

UNA VEZ MÁS: SOBRE EL TRATAMIENTO JURÍDICO-PENAL DEL HECHO DE CONCIENCIA*

CLAUS ROXIN
Universidad de Múnich

SUMARIO: I. Introducción. II. Las posibles consecuencias del derecho fundamental a la libertad de conciencia en el derecho penal. 1. El deber de crear alternativas neutrales frente a la conciencia en tanto sea posible. 2. Las consecuencias jurídicas de actuar de acuerdo a la conciencia en los casos no regulados por la ley. a) Un hecho de conciencia tiene presupuestos considerablemente más exigentes que un hecho de convicción. b) Una exención de la pena no entra en consideración cuando el hecho de conciencia sobrepasa los límites inmanentes del derecho fundamental. III. ¿Se puede justificar un hecho de conciencia penalmente típico? IV. ¿Se puede exculpar un hecho de conciencia penalmente típico? 1. La decisión del Tribunal Constitucional en el caso de la transfusión de sangre. 2. Exculpación por coacción. 3. La opinión propia: exculpación por ausencia de necesidad preventiva de punición. 4. Frisch: dificultad de la acción y ausencia de necesidad de confirmación de la norma. 5. Figueiredo Dias: recurso a la dignidad humana y remisión analógica a las reglas para el tratamiento del error de vigencia (Gültigkeitsirrtum). 6. Debate con Figueiredo Dias y Frisch. V. ¿Un hecho de conciencia penalmente típico no debe ser justificado ni exculpado? 1. Razones constitucionales contra la exclusión de cualquier posibilidad de exculpación. 2. Razones político-criminales contra la exclusión de cualquier posibilidad de exculpación.

PALABRAS CLAVE: Libertad de conciencia, manifestación de conciencia, hecho de conciencia, hecho de convicción, alternativas neutrales, límites inmanentes de los derechos fundamentales, necesidad preventiva de punición, culpabilidad, responsabilidad, exculpación.

I. INTRODUCCIÓN

Jorge de Figueiredo Dias es uno de los grandes penalistas de nuestro tiempo. Él ha contribuido de manera decisiva a dar forma al Código Penal y al Código de Procedimiento Penal portugueses. Ambas codificaciones hacen parte de las más modernas y avanzadas de Europa y pueden proporcionar sugerencias orientadoras

* Traducción de Diego Fernando Tarapué Sandino (LL.M. y doctorando de la Universidad de Göttingen). Este artículo fue publicado inicialmente en el Libro Homenaje al Prof. Dr. Jorge de Figueiredo Dias (v. II, [Coimbra, 2009], pp. 863-887, trad. al portugués de Luis Greco) y luego en alemán en el GA (2011), pp. 1-18.

al derecho penal y procesal penal comunitario europeo que se desarrolla paulatinamente. Él es autor de una “Parte General” del derecho penal cuyo primer tomo, del cual se publicó una segunda edición en 2007, comprende en sus más de mil páginas los fundamentos y la dogmática completa de la parte general. El libro tiene en cuenta de manera profunda no solo la literatura portuguesa, sino también la española, italiana y alemana, y en lo concerniente a la teoría general del delito constituye una obra referente que merece atención a nivel mundial. Fuera de eso hay que sumar un manual de derecho procesal penal así como también importantes monografías y numerosos estudios sobre temas de todas las áreas de la ciencia del derecho penal en conjunto.

Se trata de una obra hecha a lo largo de su vida que es digna de elevada admiración. Considero una de las ocurrencias más afortunadas de mi carrera, el hecho de que ya desde hace décadas pueda tener un estrecho vínculo científico y de amistad personal con el honrado colega *Figueiredo Dias*. El doctorado *honoris causa* que recibiera en Coimbra (1991), cuyo responsable fue él, permanece para siempre como un inolvidable punto de referencia en mi vida. Desde entonces hemos mantenido siempre contacto y nos hemos visto con frecuencia, la última ocasión fue en la conmemoración –hecha en su homenaje– de los veinticinco años del Código de Procedimiento Penal portugués en marzo de 2007 en Braga.

En sus artículos, *Figueiredo Dias* se dedica principalmente a problemas fundamentales de nuestra ciencia. Esto aplica también para el artículo con el cual contribuyó al libro homenaje que me dedicaron en el año 2001¹. Se trata de una discusión con un trabajo mío sobre “el hecho de conciencia como causa de exención de la pena” (*Die Gewissenstat als Strafbefreiungsgrund*) publicado en 1988². Ambos llegamos a la misma conclusión: un hecho de conciencia que implica la realización de un tipo penal no puede ser justificado, pero puede llevar a la exculpación en casos extraordinarios y con ello a la exención de la pena. Sin embargo, nuestra fundamentación de esta conclusión va por caminos muy diferentes. Esta circunstancia y el hecho de poderles compartir a mis lectores portugueses sobre una serie de nuevas y controvertidas posturas en la literatura alemana, me motivaron a retomar el tema y a dar continuidad a la discusión sobre un interesante problema fundamental de nuestro derecho penal.

¹ FIGUEREIDO DIAS, Jorge de, *Gewissenstat, Gewissensfreiheit und Schuldausschluss*, en SCHÜNEMANN, Bernd (Hrsg.), *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001* (Berlin, 2001), pp. 531-548.

² ROXIN, Claus, *Die Gewissenstat als Strafbefreiungsgrund*, en: KAUFMANN, Arthur, Mesmacker, Ernst-Joachim y ZACHER, Hans F. (Hrsg.), *Rechtsstaat und Menschenwürde*, *Festschrift für Werner Maihofer zum 70. Geburtstag* (Frankfurt am Main, 1998), pp. 389-411

II. LAS POSIBLES CONSECUENCIAS DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA LIBERTAD DE CONCIENCIA EN EL DERECHO PENAL

El art. 4 para. 1 de la Ley Fundamental (GG = Constitución alemana) señala: “La libertad de creencia, de conciencia y la libertad de confesión religiosa e ideológica son inviolables”. De ello se pueden derivar dos conclusiones, una indiscutible y la otra muy controvertida en sus detalles.

