

NULLUM CRIMEN SINE LEGE: COMISIÓN POR OMISIÓN Y DOGMÁTICA PENAL

Tomás S. Vives Antón

Profesor Honorario y Catedrático Emérito de Derecho penal
Universitat de València

Sumario: 1. Planteamiento del problema. 2. Los argumentos «normativo-dogmáticos». 2.1. Introducción. 2.2. Un excursus previo: la posición de Welzel. 3. Los argumentos «legislativo-lingüísticos». 3.1. Observaciones preliminares. 3.2. Análisis del párrafo primero. 3.3. El párrafo segundo. 4. La posición actual de la doctrina española. 4.1. El punto de partida. 4.2. La evolución posterior: equivalencia según el sentido del texto de la ley. 4.3. Las posiciones disidentes. 4.4. Un breve regreso a Alemania. 4.5. De vuelta a España: un cambio de discurso. 4.5.1. La opinión de un clásico español. 4.5.2. Un cambio de discurso. 5. Metadogmática: filosofía, gramática y sentido. 5.1. Filosofía y determinación del significado. 5.2. Una digresión gramatical. 5.2.1. La semántica pictórica o figurativa. 5.2.2. El significado como uso. 6. Dogmática y racionalidad. 6.1. Consideraciones generales. 6.2. Problemas específicos. 6.2.1. Omisión impropia y presunción de inocencia. 6.2.2. Causalidad y omisión impropia. 6.2.3. ¿Interrupción de cursos causales salvadores? 6.2.4. Dogmática penal y jurisprudencia constitucional. 6.3. Conclusiones provisionales. 7. Adenda: sobre la supuesta «neutralidad» de la dogmática penal. 7. 1. Introducción. 7. 2. El rechazo de la herencia intelectual de la Ilustración. 7.2.1. Existencialismo y nihilismo. 7.2.2. Neokantismo, Filosofía de la vida y Fenomenología. 7.2.3. Más allá de la razón: de la filosofía material de los valores a los nuevos caminos de la ontología. 7.2.4. Del «pensamiento» nacionalsocialista a la situación actual. 7.3. La lucha contra el Derecho penal liberal. 7.3.1. Introducción. 7.3.2. De la Filosofía al Derecho Constitucional: Carl Schmitt. 7.3.3. El declive de las libertades en el constitucionalismo de postguerra. 7.3.4. Pensamiento autoritario y dogmática penal. 7.4. La persistencia del pensamiento autoritario tras la derrota del nacional-socialismo. 7.4.1. Cuestiones preliminares. 7.4.2. La posición de garante. 7.4.3. El eclipse del hecho: la idea de dominio. 7.4.4. Peligrosidad y Derecho penal de autor. 7.4.5. La legitimación de la analogía *in malam partem*. 7.4.6. La inversión de los principios constitucionales. 7.5. Conclusión.

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

En el debate sobre si el castigo de la comisión por omisión en los delitos que comportan la producción de un resultado, cuando no hay una previsión legal expresa de esa modalidad ejecutiva, incurre en un *defecto de legalidad* desempeñó un papel fundamental la obra de Armin Kaufmann *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte* (1959), traducida al castellano en el año 2006. De modo que, para analizar el problema objeto de ese debate, tal y como

se ha planteado en España, resulta singularmente ilustrativo comenzar examinando los argumentos con los que, en la obra citada, se fundamenta la tesis del defecto de legalidad.

La argumentación de Armin Kaufmann se desarrolla en dos fases: una primera, muy compleja, que podríamos denominar «normativo-dogmática»; y una segunda, aparentemente simple, que podría llamarse «legislativo-lingüística».

En este trabajo se examinarán una y otra separada y sucesivamente; pero ese examen ha-

brá de ser puramente externo a las estructuras dogmáticas en juego, esto es, no entrará analizar, salvo en lo estrictamente necesario, el valor intrínseco de las construcciones dogmáticas subyacentes, sino que las analizará exclusivamente desde la perspectiva de su validez para fundamentar la tesis del defecto de legalidad. Con ello no solo intento evitar que el proceso argumentativo se pierda en un laberinto de divagaciones impertinentes; pretendo también mostrar que el núcleo de la problemática que se aborda reside en si se respetan —y en cómo se respetan— los principios constitucionales básicos del Derecho penal moderno y no en la viabilidad de configuraciones dogmáticas que, en ocasiones, ocultan los problemas en vez de ayudar a resolverlos.

Con ese planteamiento asumo dos premisas, que algunos discuten: la de que el objetivo de la dogmática es explicitar el sentido de la constitución y de las leyes; y la de que ese sentido no es otro que el que se desprende del significado de sus palabras y oraciones.

Estas premisas han sido discutidas abiertamente. Jakobs, por ejemplo, afirma que el lenguaje ordinario, en el que están redactadas las leyes, no conduce a «resultado aprovechable alguno», ya que sus términos y oraciones tienen significados tan diversos que, aunque limitados por contextos variables, plantean el problema interpretativo de determinar cuál de esos contextos es el relevante; pero, si se prescinde de tales contextos y se atiende únicamente al texto, «solo por casualidad puede aparecer un sentido jurídico penalmente adecuado». A partir de estos y otros argumentos Jakobs propone «atender en lugar del significado» (de las palabras y oraciones de la ley) «al sentido de la regulación».

Pero si las leyes penales tienen un sentido independiente del que se expresa en su texto, ¿de dónde puede extraerse? Sin necesidad de exponer detalladamente el pensamiento de este autor, será suficiente describir su modo de concebir la «ciencia del Derecho penal» para responder a esa pregunta. En efecto, Jakobs

define la ciencia del Derecho como el saber teórico acerca de la legitimación de sus normas e instituciones, y emplea como sinónimos *legitimación* y *legitimidad*, entendiendo una y otra sobre la base del funcionalismo sistémico de Luhmann, al que a menudo se remite.

Desde ese punto de partida, concibe la legitimación «a partir de las condiciones de existencia de la sociedad de libertades normativamente estructurada», esto es «de la constitución normativa de la sociedad y, en concreto, de aquella que realmente tiene lugar y no de una sociedad meramente imaginada». Por eso, «no puede pasar por alto —a diferencia de una ciencia *pura* de las normas— las condiciones necesarias para la realidad del Derecho, sino que debe tenerlas en cuenta». En consecuencia, afirma que, aunque las normas jurídicas proporcionan orientaciones, esas orientaciones solo son legítimas «si se cimentan cognitivamente», y esto «rige, no solo para las normas mismas, sino para todo lo normativamente estructurado, como los tribunales de justicia, los ciudadanos como personas en Derecho, la propiedad etc.».

De modo que, o las normas jurídicas se adecuan a lo que llama «la constitución normativa de la sociedad» o pierden su legitimidad/legitimación. Las objeciones que pueden hacerse a este planteamiento son muchas, pero la que aquí me interesa destacar es que, si lo que propone Jakobs es ciencia, desde luego no es ciencia del Derecho, sino una suerte de *approach* funcionalista que, al remitir la validez de las normas jurídicas a una supuesta configuración normativa de la sociedad existente, olvida el papel crítico que, frente a las normas sociales, atribuía con razón Mayer al Derecho del Estado.

Las consecuencias de este planteamiento sobre el principio de legalidad se ponen de manifiesto con toda claridad reproduciendo las palabras con que Silva Sánchez relata la discusión de la ponencia de Jakobs acerca de la cuestión de la omisión en la doctrina alemana (en el seminario celebrado en la Universitat

Pompeu Fabra y publicado después con el título *Sobre el estado actual de la teoría del delito*). Dice así:

«La discusión se inicia con una intervención de Schönemann sobre el método de obtención del Derecho del que se sirve Jakobs. Este, a su juicio, no pretende interpretar un conjunto de normas legales; por el contrario, desarrolla primero su concepto de sociedad, que constituye una especie de punto de Arquímedes iusnaturalista desde el que se procede a concebir el Derecho.»

En su opinión, por así decirlo, Jakobs no necesitaría ningún Código Penal, sino que podría construirlo a partir de su filosofía de la sociedad».

A lo que, inmediatamente, añade:

«Jakobs le da la razón a Schönemann al advertir cómo para él el Derecho penal no es sino una parte de la sociedad en funcionamiento. A partir de ahí, cualquier expresión del Código penal debe situarse, más allá de la mera glosa, en su contexto sistemático.»

Me limitaré, por ahora, a afirmar que, en mi opinión, el resultado de esa opción metodológica no me parece ni Derecho ni Ciencia, sino filosofía social, como dice Schönemann; o, quizás, filosofía política autoritaria.

Pero la discusión de esa propuesta y de otras que discurren por derroteros semejantes se abordará en la parte final de este trabajo.

2. LOS ARGUMENTOS «NORMATIVO-DOGMÁTICOS»

2.1. INTRODUCCIÓN

La primera parte de la argumentación de Armin Kaufmann consiste en poner de manifiesto que la punición de la omisión impropia como realización de un delito comisivo parece incurrir en un círculo vicioso: «Pues, en efecto, se ha infringido una *prohibición* de realizar un resultado; pero esa prohibición se vulnera cuando (y porque) no se cumple un *mandato* de evitar el resultado. Sin embargo, la falta de

evitación del resultado, a su vez, supone una omisión que es un delito comisivo si lo que infringe es una prohibición».

Al examinar las diversas soluciones propuestas a esa suerte de paradoja dogmática, el autor se detiene especialmente en la propuesta por Nagler, que predominaba a finales de los años 50 del pasado siglo y sigue conservando una gran importancia en la actualidad, de modo que parece «la coronación de una larga evolución»: «De acuerdo con la teoría de Nagler *solo* hay que añadir a los tipos de delito comisivo un elemento típico no escrito o implícito», *la posición de garante*. Con esa construcción, objeta Armin Kaufmann, Nagler admite que el tipo del delito de omisión impropia contiene un elemento diferencial con el genuino tipo de actividad y, sin embargo, afirma que *la estructura de la comisión por omisión no se distingue en nada del delito comisivo normal*. En su opinión, esa identidad descansa en una falacia insalvable, y no puede salvarse por las razones que expone a continuación, entre las que cabe destacar dos:

«1. Objeto de la prohibición solo puede ser una acción, y no una omisión. La "prohibición" de omitir una acción es en realidad un mandato de efectuar esa acción.»

«2. Quien afirme que la omisión impropia queda abarcada por la prohibición de obrar es quien ha de demostrar que también solo el omitir del garante es abarcado por la norma de prohibición» (págs. 261-262, cursiva mía).

También pone de manifiesto el carácter irreductible de la falacia del punto de partida de Nagler con el siguiente argumento: si no se quiere extender la equiparación de todas las omisiones a las acciones productoras de resultados, es preciso añadir el «elemento implícito» de la posición de garante, con el que se evidencia que en la omisión impropia no opera inmediatamente la norma prohibitiva sino a través de una preceptiva, de modo que el garante o no mata o solo mata porque no evita la producción de la muerte.

Basta con lo expuesto para comprender el tipo de dificultades dogmáticas que, para Ar-

min Kaufmann, plantea la comisión por omisión; pero el problema que aquí interesa no pertenece a la dogmática penal ni a la teoría de las normas: al afirmar que la comisión por omisión comporta un defecto de legalidad, se apunta a un déficit constitucional a la hora de castigar las llamadas omisiones impropias acudiendo a figuras delictivas que están formuladas de tal modo que, *prima facie*, parecen prohibir acciones positivas.

El problema es, pues, para Armin Kaufmann, el de la *taxatividad* exigida por la constitución a las leyes penales; y, en principio, lo describe así:

«Nuestra concepción hace a los delitos de omisión impropia delitos *sui generis*, situándolos junto a los tipos comisivos, y vinculados con ellos únicamente por la referencia al mismo bien jurídico y por la misma conminación penal. Entonces, si los tipos de omisión impropia se separan de los tipos de los delitos comisivos, cabría esgrimir la objeción de que una concepción así infringe en mayor medida aún el principio *nulla poena sine lege*. Errónea conclusión. La investigación hasta ahora no ha hecho sino destacar lo que es inherente a todos los demás intentos de solución: que el delito de omisión impropia no realiza el tipo del delito comisivo, sino que, en cuanto a tipo, injusto y culpabilidad, discurre por vías propias, *no tipificadas legalmente*. Lo que Welzel objeta en particular a la teoría de Helmut Mayer rige para cualquier teoría: *ninguna construcción dogmática, sea del género que sea, es capaz de "colmar la sensible laguna de la formación legal de los tipos"*» (págs. 282-283, cursivas mías).

2.2. UN EXCURSO PREVIO: LA POSICIÓN DE WELZEL

La remisión que, según acaba de verse, Armin Kaufmann hace a Welzel se refiere a la cuarta edición alemana de la *Parte General* del que fue su maestro; pero las ideas que fundamentan la conclusión que acaba de transcribirse han seguido expresándose en los mismos términos en la última edición de esa obra. Como lo que aquí interesa es esclarecer las raíces del pensamiento de Armin Kaufmann, parece conveniente explorar, en primer térmi-

no, la evolución de las ideas de Welzel sobre la omisión impropia

Para comprender de modo más completo la posición de Welzel al respecto es conveniente llevar a cabo algunas precisiones sobre su concepción de la acción y el papel que la causalidad desempeña en ella.

Welzel formuló una concepción de la acción distinta de la causal-naturalista que, en los primeros años del siglo XX, propusieron Liszt, Binding y Radbruch. La concepción causal-naturalista se sustentaba sobre tres elementos, a saber: el impulso de la voluntad, el movimiento corporal y el cambio en el mundo exterior. Para Welzel, ese es un punto de partida de la sistemática penal empobrecido y erróneo. La llamada concepción causal de la acción ofrece una imagen inadecuada de lo que la acción humana es y, con ello, da lugar a un sistema penal cuya base mecanicista no puede dar cuenta de la dimensión *intencional, específicamente humana*, del hecho delictivo. A partir de esa crítica, formula un nuevo concepto de acción en los siguientes términos:

«La acción en sentido estricto y preciso es la actividad de la intención humana. Hacer real las intenciones significa utilizar como medios factores causales del mundo externo, los cuales hacen real un preciso resultado como meta —en esto consiste básicamente la especialidad de la acción humana, mediante la cual se resalta el accionar sobre cada sencillo proceso causal. Causalidad, en sentido específico, es una categoría ciega; ella es el orden del proceso ciego e indiferente de la intención del impulso: el efecto es la resultante "ciega" de los componentes causales de motivaciones presentes.

Pero justamente porque la causalidad es intencionalmente indiferente, puede ser ubicada mejor bajo los servicios de la actividad intencional: se necesita juntar aquellos componentes causales, los cuales tienen un resultado jurídicamente determinado como consecuencia; entonces el nexo causal —tomado abstractamente como "ciego"— extrae de esto el resultado deseado». (ZStW,58, tra. *Estudios de Derecho penal*).

Aún entendiendo la causalidad como un proceso real, Welzel no planteaba la relación entre acción y omisión como una dicotomía, al modo de Radbruch. Al contrario, afirmaba, en términos semejantes a los empleados por Mezger, que los tipos comisivos pueden llevarse a cabo por omisión, en el caso de los llamados delitos de omisión impropia, pues en ellos el que omite produce el resultado por medio de la omisión. El problema no era, en consecuencia, para Welzel, ni de acción ni de causalidad, sino de autoría: es un elemento no explícito, la posición de garante, lo que determina la responsabilidad penal.

Pero en la 4ª edición de su Parte General introduce un cambio que mantendrá hasta la última. En efecto, al estudiar la omisión afirma que «desde un punto de vista ontológico, la omisión no es en sí misma una acción, ya que es la omisión de una acción. Acción y omisión se comportan en tal sentido como A y no A. El lenguaje común que incluye la omisión en el concepto de “acción”, emplea por ello este concepto en un doble sentido y lleva por esta razón a una falta de claridad sustancial, al transferir a la omisión, sin notarlo, características que solo corresponden a la acción en su verdadero sentido (por ejemplo, el problema de la “causalidad de la omisión”). En realidad, acción y omisión de una acción son dos subclases independientes dentro de la “conducta” susceptible de ser regida por la voluntad final». (Der. Pen. P. G., pág. 276).

Esas afirmaciones de Welzel resultan muy problemáticas. En efecto, si la esencia significativa de la acción radica, según él, en el contenido de la voluntad que convierte un proceso causal ciego en una conducta humana llena de sentido y si ese contenido de la voluntad (la intención) está presente tanto en las acciones (positivas) como en las omisiones dolosas, no resulta fácil explicar por qué se relacionan como A y no A ni desde el punto de vista «ontológico» (dado que tienen un elemento común) ni desde ningún otro (pues ninguna interdicción lógica impide que la omisión de una acción sea, a su vez, acción).

Quizás la falta de claridad y las confusiones que imputa al lenguaje común se encuentran en sus propias ideas, ya que el lenguaje común no pretende elaborar ningún sistema dogmático, sino que emplea palabras y oraciones con las que podemos entendernos; y no hay falta de claridad ni confusión ni incorrección alguna en aludir a las acciones positivas y a las omisiones como conductas humanas, como acciones en sentido amplio, sin que ello comporte que hayan de tener las mismas características o elementos; pues, en efecto, el uso de un término general no implica que sus diversas instancias tengan nada en común. Procede aquí recordar las ideas de «parentesco», «parecido de familia» o de cualquier clase de *semejanza* que Wittgenstein acuñó respecto al término «juego». Cuando se habla de acciones para referirse tanto a las acciones positivas como a las omisiones no se usa el término con ligereza ni con impropiedad, como tampoco se usa de modo incorrecto el término «juego» cuando se aplica a actividades tan distintas como el ajedrez y el fútbol: pese a que no tengan ningún elemento común, las entendemos como juegos sin ningún problema.

La incorrección radica en atribuir al lenguaje común una pretensión de rigor «conceptual» y exactitud de la que carece porque no la necesita. Es más, podría resultar contraproducente. Pues, de una parte, «inexacto no significa inusable»: en la vida nos entendemos perfectamente con expresiones inexactas; pero es que, además, no hay un único ideal de precisión y exactitud, y no es la misma la que exigimos en el observatorio astronómico o en el laboratorio que la que necesitamos en nuestras relaciones normales: no tendría sentido y sería un absurdo darle al carpintero la anchura de la mesa en milésimas de milímetro. Estas observaciones de Wittgenstein invitan a no proponer ideales de precisión y rigor inadecuados, porque entonces el ideal distorsiona la realidad o, como ha ocurrido aquí, desfigura el sentido.

Por otra parte, se asocia a esa pretensión de exactitud la exigencia de que a cada una de las instancias a las que se aplique un concep-

to, en este caso el de acción, tengan idénticas características, cosa que, según se ha visto, no demandan ni la ontología ni la lógica; pero, tampoco lo requiere la gramática «profunda», esto es, la gramática que determina el significado de las palabras.

Wittgenstein decía, respecto al lenguaje, que «en vez de indicar algo que sea común a todo lo que llamamos lenguaje, digo que no hay nada en absoluto común a estos fenómenos por lo cual empleamos la misma palabra para todos —sino que están *emparentados* entre sí de muchas maneras diferentes. Y a causa de este parentesco, o de estos parentescos, los llamamos a todos “lenguaje”». De lo que cabe inferir que, puesto que concebía el lenguaje como un refinamiento de la acción (dado que las acciones, como las palabras, «significan»), sus precisiones gramaticales relativas al lenguaje deben aplicarse también a las acciones: no hay nada en absoluto común a todas ellas, sino que están emparentadas de muchas formas diferentes. Pues las instancias del término acción no son solo acciones positivas u omisiones, sino también acciones intencionales, negligentes o puramente fortuitas y, además, acciones de matar, estafar, hablar, comer, etc. Resulta imposible encontrar algo común a todas esas clases de acciones, pero no cabe duda de que puede atribuírseles una relación de parentesco o semejanza, como conductas humanas que todas ellas son, y eso basta para que podamos afirmar que usamos el término acción correctamente al referirnos con él a todas ellas.

Volviendo a la comisión por omisión, Welzel no niega que los hechos omisivos puedan, en algunos casos, subsumirse directamente en los tipos que presuponen la producción de un resultado. Pero, puesto que ha definido la omisión como «la no producción de la finalidad potencial (posible) de un hombre en relación a una determinada acción» y constata que «palmaria-mente, toda persona con poder de hecho que no evita el resultado típico no puede ser considerada solo por esto como autor» del respectivo delito de omisión impropia, advierte en consecuencia que, «si se desarrollan los de-

litos de omisión impropia mediante una conversión de los tipos de comisión, se evidencia *un sensible vacío* en la elaboración de los tipos legales». Como aclara posteriormente, este vacío consiste en que «solo la conducta del autor está *legalmente determinada* y no las características objetivas de autor». Dicho de otro modo: para Welzel en los delitos de acción positiva el autor queda determinado por la realización de la acción; pero, como para él omite todo el que pudiendo ejecutar una acción determinada no la lleva a cabo y parece absurdo imputar un resultado —por ejemplo una muerte— a todos los que podrían haberla evitado y no lo hicieron, resulta que la descripción legal no determina *quiénes* han cometido el homicidio por omisión.

Esa es, a su juicio, la razón de que se hayan hecho valer *reparos de constitucionalidad* contra el castigo de los delitos de omisión impropia. Sin embargo, el vacío aludido no es total, como precisa con las siguientes matizaciones:

«De todos modos, el Derecho vigente da al juez, por lo menos, *puntos de referencia típicos* para la elaboración de las características objetivas del autor de omisión. Tanto de los tipos en los cuales se reglan legalmente delitos de omisión propios... como también de los tipos de los delitos especiales propios, se desprende que solo cabe (tomar) en consideración como autor de omisión (a) una persona con poder de hecho, que se encuentre en estrecha relación con el bien jurídico amenazado... Autor de omisión es solo aquel que tiene una *posición de garante* efectiva respecto del bien jurídico y en esta posición no evita el resultado típico, a pesar de poder hacerlo». (Der. Pen. P. G., cursivas mías).

Welzel objeta al lenguaje común —o, mejor dicho, al legislador que se expresa en él— que, al pretender que los hechos de omisión impropia queden subsumidos en los tipos de acción, utilice las acciones en un doble sentido que produce un vacío desde la perspectiva del principio de legalidad; pero, paradójicamente, atribuye ese vacío, no a la falta de determinación de la acción —quizás porque es consciente de que en algunos casos (como por ejemplo el de la madre que no alimenta a su hijo hasta

el punto de producirle la muerte) la omisión es claramente subsumible en el verbo típico—, sino a la falta de determinación de las características especiales del autor. En ese proceder se pone de manifiesto dónde está la confusión y quién la ha introducido. Pues parece claro que la determinación de la acción, en estos casos, produce inmediatamente la del autor, o, en otros términos, que son inseparables: al decir que algo (sea acción positiva u omisión) es «matar» estamos determinando objetivamente quién mata: si Welzel elude esa conclusión y configura la autoría como un problema es, probablemente, por la influencia inconfesada de la tesis de la Escuela de Kiel, matizada por Nagler, que sitúa en el centro de la comisión por omisión no la causación del resultado típico, sino la infracción del deber de actuar.

El problema no lo produce, pues, el lenguaje común que emplea la ley sino el lenguaje inusual que emplea la dogmática, pues omitir y no realizar una acción posible no son equivalentes: de una persona atea no decimos que omite ir a misa los domingos; sino que, pese a que puede hacerlo, sencillamente no lo hace. Es la definición de omisión en términos del mero no hacer una acción posible la que crea el supuesto vacío en la formulación de los tipos, pues ese vacío surge solamente si se parte de que el verbo típico puede aplicarse a todo el que no realiza la acción de salvamento pudiendo llevarla a cabo; pero el uso común del lenguaje no es ese. De modo que, en aras de no se sabe qué tipo de rigor dogmático, se parte de una definición de omisión inusual e inadecuada al uso común del lenguaje y se produce un embrollo conceptual difícil de desenredar.

Para tratar de esclarecerlo, en vez de buscar una mejor formulación dogmática, quizás habría que proceder aquí del modo que recomienda Wittgenstein con el fin de evitar que el entendimiento quede embrujado por el lenguaje, esto es, reconduciendo las palabras y expresiones del uso dogmático, que a menudo no provoca sino laberintos y logomaquias, al uso común en el que se origina su significado, el que tiene su tierra natal.

Se seguirá argumentando sobre ese dilema. En cualquier caso, es conveniente tener presentes las ideas de Welzel, junto a las objeciones que acabo de oponerles, para entender y enjuiciar las afirmaciones de su discípulo Armin Kaufmann, que se analizaran inmediatamente.

3. LOS ARGUMENTOS «LEGISLATIVO-LINGÜÍSTICOS»

3.1. OBSERVACIONES PRELIMINARES

Realizadas las afirmaciones dogmáticas a las que se hizo referencia al principio del apartado anterior, Armin Kaufmann pasa, sin solución de continuidad y sin advertirlo previamente, a abordar el problema desde una perspectiva distinta. En efecto, lo que ha afirmado hasta ahora es que el tipo dogmático y el contenido de antijuricidad (*antinormatividad*) del delito de omisión impropia son diferentes de los del delito *genuino* de acción positiva. Cabe pensar que, aunque el autor no lo dice, es consciente de que, por muy problemática que resulte la construcción dogmática de la comisión por omisión, no puede afirmarse, solo por eso, que su castigo incurra en un defecto de legalidad. El principio de legalidad exige que la conducta sea subsumible en la figura legal de que se trate, tal y como la ley la describe, de modo razonablemente previsible para los ciudadanos: por eso es una garantía constitucional. Como ha afirmado reiteradamente el Tribunal Constitucional español, las exigencias del principio de legalidad han de plasmarse necesariamente en palabras, es decir, en las palabras de la ley. Por tanto, solo cabe hablar de un defecto de legalidad si el significado de las palabras con que se expresan las figuras legales no permite subsumir en ellas, de modo razonable y previsible, las conductas de comisión por omisión.

