

De lo vivo y de lo muerto en la obra de Armin Kaufmann*

PROF. DR. FRANCISCO MUÑOZ CONDE

Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Sevilla

1. Hace ya casi cuarenta años, a principios de los años cincuenta, aparecía un obra que sentaba las bases y fijaba los orígenes de la moderna dogmática penal alemana. Se trataba de la tesis doctoral de Armin Kaufmann, «Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie» (1) Gotinga, 1954, que su autor había realizado bajo la dirección de su maestro Hans Welzel, el creador de la teoría final de la acción y uno de los dogmáticos y teóricos del Derecho penal más importantes o innovadores del desolado panorama de la Alemania de la posguerra.

La importancia de la obra de Kaufmann no se reducía, sin embargo, a corroborar y, de algún modo, ampliar los planteamientos dogmáticos de su maestro, sino que buscaba los fundamentos mismos de la Dogmática jurídicopenal, analizado paso a paso y con penetrante agudeza la obra de uno de los dogmáticos más importantes de la ciencia penal alemana, Karl Binding.

Tanto en esta obra, como en todas las que le siguieron, intentó Armin Kaufmann fijar lo que, a su juicio, constituye la base de la dogmática jurídica: *las estructuras lógico-objetivas* de la materia objeto de regulación por el derecho. Estos datos lógico-objetivos serían, pues, el soporte material de las decisiones jurídicas y a ellos estarían vinculados todos los factores de producción del Derecho, el legislador, el juez o el intérprete, por encima de toda consideración axiológica o valorativa propia de cada país, momento histórico, cultura o ideología.

(*) *Comentario a Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*; editado por Gerhard Dornseifer, Eckhark Horn, Georg Schilling, Wolfgang Schöne, Eberhard Struensee y Diethart Zihinski, Editorial Carl Heymanne, 1989, 878 págs.

(1) Hay traducción española de Bacigalupo y Garzón Valdés, publicada en Buenos Aires en 1977, bajo el título «Teoría de las normas».

Al desarrollo de esta idea dedicó todo su esfuerzo intelectual y académico que cuajó, además de en esta primera obra, en su escrito de habilitación: «Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte» («La dogmática de los delitos de omisión»), 1959 y en varios de sus principales artículos sobre el «injusto personal», la «relación de causalidad» y la «imputación objetiva», el «dolo eventual», etc., recogidos en un solo resumen «Strafrechtsdogmatik», zwischen Sein und Wert» («Dogmática jurídica penal, entre ser y valor»), 1982, publicado por los discípulos que ahora dedican este libro homenaje.

2. No es nuestro objetivo hacer ahora un análisis de la obra y de las ideas de Armin Kaufmann, sino solamente un comentario-resumen de algunas de las más interesantes aportaciones que en número casi de cincuenta contiene este merecido homenaje. El punto de referencia tiene que ser, sin embargo, necesariamente la obra de Kaufmann, a la que de un modo u otro se reconducen la mayoría de los trabajos. Nada extraño, por lo demás, ya que, aunque la obra del homenajeado no fue excesiva en cantidad, sí lo fue en calidad y en la riqueza de sugerencias de todo tipo que de ella se deducen.

Por razones obvias de espacio no nos vamos a referir detalladamente tampoco a cada uno de los trabajos que contiene este libro-homenaje, cuya simple enunciación llenaría algunas páginas. Así, por ejemplo, dejamos fuera de nuestra consideración las aportaciones de los autores hispanohablantes (Córdoba Roda, Llompарт, Cuello, Gimbernat, Bustos, Mir Puig, Bacigalupo, Cerezo Mir, Polaino, Baigón y Maier), algunos de ellas ya aparecidos en español, otras publicadas directamente en nuestro idioma. Tampoco vamos a referirnos a las aportaciones de carácter jurídico-filosófico (Arthur, Kaufmann, Puppe), histórico (Schaffstein, Rüping), jurídicocomparativo (Fukuda, Schöne, Ohno, Dedes) o procesales (Hirsch, Eser, Wolter, Weber), ni tampoco a cuestiones concretas de la Parte Especial (Schilling, Zielinski, Schünemann, Lüdersen), participación (Grünwald), tentativa y desistimiento (Günter, Struensee), o determinación de la pena (Horn). Cualquiera puede entender que la simple referencia al contenido de cada uno de estos trabajos haría esta nota excesivamente extensa y prolija.