1. El deber de crear alternativas neutrales frente a la conciencia en tanto sea posible

Hoy en día es indiscutible³ que el derecho fundamental a la libertad de conciencia obliga al Estado a crear –en la medida de lo posible– una alternativa neutral frente a la conciencia para aquellos conflictos de conciencia que son tipificables, es decir, aquellos que ocurren con mayor frecuencia. Esto lo ha realizado el legislador alemán en gran medida. El médico que por motivos de conciencia se rehúsa a participar en un procedimiento de aborto, debe ser reemplazado por otro médico en tanto esto sea posible (art. 2 de la 5ª Ley de Reforma de Derecho Penal). A quien su conciencia le prohíba realizar un juramento, en lugar de ello podrá reafirmar su declaración “en conocimiento de la responsabilidad ante el juicio” (§ 65 del Código de Procedimiento Penal [StPO]). Quien objeta, por razones de conciencia motivadas por su religión, la autorización para una transfusión de sangre necesaria para salvar la vida de su hijo, no será punido porque la autorización puede ser reemplazada por el nombramiento de un tutor o, en caso de ser necesario, por medio de una actuación en estado de necesidad por parte del médico. Quien no estuviese dispuesto por motivos de conciencia a prestar el servicio militar o incluso el servicio civil sustitutorio puede hacerlo en un hospital, en un sanatorio o en un ancianato (§ 15a de la Ley de Servicio Sustitutivo [*Ersatzdienstgesetz*]). Si ciertas formas de sacrificar animales consideradas necesarias por la religión contrarían la Ley de Protección a los Animales (*Tierschutzgesetz*), se le puede asegurar al creyente la libertad de actuar conforme a su conciencia por medio de una licencia excepcional (§ 4 a II de la *Tierschutzgesetz*).

2. Las consecuencias jurídicas de actuar de acuerdo a la conciencia en los casos no regulados por la ley

Es claro que en la gran mayoría de los casos, las soluciones legales a tales conflictos son como las anteriormente expuestas, las cuales posibilitan la libertad

³ FIGUEREIDO DIAS, Jorge de, *Gewissenstat, Gewissensfreiheit und Schuldausschluss*, ob. cit. p. 539, también habla de un “consenso total”.

garantizada en la Ley Fundamental de actuar conforme a la conciencia. Pero también hay situaciones en las que el legislador (aún) no ha actuado, o en las que no puede actuar debido a la carencia de una alternativa neutral frente a la conciencia o a la singularidad de las circunstancias del caso, en las cuales, no obstante, se debe tomar en consideración una exención de la pena del autor de conciencia por lo menos en algunos casos. Quiero nombrar un par de ejemplos sin tomar aún postura frente a la posibilidad de una exención de la pena. Estos ejemplos deben servir para ilustrar la posterior discusión del problema.

¿Se debe punir por homicidio a petición de la víctima (§ 216 del Código Penal [StGB]) aquel que, atendiendo al dictado de su conciencia producto del fervoroso pedido de la víctima, mata a un paciente completamente paralítico que por sí mismo no puede poner fin a su propia vida? ¿Tiene que ser punido aquél que por razones de conciencia motivadas por su religión se niega a una vacunación obligatoria que es sancionable penalmente? ¿Debe ser punido por violación de domicilio (§ 123 del StGB) aquel que impulsado por su conciencia se manifiesta a favor de la paz mundial por medio de la irrupción —en razón del efecto simbólico de tal hecho— en terreno de un cuartel abandonado y, extendiendo una pancarta que clama por la paz, deja pastar a un rebaño de ovejas? ¿Se debe punir por el uso no autorizado de una bicicleta (§ 248b del StGB) a aquél que utiliza una bicicleta ajena, y que a la vez asume el cuidado de devolverla tan pronto deja de usarla, porque su conciencia le exige que llegue a tiempo a una actividad religiosa? ¿Debe ser punido por injuria (§ 185 del StGB) un creyente musulmán que responde con una injuria verbal a una crítica satírica al profeta, dado que su conciencia religiosa no le permite dejar sin respuesta un sacrílego de tal naturaleza?

El punto de partida para la solución de tales problemas son dos presupuestos esencialmente incontrovertibles hoy en día en la discusión alemana.

a) Un hecho de conciencia tiene presupuestos considerablemente más exigentes que un hecho de convicción

En primer lugar, una decisión de conciencia representa más que cualquier convicción personal⁴, incluso que la más fuerte de ellas⁵. Una convicción se orienta conforme a los criterios de “correcto” y “errado”. En cambio, una decisión de conciencia requiere una “decisión seria, moral, es decir, orientada según las categorías de “bien” y “mal” (...), que el individuo experimenta en su interior como vinculante para sí mismo e incondicionalmente obligatoria ante una situación

⁴ Así también FIGUEREIDO DIAS, Jorge de, *Gewissenstat, Gewissensfreiheit und Schuldausschluss*, ob. cit., pp. 531 y ss.

⁵ Más detalles sobre la distinción y la delimitación RADTKE, Henning, *Überlegungen zum Verhältnis von “zivilem Ungehorsam” zur “Gewissenstat”*, en GA (2000), pp. 19-39.

determinada, de modo que él no puede contrariarla sin tener un serio problema de conciencia”⁶. De ahí que la decisión de conciencia no puede someterse a ninguna valoración de contenido, como también lo reconoce la jurisprudencia constitucional alemana⁷. Depende solamente del sentimiento subjetivo de estar incondicionalmente obligado.

b) Una exención de la pena no entra en consideración cuando el hecho de conciencia sobrepasa los límites inmanentes del derecho fundamental

En segundo lugar, existe consenso sobre el hecho de que una decisión de conciencia cuando lleva a acciones típicas jurídico-penalmente relevantes, en absoluto puede conducir, siempre, o bien en la mayoría de los casos, a una exención de la pena. El art. 4 de la Ley Fundamental, que de acuerdo a la opinión unánime actual comprende en su esfera de protección no solo el *forum internum*⁸ sino también la libertad de actuación conforme a la conciencia⁹, no prevé ninguna limitación expresa para la libertad de conciencia; pero esta libertad está sujeta a límites inmanentes los cuales resultan del sistema de valores de la Constitución y ante todo de la necesidad de respetar otros derechos fundamentales. Por eso es claro que, por ejemplo, actos terroristas, homicidios por cuestiones de “honor” o la muerte de herejes no pueden tener una exención de la pena invocando el respeto de la conciencia de los actuantes. Sin embargo, es controvertido y aún no suficientemente claro cómo los límites inmanentes a la actuación de la libertad de conciencia deberán ser trazados en casos concretos más allá de dichos ejemplos drásticos.

Sobre la base de estos presupuestos, es posible responder de tres formas diferentes a la pregunta concerniente a la punibilidad de decisiones de conciencia similares a los ejemplos arriba mencionados. Primero, se puede defender una justificación de ciertos hechos condicionados a la conciencia siempre y cuando no sobrepasen los límites inmanentes de la libertad de actuación conforme a la conciencia (III). Segundo, si bien se pueden declarar como antijurídicos todos los hechos de conciencia penalmente típicos, se puede admitir una exculpación para

⁶ BVerfGE 12, 45 y ss. (p. 55). Esta decisión del Tribunal Constitucional es reconocida de manera general por la doctrina alemana.