A la solución de ese problema, que nada o muy poco parece tener que ver con el laberinto dogmático que ha expuesto previamente Armin Kaufmann, dedica, en dos párrafos de la

página 288 de su *Dogmática*, las consideraciones siguientes, que habrán de analizarse separadamente porque contienen argumentos muy distintos, aunque con ambos pretende el autor fundamentar la tesis del defecto de legalidad.

3.2. ANÁLISIS DEL PÁRRAFO PRIMERO

El texto de este párrafo dice, literalmente, lo siguiente:

«En contra, no cabe remitirse a un supuesto lenguaje común y corriente, de acuerdo con el cual el omitir la evitación posible de un resultado estaría comprendida en el verbo que expresa la producción de ese resultado; *también mataría el que no impide la producción de la muerte*. De existir realmente tal uso lingüístico unitario y poder llegar este a ser directriz de la interpretación legal, evidentemente *toda no evitación del resultado se encuadraría en el delito comisivo*; no habría delitos de omisión impropia, dado que *toda restricción por falta de posición de garante desautorizaría el uso lingüístico antes elevado a directriz*, declarándolo jurídico-penalmente irrelevante al no seguirlo en todos los casos. El intento de eludir así los reparos contra la falta de taxatividad típica se asemeja al proceder de quien intenta salir de una ciénaga tirando de sus propios cabellos» (cursivas mías).

Con esas palabras intenta refuta Armin Kaufmann la posición, adoptada en un tiempo por «la doctrina imperante y la jurisprudencia» que, según constata Welzel, procuran solucionar los problemas de los delitos de omisión impropios mediante el expediente de incluirlos también *dogmáticamente* en los delitos de comisión y considerarlos como uno de sus subcasos».

La validez de la objeción de Armin Kaufmann a ese modo de proceder depende de que se acepte su concepto de omisión como «no acción posible», que parece recibido de Welzel y que coincide con el de *forboreance* (abstención) que formulara von Wright en un curso profesado en 1958 (*Gifford Lectures, University of St. Andrew*). En el caso de von Wright, ese modo de definir la omisión sin hacer referencia a ningún momento normativo tiene, no obstante, como destacó en otro momento, una razón

inmediata: al concebir la acción y la omisión como bases de la lógica deóntica y tener, en consecuencia, que añadirles el momento normativo formalizado, necesitaba excluirlo de la base; pero las razones de Armin Kaufmann son, con seguridad, muy distintas.

En efecto, al asumir el análisis de Welzel, para quien, como se ha visto, acción y omisión son, en principio, como A y no A, si se incluyeran bajo el mismo concepto, es decir, si bajo las acciones descritas en la ley (en principio, en forma positiva) cupieran también algunas omisiones específicas, *lógicamente habrían de poder incluirse todas ellas*, pues nada en el concepto *puramente descriptivo de acción* permitiría discriminar entre diversas clases de omisiones: si las omisiones no son ni pueden ser acciones, ninguna de ellas puede ser calificada de acción. De modo que la objeción de que se trata en el párrafo primero no es puramente lingüística, sino que, para tener algún sentido, necesita apoyarse sobre determinados presupuestos dogmáticos, pues de ningún modo meramente lingüístico explica por qué el lenguaje ordinario habría de comportarse así. Lo que Armin Kaufmann presupone es, en primer lugar, la definición de omisión en los términos ya aludidos de la no realización de una acción positiva posible; y, en segundo lugar, y como fundamento de lo anterior, una concepción puramente descriptiva del lenguaje «común y corriente», dos presuposiciones que no parece que puedan aceptarse sin ulterior reflexión.

3.3. EL PÁRRAFO SEGUNDO

A renglón seguido, y a mayor abundamiento, Armin Kaufmann añade un segundo argumento que, por sí solo, parece contradecir lo dicho en el párrafo anterior. Lo formula, literalmente, en los siguientes términos:

«Pero es que, además, no existe ese uso lingüístico unitario: si el cirujano X se va de vacaciones a Baleares en avión, en lugar de tomar el vuelo a Jartum y operar allí a Y, de cuyo mal ha sabido por la radio, nadie dirá que X ha matado a Y. Bien es verdad que hay casos en los que, según el len-

guaje común, la omisión aparece como acción: así, en el ejemplo citado hasta la saciedad de la madre que mata a su hijo pequeño al no alimentarlo. Pero lo unitario de tal uso lingüístico se limita a pocos supuestos; ¿cómo, en serio, situar en él la posición de garante, limitándola a estos supuestos?» (cursivas mías).

Lo que viene a decir este segundo párrafo es que, por supuesto, no existe ningún uso lingüístico que considere la omisión como acción positiva en cualquier clase de no evitación posible del resultado; y, además, añade que, en el lenguaje común, *hay algunos casos* en los que la omisión aparece como acción positiva: la madre puede matar a su hijo pequeño no alimentándolo. Tal uso lingüístico, según Armin Kaufmann, «se limita a pocos supuestos», y la posición de garante no puede reducirse a ellos, sino que abarca muchos más casos; pero, por una parte, al admitir que hay algunos casos donde el lenguaje discrimina algunas posiciones de deber, considerándolas subsumibles en las descripciones legales de acciones, en principio positivas, se contradice inmediatamente con los presupuestos de la argumentación sostenida en el párrafo anterior; y, por otra, cabe añadir que el hecho de que esa asimilación ocurra «pocas veces» no comporta ningún déficit de legalidad, sino una ausencia de punición que de ningún modo podría vulnerar el principio *nullum crimen, nula poena sine lege*; y no se entiende bien que, tras haber criticado las deficiencias de la idea del garante de Nagler, la erija aquí, a la vez, en determinante del castigo y en parámetro de corrección constitucional.

Desde luego, según se ha visto, queda sin explicación cómo es que, pese a la supuesta imposibilidad lógica a que ha hecho referencia en el párrafo anterior, resulta que el lenguaje «común y corriente» puede discriminar algunos casos de omisión y determinar que solo ellos, y no todas las omisiones, resultan equiparables a la acción positiva.

En lugar de abordar ese problema, Armin Kaufmann concluye abruptamente; pero la conclusión que extrae de esos dos párrafos no tiene nada que ver con el problema del principio constitucional de legalidad: no dice que

no puedan subsumirse en la ley que castiga los delitos de comisión activa algunos hechos omisivos, es decir, determinados supuestos de comisión por omisión, sino que *la ley no se ajusta a las exigencias de la dogmática por él postulada*. «El problema de la falta de taxatividad del tipo de omisión impropia», dice, «no cabe superarlo con ninguna construcción doctrinal»; y añade que «la problemática, desde la perspectiva del principio de legalidad, solo se resuelve allí donde resulta posible plasmar en la *propia ley* —o, al menos en un Derecho consuetudinario más detallado, que esta dé por bueno— la Parte Especial de los delitos de omisión impropia».

Con esas afirmaciones, lo que hace en realidad Armin Kaufmann no es plantear problema constitucional alguno, sino encomendar al legislador la solución de un problema dogmático y confundir tanto la función de la dogmática (que no es sustituir el enjuiciamiento constitucional de la ley, sino interpretarla conforme a la constitución), como la de la ley, que no es resolver los problemas dogmáticos, sino ordenar la convivencia de los ciudadanos —que discurre, por suerte, ajena a los sueños especulativos de la doctrina penal—.

4. LA POSICIÓN ACTUAL DE LA DOCTRINA ESPAÑOLA

4.1. EL PUNTO DE PARTIDA

Aunque históricamente buena parte de la doctrina española acogió las tesis del Welzel y Armin Kaufmann relativas al *defecto de legalidad*, de modo que la posición tradicional (que sustentaba la pertinencia de subsumir directamente los hechos de omisión impropia en los tipos de resultado, siempre que la formulación legal lo permitiese) llegó a ser minoritaria y dio lugar a la aparición del artículo 11 del Código Penal de 1995. Este precepto atravesó por diversas formulaciones a lo largo de un proceso legislativo muy dilatado que, a partir del proyecto de 1992, relata detalladamente Huerta

Tocildo (*Principales novedades de los delitos de omisión en el Código Penal de 1995*). La redacción que, al efecto contenía el artículo 10 de ese proyecto rezaba así: «Los delitos o faltas que consistan en la producción de un resultado de lesión o peligro podrán entenderse realizados tanto por acción como por omisión; pero en este caso, solo cuando la no evitación del resultado equivalga, según el sentido del texto de la ley, a su causación».

Puedo añadir que esa cláusula procede de una de las enmiendas del Grupo parlamentario comunista, en cuya Parte General trabajaron los profesores Mir y Luzón, que reducía la punición de la omisión impropia a los supuestos en que la no evitación del resultado fuera equivalente a la causación. Por una sugerencia que hice a petición del Ministerio de Justicia se precisó que la equivalencia hubiera de apreciarse «según el sentido del texto de la ley», y de esa sugerencia nació la redacción que se acaba de transcribir.

La cláusula del Proyecto del 1992 fue criticada por tirios y troyanos: quienes defendían la subsunción directa de los delitos de omisión impropia o comisión por omisión en los tipos pertinentes de la Parte Especial la calificaron de superflua; por el contrario, quienes defendían la tesis del *defecto de legalidad*, la estimaron insuficiente, porque «no se trataba de una cláusula general de extensión de la punibilidad a la categoría» de los delitos de omisión impropia; sino que, excepto una «débil cobertura formal», nada venía a añadir a la tesis de la subsunción directa.

4.2. LA EVOLUCIÓN POSTERIOR: EQUIVALENCIA SEGÚN EL SENTIDO DEL TEXTO DE LA LEY

Sin embargo, tras la inserción de la cláusula al artículo 11 del Código Penal de 1995, parece admitirse por autores de una y otra tendencia que la referencia al sentido del texto de la ley (es decir, a su significado en el lenguaje común que, en este contexto, se refiere al lenguaje usual del foro) desempeña una impor-

tante función restrictiva: así lo sostienen, en sus respectivos trabajos, Huerta Tocildo, Silva Sánchez, Morales Prats, Carbonell Mateu, Cuerda Arnau, Dopico, Orts Berenguer, González Cussac, y muchos otros. Con la mayor rotundidad lo expresa así Silva Sánchez:

«La primera cuestión interpretativa surge a propósito del inciso primero del artículo 11. Se trata, al respecto, de determinar si la «infracción de un especial deber jurídico» implica, de por sí, la equivalencia según el sentido del texto de la Ley, o, por el contrario, son precisos dos juicios: uno centrado en la *infracción del deber especial* y el segundo, adicional, en la *concreta equivalencia según el sentido del texto de la Ley*. En mi opinión, una perspectiva centrada tanto en el principio de legalidad como en el de proporcionalidad ha de acoger esta segunda opción. Así pues, la infracción del deber jurídico será condición necesaria, pero no suficiente, de la equivalencia. En todo caso, *y no solo en el de algunos tipos delictivos* (como, por ejemplo, en los supuestos de delitos de medios determinados), *será preciso un juicio adicional de equivalencia según el sentido del texto de la Ley*». (Comentarios, 1999, págs. 460-461, cursivas mías).

A partir de esa interpretación, la idea de la *equivalencia según el sentido del texto de la Ley* se convierte, para Silva, en *criterio rector de todo el precepto*.

Especial relevancia ha de otorgarse a la posición final de Huerta Tocildo, que supone una evolución en su posición acerca de la omisión impropia. En efecto, en su libro *Principales novedades de los delitos de omisión en el Código Penal de 1995* señala que para fundamentar la responsabilidad por el resultado y la equiparación entre el hacer y el omitir no basta que el omitente se halle en posición de garante, sino que «es absolutamente precisa una ulterior comprobación valorativa consistente en determinar si esa no evitación del resultado por un garante es *equivalente* —o, si se prefiere, *punitivamente equiparable*— a su causación activa, lo que sucederá siempre que, según una interpretación orientada al fin de protección de la norma, pueda afirmarse de aquella que *conjuga el verbo típico en cuestión*» (cursivas mías).

La equivalencia ha de producirse así, según el precepto, en dos niveles: uno, expresado en la segunda parte del mismo, que tiene, según la autora, «un marcado sabor rancio» y que enumera diversas posiciones de garante; y otro, contenido en la primera, que remite al verbo típico del delito de resultado de que se trate.

En una última ponencia de Huerta Tocildo que tuve el honor de escuchar, ese segundo nivel de la equivalencia adquirió una singular importancia: tras criticar las muchas resoluciones el Tribunal Supremo que apreciaron comisión por omisión en supuestos en que la conducta omisiva no era subsumible en el verbo típico del delito de resultado, prescindiendo ilegítimamente de ese requisito esencial, Susana Huerta (*La regulación de la comisión por omisión en el art. 11*), en el L.H. a Emilio Octavio de Toledo, 2016) cita como ejemplarmente válidas las STS de 30 de marzo de 2009 (TOL. 1.499.119) y la STS de 19 de octubre de 2002 (TOL. 226.638), que lo aplican correctamente y remite como paradigma al voto particular del magistrado Luciano Varela Castro a la STS de 4 de marzo de 2010 (TOL. 1.854.203). Vale la pena transcribir parcialmente ese voto:

«Desde la perspectiva del principio de legalidad, a fin de evitar extensiones constitucionalmente inadmisibles, ha de estarse *al sentido que en el texto de la ley tiene el comportamiento típico*. Esta es una exigencia previa. Nadie puede ser penado si un enunciado legal inequívoco no tiene preestablecido las consecuencias del comportamiento. La cognoscibilidad de esas consecuencias pasa por el respeto al sentido del texto de la ley. Solo cuando este es respetado cabe subsiguientes valoraciones.

En el caso del homicidio, el no hacer equivaldrá al texto “matarse a otro”, en el sentido que el legislador utiliza para tipificar el homicidio, cuando en el lenguaje pueda describirse de manera generalizada que quien se comporta omitiendo lo hace para que la muerte se produzca *y se entienda, sin violencia en la expresión, que efectivamente “mata”* Es entonces cuando podrá valorarse si del comportamiento omisi-

vo cabe predicar su carácter injusto por la misma razón que se predica la producción activa del resultado lesivo para el bien jurídico de la vida, que ambos lesionan o ponen en peligro».

En el mismo sentido se manifiesta Dopico Gómez-Aller (*vid., v. gr., Omisión e injerencia en Derecho penal*, 2006) para quien el párrafo primero del artículo 11 no es una cláusula extensiva de los tipos de acción, sino una cláusula puramente interpretativa que determina la tipicidad formal de los delitos de omisión impropia. En parecidos términos se expresan Morales Prats, Carbonell Mateu, Orts Berenguer y González Cussac.

Analizando los límites de la interpretación, Cuerda Arnau concluye el respecto —y con razón— que «sin duda, no es deseable que la doctrina se aparte de la equivalencia lingüística para ampliar la comisión por omisión en contra de reo. Ahora bien, tal cosa es intolerable cuando eso lo hace un tribunal, pues lo que está haciendo es cambiar una regla por otra de manera ilegítima y, por tanto, aunque ese nuevo uso llegara a consolidarse, no por ello dejaría de ser un cambio *ilegítimo*» (cursiva mía).

Las anteriores posturas comportan el rechazo de la tesis de Armin Kaufmann sobre la supuesta imposibilidad lógica de que el texto de la ley se refiera tanto a la causación por acción positiva como a su equivalente producción mediante omisión, aunque no explican suficientemente, quizás porque no lo consideran necesario, cómo es posible que un solo texto haga referencia a unas conductas aparentemente tan incompatibles; y, seguramente porque no les plantea ningún problema, tampoco aclaran cómo el lenguaje común puede captar los matices valorativos que determinan que un comportamiento en principio omisivo pueda adquirir el significado de acción que permita entenderlo como acción positiva.

4.3. LAS POSICIONES DISIDENTES

Sin embargo, esa postura no es, ni mucho menos, unánime. Sirva de ejemplo de una posi-

ción doctrinal distinta este párrafo en el que Gimbernat resume su opinión sobre el artículo 11:

«Con otras palabras: como es verdad que hay omisiones en las que la posición de garante derivada de Ley, contrato o injerencia fundamenta una omisión impropia, pero como, al mismo tiempo, existen otras que, como acabamos de ver, y a pesar de concurrir en ellas también los requisitos de los apartados a) y b) del artículo 11, es el mismo Código Penal el que las ha tipificado como propias, de ahí que el juicio definitivo sobre si a una inactividad se le puede imputar o no un resultado típico tenga que pasar siempre por la “prueba de fuego” del párrafo primero del artículo 11 de si tal inactividad equivale, *en el sentido de la ley*, a la causación del resultado.» (Comentarios, 1999, pág. 418).

Probablemente, la razón básica por la que Gimbernat omite la referencia al sentido *del texto* de la ley radica en que concibe la causación como un proceso físico que ocurre en la acción positiva y no se da en la llamada omisión impropia; y, desde esa perspectiva, rechaza la idea de que un mismo término («causación») pueda contener la pauta para determinar lo que es realmente causación y lo que no lo es, pero se equipara a ella, a menos que se apoye en criterios de orden material que el texto no expresa. Por eso, ulteriormente caracteriza la equivalencia no en los términos textuales en que lo hace la ley, sino en otros *valorativo-materiales*, que determina doctrinalmente.

En una dirección paralela, a la que ni mucho menos es ajeno Gimbernat, Álvarez, —en *Sobre el Principio de legalidad* (2009, nota 220)—, aun admitiendo que «asiste la razón a Dopico cuando dice que el artículo 11 del Código Penal exige en primer lugar que la omisión sea igualmente típica, es decir, formal y materialmente típica del mismo modo que la acción» entiende que «esto no significa, como Dopico parece dejar ver [...] una consagración de la idea de que la comisión por omisión sea ya típica» —a tenor del correspondiente precepto de la Parte Especial— «antes de la entrada en aplicación del artículo 11, de forma tal que este se limitaría a enumerar la referencias valorativas» que ulteriormente enuncia di-

cho precepto como meros criterios de determinación. Para Álvarez esto no es así porque el deber de garante es un *elemento estructural* de la omisión impropia, sin el cual no puede decirse que sea «igualmente típica» que la acción positiva. A ese argumento añade que no es posible entender correctamente el término «causar» como referido tanto a la acción como a la omisión, por mucho que ese uso se ampare en un significado posible de dicho término, ya que no se refiere a procesos equivalentes por sí mismos. Con esas palabras, al concebir la posición de garante como un elemento estructural —esencial— de la omisión impropia, expresa una opinión tan extendida (Mir, Mirentxu Corcoy, Lascurain y tantos otros) como discutible: así lo demuestran las objeciones que a la idea de la posición de garante, sin concreciones ulteriores, oponen Armin Kaufmann, Schüenemann, Gimbernat y Huerta.

Para no referirlas una por una, me limitaré a transcribir unas observaciones de Gracia Martín, pertenecientes a su trabajo *Los delitos de comisión por omisión* (R. D. P y C., 2001, nota 264). Al analizar este autor la postura de la doctrina dominante sobre el artículo 195.3, dice que, pese al texto del artículo 11, párrafo primero, apartado b, «el que ha causado la situación de peligro y no presta socorro a la víctima no puede ser condenado por un delito de homicidio [...] por omisión [...] —cuando muera— [...] sino por el delito de omisión de socorro agravado»; y anota esa afirmación del siguiente modo:

«En esta línea, Gimbernat Ordeig [...] aunque no se decide a abandonar la expresión de posición de garante, mantiene una tesis sobre la constitución del supuesto de la comisión por omisión en que lo que él denomina posición de garante —*vigilancia de una fuente de peligro* [...]—, no tiene en la práctica nada que ver con lo que la doctrina dominante denomina de la misma manera. Tampoco renuncia a la expresión y habla también de posición de garante, pero al fundamentar esta en la estructura lógico-objetiva del dominio sobre la causa esencial del resultado, es evidente que esa posición de garante no tiene nada que ver, en absoluto, con el concepto de la doctrina dominante [...]. También en mis anteriores publicaciones

sobre la comisión por omisión he mantenido la expresión posición de garante, pero matizándola como una *específica* —para referirme a la situación que da lugar a la comisión por omisión— en contraposición a una posición de garante que he llamado *genérica* —que se corresponde con el concepto de la doctrina dominante— y que nunca puede fundamentar una comisión por omisión, sino solo agravar lo injusto de otras clases de omisiones [...].

Si en el futuro seguiré utilizando esa expresión para referirme —como Schünemann— a la situación constitutiva de un sujeto en posición de comisión por omisión, es algo que por ahora me parece de una importancia solo secundaria y que aún no tengo decidido, pero que carece de importancia en la medida en que quede claro que, en cualquier caso, con *esa* denominación, me estaría refiriendo a un hecho que ni en lo más mínimo tiene que ver con el concepto de la posición de garante constitutivo para lo injusto específico de las omisiones que no dan lugar a comisión por omisión o bien para circunstancias agravantes fundadas en posiciones de garantía» (cursivas mías).

De estas palabras se infiere que, a las críticas que denuncian la falta de taxatividad de la llamada posición de garante (y a las que ponen de relieve sus orígenes políticamente dudosos) se unen otras que parten de la idea de proporcionalidad, ya en el sentido del principio constitucional que excluye las limitaciones injustificadas o excesivas de la libertad, ya en sentido inverso, es decir, en el sentido de argumentar la insuficiencia del castigo en relación con la gravedad del injusto realizado que, pese a la terminología que utiliza Gracia, mal puede ser considerado «principio rector» del Derecho penal ni de la Política criminal, a menos que se profese un retribucionismo del que hace ya bastante tiempo se despidió Klug.

4.4. UN BREVE REGRESO A ALEMANIA

Para entender las posiciones de los autores a que se acaba de hacer referencia, parece, a tenor de lo expuesto, conveniente hacer una sucinta referencia a la de Schünemann, a la que a menudo se remiten expresamente, sin olvidar que este autor escribe básicamente sobre

un código, el alemán, que parte de un precepto distinto a nuestro art. 11, el 13 del StGB, que dice así:

«Quien omite evitar un resultado que pertenece al tipo de una norma penal, solo será punible de acuerdo con esta ley cuando haya de responder jurídicamente de que el resultado no se produzca y cuando la omisión se corresponda con la realización de un tipo legal a través de una conducta activa. La pena podrá ser atenuada de acuerdo con el artículo 49.1.»

Según Schünemann el legislador alemán de la reforma penal de 1969 «dijo, como Sócrates, *sé que no sé nada*» y se limitó a sentar dos principios generales, a saber, «*el tener que responder jurídicamente*» y la llamada *cláusula de equivalencia*» (cursivas mías).

Dado que aquí se trata de la relación entre una postulada *tipicidad formal*, que deriva de la subsunción de las omisiones impropias en los preceptos legales que, en principio, describen acciones positivas, y otra *material*, que nacería de la delimitación conceptual de posiciones de deber, para llevar a cabo esa exposición adoptaré un punto de partida poco frecuente, al que, sin embargo, remite Schünemann en su exposición del estado de la dogmática de los delitos de omisión en Alemania. En *Omisión e imputación objetiva en Derecho Penal* (1994).

En ese trabajo afirma que «la subsunción presupone una desnormativización anterior y suficiente de los conceptos jurídicos, lo que tiene lugar reconduciendo los conceptos jurídicos a conceptos del lenguaje coloquial, con los que se determina el suceso real y a través de los cuales debe surgir finalmente el comportamiento vital concreto por medio de definición y subdefinición de un ámbito de significado cada vez mayor para que la subsunción tenga lugar» (pág. 13).

En su contribución al homenaje a Arthur Kaufmann, (*Strafgerichtsbarkeit*, 1993) al discutir sobre la relación entre *norma* y *hecho*, expresa el mismo pensamiento partiendo de la idea del homenajeado, expuesta en su trabajo *Analogie und Natur der Sache*: «La norma se

halla en el plano de la *formulación conceptual del deber*, el estado de cosas al que se aplica en el plano de la *facticidad empírica*. De ahí deduce Arthur Kaufmann que la subsunción jurídica no puede consistir en un silogismo, que requeriría emplear un lenguaje idéntico con el que pasar de las premisas a la conclusión; pero, dada la diferencia entre el *deber ser* y el *ser*, la subsunción es un proceso circular que conduce del hecho a la norma y de la norma al hecho, es decir un «círculo hermenéutico».

Desde esa perspectiva, presente ya en su obra de 1971, y tras una exposición crítica de la discusión metodológica acerca de los fundamentos, concluye Schünemann que las diferencias del modelo (del lenguaje) de los conceptos jurídicos y el modelo (del lenguaje) de los conceptos cotidianos, son *relativas* y, por lo tanto, que ambos modelos *se complementan*: como precisa en *Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia*, para establecer la legalidad formal (genérica y abstracta) del castigo de la omisión impropia *bastan las descripciones legales de los hechos de resultado*; pero para decidir qué omisiones equivalen materialmente a las acciones positivas *no basta esa descripción*, sino que es necesario recurrir a conceptos normativo-jurídicos.

