

El desenvolvimiento histórico-dogmático del principio de «no exigibilidad»

JOSE ANTONIO SAIZ CANTERO

Profesor Adjunto de Derecho Penal de la
Universidad de Granada.

El desenvolvimiento experimentado por la teoría de la culpabilidad ha conducido a la doctrina a perfilar el principio «no hay pena sin culpabilidad». Rebasado en el campo dogmático el estudio de la sola responsabilidad por el hecho, la dogmática se detiene en el estudio de la voluntad criminal y perfila el ámbito de la culpabilidad, en un plausible deseo de que la pena corresponda sólo al autor culpable.

Esta evolución nos ha llevado hasta el pensamiento de la «no exigibilidad», con el que se intenta trazar el límite último de la culpabilidad, con una fórmula que deje sin pena al sujeto, al cual, por las circunstancias que se han dado en la comisión del hecho que ha realizado, no le pueda ser exigido un comportamiento distinto al que ha llevado a cabo.

Ahora bien, para sacar todas las consecuencias prácticas que del principio de «no exigibilidad» puede obtenerse, se hace necesario un estudio que consiga la elaboración dogmática de la exigibilidad, elaboración que no podrá ser llevada a cabo si antes no se historia el pensamiento de los autores que lo han perfilado. Esto es lo que pretendemos con el presente trabajo, el cual nos ha servido de punto de partida para un estudio ulterior sobre la exigibilidad de conducta legal.

I. *La «no exigibilidad» y las teorías de la culpabilidad.*

El pensamiento sobre la «no exigibilidad» puede resumirse en estos términos: para que a un sujeto sea reprochable el hecho antijurídico que ha cometido voluntariamente, es preciso, además de que él sea imputable y que haya actuado dolosa o culposamente, que le pueda ser exigido un comportamiento distinto al que ha realizado, esto es: un comportamiento de acuerdo con lo que el Derecho dispone. Cuando esta conducta legal no es exigible al sujeto, su acto no es reprochable y por tanto debe quedar exento de pena.

La doctrina no llega a esta construcción hasta una etapa científica en que ya ha madurado el concepto de culpabilidad. Antes de que se afirmara como principio la idea de que para que un'

hecho sea considerado delito es precisa la culpabilidad, no puede pensarse en la «no exigibilidad», pero ni aun mucho tiempo después de esta afirmación, halla terreno abonado para su cultivo, siendo sólo cuando los postulados de la llamada concepción normativa de la culpabilidad toman cuerpo de doctrina cuando empieza a apuntarse la idea de que para un hecho antijurídico y típico merezca el calificativo de delito es preciso que a su autor no le sea exigible una conducta distinta a la que ha ejecutado.

A medida, pues, que se disipa la niebla que en su amanecer recubre a la teoría de la culpabilidad, se recorta en el horizonte científico el perfil de este principio, y cuanto más cala en esta teoría, más se ven los detalles y las perspectivas de la «no exigibilidad», del mismo modo que las mañanas nebulosas nos presentan borroso el edificio que se levanta en la llanura y el sol que hace desaparecer la niebla lo va dibujando en el horizonte, hasta dejar ver todos sus detalles al mediodía. De aquí la vinculación del pensamiento que historiamos al desenvolvimiento de la culpabilidad, y la repercusión en él de las distintas concepciones que sobre la naturaleza del elemento subjetivo del delito se debaten en el campo científico.

De todas ellas, sin embargo, sólo nos interesan aquí las llamadas *concepción psicológica* y *concepción normativa de la culpabilidad*; ésta porque es la matriz en que se gesta el principio, y aquélla por servirle de contrapunto y brindarnos una perspectiva de contrastes que clasificará la apreciación de los progresos que la concepción normativa supone.

I. *Las teorías sobre la culpabilidad.*

Aunque, como dice Maggiore (1), la historia de la culpabilidad como categoría mental «se pierde en la noche de los siglos y puede decirse que es coetánea al hombre», la dogmática sobre la misma, y, sobre todo, el intento de hacer de ella una teoría unitaria, es reciente. El siglo XIX comienza sin que se haya conseguido, y puede decirse que en su transcurso tampoco se llega a un concepto unitario, pues aunque en sus postrimerías se intenta por v. Liszt, éste no consigue darlo en su libro, ya que considerada la imputabilidad como presupuesto, se quedan sueltos, desconectados, los conceptos de dolo y culpa, concebidos como figuras autónomas, que como ha dicho un autor, parecen ser exponentes de dos distintas culpabilidades (2). Por eso puede decirse que hasta que en 1907 R. Frank levanta el andamiaje de lo que ha dado

(1) MAGGIORE, *Prolegomini al concetto di colpevolezza*. Palermo, 1950, pág. 47.

(2) JIMÉNEZ ASÚA, *Tratado de Derecho penal*, vol. V, Buenos Aires, 1956, pág. 127. En el mismo sentido: MAURACH, *L'evoluzione della dogmatica del reato nel piú recente Diritto penale germanico*, en «Rivista Italiana di Diritto penale», 1949, pág. 642.

en llamarse *concepción normativa de la culpabilidad*, no existe un concepto unitario y sustancial sobre la misma.

El concepto de culpabilidad se ha afirmado con manifiesta oscuridad, hasta el punto que ha podido decir R. Ihering que el problema jurídico-penal de la culpabilidad es comparable al cabo de Hornos por lo borrascoso (3). Esta borrasca se debe a la multitud de concepciones que sobre la esencia de la culpabilidad existen (4), cuya exposición escapa a los límites de este trabajo, al que interesan solamente, por las razones antes apuntadas, las llamadas *sicológica y normativa* que llenan toda la polémica sobre la culpabilidad, hasta el extremo que ha dicho un autor que «el problema de la culpabilidad está transido de la lucha entre quienes desean hacer de ella un fenómeno natural o un concepto normativo» (5).

A) *La concepción sicológica*.—No hay una dirección unitaria que responda a esta denominación. Lo que hay son una serie de posiciones que presentan un denominador común (la afirmación de que el concepto de culpabilidad se agota en la relación sicológica entre el autor y el hecho), y a las que los representantes de la concepción normativa enmarcaron dentro del apelativo común de *concepción sicológica* de la culpabilidad (6).

La característica más destacada de esta concepción es, como ha puesto de manifiesto Petrocelli (7), la de entender la culpabilidad como excluyente de todo contenido de desobediencia y de cualquier referencia a la obligación y a la norma correspondiente. Basta que lo querido sea prohibido, no es preciso que sea querido sabiéndolo prohibido y además desobedeciendo la prohibición, ya que se trata de una relación sicológica y no normativa.

La culpabilidad es, por tanto, un concepto exclusivamente sicológico y no, como quieren sus contradictores, sicológico y normativo al mismo tiempo. Se agota, pues, el juicio de culpabilidad en sus dos especies (el dolo y la culpa), ya que para formularlo

(3) También con razón, ha escrito GLEISPACH que hay tantas definiciones de culpabilidad como autores se han ocupado de ella: (*Der deutsche Strafgesetzs-Entwurf*, en «Oesterreichische kriminalistische Vereinigung», 1921, pág. 9).

(4) En medio de esta oscuridad producida por las múltiples doctrinas, MAGGIORE ha fijado un principio que puede explicar muchas de las doctrinas formuladas: cuanto más se acentúa el fundamento naturalístico, con la correspondiente función profiláctico-defensiva del Derecho penal, tanto más se debilita el interés por el problema de la culpabilidad. Por eso, muchas de las que los autores llaman teorías naturalísticas sobre la culpabilidad no son más que concepciones negativas que conciben el delito y la pena al margen de la culpabilidad misma.

(5) JIMÉNEZ ASÚA, *Tratado*, cit., V, pág. 130.

(6) MEZGER (*Tratado de Derecho penal*, Madrid, 1946, II, pág. 5) señala que un sicologismo puro no ha existido nunca, y, en realidad, se trata de una orientación nada uniforme, tanto en los criterios que la informan como en su formulación y consecuencias.

(7) PETROCELLI, *La colpevolezza*, Padova, 1951, pág. 117.

basta considerar el contenido de la voluntad del autor, el cual será culpable siempre que haya actuado con dolo o culpa, con independencia de cualquier referencia a otros extremos (como podrían ser las circunstancias externas en que el hecho se produjo).

El concepto de culpabilidad que proponen sus más destacados representantes, pone suficientemente de manifiesto estas características. Así para Vannini (8) la culpabilidad es «la relación causal subjetiva entre el hecho previsto por la ley como delito y el autor del hecho»; para Ranieri (9) la culpabilidad es «la relación subjetiva de carácter psicológico entre autor y delito». Bataglini (10) la concibe como la relación psicológica entre el agente y el hecho, y lo mismo la definen los sicólogos alemanes Kohlrausch (11) y Galliner (12).

La esencia de la culpabilidad consiste solamente en la relación de identidad entre la voluntad y la mutación externa que supone el resultado. Esta relación no admite *graduaciones*, por lo que la culpabilidad no es en modo alguno un concepto graduable.

Por regla general los autores de esta dirección sostienen que el dolo y la culpa son *especies* y no formas de culpabilidad, postulado éste que después defenderán los normativistas.

En cuanto a las especies de culpabilidad, sin embargo, el pensamiento sicologista presenta múltiples variantes que forman un amplio panorama de disensiones y que constituyen la más ostensible prueba de que falta unanimidad en la misma. Así, mientras Kohlrausch niega al dolo y la culpa esta naturaleza de especies de culpabilidad, otros como Bataglini, Bellavista y Ranieri la afirman. La culpa inconsciente es también motivo de discordia entre ellos: Vannini la radia del área de la culpabilidad, sosteniendo que constituye la negación de ésta, y aunque el Código, por razones prácticas, la comprenda junto a la culpa consciente (que es para este autor la única clase de culpa), la ciencia está obligada a mantener que la responsabilidad penal a que aquélla da lugar es responsabilidad sin culpa. Bataglini y Ranieri, por el contrario, hacen entrar en el campo de la culpabilidad tanto la culpa consciente como la inconsciente. No faltan tampoco los que, como Galliner, extrañan de la culpabilidad toda clase de culpa.

La concepción psicológica, que en un tiempo fué doctrina dominante, ha perdido hoy su hegemonía. En Alemania, con muy escasas excepciones, fué abandonada por la dogmática, y en Italia,

(8) VANNINI, *Per un concetto unitario di colpevolezza*, en «Studi Senesi», 1926, pág. 316.

(9) RANIERI, *Colpevolezza e personalità del reo*, Milano, 1930, pág. 30.

(10) BATAGLINI, *Diritto Penale*, cit. pág. 113.

(11) KOHLRAUSCH, *Die Schuld*, en «Reform des Strafgesetzbuchs», 1910, pág. 180.

(12) GALLINER, *Die Bedeutung des Erfolges bei den Schuldformen des geltenden Strafgesetzbuchs*, 1907, pág. 1.

donde se mantiene con más vigor y empeño, se advierte desde hace algunos años una creciente influencia de sus contradictores.

Entre sus representantes de más prestigio pueden citarse, en la ciencia penal alemana, a G. Radbruch (13), Kohlrausch (14), Rosenfeld (15), Loeffler (16), Liszt (17) y Galliner (18). En Italia: Vannini (19), Bataglini (20), Ranieri (21) y Bellavista (22). Tiene aún preponderancia en la ciencia penal francesa, cuyos más destacados representantes son Garraud (23) y Vidal (24). En Inglaterra pueden considerarse sicologistas Kenny (25) y Clark (26). En Hispanoamérica lo son Ricardo C. Núñez (27) y Fontán Balestra (28).

En la doctrina española contó con mayoría hasta hace poco tiempo, pero hoy se ha abierto paso la concepción normativa. Pueden citarse entre los sicologistas más destacados al P. Montes,

(13) G. RADBRUCH, *Ueber den Schuldbegriff* en «ZStr. W.», 1904, págs. 333-348; y *Zum systematik der Verbrechenslehre*, en «Festgabe für R. Frank», vol. I, pág. 168.

(14) KOHLRAUSCH, *Irrtum und Schuldbegriff im Strafrecht*, Berlín, 1903.

(15) ROSENFELD, *Schuld und Vorsatz im von Lisztschen Lehrbuch*, en «Z. Str. W.», 1911, págs. 487 y sigs.

(16) LOEFFLER, *Die Schuldformen des Strafrechts in vergleichenshistorischer und dogmatischer Darstellung*, vol. I, Tubinga, 1895, pág. 264.

(17) FRANZ VON LISZT, *Lehrbuch des deutschen Strafrecht*, edic. 21-22, págs. 172-73.

(18) GALLINER, *Die Bedeutung des Erfolges bei den Schuldformen des geltenden Strafgesetzbuchs*, 1907, págs. 1 y sigs. Una relación de los autores que pueden ser considerados representantes de la concepción psicológica, en v. HIPPEL, *Deutsches Strafrecht*, II t., Berlín, 1930, pág. 342.

(19) VANNINI, *Per un concetto unitario di colpevolezza*, en «Studi Senesi», 1926, pág. 313.

(20) BATAGLINI, *Diritto Penale, P. Generale*, Padova, 1949.

(21) S. RANIERI, *Colpevolezza e personalità del reo*, Milano, Giuffrè, 1933, pág. 33.