⁷ Al respecto, de manera detallada ROXIN, Claus, *Die Gewissenstat als Strafbefreiungsgrund*, ob. cit., p. 392; de forma idéntica también FIGUEREIDO DIAS, Jorge de, *Gewissenstat, Gewissensfreiheit und Schuldausschluss*, ob. cit., p. 535.

⁸ Al respecto, en detalle ROXIN, Claus, *Die Gewissenstat als Strafbefreiungsgrund*, ob. cit., p. 395.

⁹ Así también FIGUEREIDO DIAS, Jorge de, *Gewissenstat, Gewissensfreiheit und Schuldausschluss*, ob. cit., p. 535.

aquellos actos que aún estuviesen cubiertos por el art. 4 de la Ley Fundamental. Dicha exculpación es sustentada por sus defensores mediante diferentes razones, las cuales tienen que ser examinadas detalladamente en su fundamento (IV). Y tercero se puede rechazar tanto la justificación como también la exculpación, defendiendo la punibilidad en todos los casos, al ver en las prescripciones penales un límite absoluto a la libertad de conciencia. De allí que la posibilidad de una atenuación de la pena o de sobreseimiento quede intacta (V). Cada una de estas tres posiciones tiene defensores en la doctrina y serán tratadas a continuación de manera sucesiva.

III. ¿SE PUEDE JUSTIFICAR UN HECHO DE CONCIENCIA PENALMENTE TÍPICO?

El supuesto de que un hecho en sí jurídico-penalmente prohibido pueda ser justificado cuando se presenta como un hecho de conciencia, es defendido a menudo en la literatura más antigua¹⁰ e incluso también en las últimas décadas ha encontrado nuevamente adeptos. Aquel supuesto se basa en la aceptación de que tales hechos se encuentran comprendidos por la esfera de protección del art. 4 para. 1 de la Ley Fundamental. Por otra parte, Böse¹¹ recurre al estado de necesidad justificante (§ 34 del StGB), pero esto no funda ninguna diferencia en el asunto, porque la preponderancia esencial del interés del autor, que se exige como presupuesto para una justificación por estado de necesidad, si acaso puede derivarse del valor de la libertad de conciencia. De lo contrario, no se necesitaría invocar la conciencia para fundamentar la justificación.

La solución por medio de la justificación se fundamenta esencialmente en un único – aunque a primera vista convincente – argumento: el de que el ejercicio de un derecho fundamental no puede ser contrario a derecho. *Figueiredo Dias*, el homenajead, defiende la opinión¹² de que si las manifestaciones de la libertad de conciencia están cubiertas por el ámbito de aplicación de un derecho fundamental protegido constitucionalmente, éstas tienen que ser consideradas como “derechos de acción en el sentido estricto”. Para ello se remite a “más de un siglo de reflexiones teóricas en el derecho penal” y considera que por medio de cualquier otra concepción se pone en peligro “puntos fundamentales

¹⁰ Al respecto ROXIN, Claus, Die Gewissenstat als Strafbefreiungsgrund, ob. cit., p. 405.

¹¹ BÖSE, Martin, Die Glaubens- und Gewissensfreiheit im Rahmen der Strafgesetze, en ZStW 113 (2001), pp. [40-75] 46 y ss.

¹² FIGUEREDO DIAS, Jorge de, Gewissenstat, Gewissensfreiheit und Schuldausschluss, ob. cit., p. 533.

de la dogmática y del sistema de la teoría del delito”¹³. *Frisch*¹⁴ consideraba en 2005 que no se puede “dudar seriamente de que a la decisión de dar primacía a un comportamiento externo compactible con la conciencia le es inherente simultáneamente su calificación como lícita”. Asimismo, *Rönnau*¹⁵ escribe en la nueva edición del *Leipziger Kommentar*, el más grande de nuestros comentarios al StGB: “Según el principio de la unidad (mejor aún: de la inexistencia de contradicciones) del ordenamiento jurídico, un comportamiento lícito soportado en un derecho fundamental (aquí: art. 4 de la Ley Fundamental) no puede ser considerado penalmente ilícito”. También la monografía de *Höcker*¹⁶ aboga a favor de una justificación.

Aunque la mayoría de los autores –recientemente, al igual que antes– defiende la posición de que un hecho de conciencia penalmente típico podrá, en el mejor de los casos –es decir, siempre y cuando no sobrepase los límites inmanentes de la libertad de actuar conforme a la conciencia– ser exculpado. *Kühl*¹⁷ incluso dice: “Existe amplio consenso (...) en el rechazo de una causal de justificación derivada del art. 4 de la Ley Fundamental”. Él defiende, como también yo lo hago¹⁸, la posibilidad de una exculpación. *Schlehofer* y *Paeffgen* también sostienen la misma posición en dos nuevos grandes comentarios, el *Münchener Kommentar* y el *Nomos-Kommentar*¹⁹. Haciendo hincapié en mis manifestaciones al respecto, *Tenckhoff*²⁰ hace énfasis en que: “El privilegio de no ser coaccionado por medio de una amenaza de pena a actuar en contra de la propia conciencia reivindica, en

¹³ Sin embargo, él quiere evitar una justificación y plantea una “desconstitucionalización” del problema al buscar posibilidades de exculpación por fuera de la constitución.

¹⁴ FRISCH, Wolfgang, Grundrecht der Gewissensfreiheit und Gewissensdruck im Strafrecht, en GA (2006), p. [273-279] 277.

¹⁵ RÖNNAU, Thomas, Vor § 32 (Kommentare), en LAUFHÜTTE, Heinrich Wilhelm, SAAN, Rissing-van y TIEDEMANN, Klaus. (Hrsg.), Leipziger Kommentar StGB, 12ª ed. (Berlin, 2006), nm. 366.

¹⁶ HÖCKER, Ralf, Das Grundrecht der Gewissensfreiheit und seine Auswirkungen im Strafrecht (Frankfurt am Main, 2000), pp. 54 y ss, p. 68.

¹⁷ KÜHL, Kristian, Strafrecht: allgemeiner Teil, 5ª ed. (München, 2005), § 12, nm. 114.

¹⁸ ROXIN, Claus, Die Gewissenstat als Strafbefreiungsgrund, ob. cit., pp. 405 y ss.; ROXIN, Claus, Strafrecht, Allgemeiner Teil: Grundlagen der Aufbau der Verbrechenslehre, 4ª ed., t. 1. (München, 2006), § 22, nm. 21 y ss.

