNEMANN, «Einführung in das strafrechtliche Systemdenken», en: Schünemann (editor), *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, 1983, pp. 1 ss.; vid. también ROXIN, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 4.ª ed., 2006, § 7 marg. 37 ss.; NAUCKE, *Einführung in das Strafrecht*, 10.ª ed., 2002, § 7 n.m. 1 ss.; desde una perspectiva italiana, cfr. M. DONINI, *Verbrechenslehre*, 2005, pp. 42-43, (el original es *Teoria del reato*, Turin 1999); desde una perspectiva española, E. GIMBERNAT, «Hat die Strafrechtsdogmatik eine Zukunft?», *ZStW*, 82 (1970), p. 405.

- Una mejor identificación de las decisiones valorativas implícitas del sistema jurídico-penal.

En conclusión, un sistema del hecho punible así concebido proporciona una estructura o esquema ordenado que incorpora todos los elementos o componentes necesarios para la valoración como antijurídica y/o culpable de una conducta humana. Por supuesto que a esta perspectiva sistemática le son inherentes ciertos riesgos, tales como desatender las particularidades del caso concreto, o asumir implicaciones político-criminales no deseadas⁷; no obstante, la existencia de estos riesgos no conlleva que el pensamiento sistemático deba ceder ante una perspectiva puramente casuística e inductiva, tal y como es mayoritariamente practicada en el Derecho angloamericano⁸. Independientemente de ello, es preciso plantearse la cuestión relativa a si, y en qué medida, un sistema jurídico-penal conscientemente deductivo y dogmático puede ser también trasladable y desplegar efectividad más allá de las fronteras de su ámbito de influencia a un plano global, en concreto al *common law* angloamericano. A este respecto, la escasa influencia de la dogmática de habla alemana (y con ella la de sus dogmáticas afines) sobre el desarrollo del Derecho penal internacional (material), ya criticada en otro lugar⁹, así como el dominio en absoluto consolidado del pensamiento sistemático en el ámbito del Derecho penal (material) europeo¹⁰ hacen surgir ciertas dudas. Si se parte de la premisa —tal como este autor hace— de que una Parte General universalmente válida debe ser ante todo comprensible y aplicable¹¹, la «casi inabarcable sofisticación y diversificación del instrumental dogmático»¹² —en una palabra, la «hiperdogmatización» [*Überdogmatisierung*] propia de Alemania (y de España o Italia)— puede terminar por resultar contraproducente y —frente a lo afirmado por Gimbernat— dar lugar a una exagerada tendencia hacia la fijación de conceptos, en detrimento de una solución material de los problemas que

⁷ Cfr. ROXIN (nota 6), § 7 marg. 43 y ss.

⁸ En relación con esto habla FLETCHER de un «pensamiento legal plano» («flat legal thinking»). [«The Right and the Reasonable», *Harv. L. Rev.*, 98 (1985), p. 949, reimpreso en Eser y Fletcher (editores), *Justification and Excuse 1*, 1988, p. 67]. Recientemente habla también de una aproximación «holística»: G. FLETCHER, *The Grammar of Criminal Law. American, comparative, international*. Vol. 1: *Foundations*, manuscrito (prevista su aparición en 2007 en OUP), pp. 85 ss.

⁹ K. AMBOS, *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts*, 2.ª ed., 2005, pp. 54 y s.; en español: *La Parte General del Derecho Penal Internacional*, 2006, reimpresión, pp. 49 y s.

¹⁰ Vid. K. AMBOS, *Maastricht Journal of European and Comparative Law* (2005), pp. 12, 173; en español en: *Cuadernos de Política Criminal* (2006), pp. 51 y ss.

¹¹ Cfr. AMBOS, AT, p. 54, con ulteriores referencias; el mismo, PG, (nota 9), p. 49; también, el mismo, «Remarks on the General Part of International Criminal Law», *Journal of International Criminal Justice* 4 (2006), p. 660.

¹² LENCKNER, en Schönke y Schröder, *StGB*, 27.ª ed., 2006, Introducción §§ 13 ss., n.m. 22. SCHÜNEMANN, LH a Roxin, p. 2, se queja igualmente de un «excesivo refinamiento de la dogmática jurídica»; en contra, por ejemplo, ROXIN, Conversación con Thomas Duve, *forum historiae iuris*, 15.5.2006, www.forhistiur.de/zitat/0605duve-roxin.htm, n.m. 20, quien con relación a esta cuestión da expresamente la razón a Gimbernat (n.m. 25).

está llamada a resolver¹³. Sea como fuere, desde la perspectiva de un común sistema europeo, o incluso desde una perspectiva global, se plantean a mi entender algunas cuestiones básicas que quiero abordar a continuación, con la expectativa de que puedan ser del interés del homenajeado.

1. TEORÍA DEL DELITO Y LA CUESTIÓN DEL «SISTEMA»

La única teoría jurídico-penal que, en lo que alcanzo, reivindica derivar conclusiones lógicas de presupuestos teóricos es la escuela finalista. El pensamiento finalista, representado en especial por Hans Welzel¹⁴, lleva necesariamente a un sistema tripartito del delito en el que se distingue entre la vertiente subjetiva del hecho como una parte de la tipicidad, antijuridicidad objetiva y subjetiva, y la culpabilidad entendida en sentido normativo. Esta concepción presupone la exigencia de una acción como punto de partida de la responsabilidad criminal o —más exactamente— de la imputación criminal¹⁵. Y lo que es más importante, desde la perspectiva finalista¹⁶ esa acción humana no constituye sólo un mero acontecimiento naturalístico en el mundo exterior, sino que viene determinado por una intención u propósito surgido de la esfera interna del agente¹⁷. Expresado en otros términos, una acción humana no es sólo una causa objetiva de un determinado efecto o resultado, sino que determina el resultado conseguido y, como tal, posee un elemento mental —un deseo, un propósito, etc.— de que la acción causal dé lugar a un determinado resultado. En este sentido, la acción finalista es «vidente», mientras que un acto causal puro es «ciego»¹⁸. Si uno interpreta la concepción finalista como puramente volitiva —en el sentido del famoso dicho de Welzel de que la «voluntad es la columna vertebral de la acción»¹⁹—,

¹³ GIMBERNAT, *ZStW*, 82 (1970), p. 408.

¹⁴ Vgl. WELZEL, «Studien zum System des Strafrechts», *ZStW*, 58 (1939), pp. 491, 505 ss.; el mismo, *Das neue Bild des Strafrechtssystems*, 4.ª ed., 1961, p. 4; el mismo, *Das deutsche Strafrecht*, 11.ª ed., 1969, pp. 33 ss.

¹⁵ En consecuencia, no puedo coincidir con las críticas de HUSAK hacia la exigencia de acción vertidas en su *Philosophy of Criminal Law*, 1987, pp. 83 ss. De hecho, le objetaría que la acción no puede ser reemplazada por la noción de control (*ibid.*, pp. 97 ss.), pero que el control precede a la acción o, en otras palabras, que la acción presupone el control. Para una —menos convincente— crítica, vid. también A. P. SIMESTER, «On the so-called requirement for voluntary action», *Buff. Crim. L. Rev.*, 1 (1998), pp. 403, 407 ss. Sobre que la falta de voluntariedad impide la concurrencia del hecho típico, es convincente C. FINKELSTEIN, «Involuntary crimes, voluntarily committed», en Shute y Simester, *Criminal law theory: doctrines of the general part*, pp. 143 y 148.

¹⁶ Acerca de la importancia de la teoría final de la acción para el desarrollo de la teoría del Derecho penal vid. recientemente BACIGALUPO, «Die Diskussion über die finale Handlungslehre im Strafrecht», en LH a Eser, 2005, pp. 61 y, 72; CEREZO MIR, «Ontologismus und Normativismus im Finalismus der fünfziger Jahre», en LH Eser, 2005, pp. 101 y 104.

¹⁷ WELZEL, *Das neue Bild* (nota 14), pp. 4 ss.

¹⁸ WELZEL, *Strafrecht* (nota 14), p. 33.

¹⁹ WELZEL (nota 14), p. 34: «...das kausale Geschehen lenkende Wille das Rückgrat der finalen Handlung».

podría ser comparada con la intención en sentido estricto propia del *common law*. En los términos expuestos por Andrew Ashworth: «el núcleo de la intención es sin duda la finalidad, el objetivo, el propósito»²⁰.

La «subjetivación» de la acción humana conlleva la consecuencia de que los elementos legales del delito englobados en el tipo no pueden ser plenamente entendidos sin tomar en cuenta la parte subjetiva, interna, de la conducta. De hecho, el dolo forma parte de la voluntad final de realizar la acción («voluntad final de realización»), es la voluntad final con relación a los elementos legales del delito²¹. Así, el dolo pasa a formar parte del tipo penal y la (neo) clásica estructura bipartida del delito, que distinguía entre injusto y culpabilidad —todavía dominante en los países del *common law*—, ha de ser reemplazada por una estructura tripartita que distinga entre los elementos objetivos y subjetivos del delito (tipicidad), antijuridicidad y culpabilidad²². El cambio que ha traído la perspectiva finalista puede ser fácilmente identificado si uno compara la estructura clásica basada en una comprensión causal y naturalística de la acción (propia de fines del siglo XIX y de autores como v. Liszt, Binding o Binding) con la estructura (post) finalista (Tablas 1 y 2).

De estas tablas se evidencia que el cambio auspiciado por el finalismo tuvo dos vertientes: De una parte, los elementos psicológicos de la culpabilidad (el dolo y elementos subjetivos específicos fueron «elevados» desde la culpabilidad (en sentido psicológico) a la tipicidad. De otra, la doctrina finalista confirma o refuerza la normativización de la culpabilidad que ya había sido iniciada por la escuela neoclásica²³. Así, la culpabilidad deja de ser entendida (únicamente) como la intención (psicológica) de causar un cierto resultado (esa intención pasa ahora, en el dolo, a formar parte de la tipicidad), y para a concebirse como la reprochabilidad (moral) de la conducta del autor, en el sentido de un *concepto normativo de culpabilidad*. Si A mata a B habrá intentado producir ese resultado dado que sabía —elemento cognitivo— que disparar una bala en el corazón de B llevaría a la muerte, y quizá también haya sido ésa la finalidad de su acción —elemento volitivo—. Pero constituye otra cuestión distinta la de si la muerte de B puede ser reprochada a A cuando, por ejemplo, A actuó bajo la influencia de drogas o sufría una enfermedad mental. Dicho concepto normativo de culpabilidad es, en realidad, y como correctamente pone de manifiesto Flet-

²⁰ A. ASHWORTH, *Principles of Criminal Law*, 5.ª ed., 2006, p. 175.

²¹ WELZEL, *Das neue Bild* (nota 14), p. 8.

²² Vid. asimismo ESER, «Justification and excuse: a key issue in the concept of crime», en Eser/Fletcher (editores), *supra* nota 8, pp. 61 ss. Desde una perspectiva italiana, DONINI (nota 6), pp. 47-48, 58, poniendo de manifiesto que mientras la doctrina opta por una estructura tripartita sobre la base del modelo alemán, la estructura bipartita corresponde a la tradición del siglo XIX y es todavía aplicada por los tribunales.

²³ Sobre esta aproximación, vid. *infra* notas 51 ss. y texto principal.