Pero sí creo conveniente comentar algunos de los trabajos que, a mi juicio, más se relacionan con las aportaciones de Armin Kaufmann, es decir, aquellos que más directamente tienen que ver con las estructuras lógico-objetivas, que, a su juicio, constituyen la base de la Dogmática jurídica penal.

3. Empecemos por la omisión, uno de los temas a los que Armin Kaufmann dedicó mayor atención.

Como es sabido, el libro de Kaufmann sobre los delitos de omisión modificó completamente la idea que de esta forma del comportamiento humano, también relevante penalmente, se tenía. La tesis central de Kaufmann es que, igual que existe un concepto ontológico de acción (el

de la teoría final de la acción), existe también un concepto ontológico de omisión, al que como realidad prejurídica está vinculado al legislador. Este concepto ontológico de omisión se caracterizaría porque el sujeto que omite tenga la concreta capacidad de acción y porque, a pesar de ello, no realiza esa acción.

Es decir, lo primero que hay que preguntarse cuando un sujeto omite *algo* es si podía realizar ese *algo* que omite hacer. Este concepto es, por tanto, independiente de si lo que se omite está o no desaprobado, o es indiferente; por eso, es un concepto ontológico, no normativo. La «capacidad de acción» sería, además, un requisito conceptual del concepto de comportamiento en general, y no sólo de la omisión. También la acción en sentido estricto supone que el sujeto puede actuar, aunque desde el momento en que actúa esa capacidad se da obviamente por supuesta (cfr. Armin Kaufmann, *Die Dogmatik*, págs. 49-83).

Tres artículos se dedican en el libro homenaje a este problema.

Uno, el de Gimbernat, probablemente el más interesante y sugerente, hace una serie de interesantes matizaciones a la tesis de Kaufmann, distinguiendo entre el *comportamiento pasivo*, ontológicamente considerado, entendido como un no hacer que se *podía* hacer, y la *omisión*, entendida normativamente como el no hacer algo que se podía y se *debía* hacer.

Otro, de Schmidhäuser, en el que se distingue entre «*acción y omisión*», como formas del comportamiento, y «*comisión*» del hecho delictivo, que lo mismo puede realizarse por acción que por omisión.

Lo que en el fondo de estas aportaciones se plantea es si hay un concepto común de comportamiento capaz de acoger lo mismo el comportamiento activo que el pasivo. Un sector de la dogmática alemana, desde Radbruch hasta el propia Kaufmann, niegan esa posibilidad; mientras que otro, representado fundamentalmente por los causalistas Mezger y Baumann, la afirman. Precisamente es este último autor, Baumann, el que, en su aportación, hace una revisión del concepto de acción de Armin Kaufmann, llegando a la conclusión de que el concepto de acción sólo tiene sentido como un elemento del concepto más específico de injusto penal.

Lo que nadie discuta a Kaufmann es que su aportación al concepto ontológico de acción, desde el prisma de la omisión, ha depurado al sistema de la teoría del delito de una vinculación excesiva al derecho positivo, desarrollando unas firmes estructuras, sobre las que después edificar las diferentes categorías sistemáticas.