(22) BELLAVISTA, *Il problema della colpevolezza*, cit., pág. 133.

(23) Para GARRAUD la existencia de la culpabilidad depende de una relación subjetiva y psicológica entre la voluntad del agente y el delito. (Cfr. *Traité theorique et pratique du Droit penal français*, vol. I, París, 1913, pág. 554.)

(24) VIDAL, *Cours de Droit criminel*, 4.ª edic. París, 1916, pág. 162.

(25) KENNY, *Esquisse du Droit Criminel Anglais* (trad. francesa de la 9.ª edic. inglesa), París, 1921, pág. 51.

(26) CLARK, *Analysis of criminal Liability*, pág. 109 (cit. por JIMÉNEZ ASÚA).

(27) RICARDO C. NÚÑEZ ofrece la más simple y expresiva de las definiciones psicológicas de culpabilidad, al decir que es «el comportamiento físico que la ley exige en el autor material de un delito, para que responda de él». (Cfr. *La Culpabilidad en el Código Penal*, Buenos Aires, 1946, pág. 1.)

(28) FONTÁN BALESTRA (*Manual de Derecho Penal. P. General*, Buenos Aires, 1949, pág. 144). Para una completa reseña de los representantes de la doctrina psicológica en los demás países hispanoamericanos, ver JIMÉNEZ DE ASÚA, *Traído*, V, cit., págs. 152 y sigs.

Sánchez Tejerina, y al P. Pereda, que hace algunos años se opuso, con razones de peso, a la concepción normativa (29).

(29) Hasta muy tarde no penetra en la doctrina española la concepción normativa de la culpabilidad. En los tratados y comentarios del siglo, las nociones de culpabilidad son de marchamo psicológico, dejándose ver muy ostensiblemente la poderosa influencia de la doctrina extranjera en nuestros escritores. Valgan por todos las palabras del P. Montes: «La imputabilidad criminal implica por tanto una relación causal entre la voluntad del agente y el delito cometido; es preciso que éste pueda ser atribuido, como a su causa, a la voluntad de su autor, o lo que es lo mismo, que el hecho sea voluntario». (P. JERÓNIMO MONTES, *Derecho penal español*, Madrid, 1917, I, pág. 326). Quizás SILVELA pudiera ser considerado precursor del normativismo en España. Con la considerable intuición que ha puesto este ilustre autor en cuantos temas tocó, escribía antes que Frank lanzase sus ideas: «Confúndese a menudo la culpabilidad con las nociones de imputabilidad y responsabilidad, pero se diferencia de la primera en que no sólo señala aquello en que el espíritu se ha mostrado como causa libre, sino que además aprecia su valor, y de la segunda, en que no determina las consecuencias que habrán de ocasionarse por el hecho imputable, como, por ejemplo, la pena, sino tan sólo el mérito del acto en sí, bien en absoluto, bien en comparación con otros. De esta suerte decimos: la muerte del padre o de la madre es el acto más culpable que puede cometerse; el homicidio entraña más culpabilidad que las lesiones, etc.» (Cfr. *Derecho Penal*, cit. pág. 105).

Estos párrafos, donde de modo tan expresivo se intuye la índole normativa de la culpabilidad, se completan con los que, sobre la exigencia de miedo insuperable, escribió su autor: «En todo rigor, el llamado miedo insuperable, que permite raciocinar y escoger entre el mal con que se amenaza y el delito, que mediante él se espera que se cometa, no presenta al hombre en un estado de no imputabilidad. La conciencia de sí, de la ley o del principio existen, y hay, por tanto, dominio sobre la voluntad. Aunque parezca paradójica, el hecho ejecutado por la coacción es acto libre, porque a la fuente de la libertad sólo por la libertad se llega. Las leyes positivas, sin embargo, no se han atrevido a exigir al ciudadano esta libertad heroica, que consiste en hacerse superior a la coacción más apremiante, y unas con una fórmula, y otras con otra diversa, comprenden entre las causas de exención el miedo de un mal grave y próximo, que suele llamarse, sin razón, insuperable» (Ob. cit., 106).

A pesar de esto, no puede decirse seriamente que SILVELA se adelantara a la concepción de Frank, únicamente hay un intuición de lo que constituye la verdadera naturaleza normativa que tenía que descubrir cualquiera que, prescindiendo de las concepciones dominantes, callara en el hueso mismo de la culpabilidad.

De la concepción normativa, incorporándose a sus filas, habla en 1945, en *La Ley y el Delito*, JIMÉNEZ DE ASÚA; pero al que se debe su introducción en España es a RODRÍGUEZ MUÑOZ, quien, con la maravillosa traducción del *Lehrbuch* de Mezger, pone las nuevas ideas al alcance del estudioso español. Últimamente puede decirse que el normativismo ha triunfado plenamente en nuestra Patria, y normativistas son los Profesores CUELLO CALÓN (*Derecho Penal*, Barcelona, 1955, I); DEL ROSAL (*Notas a la Culpabilidad en el moderno Derecho Penal*, de E. Mezger, Valladolid, 1956); ANTÓN ONECA (*Derecho Penal*, Madrid, 1949, I, págs. 188 y sigs.); FERRER SAMA (*Comentarios al Código Penal*, Murcia, 1946, t. I); también en *El error en Derecho Penal*, Murcia, 1941); QUINTANO RIPOLLÉS (*Comentarios al Código Penal*, Madrid, 1946, t. I), y DÍAZ PALOS (*Culpabilidad jurídico-penal*, Barcelona, 1954; también en *Dolo Penal*, Barcelona, s. f.), etc. Al normativismo se ha opuesto con decidido entusiasmo un ilustre penalista, el P. PEREDA, que desde hace tiempo dedica sus es-

Expuestas las líneas más significativas de esta dirección, nos interesa plantear una cuestión que justifica el que esta breve exposición haya sido traída a estas páginas: ¿Es viable el pensamiento de la no exigibilidad en la arquitectura de la concepción psicológica?

Basta la simple contemplación de los postulados sicologistas que hemos reseñado para convencerse de que el principio de no exigibilidad no encuentra apoyadura en la concepción estudiada. Las razones que fundamentan esta afirmación son las siguientes:

a) Para la idea de exigibilidad tenga cabida en la teoría de la culpabilidad es preciso que ésta sea considerada como un juicio de reproche que se hace al autor por su hecho antijurídico, juicio que se formula con referencia a la relación psicológica y a la norma. En la concepción psicológica no existe este juicio de reproche, ya que la culpabilidad se agota en la relación psicológica.

b) La idea de *deber* es fundamental a la exigibilidad. Ya hemos dicho que en la concepción psicológica esta idea no entra en el marco de la culpabilidad.

c) Tampoco tiene en ella relevancia la idea de *poder*. Al no apreciarse más que la relación psicológica, se desprecian las *circunstancias* en que el hecho se produce, que son las que deben darnos el módulo del poder del sujeto. Ya hemos apuntado que la exigibilidad surge de la puesta en contacto del poder del agente con el deber del mismo.

d) Al no tomarse en consideración ni el *poder* ni el *deber* del sujeto, es imposible que surja la idea de no exigibilidad, pues ésta es «un deber que presupone un poder» (30).

merados trabajos a la teoría de la culpabilidad (Vid. *El concepto normativo de la culpabilidad*, en ANUARIO DE DERECHO PENAL, 1949).

(30) Con razón, dice JIMÉNEZ DE ASÚA, que «salvo en la teoría normativa no es posible encuadrar, no ya la no exigibilidad como exculpación suprallegal generalizada, sino cualquier especie de ella. En el sicologismo es radicalmente imposible concebirla. Basta para demostrarlo pensar en el conocido caso del naufrago que se debate en la *tabula uniuix capax*, con otro. Desde el plano moral acaso se arguya que puede exigirse a uno de ellos que se sacrifique por el otro (acaso primer ocupante del exiguo madero); pero la ley no puede imponer el heroísmo. El Derecho no se escribe para personajes esforzados, capaces de arrastrar todos los peligros y desafiar a la muerte. La ley se hace para el ciudadano común, con sus miedos de hombre, sus naturales egoísmos y su concepto primario de conservación de sí mismo. Incluso si un Ordenamiento jurídico de tipo heroico no permitiera el sacrificio de una vida para salvar la propia, y pensase el caso con severísima sanción, los hechos no se modificarían. El angustiado naufrago, ¿cómo podría sentirse influido por un castigo lejano y acaso evitable con la fuga o la habilidad de un abogado, si tenía frente a sí y de inmediata realidad, la pérdida de su vida si no se apoderaba de la tabla que otro tenía, aunque ello supusiera la muerte del infortunado compañero de naufragio? La teoría normativa de la culpabilidad ofrece solución para estos casos trágicos en que la realidad nos mete, haciendo que actúe nuestro yo profundo en dramática huelga de la personalidad cortical.» (Cfr. *Tratado*, V, cit., págs. 185 y 186).

B) *La concepción normativa*.—Con R. Frank se inicia en Alemania una nueva concepción de la culpabilidad, que recibe pronto en aquel país calurosa acogida, y, pasado el tiempo, deviene tesis dominante, conociéndose por *concepción normativa de la culpabilidad*.

Se suele señalar a Frank como su fundador (31), pero en buena técnica no puede decirse que lo sea, ya que no se trata de un descubrimiento que se produzca de una sola vez, sino de una serie de exposiciones y aclaraciones de índole material y sistemática (32). Lo más característico de la concepción normativa—la relación entre el agente y la norma tiene un antecedente en el pensamiento de Aristóteles, en la *Ética a Nicómaco* (33), y aparece invocada suficientemente, como ha señalado Scarano (34), en la doctrina de los prácticos (Pietro de Bellapertica, Baldo, Paolo Castrense) y en algunos escritores italianos (Carmignani, Carrara) anteriores a Frank. Este autor es el primero que da al normativismo carácter real.

Para Frank (35) la culpabilidad consiste en haber actuado de modo distinto a como el ordenamiento jurídico exigía que se actuase.

La culpabilidad—afirma—no se agota en la relación psicológica entre el agente y el resultado, con exclusión de todos los elementos que tienen relevancia para la valoración jurídica de la acción. Es necesario extender el concepto de culpabilidad para que comprenda la imputabilidad y las circunstancias en que la acción se realiza, las cuales tienen notable importancia para el juicio de valoración. Así la culpabilidad de un cajero de un negocio, que estando bien remunerado se apropia del dinero que tiene en depósito para llevar una vida de lujo, es mayor que la del modesto cartero, con muchos hijos y escasamente remunerado, que se apropia de los valores a él confiados. Del mismo modo que el guardagujas que estando descansando se equivoca al hacer el cambio, es más culpable que el que comete la misma falta después de varias horas de servicio. Si en estos casos no se hacen entrar en la culpabilidad las *circunstancias* (mayor o menor remuneración, exceso de trabajo, etcétera), en que los hechos se realizan, y se considera sólo la relación psicológica, no se precisa la medida de la culpabilidad.

(31) Véase por todos MAURACH, *Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil Ein Lehrbuch*, Karlsruhe, 1954, pág. 315.

(32) MEZGER, *Tratado*, cit., II, pág. 6. En el mismo sentido JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, V, cit., pág. 164.

(33) Sobre el particular puede verse: LOENING, *Die Zurechnungslehre des Aristoteles*, Jena, 1903, pág. 124.

(34) Cfr. SCARANO, *La non esigibilità nel Diritto Penale*, Napoli, 1948, págs. II y sigs.

(35) FRANK, *Ueber den Aufbau des Schuldbegriffs*, en «Festgabe für die Juristische Fakultät der Universität Giessen», Giessen, 1907, pág. 7

Señala Frank que el error de la doctrina dominante (la psicológica) radica en dos malentendidos: no considerar relevantes para el concepto de culpabilidad más que el dolo y la culpa, despreciando la imputabilidad y las circunstancias que concurren en la comisión del delito (*Begleitungs Umständen*), y entendiéndola culpabilidad como género de la que son especies el dolo y la culpa. «La relación de estos conceptos—añade—con el de culpabilidad no es de especie a género. En cuanto la doctrina dominante la considera así, la sitúa en la misma relación en que está el género árbol y la especie álamo. Según mi opinión esa relación debe ser paralela más bien a la que existe entre árbol y raíz.» De aquí que para él la culpabilidad resulte de un conjunto de elementos de los que forman parte de la *imputabilidad, el dolo y la culpa* (que son sus formas, y no sus especies) y la *normalidad de las circunstancias*.

Hace, pues, Frank una ampliación evidente del concepto de culpabilidad, no tanto por la inclusión en él de la imputabilidad, sino por comprender las circunstancias externas que concurren en la comisión del hecho delictivo. Esta es, a nuestro modo de ver, la innovación que el prestigioso autor alemán aporta a la teoría de la culpabilidad. Por esto no nos parece correcta la crítica que Petrocelli le hace, cuando afirma que su ampliación de la culpabilidad es «ilusoria» (36) porque antes que él siempre se consideró la culpabilidad en función de la imputabilidad. Aun admitiendo que esto último sea cierto, no se debe olvidar que la ampliación de Frank es por el extremo de las circunstancias, de las cuales antes que él nadie había hablado al concebir la culpabilidad.