Para aclarar el sentido de esa complementariedad, es conveniente analizar, en primer término, el valor que confiere Schünemann al tenor literal de los preceptos legales. Para determinar ese valor comienza analizando la tesis de quienes defienden que «el omitir solo es punible en los supuestos expresamente regulados» o, dicho en los términos en que se formuló en España, que no pueden castigarse más omisiones que aquellas descritas como tales en la Parte Especial del Código Penal. Esa postura presupone que los verbos utilizados en la Parte Especial para describir conductas que presuponen cambios en el mundo exterior (resultados) se refieren exclusivamente a acciones positivas; pero, en opinión de Schünemann resulta claro que «el *lenguaje natural*, al que cabría recurrir en primer término para sustentar esta premisa» no la avala en absoluto. Eso no significa que

baste el recurso a ese lenguaje para solventar el problema de cuándo una omisión realiza cualquiera de los tipos de resultado de que se trate, pues carece de un criterio interno con el que «fijar el límite entre *matar* y *no salvar*». «Simplemente podría decirse que la mayoría de la gente por *matar* entendería algo más» que *no salvar*; «pero se habría conseguido poco con respecto a nuestro problema, pues es indiscutido que el Derecho penal no puede hallar suficiente apoyo en la interpretación gramatical». En efecto, según Schünemann tal interpretación no puede ni reforzar ni refutar el argumento *a contrario* indicado al principio, «sino simplemente ponerlo un poco en entredicho».

En este punto, el lenguaje común precisa, en su opinión, el complemento de la dogmática, única instancia capaz de construir racionalmente un criterio general que determine ese límite, incluyendo solo como *matar* las omisiones que ofrezcan el fundamento genérico que justifique esa inclusión.

Desde la perspectiva del respeto al principio de legalidad que aquí nos ocupa, podría suceder que ese criterio general condujese a entender como supuestos omisivos de *matar* casos que, en el lenguaje ordinario, no serían entendidos de ese modo, por mucho que tuviesen un fundamento análogo a otros que pudieran encuadrarse positivamente en el uso común de ese verbo típico.

Sin embargo, eso no es un problema para Schünemann. Veamos como razona su postura, en su obra *Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia*.

«La interpretación cabal del principio de legalidad, necesaria según esto, parte de una notable paradoja: el art. 103 II GG, la norma que decide sobre los métodos de investigación jurídica admisibles en Derecho penal, solo puede ser, en su sentido concreto, producto de aquellos métodos de investigación jurídica sobre cuya selección e índole la letra de la ley (esto es, el tenor literal de este artículo de la Constitución) no tiene influencia alguna. El principio de legalidad, por tanto, no está inmunizado frente a que mediante cualquier método de interpretación lo desquicie y minimice en su trascendencia jurídica. Ejem-

plo de ello son las perspicaces consideraciones de Sax acerca de la prohibición de la analogía en Derecho penal: después de haber demostrado que desde una perspectiva metodológica no existe diferencia alguna entre interpretación teleológica y analogía, Sax deduce de ahí que la prohibición de la analogía derivada tradicionalmente del art. 103 II GG, al basarse en una premisa metodológica desacertada, carece de objeto. La lógica sugestiva de este razonamiento reside precisamente en que el art. 103 II GG, encaminado a ordenar los métodos de la investigación jurídica, de entrada es objeto él mismo de un proceso de investigación jurídica. De ahí se deduce que no podemos dar cuenta del contenido del principio de legalidad sin haber esclarecido primero la cuestión previa de la obtención del Derecho» (pág. 302).

Puesto que el problema que aquí se debate es solamente de legalidad, y de ningún modo de «corrección» dogmática, basta señalar la tendencia relativización de dicho principio que resulta de la posición de Schönemann; pero, de momento, no es la contradicción con la formulación abstracta del principio de legalidad lo que interesa destacar aquí, sino la contradicción que resulta del modo en que aplica su propia fórmula.

En efecto, a partir de su posición doctrinal, parece que los criterios dogmático-materiales habrían de *servir de complemento* al criterio lingüístico-formal resultante de las descripciones típicas, pero no sustituirlas; sin embargo, Schönemann parece poder prescindir de ellas, una vez afirmadas la *responsabilidad jurídica* y la equivalencia material, con lo que renuncia a la que llama *tipicidad formal*, que solo puede deducirse, según su propia opinión, de las *descripciones legales de los delitos de resultado*, para las que muestra una injustificable ceguera, pues ni siquiera advierte que el párrafo primero del artículo 11 del Código Penal español, a diferencia de lo que hace el artículo 13 del alemán, no habla de ninguna equivalencia genérica, sino de una equivalencia concreta, *según el sentido del texto de la ley*. Esa omisión, tan significativa, que coincide con la de Gimbernat, en cuyo *Libro homenaje* escribe, pone de manifiesto las deficiencias de su postura.

Esas deficiencias se agudizan cuando, como algunos autores españoles, critica la segunda proposición del artículo 11 que «recoge [...] de manera exacta aquella *teoría formal de la unión*, de la ley, del contrato y del hacer precedente, que se correspondía con la opinión dominante en Alemania alrededor de 1930, cuyos graves fallos fueron desvelados posteriormente por Schaffstein y Nagler» al apelar a ellas no solo ignora la filiación política que revelan al hacerlo quienes las formulan, sino también el cambio de contexto que se opera aquí, pues ya no se trata de criterios que determinen por sí solos la tipicidad, sino de meros complementos aclaratorios que proscriben las extralimitaciones en la interpretación y aplicación de las descripciones típicas.

Dicho esto, apenas resulta procedente tomar en consideración la que he denominado en otro lugar «constelación jakobsiana», que tiene aun menos miramientos respecto a las enojosas cuestiones de legalidad.

Así, por ejemplo, Freund (*Erfolgsdelikt und Unterlassen*, 1992), tras criticar a Schönemann, propone entender la «responsabilidad especial que permite afirmar la equivalencia de la omisión del garante con la acción positiva como especial responsabilidad social», con lo que todo problema de legalidad queda eludido.

Sin embargo, conviene hacer una referencia a la obra de Vogel (*Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten*, 1993), que intenta reformular la posición de Jakobs y reconciliarla con las doctrinas clásicas; pero, no por su propuesta concreta, sino por los fundamentos filosóficos en que la sustenta.

Según acaba de decirse, Schönemann propone un proceso de «desnormativización» previo a la subsunción del caso en la ley, olvidando que la ley no se expresa generalmente en términos normativo-dogmáticos, sino en el lenguaje común; Vogel, en cambio, parte implícitamente de este hecho y presenta la normativización, a partir de la cual aparece el problema del déficit de legalidad, como algo consustancial

al entendimiento de la ley sobre la base de la teoría de los *actos de habla* de Austin, que ni siquiera toma directamente de su autor, sino de la obra de Kindhäuser. Por ello, sin entrar a analizar sus tesis, cabe objetarle que lleva a cabo una aplicación indefendible del pensamiento del filósofo inglés, que fue, después de Ryle, cabeza de fila de la filosofía lingüística de Oxford y que otorgaba al lenguaje común un papel tan relevante que sobre la base de sus ideas no hubiera podido admitirse que la determinación del sentido de ese lenguaje, que emplea la ley, no tuviera lugar inmediatamente según sus propios términos, sino que hubiera de obtenerse a través del lenguaje normativo-dogmático como hace Vogel.

4.5. DE VUELTA A ESPAÑA: UN CAMBIO DE DISCURSO

4.5.1. La opinión de un clásico español

Quisiera contraponer a las complejidades de la dogmática alemana de la omisión impropia (que se aprecian solo con lo dicho, pero que se perciben aún más claramente en la excelente —aunque necesariamente incompleta— exposición de Gimbernat (*La omisión impropia en la dogmática penal alemana*, ADP-CP, 1997)), la sencillez con la que abordó el problema un gran clásico español, Groizard y Gómez de la Serna, en su magna obra *El Código de 1970 concordado y comentado*. En efecto, al concebir, en el tomo cuarto, como un hecho el homicidio, añade lo siguiente:

«Hemos dicho *un hecho*, y cabe preguntar: ¿será necesario entonces que el acto causa de la muerte revista carácter material, o podrá también dar lugar a la responsabilidad propia del homicidio el empleo de medios morales? ¿Será preciso siempre que a la ejecución concurren actos positivos o podrán dar lugar, asimismo, a la imputación las omisiones?».

Tras descartar que la posibilidad de que castigar como homicidio la producción de la muerte de una persona enferma del corazón

causándole un fuerte sobresalto psíquico sea una cuestión de doctrina, entiende que esa posibilidad es materialmente indiscutible, por mucho que pueda presentar graves dificultades de prueba. Lo razona así:

«Y esto mismo tiene, aunque en menor escala, aplicación a las *omisiones* intencionadas *que son causa eficiente de la muerte de una persona*. Serán difíciles casi siempre de probar; pero si llegaran a justificarse, nada impide que sean igualadas a los actos positivos de ejecución. El guarda de un paso a nivel de un ferrocarril, que debiendo cerrar la barrera a la aproximación de un tren para evitar desgracias, al ver llegar a un hombre cuya muerte desea, con ánimo de que perezca no la cierra, consiguiendo por este medio que su enemigo sea arrollado por la máquina, ¿quién duda que ante la ley y ante la moral debe ser responsable de homicidio? La prueba de que su omisión reconocía por causa el propósito de que la persona que iba a cruzar la vía pereciese, será difícilísima, no lo negamos; pero nadie con buenas razones sostendrá tampoco que es imposible [...] Lo que dentro del Derecho sustantivo *puede parecer sencillo y expedito, y lo es realmente*, puede presentarse erizado de inconvenientes en la ciencia del procedimiento» (tomo uno, pág. 601, cursivas mías).

Quisiera destacar algunas líneas maestras de la posición de Groizard, a saber: En primer lugar, que la comisión por omisión se estima «naturalmente» subsumible en los tipos de resultado, pues se entiende como una forma de ejecución del hecho, esto es, según sus palabras, como un «acto material íntimamente ligado con el hecho físico en que el delito se expresa»; o, como diríamos hoy, como una conducta que realiza el sentido nuclear del verbo típico. En segundo lugar que, consecuentemente, esa subsunción no plantea ningún problema doctrinal. En tercer lugar, que la subsunción no se lleva a cabo en virtud de la aplicación de ningún criterio general, sino que discurre sobre casos particulares: se aceptan unos, como el citado del guardabarreras, y se rechazan otros, como el del testigo falso que omite relatar una circunstancia que conoce y que podría evitar la condena a muerte del reo. Por último, aunque en absoluto carece de importancia, que la comisión por omisión presenta problemas proba-

torios específicos, que Groizard califica como dificultades de la «ciencia del procedimiento» y hoy podrían entenderse como problemas constitucionales del respeto al derecho a la presunción de inocencia.

Frente al estado actual de la dogmática alemana (y de un importante sector de la española), que el propio Schünemann calificó en algún momento de caótico, esa posición clásica, con su sencillez y sobriedad, ofrece un contrapunto que invita a preguntarse si la evolución doctrinal ha sido progresiva y legítima o ilegítima y regresiva.

4.5.2. Un cambio de discurso

Al calificar a la dogmática de «ciencia», como a menudo hacen quienes la practican, parece que se atribuye a sus resultados la condición de «verdades», es decir, de algo cuya legitimidad ya no cabe discutir. Basta leer el artículo de Gimbernat, con cuya referencia comenzó este epígrafe, para comprender que la dogmática se resuelve en una serie inacabable de opiniones incompatibles e incontrastables que, solo por eso, ya no pueden ser portadoras de verdad alguna. La discusión versa, pues, sobre la legitimidad; y, para que una contraposición de modos de argumentar pueda resolverse legítimamente, la decisión ha de tener lugar en un discurso de nivel superior.

Con lo expuesto hasta aquí se pone de manifiesto que la polémica acerca de la comisión por omisión envuelve distintos modos de comprender el sentido de la ley: en el primero de ellos deriva inmediatamente de sus palabras, mientras que en el segundo la determinación del sentido depende de una elaboración «dogmática» que algunos entienden como «científica». En definitiva, se trata de una problemática que ha de abordarse y resolverse más allá de la dogmática porque atañe a la función misma de sus construcciones, es decir, a la determinación de si esa «ciencia», al formular conceptos materiales, puede llevar legítimamente el castigo

más allá de lo que permite el significado inmediato de las palabras de la ley.

Se trata, pues, de problemas de orden *metadogmático*, esto es, de problemas en los que se ventila la determinación del significado y alcance de las palabras y oraciones del lenguaje común y de los conceptos dogmáticos.

Por eso, la imposibilidad de resolverlos en el seno de la dogmática es una imposibilidad lógica, en virtud de la cual cada nuevo intento de solución acaba, como posteriormente se mostrará, produciendo un incremento del caos.

En el apartado siguiente intentaré resolver o disolver esos problemas desde ese punto de vista *metadogmático*, ofreciendo las explicaciones que se echan de menos; entretanto, cabe partir de la hipótesis de que la regulación del Código Penal español presupone que no existe defecto de legalidad en la remisión del castigo de la omisión impropia al significado del texto de los preceptos que tipifican simples delitos de resultado, sino que, muy al contrario, esa remisión es una consecuencia inexorable de la vigencia del principio de legalidad, y, consecuentemente, que el recurso a criterios materiales que permitan castigar más allá de lo que ese texto permite representa una vulneración de dicho principio.

5. METADOGMÁTICA: FILOSOFÍA, GRAMÁTICA Y SENTIDO

5.1. FILOSOFÍA Y DETERMINACIÓN DEL SIGNIFICADO

Las consideraciones anteriores me parecen suficientes para poner de manifiesto tanto el papel fundamental desempeñado por la obra de Schünemann en el tema de la comisión por omisión como el hecho de que este autor es consciente del carácter *metadogmático* de los problemas que aborda.

Esa conciencia queda evidenciada con la simple lectura del índice de la segunda parte de su obra sobre los fundamentos de los delitos de omisión impropia, dedicada a la metodología. Se analizan allí los métodos *tópico*, *neocausal*, *ontológico*, *normativo-sociológico*, *fenomenológico*, *sociológico*, etc., es decir, se indaga en el ámbito de la filosofía para tratar de dar una respuesta a la problemática aludida en el epígrafe anterior. Y cuando se busca el origen de esa problemática se toma como punto de partida la *hermenéutica* de Arthur Kaufmann.

Pues bien, esa dirección *hermenéutica* debería haber llevado a la dogmática alemana en general —y a Schünemann en particular— desde Gadamer (dada su aceptación de la idea de *juego del lenguaje*) a Wittgenstein (con quien, como más adelante se verá, polemiza) y a la filosofía analítica, si quiera fuese para discutirla; sin embargo, las escasas aproximaciones a aquellos autores y a esta orientación más bien han producido confusión. En efecto, desde una supuesta «hermenéutica analítica», que fundamenta básicamente en las *Investigaciones filosóficas*, Alwart afirma que «así como un concepto no es otra cosa que el significado de una palabra, una acción no es otra cosa que el significado de un comportamiento». Esa afirmación, publicada en una obra de 1987, anticipa, al menos parcialmente, la que denominé «concepción significativa de la acción» en un texto que publiqué en 1995. No me referí entonces a Alwart, pues no conocí su obra *Recht und Handlung* hasta que la adquirí en 2001; pero, aparte de que hermenéutica y filosofía analítica son incompatibles por las razones que más adelante se mostraran, lo cierto es que en la doctrina penal alemana no la encontré ni mucho menos abundantemente citada. En cualquier caso, en la doctrina social de la acción ya se la entendía como el sentido de un comportamiento, sin que ni los autores que la profesan ni Alwart dieran el paso posterior, lógicamente inevitable, de afirmar que ese sentido no es otro que el que se desprende de las palabras con que la ley define los diferentes comportamientos típicos.

Las concepciones posteriores de la acción basculan entre un modo de concebirla *cognitivo*, formulado por Kargl (*Handlung und Ordnung im Strafrecht*, 1991), que reduce el sentido a sus bases biológicas y psicológicas, así como a diversas reformulaciones del finalismo, algunas tan incongruentes como la que propone R. Bubner, también en 1991, en su obra *La filosofía alemana contemporánea* (pág. 261 y ss.). En efecto, este autor rechaza definir la acción en términos causales o lingüísticos —que, a su juicio, son externos— y pretende caracterizarla *internamente* como *logro*, sin reparar en que el carácter de logro de la acción sería, en cualquier caso, externo y que definir la acción como un logro comportaría entender que todas las conductas cuya finalidad fracasara no podría considerarse acciones.

En este contexto, en el que lo único que tienen en común las diversas concepciones de la acción es que se apoyan sobre *lo único que hacemos*, es decir, mover o dejar quieto el cuerpo (Wittgenstein), no tiene nada de particular que se produzca una disolución de la idea de acción en la de responsabilidad, que comienza complementándola parcialmente con las ideas de *infracción del deber* y *dominio del hecho* y acaba eliminándola en la práctica y siendo sustituida, en la estela de Jakobs, por las ideas de *competencia* (de autoorganización e institucional) e *imputación*.

De ese modo, se prescinde de una garantía constitucional básica para la vigencia del principio de legalidad, a saber, la que en el Derecho norteamericano representa el *act requirement* y, entre nosotros, la exigencia de una *acción típica*.

Así se elabora un edificio dogmático que menoscaba el papel de la acción en nuestro modo de vida social, y el del lenguaje como medio de transmisión del sentido en ella; y eso se lleva a cabo mediante planteamientos teóricos que discurren de espaldas tanto a la filosofía analítica como al pragmatismo norteamericano, dos líneas de pensamiento que confluyen en la reflexión sobre una y otro y

que, probablemente, constituyen la aportación más relevante al pensamiento del siglo XX.

Ese desconocimiento trae causa de las miserias intelectuales y morales de la Alemania de postguerra que narra Habermas al detallar (*Entre naturalismo y religión*) algunas de sus vicisitudes intelectuales. Esas miserias produjeron en la doctrina penal una suerte de *ensimismamiento*, un «provincianismo presuntuoso», al decir de Kai Ambos, que aun hoy constituye un lastre para la cultura jurídica alemana. (Pese a ese lastre, dado que nuestra miseria cultural fue, en ese período, aun mayor que la alemana (tras la Guerra Civil, con nuestros intelectuales exiliados o enmudecidos por la censura), y dada también la innegable capacidad *especulativa* de los autores alemanes, la fascinación que la dogmática penal de ese país siguió ejerciendo en España se incrementó considerablemente).

A partir de ese *ensimismamiento* se perdió el interés y la atención que, en el ámbito cultural de lengua alemana, se había prestado al lenguaje.

Ese interés se manifiesta en Alemania, en un primer momento, en la figura señera de Frege, cuyo impacto se deja sentir en todo el análisis filosófico posterior (y a quien tan poca atención se prestó en su país); mas tarde, por algunos neokantianos, que renovaron el interés por el propio Kant al respecto y que culmina en la monumental *Filosofía de las formas simbólicas* de Cassirer, aparecida entre 1923 y 1928, y en los trabajos de Beling, a los que luego se hará referencia, por lo que respecta a la doctrina penal. También en Austria fue muy vivo ese interés, según narran Toulmin y Janik en su obra *La Viena de Wittgenstein*.

Sin embargo, ese interés por el lenguaje quedó desplazado por otros sustantivos más fuertes, pero menos legítimos.

En efecto, así como Ihering afirmaba que la decadencia del formalismo fue la decadencia de la libertad romana, podría decirse que, en Alemania y Austria, *con el interés por el lenguaje se perdió el interés por la libertad*, llegándose, en la época nazi, como continuación de esa deriva

autoritaria que ha descrito Muñoz Conde, a aberraciones casi inimaginables.

Tras la Segunda Guerra Mundial no faltan en ese ámbito cultural investigaciones suficientes para comprender la importancia de la reflexión sobre el lenguaje. Basta citar, al respecto, la obra de Stegmüller *Corrientes fundamentales de la filosofía actual*, publicada en Viena en 1952, que, según nota del traductor, «con mucha agudeza pasa revista a las principales tesis de Wittgenstein, Russell, Carnap, Tarski y Quine», pudiendo comprobarse en la bibliografía que, ya en la edición de 1960, que fue la traducida al castellano, había manejado tanto *The blue and brown books*, como las *Philosophische Untersuchungen*. Hay que añadir que el primer volumen de la edición alemana de 1978 termina con un amplio estudio del pensamiento de Wittgenstein, dividido en dos partes, la primera dedicada a la semántica del *Tractatus* y la segunda a su filosofía posterior.

Tras la *Sprachphilosophie* de von Kutschera, publicada en 1971, en 1976 se añaden al estudio de la filosofía lingüística las obras de Waismann (*Logik, Sprache Philosophie*) y de Tugendhat (*Vorlesungen zur Einführung in die sprach-analytische Philosophie*). Esta última resulta especialmente significativa para poner de manifiesto la entidad del *ensimismamiento* al que me he referido, tanto por la frustración de la difusión que merecían su calidad y claridad cuanto por el rechazo que, poco más tarde, sufrió su autor por parte de la cultura oficial, que mostró así sus prejuicios y limitaciones. El déficit cultural resultante, según he relatado en otro lugar, alcanza a penalistas como Hruschka y Kindhäuser, pese a que intentaron superarlo, e incluso afecta parcialmente al propio Habermas: todos ellos llevan a cabo una insuficiente recepción de Wittgenstein.

La importancia de ese déficit se hace especialmente evidente a partir de 1994, incluso en el curso fundamental de Filosofía editado por Martens y Schnädelbach. Este último autor, en su estudio introductorio *Zur gegenwärtigen Lage der Philosophie* atribuye a Wittgenstein

el papel de icono del llamado «paradigma lingüístico» partiendo de su concepción, expresada ya en el *Tractatus* (4.0031), de que «toda filosofía es crítica del lenguaje». Son muchas las obras de filosofía que consideran a Wittgenstein el filósofo más importante del siglo XX, por lo que hablar en la época de significado o sentido desde la filosofía ignorando completamente, no solo a Wittgenstein, sino a la práctica totalidad de la llamada «filosofía analítica» es, cuando menos, una grave negligencia intelectual.

Pues bien, tras una reflexión ininterrumpida sobre lenguaje y significado, que convencionalmente se divide en dos etapas, Wittgenstein llegó a decir que «toda una nube de filosofía se condensa en una gota de gramática», de la que, según se ha dicho, él llamaba «gramática profunda», la que muestra cómo nace, cambia y desaparece el significado; pero su afirmación es excesivamente optimista, pues para disolver los densos nubarrones «filosóficos» que entrañan algunas manifestaciones de la dogmática penal será necesario casi un diluvio, que debe comenzar por el análisis de la concepción pictórica del significado y su repercusión en la dogmática penal.

5.2. UNA DIGRESIÓN GRAMATICAL

5.2.1. La semántica pictórica o figurativa

La concepción pictórica del lenguaje que se expone en el *Tractatus* estaba inspirada «en un informe que leyó en el periódico y al que hace alusión en sus *Diarios filosóficos*. Se trataba de un accidente que ocurrió en París. En el juicio posterior parece ser que las pruebas del accidente eran tan intrincadas que se intentó reconstruir lo acaecido mediante un modelo. La perspectiva de los personajes envueltos en el accidente y los observadores tuvo que ser tan compleja que el juez propuso representar el accidente mediante un croquis o un modelo en miniatura y a escala en el que aparecían autobuses, coches y muñecos, que se movían

como si fueran vehículos con el fin de reconstruir los acontecimientos acaecidos y determinar los hechos ocurridos». De ese modo podía lograrse una representación objetiva y, sostenía entonces Wittgenstein, solo así, es decir, proporcionando una descripción susceptible de ser representada en imágenes o figuras, podía el lenguaje expresar un sentido generalmente inteligible.

En el año 1906, cuando escribió *Die Lehre vom Verbrechen*, profesaba Beling la concepción causal de la acción con Liszt y Radbruch. A esa primera concepción de Beling se está prestando actualmente una renovada atención.

Sin embargo, los trabajos de Beling que aquí interesan son otros y pertenecen a una segunda época. Se tomaran en consideración especialmente dos artículos, ambos de 1932, que afectan al problema que aquí se aborda: el primero, titulado «Der gegenwärtige Stand der Strasrechtlichen Verursachungslehre», apareció en el volumen 101 de *Der Gerichtssaal*; y el segundo fue publicado en el volumen XXVIII de *La Giustizia Penale* con el título «Il significato del principio: *nulla poena sine lege poenali* nelle determinazione dei concetti fondamentali di diritto penale».

En ambos artículos opera Beling un profundo cambio. En primer lugar, deja de identificar las acciones con los movimientos corporales impulsados por la voluntad para entenderlas según el significado de los distintos verbos típicos; consecuentemente, preconiza después lo que denomina una «desentronización» de la idea general de causa, alegando que la formulación de un concepto universal y unitario de causa no corresponde al Derecho penal, sino a la filosofía. El jurista ha de limitarse a lo que se entienda por causar en las distintas figuras de delito y dejar a un lado las especulaciones filosóficas sobre la causalidad que, como tal, *no es* un elemento del delito: cuando, a propósito del delito, se habla de causalidad se trata solamente de la *causalidad típica*, es decir, de la *tipicidad*.