¹⁹ SCHLEHOFER, Horst, vor §§ 32 ff., en JOECKS, Wolfgang y MIERBACH, Klaus, Münchener Kommentar zum StGB (München-2003), nm. 208; PAEFFGEN, Hans-Ulrich, vor §§ 32–35, en KINDHÄUSER, Urs, NEUMANN, Ulfrid y PAEFFGEN, Hans-Ulrich, Nomos Kommentar, 2ª ed. (Banden-Baden-2005), nm. 297.

²⁰ TENCKHOFF, Jörg, Strafrecht und abweichende Gewissenstentscheidung, en GLATZEL, Norbert y KLEINDIENST, Eugen (Hrsg.), Die personale Struktur des gesellschaftlichen Lebens: Festschrift für Anton Rauscher (Berlin, 1993), p. [432 y ss.] 448.

todo caso, un derecho de que sea tolerado, más no legalizado, el punto de vista disidente”. Y *Frisch*, quien en 2005 no tenía ninguna duda sería en cuanto a la viabilidad única de la solución por medio de la justificación, un año después²¹ dio marcha atrás y ahora manifiesta que “el ejercicio legal de la libertad de conciencia (encuentra) sus límites inmanentes (constitucionales)” en los derechos y en los bienes de terceros²².

Incluso luego de reflexionar de manera reiterada sobre el tema, continúo considerando, al igual que antes, que es acertado rechazar la justificación de hechos de conciencia penalmente típicos. Para ello quiero aducir cuatro argumentos.

1. El ordenamiento jurídico tiene que tener el mismo contenido legalmente fijado para todos los ciudadanos. Si el Estado le concediese a la conciencia individual una competencia para crear derecho en el caso concreto, contrariaría todas las reglas del proceso legislativo democrático²³. Sin embargo, no se puede objetar que el art. 4 de la Ley Fundamental o el § 34 del StGB ofrecen una base legal para la juridicidad de hechos de conciencia penalmente típicos. Aquellas normas no pueden determinar el contenido de las decisiones de conciencia, porque estas se basan en una sensación inverificable de obligatoriedad interna y son ajenas a valoraciones cualitativas. El contenido de lo que se justificaría quedaría así legalmente indeterminado del todo. Dicho de manera más fácil: no puede ser que algo que un individuo experimenta para sí mismo como obligatorio, sea tomado como un parámetro obligatorio para todos. Incluso un autor de conciencia razonable no querrá pretender un derecho a la “obligatoriedad general” de su decisión de conciencia altamente individual.

2. Lo que expuse con relación al aspecto de la legislación aplica igualmente desde la perspectiva del titular del bien jurídico afectado por un hecho de conciencia. De manera acertada, *Frisch*²⁴ resalta ahora el interés justificado del ciudadano y de la colectividad tanto en los derechos y bienes del individuo como de la comunidad. Él rechaza que “todos estos derechos y bienes” solo sean garantizados “bajo la salvedad de que una decisión de conciencia no los quiera sacrificar”. Haciendo hincapié en reflexiones sobre el papel de la legislación en la moderna teoría del discurso, enfatiza correctamente: “ningún ser que razone estaría dispuesto a someter su derecho a la vida, a la integridad física o a la libertad a la reserva de que

²¹ FRISCH, Wolfgang, *Gewissenstaten und Strafrecht*, en HOYER, Andreas, *et al.* (Hrsg.), *Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag* (Heidelberg, 2006), pp. [11 y ss.] 17 y ss.

²² Su artículo anterior ni siquiera es ahora mencionado.

²³ Al respecto, véase ROXIN, Claus, *Die Gewissenstat als Strafbefreiungsgrund*, *ob. cit.*, p. 405: eso sería una “abdicación del legislador y la institucionalización de la conciencia del individuo como soberano”.

²⁴ FRISCH, Wolfgang, *Gewissenstaten und Strafrecht*, *ob. cit.*, p. 17.

otros no tengan que intervenir en estos derechos para cumplir con los dictados de su conciencia –además, porque dicho derecho del tercero significaría incluso la imposibilidad de defenderse contra tales manifestaciones de la conciencia”.

Aquella dificultad no pasó desapercibida a los defensores de la solución de la juridicidad de los hechos de conciencia. Ellos intentan eludirla minimizando el ámbito de aplicación de los hechos de conciencia conformes al derecho. Así, por ejemplo, *Rönnau*²⁵ considera que las intervenciones condicionadas por la conciencia, dirigidas contra bienes jurídicos individuales, nunca pueden ser tomadas como lícitas, incluso así éstas sean pasajeras o ligeras. Lo mismo se desprende de *Böse*²⁶: “una intervención en los derechos de un particular, por regla general, no cumple con los requisitos del § 34 del StGB”.

Sin embargo, si así fuese, lo mismo debería valer para los bienes jurídicos de la colectividad. Primeramente, porque también estos bienes jurídicos de la colectividad sirven en últimas a los intereses individuales (concepto personal de bien jurídico²⁷) y en todo caso no son de menor valor que los bienes jurídicos individuales. En segundo lugar, a modo de ejemplo, un policía, el cual interviene contra un infractor de la ley para defender un bien jurídico, no puede saber, por regla general, si se trata o no de un autor de conciencia, al cual el policía tendría que permitirle lo que a los demás ciudadanos les tendría que prohibir. Justamente en los casos de demostraciones, bloqueos de vías, etc., en los cuales los hechos de conciencia pueden tener gran relevancia, se suprime con ello toda diafanidad jurídica.

Los defensores de la solución de la conformidad al derecho solo pueden evadir las dificultades mencionadas admitiendo que casi ningún caso, en el que una manifestación de conciencia que realiza un tipo, se encuentra en el ámbito de protección del art. 4 de la Ley Fundamental o fundamenta un interés sustancialmente preponderante en el sentido del § 34 del StGB. Así pues, difícilmente se podrá asumir que llegarán a una justificación en cualquiera de los ejemplos que he mencionado al inicio, incluso tampoco se traen a colación casos reales de justificación.

El aparente reconocimiento que la solución por medio de la justificación le confiere a las decisiones de conciencia se tergiversa hasta obtener lo contrario como consecuencia de su insignificancia práctica. Así, por ejemplo, *Frisch*²⁸ –cuando aquél defendía esta solución– señalaba “que tales casos de justificación son raros y (debido al elevado rango de los bienes jurídicos penalmente protegidos) en la práctica jurídica solo podrían ser relevantes en un ámbito inferior al derecho penal”.

²⁵ RÖNNAU, Thomas, Vor § 32, ob. cit., nm. 362.