Más tarde, Frank, ante las críticas de que fué objeto su doctrina (37), en especial por los ataques de Kriegsmann, que le re-

(36) PETROCELLI, *La Colpevolezza*, cit. págs. 20 y 21.

(37) Las ideas de FRANK motivan en Alemania una serie de objeciones. Se le acusa de que *parifica la culpabilidad procesal y la penal* (Liszt-Schmidt, Being, Mittermaier, Wolf, etc.), objeción que carece en absoluto de sentido, ya que, como dice acertadamente MUSORRO (*Colpevolezza*, cit., pág. 83), Frank no se sirve de ese parangón más que para poner de relieve, de una parte, que el concepto de culpabilidad es un concepto complejo en el cual tienen relevancia, además del dolo y la culpa, las circunstancias externas, y de otra, que el concepto de culpabilidad es un concepto graduable. De que *introduce elementos objetivos, externos al agente*, siendo poco convincente que en su construcción se haga depender la reprochabilidad de la relación síquica entre agente y resultado, de circunstancias extrínsecas e independientes del agente, las cuales no son conocidas por él (KRIEGSMANN). Si la culpabilidad es reproche, las circunstancias en que se da la acción, no deben ser tomadas en consideración en su aspecto objetivo, sino solamente en su reflejo subjetivo, añade KRIEGSMANN; esto es, la reprochabilidad del agente sólo podía estar justificada, si el agente conocía o podía conocer la conformación de las circunstancias en las cuales ha actuado. Por el contrario es incomprensible cómo el conjunto de dolo o culpa e imputabilidad, que no tienen carácter normativo en la construcción de Frank, puede justificar un reproche junto a las circunstancias objetivas. (Cfr. la nota bibliográfica que hace KRIEGSMANN).

procha la inclusión de las *Begleitumstände* por entender que la incorporación de éstas supondría tanto como introducir elementos subjetivos *extrínsecos* al agente, en la 10ª edición de sus *Comentarios* al Código Penal Alemán, hace una *subjetivización* de esas circunstancias, hablando de «motivación normal», aunque en posteriores ediciones vuelve a referirse a «la posición del mundo circundante», al «dominio del hecho por parte del sujeto», y a «las causas externas» que contribuyen a determinar la existencia y la medida de la culpabilidad.

La culpabilidad consiste en un juicio de desvalorización (de reproche) fundamentado en esos tres presupuestos, cada uno de los cuales constituye condición indispensable para la formulación del reproche. Por eso, dice Frank, que para que una acción pueda ser llamada culpable no basta que un sujeto imputable (con capacidad de entender y querer) haya previsto o querido un hecho típicamente antijurídico que ha ejecutado, es preciso, además, que su voluntad se haya podido determinar normalmente a la acción, normalidad que existirá cuando las circunstancias que se dieron en la comisión del acto fueron normales. De aquí que, para la formulación del juicio de reproche, sea necesario el examen de las circunstancias que concurrieron en la comisión del hecho ilícito. Cuando esta normal determinación no existe (porque, por ejemplo, la situación en que el sujeto actúa hace humanamente imposible la normal formación de la voluntad (el hecho antijurídico realizado no constituye delito, porque no puede hacerse al sujeto el reproche de culpabilidad (38).

La doctrina de Frank se abre paso entre los autores alemanes, siendo saludada, como ha dicho Maurach, como la liberación de la pesadilla del sicologismo (39). La dogmática posterior a él va desarrollando sus ideas y sacando las últimas consecuencias de los más importantes puntos esbozados, destacando en esta labor Galdschmidt, Freudenthal, Mezger y E. Schmidt, cuyos puntos de vista serán desarrollados más adelante.

Después de algunos años, se convierte la concepción normativa en tesis dominante, al tiempo que se difuminan sus rasgos característicos y se van perfilando tal variedad de matices dentro

MANN al trabajo de FRANK en «Z.Str.W.», t. 28, pág. 713.) Que las circunstancias en que actúa el autor pueden ser tomadas en consideración para la determinación de la gravedad de la culpabilidad, y por consiguiente en la medida de la pena, pero no son ni la culpabilidad, ni elemento de ella (Cfr. SCHMIDT, *Ueber Schuld und Schuldarten*, 1910, pág. 35); que al considerar las *Begleitumstände* como elemento de la culpabilidad, se llega a confundir los elementos subjetivos y objetivos del delito, los elementos de la culpabilidad y los del hecho (STURM, *Seelenzustand und Schuld, Gerichtsaaal*, t. 74, pág. 180), y que con la inclusión de las circunstancias de FRANK, se volatiliza el concepto de culpabilidad (BELING, *Unschuld, Schuld und Schuldstufen*, 1910, pág. 8).

(38) FRANK, *Ob. cit.*, pág. 10 y sigs.

(39) Cfr. MAURACH, *Deutsches Strafrecht*, cit., «Allg. Teil», pág. 315.

de ella que puede decirse que sólo hay uniformidad en lo que respecta a la esencia de la culpabilidad.

Agrupando los matices más parecidos, y pasando por alto diferencias de menor cuantía, merecen destacarse actualmente en la concepción normativa dos direcciones perfectamente diferenciadas: la que podemos llamar *dirección tradicional* constituida sobre la base del concepto causal de acción, y la *dirección moderna*, que vuelca los postulados de la teoría finalista en la culpabilidad (40).

a) El representante más caracterizado es Edmundo Mezger, con quien halla madurez la concepción normativa. Sobre las aportaciones de Frank y Goldschmidt, concibe la culpabilidad como un complejo de varios presupuestos de procedencia diversa y metodológicamente diferentes: la culpabilidad es una situación de hecho psicológica, que en virtud de una valoración jurídica se determina como contraria al deber y como reprochable.

Esos elementos, presupuestos de la culpabilidad, son: *la imputabilidad*, las *formas de culpabilidad* (dolo y culpa) y la *esencia de causas excluyentes de culpabilidad*.

Para Mezger el dolo comprende la conciencia de antijuricidad, por lo que aparece ya como desvalorado en sí mismo. Cuando falta la conciencia de antijuricidad, no existe el carácter doloso de la acción, pero si se da *Rechtsfeindschaft* o *Rechtsblindheit* la conducta puede ser castigada como si fuera dolosa (41).

Del término *Rechtsblindheit* habla Mezger por primera vez en el año 1944, en un artículo que titula *Rechtsirrtum und Rechtsblindheit* (42), sustituyéndolo más tarde por el de *Rechtsfeindschaft* (43). Se da ésta, cuando el autor, por el hecho cometido, revela una conformación «incompatible con la sana concepción de lo justo y lo injusto». Cuando la conducta del agente no es dolosa, pero constituye un síntoma de esa conformación, debe ser castigada como si lo fuera (44). La justificación de esta extensión del dolo, la encuentra el profesor muniqués en «las inexcusables

(40) No es unánime la consideración como concepción normativa de la culpabilidad de la teoría finalista de la acción. JIMÉNEZ DE ASÚA la rechaza como tal, pues «si bien H. WENZEL y los restantes partidarios del concepto finalista de la acción aceptan, en principio, el normativismo, cuando tratan de la culpabilidad como característica del delito, lo cierto es que su doctrina es crítica con respecto a la concepción genuinamente normativa, a causa del papel que hacen representar en su sistema al dolo y a la culpa» (*Tratado V*, cit., pág. 197).

(41) Vid. MEZGER, *Moderne Wege*, cit., pág. 36.

(42) MEZGER, *Rechtsirrtum und Rechtsblindheit*, en *Kohausch-Festschrift*, 944, págs. 180 y sigs.

(43) En *Moderne Wege*, cit. pág. 44. La misma doctrina mantiene en la última edición del *Studienbuch*, cit., págs. 178 y sigs.

(44) MEZGER, *Rechtsirrtum und Rechtsblindheit*, cit., pág. 184, y *Moderne Wege*, cit., pág. 44. Este principio ha sido criticado por WENZEL (*Der Irrtum über die Rechtswidrigkeit des Handelns*, *Südjuristen Zeitung* {SjZ}, 1948, cols. 368-372, especialmente 370). MEZGER se defiende de estas objeciones en *Moderne Wege*, págs. 44 y sigs.

exigencias de la vida práctica del Derecho» (45). La fundamentación teórica viene dada por la *Lebensführungsschuld* del autor (concepto que en 1938 desarrolló en el *Grundriss*), en cuanto que el juicio de reproche no sólo se apoya en la culpabilidad del acto (*Tat-schuld*), sino también en la «posición» ante el Derecho que el autor se ha formado en el curso de su vida.

En resumen: para la apreciación del dolo es necesaria la existencia de conciencia de antijuridicidad, pero puede faltar ésta, y merecer, sin embargo, el sujeto el castigo que corresponde a la acción dolosa, cuando existe *Rechtsfeindschaft*. La conducta es entonces la realización del tipo objetivo por el autor, el cual, a consecuencia de la antisocialidad de su total conformación, no tiene en cuenta las prohibiciones y los mandatos del ordenamiento jurídico.

En la propia Alemania ha encontrado la teoría tradicional muchos críticos y se le han hecho muy serias objeciones. También fuera del país en que vió la luz, ha merecido ataques de importancia (46). Sin embargo, hoy puede considerársela como doctrina dominante.

b) La dirección moderna está representada por los propugnadores de la teoría finalista de la acción. Al llevar estos autores el dolo a la acción, y sacar también la culpa de la teoría de la culpabilidad, despojan a ésta de todo elemento psicológico, dejándola reducida a un juicio de valoración (de reproche) sobre el proceso de motivación.

Los elementos de la culpabilidad son: *La imputabilidad, la conciencia, al menos potencial, de antijuridicidad* (47), y *la exigibilidad de conducta legal*.

(45) *Moderne Wege*, cit., pág. 45.

(46) Se ha dicho que *no es capaz de comprender la culpabilidad como puro juicio de valor; que por un lado mantiene el elemento psicológico y por otro se esfuerza en defender el carácter de la culpabilidad como simple juicio de desvaloración que recae sobre el autor*, por la incompatibilidad e irreconciliabilidad de ambos elementos «tiene que fracasar necesariamente este concepto de culpabilidad», dice MAURACH (*Deutsches Strafrecht*, en «Allg. Teil», cit., pág. 317), y se añade que su decisiva debilidad consiste en su *ineficacia para la práctica*.

(47) Antes de seguir adelante conviene puntualizar en lo relativo a este elemento del delito. En torno a la exigencia de la conciencia de antijuridicidad, así como en lo que al error respecta, hay vigente en la doctrina serfa polémica, perteneciendo a los problemas más actuales y controvertidos del Derecho penal.

Para la teoría dominante la conciencia de antijuridicidad se acepta como elemento necesario del delito, no existiendo unanimidad sobre cuál debe ser su emplazamiento sistemático. Según la teoría que en el texto tratamos, el dolo se agota en la representación y voluntad de comisión del tipo objetivo, y no presupone en absoluto el conocimiento de la norma. Con esto sacan la conciencia de antijuridicidad del dolo, para llevarla a la culpabilidad. Su consecuencia más importante es que el error sobre la prohibición de la norma (falta de conciencia de antijuridicidad), no tiene las consecuencias que el error sobre el tipo. Ahora bien, como la culpabilidad no es, en modo alguno, un simple hecho psicológico, sino un juicio

Todos estos presupuestos son elementos valorativos: la imputabilidad contiene el juicio de valoración sobre la *capacidad general* de motivación del autor. De la posibilidad de conciencia de antijuricidad se deduce que el agente, en el caso concreto, estaba en situación de conocer la antisocialidad de la acción. La exigibilidad de conducta legal, por último, valora el poder actuar del sujeto en relación con el deber. Cada uno de estos elementos contiene, pues, un juicio de desaprobación de diferente clase, y denuncian en su conjunto la no correspondencia de la conducta del agente con las exigencias del Derecho, razón por la cual se le reprocha su conducta (48).

de valoración, no es preciso que esa conciencia de antijuricidad se dé en forma actual, basta con la posibilidad de ella, esto es, la *conciencia potencial de antijuricidad*. Consecuentemente deben separarse también las consecuencias de la falta de conciencia de antijuricidad, que es el *error sobre la prohibición* («Verbotsirrtum»), del *error sobre el tipo* («Tatbestandsirrtum»). El primero hay que resolverlo sobre el área de la culpabilidad, el segundo encuentra albergue en el injusto típico.

A esta teoría no se ha llegado desde luego de modo pacífico, ni puede decirse que hoy exista unanimidad en su aceptación. Al respecto se distinguen direcciones: a) La que sostiene que la conciencia de antijuricidad no es elemento del delito, sostenida durante mucho tiempo por el *Reichsgericht*; esta teoría, a pesar de las muchas sentencias que inspiró, no fué aceptada por la doctrina y, después de 1945, se rechaza rotundamente por los mismos tribunales alemanes. b) Lo que concibe la conciencia actual de antijuricidad como componente del dolo (*strenge Vorsatztheorie*), defendida por BINDING, NAGLER, y hasta hace relativamente poco también por MEZGER. Entre sus defensores pueden contarse también SCHROEDER, LANG-HINRICHSSEN, etc. c) La que se contenta con la conciencia potencial de antijuricidad, la cual concibe como parte del dolo (*Eingeschränkte Vorsatztheorie*), defendida por MEZGER, SCHOENKE y H. MAYER; d) La que mantiene que la conciencia de antijuricidad es presupuesto de la culpabilidad y consiste en un simple juicio sobre la posibilidad que tenía el autor en el caso concreto, de conocer la ilicitud de su acción (*Strenge Schuldtheorie*), representada por EB. SCHMIDT, HARTUNG, HEITZER, BOCKELMANN, etc.; y e) La que mantiene la exigencia de conciencia potencial de antijuricidad, situándola entre dolo y culpa. Está representada por HIPPEL, WEBER, BUSCH, SCHAFFSTEIN, LANGE, etc.

