

TIEMANN, Susanne: «Kriminalität oder Grauzone im Gesundheitswesen» (Criminalidad o zona gris en materia de salud). Págs. 2621-6222.

La autora se enfrenta así al artículo ya mencionado de Müller/Wabnitz en NJW 1984, págs. 1785-1791.

KNAUTH, Alfons: «Hehlerei an durch Scheckeinreichung erlangten Bargeld?» (¿Receptación de dinero en efectivo conseguido a través de la presentación de un cheque?). Págs. 2666-2669.

WEIDEMANN, Jürgen: «Zur Bedeutung der Vorsatzart bei der Frage der Versuchsbeendigung» (Acerca de la importancia de la clase de dolo para la cuestión de si la tentativa tiene carácter de acabada o no). Págs. 2805-2806.

De la mano de una sentencia del BGH de 14 de febrero de 1984, que resuelve la cuestión de si la tentativa es acabada o no, según el autor actúe con dolo directo o con dolo eventual, el abogado Weidemann analiza este tema, comparando esta sentencia con otra del BGH, publicada en NJW 1983, página 746. La conclusión a que llega es que la diferenciación entre las clases de dolo en el marco de la investigación sobre el carácter acabado o inacabado de la tentativa conduce a error y no debe tenerse en cuenta.

MIGUEL DÍAZ Y GARCÍA,

Encargado de Curso de Derecho penal. Universidad de León

ZEITSCHRIFT FÜR DIE GESAMTE STRAFRECHTSWISSENSCHAFT (ZStW)

Tomo 96, 1984, fascículo 1

KINDHAUSER, Urs Konrad: «Der Vorsatz als Zurechnungskriterium» (El dolo como criterio de imputación).

Sorprende en este artículo tanto el método empleado como las conclusiones a las que llega el autor. En cuanto al método, Kindhäuser se sirve únicamente de argumentaciones de carácter semántico, es decir, basadas en la estructura del lenguaje; deja de lado voluntariamente otro tipo de razonamiento, como pudieran ser los basados en la teoría de la norma, en la antropología o psicología, y en la dogmática, para analizar desde un punto de vista lingüístico el dolo y sobre todo la acción. Para ello, el autor se ha servido sustancialmente de bibliografía escrita en lengua inglesa. El punto de partida de este análisis es la constatación de que las definiciones al uso sobre el dolo (conocer y querer la realización del tipo) no profundizan en estos componentes ni justifican la inclusión del elemento volitivo; por ello un sector doctrinal ha reaccionado contra un concepto de dolo no razonado

ni depurado (Schmidhäuser, Ross, Hruschka). El objetivo de Kindhäuser consiste en demostrar que el querer no es un elemento del dolo.

Para ello necesita dar un rodeo y partir de un concepto (semántico) de acción y, aún más, de un concepto de atribución de acción a un ser humano; la acción no es ni un concepto ontológico —como quería el finalismo— ni un mero movimiento corporal —como quería la teoría clásica del delito—: para demostrar que la acción no es algo ontológico, el autor de este trabajo contrapone la frase «la lámpara da luz» a la frase «A ha engañado a B»; la primera supone un juicio teórico que implica un conocimiento de las condiciones o propiedades de una cosa; sin embargo, la segunda frase sólo tiene sentido desde unas reglas o convenciones no expresadas y por ello recibe el nombre de juicio práctico. Tampoco es la acción un movimiento corporal; pues si así fuera, se produciría el llamado «efecto acordeón», es decir se impediría individualizar la acción dado que se producen innumerables sucesos como consecuencia de la puesta en marcha de un proceso por un movimiento corporal: si alguien aprieta el gatillo de un arma contra una ventana y el proyectil destroza el cristal y alcanza a una persona, se puede decir que el sujeto ha producido daños, pero también que ha matado; ¿cómo determinar entonces si se puede atribuir a ese sujeto una o varias acciones? Por otro lado, un mismo movimiento corporal (por ej.: levantar la mano) puede tener diversos significados (votar en una asamblea, saludar, señalar...), por lo que tampoco sirve para atribuir una acción a un sujeto. El único criterio cierto de la acción es el de la creatividad (*Urheberschaft*).