TABLA 1: Estructura clásica del delito

I. Injusto	
1. Tipo (objetivo)	2. Antijuridicidad
Acción (movimiento corporal voluntario) Resultado/consecuencia (cambio en el mundo exterior) Causalidad (teoría de la equivalencia - condicio sine qua non)	
II. Culpabilidad (psicológica)	
Responsabilidad mental/capacidad como requisito de la culpabilidad Elementos de la culpabilidad: <i>Intenciones, motivos</i> <i>Dolor</i> (conocimiento de la antijuridicidad, controvertido) Ausencia de causas de exclusión de culpabilidad (necesidad et al.)	

cher²⁴, consecuencia necesaria de la aceptación de la *imprudencia* como forma delictiva. Mientras que la voluntad y el conocimiento, como formas más graves del hecho punible, son compatibles con un concepto psicológico de culpabilidad, la imprudencia conlleva un juicio moral o normativo con relación a un estándar objetivo de cuidado (desde la perspectiva, tal como suele admitirse, de un hombre razonable) y la capacidad individual del autor de actuar conforme a dicho estándar. Afirmar que alguien actuó imprudentemente es reprocharle haberse apartado del estándar normativo razonable a pesar de su capacidad de haber actuado de otro modo²⁵. A pesar de que el concepto de acción tiene importantes consecuencias estructurales, no es el aspecto más

²⁴ FLETCHER (nota 8), p. 471 ss., hablando de un «reconocimiento implícito de la teoría normativa» en la codificación de la *recklessness* y la imprudencia en el *Model Penal Code* (p. 471) y, como consecuencia ulterior, la «elaboración de una estructura tripartita» (p. 477).

²⁵ Para una aproximación crítica a la doctrina clásica, vid. G. DUTTGE, *Zur Bestimmtheit des Handlungsunwerts von Fahrlässigkeitsdelikten*, 2001, pp. 41 ss. (pp. 88 ss.), demostrando que ya la concepción clásica de la imprudencia como infracción de un deber de cuidado no podía existir sin recurrir a estándares normativos; de hecho, la noción misma de imprudencia tiene en sí carácter normativo. El mismo Duttge recurre a la idea del «*Veranlassungsmoment*»; es decir, a la asunción de la posible infracción de la norma por parte del potencial infractor (pp. 356 ss.), e intenta obtener una mayor certeza a través de una aproximación mixta psicológica-normativa (pp. 361 ss.).

TABLA 2: Estructura (post) finalista del delito

I. Tipicidad	
1. Objetiva	2. Subjetiva
Acción Resultado/consecuencia Causalidad como requisito mínimo de la imputación (objetiva)	Elementos subjetivos (específicos), motivos Dolo
II. Antijuridicidad	
Situación objetiva de una causa de justificación Elemento subjetivo de justificación	
III. Culpabilidad (normativa)	
Capacidad mental Conocimiento de la antijuridicidad Ausencia de causas de exculpación Dolo, elementos subjetivos específicos, motivos como formas de culpabilidad (post-finalista, controvertido)	

importante de la doctrina finalista, especialmente si uno busca efectos generales o deducciones lógicas con relación al sistema del delito como un todo. Ciertamente, el tránsito del dolo desde la culpabilidad a la tipicidad había sido ya sostenido por *Hellmuth v. Weber*²⁶. Mucho más importante es el planteamiento ontológico de la escuela finalista; es decir, la idea de que hay determinadas estructuras preexistentes a la ley —estructuras de la realidad— que predeterminan el contenido de nuestras leyes penales²⁷. De hecho, tal alentamiento ontológico precede al concepto de acción, en la medida en que este último es una consecuencia del anterior o, en otras palabras, la estructura final de la acción es una de las realidades ontológicas, quizá la más importante.

²⁶ H. V. WEBER, *Grundriß des tschechoslowakischen Strafrechts*, 1929; el mismo, *DJZ* (1931), pp. 663 y 666; el mismo, *Zum Aufbau des Strafrechtssystems*, 1935, pp. 9 ss..

²⁷ Cfr. F. LOOS, «H. Welzel», en *Rechtswissenschaft in Göttingen* (editor Loos), 1987, pp. 486, 495 ss.; H.-J. HIRSCH, «Die Entwicklung der Strafrechtsdogmatik nach Welzel», en *LH Colonia* (editado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Colonia), 1988, pp. 399, 401 ss., 415 ss.; BACIGALUPO (nota 16), pp. 62 ss., 73 ss. (2005); CEREZO, *supra* nota 16 (2005), pp. 101 ss., considerando que el objeto de referencia de lo ontológico es el «conocimiento de la existencia», no lo fáctico o real (p. 101).

El problema es que el pensamiento finalista, al menos en sus perfiles originales, cuenta hoy con muy pocos seguidores y la doctrina alemana posterior (así como la española y la portuguesa, no tanto la italiana²⁸) ha rechazado convincentemente muchos de sus puntos de vista. En primer lugar, se ha dicho que la metodología ontológica ignora la relevancia del contexto político, social, económico y cultural para la creación de normas penales. Dado ese contexto, la normativa penal no es una mera consecuencia de estructuras lógico-objetivas preexistentes sino que se deriva de determinadas decisiones normativas o político-criminales, y éstas dependen de ese contexto²⁹. Así, el profesor japonés *Keiichi Yamanaka* reivindica correctamente un «cambio de contexto», una «japonización de las teorías alemanas», en aras de hacerlas aplicables a la realidad social de su país³⁰. Realmente, para el Derecho penal, así como para cualquier otra ciencia socialmente relevante, resulta aplicable el famoso proverbio propio de las políticas de desarrollo «toda política es local, todo gobierno es local»³¹. Siquiera por esta razón no resulta posible concebir la acción como un concepto ontológicamente prefijado, sino sólo como expresión de algo socialmente relevante, sea sobre la base de una teoría de la comunicación social, sea por cualquier otra teoría que tenga en cuenta que una acción se remite a una relación intersubjetiva de comunicación. Esto no excluye la posibilidad de un concepto autónomo, pre-legal, de acción³², pero este concepto no puede ser desarrollado ontológicamente, o al menos no exclusivamente. Esta es la razón por la que todavía tenemos diferentes Códigos penales, incluso en nuestras similares sociedades occidentales, y por la que nuestros conceptos legales no pueden ser sin más transferidos de un sistema a otro. Junto a ello, la metodología ontológica ignora la importancia del lenguaje en la construcción de nuestra realidad y, por lo demás, de nuestras leyes³³. Las palabras

²⁸ En Italia, la concepción finalista no tuvo al principio muchos seguidores, siendo primero rechazada por razones teóricas (en los años 50 y 60) y después (en los 70) por razones político-criminales (cfr. DONINI, *supra* nota 6, pp. 15-16, con diversas referencias).

²⁹ Vid. las críticas de ROXIN, «Zur Kritik der finalen Handlungslehre», *ZStW*, 74 (1962), p. 515; el mismo, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 2.ª ed., 1973, pp. 5-6, 13-14; el mismo (nota 6), § 7 marg. 24. Incluso los seguidores del finalismo han abandonado la metodología ontológica: cfr. BACIGALUPO (nota 16), p. 74. Para una perspectiva angloamericana, vid. P. ALLDRIDGE, «Making criminal law known», en Shute y Simester (nota 15), pp. 103, 111: «...el Derecho penal es distinto según el contexto histórico y cultural...».

³⁰ En un reciente simposio germano-japonés llamado «*Rezeption und Reform in deutschen und japanischen Recht*», organizado por la Facultad de Derecho de la Universidad Kansai de Osaka y la Universidad Georg-August de Göttingen, que tuvo lugar en Göttingen los días 11 a 13 de septiembre de 2006, Yamanaka dictó una conferencia titulada: «Modificaciones de la dogmática después de la Segunda Guerra Mundial». En relación con el necesario «cambio de contexto», dijo: «En aras de conseguir la finalidad de acomodar las normas a la realidad social, la teoría original debería ser modificada según el contexto social japonés».

³¹ Cfr. el editorial del número 47 de *Entwicklung und Zusammenarbeit* 310 (2006).

³² Vid. también FLETCHER (nota 8), p. 390: «el concepto tiene una vida propia».

³³ Cfr. MIR PUIG, «Grenzen des Normativismus im Strafrecht», en: Hefendehl (editor), *Empirische und dogmatische Fundamente, kriminalpolitischer Impetus: Symposium für B. Schünemann zum 60. Geburtstag*, 2005, pp.

que empleamos no son meros reflejos de la realidad sino una expresión de cómo vemos las cosas, no son deducciones lógicas desde estructura del mundo previamente existente sino construcciones humanas sobre la base de un consenso social. De lo afirmado se sigue que la estructura final de la acción no es realmente una consecuencia ontológica sino una construcción basada en un consenso entre penalistas³⁴. Además, recientes investigaciones psicológicas han mostrado que la «conciencia existe en grados»³⁵ y que la mayoría de la gente no planea conscientemente todas sus comportamientos³⁶. Así, apenas puede discutirse de que existen acciones «involuntarias», o al menos «inintencionadas». Si piso el pie de mi vecino durante la cena no actúo —en el sentido finalista del término— con ese ánimo, intención, u objetivo, etc., pero no obstante actúo, en el sentido de un movimiento corporal controlado. Sólo podría negarse el carácter de acción de mi conducta si hubiera sido forzado a pisar el pie o si estuviera tan borracho que ni siquiera pudiera darme cuenta de lo que hacía. De ello se infiere que la estructura final de la acción no puede explicar de modo necesario la subjetivación de la tipicidad ni con ello la estructura tripartita del delito. Antes que una consecuencia ontológica la teoría de la acción final demuestra que *una acción no puede ser entendida únicamente sobre la base de su externalización objetiva sino que la relación subjetiva entre el agente y la acción posee una importancia simbólica referida a que con su acción el agente expresa un grado de oposición a la norma proporcional a la intensidad de su dolo*³⁷. Al mismo tiempo, con la intensidad del dolo aumenta el riesgo para el bien protegido por la norma³⁸.

De cualquier modo, todas estas consideraciones críticas no modifican el punto de partida de la escuela finalista sobre la estructura del delito, tal como se muestra en la tabla segunda; es decir, las consecuencias sistemáticas de la perspectiva finalista continúan siendo correctas, no obstante el rechazo de sus asunciones normativas (ontológicas)³⁹. En lo que alcanzo, no hay otra teoría sobre la naturaleza del delito que acoja premisas tan estrictas y sólidas. El principio de lesividad y la doctrina paralela del bien jurídico no predeterminan la cuestión relativa a la estructura del delito; su

83-84 (el original español «Límites del normativismo en derecho penal» fue publicado en el LH a Rodríguez Mourollo, 2005, pp. 665-690).

³⁴ Cfr. MIR PUIG (nota 33), pp. 92-93.

³⁵ Cfr. D. W. DENNO, «When two become one: Views on Fletcher's, two patterns of criminality», *Tulsa L. Rev.*, 39 (2004), pp. 781 y 793 ss., poniendo de manifiesto —sobre la base de recientes investigaciones sobre la conciencia— que «los procesos mentales de la mayoría de la gente no tienen lugar en un lugar elevado de la conciencia, sino que ocurren en un mundo crepuscular de impulsos semiconscientes, automatismos y acción reflexiva» (p. 794, citando a McCrone).

³⁶ *Ibid.*, pp. 797-98.

³⁷ MIR PUIG (nota 33), pp. 97-98.

³⁸ MIR PUIG (nota 33), pp. 98 ss.