La bibliografía sobre este tema es muy abundante, especialmente en Alemania, donde la cuestión ha merecido un interés extraordinario. Entre las modernas, la monografía de más valor es la de KAUFMANN, *Das Undeichsbewusstsein in der Schuldlehre des Strafrechts*, Mainz, 1949.

(48) Del mismo modo que el tradicional, el concepto normativo valorativo de culpabilidad ha motivado muchas y muy enconadas críticas. MEZGER ha dicho que esta concepción supone un vaciamiento del concepto de culpabilidad, y que lleva a deformaciones que, como el concepto natural de dolo, producen desorientación muy acusada (*Moderne Wege*, cit., pág. 34). A esta crítica ha contestado MAURACH (*Deutsches Strafrecht*, en «All. Teil.», cit., pág. 320), que precisamente ese «vaciamiento» es lo que hace que se cumpla plenamente el principio del normativismo «culpabilidad es (solamente) reproche». Argumentos críticos han alegado también, BUSCH (*Moderne Wandlungen der Verbrechenlehre*, 1949); MAIHOFER (*Der Handlungsbegriff im Verrechtssystem*, 1953), y SCHMIDHAUSER (*Willkürlichkeit und Finalität als Unrechtsmerkmal im Strafrechtssystem*, en «Z. Str.W.», 1954).

En la doctrina española, RODRÍGUEZ MUÑOZ (*La doctrina de la acción*

Representantes de esta dirección son: H. Welzel (49), Niese (50), Helmuth von Weber (51) y R. Maurach (52), en Alemania. En Italia, G. Bettiol (53) acepta, en gran parte, sus postulados. No puede decirse, sin embargo, que en el pensamiento de estos autores haya absoluta unanimidad. Lo hay, sí, en cuanto al fondo sustancial de la doctrina, que es el que hemos expuesto, pero fuera de él se advierten una diversidad de matices que van desde las correcciones que hizo Niese a los postulados welzelianos hasta la aguda crítica que Maurach formula.

Allanando las líneas diferenciadoras de las dos direcciones que acabamos de señalar, podemos señalar como postulados más significativos de la teoría normativa los siguientes:

a) Como ha señalado el profesor Del Rosal, el mérito más sobresaliente de esta concepción consiste en constituir la culpabilidad sobre dos pilares que dan sentido a la complejidad de este carácter del delito: uno, teniendo como instancia de referencia la norma jurídica; otro, estimar, por consecuencia, que la culpabilidad es sinónimo de reprochabilidad (54).

b) El sentido genuino de la concepción normativa radica en que hace depender la culpabilidad jurídico-penal de la desvaloración de la actitud en su totalidad, y no de la relación psicológica entre el autor y su hecho. Por eso dice Mezger que «lo esen-

finalista, Valencia, 1954), y JIMÉNEZ DE ASÚA (*Tratado*, cit., V, págs. 211 y sigs.), ambos con argumentos serios y de peso.

(49) Las obras donde expone de modo más completo su pensamiento sobre culpabilidad, son: *Das neue Bild des Strafrechtssystems*, Göttinger 1951; *Das deutsche Strafrecht*, 1954; *Persönlichkeit und Schuld*, en «Z. Str.W.», 1941, págs. 428-478; *Um die finale Handlungslehre*, Tübingen, 1949; *Aktuelle Strafrechtsprobleme im Rahme der finalen Handlungslehre*, Karlsruhe, 1953; *Schuld und Bewusstesein der Rechtswidrigkeit*, *Monatsschrift für Deutsches Recht* (MDR), 1951, págs. 65-67; *Der Irrtum über die Rechtswidrigkeit des Handelns*, «Süddeutsche Juristenzeitung (SJZ)», 1948, cols. 368-372; *Zur Abgrenzung des Tatbestandsirrtum von Verbotsirrtum*, MDR, 1952, 584-590; *Die finale Handlungslehre und die fahrlässigen Handlungen*, JZ, 1956, pág. 316-317; *Arten des Verbotsirrtum*, JZ, 1953, págs. 266-268; *Der Irrtum über einem Rechtfertigungsgrund*, «Neue Juristische Wochenschrift» (NJW), 1952, 564-66; *Die Regulung von Vorsatz und Irrtum im Strafrecht als legislatorisches Problem*, «Z.Str.W.», 1955, págs. 196-228; *Zum Notstandsproblem*, «Z.Str.W.», 1951, págs. 47-56; *Nochmals der Verbotsirrtum*, NJW, 1951, págs. 577-579; *Der übergesetzliche Notstand und die Irrtumsproblematik*, JZ, 1955, págs. 142-144, etc.

(50) Su pensamiento está expuesto en *Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit*, Tübingen, 1951; *Die finale Handlungslehre und ihre praktische Bedeutung*, «Deutsche Richterzeitung» (DRIZ), 1951, pág. 221, y 1952, pág. 21; *Der Irrtum über Rechtfertigungsgründe*, DRIZ, 1953, págs. 20-22.

(51) H. WEBER, *Grundriss des deutschen Strafrechts*, 2.^a edic. Bonn, 1948.

(52) MAURACH, *Deutsches Strafrecht*, «Allg. Teil», cit., págs. 309 y sigs.

(53) BETTIOL, *Diritto Penale*, cit. Es de advertir que Bettiol, en el prólogo de la segunda edición de su libro, anuncia que en la próxima hará una reelaboración sistemática de su obra, orientándola en el sentido de la teoría finalista.

(54) DEL ROSAL, *Derecho Penal español*, vol. I. Madrid, 1959, pág. 376.

cial de la concepción normativa de la culpabilidad lo constituye el reconocimiento que el concepto de culpabilidad jurídico-penal siempre hay que obtenerlo de una total valoración definitiva» (55).

c) Para esta teoría, la culpabilidad es un *concepto graduable*, que constituye un instrumento en la medición de la pena.

Hasta que surge la concepción normativa no puede hablarse de «no exigibilidad». Con la aportación que Frank hace de las *Begleitungsstände* se establece la base para introducir en la culpabilidad la relevancia de la idea de *poder*, que constituye un punto de referencia para el juicio de reproche, y el soporte de la idea de exigibilidad. Las investigaciones posteriores hacen viable el pensamiento de la «no exigibilidad» en el seno de la concepción normativa.

II. El pensamiento de la no exigibilidad.

Con la doctrina de Frank se pone en marcha el pensamiento de la «no exigibilidad». Su punto de partida es la consideración de las circunstancias externas que concurren en la comisión del hecho, que, como hemos dicho, llamó más tarde «motivación normal».

Dice Jobst (56) que antes que Frank pueden señalarse algunos autores que apuntan hacia la teoría de la no exigibilidad, tales como Waechter (57), que habló de situaciones en las que una extraordinaria fuerza síquica o física puede atacar o poner en peligro los bienes jurídicos del agente o de un extraño, ante las cuales la ley no puede exigir, como regla, resignación, y debe considerarlas como no punibles, lo que no quiere decir que la conducta sea lícita; Dollmann (58), que afirma que en el estado de necesidad la ley disculpa una conducta antijurídica, porque no puede exigir un comportamiento heroico; y Berner (59), que apunta que el estado de necesidad se fundamenta ya sobre un derecho de necesidad, ya en una simple causa de inculpabilidad.

También Scarano, en un intento de hallar antecedentes italianos al principio de «no exigibilidad», dice que éste «no constituye novedad» para la doctrina italiana, citando frases de Filangieri, Rossi, y algunas sentencias de las Cortes de casación de Torino, de Roma y de Palermo, que «mucho antes que el Reichsgericht» reconocieron la validez del principio (60).

En nuestra opinión no es lícito señalar frases aisladas del contexto, en apoyo de la tesis de que los citados autores fueron pre-

(55) MEZGER, Conferencia sobre culpabilidad pronunciada en España (1956).

(56) JOBST, *Der Streit um die Zumutbarkeit im Strafrecht (Inaugural Dissertation)*. Würzburg, 1934, págs. 1 y sigs.

(57) WACHTER, *Das sächsische und thüringische Strafrecht*, pág. 364.

(58) DOLLMANN, *Strafgesetzbuch*, cit., pág. 433.

(59) BERNER, *Lehrbuch des Strafrechts*, 18 edic. 1898, pág. 103.

(60) SCARANO, *Non esigibilità*, cit., págs. 6-9.

cursores del pensamiento de la «no exigibilidad». Examinando la obra total de estos escritores, se observa que su postura ante la culpabilidad es de factura sicologista, y lo esencial de su pensamiento abiertamente incompatible con el reconocimiento del principio que estudiamos. En párrafos aislados, utilizan términos semejantes a los empleados por los autores que defienden el principio, pero esto no revela más que intuyeron una exigencia de justicia que constituye una necesidad del Derecho, pero que no encuentra lógico asiento en la doctrina de dichos autores.

Puestos a buscar antecedentes a la doctrina de la no exigibilidad, no faltan tampoco penalistas españoles que emplearon términos semejantes, pero que, como aquéllos, sería erróneo incluir en la dogmática del principio. Muchos párrafos de Pacheco, Rueda, Groizard y Silvela tienen idéntico sentido al de los autores italianos que Scarano apunta. Ninguno de ellos, sin embargo, puede figurar en la cadena que va desarrollando el principio de no exigibilidad. El punto de partida de éste, repetimos, coincide con la doctrina de Frank y se hace viable merced a las contribuciones de los autores que a continuación exponemos.

1. *El pensamiento de James Goldschmidt.*

El paso decisivo en el desenvolvimiento de la no exigibilidad lo da James Goldschmidt, con dos interesantes aportaciones: el artículo que publica en la *Oesterreichischen Zeitschrift für Strafrecht* en el año 1913, con el título de «*Der Notstand. Ein Schuldproblem*», y el trabajo del libro de homenaje a Frank, «*Normativer Schuld begriff*», publicado en 1930, donde ratifica las ideas anteriores, añadiendo nuevas concepciones (61).

Goldschmidt, pese a partir de la plausible aportación hecha por Frank, critica a éste su concepción de la «motivación normal». Tal como ésta es concebida por Frank, dice, es solamente un síntoma de la culpabilidad, un elemento psicológico de ella, por lo que no puede ser considerada como elemento de la culpabilidad normativa. Junto al sustrato psicológico de la culpabilidad (imputabilidad, formas de culpabilidad y motivación, al modo de Frank) hay que buscar un elemento normativo que sea punto de referencia del juicio de reproche, para que la culpabilidad sea verdaderamente normativa.

Mucho antes que Goldschmidt se busca la base del reproche en los delitos dolosos. El primer autor que aborda la cuestión es Hermann Seuffert (61 bis), quien apunta que el juicio que recae

(61) De este último trabajo hay traducción castellana de Ricardo G. Núñez: GOLDSCHMIDT, *La concepción normativa de la culpabilidad*. Buenos Aires, 1943, que es la que citamos.

(61 bis) SEUFFERT, *Ein neues Strafgesetzbuch für Deutschland*, 1902, página 46.

sobre el dolo se levanta sobre un área psicológica, mientras que el referente a la culpa se apoya en la ética o en el Derecho. De aquí deduce que es preciso: o añadir al dolo un elemento normativo, o hacer desaparecer éste de la culpa, si se quieren incluir ambas formas bajo un concepto superior unitario. Ante esta doble alternativa, Radbruch (62) opta por la segunda, intentando concebir la culpa como elemento puramente psicológico, mientras otros autores se esfuerzan por dar al dolo carácter normativo, sin conseguirlo.

De más interés son los intentos de Oetker (63), que distingue entre culpabilidad formal y material, de Graf Zu Dohna (64), que afirma que lo señalado por Frank como circunstancias concomitantes no es otra cosa que la exigencia de *Pflichtwidrigkeit*, y la aclaración de Beling (65) en el sentido de que hay culpabilidad cuando comparando el hecho y las circunstancias con la norma dirigida al mundo interno del hombre, resulta un juicio de desvaloración que recae sobre el autor del hecho.

Por este camino nos llega la más relevante aportación de Goldschmidt. El punto de referencia del juicio de reproche se encuentra, como afirma Beling, en una norma dirigida al mundo interno del hombre, pero lo que Beling no dice—le reprocha Goldschmidt—es en qué lugar del ordenamiento jurídico se encuentra esa norma (66).

La más importante aportación de Goldschmidt a la teoría de la culpabilidad es precisamente la concepción y localización de esta norma, que él llamó «norma de deber».