Es inmanente a la acción un esquema teleológico, una estructura final. Dentro de esta estructura final se aprecia un aspecto objetivo que se concreta en las relaciones del tipo «mediante» (*Dadurch-dass-Relationen*), en las que se expresa la posibilidad objetiva de la realización de un acontecimiento mediante un hacer (por ej.: A mata a B mediante un disparo). Pero también existe un aspecto subjetivo en las relaciones del tipo «para» (*Um-zu-Relationen*), que tienen una función de aclaración, explicando por qué el que actúa hace algo (ej.: A estudia Derecho para ser abogado). Estas relaciones de generación subjetiva se expresan mediante proposiciones o silogismos en que la conclusión se denomina «acción base», en tanto que las acciones de las premisas reciben el nombre de «acción mediadora». Una vez vista la estructura teleológica, en sentido objetivo y subjetivo, de la acción, Kindhäuser indica los elementos de esa estructura: el primer elemento es la contrafactividad, es decir la creación de una transformación en el mundo; además de este elemento existen tres «controles»: el hacer, el estar en la situación y la aparición del resultado.

A partir de este concepto y de esta estructura de la acción se extraen diversas consecuencias: el elemento volitivo carece de función en la acción, y esto ocurre tanto en el dolo directo (equivalente a nuestro dolo directo de segundo grado como en el eventual: el que incendia una casa sabiendo que hay personas dentro para cobrar el seguro, no se puede decir que **quiera** matar a esas personas; lo mismo ocurre si se encendía la casa con el mismo fin sin saber con seguridad si en su interior se encuen-

tra alguna persona: el que actúa tampoco quiere matarlas. En esto, como en lo que vamos a ver a continuación, las consideraciones del autor de este trabajo se acercan a las que en su día efectuara en España Gimbernat rechazando el elemento volitivo en el dolo directo de segundo grado y en el eventual (Cfr. sus *Estudios de Derecho penal*, 2.ª ed., 1981, pp. 171-199, especialmente 181-191). Kindhäuser continúa oponiéndose a las expresiones doctrinales más frecuentes referidas al dolo eventual: «acceptar», «estar de acuerdo», «consentir» o «conformarse con», porque, en primer lugar, no pueden equipararse a un «querer» aun «perseguir» o a un «pretender»; tampoco suponen aquellas expresiones un «minus psíquico» frente a éstas: «acceptar» no es una postura que se pueda intensificar progresivamente hasta un querer; en segundo lugar, las formulaciones usuales sobre el dolo eventual hacen referencia a un tercero, no al que actúa (si A quiere tomarse una taza de té, no «accepta» tomársela; se acepta o se conforma uno con que la hija no se case en conformidad a su posición social o que el político de ideología contraria gane las elecciones). Por último, esas expresiones no sirven como criterio de atribución de una acción: si alguien acepta algo, no se aclara lo que hace, pues queda sin responder si, en relación con lo aceptado, hace efectivamente algo. En definitiva: lo decisivo no es la intencionalidad ni el plan del autor: «Nuestra lengua —dice Kindhäuser— no conoce un concepto de querer que no se pueda representar en la forma de relaciones del tipo 'para'. Y puesto que esta teleología forma parte ya de la estructura de la acción, el pretendido elemento volitivo del dolo carece de función. Aceptado esto, el paso siguiente es el rechazo de las comúnmente llamadas clases de dolo; el denominado dolo eventual es por tanto el modelo o base del dolo.

La distinción entre dolo e imprudencia la ve el autor de este artículo no en una diferente estructura de la acción, sino en la forma de control de la acción, que se presenta de forma disyuntiva: como control actual aparece el actuar doloso, como control potencial tendremos el actuar imprudente. «Actúa dolosamente quien parte de que puede verificar un tipo legal mediante su hacer. Actúa imprudentemente, por el contrario, quien podría partir de que puede verificar un tipo legal mediante su hacer». Kindhäuser es consciente de que si se rechaza todo elemento volitivo en el dolo, el problema que automáticamente se plantea es el de su distinción con la culpa consciente; a pesar de ello cree poder resolver la cuestión: la imprudencia consciente se caracteriza por un error en la evitabilidad del resultado (error sobre un poder preventivo); el que actúa se equivoca en relación a su competencia de acción preventiva, pero no en referencia al conocimiento sobre la posibilidad objetiva de la aparición del resultado. Ejemplo: A efectúa un trabajo de soldadura sin tomar medidas de precaución, aunque sabe que cerca de él se encuentran materiales explosivos o aptos para provocar fuego; si A explica que las razones por las que excluía la verificación del resultado consistían en su técnica de soldadura o en sus intentos de evitar las chispas, el juez deberá apreciar imprudencia; pero si A ejecutaba su trabajo «al buen tuntún», sin equivocarse sobre la ausencia de su capacidad para evitar el resultado, entonces el juez deberá estimar una acción dolosa.