²⁶ BÖSE, Martin, Die Glaubens- und Gewissensfreiheit..., ob. cit., p. 60.

²⁷ Al respecto ROXIN, Claus, Strafrecht..., ob. cit., § 2, nm. 11.

²⁸ FRISCH, Wolfgang, Grundrecht der Gewissensfreiheit und Gewissensdruck..., ob. cit., GA 2006, p. 277.

Cuando al defender la solución por medio de la justificación, *Rönnau*²⁹ afirma que: “si el hecho de conciencia se encuentra en el ámbito garantizado por el derecho fundamental, sería una violación a un derecho fundamental el hecho de hablar de la antijuridicidad de tal hecho”, es posible objetarle que un autor de conciencia está mucho mejor servido con una exculpación, en donde simultáneamente hay una declaración de la antijuridicidad de su acción, que con una admisión teórica de la licitud, la cual en la práctica no se le concede a nadie. Aparte de esto, como ya se mencionó, el autor de conciencia no puede esperar, por razones de equidad, que su decisión altamente individual sea elevada a norma obligatoria para todos los demás ciudadanos.

3. Además hay que agregar lo señalado por *Schlehofer*³⁰, esto es, que la solución por medio de la justificación no es factible desde una perspectiva sistemática, porque lleva a contradicciones insolubles. Él se refiere al caso que elaboré, en el cual alguien por razones de conciencia mata –por pedido de la propia víctima– a una persona que padece una grave enfermedad incurable y que por sí misma no puede poner fin a su propia vida; en donde además concibe la intervención de un tercero que se opone a aquel autor de conciencia y quiere impedir dicho homicidio también por razones de conciencia. Al respecto, *Schlehofer* concluye acertadamente que: “si las decisiones de conciencia siempre surtiesen efectos justificantes, tanto el homicidio como también su impedimento serían permitidos”. De manera acertada, él ve una contradicción en el hecho de que, por un lado, el interés en el homicidio y, por el otro, el interés en el impedimento del homicidio sean más valorados que el interés contrario. Con ello se vuelve “el art. 4 para. 1 de la Ley Fundamental, una norma de comportamiento inservible”.

Se trata de un contraargumento irrefutable, y que no carece de relevancia práctica, porque en cuestiones existenciales no es raro que los involucrados de ambos lados se sientan obligados por su propia conciencia. *Rönnau*³¹ quiere invalidar el argumento alegando que para intervenciones en bienes jurídicos de terceros no se puede recurrir al art. 4 de la Ley Fundamental. Pero prescindiendo de la ya mencionada circunstancia de que con ello difícilmente le queda un ámbito de aplicación a la solución de la conformidad al derecho, dos autores de conciencia pueden enfrentarse en el caso de un bien jurídico de la colectividad (como en una disputa en torno a símbolos estatales, § 90a para. 2 del StGB). Incluso el homicidio a pedido de la víctima no protege en un primer plano el interés individual de la

²⁹ RÖNNAU, Thomas, Vor § 32, ob. cit., nm. 367, haciendo referencia a autores que argumentan de manera similar; de igual forma BÖSE, Martin, Die Glaubens- und Gewissensfreiheit..., ob. cit., p. 61.

³⁰ SCHLEHOFER, Horst, vor §§ 32 ff., ob. cit., nm. 208.

³¹ RÖNNAU, Thomas, Vor § 32, ob. cit., nm. 367 con nota al pie 1439.

víctima, sino el interés general adscrito al fortalecimiento del tabú de la muerte realizada por terceros.

4. Por último, tampoco favorece a la solución de la conformidad al derecho el hecho de que no se puede extraer nada del texto del art. 4 de la Ley Fundamental para la asignación sistemática jurídico-penal de una manifestación de conciencia que realiza un tipo. Tal norma se limita a señalar que las libertades de creencia y de conciencia son “inviolables”. Dado que es incuestionable la existencia de límites inmanentes para la libertad de manifestación de conciencia, se debe advertir que estos límites no pueden, de manera alguna, violar el derecho fundamental, de modo que nada impide que gradualmente se vayan elaborando límites inmanentes tanto a la posibilidad de justificar como también a la de exculpar aquellos hechos de conciencia.

IV. ¿SE PUEDE EXCULPAR UN HECHO DE CONCIENCIA PENALMENTE TÍPICO?

Si, como en últimas también defiende *Figueiredo Dias*, queda excluida la posibilidad de una justificación de hechos de conciencia penalmente típicos, entonces se debe considerar por lo menos una posible exculpación. Esta es la solución que – con fundamentaciones muy diferentes – es defendida con mayor frecuencia en la literatura alemana e igualmente por *Figueiredo Dias* con un planteamiento bastante particular.

1. La decisión del Tribunal Constitucional en el caso de la transfusión de sangre

Los defensores de esta solución pueden remitirse a una decisión del Tribunal Constitucional que ha sido bastante estudiada³². Dicha decisión es sobre un caso en el que un hombre por razones de conciencia, se abstuvo de aconsejar a su esposa que, luego del nacimiento de su cuarto hijo, recibiera una transfusión de sangre que ella rehusaba y que le hubiese salvado la vida. Ambos cónyuges eran miembros de un grupo cristiano (de la “asociación de los hermanos evangélicos” [*evangelisches Brüderverein*]), que por motivos religiosos rechaza las transfusiones de sangre. El esposo, que fue consultado por los médicos para conseguir una manifestación de consentimiento por parte de la mujer, si bien la dejó libre para que decidiera, también le recordó que en el culto y en la biblia se enseñaba el camino de la oración y que él personalmente estaba en contra de las transfusiones de sangre.

El juez *a quo* había condenado por omisión de socorro (§ 323c del StGB). Por el contrario, el Tribunal Constitucional negó la punibilidad del hecho de

³² BVerfGE 32, 98 y ss.

conciencia realizado por el esposo, argumentando que la decisión de no aconsejar a su mujer a una transfusión de sangre si bien era “reprochable según los valores objetivamente dominantes en la sociedad”, ésta “no es censurable a tal punto de que se justifique (...) proceder contra el esposo por medio del derecho penal”. Estas formulaciones permiten distinguir una postura en la que el Tribunal Constitucional considera adecuada la posibilidad de una exculpación, mas no de una justificación.