Para la mejor comprensión de sus ideas al respecto no hay que olvidar que su doctrina sobre la culpabilidad es el resultado de su aplicación a la esfera jurídica de un pensamiento de Kant. El filósofo alemán, en la *Metafísica de las costumbres*, dice que en toda legislación deben distinguirse dos partes: una, la que prescribe la acción que se debe ejecutar como objetivamente necesaria. La otra es el resorte que enlaza subjetivamente la causa determinante del arbitrio con la representación de lo que dispone la ley, haciendo del deber el motivo.

Aplicando este pensamiento al derecho positivo, dice Goldschmidt que a todo imperativo jurídico es inmanente una norma de motivación que exige que el individuo se motive por la representación de este imperativo. Esta norma es la norma de deber. «Junto a toda norma de derecho que exige del individuo una determinada conducta *externa*, existe, no declarada expresamente,

(62) RADBRUCH, *Über den Schuldbegriff*, en *Z.Str.W.*., 24, 344 y sigs.

(63) OETKER, *Zum Schuldbegriffe. Bemerkungen zu R. Frank. Über den Aufbau des Schuldbegriffs*, *Gerichtssaal*, 72, págs. 161 y sigs.

(64) GRAF ZU DOHNA, *Zum neuesten Stande der Schuldlehre*, *«Z.Str.W.»*, 32, pág. 335.

(65) BELING, *Unschuld, Schuld und Schuldstufen*, cit., pág. 78.

(66) GOLDSCHMIDT, *Notstand*, cit., pág. 16.

una norma que le impone conformar su conducta *interna*, de forma que pueda corresponder a las exigencias que el ordenamiento jurídico establece respecto de su conducta exterior.» Contenido de esta norma es: «Tú te debes abstener de actuar al representarte que tu actividad producirá un resultado jurídicamente prohibido, y dejarte determinar por la representación de que tu acción producirá un resultado jurídicamente preceptuado.»

Para Goldschmidt esta norma de deber existe, pues, junto a la norma de derecho, pero es independiente de ella: «Supone una orden de elevar la representación del resultado a contramotivo, y no solamente una prohibición de que llegue a ser motivo» (67). En su pensamiento, pues, una acción tiene, frente a la ley, dos aspectos: por un lado, el de su *legalidad* (correspondencia o no correspondencia con la norma de derecho); por otro, el de su *exigibilidad* (correspondencia o no correspondencia con la norma del deber) (68).

Ahora bien, advierte Goldschmidt que la norma de deber no ha de ser identificada con la norma de derecho, pues si así se hace se llega a la negación de la antijuridicidad objetiva (69), consecuencia de la que pretende huir al eludir la identificación, subrayando que lo mismo que hay injusto no culpable, existe también culpabilidad sin resultado antijurídico, de la cual son casos típicos la tentativa y la culpa inconsciente (70).

La diferencia entre la norma de derecho y la norma de deber la sitúa no sólo en que aquélla se refiere a la conducta exterior y

(67) Un antecedente de la norma de deber se encuentra ya en SCHÖTEN-SACK, *Die Arten des Rechtssätze*, «Geritssaal», 83, págs. 24 y sigs. GOLDSCHMIDT recoge este antecedente, estableciendo la diferencia entre la norma de deber y la de Derecho. Para MEZGER (*Tratado*, cit., I, pág. 330), ha dado a la teoría un giro incorrecto por haberla colocado como norma independiente al lado de la norma de Derecho, siendo en realidad una norma *derivada* de la de Derecho. Sobre esto, vid. también MEZGER, *Das Unrecht und die Schuld*, «Gerichtsaaal», 89, págs. 239 y sigs.

(68) Conviene tener muy en cuenta, como pone de manifiesto RICARDO C. NÚÑEZ (*Introducción* que hace en la traducción del trabajo de GOLDSMIDT), que la teoría de este autor no es una doctrina ética como la de Kant. La norma de deber no es un imperativo categórico, en el sentido que exija al individuo motivarse por la representación del deber en todas las circunstancias, para que no haya culpabilidad; la norma de deber sólo te exige que se motive por la representación del deber jurídico, si no está ya decidido a obedecer la ley por otros motivos.

(69) A esta consecuencia llegan FERNECK (*Die Rechtswidrigkeit*, 1903), y HÖPFNER (*Zur Tragweite der Normenlehre*, «Z. Str.W.», 23, págs. 643 y siguientes.).

(70) Para MEZGER, este razonamiento parte de un concepto erróneo de la doctrina de la tentativa: la teoría objetiva de la tentativa se esfuerza en fundamentar la antijuridicidad de ésta en puntos de apoyo objetivos, tales como el principio de ejecución típica, la puesta en peligro del bien jurídico, etcétera; por lo que en ella no puede apoyarse en modo alguno la tesis de GOLDSMIDT. Pero aun cuando se busque el enlace con la teoría subjetiva, no supone aún la renuncia a la antijuridicidad de la tentativa. (MEZGER, *Tratado*, II, pág. 15).

ésta a la interior, a la motivación, sino especialmente en cuanto a su contenido, ya que las normas de deber son por principio mandatos.

De la relación de la motivación con esta norma es de lo que resulta el carácter normativo de la culpabilidad, ya que el juicio de reproche se deduce del contraste entre motivación y norma de deber. Se convierte así la motivación de carácter psicológico, que Frank esbozó, en motivación normativa, constituyendo la motivación el objeto del juicio de reproche. Hay, por tanto, un desplazamiento del objeto de consideración del ordenamiento jurídico: éste no se contenta con examinar si el sujeto ha querido un hecho antijurídico y por esto lo declara culpable, sino que profundiza más antes de formular el juicio de reproche, considerando el por qué ha sido querido el hecho antijurídico. No se detiene, pues, la indagación en la contemplación de la voluntad, sino que se considera también la formación de ésta.

El elemento normativo de la culpabilidad que otros autores buscaban lo halla, pues, Goldschmidt en la violación de la norma de deber, la cual constituye el fundamento de la culpabilidad. Este elemento normativo existe tanto en la culpabilidad dolosa como en la culposa. Contenido del elemento normativo es, en el dolo, la desaprobación de que el autor, pese a haberse representado el resultado antijurídico que su conducta debería producir, no ha determinado ésta mediante un acto de la voluntad, o de que no se ha determinado por la representación de que su acción daría lugar a un resultado que la ley ordena. En ambos casos se lesiona la norma de deber. De aquí que todo delito doloso suponga una doble contrariedad con la norma: *objetivamente*, la infracción de la norma de derecho; *subjetivamente*, la lesión de la correspondiente norma de deber (71).

En la culpa se da, según Goldschmidt, un doble elemento normativo: la lesión del deber de precaución, y la violación de la norma, que impone el deber de motivarse según la representación del resultado (72).

Así entendida la culpabilidad, afirma Goldschmidt, encuentra un límite en las causas de inculpabilidad: «Así como puede ser infringida una norma de derecho y no actuar el sujeto antijurídicamente, por existir una causa de justificación, y así como se puede realizar el tipo y no hacerse el sujeto acreedor a pena alguna, por darse una causa de no punibilidad, así es posible violar una norma de deber sin actuar culpablemente, cuando existe una causa de inculpabilidad, esto es, cuando puede ser invocada una situación que excluye la *Pflichtwidrigkeit*.» Del mismo modo que el fundamento de las causas de exclusión del injusto se encuentra en el

(71) GOLDSCHMIDT, *Notstand*, pág. 20; *Concepción normativa*, cit., páginas 34 y sigs.

(72) GOLDSCHMIDT, *Notstand*, cit., pág. 32.

principio del interés preponderante y justo, las causas de inculpabilidad tienen su fundamento *en un motivo subjetivamente preponderante*, en «una, decirlo con Frank, motivación anormal, en una situación en la que, según las circunstancias, no puede ser exigido al autor que se motive según el deber» (73).

Las normas de deber tomadas en su sentido más amplio dan el límite externo de la exigencia puesta a la motivación. El no dejarse motivar por la representación del deber, a pesar de serle exigida esta motivación, es reprochabilidad. Por eso afirma Goldschmidt que la exigibilidad es un deber que siempre presupone un poder, el cual existe cuando hay «dominio sobre el hecho», en el sentido de Hegler, esto es: imputabilidad, significado conocido o cognoscible (dolo o culpa) y motivación normal. De donde—concluye—la exigibilidad encuentra su fundamento en el total hecho síquico de la culpabilidad (74).

Es de tener en cuenta que aunque la motivación normal no es el único presupuesto de la exigibilidad, la *motivación anormal* sí es fundamento suficiente de la no exigibilidad. Por eso «la no exigibilidad del cumplimiento del precepto de precaución puede constituir una causa de exculpación que excluya la culpa, y en cuanto el precepto de precaución exija el conocimiento de la significación antijurídica de la acción, puede constituir también una causa de exculpación que excluya el dolo» (75).

3. *El pensamiento de Freudenthal.*

Entre los dos trabajos de Goldschmidt aparece el opúsculo de Freudenthal, *Schuld und Vorwurf*, publicado en 1922, que supone un interesante paso en la teoría normativa de la culpabilidad, y un trascendental jalón en la historia del pensamiento de la no exigibilidad, al mismo tiempo que constituye la posición más extremista de la teoría.

Freudenthal reprocha a Frank haber concebido las *Begleitungs-umstände* con límites demasiado estrechos. «Las *Begleitungs-umstände*, más que simple medida de la pena, pueden tener significación para decidir la cuestión de si el autor ha actuado culpable o inculpablemente, si se le debe hacer el juicio de reproche o debe ser absuelto».

Para la culpabilidad es decisiva la idea de *poder*. El reproche de culpabilidad se hace al autor por haber actuado como lo ha

(73) *Ob. cit.*, pág. 34.

(74) GOLDSCHMIDT, *Concepción normativa*, cit., pág. 23.

(75) *Ob. cit.*, pág. 31. Las ideas de GOLDSCHMIDT son expuestas con modificaciones de poca importancia por SIEGERT (*Notstand und Putativ-notstand, Beiträge sur Strafrechtswissenschaft*, Tübingen 1931) a quien SCARANO (*Non exigibilità*, pág. 45) estudia en la historia dogmática de la no exigibilidad. En nuestra opinión, Siegert no merece estudio específico, ya que no hace más que repetir las ideas de GOLDSCHMIDT, sin apuntar nada nuevo a la dogmática de la no exigibilidad.

hecho *pudiendo y debiendo* haberse comportado de otra manera. Por eso, cuando al autor, por las circunstancias en que ha actuado, le ha faltado capacidad para comportarse de otra manera, no puede serle hecho el reproche de culpabilidad. Presupuesto de ésta es que la representación del resultado haya podido y debido llegar a ser contramotivo, pues se formula el reproche al autor por no haber hecho de sus representaciones un contramotivo que le apartara de la realización de la conducta contraria al deber (76).

La culpabilidad desaparece cuando al sujeto no puede serle exigido un comportamiento conforme al precepto penal. La determinación de esa no exigibilidad la hace Freudenthal, según un criterio ético-individual, apoyándola unas veces en criterios legales, y otros supralegales, pues considera la no exigibilidad como causa general y supralegal de inculpabilidad. Por eso dice que «cuando se da el estado de necesidad, falta, con el poder del autor, la evitabilidad de la comisión, la reprochabilidad de la acción, la exigibilidad del no actuar», falta, en una palabra, culpabilidad (77).

Plantea Freudenthal la cuestión de si la no exigibilidad puede ser apreciada tanto en el dolo como en la culpa, siendo partidario de la aplicación a ambas formas de culpabilidad. En la culpa—recuerda Freudenthal—se ha admitido unánimemente: «La opinión dominante en la teoría y en la práctica distingue en cuanto a la culpa dos cuestiones distintas: *objetivamente*, si el autor ha infringido en concreto el deber de precaución que le era exigible para la no realización del tipo penal. Cuando la respuesta es negativa, el autor debe, sin más, ser absuelto. Cuando es afirmativa, hay que examinar si *subjetivamente*, por su personalidad, podía omitir la realización del tipo. Sólo si es así existe reprochabilidad; si no lo es, la conducta no le es reprochable al autor. El *deber evitar* presupone el *poder evitar*, y tal examen no puede olvidar las circunstancias en que obró el sujeto» (78).

«Lo que es justo para la culpa—continúa—no debería no serlo para el dolo. Se puede preguntar cómo se exige menos en la forma más grave de culpabilidad que en la más leve. Si la inevitabilidad en el sentido fijado hasta ahora excluye la culpa, con más razón debe excluir el dolo. Sin embargo, ni ante la jurisprudencia, ni ante la ciencia, ha sido aceptada la exigibilidad como presupuesto del dolo».

El principio de no exigibilidad, pues, debe ser aplicado tanto al dolo como a la culpa, ya que si en las condiciones referidas falta en ésta la culpabilidad, también falta en el dolo, pues el elemento ético existe en ambas formas de culpabilidad (79). Por esto «cuando las circunstancias son tales que cualquiera hubiera actuado como lo ha hecho el autor, falta, tanto en la hipótesis

(76) FREUDENTHAL, *Schuld und Worwurf*, cit., pág. 6.

(77) *Ob. cit.*, pág. 8.

(78) *Ob. cit.*, pág. 11.

(79) *Ob. cit.*, págs. 16-17.

de dolo como en la de culpa, la posibilidad de formular el juicio de reproche» (80).