³⁹ La misma idea se encuentra en DONINI (nota 6), p. 16, con más referencias en nota 33.

finalidad —en sí misma importante— es intentar limitar la aplicación del Derecho penal, si bien cada día resulta más discutible que puedan conseguir adecuadamente ese propósito⁴⁰. De igual modo, la teoría del castigo de Hegel como reafirmación de la norma no decide tampoco la cuestión de la estructura, tal como manifiesta Fletcher, en un sentido holista⁴¹. De hecho, esta teoría es seguida por uno de los más originales penalistas alemanes, Günther Jakobs, quien ve en la pena la confirmación de la norma puesta en duda por la acción delictiva; esa confirmación es contrafáctica, en la medida en que la norma fue lesionada pero es restablecida por la sanción penal. Aun cuando pueda considerarse el sistema de Jakobs como «holista»⁴², él no deja de mantener una estructura tripartita del delito⁴³. La razón es que tampoco un sistema holista puede prescindir de un pensamiento estructurado, esto es, basado en la clasificación, sistematización y ordenación, si ello sirve a la resolución de casos concretos⁴⁴.

2. ELEMENTOS INALIENABLES Y LA COHERENCIA DEL SISTEMA

A pesar de las críticas efectuadas contra algunas de las conclusiones del finalismo y su punto de partida ontológico, no puede negarse que «el Derecho penal descansa sobre determinadas premisas filosóficas de validez universal»⁴⁵ y que estas premisas juegan un papel muy importante en limitar los excesos de una teoría puramente normativa del Derecho penal⁴⁶. Una de esas premisas se refiere a la doctrina

⁴⁰ Para un planteamiento crítico reciente de la teoría del bien jurídico, en particular sobre su incapacidad para ejercer de límite eficaz a la intervención penal a la luz de las nuevas formas delictivas de las ofensas, T. HÖRNLE, *Grob anstößiges Verhalten*, 2005, pp. 11 ss., y L. KUHNLE, «Die verfassungskonforme Auslegung von Strafgesetzen», en: Von Hirsch, Seemann y Wohlers (editores) *Mediating principles*, 2006, pp. 152, 154-155. Para un panorama general, vid. Hefendehl, Von Hirsch y Wohlers (editores), *Die Rechtsgutstheorie*, 2003. Con relación al principio de lesividad, ya FLETCHER criticó en *Rethinking Criminal Law*, 1978, reimpresión 2000, p. 404, que es «infinitamente expandible»; crítico D. N. HUSAK, «Crimes outside the core», 39 *Tulsa Law Review* (2004), pp. 755 y 766.

⁴¹ FLETCHER (nota 8), p. 87.

⁴² Vid. también FLETCHER (nota 8), p. 422.

⁴³ G. JAKOBS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2.ª ed., 1993.

⁴⁴ Vid. *supra* nota 6 y texto principal.

⁴⁵ G. FLETCHER, «From Rethinking to Internationalizing Criminal Law», *Tulsa L. Rev.*, 39 (2004), pp. 979 y 990.

⁴⁶ Los límites de una teoría del Derecho penal puramente normativa han sido fuertemente criticados en escritos recientes (vid. especialmente MIR PUIG, *supra* nota 33). Ciertamente, los excesos de la doctrina jurídico-penal durante el régimen nacionalsocialista muestran cómo una teoría del Derecho penal normativa puede servir para convertir el resentimiento en disposiciones jurídico-penales, con consecuencias mortales para los destinatarios de tal sentimiento (cfr. H. BREITEL, GA 2006, pp. 608 ss. recensionando el libro de Binding y Hoche, *Text zur Freigabe der Vernichtung lebensunwerten Lebens*, 2006; vid. también la introducción de Naucke en ese libro). De modo similar, la interpretación teleológico-objetiva ha sido criticada por ser «una puerta de entrada para valoraciones puramente subjetivas y prejuicios del aplicador del Derecho», al no poder ser sus resultados verificados (HILGENDORF, GA 2006, p. 656, en la recensión de E. SIMON, *Gesetzesauslegung im Strafrecht*, 2005, pp. 475-76; vid. igualmente HILGENDORF, en: Hilgendorf y Kuhlen, *Die Wertfreiheit in der Jurisprudenz*, 2000, p. 23; por último, la

de la acción humana y establece que los seres humanos —a diferencia de los animales— poseen una habilidad específica para determinar su conducta, independientemente de las cualidades y esencia de esa habilidad; esto es, ya sea volitiva en el sentido finalista, cognitiva o meramente consciente⁴⁷. Es igualmente cierto que esa habilidad de —permítaseme decirlo así— autodeterminación consciente es el requisito previo necesario para cualquier regulación⁴⁸, dado que en otro caso, esto es, si los actos humanos fueran sólo la consecuencia de la ciega causalidad, resultaría un fútil ejercicio intentar dirigir o controlar la conducta humana mediante normas⁴⁹.

Una consecuencia ulterior y a mi juicio innegable del pensamiento finalista —y, en cuanto tal, un elemento inalienable del sistema— es la distinción entre el elemento mental de un delito (dolo) y la culpabilidad en un sentido normativo, tal como aparece ilustrado *supra* en las tablas 1 y 2. Esta distinción es el resultado de una larga y compleja evolución de la teoría del delito⁵⁰, que comenzó con el descubrimiento de los elementos subjetivos como parte constitutiva de la tipicidad en los llamados delitos de finalidad trascendente, tal como, por ejemplo, los delitos puramente patrimoniales (robo, apropiación indebida, etc.) caracterizados por poseer como elemento constitutivo un ánimo específico de privar al dueño de su propiedad con carácter definitivo (ánimo específico de lucro); en otras palabras, ese ánimo específico forma parte de la definición de la acción y como tal pertenece al tipo subjetivo. Ese descubrimiento data de comienzos del siglo XIX (Christoph Carl Stübel acuñó el término «tipo personal»⁵¹, así también Anselm von Feuerbach⁵²) y concluyó posteriormente —de la mano de autores como H. A. Fischer⁵³ y Hegler⁵⁴— con el llamado sistema neoclásico del delito.

creciente materialización del Derecho penal (J. VOGEL, *Einflüsse des Nationalsozialismus auf das Strafrecht*, 2004, pp. 58 ss.) lleva a la vaguedad a través de la introducción de conceptos jurídicos indeterminados y la relajación del principio de legalidad; es decir, materialización en lugar de formalización.

⁴⁷ En el sentido de la «conciencia... en grados» mencionada *supra* en nota 35. En la misma línea FLETCHER (nota 8), p. 387: «algo que nos faculta para movernos en ese modo autónomo».

⁴⁸ Vid., si bien desde una perspectiva finalista, F. LOOS, «Hans Welzel (1904-1977)», JZ, 2004, p. 1.116, con nota 22.

⁴⁹ WELZEL, *Bild* (nota 14), p. 4; en igual sentido MIR PUIG (nota 33), pp. 93-94. Esta perspectiva se aproxima al concepto de la ley de Austin como conjunto de normas de determinación. Vid. AUSTIN, *Lectures on Jurisprudence*, 1920, p. 13.

⁵⁰ Sobre las cinco etapas de ese desarrollo cfr. SCHÜNEMANN (nota 6), pp. 18 ss. distinguiendo entre naturalismo, neokantismo, el enfoque holista (*Ganzheitsbetrachtung*), finalismo y el enfoque racionalista orientado a fines (*Zweckrationalismus*).

⁵¹ C. C. STÜBEL, *Ueber den Thatbestand der Verbrechen, die Urheber derselben und die zu einem verdammenden Endurtheile erforderliche Gewißheit des erstern besonders in Rücksicht der Tödtung nach gemeinen in Deutschland geltenden und Chursächsischen Rechten*, 1805, §§ 4, 18.

⁵² A. V. FEUERBACH, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden Peinlichen Rechts*, 14.ª ed., 1847, § 55, con nota a).

⁵³ H. A. FISCHER, *Die Rechtswidrigkeit mit besonderer Berücksichtigung des Privatrechts*, 1911, pp. 138 ss.

⁵⁴ A. HEGLER, «Die Merkmale des Verbrechens», ZStW, 36 (1915), pp. 19 (31 ss.).

Es interesante mencionar que la doctrina anglo-americana también reconoce la distinción entre el *mens rea* en un sentido estricto (descriptivo) o, como lo denomina Kadish⁵⁵, «en su sentido especial», y que engloba únicamente los elementos subjetivos psicológicos (toda clase de ánimos, incluidos los específicos o las intenciones trascendentes), y en un sentido amplio (normativo), llamado «*mens rea* en el sentido de la responsabilidad legal»⁵⁶, que incluye los elementos subjetivo-normativos referidos a la reprochabilidad moral⁵⁷. También se reconoce que existen delitos en los que la conducta típica sólo puede entenderse o definirse teniendo en cuenta la intención o propósito concreto con que el agente realizaba la acción; por ejemplo, en el caso del robo el apoderamiento debe venir acompañado de un ánimo específico de privar al dueño de su propiedad de modo permanente, o en el caso de la sustracción a la detención o a la persecución penal el acto objetivo (verbigracia, la compra de un billete de avión) debe venir presidido por un ánimo específico de sustraerse a la persecución penal⁵⁸. En suma, resulta indudable que en estos casos «los elementos internos son necesarios para aprehender de modo correcto la conducta prohibida»⁵⁹. Esta «subjetivación» del hecho típico puede ser vista aún de modo más claro en los casos de delitos no consumados (tentativa, conspiración, proposición), dado que en estos casos el mero acto externo no infringe una prohibición penal y, como tal, es neutral o indiferente al Derecho⁶⁰. Tómese el ejemplo de una tentativa de lesiones en la que el autor alza su mano para golpear a alguien, pero en el que ese movimiento puede ser interpretado como el intento de abrazar a esa persona; el significado de la acción de levantar la mano depende de la intención con que el agente dirige la acción. En términos generales, «para describir los requisitos mínimos de la conducta prohibida, la definición de una tentativa debe incluir un requisito sobre el estado mental: la intención de realizar una conducta que constituiría una infracción de la norma»⁶¹. Todavía hay cierta confusión con el uso del lenguaje. Resulta, por ejemplo, ambiguo utilizar el término culpabilidad para abarcar los elementos psicológicos del tipo en su sentido descriptivo (estricto)⁶². De igual modo, y

no obstante la correcta distinción entre elementos descriptivos y normativos del tipo, el sistema en su conjunto (la estructura del delito) continúa operando sobre una base bipartita en la línea de la clásica dicotomía entre la parte objetiva (externa) y subjetiva (interna) —tal como se ilustra *supra* en la tabla 1— (estructura clásica). La unión natural del tipo subjetivo con el objetivo continúa siendo ignorada. No alcanzo a entender esta resistencia del sistema antiguo, y tampoco los teóricos anglo-americanos parecen tener una explicación para ello⁶³.

La distinción entre responsabilidad (subjetiva) y culpabilidad tiene también consecuencias en relación con la relevancia del *error* y, sobre todo, para la discusión entre error y de hecho y error de derecho. En realidad, el desconocimiento ante la ley constituye un error (puro) de derecho⁶⁴ y tal error deja incólume el dolo como parte del tipo. Si un soldado mata a un enemigo «*hors de combat*» y no sabe que es un crimen de guerra, el soldado ciertamente actúa con dolo, conociendo el resultado de su acción y queriendo ese resultado. Cuestión distinta es, no obstante, si el soldado puede ser hecho responsable o, de modo más preciso, si puede reprochársele su desconocimiento del Derecho. La doctrina tradicional del error o la *ignorantia iuris* respondería afirmativamente, en la medida en que está basada en una *presunción de conocimiento* de la ley. Ello es, obviamente, una ficción, dado que no todos los delitos son *mala in se* y, en cuanto tales, conocidos por todo el mundo. De hecho, el creciente número de leyes penales especiales genera más y más *mala prohibita*⁶⁵. Ello es igualmente cierto para el Derecho penal internacional, al menos en lo relativo a los crímenes de guerra. Las cosas son más complicadas si nos referimos a causas de exclusión de la responsabilidad criminal (*defences*) como elementos negativos del hecho punible y por tanto extendemos la exigencia de conocimiento a las mismas. Ciertamente, su existencia y sus márgenes son por lo general desconocidos para el

derando el conocimiento, la creencia y la ceguera voluntaria como requisitos de la culpabilidad (pp. 209, 215, 220, 225); crítico con esta terminología también FLETCHER (nota 8), p. 419. Para una perspectiva distinta, cfr. K. HUGGENS, «Fletcher's Rethinking: A memoir», *Tulsa L. Rev.*, 39 (2004), p. 803, quien de una parte critica la distinción entre lo descriptivo y lo normativo propuesta por Fletcher (pp. 804-05) y, de otra, da más importancia a la distinción entre conducta intencional y no intencional (p. 809).