Kindhäuser trae a colación el caso de Edipo (error in persona relevante); para analizarlo, contrapone dos frases: «A mató a un extraño» y «A mató a su padre»; en ambos casos la acción base consiste en que A clavó su espada en el corazón de su oponente, pero sólo en la primera frase tenía A la posibilidad de verificar el resultado de la acción de forma controlada; luego únicamente puede atribuirse a A la primera frase, pero no la segunda.

Por último, hay que mencionar otro sector donde resulta de aplicación el modelo teleológico de acción que se propone en este artículo: se trata del problema de la unidad y pluralidad de hechos. Kindhäuser no acepta el criterio upsual de individualización del hecho en base a una única «manifestación de voluntad» (así, Maurach) y propone afirmar unidad de hecho cuando dos o más atribuciones de acciones referidas a una persona se encuentran en una conexión de generación y pueden ser verificadas mediante una acción base; por el contrario, y según esto, deberá estimarse pluralidad de hecho si no es posible tal conexión de generación entre dos acciones.

Ante la presente aporación de Kindhäuser seguramente se podrá estar o no de acuerdo, desde su propio punto de partida, con las conclusiones a las que llega; pero hay que reconocer que éste es un trabajo elaborado e importante. Sin embargo, y aquí es donde más dudas le surgen al autor de esta recensión, parece discutible el punto de partida adoptado: analizar la teoría del delito **únicamente** desde una perspectiva semántica puede resultar arriesgado, porque el legislador no sólo se guía por el lenguaje, sino fundamentalmente por razones políticas.

DOLLING, Dieter: «Die Behandlung der Körperverletzung im Sport im System der strafrechtliche Sozialkontrolle» (El tratamiento de las lesiones deportivas en el sistema del control social juridicopenal).

Se aborda en este artículo el problema de los maltratos o lesiones efectuados en el desarrollo de los deportes; cuestión ésta que en España no ha sido tratada por los monografistas más recientes del delito de lesiones (que se han centrado ante todo en el tema del tratamiento médico), por lo que parece conveniente echar una ojeada a la situación doctrinal que se plantea en la República Federal Alemana y que se expone en el trabajo que se recensiona.

En primer lugar analiza Dölling en qué tipo de deportes se originan especiales problemas: los que se ejercitan en yuxtaposición, es decir, sin que los deportistas se enfrenten uno contra otro (por ejemplo: el esquí o la mayoría de los incluidos en el atletismo) no se apartan de las reglas generales sobre las lesiones dolosas o imprudentes, por lo que en ellos resulta posible una responsabilidad penal completa.

No ocurre lo mismo en los deportes de enfrentamiento con peligro de lesiones (entre los que se encuentran el fútbol, el balonmano o el hockey), caracterizados por una lucha que no llega a tener como objetivo la lesión del adversario, pero que conlleva una contraposición física con éste. El Derecho penal tiene que garantizar aquí, por un lado, la salud física de los juga-