Lo fundamental, pues, en el pensamiento de Freudenthal es la creación de una fórmula amplísima de inculpabilidad, a la que puedan acogerse aquellos casos que no entren en el estado de necesidad ni en otras excusas previstas por el legislador, y en los cuales al sujeto, por las circunstancias en que actuó, no le pueda ser exigido un comportamiento acorde con el precepto penal (81).

3. *El pensamiento de E. Schmidt.*

Partiendo de las ideas precedentes, Eberhard Schmidt toma interesantes posiciones sobre el tema, en el *Tratado* de von Listz, que rehace y actualiza (82).

Para él, como para los demás representantes de la teoría normativa, el reproche de culpabilidad no debe hacerse, si: a) el autor es inimputable; b) se encuentra en un error excluyente del dolo y no existe tampoco culpa, y c) cuando previendo o pudiendo prever el alcance real y jurídico de su acción, no puede serle exigida conducta distinta a la que ha realizado, lo que sucede cuando no puede esperarse que la representación del resultado y de su antisocialidad actué como contramotivo. En tales casos, el proceso de motivación no podrá ser considerado como contrario al deber, si se tienen en cuenta las circunstancias en que el sujeto se produce (83).

La determinación de cuándo al sujeto puede serle exigida una conducta acorde con lo que dispone el ordenamiento jurídico, cree E. Schmidt que es una cuestión de hecho que debe ser resuelta en cada caso particular. Se ha de hacer un examen de cir-

(80) *Ob. cit.*, pág. 10.

(81) En términos muy parecidos a los de Freudenthal, se manifiesta KOHLRAUSCH (*Der Allgemeine Teil des Entwurfs* 25. *Reform des Strafrechts*. Berlín, 1926, págs. 22 y sigs.), que afirma que la culpabilidad se excluye en aquellos casos, en los que humanamente no puede serle exigido al sujeto que se abstenga de la acción punible, aunque estas situaciones no hayan sido expresamente previstas por el legislador. Para él, en todos estos casos falta el proceso normal de intimidación que la sanción produce en el hombre medio, y por esto falta también la culpabilidad. Este pensamiento es consecuencia de su concepción según la cual la pena sólo tiene sentido cuando actúa en la voluntad del sujeto como fuerza que lo hace apartarse del delito. Cuando la ley carece de este efecto es inútil. Por esto dice, con razón, SCARANO (*Non exigibilità*, cit., pág. 51), que la construcción de la no exigibilidad que hace este autor encuentra su justificación en la concepción de la pena como prevención especial. Ahora bien, lo que verdaderamente identifica a Kohlrausch con los puntos de vista de Freudenthal es el destaque singular que hace de las circunstancias en que la acción se realiza, las cuales determinan la exigibilidad del sujeto al determinar en qué casos la pena ejerce en él su efecto intimidante.

(82) Aquí hemos manejado la 25.^a edición: *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*. Berlín-Leipzig, 1927, págs. 266-275.

(83) *Ob. cit.*, pág. 266.

cunstancias y de los motivos existentes, y considerar si en las mismas circunstancias cualquier hombre hubiera actuado como lo ha hecho el autor. Para tal determinación debe ser principio orientador la idea de que nunca debe ser exigido el heroísmo, ni tampoco debe ser presupuesta una debilidad especial: el juzgador deberá representarse al *ciudadano medio*, teniendo muy en cuenta las peculiaridades sico-físicas del autor del hecho.

La situación de no exigibilidad—advierte Schmidt—no constituye la regla. El juez no ha de presumirla: sólo existe a modo de excepción y al juzgador se le debe prescribir expresamente que la tenga en cuenta (84). De aquí que el legislador sea quien debe determinar cuáles son los casos de no exigibilidad, por lo que es un error entenderla como causa general y supralegal de inculpa-bilidad (85).

4. El pensamiento de E. Mezger.

La aportación de E. Mezger al pensamiento de la no exigibilidad es de alta significación. Su posición ha experimentado una trascendental modificación en relación con las primeras ideas que expuso en el *Lehrbuch*, alteración que recoge el *Grundriss (Deutsches Strafrecht. Ein Grundriss, 1943)*, y que ratifica en posteriores ediciones, y últimamente en la Conferencia que pronunció en las Universidades de Valladolid, Granada y Coimbra, en la primavera de 1956 (86).

En el *Lehrbuch* se declara partidario de la doctrina de la «no exigibilidad», configurándola como causa genérica y supralegal de exclusión de culpabilidad (87). No actúa culpablemente, dice, la persona a quien no puede serle exigida una conducta distinta a la realizada. El fundamento de esta exclusión reside en que el pensamiento jurídico penal es en último extremo pensamiento individualizador, que exige criterios reguladores firmes, en los que se apoya para defenderse y que garantizan la seguridad máxima del Derecho. Pero en sus últimas y más complicadas ramificaciones se sustrae a estos moldes rígidos y demanda formas que hagan posible una adaptación a las últimas configuraciones de la vida real.

Advierte Mezger que es preciso distinguir el área de la culpa de la del dolo, poniendo precisas barreras a las exageraciones de Freudenthal. En la aplicación de este principio—apunta—es nece-

(84) Pone de manifiesto Eb. Schmidt lo difícil de la misión del juez en estos casos, que exigen mucho de su experiencia y de sus conocimientos humanos. «Debilidad sensiblera y dureza inflexible son, en la cuestión de la no exigibilidad, la Scila y Caribdis, que traen los riesgos de justicia».

(85) Ob. cit., pág. 271.

(86) También en su trabajo *Schuld und Persönlichkeit, 1932*, presenta Mezger con claridad su posición sobre la no exigibilidad, fijando interesantes conclusiones para la determinación de la misma.

(87) MEZGER, *Tratado*, II, pág. 203.

saría una precaución mucho mayor que la empleada por este autor. Los puntos de vista permitidos en el ámbito de la culpa no deben ser aplicados al del dolo, pues puede ocurrir que frente a un resultado previsto como posible no pueda serle exigida al autor la renuncia a su colocación, por ejemplo, mientras que, por el contrario se afirme tal exigencia, y, por ello, no proceda la causa de exculpación, frente a un resultado lesivo, previsto como seguro.

La exculpación que supone la no exigibilidad, mantiene Mezger, está reservada a una zona pequeña de libre apreciación valorativa, y fuera de ella no se modifica en nada la índole positiva de la valoración de los bienes jurídicos. O dicho de otro modo: la adecuación individual de la valoración que debe ser garantizada por la no exigibilidad, no tiene por misión alterar las valoraciones derivadas de la ley positiva, sino precisamente la de completarlas.

En resumen: «La causa de exclusión de culpabilidad de «no exigibilidad» garantiza las últimas posibilidades de negar la culpabilidad del agente por su conducta. En esta zona límite, más extrema de la culpabilidad jurídico penal, domina el pensamiento de la consideración valorativa, pero en todo caso orientado en la ley. Lo mismo que la teoría de la justificación (principio de evaluación de los bienes), se cierra también la teoría de las causas de exclusión de la culpabilidad (no exigibilidad) con la referencia a un principio genérico que hace posible la adaptación individual de la ley al caso concreto. Esto no es algo arbitrario, ni tampoco una renuncia a la naturaleza positiva del Derecho, sino simplemente expresión de una necesidad lógica, pues el pensamiento emocional es siempre, en sus últimas ramificaciones, pensamiento valorativo, con ello: pensamiento creador.»

A partir del *Grundriss*, el profesor Mezger modifica parcialmente su pensamiento, afirmando que la consideración de la no exigibilidad como causa suprallegal puede conducir a excesos insostenibles: «en el *Lehrbuch* hemos admitido la no exigibilidad como causa de exclusión general, tanto en el área del dolo como en la de la culpa. Pero ya allí no se dejó ninguna duda sobre que no depende de la valoración individual del autor particular, sino de la valoración objetiva del ordenamiento jurídico y de la ley... No hay que olvidar que una tal concepción encierra el peligro de configurar una excusa de culpabilidad demasiado ancha, por lo que debe ser evitada. Esto mismo ha determinado la jurisprudencia, restringiendo el pensamiento de la no exigibilidad. Nosotros nos hemos afiliado a esta concepción, apartándonos del *Lehrbuch* ya en el *Grundriss*, y la mantenemos ahora. El caso del *Leinenfänger*, el de la interrupción del embarazo, el del padre que impide la operación de su hijo, encuentran también la solución adecuada en otros principios (colisión de deberes, estado de necesidad), sin necesidad de recurrir a aquéllas» (88).

(88) MEZGER, *Grundriss*, 6.ª edic., págs. 194 y 195. En este sentido se manifiestan modernamente NAGLER (*Leipziger Kommentar*, 1944, 3.931);

Resumiendo lo expuesto, puede decirse que el pensamiento actual del profesor Mezger es el siguiente:

1. La «no exigibilidad» excluye la culpabilidad del sujeto, pero no debe ser considerada como causa suprallegal.

2. La «no exigibilidad» no depende de la valoración individual del autor particular, sino de la valoración objetiva del ordenamiento jurídico.

3. El principio de no exigibilidad adquiere interés preponderante ante determinados tipos concretos (Kuppelei, Selbstbegünstigung, etc.)

Como después veremos, en la última edición de su *Studienbuch* el profesor Mezger acepta las ideas sobre la «no exigibilidad» de H. Henkel.

5. *El pensamiento de Engisch.*

Merece ser destacado, aunque sin exceder los límites de la mera mención, la contribución que en el año 1930 hace el actual profesor de la Universidad de Munich, Karl Engisch, en su libro: *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht* (89), cuya tercera y última parte está dedicada al estudio de la «no exigibilidad», examinándose cuidadosamente la aplicación del principio a determinados supuestos de la vida real, y haciendo interesantes consideraciones acerca de su viabilidad.

La postura que Engisch adopta en esta obra difiere poco de los postulados que defiende la doctrina que hasta aquí tenemos expuesta, aunque a diferencia de los procedentes autores, Engisch lleva al repertorio de elementos del delito la exigibilidad, requiriendo para que una conducta antijurídica tenga la categoría de delito que sea exigible. A nuestro modo de ver, esta inclusión supone una tautología, ya que al decir que la conducta para ser delictiva ha de ser culpable (90), se está diciendo también que ha de ser exigible, puesto que sin exigibilidad no hay culpabilidad. La exigibilidad no es más que un presupuesto de ésta, por lo que si en el concepto de delito, como hace Engisch, se dice que la conducta ha de ser exigible y culpable, la misma razón habría para expresar también que ha de ser imputable, lo que haría excesivamente larga la fórmula (91).

WELZEL, *Strafrecht*, cit., pág. 153. y MAURACH (*Kritik der Notstandlehre*, cit., págs. 130 y sigs.).

(89) Publicado en el año 1930, constituye una importante aportación a la teoría de las formas de culpabilidad.

(90) Para que exista culpabilidad es necesario que la conducta sea exigible al sujeto. Si falta el presupuesto de la exigibilidad, no es posible hacer el reproche de culpabilidad.

(91) La definición excesivamente extensa es siempre rechazable en buena técnica.

6. *La jurisprudencia del Reichsgericht.*

En el pensamiento de los autores que hemos estudiado está lo que podríamos llamar doctrina clásica, tradicional, de la no exigibilidad. En sus ideas descansa lo más esencial de la doctrina construida sobre el principio. El prestigio de sus nombres fué un poderoso motor de difusión en todo el panorama de la dogmática alemana, llegando hasta las sentencias del más alto Tribunal alemán.

En el área de los delitos culposos el *Reichsgericht*, en la sentencia de *RGStr.* 30, pág. 25 (caso del *Leimenfänger*) niega la culpabilidad porque al procesado no podía serle exigido que perdiera su empleo y el medio de mantenimiento de su familia, negándose a realizar la conducta peligrosa, tenidas en cuenta las circunstancias que rodean al hecho. También la *sentencia* de *RGStr.* 36, pág. 78, exculpa al padre que se ha opuesto a que se practicara a su hija una operación imprescindible «por motivos que aprueba la ley moral». La misma doctrina se sostiene en la de *RGStr.* 36, pág. 334.

En el ámbito de los delitos dolosos, reconoció el *Reichsgericht* la eficacia del principio en la sentencia de *RGStr.* 56, pág. 168, que considera causa de exclusión de culpabilidad la «convicción» del agente respecto a la existencia de un deber jurídico-privado, no obstante la infracción del Derecho efectivamente producida. En las de *RGStr.* 58, pág. 97 y *RGStr.* 58, pág. 226, se sienta la misma doctrina, al afirmar que el marido que tolera la conducta impúdica de su mujer dentro del domicilio conyugal sólo es culpable de *Kuppelei* cuando, estudiadas las circunstancias que concurren en el hecho concreto, se le puede exigir que intervenga para impedirlo. Mantiene idéntica doctrina respecto al delito de favorecimiento, las sentencias de *RGStr.* 60, pág. 101 y *RGStr.* 63, pág. 233.

Estas sentencias bastan para señalar la acogida que en la jurisprudencia alemana tuvo el principio de no exigibilidad; sin embargo, nunca adquirió en ella el mismo alcance que en la doctrina, pues jamás se reconoció como causa genérica y supralegal de inculpabilidad (92).