⁶³ Planteé esta cuestión a los participantes en la conferencia «Fletcher's The Grammar of Criminal Law» (celebrada en la Benjamin N. Cardozo School of Law, Yeshiva University, New York, los días 5 y 6 de noviembre) pero no obtuve respuestas.

⁶⁴ Un error de derecho «puro», como opuesto a un error referido a los elementos normativos del delito (*vid.* WEIK, *supra* nota 57, pp. 144, 206 y 212).

⁶⁵ Los contenidos exactos de las categorías en el actual Derecho penal es en cualquier caso cuestión controvertida. *Vid.* las diferentes perspectivas al respecto en DUFF, «Rule-violations and wrongdoings», en Shute y Simester (nota 15), pp. 47 y 54 ss., y ALLDRIDGE (nota 29), pp. 107 ss. Sobre la distinción casi paralela entre «delito verdadero» («true crime») e ilícito («regulatory offence»), *vid.* SIMESTER y SHUTE, «On the general part in criminal law», en Shute y Simester (nota 15), p. 10.

⁵⁵ S. H. KADISH, «The decline of innocence», *Cambridge Law Journal*, 26 (1968), pp. 273, 274.

⁵⁶ KADISH (nota 55), pp. 275.

⁵⁷ *Vid.* también P. H. ROBINSON, en: Dressler, *Encyclopedia of Crime and Justice* 3, 2.ª ed., 2002, p. 995; WEIK, *Objektive und subjektive Unrechtselemente im US-amerikanischen Strafrecht*, 2004, pp. 47 y 80-81.

⁵⁸ Para otros ejemplos, cfr. WEIK, (nota 57), pp. 187 ss. *Vid.* también los ejemplos de ofensas que incorporan el conocimiento y/o creencias como elementos del tipo en SHUTE, «Knowledge and belief in the criminal law», en: Shute y Simester (nota 15), pp. 171 y 202 ss.

⁵⁹ S. H. KADISH, «Act and omission, mens rea, and complicity», *Cr.L.Forum* 1 (1989), pp. 65 y 72.

⁶⁰ WEIK (nota 57), p. 189.

⁶¹ P. H. ROBINSON, «Should the criminal law abandon the actus reus/mens rea distinction?», en: Shute, Gardner y Horder (editores), *Action and value in criminal law*, 2003, pp. 187 y 209.

⁶² *Vid.*, por ejemplo, § 2.02 (2) del *Model Penal Code* referido a los cuatro estados mentales como «formas de culpabilidad», o SULLIVAN, «Knowledge, belief, and culpability», en: Shute y Simester (nota 15), p. 297, consi-

ciudadano medio. Desde esta base, no puede sorprender que haya una clara tendencia en contra de la doctrina de la *ignorantia iuris*, no sólo en los sistemas de Derecho continentales⁶⁶, sino también en el *common law*, expresado de modo evidente en la sección 2.04 (3) MPC [*Código Penal modelo*], que reconoce como causa de exclusión de responsabilidad el error (puro) de Derecho⁶⁷. Paralelamente, podría discutirse si el reconocimiento de un principio de culpabilidad constitucionalmente fundado, todavía ausente en el Derecho anglo-americano⁶⁸, contribuiría a superar doctrinas «objetivas» tales como la de la *ignorantia iuris*.

Otra consecuencia de un concepto autónomo de culpabilidad —sea ésta entendido normativa o psicológicamente— es la *distinción entre la justificación y la reprochabilidad* (culpabilidad) o, expresado en la terminología de las causas de exclusión de la responsabilidad penal, entre justificación y exculpación⁶⁹. El ejemplo de la tabla de Kant⁷⁰, o el caso Dudley Stephen⁷¹ ponen de relieve la diferencia: si bien matar a otro en aras de la propia supervivencia viola la prohibición de matar y, como tal, es una acción antijurídica, no puede reprocharse a nadie, en un plano personal, el dar preferencia a su propia vida frente a la de los demás⁷². La división entre justificación y exculpación toma en cuenta dicha diferencia y proporciona una solución para estos casos no sólo más justa sino también más realista. Esta distinción cobra especial importancia en el Derecho penal internacional en los casos en que una persona

⁶⁶ Vid. § 17 StGB, incluyendo el error de prohibición, pudiendo remitirnos a la fundamental Sentencia del Tribunal Supremo alemán de 18 de marzo de 1952.

⁶⁷ Para un resumen de la discusión, cfr. WEIK (nota 57), pp. 144 ss.

⁶⁸ No se encontrará en los más completos manuales de Derecho penal norteamericanos capítulo alguno sobre el principio de culpabilidad. Vid. por LA FAVE, *Criminal Law*, 4.ª ed., 2003, quien se refiere únicamente a que las disposiciones de responsabilidad objetiva conculcan el derecho a un proceso justo (p. 149); o bien S. H. KADISH y S. J. SCHULHOFER, *Criminal Law and its Processes*, 7.ª ed., 2001, haciendo mención a la culpabilidad (pp. 173 ss.) como noción omniabarcante de aspectos que van desde la conducta voluntaria (pp. 173 ss.) y el tipo subjetivo (descriptivo) (pp. 203 ss.) a los principios de proporcionalidad (pp. 278 ss.) y legalidad (pp. 290 ss.). En cualquier caso, no debe ignorarse que el reconocimiento formal de principios propios del Estado de Derecho como el de culpabilidad o legalidad está íntimamente vinculada a tradiciones o experiencias totalitarias. Ello podría explicar que esos principios estén plasmados más intensamente en las leyes (escritas) del país del ámbito del derecho continental de Europa central, del sur y del este así como en Latinoamérica y menos en el mundo angloamericano y el norte de Europa (vid. también GIMBERNAT, *supra* nota 6, p. 387).

⁶⁹ Sobre la importancia fundamental de esta distinción y su desarrollo histórico, cfr. ESER (nota 22), pp. 37 ss.

⁷⁰ Vid. también FLETCHER (nota 40), pp. 231 ss.; crítico M. KREMNITZER y K. GHANAYIM, «Proportionality and the aggressor's culpability in self-defense», *Tulsa L.Rev.* 39 (2004), pp. 875, 888 ss.; desde un punto de vista alemán, W. KÖPER, *Immanuel Kant und das Brett des Carneades*, 1999.

⁷¹ *Dudley and Stephens*, Queens Bench Division 14 (1884), p. 273, resumido en alemán por G. RADBRUCH, *Der Geist des englischen Rechts*, 3.ª ed., 1956, pp. 69-74; sobre la base de la recepción de Radbruch el caso se hizo famoso en la doctrina alemana bajo el nombre del «caso Mignonette» (en referencia al nombre del yate hundido). Vid., por ejemplo, H.-H. JESCHECK y T. WEIGEND, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 5.ª ed., 1996, p. 195.

⁷² Vid. también para la coacción insuperable (*duress*) como causa de exención de la culpabilidad. DUFF (nota 65), p. 63 ss.

es obligada a actuar contra la ley, por ejemplo matando civiles inocentes, pero no puede ser hecho responsable por ello debido al grado de coacción ejercido contra ella y a las consecuencias que se derivarían de su desobediencia. Expuesto en términos más concretos: si, como en el caso Erdemovic resuelto por el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, un simple soldado es obligado a matar civiles porque en caso contrario él mismo y su familia serán asesinados, sería demasiado esperar de él que resista a esa presión psicológica. Si bien el Tribunal optó por la solución contraria y más estricta, argumentando que privar de la vida a civiles inocentes es inadmisibles cualesquiera sean las circunstancias⁷³ (y con ello ignorando la diferencia entre antijuridicidad y culpabilidad), esta perspectiva ha sido desbancada por el art. 31.1 d) del Estatuto del Tribunal Penal Internacional, en la medida en que dicho precepto no contempla la vida de otra persona como un límite absoluto de coacción, sino que tan solo exige un acto necesario y razonable para evitar el daño y un cierto grado de proporcionalidad subjetiva («siempre que no tuviera la intención de causar un daño mayor que el que se proponía evitar»). Por último, aunque no menos relevante, la distinción entre justificación y exculpación permite dar una solución apropiada a los supuestos de mujeres maltratadas: si bien el homicidio del maltratador mientras duerme no puede ser justificado —en particular no por legítima defensa dada la ausencia de un ataque inminente⁷⁴— podría ser exculpado por estado de necesidad o coacción insuperable [*duress*] como causas de exculpación⁷⁵. La valoración subyacente a esta decisión es que mientras matar a otro constituye un acto antijurídico, no puede serle reprochado al homicida dado el historial de abusos y la falta de alternativas.

Otro ámbito donde la distinción entre justificación y culpabilidad ofrece una herramienta útil es en los casos de error sobre los presupuestos de una causa de justifi-

⁷³ Acusación contra Erdemovic, Sentencia de 29 noviembre de 1996 (IT-96-22-T); Juicio de 7 octubre de 1997 (IT-96-22-A); Sentencia de 5 marzo de 1998 (IT-96-22-Tbis), párrafo. 8, 23. Sobre ello, con más referencias, vid. K. AMBOS, «Other grounds for excluding criminal responsibility», en *The Rome Statute of the ICC: A commentary I* (Cassese, Gaeta y Jones, eds., 2002), pp. 1003 y 1042 ss.

⁷⁴ Para una perspectiva similar, cfr. DRESSLER, «Battered women who their sleeping tormenters: Reflections on maintaining respect for human life while killing moral monsters», en: Shute y Simester (nota 15), pp. 259 y 264; en contra J. HORDER, «Killing the passive abuser: A theoretical defence», en: *ibid.*, pp. 283 y 284 ss., extendiendo (su concepto personal de) legítima defensa a estos supuestos dado que, inter alia, la persona que sufre el abuso se halla secuestrada por el agresor (p. 295).