4. Otra de las cuestiones tratadas en este homenaje es la relación entre teorías de la causalidad y teorías de imputación objetiva, un problema en el que lo que verdaderamente se plantea es la relación entre planos ontológicos y planos normativos a la hora de verificar la imputación de un determinado resultado el autor de una acción (u omisión). En uno de sus últimos trabajos rechazó Kaufmann las teorías de la

imputación objetiva, con el argumento de que no son más que criterios lógicos para solucionar problemas de interpretación del tipo de delito en cuestión. Para Kaufmann, igual que para Welzel, lo importante es si el suceso causal es controlado o no por el dolo del autor. Un criterio ontológico, la causalidad, es, por tanto, relacionado con otro, la finalidad. De ahí que niegue relevancia a la imputación objetiva en los delitos dolosos, tratándose los problemas que en él plantean como problemas de error del tipo o de ausencia de dolo en general (así, por ejemplo, en el famoso caso del sobrino que envía a su tío al bosque, esperando que un rayo caiga y lo mate, Kaufmann niega sin más el dolo y no la imputación objetiva) (cfr. su trabajo: *¿Atribución objetiva en el delito doloso?*, A.D.P., 1985, págs. 805 ss.).

Un criterio similar mantiene su discípulo Struensee en relación con los delitos imprudentes, entendiendo que los problemas que se pretenden resolver con ayuda de la imputación objetiva son, en realidad, problemas del tipo subjetivo del delito imprudente («El tipo subjetivo del delito imprudente», ADP, 1987, págs. 423 ss.)

Con estas tesis se enfrenta Roxin, en un trabajo en el que defiende la importancia de la imputación objetiva también para los delitos dolosos, confirmando que la mayoría de los casos de desviaciones de cursos causales, disminución del riesgo, etc., tienen que resolverse con un criterio normativo que impide la imputación objetiva del hecho producido. Y lo mismo sostiene respecto al planteamiento de Struensee, pues incluso, dice Roxin, en los casos en que hay que tener en cuenta para medir el grado de infracción de la diligencia debida las capacidades concretas del sujeto, éstas deben ser analizadas y comparadas con baremos objetivos que son precisamente los criterios de la imputación objetiva. Por otra parte, dice Roxin, en la imprudencia inconsciente no se puede hablar de «tipo subjetivo» y, sin embargo, si de imprudencia, aplicando para ello una vez más los criterios de la imputación objetiva.

Es curioso, sin embargo, que la mayoría por no decir todos los casos aducidos por Kaufmann y Struensee para confirmar la tesis de sus planteamientos ontológicos, son solucionados de igual forma por Roxin, con criterios normativos. Más curioso es todavía que Lampe en su importante contribución a este homenaje con un trabajo sobre la causalidad llega también a soluciones parecidas desde la base de una causalidad que él llama funcional o funcionalmente vinculadora, y que considera ontológica y, por tanto, no tributaria de la teoría de la imputación objetiva. Planteamientos similares hace Juan Bustos en su contribución sobre este tema, aunque finalmente admite la imputación objetiva como un problema de la antijuricidad y no del tipo.

Por eso, me parece clarificadora y encomiable la postura de Jakobs, quien en su contribución a este libro homenaje, «Representaciones del autor e imputación objetiva», plantea el problema en un plano metodológico más amplio: ¿Cuál es el sujeto de referencia cuando se trata de la

imputación objetiva en un determinado resultado; una persona individual y concretamente considerada o el ciudadano medio en su calidad de portador de determinados roles y expectativas? Para Jakobs está claro que en el ámbito de lo injusto lo decisivo es el criterio objetivo que considera al hombre en su situación social, como portador de roles específicos y de determinadas expectativas que tiene que cumplir: el estudiante de biología que trabaja ocasionalmente como camarero no tiene por que hacer uso de sus especiales conocimientos de biólogo y advertir a los comensales que les está sirviendo una fruta que, él sabe, en razón de sus especiales conocimientos biológicos, puede producir un intoxicación.

Lógicamente esta tesis es radicalmente distinta al planteamiento ontológico-individual de Kaufmann. Pero ¿hasta qué punto puede admitirse un planteamiento sociológico funcional puramente objetivo como el de Jakobs?