dores, pero, por otro, no debe llegar tan lejos en esa protección que impida un desarrollo del juego con cierta libertad. La solución dogmática de las lesiones acaecidas en la práctica de este tipo de deportes ha sido de lo más variada, sustentándose diversas posiciones: la primera y todavía dominante es la que confiere al **consentimiento** los efectos de una causa de justificación; de esta manera serían conformes a Derecho las lesiones debidas a conductas efectuadas según las reglas del juego e incluso algunas conductas anti-reglamentarias, con excepción de las dolosas y las debidas a una imprudencia crasa. Dölling rechaza sin embargo, la opinión mayoritaria (e incluso las variantes de ésta) porque presupuesto de toda causa de justificación es una conducta típica, que precisamente falta en los casos en que ni siquiera se infringe el deber de cuidado; por otra parte, en las lesiones causadas imprudentemente el deportista perjudicado en realidad no consiente (ni en la acción ni en el resultado); la postura que justifica las lesiones deportivas mediante el consentimiento deja, por último, sin resolver la pregunta de por qué debe considerarse como un injusto la lesión antirreglamentaria dolosa. Otra opinión sustentada por diversos autores en la primera mitad de este siglo consiste en **negar la tipicidad** de los maltratos corporales realizados en los deportes; pero Dölling resalta lo insatisfactorio de esta solución cuando se producen no meros maltratos corporales (§ 223, I, primer inciso StGB), sino ataques contra la salud (223, 1, segundo inciso StGB) o incluso mermas en la integridad física (§ 224 StGB). Otra vía, propuesta expresamente por Zipf para este problema, es la de la **adecuación social**: para Zipf las lesiones leves producidas por conductas conformes a las reglas del juego o contrarias a ellas con imprudencia simple son adecuadas socialmente y quedan excluidas del injusto; en opinión de Zipf, que evidentemente sigue aquí a Welzel, una conducta es adecuada socialmente cuando se corresponde a la norma de conducta adecuada socialmente. Dölling se opone también a esta interpretación de la adecuación social y resalta la contradicción inserta en la concepción de Zipf: ¿cómo puede estimarse socialmente adecuada una conducta que es considerada por los círculos deportivos como contraria a las reglas y que resulta sancionada reglamentariamente? Una adecuación social configurada de esta manera parece remitirse al grado de frecuencia de una acción, y entonces quedaría sin fundamentar la exclusión de las lesiones graves que, sin darse tanto como las leves, se siguen produciendo en los terrenos de juego. Eser utiliza una vía próxima a la de la adecuación social para las lesiones deportivas: el **riesgo permitido**; según este criterio existe un interés general en el ejercicio de los deportes, interés general que debe prevalecer sobre la sanción penal de las lesiones leves, que conllevaría a la postre la desaparición de los deportes; a través del riesgo permitido, que en definitiva ostenta una estructura de contraposición de intereses, resultan conformes a Derecho las contravenciones leves de las reglas del juego. Es precisamente el carácter de causa de justificación del riesgo permitido, lo que no le resulta satisfactorio a Dölling; pues si se admite, opina él, una causa de justificación para las contravenciones leves, no se entiende entonces que se sanciona reglamentariamente (1). También rechaza el autor del artículo que se recensionan

(1) Se hace preciso advertir aquí que es opinión prácticamente unánime

las soluciones basadas en incluir las lesiones deportivas en el **ámbito exento de Derecho** («rechtserlassener Raum») o en **negar la culpabilidad**; la primera, por que genera una amplia inseguridad jurídica sobre los criterios que determinan que una lesión se encuentre fuera del Derecho (2); la segunda, porque no es una respuesta lobal para el problema planteado y que únicamente servirá para casos contados. Por último, Döllin pasa revista a una hipotética **solución procesal**: puesto que las lesiones dolosas e imprudentes son delitos privados, esto es, perseguibles sólo por querrela o, únicamente cuando existe un interés público en la persecución, por el Ministerio Fiscal, se podría decir que en la generalidad de los casos tal interés público no se da en las lesiones deportivas; pero esto no le agrada a Dölling, pues a su juicio supondría afirmar que las lesiones deportivas constituyen hechos punibles que no son perseguidos a pesar de la publicidad con que aquéllas se realizan; de esta manera se produciría una desvaloración del concepto de hecho punible, cuya función es la de aclarar los valores básicos de la sociedad al resaltar los atentados más graves a la norma.