⁷⁵ El Tribunal Supremo alemán hubo de juzgar varios casos en los que el agresor («*Haustyrann*») fue matado por la esposa u otro familiar y admite, de principio, la eximente de estado de necesidad como causa de exculpación en el sentido del § 35 StGB (cfr. BGH NJW, 1966, p. 1823 ss.; NSiZ, 1984, 20 ss.; BGHSt., 48, 255 ss.). Para una misma perspectiva desde un punto de vista anglosamericano, vid. DRESSLER (nota 74), pp. 275 ss., argumentando en favor de una circunstancia exculpatoria de la responsabilidad («un supuesto de coacción en sentido amplio», 282); en contra, HORDER (nota 74), pp. 296-97.

cación, también denominados de «justificación putativa»⁷⁶ o, en la doctrina alemana, «error sobre el tipo permisivo». Tómese el caso Morgan inglés —como un ejemplo de consentimiento putativo— en el que la Cámara de los Lores decidió que los violadores (amigos de Morgan) de una mujer (esposa de Morgan) que alegaron haber cometido la violación en la creencia de que a la mujer le gustaba ser violada (es decir, que consintió en la relación sexual) actuaron de buena fe y por lo tanto podían apelar al consentimiento como justificación⁷⁷. O sirvámonos —como ejemplo de legítima defensa putativa— del caso Goetz, en el que Goetz abrió fuego sobre cuatro pasajeros del metro de Nueva York creyendo erróneamente que iba a ser atacado por ellos⁷⁸. En ambos casos, los acusados alegaron la creencia en una situación fáctica (la prestación de un consentimiento por la víctima de una violación y el ataque inminente por los pasajeros) que, de haber acontecido en realidad, habría dado lugar a una causa de justificación, por consentimiento o por legítima defensa⁷⁹. Asumiendo, *arguyendo*, que la creencia de los acusados es creíble —de hecho, en la práctica de los tribunales la implausibilidad de tales creencias es por lo general la forma más fácil de rechazar tales justificaciones putativas⁸⁰—, resulta evidente que la defensa alegada debe ser tomada en cuenta a la hora de establecer la responsabilidad penal, si bien la controversia gira en torno a cómo debería hacerse⁸¹. Simplificando la cuestión, parece claro por un lado que los acusados actuaron de modo objetivamente antijurídico, pero, por otro, subjetivamente (en su representación) creyeron actuar de modo acorde a Derecho, y esto último habría de excluir, si bien la antijuridicidad, sí la culpabilidad de su conducta. En consecuencia, la distinción entre antijuridicidad y culpabilidad es nuclear para la solución de estos supuestos y el error de no reconocer tal distinción lleva a soluciones tales como la subjetivación de la legítima defensa [§ 3.09 (1) *Model Penal Code*], tratando de igual modo los supuestos de justificación real y putativa⁸² y por tanto negan-

⁷⁶ FLETCHER (nota 40), p. 762.

⁷⁷ *Director of Public Prosecutions v. Morgan*, 1976 A.C. 182, 2 All E.R. 347, [1975] 2 W.L.R. 913 (H.L.).

⁷⁸ Un completo estudio de este caso fue realizado por G. FLETCHER, *A crime of self-defense: Bernhard Goetz and the Law on trial* (1988).

⁷⁹ Para una cabal comprensión de lo afirmado en el texto, es preciso decir que estoy tomando aquí el consentimiento en la práctica de relaciones sexuales como una causa de justificación, si bien resulta más convincente considerarlo como parte de la propia definición del delito, dado que la violación es una forma específica de coacción y como tal presupone el doblegamiento de la libre voluntad de la víctima (cfr. T. LENCKNER y W. PERRON, en: Schönte y Schröder, *Strafgesetzbuch*, 27.ª ed., 2006, § 177 n.m. 4, 11; cfr. también DUFF, *supra* nota 65, pp. 72-3).

⁸⁰ Esta cuestión práctica es aparentemente pasada por alto por G. FLETCHER, *Basic Concepts of Criminal Law* (1998), p. 160, criticando con demasiada virulencia la tesis de la falta de tipo subjetivo.

⁸¹ Acerca de las posibles soluciones, *vid.* FLETCHER (nota 80), 158 ss.; *vid.* también FLETCHER, «Deutsche Strafrechtswissenschaft aus ausländischer Sicht», en *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende* (A. Eser, W. Hassemer y B. Burkhardt, editores, 2000), pp. 235, 248.

⁸² De acuerdo con MUÑOZ CONDE, «Rethinking» the Universal Structure of Criminal Law», *Tulsa L. Rev.* 39 (2004), pp. 941, 952, el Tribunal Supremo español adopta la misma perspectiva.

do a las víctimas (reales) su derecho a defenderse frente a sus atacantes (reales)⁸³. Yendo más allá de la opción por la justificación o la exculpación, puede discutirse si la justificación putativa es en realidad idéntica a una de estas alternativas: no es una justificación plena dado que le falta la situación objetiva de justificación, pero no es tampoco una exculpación plena dado que el autor no sólo sería exculpado, sino que también su conducta sería justificada si sus representaciones fueran reales. En este sentido, siendo correcto afirmar que la aplicación de la distinción entre justificación y culpabilidad a los casos de justificación putativa «ignora diferencias cruciales»⁸⁴, una aproximación puramente terminológica —distinguiendo entre actos «correctos» «incorrectos» y «adecuados»⁸⁵— no resuelve la cuestión. En esencia, el carácter *sui generis* de la justificación putativa reside en el hecho de que el autor, en su propia representación, no actúa de modo desleal al ordenamiento legal sino que actúa de acuerdo al mismo, sobre la base de una justificación⁸⁶. Por ello, dado el hecho de que tanto el elemento subjetivo del delito como el de la justificación suponen *juntos* el desvalor de la acción, la existencia del elemento subjetivo de la justificación anula el elemento subjetivo del injusto, siendo por tanto más convincente tratar a quien actúa bajo una justificación putativa *análogamente* a quien actúa sin intención, en tanto en cuanto a la postre en ambos casos falta el elemento subjetivo del injusto (dándose los elementos del injusto y la ausencia de *todos* los elementos de la justificación)⁸⁷. Si la errónea creencia del autor sobre la justificación puede serle reprochada en la medida en que actuó negligentemente vulnerando el estándar ordinario de cuidado podría ser castigado por haber cometido tal conducta de modo imprudente⁸⁸; esto es lo mismo que preguntarse si el autor podría haber creído de modo razonable en las circunstancias respectivas y, en caso negativo, condenarle por su creencia irrazonable⁸⁹.

La situación se invierte si el autor actúa en una situación objetiva de justificación pero lo desconoce. La doctrina angloamericana analiza estos casos bajo el término

⁸³ *Vid.* la correcta crítica en FLETCHER (nota 80), pp. 161-62; HUIGENS, en su análisis del caso Morgan (*supra* nota 62, pp. 809 ss.), rechaza la solución de Fletcher.

⁸⁴ A. DUFF, «Rethinking justifications», *Tulsa L. Rev.*, 39 (2004), pp. 829, 840-841.

⁸⁵ DUFF (nota 844), pp. 841-42.

⁸⁶ Cfr. BGHSt., 3 105, 107, donde el Tribunal Supremo alemán reiteró la clásica afirmación de que el autor «como tal leal al ordenamiento jurídico»; en la misma línea ROXIN (nota 6), § 14 n.m. 64.

⁸⁷ Esta es la perspectiva de la llamada «teoría limitada de la culpabilidad» («*eingeschränkte Schuldtheorie*») en su vertiente referida a la antijuridicidad de la conducta («*unrechtsrelevante eingeschränkte Schuldtheorie*»), que es pasada por alto por FLETCHER en las obras citadas *supra* en la nota 81. Para una correcta explicación de las teorías alemanas, K. KÜHL, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 5.ª ed., 2005, § 13 n.m. 70 ss., con más referencias; más recientemente, H. FRISTER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil* (2006), cap. 14 n.m. 26 ss., y C. MOMSEN y P. RACKOW, «Der Erlaubnistatbestandsirrtum in der Fallbearbeitung», *JA*, 38 (2006), pp. 550 ss., pp. 654 ss.

⁸⁸ Cfr. ROXIN (nota 6), p. 14 n.m. 64.

⁸⁹ *Vid.* acerca de ese estándar de razonabilidad, MUÑOZ CONDE (nota 822), p. 952.

de la «justificación desconocida», mientras que la doctrina alemana se refiere a la ausencia del elemento subjetivo de la justificación, si bien dejando conscientemente abierta la cuestión de qué es exactamente lo que se requiere en ese aspecto subjetivo (si sólo el conocimiento o un elemento de carácter más volitivo tal como una intención específica, un propósito o un motivo)⁹⁰. En estos supuestos la solución correcta debe igualmente, en un primer nivel, partir de la distinción entre antijuridicidad (objetiva) y culpabilidad (subjetiva): si la frustrada esposa W espera al marido borracho con una sartén tras la puerta para castigarle por su reiterada actitud pero en cambio golpea al ladrón que aparece por la puerta en lugar de su marido, ella actúa objetivamente en legítima defensa (en relación con el ataque del ladrón contra su propiedad) pero subjetivamente no es consciente de ello. En consecuencia, aunque no haya cometido un injusto objetivo (puede alegar una causa objetiva de legítima defensa), debe, subjetivamente, serle reprochada esa conducta dado que, tomándonos su representación en serio, golpeo a su marido; en otras palabras, realizó el hecho correcto con una representación incorrecta⁹¹. En cualquier caso, su acción no puede ubicarse ni bajo las causas de justificación ni como una exculpación, dado que con respecto a la primera le falta el elemento subjetivo y en relación con la segunda la acción no constituye objetivamente un injusto. Por esta razón, la llamada solución de la consumación⁹², castigando a W por unas lesiones consumadas, no resulta convincente, dado que trata de igual modo una conducta carente plenamente antijurídica que aquella que sólo subjetivamente no está justificada. En similar sentido, tampoco resulta razonable eximir completamente a W de toda responsabilidad criminal sobre la base de que «no merece una imputación criminal»⁹³, dado que significa tratar igual una conducta plenamente justificada o exculpada que la que sólo está justificada en un plano objetivo. La solución correcta la ofrece la llamada «solución de la tentativa», trazando una analogía entre la conducta justificada sólo objetivamente y la tentativa de de-

⁹⁰ La concepción dominante considera que el conocimiento es suficiente, *vid.* ROXIN (nota 6), § 14 n.m. 97 ss.; JAKOBS, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2.ª ed., 1991, lección 11 n.m. 18 ss. (21); KINDHÄUSER, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2.ª ed., 2006, § 15 n.m. 9. La jurisprudencia requiere un determinado ánimo de justificación, *vid.* BGHSt. 5, 245, 247; BGH GA 1980, 67; B. HEINRICH, *Strafrecht Allgemeiner Teil I* (2005), pp. 386 ss.

⁹¹ *The right deed with the wrong imagination*. Contrariamente a G. FLETCHER, «The right deed for the wrong reason - a reply to Mr. Robinson», *UCLA L. Rev.*, 23 (1975), p. 293, no considero esto un problema de la «razón» sino de la «imaginación».

⁹² Esta era la visión tradicional del Tribunal Supremo alemán. *vid.* BGHSt. 2, 114. Distinto, en todo caso, BGH JR 206 (1992). La misma conclusión sostiene FLETCHER (nota 40), pp. 563 ss. (565), considerando que un autor de ese tipo no merece la aplicación de una causa de justificación.

⁹³ DUFF (nota 84), pp. 846-847, 849, optando por una aproximación casuística en el entedimiento de que no todos los casos pueden ser tratados de igual modo. A una conclusión similar llega ROBINSON, «A theory of justification: societal harm as a prerequisite for criminal liability», *UCLA L. Rev.*, 23 (1975), pp. 266, 288-291, argumentando, desde una perspectiva utilitarista, que la falta de conocimiento sobre la situación de justificación no hace perder al autor su estatus justificado. En contra, FLETCHER (nota 91).

lito⁹⁴. Calificar como «absurda»⁹⁵ esta opción conlleva pasar por alto la subjetivación inherente a la tentativa: sólo desde una perspectiva objetiva es absurdo argumentar que W intentó golpear a su marido (dado que él estaba a kilómetros de distancia sentado en su bar favorito), pero desde una perspectiva subjetiva ello se corresponde exactamente con la representación de W; esto es, tener a su marido entrando por la puerta y golpeándole con la sartén.