En la literatura alemana se suele relativizar la importancia de esta decisión, afirmando que en absoluto se llegó al problema de la decisión de conciencia. Ya el derecho de autodeterminación de la mujer, la cual también rehusaba una transfusión de sangre, bastaba para descartar su realización³³. Esto es cierto, pero únicamente excluye una punición del esposo a título de homicidio doloso por omisión. A pesar de esto, se puede entrever una omisión de socorro (§ 323c del StGB) en el hecho de que el esposo ni siquiera ha tratado de persuadir a su esposa (por ejemplo, recordándole las consecuencias para sus cuatro hijos) para que permitiese una transfusión de sangre. La renuncia a punir conforme a esta disposición solo fue posible al tener en cuenta la decisión de conciencia del esposo.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional eludió la discusión con las fundamentaciones encontradas en la literatura para la exculpación del autor de conciencia. Entre los defensores de la solución por medio de la exculpación hay planteamientos muy diversos. A continuación, se discutirán las contribuciones más recientes, confrontándolas con la opinión propia que he desarrollado.

2. Exculpación por coacción

La posición que dominaba en la literatura más antigua, y que hoy en día difícilmente encuentra defensores —o por lo menos ninguno que defienda únicamente esta tesis—, era la de que la exculpación del autor de conciencia tiene cabida principalmente desde el punto de vista de la coacción ejercida por la presión de la conciencia. En principio, esto aplica para el supuesto fundado en las reglas de imputabilidad (§ 20 del StGB), de que “el autor de conciencia es forzado a realizar el hecho por una (más o menos) incontenible coacción, de modo que él no podría

³³ En este sentido, entre otros HIRSCH, Hans, *Strafrecht und Überzeugungstäter: Vortrag, gehalten vor der Juristischen Gesellschaft zu Berlin am 13. März 1996* (Berlin, 1996), p. 18 (en español: HIRSCH, Hans, *Derecho penal y autor por convicción*, LAURENZO, Patricia (trad), en, del mismo, *Derecho penal: obras completas*, t. II, [Buenos Aires, 2000], pp. 171-207); BÖSE, Martin, *Die Glaubens- und Gewissensfreiheit...*, ob. cit, p. 71; FRISCH, Wolfgang, *Gewissenstaten und Strafrecht*, ob. cit, p. 21.

actuar subjetivamente de manera distinta de la que actuó”³⁴. En este punto, el hecho de conciencia visto como una especie de acción compulsiva se aproxima a los casos de inimputabilidad.

En contra de dicha solución es posible enfundar tres argumentos. En primer lugar, entendemos el hecho de conciencia como una expresión de libre autodeterminación anímica, como algo éticamente positivo, lo cual difícilmente concuerda con la “patologización” de la decisión de conciencia, tal como si aquella fuese una especie de inimputabilidad. Segundo, las experiencias del diario vivir comprueban que realmente es posible actuar en contra de la propia conciencia. El llamado “cargo de conciencia” o “remordimiento de conciencia”, que se experimenta cuando se actúa de manera contraria a la conciencia, demuestra que el hecho de apartarse de las órdenes emanadas de la conciencia, por más que conduzca a repriminaciones internas, es posible e incluso se presenta de manera frecuente. Por último, si solamente la coacción interna, es decir, el sentimiento subjetivo de no poder actuar de manera diferente, es lo que fundamenta la exculpación, resulta difícil hacer inteligible el hecho de que los límites inmanentes de la libertad de conciencia –esto es, los intereses objetivos contrapuestos– excluyan la exculpación en la mayoría de los casos, a pesar de que la presión de la conciencia sea idéntica en todos estos casos.

Tampoco me parece defendible la opinión desarrollada primeramente por Peters³⁵, según la cual el hecho de conciencia podría ser exculpado en analogía con el estado de necesidad exculpante (§ 35 del StGB), puesto que la pérdida de la vida eterna, que amenaza a aquel que actúa en contra de su propia conciencia, equivale a un peligro para el cuerpo, la vida o la libertad, lo cual es visto por la ley como exculpante.

También existen tres reparos determinantes contra esta solución. En primer lugar, en un Estado neutral en lo ideológico –esto es, en relación con las visiones de mundo existentes– la “vida eterna” no constituye un bien jurídico que sea posible proteger mediante el derecho penal. Segundo, el § 35 del StGB contiene limitaciones a la exculpación que no tienen ninguna correspondencia con el hecho de conciencia. Y tercero, el autor de conciencia difícilmente será empujado a actuar

³⁴EBERT, Udo, *Der Überzeugungstäter in der neueren Rechtsentwicklung: zugleich ein Versuch zu seiner Beurteilung de lege lata* (Berlin, 1975), p. 60. Más detalles sobre esta postura en ROXIN, Claus, *Die Gewissenstat als Strafbefreiungsgrund*, ob. cit., pp. 405 y ss.

³⁵PETERS, Karl, *Überzeugungstäter und Gewissenstäter*, en GEERDS, Friedrich (Hrsg.), *Beiträge zur gesamten Strafrechtswissenschaft, Festschrift für Hellmuth Mayer* (Berlin, 1996), pp. [257 y ss.] 278 y ss.

por la consideración de asegurar la vida eterna (en la cual quizás incluso ni crea); aquél actúa más bien en razón de un impulso ético inquebrantable³⁶.

*Tenckhoff*³⁷ también se inclina por la aplicación del § 35 del StGB, aunque dejando a un lado la “vida eterna” y en su lugar hace referencia a una “enorme presión motivacional” a la que está expuesto el autor de conciencia. Resulta indiferente si en el caso concreto se llega al extremo de “no-poder-actuar-de-otra-forma”, puesto que la ley procedería en el marco del § 35 a una generalización, “en la que al existir determinados presupuestos, se presume de manera irrefutable la exclusión de la capacidad de motivación”. Sin embargo, esto aplica para peligros externos, mientras que las dificultades motivacionales subjetivas recaen en el ámbito de aplicación del § 20 del StGB y para una exculpación bien presuponen un no-poder-actuar-de-otra-forma que refiere al individuo.

3. La opinión propia: exculpación por ausencia de necesidad preventiva de punición

Para el tratamiento del hecho de conciencia³⁸ he recurrido directamente al art. 4 de la Ley Fundamental y he deducido de aquel derecho fundamental la posibilidad de una exculpación en tanto que los límites inmanentes impuestos a la libertad de manifestación de la conciencia no sean sobrepasados. El sobrepasar dichos límites inmanentes –en mi criterio– excluye siempre la posibilidad de una exculpación, la cual deberá concederse siempre y cuando una punición no sea necesaria por razones preventivas. Con ello asocio esta postura a mi teoría de la “responsabilidad”³⁹. De acuerdo con esta teoría, la tercera categoría de la sistemática del delito, la que le sigue a la tipicidad y a la antijuridicidad, no presupone –como defiende la opinión tradicional– solamente la “culpabilidad” del autor, sino también una “necesidad preventiva de punición” articulada a la teoría de los fines de la pena. Un autor de conciencia que infringe una ley penal no carece de culpa, ya que le es posible actuar de otra manera; sin embargo, dado el caso, le puede faltar la necesidad preventiva de una sanción. Exceptuando lo que se refiere a la teoría de la retribución

³⁶ Sobre el último argumento, véase FRISCH, Wolfgang, *Gewissenstaten und Strafrecht*, ob. cit., p. 23, en donde se trata de manera fundada y convincente el problema de la analogía con el § 35 del StGB.