Y con esto, llega Dölling a exponer su propia solución consistente en la adecuación social. Partiendo de la opinión de Welzel de que la abstracción de los tipos penales permite incluir en ellos conductas que se mueven en un orden normal de la vida, Dölling piensa que penar estos hechos sería disfuncional en la medida en que supondría sancionar la mayoría; ahora bien, esa adecuación social pertenece al tipo («causa especial de exclusión de la pena») y no constituye una causa de justificación como pensó el creador del finalismo en las ediciones cuarta a octava de su *Lehrbuch* y como

en la doctrina alemana que la antijuridicidad es común para todo el ordenamiento jurídico y que en consecuencia toda causa de justificación penal debe implicar asimismo la conformidad en cualquier rama del Derecho o, dicho de otra manera, que no es posible que una conducta justificada penalmente origine, por ejemplo, responsabilidad civil; todo ello se derivaría del principio de la unidad del ordenamiento jurídico; cfr., por todos, JESCHECK, *Tratado de Derecho penal*, t. 1, 1981, trad. Mir y Muñoz Conde, pág. 445. Sin embargo, en la doctrina española un sector sostiene que es posible que una conducta justificada penalmente dé lugar a responsabilidad civil, fundamentándolo en razones politicocriminales; en este sentido: QUINTANO, *Comentarios al Código penal*, 2.ª ed. por Gimbernat, 1966, pág. 291; CÓRDOBA, en *Comentarios al Código penal*, t. 1, 1976, pág. 949 s. (con jurisprudencia de esta dirección); LUZÓN PEÑA, *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, 1978, página 117; OCTAVIO DE TOLEDO, *Sobre el concepto del Derecho penal*, 1981, página 65; MIR, *Derecho penal* PG, 1984, pág. 6; CUERDA RIEZU, *La colisión de deberes en Derecho penal*, 1984, pág. 317, nota 118. En el sentido de la doctrina dominante alemana: ANTÓN ONECA, *Derecho penal* PG, 1949, págs. 186 y 606; RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español*, PG, 8.ª ed., 1981, págs. 386 y 485; COBO-VIVES, *Derecho penal*, PG, tt. 1 y 2, 2.ª ed., 1981, pág. 314 (con reservas en t. 3, 1982, pág. 22); SAINZ CANTERO, *Lecciones de Derecho penal*, PG, t. 2, 1982, pág. 336 s.; RODRÍGUEZ MOURULLO, *Derecho penal*, PG, 1978, págs. 343-344 (con matizaciones en «Consideraciones generales sobre la exclusión de la antijuridicidad», en *Libro Homenaje al Prof. J. Antón Oneca*, 1982, pág. 522); CARBONELL, *La justificación penal*, 1982, pág. 180; MUÑOZ CONDE, *Teoría general del delito*, 1984, pág. 92.

(2) En la doctrina española cfr. sobre esta teoría y las objeciones contra ella: GIMBERNAT, *Estudios de Derecho penal*, 2.ª ed., 1981, pág. 166 s.; CUERDA RIEZU, ob. cit., pág. 158 ss.

piensa todavía un sector de la doctrina alemana; la adecuación social sirve para reducir los tipos penales al ámbito de aplicación que les corresponde según el sentido y finalidad de las normas jurídicas penales, y por tanto hay que calificarla como un principio de interpretación para los tipos penales; de esta manera intenta el autor de este artículo no exponerse a la crítica que él mismo efectúa contra Zipf, puesto que para la adecuación social no basta la frecuencia de una conducta, sino que debe derivarse de una concepción teleológica-sistemática de los tipos penales y su relación con los órdenes sociales reconocidos jurídicamente. Lo más característico de la forma en que Dölling entiende esta institución reside en lo siguiente: la adecuación social coordina el Derecho penal con otros sectores parciales que regulan fracciones del sistema social; en algunos sectores puede ocurrir que determinados intereses están más expuestos a graves menoscabados que en la vida común, de manera que resultan insoportables en ésta, mientras que en el sector parcial se muestra como un injusto de bagatela que no resulta merecedor de pena. Si el ordenamiento jurídico sancionara penalmente estas lesiones de la misma manera que en la vida común, la funcionalidad del sector deportivo peligraría hasta el punto de poder quedar congelado. No se puede convertir el cuerpo del deportista en un tabú intocable. Esta adecuación social, no obstante, viene enmarcada por ciertos límites.

El tercer grupo de deportes lo constituye los que consisten en un enfrentamiento con finalidad lesiva, cuyo ejemplo más expresivo es el boxeo; en ellos, según Dölling, no puede actuar la adecuación social porque es posible que se produzcan daños muy graves a la salud y porque aquí se alcanza para el afectado el límite de sacrificio a partir del cual ya no le es exigible quedar desprotegido por el Derecho penal.