Una consecuencia ulterior de la normativización introducida por las escuelas neoclásica y finalista es la teoría de la imputación objetiva, que intenta desarrollar reglas para la imputación (normativa) de determinados sucesos a agentes responsables⁹⁶. Esta teoría tiene también ciertos antecedentes históricos que deben ser tenidos en cuenta para aprehender con plenitud la importancia de la teoría de la imputación objetiva en sentido estricto hoy empleada. La teoría de la imputación en su sentido *originario*, relacionada con el derecho natural, puede ser correctamente descrita a partir de los conceptos opuestos de «imputatio facti» —imputatio iuris— o «imputatio physica» —imputatio moralis—. Según tal binomio, en un primer momento hemos de ocuparnos de la imputación fáctica o física de un *suceso* controlado por una voluntad (humana) a una concreta *persona* (el autor o agente), para en un momento posterior calificar tal suceso moral o legalmente en el sentido de la imputación normativa, esto es, realizar un enjuiciamiento normativo de la acción como contraria a Derecho o inmoral y con ello necesitada de sanción⁹⁷. Así, la imputación es entendida como «el establecimiento... de una relación entre un suceso y un ser humano»⁹⁸, como el nexo entre un suceso («*Seinstatbestand*») y un sujeto sobre la base de la

⁹⁴ En la Alemania se inclina a favor de esta solución la práctica totalidad de la doctrina (*vid.*, por ejemplo, ROXIN, *supra* nota 6, § 14 n.m. 104 ss.; KÜHL, *supra* nota 87, § 6 n.m. 14 ss.). En la doctrina americana, *cfr.*, a favor, L. ALEXANDER, «Unknowingly justified actors and the attempt/success distinction», *Tulsa L. Rev.*, 39 (2004), pp. 851 y 855 ss., tratando, en cualquier caso, la legítima defensa como causa de inculpabilidad (pp. 855-56) y considerando la cuestión en última instancia como una cuestión de agenda («a question of policy») (p. 858).

⁹⁵ DUFF (nota 84), p. 845.

⁹⁶ El término «atribución-responsabilidad» empleado por V. TADROS, «Recklessness and the duty to take care», en Shute y Simester (nota 15), pp. 227, 231, capta adecuadamente el significado.

⁹⁷ Sobre esta diferenciación basada en la doctrina del derecho natural del siglo XVIII de autores como Pufendorf o Wolff, puede verse SCHAFFSTEIN, *Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen in ihrer Entwicklung durch die Wissenschaft des gemeinen Strafrechts* (1930-1932, reimprisión Aalen 1986), pp. 36-37; HRUSCHKA, *Strukturen der Zurechnung* (1976), pp. 2-3 y 35; SCHÜNEMANN, «Über die objektive Zurechnung», *GA* 2003, pp. 207 y 208. En línea similar KELSEN, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre. Entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatz*, 2.ª ed., 1923 (reimpresa en 1984) pp. 73 ss., según el que la imputación posee un carácter no causal, no teleológico y no volitivo dado que descansa «exclusivamente sobre el deber ser, sobre la norma» (p. 75). *vid.* también MAIWALD, «Zur strafrechtssystematischen Funktion des Begriff der objektiven Zurechnung», en: LH a Miyazawa (H.-H. Kühne ed., 1995), pp. 465 ss., restando el término de la imputación en su doble sentido original a partir de Larenz, Honig y Welzel.

⁹⁸ W. HARDWIG, *Die Zurechnung. Ein Zentralproblem des Strafrechts* (1957), p. 7: «El establecimiento... de un vínculo entre un suceso y una persona».

norma»⁹⁹. La imputación en un sentido más *amplio* se ocupa de la cuestión central de la parte general de la teoría del delito: ¿qué persona debería ser castigada y bajo qué presupuestos normativos?¹⁰⁰. Expresándolo en un plano más abstracto: ¿cómo debe ser «construida la relación entre el sujeto del delito y el resultado»?¹⁰¹. La imposición de una sanción requiere, como presupuesto mínimo, que a la persona puedan serle atribuidas las consecuencias de sus actos, al haber sido realizadas finalmente [*zweckhaft*]¹⁰²; en caso contrario, estas consecuencias habrán de ser consideradas como consecuencia de la «mala suerte» sin que, por tanto, puedan ser atribuidas a nadie¹⁰³. Obviamente, además del acto atribuible, la imposición de una sanción requiere actuar de modo antijurídico y culpable (en el sentido de la estructura tripartita)¹⁰⁴. Frente a ello, la imputación normativa constituye la imputación en su sentido *estricto*, imputación del resultado incluido en el tipo. Este tipo de imputación fue desarrollada inicialmente por Richard Honig¹⁰⁵, quien por su parte estuvo influenciado por la tesis doctoral de derecho civil de Karl Larenz sobre la teoría de la imputación de Hegel y el concepto de la imputación objetiva¹⁰⁶. La preocupación de Honig giraba en torno a la imputación amplia e ilimitada derivada de las teorías causales de su tiempo, e intentó limitar dichas teorías recurriendo al concepto pre-legal de la «finalidad objetiva» [*objektive Zweckhaftigkeit*]¹⁰⁷. Su planteamiento era que sólo aquellos resultados que la persona hubiera producido «de propósito» [*on purpose*] podían

⁹⁹ Kelsen (nota 97), p. 72, similar, p. 144. Posteriormente, Kelsen caracterizaría la relación entre «*Sein*» y el sujeto de la norma «imputación» y emplearía el término imputación sólo como analogía de la causalidad científica. Cfr. H. KORIATH, *Grundlagen strafrechtlicher Zurechnung* (1994), pp. 146 ss., 149.

¹⁰⁰ Cfr. JAKOBS (nota 90), lección 6, nm. 1.

¹⁰¹ ROXIN, (nota 6), § 10, nm. 55: «¿Cómo debe establecerse la relación entre el sujeto del delito y el resultado?». Vid. asimismo FRISCH, «Zum gegenwärtigen Stand der Diskussion und zur Problematik der objektiven Zurechnungslehre», GA 2003, pp. 719, 725-26.

¹⁰² Cfr. ROXIN, «Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht», en: LH Honig (1970), pp. 132 ss., 134, apelando a Honig; vid. asimismo MAIWALD (nota 97), pp. 465 ss.; HASSEMER, «Person, Welt und Verantwortlichkeit. Prolegomena einer Lehre von der Zurechnung im Strafrecht», en: K. Lüderssen (editor), *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse?* Band I: *Legitimationen*, 1998, pp. 354-355. FRISCH, en LH Roxin (2001), pp. 214-15.

¹⁰³ Cfr. JAKOBS, en *Verantwortung* (2000), p. 65.

¹⁰⁴ Cfr. HARDWIG (nota 98), p. 4: «Una vez realizado el tipo penal incluyendo la antijuridicidad y la culpabilidad, es cuando se le imputará la acción al autor como propia». Frente a ello, KRAUS, *Die Zurechnung des Erfolges im Unrechtstatbestand* (1963), p. 6, construía la imputación desde la perspectiva del injusto penalmente relevante presuponiendo la distinción entre antijuridicidad y culpabilidad. Aparentemente distinta era la postura de Kelsen (nota 99), pp. 73 ss. y 143 ss., quien consideraba la «culpabilidad» como imputación del resultado externo «querido» en un sentido jurídico-ético, esto es, normativo (en lugar de psicológico), si bien concibiéndolo únicamente como imputación bormativa («el deber ser») en el sentido expuesto en el texto.

¹⁰⁵ HONIG, *Kausalität und objektive Zurechnung*, en: LH R. von Frank (1930), p. 174. Vid. MAIWALD (nota 97), pp. 465 ss., para una reivindicación reciente de la teoría de Honig. No está de más recordar que Honig fue expulsado de su cátedra en Göttingen por los nazis y exiliado a Turquía y posteriormente a Estados Unidos, si bien no ejerció influencia alguna en el Derecho penal norteamericano.

¹⁰⁶ LARENZ, *Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung*, 1927.

¹⁰⁷ HONIG (nota 105), p. 184 y *passim*.

serle imputados¹⁰⁸. Además, la persona no sólo ha de haber tenido la posibilidad de controlar el curso causal del suceso sino ser realmente capaz de ejercer ese control¹⁰⁹. El punto de vista de Honig fue posteriormente normativizado y complementado con un amplio marco de criterios legales y normativos¹¹⁰, especialmente por Claus Roxin¹¹¹. Ello conllevó también un cambio de perspectiva sobre la función de la imputación objetiva: algunos penalistas dejaron de considerarla únicamente como una forma de restringir la ilimitada causación natural sino como una teoría fundacional de la responsabilidad penal como tal¹¹². En cualquier caso, la nueva comprensión de la imputación normativa requiere en esencia que la acción sometida a consideración cree o aumente —desde una perspectiva *ex ante*— un riesgo para un bien jurídico determinado, y que ese riesgo haya sido —desde una perspectiva *ex post*— específicamente realizado en el resultado¹¹³. Existe una cierta afinidad entre esta doctrina y la teoría de la causa próxima propia del derecho anglo-americano, al menos en el sentido de que no son entendidas como restricciones puramente naturalísticas de la causalidad sino como teorías normativas¹¹⁴.

3. DERECHO PENAL INTERNACIONAL, EN PARTICULAR EL ESTATUTO DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL, Y LA CUESTIÓN DEL SISTEMA

De un detenido análisis de la jurisprudencia y textos del Derecho penal internacional en relación con la parte general y la estructura del delito¹¹⁵ se deriva un siste-

¹⁰⁸ HONIG (nota 105), p. 184: «Zurechenbar ist demnach derjenige Erfolg, welcher als zweckhaft gesetzt gedacht werden kann».

¹⁰⁹ HONIG (nota 105), p. 187 y *passim*.

¹¹⁰ Cfr. MAIWALD (nota 97), p. 474 ss.; FRISCH (nota 101), p. 721; C. HÜBNER, *Die Entwicklung der objektiven Zurechnung* (2004), pp. 125 y ss.

¹¹¹ ROXIN (nota 102).

¹¹² HÜBNER (nota 110), p. 69.

¹¹³ Pueden encontrarse los detalles en cualquier manual alemán de Derecho penal. Vid. por ejemplo ROXIN (nota 6), § 1, marg. 39-136; Vid. asimismo FLETCHER (nota 41), pp. 495-96; para un análisis más detallado vid. HÜBNER (nota 110), pp. 154 ss., quien propone una combinación de la «finalidad objetiva» de Honig y el concepto normativo de riesgo permitido (*ibid.*, pp. 291, 294, 301-02). Para una crítica en profundidad FRISCH (nota 102), pp. 733 ss., afirmando que la atención debería situarse en la conducta típica y no sólo en el resultado causado. Para una defensa reciente SCHÜNEMANN (nota 977), pp. 213 ss.

¹¹⁴ Cfr. M. S. MOORE, *Causation*, en: Dressler (nota 57), vol. 1, pp. 150, 152, 158. Para una primera aproximación a la imputación normativa desde una perspectiva anglo-americana, vid. A. V. HIRSCH: «Extending the Harm Principle: "Remote" harms and fair imputation», en: Simester y Smith (editores), *Harm and Culpability*, 1996, pp. 259, 265 ss., invocando principios de imputación justa para resolver la imputación de los riesgos remotos. Vid. asimismo TADROS (nota 96), p. 236, definiendo su atribución-responsabilidad como «la determinación de si un agente es responsable de una acción particular o de un estado de cosas» y considerando que para ello es central la causalidad.

ma bipartito en la línea de la distinción anglo-americana entre *actus reus/mens rea* versus causas de exclusión de la responsabilidad [*defences*]¹¹⁶.