A partir de esas premisas, en el caso de los delitos de omisión impropia la propuesta de Beling consiste en prescindir del problema de si hay o no causa y limitarse a comprobar si el verbo nuclear del tipo se conjuga adecuadamente cuando se aplica a ellos, es decir, por ejemplo, si podemos decir que la madre que omite alimentar al hijo recién nacido dando lugar a que muera le ha *matado*; y puede prescindir de la causa desde la concepción figurativa o pictórica, porque no hay ningún objeto que corresponda a la idea de causa, que es solo una característica relacional de los objetos que carece de entidad propia y, por lo tanto, no puede ser representada como tal pictóricamente.

Pocos años después decía Wittgenstein que llamar a algo «causa» no es describir ningún objeto ni suceso específico, sino señalar a algo o a alguien y decir «ese es el culpable» de la ocurrencia de un acontecimiento cualquiera. Se trata, pues, de un *término imputacional*, a cuyos diversos usos hay que atender para determinar su significado caso a caso.

Dicho esto, la posición de Beling es coherente con su remisión del problema causal a la filosofía, pero al apoyarse solo en lo que el lenguaje común dice —y aún admitiendo el carácter imputacional de la causación— sigue sin ofrecer una aclaración suficiente de por qué, en una misma oración, pueden albergarse conductas que permiten visualizar un sustrato claro de esa imputación (las acciones positivas) y otras no (las omisiones).

Para partir de una primera idea que permita esclarecer ese comportamiento del lenguaje ordinario, recurriré al análisis de von Wright en su obra de 1971 *Explanation and Understanding*, que citaré por su traducción castellana. Creo importante destacar que, como se ha dicho anteriormente, von Wright formula un concepto de omisión idéntico al de Kaufmann y que, además, en la época en que escribía la obra antes citada sostenía aún una concepción sobre el significado del lenguaje procedente del *Tractatus* —semejante, por tanto, a la de Be-

ling—. En efecto, por haberse dedicado hasta entonces fundamentalmente a la lógica formal (inductiva, modal o deóntica), la única obra de Wittgenstein que cita von Wright en *Explicación y comprensión* es el *Tractatus*, pese a que en la época de su redacción ya había sido ampliamente criticado por su fallecido maestro. Parte, pues, de una semántica *pictórica o figurativa* a la que se asemeja la idea de Beling de interpretar las leyes penales a partir de las diversas «figuras rectoras» (*Leitbilder*) y describir la Parte Especial del Código Penal como un «libro de figuras» que solo el legislador puede modificar, mientras que el juez ha de atenerse a las que existan en la ley, sin añadir o quitar nada.

Pues bien, tras analizar en un largo capítulo la causalidad y las explicaciones causales, al comenzar el de la intencionalidad y las explicaciones teleológicas dedica von Wright algunas consideraciones a las explicaciones *cuasi-causales* y *cuasi-teleológicas*. Cita al respecto dos enunciados: «Gritó porque sintió dolor» y «Hubo un levantamiento popular porque el gobierno estaba corrompido y era dictatorial». La validez de tales enunciados no depende de ninguna conexión nómica: no hay ninguna ley según la cual al sentir dolor haya que gritar o al sufrir un gobierno tiránico haya de producirse un levantamiento popular. Por eso, la primera explicación es *cuasi causal* y la segunda *cuasi teleológica*.

Lo que esa exposición de von Wright pone de manifiesto es que cuando decimos de un niño que «un golpe en la cabeza le mató» o que «el hecho de que sus padres no lo alimentaran le mató», esos dos usos de «matar» no se contraponen como A y no A, sino que existe entre ellos una cierta semejanza, que Wittgenstein llamaba un «parecido de familia» y Quine «similaridad». Esa similaridad, ese «parecido de familia», ya lo percibió Welzel al reconocer que «de todos modos, el Derecho vigente da al juez, por lo menos, *puntos de referencia típicos*» para la elaboración de las características objetivas del autor de omisión impropia.

Si no llegó, a partir de esas referencias, a una elaboración análoga a la de Beling y von Wright fue, tal vez, porque se hallaba atrapado por una teoría del juicio binaria (o A o no A) que, como objetara Wittgenstein a la sostenida por Russell, no es correcta cuando se aplica a los términos de relación. No puedo extenderme aquí en la exposición de una problemática lógica tan ardua. Me limitaré, pues, a transcribir, en primer lugar, la objeción de Wittgenstein en sus propios términos, que pueden consultarse en su correspondencia y son los siguientes:

«Puedo ahora expresar exactamente mi objeción a su teoría del juicio: creo obvio que, de la prop(osición) “A juzga (dice) que a se halla en la rel(ación) R con b”, si se la analiza correctamente, se desprende directamente la prop(osición) [aRb y no aRb], sin el uso de ninguna otra premisa. Esta condición no la cumple su teoría».

Prescindiendo de la formalización simbólica, la relación de semejanza o similaridad a que acaba de aludirse puede servir de ejemplo de lo que quiere decir Wittgenstein porque, de modo directo e inmediato, presupone tanto semejanzas (A) como diferencias (no A).

Añadiré, en segundo lugar, la nota de los editores que explica el efecto que esa objeción causó en Russell:

«En una carta de 1916 a Lady Ottoline Morrel, citada en su *Autobiografía* (vol. II, Allen & Unwin, Londres, 1968, p. 57), Russell escribía: “¿Recuerda usted que por entonces [...] escribí mucho sobre teoría del conocimiento, escritos que Wittgenstein criticó con la mayor severidad? Su crítica [...] fue un suceso de primera importancia en mi vida y afectó a todo lo que he hecho desde entonces. Comprendí que él tenía razón, y comprendí que no podía abrigar esperanzas de volver a hacer una obra fundamental en filosofía. Mi impulso se quebró, como una ola que se estrella contra un dique».

Pero ni siquiera es preciso penetrar en esas profundidades de la lógica para llegar a la conclusión de que el doble sentido, activo y omisivo desde un punto de vista naturalístico, de ciertos términos legales referentes a los delitos

de resultado no comporta ninguna clase de contradicción lógico-normativa: lo contradictorio hubiera sido que una misma norma prohibiese y ordenase a la vez realizar y no realizar un mismo hecho. Referirse con un solo verbo a dos formas diferentes de comportamiento natural no es sino un caso, perfectamente usual y correcto, de *polisemia*.

Creo que bastan las aclaraciones anteriores para explicar por qué el lenguaje ordinario puede referirse con un solo término, en el caso de la relación causal, a la acción y a la omisión, pues muestran que los conceptos generales no precisan que sus referentes tengan nada en común, más allá de alguna clase de semejanza; y, por tanto, que la lógica del juicio, que contrapone acción y omisión como una alternativa excluyente entre A y no A, es inaceptable.

5.2.2. El significado como uso

Con lo dicho, se ha ofrecido un principio de explicación del uso común del lenguaje; pero la disolución ulterior de las confusiones dogmáticas y, con ella, la explicación parcial de los errores dogmáticos relativos a la omisión impropia ha de llevarse a cabo mediante ulteriores precisiones gramaticales.

Acaba de hacerse referencia a la concepción *pictórica* o *figurativa* del lenguaje, que es la propuesta en el *Tractatus logico-philosophicus*, pero Wittgenstein la criticó posteriormente por diversas razones; parece conveniente hacer referencia a algunas de ellas.

La crítica de Wittgenstein a su primera concepción del significado comienza a articularse en torno a la discusión con Russell acerca de la generalidad. El problema de la concepción pictórica es que solo podía representar sucesos singulares y que, por lo tanto, el significado de los términos generales quedaba sin explicación, pues de ninguna manera podían admitirse hechos o sucesos generales. Para explicar la generalidad y, por lo tanto, el significado de nuestro lenguaje ordinario, que necesariamente la comporta, recurrió a la idea de

Ramsey de acuerdo con la cual puesto que no podemos examinar la serie inacabable de los individuos a los que aplicamos un mismo término, tampoco podemos afirmar la existencia universal de los datos sobre los que llevamos a cabo la aplicación de ese término.

Por lo tanto, lo que hacemos al usarlo no es identificar algo que los individuos hayan de tener inexorablemente en común, sino solo *seguir una regla* cuya pertinencia no puede predicarse universalmente, dado que, al tener que ser comprobada caso a caso, solo alcanza al ámbito de nuestra experiencia efectiva.

Así, la idea de *seguir una regla* llegó a ser un momento esencial de su concepción del lenguaje. A partir de ella se colma una de las grandes deficiencias de la semántica pictórica; y, con ella, la gramática de las palabras y oraciones adquiere una *normatividad intrínseca*.

Además, hay términos cuya atribución no se basa en algo que tengan en común los diversos individuos a los que se aplica, sino que los designamos con el mismo término no por algo que tengan en común, sino, según se ha anticipado, solo porque tienen un parecido, un *parecido de familia*. Hasta dónde pueda llegar esa atribución no se determina, pues, por referencias objetivas ni por ideas generales, lo que no quiere decir que carezca de fundamento; por el contrario, los límites de cada atribución se determinan por hábitos de uso compartidos. Esos hábitos de uso no pueden proporcionar una definición del significado de los términos *según el género y la diferencia específica*, es decir que, al menos en el sentido de la lógica tradicional, el significado no viene determinado por ningún concepto previo y tampoco por ninguna imagen rectora. No obedece, pues, a ningún criterio interno ni lo necesita para significar y para que podamos entendernos con él. Ciertamente no es un lenguaje *ideal*; pero, la exigencia del ideal no nos deja ver la realidad de la vida para la que el lenguaje común es perfectamente adecuado y *está bien como está*.

Quiébra, por lo tanto, lo que la concepción pictórica daba por supuesto: que solo

podíamos entendernos sobre la base de lo que pudiera ser objetivamente representado (sobre la base de figuras de los hechos) y pasa a primer término el *uso efectivo del lenguaje* como determinante básico del significado.

Y eso es así porque las palabras son signos y los signos adquieren su significado con el uso y por hábitos de uso: significan algo porque las usamos para que lo hagan y si cambiamos el uso cambia el significado: el juego del lenguaje es como es. De modo que el significado de las palabras no es una suerte de ente incorpóreo que las acompañe ni depende de ninguna clase de acto o proceso mental: por eso es posible querer decir una cosa y, sin embargo decir otra. Existen, como Wittgenstein destacó, juegos de lenguaje muy diversos, en los que se origina el significado de muy distintos modos.

Por lo tanto, partir de un único modelo del lenguaje significativo, el *modelo objeto-designación*, que suponía la concepción pictórica, es una reducción inadmisibles: la vida social real muestra que nos entendemos de mucha otras formas, esto es, que existen modos muy distintos de utilizar el lenguaje: unos pueden ser representados figurativamente y otros no pueden serlo; y, si nos entendemos acerca de lo que dicen estos últimos, es porque comparamos la *forma de vida* en la que sus palabras cobran sentido.

Por eso, porque el fundamento de los *juegos de lenguaje* es la forma de vida que compartimos, no es ni racional ni irracional («nicht vernünftig oder unvernünftig»); sino que *está ahí y es como es, como la vida misma*. En consecuencia, no puede ser reducido a criterios materiales de orden general (en ese sentido afirma que es *imprevisible*); y, a la vez, contiene, explícita o implícitamente, valoraciones y momentos normativos.

Por lo que respecta a la omisión, en algún momento alude Wittgenstein explícitamente a la espera (momento normativo de la omisión) diciendo «que está inscrita en la situación de la que surge» (*Investigaciones filosóficas*, 581). Por tanto, las acciones como las omisiones tienen

un *sustrato fáctico* (el movimiento corporal en las primeras y la situación de espera en las segundas) y un *sentido normativo* en ambas, que resulta de seguir o contravenir las reglas.

Esa nueva concepción del lenguaje tiene algunas consecuencias inmediatas, útiles para la comprensión del significado de las leyes penales.

La primera de ellas es la de que debe rechazarse la idea de que el *texto* de la ley que incrimina la producción de determinados resultados solo pueda cumplir *formalmente* las exigencias del principio de legalidad cuando se trata del caso del castigo de la comisión por omisión; esa idea ignora que el significado del texto no es en absoluto meramente formal, sino que, como dijera Beling, expresa las valoraciones materiales del pueblo, cuya sustitución por otras representa, según él, «un comportamiento desleal, un engaño». A tenor de lo expuesto, la concepción de Beling es, en este punto, perfectamente correcta.

Importa añadir, en segundo lugar que, como señala Rorty, la idea de *seguir una regla* es un «aguafiestas metafísico»: el significado de las palabras y oraciones se origina en los diversos *juegos de lenguaje*, es decir, *en un contexto determinado de palabras y acciones más allá del cual corre el riesgo de perderse*. Es decir, que las palabras significan solo dentro de ciertos límites y no tienen como correlato ninguna clase de esencia universal. La actitud metafísica, al atribuirles, mediante un recurso desafortunado a una supuesta racionalidad, una sustancia universal, saca al lenguaje de sus casillas, produciendo confusión y sinsentido.

En consecuencia, la filosofía del lenguaje que propugna Wittgenstein es, ante todo, terapia: intenta, por un lado, liberar al pensamiento de los embrujos del lenguaje (de los usos extraviados que permite, «de las proposiciones a las que volvemos una y otra vez como hechizados»); y, por otro, trata de liberar al lenguaje de los abusos del pensamiento, es decir, de aquellas especulaciones que traspasan los lími-

tes de la gramática profunda, es decir, de lo que puede conocerse y decirse con sentido.

A partir de esas ideas, cabe afirmar que el sentido jurídico-penal de la ley no puede ser otro que el que se deriva del significado de sus palabras y oraciones; pero esas palabras y oraciones solo adquieren su sentido en el contexto al que se hallan referidas o, dicho de otro modo, en el *juego del lenguaje* al que pertenecen: ningún sentido externo, ajeno al que, así perfilado, resulta de las palabras de la ley —de su texto y contexto— es ni puede ser pertinente a los efectos de saber lo que la ley dice, pues en la sociedad humana, y especialmente en el Derecho penal, *el significado de las normas se expresa a través del lenguaje de las leyes*. Un lenguaje que, según lo expuesto, no puede considerarse como algo meramente formal, ya que las exigencias del principio de legalidad, es decir, de un entendimiento mínimamente correcto del texto de la ley, no quedan colmadas con la llamada «teoría de la alusión», es decir, con el significado literal posible, entendido de modo abstracto: eso sí que es puramente formal, pues prescinde de todo contenido. Pero ese modo de entender el sentido del texto es, sencillamente, absurdo, dado que las palabras de la ley ni tienen ni pueden tener un sentido abstracto: eso sería tanto como tener cualquier sentido, es decir, ningún sentido.

Hay, pues, que determinar el significado de las palabras en el contexto concreto en que se enuncian y eso comporta otorgarles un contenido determinado más o menos exactamente. En consecuencia, entender el sentido de la ley con criterios materiales, que no sean los que el *uso específico* (forense) de sus palabras y oraciones comporta, subvierte lo que la ley dice y lo sustituye por lo que quiere decir el intérprete o aplicador que, al proceder de ese modo, priva de significado a la misma ley que pretende interpretar o aplicar.

Por tanto, el recurso a criterios materiales externos y ajenos al texto de la ley y al contexto concreto que les da sentido para ampliar el ámbito de los tipos de delito comporta la vulnera-

ción del principio de legalidad y constituye lo que Beling llamó *un engaño del pueblo*.

Cuando esa sinrazón se generaliza, y representa, por tanto, un peligro para el sistema democrático, parece imprescindible practicar una terapia consistente en reconducir el lenguaje a sus orígenes significativos; y eso quiere decir regresar de la metafísica o de la dogmática a los dominios del injustamente denostado lenguaje común para reconstruir el sistema a partir de él.

En consecuencia, mi propuesta podría expresarse sucintamente de este modo: para entender correctamente la ley penal, procede recurrir al uso común específico (*forense*) de su lenguaje, al sentido común y a los valores constitucionales, en lugar de entenderla según una supuesta ciencia (la dogmática) que, en mi opinión, no es tal.

De ningún modo quiero afirmar con esa opción la superioridad del lenguaje común sobre la ciencia: la *imagen científica* del mundo ha corregido muy adecuadamente algunas expresiones del lenguaje común y arrumbado muchas ideas del sentido común, pero en la que Sellars (*Ciencia, percepción y realidad*) llama *imagen manifiesta* se desarrolla la trama de nuestra vida y, desde esa trama —y por medio del lenguaje común y el sentido común—, decidimos tanto los principios que rigen la organización de nuestra comunidad (el Derecho) como los que determinan la evolución de las ciencias. Como ha subrayado Skolimowski, (*Racionalidad evolutiva*), la teoría de la ciencia no es, en absoluto, una ciencia y, por lo tanto, las decisiones sobre su evolución tienen lugar por medio de argumentos comunes expresados en un lenguaje también común.

A tenor de lo expuesto, creo poder afirmar que el paralelismo entre el interés por el lenguaje común y el interés por la libertad no es casual. Para asegurar la libertad de todos hemos de comunicarnos en un lenguaje que todos podamos hablar y entender: en ese lenguaje reside, en mi opinión, el único camino

posible para cumplir con las exigencias principio de legalidad penal.

6. DOGMÁTICA Y RACIONALIDAD

6.1. CONSIDERACIONES GENERALES

Hasta aquí he utilizado como referencia crítica de las opiniones dogmáticas relativas al ajuste del castigo de la comisión por omisión al principio de legalidad la filosofía de Wittgenstein, que, como acaba de decirse, profesaba una concepción terapéutica de la función del filósofo; por mi parte, al analizar el problema metadogmático que aquí se ventila prefiero apelar a la función, algo más amplia, que Habermas atribuye al quehacer filosófico. En efecto, Habermas parte de la obsolescencia del paradigma kantiano, según el cual la filosofía, al esgrimir razones *a priori*, podía alzarse sobre las ciencias particulares y atribuirles su función específica en el conjunto del conocimiento, actuando así como una especie de *acomodadora* (*Platzanweiser*). Habiendo caducado inexorablemente, en nuestra época de pensamiento postmetafísico, ese paradigma, el autor se pregunta «si frente a algunas ciencias, la filosofía no puede cambiar la función insostenible de “acomodadora” por la de “vigilante” (*Platzhalter*), un vigilante de la racionalidad de las pretensiones de cualquier clase de teorías». Esta vigilancia invito a ejercer desde aquí, pues las consecuencias de las «teorías» jurídicas son especialmente graves.

Recapitulando lo dicho hasta ahora, tanto en Alemania como en España se parte de un momento inicial en que se acepta que el ámbito de los llamados delitos de omisión impropia o comisión por omisión venga determinado por la posibilidad de subsumir esas omisiones en las descripciones legales de los delitos de resultado. Este punto de partida se pone en cuestión aduciendo que tal subsunción incurre en un *defecto de legalidad* porque la singularidad normativa de tales delitos no resulta expresa-

mente contemplada en la formulación legal de los delitos de resultado: a juicio de muchos autores, hay diferencias materiales irreductibles entre los delitos de comisión y los llamados de omisión impropia que precisan de criterios materiales, por lo que, al menos como complemento de la formulación legal, han de establecerse doctrinalmente, es decir, por medios dogmáticos.

Esa empresa, que Beling hubiera calificado de fraudulenta y Wittgenstein de petulante, ha conducido, como no podía ser de otro modo, a la falta de claridad, al desconcierto y al fracaso.

Por lo que respecta a Alemania, el StGB exige, para castigar la comisión por omisión de un resultado, que el autor sea responsable jurídicamente de que el resultado no suceda; pero esa responsabilidad puede no ser, todavía, típicamente relevante: para que lo sea es, además, preciso que la omisión *se corresponda (entspricht)* con la acción positiva. Entendiendo esa correspondencia en sentido material y no textual, la doctrina se esfuerza en buscar criterios generales que justifiquen esa relevancia, olvidando, incomprensiblemente, el significado de las palabras de la ley. Así emprende un camino condenado a la melancolía, pues determinar lo que significa la ley sin atender a lo que dicen sus palabras no puede sino producir desajustes. Esa tendencia sorprende especialmente en autores como Schünemann, quien, según se ha visto, parte de la idea de que para aplicar los tipos es preciso «desnormativizarlos», esto es, expresarlos en el lenguaje común en el que están redactadas las leyes.

A todas esas construcciones, que no voy a analizar (pues mi objetivo no es la «dogmática» de la comisión por omisión en sí misma considerada, sino solamente su ajuste al principio de legalidad), cabe oponer la objeción de que el verbo típico se aplicará correctamente en algunos casos en que funcione bien, lingüísticamente, la fórmula escogida; pero no en otros, porque, como hemos visto, el juego de lenguaje que determina su sentido *es como es* y no res-

ponde a ninguna clase de racionalización, sino a las peculiaridades de una forma de vida.

Por lo que a la doctrina española respecta, procede partir del carácter inaceptable de la tan difundida posición de garante, cuando se erige, como sucede en muchos autores y en abundantes sentencias, en fundamento único de la conformidad de estos delitos con el principio de legalidad: basta remitirse a sus discutibles orígenes, al carácter circular de su fundamento y a los defectos de taxatividad que presenta para rechazar esa pretensión; ahora bien, tampoco cabe aceptar sin más la procedencia de otras formulaciones materiales más elaboradas.

Tal es el caso de la propuesta por Gimbernat, probablemente el autor que con mayor dedicación y esmero haya analizado el problema «dogmático» de la omisión impropia en la doctrina penal española y que, precisamente por eso, utilizaré como punto de referencia de esta reflexión crítica. Gimbernat considera que para poder castigar la omisión impropia con la misma pena que el delito llevado a cabo mediante acción positiva es necesaria una *equivalencia desvalorativa total* y que «esa equivalencia desvalorativa total del delito de omisión (impropia) con el delito de acción se dará cuando la inactividad del encargado de una fuente de peligro causante del resultado típico tenga como consecuencia (normativa) la transformación de esa fuente de permitida en ilícita, o la no reconducción a los niveles jurídicamente tolerados cuando dicho foco (por la acción de un tercero o por una causa material) los hubiera desbordado». Dado que aquí se omite toda referencia al *texto de la ley*, al que expresamente remite el artículo 11 del Código Penal español, podría detenerme en la crítica abstracta de esa posición material a la que me he referido respecto a la doctrina alemana. Sin embargo, puesto que aquí se trata de nuestra doctrina y de nuestro Código Penal, quiero profundizar algo más.

Para realizar esa profundización abordaré dos problemas particulares sirviéndome básicamente

camente de la exposición que de los mismos lleva a cabo Gimbernat en sus artículos «La causalidad en la omisión impropia y la llamada “omisión por comisión”» (ADPCP, 2000) y «Una tercera forma de realización del tipo: la interrupción de cursos causales salvadores» (PDF, 2006), cuyo contenido se repite en otras publicaciones.

6.2. PROBLEMAS ESPECÍFICOS

6.2.1. Omisión impropia y presunción de inocencia

Al estudiar los *límites constitucionales* de la comisión por omisión que, de acuerdo con cuanto al respecto sugerí, caracteriza como *límites lógicos*, porque lo que queda fuera de ellos ya no es Derecho, Cuerda Arnau otorga especial relevancia a la presunción de inocencia y repudia el recurso a la comisión por omisión para burlarla.

En este sentido, destaca el caso resuelto en la STC 171/2000, de 26 de Junio (Tol 81336), dictada al conocer un recurso de amparo contra la STS 106/1996 de 10 de Febrero (Tol 406826), que condenaba al recurrente como autor por omisión de delitos tráfico de drogas.

La condena recurrida se fundaba en la posición de garante del dueño de un bar en relación con los delitos de tráfico de drogas que pudieran ser cometidos en su establecimiento.

«Ciertamente —dice Cuerda Arnau en el artículo antes mencionado— la STC 171/2000 no entra de lleno en el conjunto de problemas que suscita la titularidad de un local como fuente de la posición de garante. Pese a ello, se trata de una sentencia imprescindible para lo que ahora importa, que es, en primer lugar, enfatizar que la presunción de inocencia es un criterio de la (legitimidad y validez de la prueba de la) *verdad de la culpa* y no a la inversa», es decir, de la verdad de la inocencia, que no necesita ser probada.

A juicio de Cuerda Arnau la sentencia «evidencia una vez más la vinculación *legalidad-*

presunción de inocencia». Pues así como la falta de prueba de los hechos determinantes de la culpabilidad hace innecesario el juicio a cerca de si podían subsumirse en el precepto penal que les fue aplicado, si el TC hubiera seguido el camino inverso —comenzando, como podía haber hecho, por afirmar que, en el caso concreto, aunque el propietario del bar pudiera ser considerado garante, de ningún modo podía decirse que hubiera *traficado* con drogas—, hubiera resultado superfluo preguntarse acerca de la prueba de los hechos.

6.2.2. Causalidad y omisión impropia

El primero de los artículos de Gimbernat comienza con unas consideraciones sobre la concepción «correcta» de la causa y de la causalidad, según las cuales parece que el contenido significativo de dichos términos no venga dictado por su uso en el lenguaje, sino por no se sabe qué autoridad externa a él, y en las que, entre otras cosas, se echa de menos, junto a la ausencia de análisis de la polisemia del término «causa», una diferenciación entre la relación ideal de causalidad, la efectiva de causación y la de mera ocurrencia sucesiva.

Ni que decir tiene que no comparto en absoluto esa concepción tosca y simplificadora de la causalidad, en cuya crítica, dado lo dicho al respecto en el epígrafe 5.2, ni siquiera vale la pena detenerse aquí.