7. *Las objeciones al pensamiento de la no exigibilidad. Schaffstein.*

Pronto se levantan en la dogmática voces contra el pensamiento de la no exigibilidad, las cuales previenen sobre los peligros que encierra la aceptación del principio. Uno de los primeros crí-

(92) Frente a la opinión de MEZGER (*Tratado*, II, pág. 207), que, como hemos visto, después ha rectificado, SCHAFFSTEIN al interpretar las mismas sentencias, concluye que el principio de exigibilidad nunca ha merecido de la jurisprudencia del RG un reconocimiento general, supralegal en el área de los delitos dolosos de acción. (SCHAFFSTEIN, *Nichtzumutbarkeit*, cit., pág. 14). De esta opinión son también WACHINGER (*Der übergesetzliche Notstand nach der neuesten Rechtsprechung des Reichsgerichtes*. «Franz-Festg.», I, página 469); y GRUNHUT (*Grenzen des übergesetzlichen Notstandes*, «Z.Str.W.», 51, pág. 455).

ticos es Liepmann (93), que advierte puede conducir a una osteomalaxia del Derecho penal, prodigando más tarde sus juicios críticos Hippel (94), que se opone terminantemente a la aceptación del principio; Sauer (95), que lo rechaza por indeterminado; Gerland (96), que afirma «no puede ser admitido porque conduce a una insostenible relativización del concepto de culpabilidad»; Schumacher (97) que acusa a la dogmática de la no exigibilidad de debilitar la protección de los bienes jurídicos y de reducir de manera intolerable las exigencias del ordenamiento jurídico; Finger (98), que dice conduce a una individualización del juicio de culpabilidad, aleja el fallo del juez del Derecho positivo y supone una vuelta al Derecho natural; von Wever (99), para quien constituye una pura tautología formal, pudiendo la fórmula de la no exigibilidad, a causa de su falta de contenido, rellenarse con contenidos diferentes.

Igualmente contrarios a la admisión del principio, aunque no de modo tan terminante como los anteriores, son Grossmann (100), Exner (101) y Thierfelder (102).

Cuando el pensamiento nacionalsindicalista se extiende al campo de Derecho penal, no se libra de su influencia la doctrina de la no exigibilidad, polémica madura por aquel entonces. Se arremete contra él, considerándolo fruto de una concepción liberal del Estado y del Derecho que el nuevo orden tiende a sustituir en nombre de razones que Max Sauerlandt, al escribir sobre la no exigibilidad, expresó con más claridad que ningún otro jurista nazi: «Los conceptos jurídicos no son existentes por sí mismos, sino que cambian considerablemente. Su contenido varía con la concreta situación política de su tiempo. Un acontecimiento como la revolución nacionalsindicalista exige una revisión del mundo conceptual jurídico punitivo» (103).

Dentro de esta tendencia es muy interesante el trabajo de

(93) LIEPMANN, Vid. la nota bibliográfica que hace al libro de FREUDENTHAL en «Z.Str.W.», 43, págs. 710 y sigs.

(94) HIPPEL, *Deutsches Strafrecht*, Berlín, 1930, II, pág. 375.

(95) SAUER, *Kausalität und Rechtswidrigkeit der Unterlassung*, «Frank Festg.», I, pág. 228.

(96) GERLAND, *Deutsches Reichsstrafrecht. Lehrbuch*, Berlín-Leipzig, 1932, pág. 126.

(97) SCHUMACHER, *Um das Wesen des Strafrechtsschuld*, Berlín, 1927, pág. 33.

(98) FINGER, *Strafrecht*, 1932, pág. 528.

(99) WEBER, *Notstandsproblem*. Leipzig, 1925, pág. 9.

(100) H. GROSSMANN, *Die Grenze vom Vorsatz und Fahrlässigkeit*. Hamburgo, 1924.

(101) EXNER, *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*. Berlín, 1930, págs. 441 y sigs.

(102) THIERFELDER, *Objektiv gefasste Schuldmerkmale*, Breslau, 1932.

(103) SAUERLANDT, *Zur Wandlung des Zumutbarkeitsbegriffs im Strafrecht*, Leipzig, 1936.

Schaffstein: *Die Nichtzumutbarkeit als allgemeiner übergesetzlicher Schuldaußschliessungsgrund* (Leipzig, 1933).

Comienza Schaffstein combatiendo el pensamiento de la no exigibilidad, para lo cual, cree, se pueden seguir tres caminos: atacar la admisión de causas supralegales de inculpabilidad; dirigir los ataques contra la afirmación de que la falta de exigibilidad por motivación anormal constituye una causa de exclusión de culpabilidad, o atacar, en general, la teoría normativa de la culpabilidad. Ante estos tres caminos, Schaffstein utiliza el segundo: «Nuestra crítica no se dirige ni contra la naturaleza normativa del concepto de culpabilidad, ni contra la posibilidad de existencia de causas supralegales de inculpabilidad. Va sólo contra la admisión de la no exigibilidad de motivarse conforme a la observancia de la norma, como causa general y supralegal de inculpabilidad» (104).

Para él, la teoría de la no exigibilidad se apoya en tres argumentos que son totalmente rechazables: a) Sostienen sus defensores que donde no hay reproche ético, no debe haber tampoco reproche jurídico. Este argumento es inadmisibile porque no considera correctamente las relaciones y las diferencias que existen entre la ética y el derecho. b) Afirman también que la norma de deber pierde su vigencia cuando el ciudadano medio, situado en las mismas circunstancias en que se encuentra el autor, hubiera actuado lo mismo que él lo ha hecho. Este argumento debe ser rechazado a juicio de Schaffstein porque «la validez del Derecho no está condicionada por la posibilidad de su cumplimiento, sino que tiene naturaleza puramente normativa y sólo es dependiente de la compatibilidad de la norma particular con el espíritu objetivo del sistema jurídico del cual es parte». c) La teoría de la no exigibilidad se ha derivado de la concepción caracteriológica de la culpabilidad y tiene su base en la necesidad de adecuación personal del hecho, la cual falta cuando el ciudadano medio se haya comportado como el autor se comportó. Si se acepta esta doctrina, objeto Schaffstein, la norma penal sufriría daño en su función de determinación, porque el destinatario de la norma alegaría excesivamente en su defensa la no exigibilidad de conducta distinta, y el juez aplicaría también en demasía el principio (105).

Ataca Schaffstein los presupuestos ideológicos sobre los que descansa la teoría de la no exigibilidad, los cuales son para él *naturalismo* e *individualismo*. Consecuencia del primero es el intento de encontrar soluciones de tipo social-sicológico a los problemas de Derecho positivo y la derivación de las concepciones de la culpabilidad de carácter de la eficacia inculpatoria de la no exigibilidad. Huellas individualistas son el fundamento y medida de la teoría y la acentuación que hace de la prevención especial. Frente a ambos soportes, cree el ilustre autor alemán, hay que oponer la

(104) SCHAFFSTEIN, *Die Nichtzumutbarkeit*, cit. pág. 100.

(105) *Ob. cit.*, pág. 79.

autonomía de las ciencias del espíritu y el convencimiento de la naturaleza normativa del Derecho (la cual cortará el paso a los influjos de naturalismo), y la jerarquía del Estado, considerada como la más alta cumbre de ordenamiento jurídico, así como la prioridad absoluta de los intereses comunitarios sobre los intereses particulares, principios que son antagónicos a cualquier clase de individualismo (106).

Apunta Schaffstein, por otra parte, que el empleo del principio de no exigibilidad en la interpretación de la Ley puede conducir a una postergación del dogma de la seguridad del Derecho, y este peligro es mayor que en ningún otro sitio en el área de las causas de exclusión de culpabilidad. El liberalismo niega el principio de seguridad del Derecho, en aras de la libertad del individuo. Pero desde el punto de vista de una concepción transpersonalista del Estado, deberá acentuarse este principio, y no sólo la política criminal sino también la dogmática jurídico penal se deben oponer a las tendencias disolventes que conducen a una relativización del Derecho.

En idénticos postulados están fundamentadas las objeciones que Max Sauerlandt opone a la doctrina de la no exigibilidad, en su opúsculo *Zur Wandlung des Zumutbarkeitbegriffs im Strafrecht* (Leipzig, 1936). Tras intentar una crítica del pensamiento que estamos estudiando, ciñe sus conclusiones de un modo tan estrecho al credo nacionalsocialista que no puede concedérsele más importancia, ni consideración más detenida, en esta exposición de autores contrarios a la admisión de la no exigibilidad en el campo del Derecho penal.

8. *El pensamiento de R. Maurach.*

Modernamente experimenta un notable cambio de orientación el pensamiento de la no exigibilidad. Las objeciones que encontró en su camino hacen impacto, y pronto se advierten una serie de rectificaciones que ya hemos señalado al examinar la doctrina de Edmundo Mezger. La nota más característica de este cambio de rumbo es que la no exigibilidad deja de proponerse como causa supralegal de inculpabilidad. Los peligros que para la seguridad del Derecho suponían las concepciones más extremas (particularmente la de Freudenthal), se pretenden alejar con un nuevo planteamiento.

En el primer autor en que encontramos el cambio, y al que, sin duda, hay que conceder un lugar destacado en la historia dog-

(106) *Ob. cit.*, pág. 81. Es de observar el influjo político nacionalsocialista de estas últimas palabras de SCHAFSTEIN. Siendo ésta la base de su crítica al pensamiento de la exigibilidad, puede afirmarse que su posición está enteramente determinada por su pensamiento político. (En este sentido, JIMÉNEZ ASÚA, *La no exigibilidad de otra conducta*, *El Criminologista*, tomo II, págs. 329 y sigs.

mática del principio de no exigibilidad (107), es el profesor Reinhard Maurach, actual Ordinario de la Universidad de Munich. El pensamiento del profesor Maurach está expuesto en su libro *Kritik der Notstandlehre* (Berlín, 1935), y en su *Deutsches Strafrecht, Allg. Teil. Ein Lehrbuch* (Karlsruhe, 1954).

Aunque la exigibilidad no es el tema central de la *Kritik der Notstandlehre*, presta Maurach atención especial al principio que estudiamos, señalando la importancia de la cuestión y partiendo, en cuanto a su planteamiento, de que «la doctrina de la exigibilidad necesita ser apreciada también de *lege ferenda*, tanto si se la entiende limitada a los casos que están legalmente tipificados, como si se la considera un principio suprallegal» (108).

Las más agudas observaciones las dirige contra la consideración de la no exigibilidad como causa suprallegal de inculpabilidad. Para combatirla, señala la diferencia que existe entre la antijuridicidad y la culpabilidad en cuanto a la aceptación de causas suprallegales de exclusión. Los defensores de la admisión del estado de necesidad fundamentado en la no exigibilidad como causa suprallegal se inspiran en el estado de necesidad concebido como causa suprallegal de justificación. Ahora bien, esta equiparación no puede hacerse porque es distinta al respecto la antijuridicidad y la culpabilidad. La primera no se limita al Derecho penal, depende de todo el campo del Derecho. El legislador no hace en ella más que «operar con conceptos que el Derecho penal recibe de otras ramas del Derecho». Sin embargo, esto no ocurre en la culpabilidad que es un concepto puramente penal («la culpabilidad del Derecho civil solamente contiene una regla de exigencia, nunca es valoración personal y, por tanto, nada tiene que ver con ella»), tomando también sus excepciones del campo del Derecho penal exclusivamente. Esta observación pone claramente de manifiesto «que la culpabilidad no puede ser montada de modo análogo a la antijuridicidad» (109).

Otro argumento de peso para rechazar el carácter suprallegal de la no exigibilidad, es que la ley misma cierra el paso a la admisión de estas causas suprallegales. La ley exige que sea cumplido lo que ella determina, al menos que ella misma fije alguna excepción. Y la frase «tú debes, luego tú puedes», no necesita, como quieren los partidarios de la no exigibilidad suprallegal, estar expresa para oponerse al principio que defienden, pues existe en cada prohibición y en cada imperativo del Derecho penal. Es la presunción natural de motivación de cualquier ordenamiento jurídico, y tiene valor en tanto que la ley misma no dispense de ella. Por esto, toda teoría que defiende causas suprallegales de inculpabilidad pone su

(107) En los trabajos hasta ahora publicados sobre el tema que nos ocupa, se descuida la importancia de MAURACH en esta evolución. JIMÉNEZ ASÚA no lo cita, a pesar de hacer mención de autores de la escasa importancia de RAÜBER o MARCETUS, y HENKEL lo menciona de pasada.

(108) MAURACH, *Kritik der Notstandlehre*, cit., pág. 120.

(109) MAURACH, *Kritik*, cit., págs. 132 y 130.

fundamento fuera del Derecho, esto es: tiene una base extrajurídica. Tal es el caso de Freudenthal (110).

En su *Deutsches Strafrecht (Lehrbuch)* da el emplazamiento sistemático definitivo a la exigibilidad. Maurach trae a la teoría del delito el concepto de atribuibilidad (*Zurechenbarkeit*), que define como la «relación jurídicamente desaprobada del autor con su acción típica y antijurídica, la cual constituye el fundamento jurídico de las distintas clases de reacción penal» (111). Se dice de una acción que es atribuible a su autor, cuando éste, lejos de responder a las exigencias del Derecho, se ha decidido por la comisión de la acción típica y antijurídica.