Esta estructura bipartita desconoce elementos inalienables del sistema, ya expuestos más arriba. En primer lugar, no distingue entre elementos subjetivos (psico-

TABLA 3: *La estructura del delito en el Derecho penal internacional*

I. Delito/responsabilidad individual/imputación	
1. Elementos objetivos (<i>actus reus</i>)	
a) Participación 1) Autoría (directa/inmediata) 2) Coautoría, incluyendo organizaciones criminales (I, II) 3) Autoría indirecta, especialmente a través del control en virtud de organizaciones jerárquicas 4) Complicidad: inducción/instigación/incitación y participación/ayuda	b) Extensiones de la responsabilidad/atribución 1) Mando/responsabilidad superior 2) Tentativa 3) Otras contribuciones a crímenes colectivos/en grupo, incluyendo conspiración (<i>sic</i>), organizaciones criminales (III)
2. Elementos subjetivos (<i>mens rea in the broad sense</i>)	
II. Defensas/circunstancias excluyentes de la responsabilidad	
1. Causas sustantivas («materiales»)	2. Otras causas («procesales»)
a) Exclusión completa de la responsabilidad (culpabilidad) debido a efectos mentales u otros (embriaguez) b) Legítima defensa c) Obediencia debida d) Estado de necesidad, especialmente amenazas a la vida e) Error de hecho/de derecho	a) Inmunidades b) Amnistías, perdones, otros

¹¹⁵ Vid., para un amplio análisis, AMBOS, AT (nota 9), partes 1.ª y 2.ª; el mismo, «La construcción de una parte general del derecho penal internacional», *Revista Penal*, 2006, pp. 17, 5 ss. (p. 23). Vid. también SATZGER, *Internationales und europäisches Strafrecht*, 2005, § 14 nm. 17.

¹¹⁶ HUSAK (nota 15), p. 123, se refiere también a este sistema como modelo «dualista». De hecho, dada la dicotomía entre *actus reus/mens rea* y entre *offences/defences* podría hablarse de un «doble dualismo».

lógicos) del delito en el sentido del dolo del hecho [*Tatvorsatz*] e intenciones específicas de una parte [descriptive *mens rea*], y la reprochabilidad del hecho expresada a través de un nivel autónomo (terciario) de culpabilidad (normativa) [normative *mens rea*], de otra (cfr. la tabla 2). En segundo lugar, no distingue tampoco entre antijuridicidad/justificación y culpabilidad/exculpación como la estructura bipartita o tripartita del delito según es aplicada en los sistemas de ascendencia germana (tabla 2). Así, parece que han de considerarse correctas las afirmaciones de Fletcher de que «el sistema bipartito está ahora incorporado a la estructura básica de Estatuto de la Corte Penal Internacional» y que «el modelo del sistema anglosajón prevalece en el diseño de la ley sustantiva»¹¹⁷. La cuestión es, no obstante, si el Estatuto realmente ha tomado partido por la cuestión del sistema, es decir, si realmente tenía en mente el legislador un determinado sistema a la hora de su desarrollo. Tal como expondré en su momento, no es este el caso, ni durante las reuniones preparatorias del Comité celebradas en Nueva York ni en la Conferencia de los países miembros en Roma. Como interpretación específica de las normas pertenecientes a la «Parte General» (Parte III) del Estatuto de la Corte se refiere Fletcher a los arts. 30 a 32, sin proceder, no obstante, a un análisis más detallado. Así, debemos plantearnos la cuestión relativa a qué conclusiones pueden extraerse de éstas y, eventualmente, otras disposiciones de la Parte General.

El art. 30 define el elemento subjetivo como «intención y conocimiento» [«intent and knowledge»] (párrafo 1). La intención es definida por el término «proponerse», o bien «incurrir en» (en relación con una conducta) o «causar» (en relación con una consecuencia); es decir, una causación intencionada, perseguida (párrafo 2). Asimismo, una persona actúa intencionadamente cuando es «consciente» de que una determinada consecuencia «se producirá en el curso normal de los acontecimientos» (párrafo 2b); es decir, la intención engloba también los supuestos de causación consciente en relación con las consecuencias. En otras palabras, la intención tiene un doble significado, tanto volitivo como cognitivo, de igual modo que en el derecho anglosajón la intención consiste en la intención en sentido estricto y la práctica certeza¹¹⁸, y de igual modo que en el derecho continental el dolo posee un elemento volitivo y uno cognitivo. Más recientemente, el Tribunal Internacional de la antigua Yugoslavia ha manejado la misma definición de intención en el caso Oric¹¹⁹. Por lo que respecta a

¹¹⁷ FLETCHER (nota 8), pp. 71 and 72.

¹¹⁸ Vid. § 2.02(2)(a) *Model Penal Code*, donde se emplea «de propósito» («purposely») y conscientemente [«knowingly»]. Esta terminología es más clara que el uso de intención («intent») en el art. 30, dado que este término posee un doble sentido (en la misma línea FLETCHER, nota 8, pp. 458).

¹¹⁹ Sentencia 30 June 2006, Caso n.º. IT-03-68-T, párrafo 279: «elemento cognitivo del conocimiento y un elemento volitivo de aceptación...»; también párrafo 288.

las diferencias entre el derecho anglosajón y continental con relación al dolo eventual y la figura de *recklessness* el art. 30 guarda silencio, o al menos no resulta concluyente. La definición de «conocimiento» como «conciencia de que existe una circunstancia o se va a producir una consecuencia en el curso normal de los acontecimientos» (párrafo 3) puede ser interpretada incluyendo el dolo eventual o no incluyéndolo; ello en última instancia dependerá del concepto de dolo eventual que cada uno maneje. En cualquier caso, el párrafo 3 incluye, *a fortiori*, la llamada *Cunningham recklessness* (subjetiva) en el sentido de la «asunción consciente de un riesgo injustificado»¹²⁰.

Por lo que respecta al art. 31, que incorpora las «circunstancias eximentes de la responsabilidad criminal», hay muchas cosas que pueden decirse (por ejemplo, citando a Fletcher, que no hace «muy buen trabajo a la hora de articular una teoría ya de la justificación ya de la culpabilidad») ¹²¹, salvo que adopte una clara preferencia por un sistema en detrimento de otro. En primer lugar, tal precepto, en palabras de Per Saland, presidente del grupo de trabajo sobre principios generales en la Conferencia de Roma, «fue quizá el más difícil de negociar...dadas las diferencias conceptuales existentes al respecto en los distintos sistemas legales»¹²². El término circunstancias [«grounds»] (eximentes de la responsabilidad criminal) en lugar de «defences» fue elegido deliberadamente en orden a evitar desde un principio las interpretaciones asentadas en el sistema anglosajón que el mismo implicaba¹²³. Ciertamente, la terminología elegida deja claro que el precepto se refiere a «defences» sustantivas, adoptando por tanto una concepción estricta excluyente de supuestos de índole procesal, tales como el *ne bis in idem* o —en la mayoría de los sistemas— la prescripción¹²⁴. Al mismo tiempo, el precepto no distingue entre justificación y culpabilidad, al menos no de modo explícito. De hecho, mezcla circunstancias excluyentes entre sí que tradicionalmente —en los sistemas continentales— pertenecen o bien a las causas de justificación (legítima defensa) o bien a la culpabilidad (defectos mentales, embria-

¹²⁰ Cfr. *Model Penal Code* sección 2.02 (c): «conscientemente desatiende un riesgo serio e injustificable»; Vid. también ASHWORTH (nota 20), p. 182; SIMESTER y SULLIVAN, *Criminal Law: theory and doctrine*, 2.ª ed., 2004, pp. 140 y ss. De acuerdo con SHUTE (nota 58), pp. 17-18, el conocimiento y/o la creencia son los «los elementos básicos que subyacen a toda definición subjetivista defendible de *recklessness*». Para un término medio entre esa concepción subjetiva y un concepto objetivo de *recklessness* orientado al deber de cuidado con relación a riesgos concretos. Vid. TADROS, (nota 96), pp. 227-28, 257-58 y *passim*.

¹²¹ FLETCHER (nota 8), p. 448.

¹²² P. SALAND, *International criminal law principles. In The International Criminal Court. The Making of the Rome Statute. Issues, negotiations, results*, pp. 189, 206 (R. Lee ed., 1999).

¹²³ Cfr. AMBOS, «The general principles of the Rome Statute», *Crim. L. Forum*, 10 (1999), pp. 1-32, p. 2; vid. también SALAND (nota 122), p. 207.

¹²⁴ Apelando a un uso más sofisticado del término de «defences», vid. GARDNER, «Fletcher on offences and defences», *Tulsa L. Rev.*, 39 (2004), p. 817, y DUFF (nota 84), p. 831.

guez), o bien —dependiendo de su exacta codificación— a ambas (la necesidad como justificación, la coacción como circunstancia exculpante)¹²⁵. En concreto, la asunción de coacción como una circunstancia excluyente de la responsabilidad cuando se actúa bajo «la amenaza de muerte inminente o de lesiones corporales graves continuadas o inminentes» para uno mismo u otra persona —dejando a un lado, tal como ya ha sido mencionado, el caso Erdemovic del Tribunal para la antigua Yugoslavia¹²⁶— puede ser interpretado como una concesión a la tradición del derecho continental, acaso como una tardía rehabilitación de la solución de Kant al caso de la tabla de Carneades.

En cuanto a la regulación del *error*, el párrafo 1 del art. 32 reconoce un efecto excluyente de la responsabilidad del error de hecho «si hace desaparecer el elemento de intencionalidad requerido por el crimen». Nos hallamos ante el error que excluye la *mens rea* propia del derecho anglosajón [§ 2.04 1 (a) del *Model Penal Code*], pero que también es reconocido en el derecho continental como «error de tipo», *Tatbestandsirrtum*, etc. Así, mientras el párrafo primero no adopta prevalencia alguna por uno u otro modelo, el párrafo segundo, al establecer como principio la doctrina de la *ignorantia iuris* —que ya hemos criticado *supra*¹²⁷— se orienta claramente a favor de la tradición del *common law*. De hecho, la redacción final se basó esencialmente en una propuesta de la delegación canadiense en Roma. Aplicado estrictamente, ello llevaría a un incremento de la criminalización, desconociendo el principio de culpabilidad (el cual, si bien no de modo explícito en el Estatuto de la Corte, está ampliamente reconocido en el Derecho penal internacional desde Nuremberg¹²⁸). Tómese, por ejemplo, el supuesto —factible en la práctica— de que un soldado mate a civiles obedeciendo una orden y creyéndola legal. En dicho supuesto, el autor actúa con dolo y en este sentido realiza tanto el aspecto objetivo (*actus reus*) como el subjetivo (*mens rea*) del crimen de guerra del homicidio a civiles. Su posible error referido a la validez y el efecto eximente de la orden —es decir, un *error iuris*— sería irrelevante, dado que la cláusula primera del art. 32.2 excluye todo efecto eximente del mismo. Si bien para el supuesto especial de la orden de un superior, dicha situación

¹²⁵ Para un análisis detallado, vid. AMBOS (nota 73), pp. 1027 ss.

¹²⁶ Cfr. *supra* nota 73 y texto principal.

¹²⁷ FLETCHER (nota 8), p. 469, considera esto con razón una «muy desafortunada regresión».