Pero, a renglón seguido, Gimbernat analiza el requisito, que generalmente se exige en los casos de omisión impropia (para que el resultado pueda atribuirse, precisamente, a la omisión), de que la acción omitida hubiera, de haberse realizado, evitado efectivamente la producción del resultado típico. Para dar por probado ese requisito se siguen, en la doctrina, tres criterios: el mayoritario de la *probabilidad rayana en la certeza* (v. gr. Engisch, Maurach), el de la *total certeza o seguridad* (Mezger) y el de la *disminución del riesgo* (Stratenwert). Tras descalificar tales criterios, los dos primeros como inviables y el tercero como inadecuado,

pues comporta transformar un delito de lesión en otro de peligro, Gimbernat concluye que hay que renunciar a la idea de que para atribuir el resultado a la omisión haya que probar que la realización de la acción esperada hubiera de evitar el resultado; y llevar a cabo esa imputación sobre la base de que la omisión dé lugar a la transformación de la fuente de peligro en ilícita o la no reconducción de los niveles de riesgo a los límites jurídicamente tolerados cuando los hubiera desbordado. Pero se da el caso de que también con la aplicación de ese criterio el delito de omisión impropia pasa a ser un delito de mero riesgo, al que no se ve con qué fundamento pueda atribuirse la producción del resultado.

Como ha señalado Cuerda Arnau, para solventar el problema de la prueba de la causalidad «se arbitran criterios distintos, desde el incremento o la no disminución del riesgo hasta la no estabilización de un foco de peligro preexistente, con la pretensión de que sea la aplicación de esos criterios lo que ponga fin a la incertidumbre que en la práctica rodea la determinación de la causalidad en la omisión». El remedio, sin embargo, es peor que la enfermedad, como pone de manifiesto la autora, que recomienda en una aguda nota «volver los ojos a la doctrina italiana y prestar atención a cuanto dijeron las *Sezioni Unite* en la conocida como Sentencia Francesa», a saber: que sustituir la exigencia de causalidad con criterios como el incremento o la no disminución del riesgo no tiene cabida en el sistema constitucional.

En parecidos términos se expresa Carbonell Mateu:

«Quienes afirman, desde versiones aquí criticadas de la teoría de la imputación objetiva, que ésta se produce en las conductas activas por la creación o incremento del riesgo que cristaliza en el resultado, explicarán ahora que la imputación del citado resultado en la omisión se deberá simplemente a no haber tratado de romper el cristal: es decir, a no haber disminuido el riesgo preexistente cuando se tenía un especial deber de actuar. Con lo que parifican omisión propia e impropia y la posición de garante se convierte, en la prác-

tica, en el único requisito de tamaño incremento del objeto de imputación y, por consiguiente, de la respuesta penal, conduciendo, por cierto, a un camino sin solución a la hora de diferenciar axiológicamente la omisión propia cualificada de garante y la comisión por omisión».

Por ello, creo que valdría la pena sugerir que los criterios propuestos para dar por probado que la realización de la acción omitida hubiera evitado el resultado (única vía por la que cabe imputar el resultado a su omisión) no responden a lo que constitucionalmente se exige para cualquier clase de prueba, es decir, ni una *certeza absoluta* ni una *probabilidad tan cercana a ella que pueda desdeñarse*, sino una certeza situada *más allá de toda duda razonable*. De modo que, quizás, sea esa formulación de criterios ajenos a las exigencias constitucionales es la que ha conducido a la doctrina penal a un laberinto sin salida; y, por si tal vez eso fuera cierto, ¿sería demasiado pedir a los cultivadores de la dogmática, sean alemanes o españoles, que explorasen los caminos que la norma suprema obliga a seguir?

6.2.3. ¿Interrupción de cursos causales salvadores?

Como muestra especialmente evidente de ese desarrollo de la dogmática penal al margen de la Constitución y de sus exigencias, quiero acabar citando el comentario que el propio Gimbernat realiza a la STS de 27 de Junio de 1997 (Tol. 408514) en el segundo de los artículos arriba citados.

En ese comentario describe así los hechos:

«La sentencia del TS de 27 de junio de 1997 [...] aborda un caso en el que los padres —testigos de Jehová— de un niño de 13 años gravemente enfermo, y “en situación de riesgo hemorrágico”, ingresan el 8 de septiembre de 1994 al hijo en un primer hospital, en el que los médicos prescriben, para neutralizar dicha hemorragia, “una transfusión de seis centímetros de plaquetas”, a lo que los padres se oponen, “manifestando [...] que su religión no permitía la aceptación de una transfusión de sangre”, accediendo los facultativos, finalmente, a que los padres volvieran a lle-

vase al hijo a su casa, donde permaneció hasta el 12 de septiembre del mismo año, fecha en la que, como la gravedad del niño persistía, aquéllos trasladaron a este a un segundo hospital: al Hospital Universitario Materno-Infantil de Vall D'Hebron de Barcelona, en el que los nuevos facultativos “considera[ron] urgente [...] la práctica de una transfusión para neutralizar el riesgo de hemorragia”, alegando nuevamente los progenitores “que sus convicciones religiosas les impedirían aceptar una transfusión”, abandonando entonces dicho hospital para trasladar al enfermo al Hospital General de Cataluña donde los médicos reiteraron la inexistencia de un tratamiento alternativo y la necesidad de la transfusión, que fue nuevamente rechazada por los acusados [...], regresando a su domicilio, al que llegaron a la una de la madrugada del día 13 de septiembre”. Finalmente, y en virtud de una resolución dictada por el Juzgado de Instrucción de Fraga al día siguiente, después de recibir un informe médico, el menor es trasladado coactivamente a un hospital de Zaragoza, “al que llegó hacia las 23.30 horas del mismo día 14 con signos clínicos de descerebración por hemorragia cerebral, falleciendo a las 21.30 horas del día 15 de septiembre de 1994”. El Tribunal Supremo condena a los padres por un homicidio doloso eventual en comisión por omisión».

La valoración jurídica de tales hechos se expresa del siguiente modo:

«En el caso de los padres testigos de Jehová que interrumpen en tres hospitales distintos las transfusiones de sangre que iban a practicar a su hijo los médicos de esos hospitales, tanto los padres —que están obligados al cuidado del niño menor de edad— como los facultativos —que se han hecho cargo del cuidado del enfermo— son garantes, por lo que estamos ante un caso de interrupción de un curso causal salvador por parte de un garante sobre otros garantes. De acuerdo con lo expuesto supra 4 c) *in fine*, los progenitores son responsables de un homicidio doloso consumado; pero no, como había estimado el TS, en comisión por omisión (ya que los padres no se limitan a permanecer inactivos ante la enfermedad del hijo, sino que, medianamente una acción, rompen un curso causal salvador que podría haber llevado a la curación de aquel) ni tampoco por un delito de acción (puesto que el enfermo fallece de su dolencia, y no a consecuencia de un proceso causal desencadenado por un movimiento corporal de los progenitores): el homicidio se comete en virtud de un compor-

tamiento típico distinto, que no coincide en su estructura ni con el delito de acción ni con el de omisión impropia».

Todo en ese comentario es discutible: los hechos están simplificados (*v. gr.*, no se narra en ellos que hubo una primera sentencia absolutoria de la Audiencia ni que, tras el primer ingreso, los médicos, a la vista de la reacción del niño, concluyeron que la transfusión en tales condiciones no era ni ética ni médicamente correcta, por lo que les dieron el alta y les permitieron marcharse a casa; tampoco se analiza la totalidad del comportamiento de los padres antes de valorarlo y, además, los hechos aparecen tergiversados, pues se presenta la no autorización de la transfusión como una acción positiva de impedimento de la actuación salvadora, cuando no es sino una omisión de un permiso que puede suplirse, como así sucedió, mediante autorización judicial etc.; pero, lo más trascendente es que ni siquiera se toma en consideración la posible incidencia de la libertad religiosa.

6.2.4. Dogmática penal y jurisprudencia constitucional

Precisamente por vulneración de esa libertad, en la Sentencia 154/2002 de 18 de Julio (*Tol 258486*) el Tribunal Constitucional concedió el amparo, anulando por unanimidad la referida Sentencia del Tribunal Supremo. Los razonamientos que el Tribunal Constitucional expone en los fundamentos jurídicos 14, 15 y 16 de su Sentencia, que expresan perfectamente mi opinión sobre el tema, dicen así:

«14. Sentados los anteriores extremos, procederemos al examen de qué concretas acciones se exigían a los padres, en el caso sometido a nuestra consideración, en relación con la prestación del tratamiento médico autorizado por la resolución judicial.

En primer lugar, se les exigía una acción suasoria sobre el hijo a fin de que este consintiera en la transfusión de sangre. Ello supone la exigencia de una concreta y específica actuación de los padres que es radicalmente contraria a sus convicciones religiosas. Más aún, de una actuación

que es contradictoria, desde la perspectiva de su destinatario, con las enseñanzas que le fueron transmitidas a lo largo de sus trece años de vida. Y ello, además, sobre la base de una mera hipótesis acerca de la eficacia y posibilidades de éxito de tal intento de convencimiento contra la educación transmitida durante dichos años.

En segundo lugar, se les exigía la autorización de la transfusión, a la que se había opuesto el menor en su momento. Ello supone, al igual que en el caso anterior, la exigencia de una concreta y específica actuación radicalmente contraria a sus convicciones religiosas, además de ser también contraria a la voluntad —claramente manifestada— del menor. Supone, por otra parte, trasladar a los padres la adopción de una decisión desechada por los médicos e incluso por la autoridad judicial —una vez conocida la reacción del menor—, según los términos expuestos en el párrafo tercero del relato de hechos probados de la sentencia de instancia [antecedente 2 b) y fundamento jurídico tercero, apartado c), ambos de la presente Sentencia].

En tercer lugar, es oportuno señalar que los padres, ahora recurrentes, llevaron al hijo a los hospitales, lo sometieron a los cuidados médicos, no se opusieron nunca a la actuación de los poderes públicos para salvaguardar su vida e incluso acataron, desde el primer momento, la decisión judicial que autorizaba la transfusión, bien que esta se llevara a cabo tardíamente (concretamente, cuando se concedió una segunda autorización judicial, varios días después de la primera). Los riesgos para la vida del menor se acrecentaron, ciertamente, en la medida en que pasaban los días sin llegar a procederse a la transfusión, al no conocerse soluciones alternativas a esta, si bien consta, en todo caso, que los padres siguieron procurando las atenciones médicas al menor».

Como puede apreciarse con una somera lectura, los hechos de los que parte el Tribunal Constitucional son más detallados y precisos que los que sirven de base a la valoración de Gimbernat. En consecuencia la valoración es, también muy distinta:

«15. Partiendo de las consideraciones expuestas cabe concluir que la exigencia a los padres de una actuación suasoria o de una actuación permisiva de la transfusión lo es, en realidad, de una actuación que afecta negativamente al propio núcleo o centro de sus convicciones religiosas. Y cabe concluir también que, al propio tiempo, su coherencia con tales convicciones no fue obstáculo

para que pusieran al menor en disposición efectiva de que sobre él fuera ejercida la acción tutelar del poder público para su salvaguarda, acción tutelar a cuyo ejercicio en ningún momento se opusieron.

En definitiva, acotada la situación real en los términos expuestos, hemos de estimar que la expresada exigencia a los padres de una actuación suasoria o que fuese permisiva de la transfusión, una vez que posibilitaron sin reservas la acción tutelar del poder público para la protección del menor, contradice en su propio núcleo su derecho a la libertad religiosa yendo va más allá del deber que les era exigible en virtud de su especial posición jurídica respecto del hijo menor. En tal sentido, y en el presente caso, la condición de garante de los padres no se extendía al cumplimiento de tales exigencias.

Así pues, debemos concluir que la actuación de los ahora recurrentes se halla amparada por el derecho fundamental a la libertad religiosa (art. 16.1 CE). Por ello ha de entenderse vulnerado tal derecho por las Sentencias recurridas en amparo».

Por estas razones, y tras precisar en el Fundamento Jurídico 16 que no resultaba necesario un pronunciamiento específico sobre la vulneración del principio de legalidad por ser inherente a la de libertad religiosa, el Tribunal Constitucional otorga el amparo por unanimidad y anula la sentencia condenatoria del Tribunal Supremo.

6.3. CONCLUSIONES PROVISIONALES

En cada uno de los epígrafes anteriores se han ido avanzando las conclusiones de este estudio, de modo que basta ahora con extraer las que se desprenden del análisis del caso que se acaba de transcribir, que puede considerarse una suerte de compendio de la problemática analizada.

La sentencia del Tribunal Constitucional es, hoy por hoy, la única solución válida en nuestro sistema jurídico. Pero eso no quiere decir que sea indiscutible: de hecho, el Tribunal Supremo fue de otro parecer y adujo sus razones. Creo que esas razones no eran las me-

jores, pues la condena no cumple, en mi opinión, las exigencias del artículo 11 del Código Penal, dado que prescinde del sentido del texto de la ley y ni siquiera se pregunta si puede decirse en este caso que los padres «matan», sustituyéndolo por la invocación reiterada de una posición de garante que nadie discute, pero que no justifica por sí sola la atribución del delito de homicidio. Cabe añadir que, dado que no era posible afirmar, *más allá de toda duda razonable*, que la intervención de los padres hubiera tenido éxito (a la vista del caso, parece más probable lo contrario, es decir, que hubiera provocado una reacción indeseable del niño), junto al principio de legalidad se ha vulnerado la presunción de inocencia. Por lo demás, ni siquiera analiza seriamente si el respeto a la libertad religiosa permitía exigir a los padres la realización de un acto prohibido por sus creencias; no se examina si había alternativas a la persuasión por parte de los padres ni se justifica, en modo alguno, por qué se da por supuesto que esta hubiera sido eficaz, etc..

Esas y otras cuestiones ineludibles se soslayan mediante el recurso a una imaginativa «ponderación», que se traduce en otorgar una eficacia atenuante al ejercicio de un derecho fundamental, solución imaginativa acorde con la valoración subjetiva del Tribunal, mas no con lo que establecen la Constitución y la ley penal.

Si he destacado este caso no es por expresar mi disenso con la sentencia del Tribunal Supremo, cosa que ya hice donde debía y, menos aún para poner de manifiesto un error personal de Gimbernat, si es que lo hay. Un error de ese tipo, por aquello de que *aliquando bonus dormitat Homerus* merecería ser olvidado, dadas las múltiples contribuciones interesantes e inteligentes de este autor.

Lo que quiero subrayar es una disfunción metodológica inherente a la configuración dogmática de la llamada imputación objetiva que gravita sobre la comisión por omisión. Porque, como ya apunté en otro momento, la «teoría» de la imputación objetiva supone

decidir la relevancia o irrelevancia típica según algunos criterios generales (que no son los mismos para todos los autores); pero como los hechos típicos sobre los que se proyectan esos criterios no son jurídicamente homogéneos, los criterios de imputación desconocen no solo el carácter *interno*, no «humano», de la relación causal respecto de determinadas acciones típicas, sino también la posible incidencia de algún derecho fundamental en el acontecimiento de cuya tipicidad se trata.

La «enfermedad metodológica» que Wittgenstein imputa a la filosofía, a la que induce a «abandonar los casos concretos, que son los únicos que podían haber ayudado a comprender el uso» de los términos generales es, a su juicio, el *ansia de generalidad*.

De tal ansia derivan: a) la tendencia a buscar algo común a todas las entidades que usualmente bajo un término general; b) la tendencia a pensar que la persona que ha aprendido a comprender un término general... esta en posesión de una imagen genérica del objeto al que se refiere; c) la idea de la comprensión de un término general se conecta usualmente con un estado mental en el sentido de un estado de conciencia.

Para Wittgenstein, «nuestra ansia de generalidad tiene otra fuente principal: nuestra preocupación por el método de la ciencia. Me refiero al método de reducir la explicación de los fenómenos naturales al menor número posible de leyes naturales primitivas; y, en matemáticas, al de unificar el tratamiento de diferentes temas mediante el uso de una generalización. Los filósofos tienen constantemente ante los ojos el método de la ciencia y sienten una tentación irresistible a plantear y a contestar las preguntas del mismo modo que lo hace la ciencia. *Esta tendencia es la verdadera fuente de la metafísica y lleva al filósofo a la oscuridad más completa*» (cursivas mías).

En otro apartado de este trabajo intentaré justificar más ampliamente ese rechazo de la metafísica. Aquí me limitaré al tema propuesto.

Pues bien, en el caso que acaba de relatarse, esa insuficiencia de los criterios de imputación es manifiesta. Para comprenderlo así, basta comprobar que, al enjuiciar el caso, tanto la fiscalía como el Tribunal Supremo, apoyándose en la posición de garante de los padres, les imputan la muerte del hijo devaluando su derecho a la libertad religiosa y olvidando que el art. 11 del Código Penal exige que, según el sentido del texto de la ley, pueda decirse que los padres mataron, cosa que se da por supuesta pese a que es muy difícil de defender en el presente caso.

Algo parecido le sucede a Gimbernat: se ocupa, como predica una gran parte de la dogmática actual, de la imputación de la muerte y no de la realización del tipo, como si hubiera un sentido de la ley al margen de lo que dicen sus palabras; y asume, sin entrar a analizarlo, el tratamiento que el Tribunal Supremo da a la libertad religiosa.

Un espejismo de generalidad científica — que, como se acaba de ver, ya denunció Wittgenstein— impide analizar correctamente la realidad concreta del caso particular, pero solo tras ese análisis puede aplicarse legítimamente el Derecho.

Tal vez estas reflexiones no logren convenir a todos acerca de la corrección del análisis del caso que se propone, pero al menos creo haber mostrado con ese análisis que la dogmática *no solo es una ciencia, sino que ni siquiera lo parece*. Más bien se asemeja a una nueva escolástica, cuyas especulaciones, que a menudo no carecen de agudeza, se hallan frecuentemente desenfocadas y muestran un déficit de corrección, mientras que sus proposiciones específicas no guardan relación alguna con la verdad. Pero, a veces se alega que, al menos, es neutral esto es, que resuelve imparcialmente los problemas que se le plantean. Esa segunda pretensión precisa de un análisis más detallado.

7. ADENDA: SOBRE LA SUPUESTA «NEUTRALIDAD» DE LA DOGMÁTICA PENAL

7.1. INTRODUCCIÓN

Tratar a fondo el problema de la neutralidad de la dogmática jurídica requeriría abordar primero el de su científicidad, que en el texto precedente se ha descartado *a limine* porque, tras la exposición del tema analizado, parecía obvio que no se trataba de una discusión «científica», sino de un intercambio crítico de opiniones razonadas, a decidir no en función de la verdad de unas y la falsedad de otras, sino a favor de aquellas que, a lo largo del discurso, pareciesen fundamentadas por mejores razones.

Desechada la científicidad y la «neutralidad» (o «imparcialidad» u «objetividad»), aparece como una especie de premio de consolación. Puede discutirse, en abstracto, si alguno de esos atributos podría aplicarse a la dogmática. Mi opinión al respecto es negativa: una actitud «pura», ajena a todo tipo de interés, conduciría a una absoluta pérdida del contenido jurídicamente relevante y, en consecuencia, ya no podría hablarse de dogmática; pero de no adoptarse tal actitud, la «neutralidad», «objetividad» o «imparcialidad» resultarían empañadas no solo por los intrínsecos «intereses del conocimiento», sino por otros intereses vitales ajenos al proceso cognitivo, de los que ninguna indagación humana puede prescindir.

Expuesto así mi parecer sobre el problema abstracto, debo añadir que no podría ocuparme de él con profundidad aquí, pues hacerlo requeriría dedicarle un espacio impropio en estas observaciones adjuntas al tema principal que he desarrollado en las páginas anteriores. Por eso me limitaré a analizar si la dogmática penal hispano-germana ha producido un discurso *siquiera sea aproximadamente neutral, imparcial u objetivo*; o si, por el contrario, el discurso dogmático ha reflejado, en un lenguaje menos grosero, las disputas de intereses (políticos, religiosos o económicos etc.) que

han acaecido durante el desarrollo histórico de nuestras sociedades.

Me propongo defender, con unas breves reflexiones, esta segunda hipótesis. Para hacerlo, habré de comenzar volviendo a los orígenes y trazando una sucinta descripción, desde esta perspectiva, del desarrollo histórico de nuestra disciplina. Dado que su objeto es poner de manifiesto la neutralidad o falta de neutralidad de la dogmática, esta descripción no puede seguir la pauta de los estudios históricos usuales, que trazan la historia del pensamiento dogmático desde un punto de vista básicamente interno: al contrario, dado su carácter *metadogmático* ha de adoptar una perspectiva básicamente externa a la dogmática, partiendo del resto del ordenamiento jurídico, especialmente del Derecho político y constitucional, e incluso, yendo más allá de él, a la filosofía del Derecho y, sobre todo, a la filosofía sin complementos de especificación.

El momento inicial de ese desarrollo está representado por la Ilustración. Se ha dicho muchas veces que el Derecho penal moderno es heredero de la Ilustración, como lo es la totalidad del Derecho público; pero a la altura de los tiempos en que vivimos, se sostiene a menudo que el discurso de la Ilustración o, dicho de otro modo, el de la modernidad, es a día de hoy un discurso caduco, al menos en el ámbito de las «ciencias humanas» y «sociales»: para muchos, la «dialéctica de la Ilustración», que según el celeberrimo libro de Adorno y Horkheimer, al desarrollarse se transforma en su contrario, requiere adoptar un paradigma *postilustrado*.

Frente a esa perspectiva, Habermas ha sugerido que «podría ser que bajo ese manto de postilustración no se ocultara sino la complicidad con una ya venerable tradición de contrailustración».

El discurso filosófico de la modernidad, obra de la que procede la cita anterior, puede entenderse como un desarrollo de esa sugerencia y, por lo tanto, como una respuesta a la tesis de Adorno y Horkheimer: el «desacoplamiento»

entre modernidad y racionalidad no sería una consecuencia del pensamiento ilustrado, sino el fruto de una guerra emprendida contra la Ilustración.

La tesis que propongo es un desarrollo de la idea que Habermas defiende brillantemente en su libro. Me propongo mostrar, aunque solo sea de modo «impresionista», dada la magnitud de la empresa, que en la cultura alemana del siglo XX existían profundas tendencias antikantianas, y antiliberales que, en los años que precedieron a la toma del poder por Hitler, llegaron a ser hegemónicas, que esas tendencias alcanzaron una suerte de paroxismo en la época nacionalsocialista y que, tras la Segunda Guerra Mundial, tras la derrota de Hitler, siguieron operando activamente, aunque por lo general de manera camuflada. Como es lógico, dado el objeto de este trabajo, también intentaré mostrar que de ese acervo se ha nutrido gran parte la dogmática penal alemana, que tan acriticamente hemos venido importando.

Para defender esa tesis hubiera sido útil llevar a cabo un estudio sistemático del pensamiento filosófico y jurídico de las épocas a las que me refiero; pero me es vitalmente imposible llevar a cabo ese estudio. Por eso, me conformaré con ofrecer una visión general del desarrollo cuyo sentido quiero poner de manifiesto; para ello me serviré no de un exhaustivo, estudio propio, sino de las impresiones y trabajos de personas de singular relieve intelectual que, por haber vivido la época y participado en sus afanes, están perfectamente capacitados para describirla y juzgarla. Como la lectura completa de sus obras da una imagen mucho más precisa que la que yo pueda ofrecer en este apretado resumen, me limitaré a citarlas sin precisar las páginas de donde extraigo las descripciones y juicios que transcribo, pretendiendo así animar a su consulta detallada.

A modo de suelo sobre el que descansaran los ulteriores desarrollos de mi tesis, preciso trazar un cuadro descriptivo de la situación intelectual de Alemania antes y después de Hitler. Para llevarlo a cabo, puesto que prefiero

adoptar la perspectiva de quienes vivieron esa época, me apoyaré, sustancialmente, en tres obras de Karl Löwith y una de Gadamer, que paso a enumerar por ese orden:

La primera, cuyo título es *De Hegel a Nietzsche*, tiene un subtítulo que compendia la tesis del libro, a saber: *La quiebra revolucionaria del pensamiento en el siglo XIX. Marx y Kierkegaard*.

La segunda es *Mi vida en Alemania antes y después de 1933. Un testimonio*. Se trata de un trabajo escrito en 1940 y presentado a un concurso que convocó la Universidad de Harvard para recoger testimonios de testigos directos de la situación de Alemania antes y después de 1933. Aunque, desde luego, se trata de un testimonio de enorme importancia, como muestra el interés que ha suscitado posteriormente, y su innegable calidad, no obtuvo el premio y no llegó a publicarse hasta 1986, una vez fallecido Löwith, como explican Koselleck en el prólogo y su viuda Ada Löwith en la nota final.

La tercera se titula *Heidegger, pensador de un tiempo indigente*; ese título solo es indicativo de una parte del libro, cuyo auténtico contenido expresa mejor el subtítulo: *Sobre la posición de la filosofía en el siglo XX*.

Hay muchas más obras importantes para caracterizar la situación intelectual de la época. Desde luego, no puedo referirme a todas ellas; pero sí a algunas que, además de muy relevantes, resultan fácilmente accesibles.

La cuarta es la obra de Gadamer *Mis años de aprendizaje*, que cubre el periodo que va de 1918 hasta 1945, y termina con un detenido retrato de Löwith, que fue su colega y amigo.