En el fondo del problema está una vez más no ya sólo la contraposición entre lo ontológico y lo normativo, el ser y el valor, sino la trascendental cuestión en Derecho Penal, de cómo se imbrican y qué peso corresponde en la determinación de la responsabilidad penal a los factores objetivos y subjetivos, relación de la que se ocupan, por cierto, de un modo general los españoles Llompart y Mir Puig en sus contribuciones.

5. Probablemente, esta discusión no tendrá una solución definitiva nueva. Pero parece que los tiempos actuales son más proclives a las consideraciones normativas y funcionales que a las ontológicas. Y ello se observa también en las contribuciones de Hassemer, Frisch e Hillenkamp, sobre otro de los temas que Armin Kaufmann trató con especial cuidado: el problema del dolo eventual. Difícil es desde luego buscar estructuras ontológicas en lo que probablemente no es más que el terreno de la incertidumbre y de las impurezas probatorias que se dan en el proceso penal respecto a los elementos subjetivos. ¿Hay o no intención de matar cuando el terrorista pone una bomba en unos almacenes para que explote de noche, pero admite la posibilidad que alcance a un vigilante nocturno o a un mendigo que duerme en la puerta de entrada?

La teoría del dolo eventual surgió para resolver casos de este tipo en los que los elementos conceptuales del dolo, inteligencia y voluntad, no se dan con toda nitidez, pero parece lógico que el resultado se impute como doloso.

Las fórmulas tradicionales de carácter psicológico-ontológico de la probabilidad, de la voluntad, etc., no resuelven satisfactoriamente el problema y, más o menos, encubiertamente se recurre a criterios normativos, cuando no al sentimiento.

Armin Kaufmann desarrolló una teoría de la «voluntad evitadora capaz de dominar el hecho», según la cual se salvaba el aspecto ontológico del dolo eventual en la medida en que éste es también «voluntad

de realización» y no «voluntad de evitación» (cfr. «El dolo eventual en la teoría del delito», *ADP*, 1960, p. 171 y ss.). Pero como señala Winfried Hassemer en su excelente contribución sobre los elementos característicos del dolo la tesis de Kaufmann fracasa no tanto en su punto de partida ontológico como en los resultados poco satisfactorios a que conduce: quien actúa peligrosamente puede invocar la tesis de la imprudencia o, en todo caso, al de la exclusión del dolo siempre que haya procurado evitar el resultado. Pero la voluntad de evitación, dice con razón Hassemer, no es siempre indicio de una actitud correcta ante el derecho, sino a veces producto de un cálculo criminal estratégico. De lo que se trata es, a su juicio, primero, de establecer cuál es la razón de la mayor punición del dolo frente a la imprudencia, y luego de buscar los indicadores objetivos externos que permiten deducir la constancia del dolo, es decir, la necesidad de una reacción penal más enérgica ante la lesión de un bien jurídico. Estos indicadores son, para Hassemer, la situación peligrosa, la representación del peligro y la decisión en favor del actuar peligroso.

De esta opinión se aparta Hillenkamp quien en su contribución sobre este problema específico de la voluntad de evitación y el dolo eventual, defiende la tesis de Kaufmann: si el autor actúa con voluntad de evitación y en el cálculo de sus posibilidades considera exigida la realización del tipo, no habrá nunca dolo.

Un planteamiento que también se puede calificar de normativo mantiene en su contribución Wolfgang Frisch. Se ocupa este autor de uno de los problemas del dolo que igualmente es difícil solucionar con una consideración puramente ontológica, la llamada «coconsciencia» o «conciencia concomitante». Hay, en efecto, una serie de elementos del tipo que el sujeto no conoce con exactitud o no se representa de un modo actual en el momento en que realiza el hecho: la edad del sujeto pasivo en el delito de estupro, la circunstancia de casa habitada en el robo en un chalet transitoriamente sin ocupantes, etc. La doctrina dominante suele, desde la decisiva aportación del austriaco Platzgummer, resolver el problema con ayuda de la coconsciencia, es decir, considerando también como conocido aquellos elementos del tipo que el sujeto no se representa en el momento de realización del delito, pero que están latentes en su consciencia como conocimiento tácito concomitante. En su extenso y pormenorizado trabajo Frisch considera que el problema es de carácter normativo y debe ser resuelto como tal y no con pretendidas consideraciones ontológicas que, en realidad, falsifican el elemento intelectual del dolo.