¹²⁸ Tal como he expuesto en otro lugar, el principio de culpabilidad puede inferirse del art. 21, ya como un principio general del Derecho, ya como emanación de la costumbre (K. AMBOS, *Internationales Strafrecht* 2006, § 7 n.m. 9). Fue ya reconocido en Nuremberg (AMBOS, *supra* nota 115, p. 86-7, 125, 361; de acuerdo JESCHECK, «The general principles of Int. Cr. L. set out in Nuremberg as mirrored in the ICC Statute», 2 JICJ 44-45 [2004]) y por la Cámara de Apelaciones del Tribunal para la antigua Yugoslavia (caso Tadic, 15 July 1999 [IT-94-1-A], párrafo 186).

aparece paliada en la cláusula segunda del art. 32.2, en la que se ofrece una excepción en relación con el art. 33.1 b) en lo referido a crímenes de guerra (art. 32.2 a contrario)¹²⁹, el problema general de la poca sensibilidad de la teoría de la *ignorantia iuris* para la culpabilidad (normativa) del acusado permanece incólume. Tal problema general sólo puede ser remediado a través de una aproximación más flexible a los supuestos de errores sobre la antijuridicidad, dada la creciente complejidad del Derecho penal (internacional). Así, un criterio de *evitabilidad* o incluso de *razonabilidad* aplicado caso por caso posibilitaría soluciones prácticas y justas¹³⁰. De cualquier modo, lo cierto es que el art. 32.2 se basa en la doctrina del error propia del *common law*, si bien la abolición de la doctrina de la *ignorantia iuris* en los sistemas de derecho continental data de fecha reciente¹³¹, y en absoluto se extiende a todos ellos.

Existen otras disposiciones en el Estatuto de Roma que pueden ser interpretadas en una u otra dirección, es decir, expresando preferencias por el sistema anglosajón o por el continental. Así, por ejemplo, el reconocimiento de un estándar de actuación negligente en el art. 28 (responsabilidad del superior) parece implicar, dado el impacto normativo de la imprudencia mostrado *supra*¹³², que «en el Estatuto de Roma late un principio de responsabilidad normativa o culpabilidad»¹³³. En orden a tener la imagen completa, deben incluirse también las disposiciones de carácter procesal, las cuales muestran una tendencia «adversarial» o «inquisitorial». Tómese, por ejemplo, los arts. 64.8 a) y 65, que en principio parecen mostrar tales tendencias al introducir un procedimiento de admisión de culpabilidad modelado aparentemente según el *guilty plea* anglosajón (el art. 64.8 a) incluso emplea el término «*plead... guilty*» [declararse culpable]); un análisis más detenido, no obstante, revela que tal precepto invierte completamente el procedimiento clásico del *guilty plea* dejando en manos del Tribunal la cuestión de cómo tratar la declaración de culpabilidad, pudiendo bien aceptarla y dictar sentencia en virtud de la misma o bien solicitar del fiscal la presentación de otros medios de prueba, o incluso continuar con el proceso como si tal admisión de culpabilidad no hubiera tenido lugar (cfr. art. 65, párrafos 2 a 4); en

¹²⁹ Así, si el soldado desconoce la contrariedad a Derecho de la orden, tal error será considerado relevante (excluyendo el dolo). Ese privilegio para subordinados sólo puede explicarse en virtud de los compromisos y las relaciones de poder que presidieron las negociaciones de Roma, especialmente estando ante intereses militares. Thus, if the soldier does not know the unlawfulness of the order such a mistake will be considered relevant (as negating his or her mens rea). This privilege for subordinates can only be explained with the balance of power and sense of compromise lying over the Rome negotiations, especially as regards certain military interests.

¹³⁰ Vid. AMBOS (nota 115), pp. 822 ss.

¹³¹ En Alemania se remonta a la BGH, nota 66.

¹³² Vid. nota 24 y texto.

¹³³ Cfr. FLETCHER (nota 8), p. 472.

cualquier caso, «[l]as consultas que celebren el Fiscal y la defensa respecto de la modificación de los cargos, la declaración de culpabilidad o la pena que habrá de imponerse no serán obligatorias para la Corte» (art. 65.5).

Todo ello confirma que el Estatuto de Roma no determina la cuestión del «sistema». Pretender encontrar una decisión al respecto en el Estatuto supondría elevarla ficticiamente el nivel teórico y la profundidad de las discusiones de Nueva York y Roma, sobrestimando al mismo tiempo los conocimientos de la gran mayoría de los negociadores (diplomáticos, por lo general, y no juristas; desde luego no penalistas). A cambio, subestimaría el clima intensamente politizado de las negociaciones, lo que sólo podría ser percibido por quienes tomaron parte en las mismas, como este autor, como una suerte de *wishful thinking* académico alejado de la realidad de las negociaciones diplomáticas internacionales.

4. CONCLUSIÓN

Si, como se ha asumido en este trabajo, el Estatuto de Roma no resuelve la cuestión acerca del sistema, la labor de los juristas en materia de Derecho penal internacional acaba de empezar. En este sentido, puede considerarse acertada la invocación de Fletcher del art. 21.1 c) del Estatuto del Tribunal Penal Internacional interpretándolo como un punto de partida para que los juristas de Derecho penal comparado puedan realizar el proyecto de «inferir desde su base una síntesis comparativa»¹³⁴. Es también cierto que el Estatuto de Roma conlleva una «influencia de arriba abajo» en las leyes penales nacionales¹³⁵. De hecho, su necesaria implementación en los —en el momento de escribir estas líneas (1 de marzo 2007)— 104 países miembros no sólo ha generado un nuevo ámbito de investigación dentro del Derecho penal internacional¹³⁶ sino que también les obliga a repensar las soluciones tradicionales establecidas

¹³⁴ FLETCHER (nota 8), p. 492.

¹³⁵ *Ibid.*

¹³⁶ Podría denominarse «investigación de implementación». Vid. el proyecto *National Prosecution of International Crimes* del Max Planck Institute for Foreign and International Criminal Law, diseñado originalmente por A. Eser and H. Kreicker, que dio lugar a la publicación de los estudios sobre 23 países (contando América latina como un solo estudio) en 6 volúmenes (2003-2005) y un resumen comparativo en el séptimo volumen (2006). Vid. también *The Rome statute and domestic legal orders* vol. 1 (Kreß/Lattanzi eds.), *General aspects and constitutional issues* (2000) and vol. 2 *Constitutional issues, cooperation and enforcement* (2005). Para América latina vid. el trabajo del «Grupo Latinoamericano de Estudios sobre Derecho Penal Internacional» (Programa de Estado de Derecho para América del Sur de la Konrad-Adenauer-Stiftung y Departamento de Derecho Penal Extranjero e Internacional del Instituto de Ciencias Criminales de la Universidad de Göttingen, «http://lehrstuhl.jura.uni-goettingen.de/kambos/Forschung/laufende_Projekte.html») con sus últimas publicaciones: *Dificultades jurídicas y políticas para la ratificación o implementación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional* (Ambos,

en sus respectivas leyes penales y procesales. Tal proceso de replanteamiento debe venir acompañado de una sólida base de Derecho penal comparado que parta de una clarificación conceptual¹³⁷ y para este propósito la contribución de grandes dogmáticos como Enrique Gimbernat es indispensable. También es de suma importancia el trabajo dogmático-conceptual para evitar que las conquistas jurídico-estatales que, en el marco de un liberal derecho penal del ciudadano, se han conseguido con mucho esfuerzo desde la Ilustración, fueran sacrificados en el altar de un *neopunitivismo* humanitario que no puede distinguir los principios del derecho penal de los principios programáticos humanitarios y exige el castigo a cualquier precio¹³⁸. La consecuencia sería, de hecho, un *derecho penal internacional del enemigo*¹³⁹, que ignora todo aquello que sus apologetas humanitarios —cuando no se trata de delitos graves contra la humanidad— defienden: precisamente las garantías y principios jurídico-estatales de un derecho penal ilustrado (humanitario).

Malarino y Woischnik, eds., 2006) y *Cooperación y asistencia judicial con la Corte Penal Internacional* (Ambos, Malarino y Elsner, eds., 2007).

¹³⁷ Sobre los principios *nullum crimen* y *nulla poena* en Derecho penal internacional, ver al respecto K. AMBOS, «Nulla poena sine lege in international criminal law», en: Haveman y O. Olusanya (eds.), *Sentencing and sanctioning in supranational criminal law*, Antwerpen et al. 2006, pp. 17-35.

¹³⁸ Especialmente en Latinoamérica y sobre la jurisprudencia expansiva de derechos humanos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, instructivo PASTOR, NDP 2005 A, 73 ss. Ver también YACOBÜCCI, en: Cancio Meliá y Gómez-Jara, *Derecho penal del enemigo*, p. 1101.

¹³⁹ Sobre mi posición al respecto ver Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht 124 (2006), pp. 1 ss. (en español en C. Meliá y Gómez-Jara, *Derecho penal del enemigo*, Madrid y Buenos Aires-Montevideo, 2006, volumen 1, pp. 119 ss.) y la versión española más extensa y actualizada publicada en *El derecho penal frente a amenazas extremas*, Cuadernos «Luis Jiménez de Asúa», 2007. Allí se encuentra también mi réplica a la última crítica de Daniel Pastor en Cancio Meliá y Gómez-Jara, op. cit., pp. 489, 496 y 517.

¿Tiene futuro la ciencia total del Derecho Penal en España?

Rocío CANTARERO BANDRÉS
Catedrática de Derecho Penal
(Universidad de La Rioja)

Laura ZÚÑIGA RODRÍGUEZ
Profesora Titular de Derecho Penal
(Universidad de Salamanca)

1. INTRODUCCIÓN

Los penalistas de varias generaciones, tanto en España como en Iberoamérica, han adoptado como punto de partida para su formación una pregunta que se hiciera el profesor Gimbernat en los años setenta¹, ésta es, ¿tiene futuro la dogmática jurídico-penal? No es para menos, detrás de este interrogante laten cuestiones fundamentales de la disciplina: el método y el objeto del Derecho Penal, sus relaciones con otras ramas del ordenamiento jurídico, sus vinculaciones con las disciplinas afines como la Criminología y la Política Criminal, la relación entre teoría y práctica, en suma, los fundamentos sobre los cuales se alza el edificio teórico de lo que denominamos «Derecho Penal».

Es preciso evocar que cuando se publicó este trabajo, en España el régimen de gobierno era dictatorial, no existía aún una democracia representativa, por lo cual, era importante reivindicar el aspecto garantista y limitador del Derecho Penal, el cual podía ejercer plenamente un conocimiento con bases sólidas como la dogmática, cuyo desarrollo influenciado por la doctrina alemana, había alcanzado grandes dosis de predictibilidad y seguridad jurídica. Las cuestiones más importantes del mo-

¹ Publicado por primera vez en España en, del mismo, *Problemas actuales de Derecho Penal y procesal*, Universidad de Salamanca, 1971, pp. 87-109. En Iberoamérica se publica en AA.VV., *Problemas actuales de las ciencias penales y de la Filosofía del Derecho. En homenaje al Profesor Jiménez de Asúa*, Buenos Aires, Ediciones Panedille, 1970, pp. 495-523. Y, también, publicado en Alemania con el título «Hat die Strafrechtsdogmatik eine Zukunft?», en ZStW, 1970, n.º 28, pp. 379-410. Posteriormente se ha publicado en, del mismo, *Estudios de Derecho Penal*, Madrid, Civitas, 1976, con varias ediciones, refiriéndose este trabajo a la 2.ª ed., 1981, pp. 105-130.