Aunque según von Aster, la filosofía dominante en los primeros años del siglo XX era un neokantismo antimetafísico, el propio autor advierte en el prólogo de su *Introducción a la filosofía contemporánea* (1932) de «la irritada incompreensión por parte de los filósofos, o lo que es peor, la aparente coincidencia desconocedora de la oposición latente en un estrato más profundo.

En la introducción a *Responsabilidad y juicio*, Hannah Arendt ilustró esa idea al describir la situación del pensamiento europeo tras la Primera Guerra Mundial, en los siguientes términos:

«Esta caída de la noche, el oscurecimiento de la escena pública, sin embargo, no tuvo en absoluto lugar en silencio. Por el contrario, nunca estuvo la escena pública tan llena de anuncios públicos, por lo general bastantes optimistas, y el ruido propagado por el aire se componía no solo de lemas propagandísticos de ambas ideologías antagónicas, cada una de las cuales prometía una nueva ola de futuro, sino también de declaraciones a ras de tierra hechas por respetables políticos y de declaraciones procedentes del centroizquierda, el centroderecha y el centro, todas las cuales han dado como resultado neto la desnaturalización de cada una de las cuestiones que han tocado, amén de confundir las mentes de sus audiencias. Este rechazo casi automático de todo lo público estaba ampliamente extendido en la Europa de la década de 1920 con sus “generaciones perdidas” —tal y como se llamaban a sí mismas— que, por descontado, eran minorías en todos los países, vanguardias o élites, según cómo se las valorara. Que fueran pequeñas en número no las hace menos representativas del clima de su época».

Concluiré estas consideraciones introductorias especificando que el objetivo de este análisis es la exposición crítica del pensamiento antiilustrado y no el enjuiciamiento y la reprobación de personas concretas por sus ideas autoritarias o totalitarias, ni siquiera por sus actos de colaboración con el nacionalsocialismo: otros, singularmente Franz von Neumann y Muñoz Conde, han hecho ese trabajo mucho mejor de lo que pudiera hacerlo yo. Eso no quiere decir que, cuando lo estime necesario para aclarar el significado de las ideas, no recurra a la descripción de su relación con el régimen nazi.

7.2. EL RECHAZO DE LA HERENCIA INTELLECTUAL DE LA ILUSTRACIÓN

Aunque la situación intelectual no viene caracterizada totalmente por la filosofía, al

trazar el panorama del rechazo al pensamiento ilustrado me referiré, fundamentalmente, a las ideas filosóficas que acabaron dominando el periodo que intento describir, dividiéndolo en fases meramente indicativas.

7.2.1. Existencialismo y nihilismo

El principio de la época que quiero analizar se sitúa a finales del siglo XIX.

La influencia del pensamiento kantiano y de las grandes figuras del idealismo alemán (Fichte, Schelling y, sobre todo, Hegel) llena todo el siglo, pero en él apuntan ya las ideas de una nueva época, principalmente en Kierkegaard, Marx y Nietzsche.

No pretendo describir el pensamiento de dichos autores, sino el impacto que produjeron en sus contemporáneos. Para ello, remito a la primera de las obras de Karl Löwith, que acabo de citar, que dan cuenta de la influencia que tales obras revolucionarias causaron en un gran filósofo e historiador de la filosofía y de la cultura.

De maneras distintas, Marx y Kierkegaard «dan la vuelta» al pensamiento de Kant y de Hegel: Kierkegaard desde un individualismo religioso, que adopta la herencia cristiana y encuentra el sentido de la vida en una «apuesta pascaliana» que enajena la libertad —entendida como *pecado antes del pecado*— en aras de la fe; Marx mediante la sustitución de la especulación idealista por un materialismo que comienza exigiendo la libertad real de todos, pero que acaba defendiendo la necesidad de pasar por el estadio previo de la dictadura del proletariado para que aquella se haga realidad.

Sin embargo, la crítica más radical al pensamiento nacido de la Ilustración la lleva a cabo Nietzsche. Influido por la filosofía mundana de Schopenhauer, exaltó la voluntad entendida como «cosa en sí», es decir, como la realidad auténtica, y negó en toda regla tanto la libertad «trascendental» como de las libertades políticas que Kant había propugnado en su

Metafísica de las costumbres y que Hegel había erigido en un momento básico de su propuesta política.

Nietzsche sostiene que la historia ha acabado con los valores liberales y cristianos y que ha conducido a una suerte de nihilismo, del que solo cabe salir aceptando que la mayoría vive bajo una moral de esclavos y que es preciso adoptar una moral de amos que solo puede triunfar si aparecen hombres nuevos, *superhombres*, con lo que la dialéctica del amo y el esclavo que cobra un sentido inverso al que le dio Hegel en su *Fenomenología del espíritu*, un sentido inquietante.

7.2.2. Neokantismo, Filosofía de la vida y Fenomenología

En los primeros años del siglo XX, sin embargo, no tiene lugar una revolución cultural, sino un desarrollo crítico de las ideas de Kant y Hegel.

Para describir, en primer término, el significado del *neokantismo* comenzaré por transcribir unas palabras del trabajo de Natorp *Kant y la escuela de Marburgo*.

«El rendimiento histórico y decisivo de Kant reside en su genial descubrimiento del método trascendental, gracias al cual queda superado por igual así el método psicológico de los empiristas como el método especulativo de los racionalistas. La filosofía de Kant no puede ser considerada como 'un código de leyes caído de un golpe del cielo'. No. *La filosofía de Kant es una filosofía de la cultura*; una filosofía que en su desenvolvimiento ha de reconsiderar en cada época los nuevos frutos de la actividad humana. Hay más: una filosofía que entronca con los grandes pensadores del pasado (Platón, Nicolás de Cusa, Descartes, Leibniz...). La Escuela de Marburgo así expresa y realiza su orientación histórica. Cohen tuvo el acierto de inculcar esta faena en su discipulado» (cursivas mías).

Este párrafo muestra el claro parentesco entre la escuela de Marburgo y la escuela suaboccidental alemana o escuela de Baden, de Windelband y Rickert, que llevó aún más lejos

esa concepción de la filosofía como filosofía de la cultura, pero más allá del neokantismo, la esencia metódica del pensamiento de Kant, que Natorp caracteriza como *método trascendental* y que no es psicológico ni físico: en ese contexto metódico «se menciona con oportunidad» la obra *Investigaciones lógicas* de Husserl.

Como señala Gadamer, el desarrollo del pensamiento de Natorp, que fue su director de tesis, tiende en su última fase a generalizar el método trascendental, llevándolo más allá de sus fundamentos *a priori* hasta aprehenderlo en una unidad con las ciencias de la vida. «*El ideal trascendental de Kant* —dice Gadamer— le servía en cuanto punto de partida para pensar la realidad como completamente determinada por lo *concreto originario*» (cursivas mías).

Esa representación ofrece una imagen paralela a la que cabe trazar del pensamiento de Husserl. En efecto, Löwith lo ha descrito como un filósofo que exigía resultados «en moneda pequeña»; pero sus últimos trabajos, una tensión entre la dirección *hacia las cosas mismas* y el método trascendental, evidencian una inclinación a utilizar la fenomenología para abordar las grandes cuestiones: la crisis de las ciencias e, incluso, la crisis de la humanidad en Europa. La pretensión sostenida hasta el final de que su filosofía fuese una «ciencia estricta» parece, en ese contexto, exorbitante.

Para caracterizar someramente los primeros años del siglo, es preciso hacer una referencia al pensamiento de Dilthey, entendido no solo como una crítica, sino también como un desarrollo de la *Filosofía de la historia* de Hegel, que llevó a cabo en su obra *Hegel y el Idealismo*. Con razón afirmó Löwith que Dilthey había sido más importante para el pensamiento de Hegel que todos los hegelianos; pero también es cierto que arrumbó toda pretensión filosófica y se dedicó al cultivo de la historia científica, concebida en los términos de su *Introducción a las ciencias del espíritu*.

En su lección inaugural en Basilea en 1877, tras exaltar el sentido de la realidad y el carácter mundano y científico del saber, afir-

maba que «en oposición a esto, las vanas posibilidades de las concepciones metafísicas se muestran, en la anarquía de su disputa, como sabiduría de cátedra. Estos esplendorosos cuentos de hadas pueden excitar a los jóvenes, pero yo les aseguro que se vendrán abajo». Sin embargo, no dejó de reconocer que la cultura científica dejaba un vacío: no podía responder «a las preguntas por el valor y la meta de nuestra existencia».

Tal vez ese vacío provocó en la juventud universitaria el deseo de librarse de la «estrechez burguesa de la escuela y del hogar» y llegar a ver en la guerra una oportunidad para lanzarse a la aventura —*vivir peligrosamente*, según habían propuesto Schopenhauer y Nietzsche— y, a la vez, participar en un gran proyecto colectivo: así lo cuenta Löwith cuando empieza a narrar su vida.

7.2.3. Más allá de la razón: de la filosofía material de los valores a los nuevos caminos de la ontología

Tras la derrota de Alemania y Austria en la Primera Guerra Mundial se viven unos años convulsos, descritos, en estos términos por Stefan Zweig en la primera parte de su obra *El mundo de ayer*:

«¡Qué tiempo tan feroz, anárquico, incierto aquellos años, en que, con el valor menguante del dinero, empezaron a desmoronarse también todos los demás valores en Austria y Alemania! [...] todo lo que era extravagante y rehuía la fiscalización vivía momentos de auge: teosofía, ocultismo, espiritismo, sonambulismo, antroposofía, quiromancia, grafología, los dogmas hindúes del yoga y el misticismo paracelsista. Había demanda ávida de todo lo que prometía extremas tensiones, más allá de las conocidas hasta entonces [...] y en la política, el comunismo o el fascismo constituían la única temática deseada, quedando terminantemente proscrita cualquier forma de normalidad».

Karl Löwith habla de esos años como el periodo de una disolución general de todas las

estructuras internas y externas, en cuya pervivencia solo creía la gente mayor; los jóvenes universitarios solo veían una figura que destacase por encima de toda aquella miseria: Max Weber. En el semestre de invierno del curso 1918-1919 pronunció Weber una conferencia (*La ciencia como vocación*) que impresionó profundamente a los jóvenes intelectuales: narraba en ella el descrédito de la ciencia, que no había dado respuesta a los problemas humanos. De ese descrédito existen múltiples testimonios (basta recordar el prólogo de Wittgenstein al *Tractatus*, en el que afirma que, tras la solución de todos los problemas lógico-filosóficos, de fundamentación del conocimiento, se ha logrado muy poco).

Tras esa época confusa y negativa, domina el panorama intelectual la filosofía de los valores de Scheler, expuesta en su obra *Ética. Nuevo ensayo de fundamentación de un personalismo ético*, que trata, justamente, de los problemas personales de cada hombre. La obra tuvo un gran éxito: se editó por vez primera en 1916 y fue objeto de dos ediciones posteriores en 1921 y 1926.

Scheler fue un discípulo de Husserl que no se ajustó a las exigencias de rigor de su maestro, particularmente, en la sección segunda de la primera parte de su obra opuso su ética material de los valores al formalismo kantiano por el que, según Gadamer, sentía una profunda aversión. Gadamer retrata a Scheler como un pensador apenas católico —y, aún menos, neokantiano— que se convirtió en una estrella fulgurante de la fenomenología, pero, a quien Husserl llegó a considerar, junto con Heidegger, un seductor peligroso que se apartaba de las sendas de lo racionalmente correcto.

Nicolai Hartmann siguió los pasos de Scheler y evolucionó desde la dirección fenomenológica «hacia las cosas mismas» hasta una «nueva» ontología que rejuvenece el viejo aristotelismo pasando por el tamiz de la crítica kantiana y partiendo no ya del conocimiento del hombre común, sino de la totalidad del conocimiento científico: ofrece así una «estruc-

tura estratificada del mundo» y una antropología remodelada, es decir, un panorama global definido y estable que tuvo gran aceptación: como narra Löwith, abrumado por el éxito de Heidegger frente a su escasa audiencia, emigró de Friburgo en cuanto se le ofreció suceder a Scheler en su cátedra.

Pero, esa ontología objetivista no era el modo de pensar que la época reclamaba. En su obra de análisis de la situación espiritual de la época (publicada en 1931 y traducida en 1933 como *Ambiente espiritual de nuestro tiempo*), Karl Jaspers afirmaba que «el hombre necesita, para ser él mismo de un mundo positivamente colmado cuando se ha derrumbado este y parecen muertas las ideas se oculta el hombre a sí mismo». De ese modo, no puede realizarse plenamente en su existencia ni como hombre ni aun como animal. Parece, pues, necesaria la gestación de una nueva idea que permita afrontar de otro modo las circunstancias adversas. De nada vale quejarse de que la gestación de esa idea sea una carga excesiva, pues la generación presente «solo puede tener por misión que el hombre se acuerde de sí mismo». Esa tarea fue asumida por su entonces compañero ideológico Martin Heidegger.

Heidegger sucedió a Husserl en su cátedra de Friburgo. Enfoca su filosofía —como Hartmann, y especialmente de la dirección fenomenológica— hacia lo concreto, «hacia las cosas mismas» o, dicho en otras palabras, lleva a cabo un «giro ontológico», pero pronto destaca que el hecho de que, desde la óptica de Husserl, que intenta aislar la esencia de los fenómenos, no se llega jamás a «las cosas mismas»: ni siquiera surge la pregunta por el «ser» en su existencia temporal, pregunta a la que intenta responder Heidegger en su obra más importante *Ser y tiempo*, cuya complejidad y profundidad desaconseja emprender aquí el análisis de su contenido. Sin embargo, parece conveniente exponer las líneas maestras del sentido de esa obra, capital en el devenir de la filosofía de su tiempo, advirtiendo que no se trata más que de una imagen simplificada y, por lo tanto, carente de las mil precisiones con

que el autor la expresa, cuya dificultad y finura pueden apreciarse con la lectura las acotaciones que a su propia traducción de la *Introducción a la Filosofía* ofrece Jiménez.

Dicho esto, cabe comenzar esa caracterización señalando que Heidegger pretende retomar *la pregunta por el ser* reiniciando así el camino de la metafísica. Ese camino implica en Hartmann una renovación de Aristóteles, a la que remitió Heidegger, al exponer a Husserl la nueva dirección de su trabajo; sin embargo su metafísica no representa en realidad una continuación de la aristotélica; sino que impone una nueva dirección.

En efecto, Heidegger distingue varios modos del ser de los entes: básicamente, el ser de las cosas, que se limitan a *estar ahí*, y el ser del hombre, que no consiste en una mera existencia física, sino que radica en sus actos: el hombre es un ser que no está hecho de una vez por todas, sino que se hace a sí mismo: es él quién da sentido a su existencia.

En esa línea, Heidegger describe un «estado de perdido» en el que el hombre, «arrojado» en el mundo de la cotidianidad, es presa «de las habladurías, la avidez de novedades y la ambigüedad», por lo que su existencia puede calificarse de impropia. A ese «estado de perdido» se opone un «estado de resuelto», desde el que el hombre puede tomar las decisiones que den a su vida un sentido, que hagan una existencia *auténtica*. La pregunta por el «ser» se transforma, así, en una pregunta por el «sentido» del ser del hombre, que constituye una destranscendentalización del sujeto trascendental kantiano; opta así por una metafísica como «hermenéutica», como una indagación del sentido de la vida, que se expresa en las decisiones vitales de cada individuo.

Para concretar el significado ideológico que adopta su pensamiento desde ese punto de partida, se reseñaran brevemente algunos trabajos posteriores a su obra principal.

En *Caminos del bosque* se incluyen dos artículos especialmente significativos: «La época de la imagen del mundo» (1938) y «La frase de

Nietzsche “Dios ha muerto”». En el primero, Heidegger escribe que «el hombre, entendido en la Ilustración como ser con razón, no es menos sujeto que el hombre que se comprende como nación, que se quiere como pueblo, se cría como raza y, finalmente, se otorga a sí mismo poderes para convertirse en dueño y señor del planeta». En el segundo concluye afirmando que «el pensar solo comienza cuando hemos experimentado que la razón, tan glorificada durante siglos, es la más tenaz adversaria del pensar».

Con estas dos afirmaciones, en las que se denuncia el carácter contradictorio de la Ilustración, que acaba negándose a sí misma e impide el verdadero pensar, queda caracterizado el sentido de la metafísica de Heidegger como una opción a favor del poder y contraria a cualquier clase de racionalidad.

Parece claro que, tras la determinación kantiana de los límites de la razón, todo regreso a la metafísica comporta una transgresión de esos límites: de ahí que el interés de Hartmann se centrara en los aspectos irracionales del acto de conocimiento. Pero esta postura no conlleva necesariamente una actitud militante contra la racionalidad como la adoptada por Heidegger. Sin embargo, esa actitud tuvo una gran trascendencia. Para ilustrarla, me limitaré a narrar tres episodios significativos.

El primero que tuvo lugar en un congreso de filosofía celebrado en la primavera de 1929 en la ciudad suiza de Davos, es su enfrentamiento con Ernst Cassirer, defensor de una neoilustración kantiana que negaba la posibilidad de la metafísica a partir del entendimiento generalmente aceptado de los textos de Kant apoyado expresamente en los *Prolegomenos* (1783). Cassirer hubiera podido aludir también a las palabras de Kant en la respuesta a Eberhard (*Por qué no es inútil una nueva crítica de la razón pura*, 1790). En efecto, tras una larga y densa argumentación contra la tesis de Eberhard relativa a la validez del concepto de causalidad más allá de cualquier experiencia posible, Kant concluye paladinamente en los siguientes términos:

«La afirmación de la crítica está siempre en pie: que ninguna categoría puede contener o producir el menor conocimiento si no se le puede dar una intuición correspondiente, que para nosotros los hombres es siempre sensible y, por lo tanto, su uso, aplicado al conocimiento teórico de las cosas, jamás puede sobrepasar los límites de toda experiencia posible».

A la intervención de Cassirer respondió Heidegger, al parecer en un tono agresivo, oponiendo su modo de entender el legado de Kant, que había expuesto poco antes en un libro de 1928 (*Kant y el problema de la metafísica*). El auditorio, que estaba compuesto principalmente por jóvenes filósofos, algunos de los cuales llegaron posteriormente a alcanzar una gran notoriedad, se dividió entre los partidarios de uno y de otro.

Poco después, uno de los componentes de ese auditorio, el ya no tan joven Rudolf Carnap, escribió un muy conocido artículo, titulado «La supresión de la metafísica mediante el análisis lógico del lenguaje», en el que, bajo el epígrafe de «Pseudoproposiciones metafísicas», incluyó varias frases de Heidegger para hacer patente su falta de sentido, y de ahí inducía la carencia de sentido de toda metafísica. Para declarar la ausencia de sentido de oraciones como «la nada nada» no hace falta un canon tan exigente como el que postula Carnap, ni siquiera el más modesto del sentido común, sino que basta el sentido del ridículo, por lo que la crítica apuntaba al corazón del problema: el abuso del lenguaje).

Ese artículo puede consultarse en la compilación llevada a cabo por A. J. Ayer y publicada con el título «El positivismo lógico». En su introducción, el compilador da cuenta de la actitud antimetafísica generalizada en todos los autores que pueden adscribirse a la línea de pensamiento que trata de presentar. De modo que, tal vez, no estemos ante una simple anécdota, sino ante una posible explicación de la ulterior insensibilidad de la doctrina penal alemana, que se nutre de ideas «ontológicas» y antikantianas frente al análisis del lenguaje. El análisis pone de manifiesto el carácter irrebasable

de la interdicción kantiana de la metafísica, dado que parece absurdo intentar describir el ser en sí de las cosas, es decir, describir el ser de las cosas con independencia de toda descripción. De modo que la metafísica había de ser vista como una impostura: «Cuantas veces alguien quisiera decir algo metafísico», sentencia Wittgenstein en el *Tractatus*, habría que «probarle que en sus proposiciones no había dado significado a ciertos signos» (6.53). «De lo que no se puede hablar mejor es callarse» (7).

En cualquier caso, esa actitud intelectual antimetafísica tuvo en Heidegger una respuesta, no meramente teórica, que constituye un segundo episodio que vale la pena relatar. En efecto, en 1930 hubo de emitir un informe que determinaría el futuro universitario de Hönigswald, el primer maestro de Gadamer, y lo hizo en los siguientes términos:

“Hönigswald procede de la escuela neokantiana, que defendió una filosofía hecha a medida del liberalismo. La esencia del ser humano fue disuelta en una conciencia libremente flotante en general y esta se diluyó finalmente para llegar a ser una generalizada razón universal de tipo lógico. Por este camino, bajo una fundamentación científico-filosófica aparentemente rigurosa se desvió la mirada y se pasó por alto al ser humano en su arraigo histórico y en su tradición popular de su origen en la tierra y la sangre. Junto con esto se produjo una consciente represión de todo preguntar metafísico, y se consideraba al ser humano ya solo como siervo de una cultura mundial general e indiferente. Sobre esta posición básica surgieron los escritos de Hönigswald. Pero hay que añadir que precisamente Hönigswald defiende las ideas del neokantismo con una agudeza particularmente peligrosa y una dialéctica vacía. El peligro consiste en especialmente en el hecho de que este agitar despierta la impresión de la mayor objetividad y de la ciencia más rigurosa y que ha engañado y desencaminado ya a muchos jóvenes. Todavía hoy debo clasificar como un escándalo el que se haya llamado a este hombre a la Universidad de Múnich».

El tercer episodio se ha contado, también, muchas veces:

Jaspers, su amigo y compañero intelectual, no podía ver en el nacionalsocialismo sino una

especie de patochada. Por eso, en un momento dado, preguntó a Heidegger cómo podía admirar tanto a una persona tan inculta como Hitler, a lo que este respondió que no se trataba de una cuestión de cultura, sino que había de fijarse «en sus maravillosas manos».

De esas y otras manifestaciones pudo concluir Jaspers en sus *Notas sobre Heidegger* que su filosofía no era sino «proclamación pensante de una verdad absoluta en la tradición de esa corriente de la filosofía que no ha arrojado la herencia de la teología sino que la ha cambiado de sitio». Lo que, habida cuenta de su formación jesuítica y de sus estudios teológicos, le cuadraba perfectamente. Como también anotó, mucho más cruda y concretamente, que sus excursos aparentemente románticos no habían hecho sino «poner el lenguaje a disposición de los ladrones»: con esa afirmación quedaba des-enmascarada la afinidad entre filosofía y poesía en el pensamiento de Heidegger.

Desde la perspectiva de este trabajo, que no trata de esclarecer la responsabilidad de Heidegger por el *holocausto*, sino solamente el carácter antiilustrado de su pensamiento, basta lo dicho para ponerlo de manifiesto. Cualquiera que fuese su distancia respecto al régimen nacionalsocialista, no cabe negar que la decisión de adherirse a él fue su modo de *poner-en-obra* nada menos que la verdad.

7.2.4. Del «pensamiento» nacional-socialista a la situación actual

El ambiente intelectual inmediatamente anterior a la aparición del nacionalsocialismo lo retrata vivamente Thomas Mann en su novela *Doctor Faustus*. Tras la llegada de Hitler al poder y después de ser nombrado rector de la Universidad de Friburgo, Heidegger, al decir de Löwith, tradujo el *ser auténtico* en el *ser alemán*. Esa época de su pensamiento, a la que responden especialmente su discurso del Rectorado de veintisiete de mayo de 1933, titulado *La autoafirmación de la universidad alemana* (Tecnos, 1989) y el conjunto de los llamados

Cuadernos negros (Trotta, 2015), ha sido analizada suficientemente por Víctor Farías, en su libro *Heidegger y el nazismo* e Yvonne Sherratt en *Los filósofos de Hitler*. Como dice esta autora, el pensamiento de los filósofos oficiales de Hitler careció de relevancia, pues los intelectuales de fuste se fueron alejando del nacionalsocialismo: tal es el caso de Stefan George o de Oswald Spengler, que en *Años decisivos* comenzó admitiendo la grandeza del asalto al poder, aunque manifestando dudas sobre el liderazgo de Hitler, pero que, tras una serie de vicisitudes que narra Sherratt, acabó renegando de los nazis, aunque siguió admirando a Mussolini. Los «filósofos» oficiales de los nazis lo que muestra una falta de pensamiento racional de la que apenas nada cabe decir. Se trata de una apoteosis del irracionalismo que acabo con la derrota de Alemania en la Segunda Guerra Mundial. No obstante, el irracionalismo continuó en la posguerra, como destaca Lukács, especialmente bajo la forma del disimulo.

No es posible, en esta breve caracterización, analizar la totalidad del pensamiento autoritario actual. Sin embargo, merece la pena analizar el auge que, pese a su compromiso con el nacionalsocialismo, experimentó el pensamiento de Heidegger tras la Segunda Guerra Mundial. Ese auge se explica en términos de discipulazgo, es decir, ocurre gracias a la especial relación que tuvieron con él sus muchos e importantes discípulos. Richard Wolin ha publicado *Los hijos de Heidegger*, libro en el que se ocupa de Arendt, Löwith, Jonas y Marcuse. Más allá de su filiación filosófica, destaca en Hannah Arendt la contradictoria relación personal, que va desde el desprecio por el apoyo de Heidegger a Hitler y al holocausto a la posterior fascinación por el antiguo maestro, a cuyas obras abrió el mercado norteamericano.