En opinión del que escribe estas líneas el concepto de adecuación social es circular en un doble sentido: políticamente porque desde la perspectiva de un Estado democrático no se puede dar preferencia a una concepción social, sino que debe prevalecer la concepción de toda la sociedad a través del poder legislativo; éste es pues el que define lo social —en el ámbito penal— mediante la tipificación de lo «asocial»; pero entonces lo adecuado socialmente sería lo atípico y la creación welzeliana no serviría para delimitar los tipos penales: la pescadilla se muerde la cola y estamos como al principio. Y también dogmáticamente la adecuación social tiene carácter circular o tautológico porque en los delitos imprudentes lo adecuado socialmente es lo que no infringe el deber objetivo de cuidado, es decir, lo que ya no constituye una conducta típica y que por tanto, evidentemente, no puede servir para trazar los límites del tipo (3). Ahora bien, si la adecuación social se entiende como un criterio teleológico de interpretación —como propone en este artículo Dölling y un sector de la doctrina (4)— entonces de

(3) Sobre esta circularidad dogmática —resaltada por Armin Kaufmann— cfr. GÓMEZ BENITEZ, *El ejercicio legítimo del cargo*, 1980, pág. 213.

(4) El propio WELZEL, en la última edición de su *Lehrbuch*, modificó en este sentido su parecer inicial. Como criterio de interpretación entienden también la adecuación social: en Alemania, por ej., JESCHEK, ob. cit., página 343 y en España, por ej., MIR PUIG, *Adiciones al Tratado de Jeschek*, t. 1, 1978, pág. 348. Como «causa de atipicidad» la califica Bustos, *Manual de Derecho penal español*, PG, 1984, págs. 219-220.

la opinión originaria de Welzel sólo queda el nombre; pero precisamente si el nombre hace referencia a un contenido distinto; lo más lógico es cambiar la denominación: en este sentido, tal vez fuera preferible hablar del «fin de la norma». Por otro lado, me parece interesante la idea de Dölling de que el Derecho penal deba retroceder en las lesiones deportivas porque ahí bastan las sanciones reglamentarias y porque de otra manera resultarían impracticables los deportes, pero me resultan un tanto arbitrarios algunos de los límites que este autor establece para que no se proteja penalmente el bien jurídico de la salud física, como en el caso de las lesiones con dolo directo de primer grado que sí originarían, según Dölling, responsabilidad penal.

El fascículo se completa con recensiones de obras de la Parte Especial, y de obras de criminología y práctica del procedimiento penal. La parte dedicada a colaboraciones extranjeras comprende artículos sobre aspectos penales o procesales de otros países como Italia, Polonia, Turquía y Japón; se incluye aquí un trabajo dedicado a «La ficción de una ciencia integrada del Derecho penal hacia el final del siglo pasado», y la información sobre el coloquio «Concepto y fundamentos del Derecho penal económico» celebrado en Friburgo en 1982.

ANTONIO CUERDA RIEZU
Universidad de Alcalá de Henares

COLOMBIA

DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGIA

Revista del Instituto de Ciencias Penales Criminológicas
de la Universidad Externado de Colombia

Vol. VII, núm. 23, mayo-agosto 1984

«Derecho Penal y Criminología», Revista del Instituto de Ciencias Penales Criminológicas de la Universidad Externado de Colombia, Vol. VII, número 23, mayo-agosto 1984.

La sección dedicada a Derecho Penal se inicia con «Reflexiones sobre el concepto y los límites de la tentativa» del profesor Novoa Monreal. En él se enjuicia el artículo 22 del CP colombiano que exige para considerar la existencia de la tentativa punible: —el comienzo de la ejecución de hecho punible—, la utilización de una actividad idónea para la consumación de él (lo que conllevaría el rechazo de la tentativa inidónea) —que esta actividad esté inequívoca y objetivamente dirigida a la consumación—, que el sujeto tenga la sostenida voluntad de ejecutar el hecho punible y que la consumación no se produzca por circunstancias ajenas a esa voluntad.