³⁷ TENCKHOFF, Jörg, *Strafrecht und abweichende Gewissenstentscheidung*, ob. cit., p. 449.

³⁸ En mi estudio mencionado arriba ROXIN, Claus, *Die Gewissenstat als Strafbefreiungsgrund*, ob. cit.; y expresamente en mi *Manual de Derecho Penal* ROXIN, Claus, *Strafrecht...*, ob. cit., § 22, nm. 100-129.

³⁹ Al respecto, véase mi *Manual de Derecho Penal* ROXIN, Claus, *Strafrecht...*, ob. cit., § 19, nm. 1 y ss.

—la cual yo rechazo— esta postura coincide con la fundamentación del Tribunal Constitucional en el caso ya expuesto de la transfusión de sangre⁴⁰, en el que se indica: “la sanción penal —independientemente de su intensidad— en la elaboración de tal caso no se adecúa a ningún aspecto (retribución, prevención, resocialización del autor)”. El Tribunal Constitucional también deduce directamente del art. 4 para. 1 de la Ley Fundamental la necesidad de “apartarse del derecho penal” en un caso de tal naturaleza.

Además intenté concretizar el criterio de necesidad preventiva de punición⁴¹. En el caso de bienes jurídicos de la colectividad, la existencia del Estado, su seguridad, los principios fundamentales de la Constitución y la necesidad de cumplir funciones esenciales del Estado se impone un límite a la posibilidad de exculpación. En las intervenciones a bienes jurídicos individuales, las afectaciones sustanciales de posiciones protegidas por un derecho fundamental constituyen otro límite inmanente para la exculpación de una actuación conforme a la conciencia. Por el contrario, se puede considerar la exclusión de la responsabilidad penal cuando la libertad u otros derechos fundamentales de un tercero no son afectados o solamente de manera periférica.

Con base en estas consideraciones, se puede llegar a una exculpación en la mayoría de los casos elaborados inicialmente. En la negativa a vacunarse por razones de conciencia⁴², la posibilidad de exculpación dependerá de si la renuncia de una persona a tal vacunación representa o no un peligro para la salud de la colectividad. Cuando no fuese el caso —lo que probablemente será la regla— puede haber una exculpación; pero si tal peligro existiese, se tiene que insistir en la punición porque la conservación de la salud pública constituye una de las tareas esenciales del Estado. En el caso de un homicidio a petición de un paciente que padece una terrible enfermedad terminal y no tiene cómo quitarse la vida a sí mismo, se puede valorar la decisión de conciencia del autor como algo que lo exenta de la pena, porque no se pasa por alto la autonomía del paciente; al contrario es el único camino posible para materializar dicha autonomía personal. Por eso, tal caso no merece una valoración diferente a la de la brindada al caso de la transfusión de sangre. Aplica lo mismo que corresponde al ejemplo discutido reiteradamente en la doctrina, en el que una persona mata a tiros a otra que queda atrapada —siendo

⁴⁰ BVerfGE 32, 98 (pp. 108 y ss.).

⁴¹ Los últimos avances están contenidos en mi Manual de Derecho Penal ROXIN, Claus, *Strafrecht...*, ob. cit., § 22, nm. 112-119. De manera similar TENCKHOFF, Jörg, *Strafrecht und abweichende Gewissenstentscheidung*, ob. cit., pp. 450 y ss., el cual, sin embargo, es algo más moderado.

⁴² Sobre la relevancia práctica de este caso, véase HIRSCH, Hans, *Strafrecht und Überzeugungstäter...*, ob. cit., p. 13, con nota al pie 28.

imposible rescatarla— dentro de un vehículo en llamas, bajo el pedido fervoroso de ésta, para evitarle una muerte dolorosa.

En mis otros ejemplos —irrupir en un cuartel abandonado, el uso breve de una bicicleta ajena o la injuria al crítico de Mahoma— si bien las acciones del autor de conciencia llegan a afectar la esfera jurídica ajena, no alcanzan a ocasionar un daño sensible y por eso pueden estar exentas de pena. Esto también aplica para el caso un tanto más dudoso del musulmán que comete injurias; puesto que el crítico injuriado dirá a sí mismo que la agresión verbal se basa menos en el desprecio personal que en el dictado vinculado a la conciencia que prohíbe cualquier crítica al profeta.

La antítesis de esta concepción es que resulta imposible exculpar en los casos de intervenciones severas en posiciones ajenas protegidas por derechos fundamentales, incluso si el autor ha obrado bajo una presión de conciencia demasiado fuerte y ha buscado los más nobles propósitos. Si, en mi ejemplo, el musulmán hubiese golpeado al crítico de Mahoma, aquél tendría que ser punido por lesiones corporales (§ 223 del StGB); su conciencia religiosa solamente puede ser considerada en la graduación de la pena.

Lo mismo rige para los autores de conciencia motivados secularmente así tengan la razón: quien arrebató la botella de licor a un borracho y derrama su contenido, porque así se lo exige su conciencia para librarlo de los efectos nocivos en su salud, tiene que ser punido por daño material (§ 303 del StGB) y probablemente también por constreñimiento (§ 240 del StGB), ya que el libre desarrollo de la personalidad del afectado se protege constitucionalmente y hace intolerable tal medida paternalista.

La concepción que se acaba de esbozar en sus lineamientos ha recibido muchas críticas en la literatura alemana, pero no rara vez ha encontrado también manifestaciones de simpatía. De esta manera, *Schlehofer*⁴³ propone que la exculpación dependa de una ponderación, en la cual lo decisivo radica en “si el interés en la libertad de conciencia prevalece sobre el interés en la protección penal del bien constitucional amenazado por el hecho de conciencia”. Por su parte, *Kühl* opina⁴⁴: “si se restringe a casos de verdadera necesidad de conciencia y se respetan los límites del derecho fundamental a la libertad de conciencia, ser indulgentes mediante la concesión de una exculpación conduce a una concordancia práctica entre la libertad del autor de conciencia y la libertad del afectado por su acción”. Mientras que *Jäger*⁴⁵ dice que el art. 4 de la Ley Fundamental no llega a “legalizar”

⁴³ SCHLEHOFER, Horst, vor §§ 32 ff., ob. cit., nm. 210.