Pero Wolin omite analizar la conducta y el pensamiento del que fue el más ortodoxo de sus discípulos: Gadamer. Sherratt, que entre los profesores, «era el más bajo, el más débil, el que más vociferaba y el más inútil, nos arrastró a todos». Gadamer nunca renegó de Heidegger, como muestran el relato de sus años de

aprendizaje y el hecho de que, hasta el final, haya seguido tan fiel al pensamiento de *Ser y Tiempo*, hasta el punto de que ha podido decirse que toda su obra no es sino una nota a pie de página de ese libro.

Desde luego, Gadamer ha promovido una recuperación de la filosofía de Heidegger en su etapa hermenéutica y en la actualidad representa a un importante sector de la filosofía alemana, como pone de manifiesto, entre otras, las obras de Bubner a la que se hizo referencia anteriormente y de Raullet, (*La filosofía alemana después de 1945*). Para dar una idea del debate contemporáneo, bastará analizar la contraposición, que el propio Gadamer describe, entre su filosofía y la de Wittgenstein.

El análisis de esa contraposición ha de comenzar subrayando que como ya se indicó, Gadamer acepta la noción de *juego de lenguaje* como primer momento de la determinación del significado. Esa coincidencia inicial produjo que, en el ámbito jurídico, llegaran a confundirse *hermenéutica* y *filosofía analítica*, como documentó H. J. Koch (Hrsg.) en su recopilación *Juristische Methodenlehre und analytische Philosophie*.

Pues bien, Gadamer, al final del tomo I de su obra *Verdad y método* expone sus objetivos en los siguientes términos:

«El concepto del juego, extraído por mí hace decenios de la esfera subjetiva del “instinto lúdico” (Schiller) para utilizarlo en la crítica de la “distinción estética”, implica un problema ontológico. Pues en este concepto se encierra el juego recíproco de acontecer y comprender, pero también los juegos lingüísticos de nuestra experiencia del mundo en general, tal como los ha tematizado Wittgenstein con una clara intención de crítica a la metafísica. Sin embargo, mi planteamiento solo podrá parecer una “ontologización” del lenguaje a quien deje sin cuestionar los presupuestos de la instrumentalización del lenguaje en general. En realidad lo que nos plantea la experiencia hermenéutica es un problema filosófico: descubrir las implicaciones ontológicas que existen en el concepto “técnico” de la ciencia, y lograr el reconocimiento teórico de la experiencia hermenéutica».

Gadamer, en oposición a Wittgenstein, se sitúa pues en el giro ontológico operado por Heidegger, el giro del ente al sentido que transforma el saber ontológico en hermenéutica (Schnädelbach *Philosophie in Deutschland 1831-1933*, pág. 260). Sin embargo, esas «implicaciones ontológicas» no permiten, como explica detalladamente Quine, construir una ontología y, menos aún una ontología de la que dependa el significado de las palabras y oraciones. En *La relatividad ontológica y otros ensayos* afirma lo siguiente:

«Los significados son, primero y primordialmente, significados del lenguaje. El lenguaje es un arte social que todos adquirimos con la única evidencia de la conducta manifiesta de otros en circunstancias públicamente reconocibles. Los significados, en consecuencia, aquellos auténticos modelos de entidades mentales, acabaron como grano para el molino del conductista. Dewey fue explícito sobre esta cuestión: [...] el significado [...] no es una existencia psíquica; es primariamente una propiedad de la conducta».

De ahí que todo lenguaje comporte lo que llama un *compromiso ontológico*; pero ese compromiso no implica el reconocimiento de ninguna verdad última acerca de la existencia. Incluso «los objetos físicos son *entidades postuladas* que redondean y simplifican nuestra exposición de la experiencia, igual que la introducción de los números irracionales simplifica las leyes de la aritmética». Se trata, pues, de *mitos convenientes*.

En parecidos términos Wittgenstein habla de la imagen del mundo que todo lenguaje presupone como de una *mitología*: no es algo de cuya corrección esté convencido, sino que constituye el trasfondo que me viene dado y sobre el que —aunque puede ser más o menos fluido— distingo entre lo verdadero y lo falso.

La diferencia con Gadamer reside en que la *mitología* traza correctamente los límites del saber, mientras que la ontología heideggeriana confunde lo que sabemos con lo que no sabemos. Esa diferencia aparece aun más clara al final del segundo volumen. Dice allí:

«El ceñirse a lo lógico reduce el horizonte problemático a una verificabilidad formal y elimina

así la apertura al mundo que se produce en nuestra experiencia del mundo interpretada lingüísticamente. Esta es una constatación hermenéutica en la que creo coincidir de algún modo con el último Wittgenstein. Él revisó los prejuicios nominalistas de su *Tractatus* y recondujo todo lenguaje a los contextos de la praxis vital. Es cierto que el resultado de esta reducción fue para él ampliamente negativo. Consistió en la exclusión de todas las preguntas indemostrables de la metafísica y no en la recuperación de las mismas, por muy indemostrables que sean, escuchándolas desde la constitución lingüística de nuestro ser-en-el-mundo. Para estos efectos podemos aprender de la palabra de los poetas mucho más que de Wittgenstein».

Ciertamente, el lenguaje de los poetas trasmite emociones y puede ser altamente persuasivo, como mostró tantas veces Heidegger, pero no constituye un saber (una ontología) ni, por atractivo que resulte puede servir de base de —o puede convertirse en— un juicio inapelable de lo correcto: lo verdadero y lo correcto no se determinan poéticamente, como el propio Heidegger escribió hasta la saciedad, sino en el marco mucho más prosaico de las justificaciones racionales.

«Desprecia la razón», decía el Mefistófeles de Goethe, «y habrás caído en mis manos». Ciertamente, la rehabilitación del *prejuicio* por parte de Gadamer se parece a la propuesta de Wittgenstein de ese trasfondo de creencias sobre el que se proyectan nuestras afirmaciones textuales; pero no es sino una caricatura del mismo, porque Gadamer, al hacerlo impermeable a la crítica racional, lo transforma en un vehículo de contra-ilustración.

7.3. LA LUCHA CONTRA EL DERECHO PENAL LIBERAL

«Señores: ¿cuál es el principio del señor Cortina? El principio de su señoría, bien analizado su discurso, es el siguiente: en la política interior, la legalidad: todo por la legalidad, todo para la legalidad; *la legalidad siempre, la legalidad en todas circunstancias, la legalidad en todas ocasiones*; y yo, señores, que creo que las leyes se han hecho para las sociedades, y no las sociedades para las leyes,

digo: *la sociedad, todo para la sociedad, todo por la sociedad; la sociedad siempre, la sociedad en todas circunstancias, la sociedad en todas ocasiones.*

Cuando la legalidad basta para salvar la sociedad, la legalidad; cuando no basta, la dictadura. Señores, esta palabra tremenda (qué tremenda es, aunque no tanto como la palabra revolución, que es la más tremenda de todas); digo que esta palabra tremenda ha sido pronunciada aquí por un hombre que todos conocen; este hombre no ha sido por cierto de la madera de los dictadores. Yo he nacido para comprenderlos, no he nacido para imitarlos. Dos cosas me son imposibles: condenar la dictadura y ejercerla. Por eso (lo declaro aquí alta, noble y francamente) estoy incapacitado para gobernar; no puedo aceptar el gobierno en conciencia; yo no podría aceptarle sin poner la mitad de mí mismo en guerra con la otra mitad, sin poner en guerra mi instinto contra mi razón, sin poner en guerra mi razón contra mi instinto» (Donoso Cortés, cursivas mías).

7.3.1. Introducción

Aunque he titulado este epígrafe por referencia a la obra de Klaus Marxen, que adopta un punto de vista básicamente intradogmático, he querido encabezarlo con una cita de Donoso Cortés para poner de manifiesto que la controversia es mucho más amplia, dado que empieza por la filosofía —a la que ya se ha hecho una referencia suficiente— y, antes de llegar a la dogmática penal, sigue por la filosofía del Derecho y el Derecho constitucional. Importa, además, destacar que no es exclusiva de Alemania: en España tuvo desde el principio manifestaciones especialmente relevantes. Al respecto, la filosofía que representa Donoso es paradigmática por dos razones: en primer lugar, porque se trata de un pensador católico, liberal como Pío IX al principio de su papado y conservador autoritario después, cuando el Papa dio el giro que le llevo a declarar su propia infalibilidad, fenómeno que también afectó al catolicismo alemán; en segundo lugar, porque las palabras citadas probablemente ejercieron una gran influencia en el filósofo del Derecho más importante de cuantos se adhirieron al régimen de Hitler: Carl Schmitt.

La tradición autoritaria comienza también muy pronto en Alemania: en efecto, tras describir el trayecto que recorre el propio Derecho penal liberal desde Feuerbach a Liszt afirma, Ernst Bloch afirma con razón que, en ese camino, es muy difícil ver brillar una sola chispa de Prometeo «ni siquiera en su forma más modesta». El debate penal a partir de Liszt ha sido ampliamente expuesto por Muñoz Conde, que ha destacado la existencia de importantes elementos antiliberales en los dos movimientos característicos de la *lucha de escuelas*: en ambos se propugna una severidad penal innecesaria cuya ascendencia intelectual se haya en el propio Kant, de modo que el paradigma de la concepción liberal del Derecho ya no es, ni mucho menos, perfecto en el ámbito penal, sino que contiene una contradicción patente. Expuse esa contradicción diciendo que las infracciones imputables al *homo noumenon* acababa pagándolas con su cabeza el desventurado hombre empírico; a lo que cabría añadir que, concebido como realización de una justicia determinable *a priori*, el Derecho penal rebasaba el ámbito de lo necesario para garantizar la convivencia externa que, según el mismo Kant, es el único ámbito que corresponde al Derecho.

Pero, el momento culminante del pensamiento antiliberal lo representa la aparición del nacionalsocialismo, cuya repercusión en la doctrina penal empiezan, como a continuación se expondrá, desde la Filosofía del Derecho y el Derecho Constitucional.

7.3.2. De la filosofía al Derecho constitucional: Carl Schmitt

La influencia inmediata sobre el Derecho en general, y sobre el Derecho penal como consecuencia, se debe a Carl Schmitt, un «filósofo» del Derecho, casi de la misma edad que Heidegger, nazi, católico y oportunista. El pensamiento arbitrario y totalitario no podía encontrar una expresión más adecuada: perfectamente compatible con el pensamiento de Heidegger (Löwith lo calificó de *decisionista ocasional*), ese pensamiento que conduce a la

afirmación de la dictadura entronca con las ideas de Donoso Cortés, a quien Schmitt toma como paradigma.

En su Epílogo a *El asalto a la razón* («Sobre el irracionalismo en la posguerra») Lukács equipara a Schmitt con Heidegger, estableciendo entre ellos como dato diferencial el «cinismo» de Schmitt, o sea, la claridad con que defiende los intereses que le importan y la facilidad y habilidad con la que cambia de criterio según los vientos del poder soplen de uno u otro lado; pero aquí no importa comparar las actitudes más o menos cínicas de uno u otro, sino destacar algunas coincidencias fundamentales de su pensamiento.

Desde la perspectiva que aquí se adopta cabe destacar que en su *Teoría de la Constitución* (1927) defiende la idea de que hay un sentido unitario de la constitución, determinado por una o varias *decisiones fundamentales*, que se *disuelve*, en la ley o leyes constitucionales: lo que importa es el sentido de esas decisiones y no los preceptos concretos de los textos legales en que se contienen.

Una reducción parecida de las relaciones políticas a la contraposición formal *amigo-enemigo* contribuye a perfilar el carácter del *decisionismo* oportunista de Schmitt, ayuno de toda delimitación material.

En efecto: cuando una comunidad cualquiera se constituye en Estado, ese Estado puede determinar lo que convierte a individuos o grupos en enemigos y la línea diferencial que separa al amigo del enemigo puede ser de cualquier índole: religiosa, económica, ideológica, etc. Y esa diferencia puede justificar la guerra o cualquier otro tipo de negación del otro: tanto el carácter de *enemigo* como la intensidad de sus consecuencias dependen de una decisión del poder.

El ataque a la Ilustración no podía faltar, sino que constituye un momento esencial del pensamiento jurídico-político de Schmitt. En su obra *Teología política* discute la legitimidad de la Ilustración, y esa discusión se prolongó hasta el punto de que en 1966 Hans Blumen-

berg se vio obligado a justificarla, con gran aparato histórico. Habermas transcribe al respecto las siguientes afirmaciones de Blumenberg:

«No es evidente de suyo que para una época se plantee el problema de su legitimidad histórica, así como tampoco es de suyo evidente que en general se entienda como época. Para la época moderna este problema late en la pretensión de representar y poder representar una ruptura radical con la tradición, y en el malentendido que esta pretensión significa en relación con la realidad histórica, que nunca puede iniciar nada nuevo de raíz».

A lo que, a renglón seguido, añade:

«Fuera de algunas tempranas tentativas quedó reservado preferentemente a nuestros días el reivindicar como propiedad del hombre, al menos en la teoría, los tesoros que habían sido desperdiciados en el cielo. ¿Pero qué época tendrá la fuerza de hacer valer ese derecho, y tomar posesión de ellos?».

Dicho de otro modo, que la Ilustración reivindique para el hombre real, que actúa en la historia, algunos de los derechos que las religiones reservan para «la otra vida» es perfectamente legítimo y ninguna época anterior tuvo el valor de hacerlo; pero esa impugnación de la modernidad ha sido constante en determinados modos de concebir la religión católica, que Schmitt profesaba, y sigue teniendo fuerza en ella y en otras confesiones: como se dice vulgarmente, a las religiones les importan los seres humanos, sobre todo antes del nacimiento y después de la muerte.

Al final de su debate personal con Schmitt, Blumenberg (*La legitimación de la Edad Moderna*, capítulos VII y VIII Ed. Pretextos) evoca una frase de Aristóteles que constituye una sentencia de muerte para la idea de que la política ilustrada es un remedo ilegítimo de la religión. El estagirita afirmaba que la religión es *tantum politicam inventionem*. A partir de esa premisa, más bien cabría inferir lo contrario: que la religión es un modo ilegítimo de afrontar la política.

En otras obras de Schmitt ya mencionadas, el carácter antiliberal de este autor es patente:

constituye la esencia de su modo de pensar, la lucha básica a la que se orientan sus ideas que, de ningún modo, pueden calificarse de neutrales.

En sus consideraciones acerca de si la Alemania nazi propugna una determinada teoría política, vertidas al final de su obra *Behemoth. Pensamiento y acción en el nacional-socialismo*, Neumann concluye que «el nacionalsocialismo no tiene una teoría política propia, y de que las ideologías que usa o rechaza son simples *arcana dominationis*, técnicas de dominación. En mi opinión, si esto es cierto, se ha de admitir que el liderazgo alemán es el único grupo de la sociedad alemana actual que no toma en serio sus afirmaciones ideológicas y que se da cuenta perfecta de su naturaleza puramente propagandística». El pensamiento de Schmitt se adapta perfectamente a esa definición.

Neumann caracteriza de este modo la crítica a la democracia por parte del nacionalsocialismo:

«La democracia es el imperio de la “masa desorganizada”, un conjunto de Robinsones y no un pueblo. Su principio es “contar narices” y sus parlamentos, dominados por grupos privados, son palenques de luchas brutales por el poder. El Derecho sirve tan solo a los intereses privados, el juez no es sino una máquina. En realidad, liberalismo y Derecho son términos que se excluyen mutuamente, aunque hayan podido aliarse de modo temporal, por razones de conveniencia, en resumen, liberalismo y democracia son monstruos, leviatanes “negativos” podríamos decir, tan fuertes que han podido corromper las instituciones radicales de la herencia social germánica».

A lo que añade la descalificación de las libertades civiles y los derechos inalienables que, «también constituyen la negación de la democracia». Pero, precisa Neumann, el nacionalsocialismo no negó explícitamente ni la democracia ni los derechos fundamentales, sino que se presentó como salvador de una y de otros: para él, el ideólogo de esta impostura fue Carl Schmitt, «cuyo decisionismo pedía acción en vez de deliberación, decidir en vez de valorar».

7.3.3. El declive de las libertades en el constitucionalismo de postguerra

Entre los constitucionalistas de la época hay que seguir hablando de Carl Schmitt, tanto por su *Teoría de la Constitución* como por su singular influencia ideológica directa o indirecta, pese a su obligado alejamiento de la universidad. Su oportunismo se pone de manifiesto claramente en el lema político que adoptó tras la derrota del nacionalsocialismo: *cuius oeconomia, eius regio*.

Para seguir con algún detalle el camino de esa influencia remito a la obra de Guillén Kalle *Carl Schmitt en España. La frontera entre lo político y lo jurídico*. Pero es conveniente hacer una breve referencia a algunos de los más importantes de sus discípulos.

En primer lugar, Forsthoff, que en su libro *El Estado en la sociedad industrial*, bajo el rechazo, por su indeterminación, del principio constitucional de proporcionalidad, formula una impugnación global de la constitución democrática, proponiendo una vuelta a un pasado preconstitucional en el que la ley era la ley, los jueces eran los jueces y el ejecutivo era el ejecutivo.

Ese mismo regreso al pasado propone otro discípulo de Schmitt, T. Maunz, también católico, que pese a que fue nazi hasta su muerte, participó en la redacción de la Ley Fundamental de Bonn, cuya filosofía expuso en una conferencia, explicando en ella que los derechos fundamentales que consagra no son los de la Revolución francesa, pues no responden a su tradición individualista, sino que contemplan al individuo en el seno de una comunidad cuyos valores dan vida a su dignidad y a sus derechos.

Maunz escribió con Dürig unos *Comentarios a la Ley Fundamental de Bonn (Grundgesetz Kommentar)* que sirvieron de referencia durante muchos años. A ambos, pero especialmente al segundo —que aceptaba la democracia pero que era, ante todo, católico— se debe la idea,

que critiqué en otro lugar, de que los derechos fundamentales no son simples derechos frente al Estado, sino la expresión de un *orden objetivo de valores* que, más allá y por encima de los preceptos concretos del texto constitucional, impone límites a la libertad.

El carácter antiliberal de tantos pensadores católicos no podrá sorprender en un país que, durante tantos años, ha visto pasear bajo palio a un autócrata.

7.3.4. Pensamiento autoritario y dogmática penal

Este trasfondo constitucional facilita el mejor entendimiento de la pervivencia del pensamiento de algunos de los penalistas alemanes que se adhirieron al régimen nazi, pues los constitucionalistas a que se acaba de hacer referencia no fueron los únicos: en la República de Weimar, Hermann Heller opuso la idea de Estado Social y democrático de Derecho a la dictadura nazi. No obstante, y como señala Abendroth en su contribución a la obra colectiva *Staatslehre in der Weimarer Republik* (Suhkamp), a mediados de los años ochenta la recepción de su pensamiento aún era incompleta, de modo que la dogmática penal recorrió otros caminos.

Pues bien, en el mismo año 1933 Dahm y Schaffstein replican a Heller con su libro *Liberales oder autoritäres Strafrecht?*, en el que proponen un «nuevo» Derecho penal. En él se levanta la prohibición de la analogía, entendida como consecuencia inevitable de la interpretación teleológica; la esencia del delito no radica ya en el comportamiento externo, sino en la voluntad, dando lugar a un *derecho penal del ánimo*, en el que los tipos de hecho degeneran en tipos de autor en cuya interpretación dejaba de jugar el papel más relevante el daño o el peligro para el bien jurídico, sustituido por el quebranto de valores éticos etc., todo ello en el marco de una visión totalitaria del delito refractaria al método analítico. Pero los autores que luego cobraron importancia no fueron

los componentes de la escuela de Kiel que tan abiertamente se adhirieron a los postulados del régimen totalitario, sino otros que pudieron encubrir esa adhesión, señaladamente Mezger y Welzel.

En un artículo de 1979 (*Dos problemas del positivismo jurídico*) critiqué la concepción neokantiana de los valores que asumió Mezger. Según esa concepción, la captación de los valores ha de tener lugar «por medio de la comprensión del complejo cultural del que proceden»; sin embargo, el científico cultural ha de postularlos más allá del círculo de validez empírico del que los extrae. Así lo hace Mezger, otorgándoles una validez *supralegal* que, ciertamente, proclama limitada por el concepto racional de Derecho. Pero ese concepto «racional» no es el concepto kantiano del Derecho como coexistencia de las libertades, que expresa la racionalidad de la Ilustración, sino la idea de un Derecho como *justa conciliación de intereses entre el individuo y la comunidad*. Apunta, de este modo, a una justicia indefinida y premoderna, cuyas tremendas características perfiló en su *Kriminalpolitik*, que se tradujo al castellano por J. A. Rodríguez Muñoz y que, en poco tiempo, fue objeto de dos ediciones en castellano. Sobre el compromiso personal de Mezger con el nazismo ha expuesto ya Muñoz Conde cuanto había que decir. Lo que quiero destacar aquí no es eso, sino la línea ideológica que conduce a la postergación de las libertades.

En el caso de Mezger su adopción del pensamiento neokantiano acerca de los valores deja, además, de lado la función crítica que corresponde al Derecho respecto a los valores sociales, que otros neokantianos como M. E. Mayer destacaban en primer término; a partir de ese «olvido», cualquier cosa podía justificarse, como así sucedió.

La importancia de Mezger después de la derrota de 1945 nace de una estrategia de disimulo, que tiene lugar a través de su *Libro de estudio*, objeto de varias ediciones. En él, encomendándose a Radbruch, destaca la justicia como valor esencial del Derecho y señala

como límites del Derecho penal la proporcionalidad y el respeto incondicional a la persona. Por otra parte, entabla su polémica con Welzel en torno a la acción que, como destaca Württenberger (*La situazione spirituale della scienza penalistica in Germania*), constituyó durante años tema principal de la discusión dogmática, aunque ambos partieran de la misma tesis: la idea de que la acción humana es final no representa sino una maniobra más de encubrimiento. También fue una controversia dogmática relevante el debate acerca de si «el injusto» había de ser *objetivo*, como sostenía Mezger, o *personal*, como Welzel había propuesto, pues las pretensiones autoritarias podían hacerse efectivas desde una u otra posición, aunque no fueran exactamente equiparables.

Esa actitud de disimulo es también visible en el caso de Welzel, cuya colaboración personal, mediante actividades concretas, fue bastante menos significativa que la de Mezger; de sus aportaciones ideológicas no puede decirse lo mismo, aunque discurren en términos mucho menos llamativos. Me limitaré aquí a recordar las críticas que le he dirigido en otros lugares.

En mi artículo «Valoraciones ético-sociales y Jurisprudencia Constitucional: El problema del aborto consentido» hice, a propósito de la STC 53/1985, de 11 de Abril, una crítica del recurso de Welzel a las valoraciones ético-sociales como fundamento básico de las normas penales, sustituyendo la idea tradicional del bien jurídico: con la disfunción constitucional que produjo esa idea en el caso concreto analizado y el desplazamiento de los derechos de la mujer por valores ético-sociales, que ni siquiera son mayoritarios, creo que se muestra adecuadamente el carácter antiliberal de esa aportación ideológica. Pero quizás es aun mayor la militancia en esa dirección que se expresa en la atribución welzeliana del sentido de las acciones y normas a la voluntad subjetiva. Lo expresé en la 1ª edición de mis *Fundamentos* (1996) recurriendo a un pasaje muy conocido de Lewis Carroll, que transcribo:

«— Cuando yo uso una palabra —insistió Humpty Dumpty con un tono de voz más bien desdeñoso— *quiere decir lo que yo quiero* que diga [...] ni más ni menos.

— La cuestión —insistió Alicia— es si se puede hacer que las palabras signifiquen tantas cosas diferentes.

— La cuestión —zanjó Humpty Dumpty— *es saber quién es el que manda [...] eso es todo* (cursivas mías).

Marxen ha destacado que, si bien Welzel no dio cabida al rechazo el método analítico, no renunció formalmente a la diferencia entre antijuridicidad y culpabilidad, no acogió la teoría de los tipos de autor y no renunció al principio de legalidad, los postulados de la escuela de Kiel no dejaron de plasmarse, más o menos disfrazados, en su «nuevo sistema». En efecto, el papel esencial que otorga a la voluntad subjetiva le obliga a postular un concepto personal de injusto, con lo que la distinción entre injusto y culpabilidad queda enormemente relativizada; el bien jurídico se subordina a las valoraciones ético-sociales; el principio de legalidad se matiza recurriendo a la adecuación social, etc.

Por su parte, Monika Frommel (*Los orígenes ideológicos de la teoría final de la acción de Welzel*, ADPCP, tomo XLII, 1983) señala que el sistema de Welzel no nace para solventar ningún problema jurídico importante ni es tan diferente de cuantos existían en su tiempo como saludarlo como el principio de una nueva época. A juicio de Frommel en sus escritos filosóficos (principalmente en *Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht*), Welzel parece obsesionado por la búsqueda del sentido, obsesión cuya procedencia no acaba de identificar; visto lo expuesto anteriormente, parece claro que esa obsesión responde a una ideología antikantiana, que nace de Schopenhauer y Nietzsche y culmina en la peculiar ontología de Heidegger.