6. De otras cuestiones igualmente importantes relacionadas con la significación del resultado en la contribución del injusto y el principio de culpabilidad se ocupan en sendos trabajos Dornoseifer y Dencker. El primero llega a la conclusión de que el resultado ni fundamenta, ni cualifica el injusto, y todo lo más tiene que tenerse en cuenta como criterio

ordenador de los grados de necesidad de pena. El segundo pretende sacar las conclusiones de esta tesis, por lo demás fuertemente anclada en el concepto de injusto personal de Armin Kaufmann, para el principio de culpabilidad, recabando mayor espacio para los delitos de peligro, dejando el resultado en un segundo plano, etc. Esta idea bastante extendida entre los partidarios de la teoría final de la acción, deja, sin embargo, al Derecho Penal sin un punto de referencia que desde el punto de vista social y desde el de la propia víctima es realmente muy importante. Una consideración ontológica tampoco debería olvidar o menos preciar el papel del daño en la configuración del injusto, por más que el resultado esté muchas veces fuera del control de la acción.

En todas estas discusiones nos encontramos siempre con que lo pretendidamente ontológico se reduce, muchas veces, a las estructuras lógico-objetivas del actuar humano individualmente considerado, dejando a un lado el significado de esa actuación para los demás, que igualmente es una parte de la realidad. No parece, por ello, lógico que el resultado quede fuera en la constitución del concepto del injusto.

7. Y esta consideración nos lleva a mencionar el problema de las causas de justificación, de cuya función, estructura y principios se ocupa Rudolphi. Ciertamente, tras la trascendental aportación del finalismo muy pocos son los que consideran que el ámbito de las causas de justificación se puede determinar de un modo puramente objetivo. De nada serviría a quien mata a otro en una situación objetiva de legítima defensa, si no tiene conciencia de que actúa en esta situación. Pero tampoco podría excluirse la antijuricidad por más que el sujeto creyera que actuaba en legítima defensa, si objetivamente no existe una agresión ilegítima. La teoría de la culpabilidad, defendida por Armin Kaufmann, considera que en este último caso el sujeto puede actuar sin culpabilidad o con culpabilidad atenuada, pero permanece intacto el dolo del tipo del delito en cuestión. Y ello en base a una estricta separación entre dolo y conocimiento de la antijuricidad, que, según Armin Kaufmann es una de las estructuras lógico-objetivas. El resultado puede ser satisfactorio, pero no la fundamentación. En su contribución sobre el error de tipo permisivo, defiende Pacfgen la tesis de que una concepción personal de lo injusto puede llevar también en este caso a la negación del dolo. Stratenwerth mantiene, por su parte, la tesis de que determinados casos de error y de disminución de la culpabilidad, ésta puede ser fundamentada por una culpabilidad previa basada en el comportamiento anterior.

El trabajo de Pacfgen parte de la tesis de Armin Kaufmann, publicada en el homenaje a su maestro Welzel, de que «la situación objetiva de justificación debe enjuiciarse *ex ante*»; es decir, si alguien, actuando con la diligencia debida y comprobando cuidadosamente las circunstancias, cree que se dan los presupuestos objetivos de una causa de justificación (por ejemplo, la agresión ilegítima en la legítima defensa), esta