La atribuibilidad es una consecuencia del complejo vital del hombre, y, por tanto, una necesidad puramente práctica. El ordenamiento jurídico no puede exigir de todos los hombres que se comporten de acuerdo con el Derecho frente a los menores y a los alienados, esta exigencia carecería de sentido. Puede, sin embargo, valorar como expresión de su personalidad la conducta de todos los destinatarios de las normas. A diferencia de la antijuricidad y tipicidad, que consiste en una valoración real, la atribuibilidad es una valoración personal del autor. Determina esta valoración, que el hecho realizado es atribuible al sujeto, y que el juicio de desvaloración de la conducta antijurídica corresponde al autor de ella. La atribuibilidad no se excluye aunque no pueda ser hecho al autor el juicio de reproche a causa de su deficiente desarrollo físico, o de un defecto de mente.

Grados de la atribuibilidad son la *responsabilidad* y la *culpabilidad*. La responsabilidad se contenta con hacer al autor un juicio de desvaloración, la culpabilidad añade el reproche personal. Dentro de la teoría de la responsabilidad estudia Maurach la no exigibilidad como causa de exclusión de responsabilidad, rechazándola como causa *supralegal*.

(110) *Ob. cit.*, pág. 132. FREUDENTHAL rompe las barreras diferenciales de Derecho y Moral, para abordar la relación de valores que existen entre ambos, pensando que el Derecho es el *mínimum ético*. Esta confusión se advierte también en JELINEK, *Die sozialthische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe*, 1908, págs. 42 y sigs. No aparece, sin embargo, en GOLDSCHMIDT, advierte MAURACH, pues este autor rehusa introducir en su sistema la culpabilidad moral.

Con argumentos jurídicos, por el contrario, intenta HERZBRUCH (*Die Zumutbarkeit der Verbotsbefolgung der Strafbarkeit*, Breslau, 1934, págs. 6 y sigs.), la rehabilitación de la no exigibilidad como causa *supralegal* de exclusión de culpabilidad, sosteniendo que la indicación legal sólo tiene el valor de hipótesis de las circunstancias de hecho que no obligan en los casos de una motivación anormal, que la enumeración de los párrafos 248 a 264 lo son a modo de ejemplo, y que la medición valorativa del juez es decisiva en lo que respecta a la aplicación de la ley. Frente a estos argumentos, dice MAURACH, que el problema con tal planteamiento se vuelve fácil, pero conduce a un menosprecio del Derecho positivo (Cfr. MAURACH, *Kritik der Notsandlehre*, cit., pág. 138).

(111) MAURACH, *Strafrecht*, «All. Teil», cit., pág. 327.

9. *El pensamiento de H. Welzel.*

Por lo que Hans Welzel representa para la nueva dogmática jurídico-penal, no puede omitirse en esta exposición su pensamiento acerca de la exigibilidad de conducta legal. De las múltiples publicaciones que en los últimos años ha ofrecido, en las que ha elaborado una nueva concepción de la teoría jurídica del delito, con notables innovaciones sistemáticas cuyas consecuencias tienen una trascendental repercusión en la práctica del Derecho (112), nos interesan aquí *Das neue Bild des Strafrechtssystems*, cuya primera edición ve la luz de Göttingen, en el año 1951, y su *Das Deutsche Strafrecht in seinen Grundzügen*.

Para Welzel la culpabilidad es reprochabilidad. Su objeto está constituido por la acción dolosa o la acción culposa. Presunción existencial de la reprochabilidad es la imputabilidad, que él entiende como capacidad de culpabilidad. La reprochabilidad consta de dos momentos: el *intelectual* (un hecho es reprochable solamente cuando el autor ha conocido o ha podido conocerlo tanto en su ser típico como en su significación antijurídica), que comprende tanto el conocimiento o cognoscibilidad de la realización típica como el de su significación antijurídica, y *voluntativo*, que constituye la exigibilidad de la obediencia al Derecho.

El conocimiento del injusto, dice Welzel, no fundamenta por sí solo la reprochabilidad de la conducta, sino que se requiere además que en el caso concreto haya podido el agente determinar su voluntad según el sentido del injusto. Esta concreta posibilidad es el momento más importante de la reprochabilidad, porque su contenido consiste precisamente en que el autor haya debido y podido determinarse jurídicamente en vez de hacerlo en forma contraria al Derecho. Hay situaciones en las cuales no puede exigirse al autor imputable un actuar jurídico, aunque conozca la antijuridicidad de su acción. Cuando falta esa exigibilidad no puede hablarse de culpabilidad.

El Derecho, sin embargo, debe limitar estrechamente tales situaciones, en interés de la eficacia de la norma. Por eso, el tratamiento ha de ser diferente para los delitos culposos y para los dolosos. En los primeros, el Derecho puede ir más lejos, considerando excluyente de culpabilidad aquellas circunstancias que hacen imposible al autor la inobservancia del precepto objetivo de precaución. Así no es reprochable la lesión de ese deber cuando el sujeto actúa en situación de aturdimiento, turbación, miedo, etc... Tampoco será reprochable cuando el peligro de la lesión del bien jurídico es tan lejano que no es exigible la omisión del actuar imprudente, tomada en cuenta la importancia de los perjuicios que pudo traer al sujeto el abstenerse de actuar.

(112) Sobre la significación práctica de la doctrina de WELZEL, y en general de los postulados de su escuela, véase el artículo de NIESE, *Die finale Handlungslehre und ihre praktische Bedeutung*, «DRIZ», 1951 y 1952. Niegan

De aquí que para la determinación de si es exigible o no al autor la observancia del precepto de precaución, haya que poner en relación la probabilidad del peligro que la acción puede suponer para la sociedad con la importancia de los daños que para el sujeto se producen si omite su conducta. «Cuanto más próximo y más grande es el peligro, y cuanto menos notables los daños que amenazan al autor, tanto menos disculpable es la lesión del precepto de precaución» (113). Bien entendido que la determinación nunca se hará según la valoración de los motivos mirados desde el lado del autor, sino de acuerdo con una valoración objetiva realizada desde el punto de vista del ordenamiento jurídico.

En los delitos dolosos, el Derecho exige más severamente al autor imputable que determine su conducta de acuerdo con el Derecho. En ellos, no se reconoce por el ordenamiento positivo una causa, general de inculpabilidad en el caso de inculpabilidad en el caso de intereses contrapuestos, limitándose la disculpa sólo a aquellos casos de necesidad para la vida y la integridad corporal.

A los efectos que en este trabajo nos interesan, el pensamiento del profesor Welzel puede resumirse en los siguientes puntos:

1. La exigibilidad es un presupuesto de la reprochabilidad, de la cual constituye él elemento voluntativo.
2. El tratamiento de la exigibilidad es distinto para los delitos dolosos y para los culposos.
3. La determinación de la exigibilidad no se hace según la valoración individual del autor, sino según la valoración objetiva del ordenamiento jurídico. La regla de medida debe darla la probabilidad del peligro, puesta en relación con la importancia del daño que se deduciría para el autor en caso de omitir la conducta imprudente.

10. *El pensamiento de H. Henkel.*

El último trabajo publicado en Alemania sobre el tema que nos ocupa es el de H. Henkel. *Zumutbarkeit und Unzumutbarkeit als regulatives Rechtsprinzip*, que ve la luz en el *Mezger-Festschrift*, en 1954.

Henkel da al problema un enfoque totalmente nuevo, descubriendo en el principio de no exigibilidad aspectos que hasta ahora no se habían puesto de manifiesto (114).

esta significación práctica: ENGLISCH, *Bietet die Entwicklung der dogmatischen Strafrechtswissenschaft seit 1930 Verzuassung in der Reform des Strafrechts neue Wege zu gehen*, «Z. Str. W.», 1954, págs. 339 y sigs., y recientemente, Th. WÜRTEMBERG, *Die geistige situation des deutschen Strafrechtswissenschaft*, Karlsruhe, 1957.

(113) WELZEL, *Strafrecht*, cit., pág. 134; lo mismo en *Das neue Bild*, cit., pág. 55.

(114) Los puntos de vista de este autor han merecido la aprobación del profesor MEZGER, que ha escrito: «Recientemente HENKEL ha expuesto de manera convincente la importancia general de una interpretación exacta de

Cree Henkel que en este principio hay un poderoso medio de ayuda para el legislador y para el aplicador del Derecho, por lo que su significación debe apreciarse en el área total del ordenamiento jurídico. Frente a los que sólo examinaron su función en el campo del Derecho penal, hace destacar la importancia que tiene también en el *Derecho civil*, en el incumplimiento de contratos por mutación de las circunstancias contempladas al tiempo de su formulación; en el *Derecho administrativo*, especialmente en la interpretación del poder público en la esfera de derechos de los particulares, y en el *Derecho internacional*, donde se concreta mediante la cláusula *rebus sic stantibus*. Si en el Derecho en general tiene esta significación, hay que pensar que también la tendrá en el Derecho penal donde debe estructurarse con límites más amplios de los que tenía hasta ahora.

La función excusante de la no exigibilidad no debe limitarse al área de la culpabilidad, sino que ha de ser reconocida también en el campo de la antijuricidad así como en el de la tipicidad. Para plantear correctamente este punto—dice Henkel—hay que prescindir de la consideración, que ha sido dogma hasta ahora, de que la exigibilidad es un elemento de la culpabilidad y la «no exigibilidad» una causa de exclusión de ese elemento del delito, y partir de la base de que la no exigibilidad no sólo es utilizable para la determinación del contenido de la culpabilidad sino que puede determinar también el de la antijuricidad.

Esta observación tiene aplicación tanto en el área de los delitos dolosos como en la de los culposos. En cuanto a estos últimos, se debe tener en cuenta que la no exigibilidad puede ser contemplada desde dos vertientes distintas: por un lado, en el área del injusto, con referencia al cumplimiento o no cumplimiento del deber objetivo de precaución; por otro, en el área de la culpabilidad, con referencia al deber subjetivo de motivación y previsión del resultado (115).

La aplicación del principio de no exigibilidad es especialmente importante en los delitos de omisión, a causa de los límites extraordinariamente vagos con que la ley en ellos fija el deber. No exigibilidad significa en éstos delitos una desaparición del deber jurídico de impedir el resultado; por eso «la no exigibilidad es un elemento regulativo para concretar la determinación del área del injusto típico en los delitos impropios de omisión».

Ante el problema de la naturaleza de la no exigibilidad, se pre-

la idea de la exigibilidad en todo el sistema jurídico, en un valioso trabajo (MEZGER, *La culpabilidad*, cit., pág. 10).

(115) Desde este punto de vista puede darse un planteamiento nuevo a los casos de no exigibilidad considerados ya por la jurisprudencia. HENKEL hace desde él un nuevo estudio de los casos culposos que llegaron ante los tribunales, afirmando que nunca ha sido separada por los tribunales en el área de los delitos dolosos la consideración de la exigibilidad en el campo de la culpabilidad, de la que debe hacerse en la antijuricidad.

gunta Henkel si es correcto considerarla causa supralegal de inculpabilidad. La tendencia a hacer de la no exigibilidad una causa supralegal, es hija de la inclinación a huir hacia fórmulas generales. Pero detrás de este tipo de fórmulas, conviene distinguir los *principios normativos* de los *regulativos*. Normativa es la cláusula que tiene contenido valorativo, y que, por tanto, encierra una regla de medida en sí misma. Por el contrario, la fórmula general regulativa no anticipa el juicio de valor del caso particular, contentándose con dar al juez una orientación.

El principio de no exigibilidad debe ser configurado como cláusula general regulativa, y así concebido no es preciso que encuentre expreso reconocimiento en una fórmula legal que cree una norma, siendo un medio indispensable para el juez como elemento orientador en la hora de sus decisiones, y merece aplicación especialmente interesante allí donde, por tener los tipos penales contornos imprecisos, necesitan corrección o complemento.

De aquí que pueda decirse que la no exigibilidad no es causa supralegal de culpabilidad, sino menos y más: juega su papel como principio regulativo, extendiéndose al campo de la tipicidad, antijuricidad y culpabilidad (116).

Consecuencia del enfoque que Henkel da al tema que nos ocupa, es su posición ante la cuestión de la determinación de la exigibilidad, postura de corte ecléctico, situada en el punto medio de las direcciones subjetivistas y objetivistas. Admitido que el principio de no exigibilidad es aplicable tanto en el área de la antijuricidad, como de la tipicidad y culpabilidad, dice: En el área del injusto debe medirse con cálculos *objetivos*, no ha de mirarse a la conducta del autor del caso concreto solamente, sino a la conducta que hubiera realizado cualquier otro hombre situado en las mismas circunstancias; por el contrario, en el área de la culpabilidad, debe medirse según la conducta del autor determinado, *subjetivamente*, sin referencia ninguna a cualquier otro individuo.

(116) Así, *Ob. cit.*, pág. 305. Concebido como principio regulativo, cree HENKEL, salvar aquellas objeciones que le acusaban de ser un principio vacío de contenido (OETKER, *Notwehr und Notstand*, «Frank-Festgabe», I, página 388), ya que como tal no necesita ninguna valoración.