Welzel ha querido disfrazar ese origen, probablemente por su conexión con el nacional-socialismo que pretendía ocultar. En efecto, en el prólogo a *El nuevo sistema del Derecho Penal*

(1960) rechaza la adscripción de su ontología a Hartmann en los siguientes términos:

«El neokantianismo tardío de Bruno Bauch y Richrad Hönisgwald había destacado ya antes de la *Metaphysik der Erkenntnist* (Metafísica del conocimiento) de N. Hartmann “el principio supremo de todos los juicios sintéticos” de Kant, de que las “condiciones de la posibilidad de la experiencia son al mismo tiempo condiciones de la posibilidad de los objetos de la experiencia”. De él se deduce que las categorías del conocimiento son también categorías del ser, es decir, que no son solo categorías gnoseológicas, sino (de modo primario) categorías ontológicas. Esto era a lo que yo me refería principalmente con la palabra “ontológico” (ver Z.Str.W. Fil. P. 704); esta no procede de la ontología (posterior) de Hartmann y tiene aún mucho menos que ver con la ontología de la antigua metafísica (precrítica)».

Parece evidente que Welzel adopta el *giro ontológico* propuesto por Heidegger, es decir, que identifica la respuesta a la pregunta por el ser no con una indagación acerca del ente, sino con otra acerca del sentido y que, siguiendo la línea que va de Schopenhauer a Heidegger, el sentido se adscribe a la voluntad, ahora bien, ese giro tiene lugar de un modo descaradamente cínico. En efecto Welzel omite poner de manifiesto su dependencia de Heidegger y, al distanciarse como él de la ontología de Hartmann, atribuye el origen de su pensamiento a la influencia de Hönisgwald, el neokantiano proscrito por Heidegger; además, realiza esa atribución recurriendo a un sofisma manifiesto, pues de la afirmación de que las condiciones de la experiencia sean al mismo tiempo condiciones de posibilidad de los objetos de la experiencia, es decir, de los objetos fenoménicos, no se sigue en modo alguno que las categorías del pensamiento sean categorías del ser (en sí).

Creo que basta con lo expuesto para poner de manifiesto la falta de neutralidad de la dogmática propuesta por los dos autores más importantes del Derecho penal de la postguerra.

7.4. LA PERSISTENCIA DEL PENSAMIENTO AUTORITARIO Y TOTALITARIO TRAS LA DERROTA DEL NACIONAL-SOCIALISMO

7.4.1. Cuestiones preliminares

Se ha subrayando muchas veces la debilidad del proceso de desnazificación de Alemania, sobre todo en lo que respecta a los intelectuales, pero tampoco ese proceso llegó a calar en la totalidad del pueblo.

Las ideas nacionalsocialistas, que tan resumidamente acabo de exponer perviven aún, tanto en Alemania como en España. Recurriré de nuevo a Habermas para mostrar esa pervivencia.

En un artículo escrito a propósito de la prolongación, aprobada por el *Bundestag* en 1965, de cuatro años en los plazos de prescripción de los crímenes contra la humanidad cometidos durante el terror nazi, se publicó en Múnich en 1966 un libro de Jaspers, luego traducido al castellano (*¿Dónde va Alemania?*) en el mismo año, volumen que comentó Habermas en un artículo titulado «Sobre el Estado de urgencia moral en la República Federal».

El comentario de Habermas no da apenas importancia a la decisión parlamentaria en sí misma —y bien lo hubiera merecido, pues el efecto retroactivo de la regulación de la prescripción era, en mi opinión, constitucionalmente ilegítimo, dado que la Ley Fundamental de Bonn exigía una ley general para toda injerencia en los derechos de libertad—, sino que se centra en el análisis del estado moral de Alemania en aquellas fechas.

Parte en primer término la siguiente afirmación de Jaspers:

«Desde 1945 la pregunta viene siendo esta: ¿nacerá ahora un Estado alemán de una conversión de la conciencia política de los hombres de Estado y de la población o se quedará en una ordenación montada desde fuera, sin raíces en los corazones y en las cabezas del pueblo y sin una nueva mentalidad política?».

Habermas aborda esas cuestiones en la tercera parte de su artículo, «llama a juicio» a la República Federal Alemana y formula un pronóstico desolador:

«La República Federal partió de unos orígenes democráticos, pero se ha convertido en una oligarquía de los partidos y se encuentra a punto de dar el paso siguiente que lleva a la dictadura. Esta no se produce ciertamente por una toma del poder. Se mantiene la fachada y las estructuras cambian lentamente. Pero lo que hay al final de ese cambio es la liquidación del Estado de Derecho, la represión de la voluntad popular, la militarización de la vida. Jaspers no vacila en comparar la situación actual con la situación anterior a la toma del poder por Hitler».

Desde 1966 hasta hoy las cosas no han mejorado en Alemania, como el propio Habermas puso de manifiesto en el artículo de 1983 sobre «La liberación del pasado», que dio origen a la famosa «disputa de los historiadores».

Algo parecido podría, desde luego, afirmarse en España: poco después de la aprobación de la Constitución de 1978 comienza una deriva autoritaria en la que renacen muchas disputas preconstitucionales, y, por lo que respecta a la doctrina penal, se aprecia un olvido de las libertades y una pervivencia de antiguas ideas procedentes del pensamiento totalitario alemán.

Parece, pues, conveniente seguirles de algún modo la pista. Paso a describir muy sucintamente algunas de las que me parecen especialmente relevantes.

7.4.2. La posición de garante

A menudo se atribuye a Nagler un gran mérito por haber «descubierto» la posición de garante, de modo que incluso quienes critican sus limitaciones la adoptan como una idea esencial a la comisión por omisión. Sin embargo, esa esencialidad no es sino algo puramente banal: naturalmente, no se puede hacer responsable penal de un determinado resultado a quien no sea, por algún título responsable de él. En el caso de la comisión por omisión, esa

responsabilidad ha de nacer de un deber que vaya más allá del mero deber genérico de auxilio, es decir, de un deber especial que implique dicha responsabilidad. Mas la responsabilidad por el resultado no puede, por sí sola, justificar el castigo de la conducta porque le falta el requisito de la tipicidad.

Con razón se ha objetado a Nagler que, al situar la posición de garante como fulcro de la comisión por omisión, desplaza la esencia del delito de la producción del daño a la infracción del deber, al modo de la escuela de Kiel. Esa acusación ha sido corroborada por Schünemann, que, al criticar la supuesta acogida de la llamada en Alemania «teoría formal de la unión», se remite a la críticas de Schaffstein y Nagler.

La lectura del artículo de Nagler («Die Problematik der Begehung durch Unterlassung», *Der Gerichtssaal*, III, págs. 1-121) hubiera esclarecido la posición manifiestamente antiliberal de este autor. En efecto, tras comenzar afirmando que el tema de la comisión por omisión está rodeado de falsos problemas e ir describiendo histórica y dogmáticamente su desarrollo doctrinal y legal, concluye que la esencia del delito de comisión por omisión no puede hallarse en la lesión del bien jurídico, sino más bien, partiendo de la doctrina nacionalsocialista de Schaffstein, en la infracción de un deber. Sin embargo, esa infracción no basta, pues el delito no puede ser puramente inmaterial: es necesaria, además, una *posición de garante* para justificar el castigo. Ciertamente, algo se añade con ello a la postura de la doctrina nazi, pero mucho menos de lo que exigiría la limitación del poder y la defensa de la libertad.

Esas no eran, ciertamente, las metas de Nagler. Para demostrarlo tomaré como punto de partida un breve relato de Neumann. Dice así:

«Sería fútil relatar detalladamente la historia de la justicia política bajo la república de Weimar. Bastará con unos cuantos ejemplos más. El Código Penal creó el delito de “traición a la patria” para castigar la revelación de secretos militares y de otras clases a agentes extranjeros. Pero los tribunales encontraron en seguida una aplicación política especial a esas disposiciones. Después de

que el tratado de Versalles obligó a Alemania a desarmarse, la Reichwehr fomentó la formación de fuerzas militares ilegales, la denominada “Reichwehr negra”. Cuando liberales, pacifistas, socialistas y comunistas denunciaban esta violación tanto de las obligaciones internacionales como el derecho alemán —ya que el Tratado había pasado a formar parte del sistema jurídico alemán—, eran detenidos y juzgados por traición a la patria cometida por medio de la prensa. Así protegieron los tribunales a la ilegal y reaccionaria Reichwehr negra. Por otra parte, los asesinatos cometidos por la Reichwehr negra contra los presuntos traidores de sus filas (los céleres asesinatos de la Fehme), no fueron perseguidos o se trataron con gran benignidad».

Las estadísticas de los homicidios políticos, que Neumann reproduce en notas 31 y 32 a ese texto, son espeluznantes.

En ese tremendo panorama, Ingo Müller (*Furchtbare Juristen*) afirma que en 1933 el hasta entonces tenido por liberal planteó castigar el «derrotismo» como complicidad imprudente en el delito de traición a la patria para hacer efectiva la lucha contra el mismo. Con ello no solamente propuso actuar con una técnica jurídica más que discutible, sino con una falta de humanidad intolerable. Esa propuesta cerraba la última puerta a la libertad y no podía tener sino consecuencias nefastas.

7.4.3. El eclipse del hecho: la idea de dominio

Schünemann toma la idea de dominio de la causalidad de la de dominio del hecho expuesta por Welzel, que construyó la autoría sobre la base del dominio material de la voluntad, así como de su maestro Roxin, que la reconstruyó como dominio del hecho. Dejando a un lado que Welzel imputó Roxin haber prescindido de los límites de la tipicidad, cabe objetar a uno y a otro que, al determinar la autoría por el dominio del hecho y no por la ejecución, dejan el hecho (es decir, la realización del tipo) en un segundo plano. Desde mi tesis doctoral (*La libertad como pretexto*, 1973) he

criticado esos desplazamientos del hecho (materialización de la acción ejecutiva) al dominio como un adelantamiento de la línea de defensa que amplía ilegítimamente la punibilidad.

Pues bien, el problema de la fórmula de Schönemann, al hacer descansar la imputación del resultado de una omisión no ya sobre la causación o cuasicausación omisiva del mismo, sino sobre el *dominio* de la fuente de peligro en la que se origina, prescinde, nada menos, que de la exigencia constitucional de una acción. Para comprenderlo así, basta con probar que asimila su fórmula a la idea de control propuesta por Mir; y esa misma idea de control es la que propone Husak, en el lugar citado en el epígrafe 2.2, para sustituir el *act requirement*, cuyas exigencias no le satisfacen. A fin de cuentas, la acción queda sustituida por la imputación del resultado, con lo que se produce un regreso del Derecho penal moderno a la que Toulmin llamara *neopremodernidad*, es decir, un retroceso y no un avance.

Ese retroceso, que implica la renuncia a la exigencia constitucional de la determinación de una acción, renuncia consumada finalmente por Jakobs, no es el momento final del adelantamiento de la línea de defensa al que me he referido arriba. Ese adelantamiento es un proceso abierto, que actualmente bascula sobre la sustitución de la culpabilidad por la peligrosidad y de la pena por la medida. Ese es un tema de capital importancia que merece ser abordado más allá de esta breve Adenda.

La supresión de la exigencia de una acción y su sustitución por procesos imputacionales inicia un camino de adelantamiento de la línea de defensa que, según he analizado, con M.L. Cuerda Arnau, en el Libro Homenaje a E. Octavio de Toledo, conduce del Estado autoritario al Estado arbitrario.

7.4.4. Peligrosidad y Derecho penal de autor

El hilo conductor de ese camino es el pronóstico de peligrosidad. Desde mi primera pu-

blicación (*Métodos de determinación de la peligrosidad*, 1974), destaqué la falta de fiabilidad de las *tablas de pronóstico*: nada garantiza que los factores seleccionados para elaborarlas sean auténticos factores causales del crimen; pero, aunque lo fuesen, y dado el «provincianismo» de los fenómenos sociales, esa virtualidad causal no operaría sino en un tiempo y un espacio determinado, de modo que el pronóstico efectuado años después sería puramente arbitrario. Así lo ha puesto de manifiesto Martínez Garay que, a partir de su trabajo *La incertidumbre de los pronósticos* (Indret, 2, 2014), ha mostrado la falta de fiabilidad de tales pronósticos, que incluyen importantes errores (falsos positivos y falsos negativos). Al analizar la vigilancia y el castigo en la edad actuarial en *Against prediction*, Harcourt muestra cómo la selección recae no ya sobre actos pasados o futuros, sino sobre categorías de personas; de ese modo, aunque el problema afecte «solamente» a la determinación y ejecución de la pena, el Derecho penal de acto se transforma en un recusable Derecho penal de autor, lleno de contradicciones conceptuales, que se ponen claramente de manifiesto en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la llamada *prisión permanentemente revisable* que, como ha mostrado Roig Torres (*La cadena perpetua en el Derecho alemán y británico*, 2016), no es sino cadena perpetua con excepciones mal justificadas.

7.4.5. La legitimación de la analogía *in malam partem*.

Ya se hizo referencia (*vid., supra*, 4.4) a la asunción, por parte de Schönemann, de las tesis de Sax (*Das strafrechtliche «Analogieverbot»*, 1953, *Grundsätze der Strafrechtspflege*, 1972) sobre el rechazo de la prohibición de la analogía *in malam partem* como contenido del principio constitucional de legalidad.

El fundamento argumental de Sax depende de las ideas de Welzel, pues, aunque Sax rechaza su concepción personal del injusto, sitúa en la culpabilidad el momento esencial del

delito y, al igual que Welzel (*Derecho natural y justicia material*, IV, 4), considera que el error de prohibición es su momento esencial. De ahí que, si en el ámbito de la culpabilidad se acepta como conocimiento de la antijuridicidad la ilicitud o la valoración paralela en el ámbito del profano sea el objeto posible de esa valoración (es decir, la conciencia de la esencia antijurídica o ilícita de la conducta) lo que según las exigencias del principio de legalidad debe ser el contenido esencial de la tipificación.

Ese modo de argumentar confunde dos planos: el objetivo de la tipificación, que pretende regular ordenadamente las acciones, y el del reproche, que requiere un mínimo de conciencia para poder articularse. Esa confusión priva de sentido al rechazo de la idea de injusto personal, pues la antijuridicidad o ilicitud acaban dependiendo de la conciencia del autor.

Roxin ha criticado en otros términos las opiniones de quienes, siguiendo la trayectoria iniciada por Sax, rechazan el límite derivado del tenor literal del precepto penal, bien entendiendo que ese límite se halla en el «tipo de injusto» o «tipo de lesión del valor», bien rechazando por completo la distinción entre interpretación y analogía: a su juicio, ambas direcciones acaban rechazando solo una aplicación del Derecho totalmente libre, desvinculada de las finalidades legales. Pero, así entendido, el artículo 103 II GG «pierde toda significación, pues la aplicación (o creación) totalmente libre del Derecho también está vedada fuera de su ámbito de vigencia, en otras ramas del Derecho».

Conviene hacer algunas precisiones acerca del modo de entender el límite del tenor literal posible. A menudo se cree que esa expresión hace referencia a las palabras de la ley en abstracto, esto es, fuera del contexto en que la ley las usa; pero si, como hemos visto, el significado no surge solo de un texto, sino del contexto preciso de palabras y acciones en el que ese texto se inserta (esto es, en el *juego del lenguaje* concreto en que se usa), al abstraerlo de ese contexto *el lenguaje se va de vacaciones* y puede significar cualquier cosa.

Según una interpretación de la ley llevada a cabo a partir de ese criterio abstracto, la regla contenida en ella «no podría determinar ningún curso de acción porque todo curso de acción podría hacerse concordar con ella» y «si todo puede hacerse concordar con la regla, entonces también puede hacerse discordar. De donde no habría ni concordancia ni desacuerdo», es decir, habría regla.

A partir de esas palabras (*Investigaciones*, 201) concluye Wittgenstein que ha de haber una captación de la regla que no requiere interpretación «sino que se manifieste, de caso en caso de aplicación, en lo que llamamos seguir la regla y contravenirla».

Por lo tanto, precisa en el número 202 de las *Investigaciones*, seguir la regla no es aplicar una idea general, sino continuar una práctica. El lenguaje es, como ya se dijo, un sistema de signos que solo significan si se usan constantemente de modo «igual»: su significado surge de hábitos y costumbres de uso y de ningún proceso mental previo.

Si ello es así, el tenor literal posible ha de delimitarse a partir del uso concreto que la ley haga de las palabras y oraciones de que se trate y, desde él, han de trazarse los límites de su aplicación, que: a) aunque no son absolutamente precisos, están suficientemente determinados para que podamos entendernos con ellos y alcanzar así un conocimiento razonablemente seguro de los que está prohibido y de lo que no; y b) al tomar como punto de partida el contexto concreto, que está ahí, es como es y, por tanto, no puede reformularse haciendo de su fundamento un criterio general determinante del contenido de la regla, queda claramente fundamentada la prohibición de la analogía.

Entendido abstractamente, sacando sus palabras de contexto, el recurso al tenor literal no garantizaría nada: la admisión sin límites de todas las interpretaciones posibles haría que la norma contenida en la ley dejase de existir; y, por desgracia, eso es lo que sucede a menudo en la práctica y que un abundante sector de la doctrina legítima. *La crisis del principio de*

legalidad, que sirve de título a alguna obra, no es más que una transgresión de las exigencias constitucionales.

7.4.6. La inversión de los principios constitucionales

En el seminario preparatorio a la obra de Habermas *Facticidad y validez*, pude leer el texto mecanografiado de la ponencia de Ernst Denninger, luego publicada (en *Kritische Justiz*, 1, 1973) con el título *Der Präventions Staat. Von der Rechtssicherheit zur Rechtsgütersicherheit als sozialer Gerechtigkeit*. Mi recuerdo de aquel debate es que en él se llegó a la conclusión de que en el mundo de hoy había que resignarse a vivir con la inseguridad jurídica excepto en materia penal. Pero la historia posterior ha evidenciado que, incluso en materia penal, la renuncia a la seguridad ha llegado a hacer habitual lo inadmisibles. Para ponerlo de manifiesto, me referiré al proceso de inversión del sentido de los principios constitucionales, que va desvaneciendo el contenido, e incluso el perfil mínimo, de las libertades fundamentales.

En su libro *Libertad y gobierno* el gran constitucionalista americano Edward S. Corwin parte de la distinción entre derechos civiles y derechos constitucionales. Según Corwin, tenemos derechos civiles porque el Estado protege nuestras personas y bienes de las posibles injerencias de otros ciudadanos y tenemos derechos constitucionales porque la constitución (y el Tribunal Constitucional en su nombre, nos protegen frente a los abusos de poder por parte de los distintos órganos estatales).

Esa concepción de los derechos constitucionales es especialmente aplicable en materia penal, donde constituyen el estatuto jurídico del imputado y representan límites que el poder penal del Estado no puede rebasar; por eso, se resume en el conocido brocardo según el cual «el acusado tiene derechos constitucionales, el pueblo no».

Ese modo de concebir los derechos fundamentales comenzó a quebrar en Alemania ya

a partir de la entrada en vigor de la Ley Fundamental de Bonn, como expresó con bastante claridad Maunz en la célebre conferencia citada en el epígrafe 2: frente a los derechos del individuo se alcanzan los de la comunidad o, dicho de otro modo, el poder del Estado. Esa contraposición discurre en términos de compensación razonable (Konrad Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts*, 1984) hasta que, a partir de la publicación, en 1983, por J. Isense, del libro *Das Grundrecht auf Sicherheit*, se torna más abrupta. La tesis de esa obra es que el deber del Estado de defender los derechos constitucionales obliga, incluso al legislador, a otorgarles una protección penal adecuada. Según Isense, el Estado que aprecia la vida no puede conformarse con otorgarle una protección que la deje en situación de riesgo continuo. Para ello, un continuador de esa idea, Lars Peter Störning, en su libro *Das Untermassverbot in der Diskussion*, propone una inversión del principio de proporcionalidad: de ser un principio de maximalización de la libertad frente al poder del Estado pasaría a ser un principio de protección de la vida y otros derechos constitucionales, que no solo habilitaría, sino que obligaría al Estado a defenderlos, castigando con penas suficientemente graves sus vulneraciones. Según se dijo, una perspectiva semejante formula expresamente Kant, aunque resulta contradictoria con su idea del Derecho como ordenación de la libertad; pero ese pensamiento no va acompañado de una idea *a priori* de la justicia, sino que se formula en nombre de otros derechos constitucionales, olvidando que tales derechos, incluyendo entre ellos el de la vida, no pueden sobrepasar los que constituyen el estatuto constitucional del imputado y, por consiguiente, son límites infranqueables del poder del estado.

Este cambio de perspectiva, acompañado de una fuerte demanda social a la que los medios de comunicación dan todo su apoyo, al proyectarse sobre el Derecho penal invierte el significado constitucional del principio de proporcionalidad de las penas: ya no se trata de que no puedan imponerse más penas que las «estricta y absolutamente necesarias»: con

la nueva lectura, obliga a imponer penas que satisfagan la demanda de protección efectiva de los derechos y bienes jurídicos fundamentales. Esa nueva «proporcionalidad» habría de traducirse en un incremento inacabable de la penalidad, pues ningún sistema penal histórico, por duro que haya sido, ha podido acabar ni siquiera con los delitos más graves. Es de sobra conocido que el incremento de las penas no produce mecánicamente una reducción de las infracciones; pero, desde luego, representa una disminución irracional de la libertad que no solo vulnera los principios constitucionales del Derecho penal material sino que arrasa, inevitablemente, también las garantías del proceso penal.

Por desgracia, los legisladores parecen seguir ese camino: basta, para muestra, consultar la última reforma del Código Penal español; y hay un hecho todavía más grave: que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha adoptado, al menos parcialmente, una línea parecida. Como no puedo analizarla en este breve epílogo remito al trabajo de Carmen Tomás y Valiente (*Deberes positivos del Estado y Derecho penal en la jurisprudencia del TEDH*, Indret, 3, 2016), que he podido consultar antes de su publicación gracias a la amabilidad de la autora. Solo haré una sucinta referencia a la Sentencia dictada en el caso *Gäfgen vs. Alemania*, de 1 de Junio de 2010.

El supuesto de hecho fue la suficiencia de la condena penal por parte de los tribunales alemanes de los policías que, creyendo que un reo confeso tenía en su poder a un niño y que la vida del niño peligraba, durante el interrogatorio policial le amenazaron durante diez minutos para que revelara el paradero del niño, obteniendo esa revelación y hallándolo muerto.

En el asunto *Gäfgen vs. Alemania* (1-3 de Junio de 2010), el TEDH, partió de la siguiente base argumental:

«107. Al respecto, el Tribunal admite la motivación que inspiró el comportamiento de los policías y la idea de que actuaron con el objetivo de salvar la vida de un niño. El Tribunal debe

no obstante subrayar que, por lo que respecta al artículo 3 y su jurisprudencia constante (apartado 87 supra), la prohibición de maltrato es independiente de las actuaciones de la persona en cuestión o de la motivación de las autoridades. La tortura o un trato inhumano o degradante no pueden ser infligidos, ni siquiera cuando la vida de un individuo se halle en peligro. *No existe ninguna excepción, ni siquiera en caso de amenaza pública hacia la vida de la nación.* El artículo 3, formulado en términos inequívocos, reconoce que todo ser humano tiene un derecho absoluto e inalienable a no ser sometido a tortura o a un trato inhumano o degradante, sean cuales fueren las circunstancias, incluso las más difíciles. *El principio filosófico que subyace al carácter absoluto del derecho consagrado en el artículo 3, no contempla ninguna excepción, ningún factor justificativo y ninguna puesta en equilibrio de intereses, sean cuales fueren los actos de la persona en cuestión y la naturaleza del delito que pudiera serle imputado.* (cursivas mías)

No quiero discutir la solución que el TEDH da al caso concreto, sino rechazar como absurdos los razonamientos que lo fundamentan. El principio del que se deriva esa prohibición absoluta es el principio kantiano de tratar al individuo como un fin y nunca exclusivamente como un medio. Ese principio, en mi opinión, obliga a tratar a los hombres como personas, es decir, como seres racionales, y nunca solo como cosas; pero de él no puede deducirse ningún principio que contravenga la idea racional de justicia, idea a la que todo ser racional debería supeditarse. Por eso creo que jamás puede excluir la legítima defensa ni pasar por encima de la ausencia de culpabilidad del autor. Espero poder defender esa tesis más ampliamente, en un trabajo posterior; entretanto, no quisiera poner en entredicho ni mucho menos el recurso a principios o derechos, que hay que tomarse muy en serio, sino el rango de *absolutos*, que nuestro Tribunal Constitucional siempre ha negado.

7. 5. CONCLUSIÓN

Hay muchas otras amenazas para la libertad que resultan de algunas direcciones ac-

tuales de la doctrina, de la legislación y de la jurisprudencia penal: baste aludir la llamada «generalización» del Derecho penal de excepción, que comporta un incremento insoportable del poder punitivo del Estado y una merma correlativa de las libertades, para comprender que la tentación totalitaria persiste y que la dogmática ni es ni puede ser neutral.

La cientificidad y la neutralidad son, en el mejor de los casos, aspiraciones ilusorias, pero a veces disfrazan una ideología que no se atreve a decir su nombre y que socava el Estado

Constitucional, que no es, ni puede ser, otra cosa que una versión actualizada de la idea kantiana del Derecho como coexistencia según una ley general de libertad.

Con esa afirmación quiero concluir: la lucha contra el Derecho penal liberal tiene lugar ante nosotros; lo que está en juego es ese conjunto de libertades que Constant llamaba *la libertad de los modernos*, en cuyo favor quiero aducir este segundo alegato, que no es sino una llamada a resolver los problemas con razones abiertas a la discusión y no con dogmas ni principios absolutos.