situación, a pesar de tratarse de una creencia errónea, equivale a la causa de justificación plena. Realmente para Armin Kaufmann no se trata de un error evitable obre los presupuestos objetivos de la causa de justificación, sino que objetivamente, considerada la situación *ex ante*-admite la existencia de la causa de justificación misma. En este sentido, ya se ha señalado en la doctrina española (por ejemplo, Gómez Benitez, «El ejercicio legítimo del cargo», Madrid, 1980, p. 236), que el examen conforme a deber de la situación *ex ante*, no es más que la expresión del deber objetivo de cuidado. Pero esto no quiere decir que se acoja la teoría de los elementos negativos del tipo que automáticamente se entienda que el conocimiento del presupuesto objetivo de la causa de justificación es también un elemento integrante del dolo, con la consecuencia de que en caso de error vencible éste se transformaría en imprudencia. En opinión de Pacfgen, lo único que se excluye en caso de error invencible o inevitable en el que el sujeto ha supuesto la existencia del presupuesto objetivo de una causa de justificación, basándose para ello en una percepción de la realidad que cualquier otro en su lugar, actuando con el cuidado necesario, hubiera tenido igualmente es el desvalor de la acción, pero sigue existiendo el dolo respecto al resultado. Por eso, en caso de error vencible, ese dolo sigue subsistiendo y no se transforma en imprudencia, aunque sí procede la atenuación de la pena.

Desde luego que esta tesis puede entenderse como un resquebrajamiento de la teoría estricta de la culpabilidad. Pero sólo aparentemente, pues en todo caso deja subsistente la penalidad por delito doloso en caso de error vencible sobre la existencia del presupuesto objetivo de una causa de justificación.

Más difícil me parece de sostener la tesis de Stratenwerch de que en determinados casos de error, la culpabilidad puede ser fundamentada en el comportamiento anterior (Vorverschulden). Ciertamente parece inevitable tener en cuenta el comportamiento anterior del sujeto para valorar el acto que realiza, pero ello sólo es posible en la medida en que se materialice en el acto mismo y esté en estrecha conexión con él, pero no se puede ir más allá de esto so pena de convertir la culpabilidad en una especie de «culpabilidad por la conducción de vida» más próxima a los postulados nazis del Derecho Penal de autor que a los de un Derecho Penal liberal de acto.

8. Me parece, sin embargo, que estas y otras consideraciones similares están ya muy lejos de los planteamientos de Armin Kaufmann. Ciertamente no se puede pretender, ni conseguir que todas las cuestiones del Derecho Penal se resuelvan *a priori*. Con la fijación de unas estructuras lógico-objetivas que predeterminen un determinado tipo de valoración, sino quizá y todo lo más que las valoraciones tengan en cuenta esas estructuras. El problema es que no siempre se pueden determinar las estructuras lógico-objetivas que subyacen a una regulación jurídica, y no creo que el mismo Welzel, ni por supuesto Kaufmann, quisieran reducirlas al concepto de acción.

Pero sea así o de otro modo, nadie puede dudar de la importancia de la obra de estos dos grandes penalistas. Sus aportaciones han hecho correr ríos de tinta en los últimos cuarenta años en la Dogmática alemana juridicopenal. Este libro homenaje es una buena prueba de ello. Por supuesto que no todo lo que se ha escrito sobre estos problemas tiene la calidad y la importancia de las cuestiones sistemáticas. Si a esto se le añade el exceso de publicaciones académicas, tesis, escritos de habilitación y artículos en revistas especializadas, se comprende que la discusión teórica sobre problemas aparentes se haya convertido, a veces, en un fin en sí misma. De este peligro advierte en un interesante trabajo con el que termina el libro homenaje, Arzt, aunque él lo atribuye al exceso de estudiantes y al aumento del número de cátedras en las facultades de Derecho. No obstante, habría que recordar también algunas exageraciones habidas en la polémica entre teoría final y causal de la acción que llegó a convertirse en algún caso en una verdadera guerra civil entre partidarios de uno y otro bando. El resultado final no ha sido, sin embargo, malo, aunque se hayan malgastado muchas energías que podrían haberse empleado en el estudio de otros problemas del Derecho Penal.

Armin Kaufmann con su credo y su personalidad científicas marcó en todo caso un hito en la Dogmática jurídica alemana. Luego vendrán otras direcciones, otras modas, pero su contribución al terreno en el que se movió y quiso moverse desde el principio hasta el final de su vida científica, permanecerá insuperable.