⁴⁴ KÜHL, Kristian, Strafrecht..., ob. cit., § 12, nm. 114.

⁴⁵ JÄGER, Christian, Examens-Repetitorium Strafrecht Allgemeiner Teil, 3ª ed. (Heidelberg, 2007), nm. 203.

el punto de vista propio, sino que proporciona un fundamento para su indulgencia. Por eso le parece “más correcto negar el merecimiento de la pena en el plano de la responsabilidad, con ello negando la culpabilidad en el sentido amplio, cuando esto fuese tolerable desde un punto de vista preventivo (...)”.

4. *Frisch: dificultad de la acción y ausencia de necesidad de confirmación de la norma*

En su más reciente estudio, *Frisch*⁴⁶ se acerca a la postura aquí defendida al mencionar que el supuesto de una exculpación supralegal derivada del art. 4 de la Ley Fundamental “en principio [es] bastante adecuada” y al considerar también correcto “que la no punición del injusto (penal) condicionado por la conciencia del autor también tiene que ser pensada a la luz de las necesidades de confirmación de la norma por medio de la pena y que estas necesidades están muy reducidas a (algunos) hechos de conciencia y posibilitan una renuncia a la pena”. Sin embargo, él sostiene que los criterios que yo formulé son “aún demasiado imprecisos” y menciona cuatro presupuestos que a su parecer son necesarios para una exculpación⁴⁷: la enorme dificultad de actuar de manera jurídicamente correcta (1); la existencia de aspectos orientados a la conservación o a la promoción de valores jurídicos en el comportamiento del autor (2); la ausencia de una alternativa neutral frente a la conciencia (3); y, finalmente, la falta de una necesidad preventiva de reforzar una norma amenazada (4). Posteriormente se profundizará en este punto de vista en una discusión conjunta con la posición de *Figueiredo Dias*.

5. *Figueiredo Dias: recurso a la dignidad humana y remisión analógica a las reglas para el tratamiento del error de vigencia (Gültigkeitsirrtum)*

También *Figueiredo Dias*⁴⁸ llega a una solución que en parte coincide con la mía pero que a la vez difiere un tanto de ella. Él rechaza una exculpación derivada del art. 4 de la Ley Fundamental, puesto que a su parecer “la manifestación de la libertad de conciencia siempre sobrepasa su límite inmanente cuando tal hecho (...) llega a realizar un tipo penal”⁴⁹. Él ve los tipos penales como límites inmanentes no solo de la legalidad de una manifestación de conciencia, sino también de su

⁴⁶ FRISCH, Wolfgang, *Gewissenstaten und Strafrecht*, ob. cit., p. 26, 25.

⁴⁷ FRISCH, Wolfgang, *Gewissenstaten und Strafrecht*, ob. cit., p. 26, 27.

⁴⁸ FIGUEREIDO DIAS, Jorge de, *Gewissenstat...* ob. cit.

⁴⁹ FIGUEREIDO DIAS, Jorge de, *Gewissenstat...* ob. cit., p. 540.

exculpación. Tampoco la falta de necesidad preventiva de punir ciertos hechos de conciencia constituye para él un criterio orientador. Sin embargo, tampoco pretende descartar la posibilidad de una exculpación, por lo cual expresamente hace énfasis en que está de acuerdo conmigo en lo que se refiere a los fundamentos político-criminales de la culpabilidad y a su función en el sistema⁵⁰. Él se apoya en la dignidad de la persona y en una analogía con el error de prohibición exculpante. “Lo que (...) de hecho puede cuestionar la punición de un hecho de conciencia no es la falta de necesidad preventiva de una pena, sino algo más importante en el contexto de un Estado democrático de derecho, esto es: la eminente dignidad humana del autor que sería lesionada si en un hecho en concreto, si bien en muy pocos casos, se reacciona con una pena”.

Él ve⁵¹ al autor de conciencia como alguien cohibido en una especie de “error de derecho natural”, el cual debería ser tratado por analogía con el “error de vigencia” como un error de prohibición y que dado el caso podría ser exculpado. “El autor conoce la prohibición en ambos casos, pero al final niega la vigencia de la norma como norma que afecta a su comportamiento en el caso concreto. Ahora bien, si esto ocurre por razones que son de naturaleza jurídica (como en el caso del error de vigencia) o por razones de conciencia (como en el caso del hecho de conciencia), se tiene una diferencia estructural significativa que a pesar de todo no está en condiciones de eliminar el sentido substancialmente análogo de estos dos casos para la valoración jurídico-penal”. Dado el caso de que el autor llegue de esta manera a la conclusión de que la norma no vale para él en una situación concreta, *Figueiredo Dias* propone una exculpación si a pesar del error se puede suponer que “perdura (...) una conciencia recta” y que la actitud del autor “es aceptable a la luz del derecho o incluso digna de reconocimiento”⁵².

6. Debate con *Figueiredo Dias* y *Frisch*

En una comparación de las posturas sustentadas por *Figueiredo Dias* y *Frisch* con mi concepción, a primera vista, se derivan características comunes esenciales. Si bien *Figueiredo Dias* quiere fundar una exculpación en la dignidad humana en lugar de hacerlo en el derecho fundamental a la libertad de conciencia, no veo en ello una diferencia considerable, puesto que tal lesión a la dignidad humana solo puede deducirse del desconocimiento de la decisión de conciencia del autor, por lo tanto esta decisión es la que termina siendo relevante para exculpar. Recurrir a

⁵⁰ FIGUEREIDO DIAS, Jorge de, *Gewissenstat...* ob. cit., p. 542. De aquí también lo concerniente a la siguiente cita.

⁵¹ FIGUEREIDO DIAS, Jorge de, *Gewissenstat...* ob. cit., p. 545.

⁵² FIGUEREIDO DIAS, Jorge de, *Gewissenstat...* ob. cit., p. 547.

la dignidad humana no es errado, ya que el art. 4 de la Ley Fundamental se plantea como una manifestación especial del derecho a la dignidad humana, pero sí representa un desvío en la dirección que conduce a la conclusión acertada. Aquí ni siquiera se presenta una verdadera “desconstitucionalización”, porque la dignidad humana –considerada como decisiva– es un valor constitucional supremo.

Algo similar aplica para la analogía que propone *Figueiredo Dias* con el error de prohibición. Si un autor de conciencia es exculpado, no lo es porque aquél considera a la norma como inválida, sino porque lo hace por razones de conciencia. En este sentido, aquí también es el art. 4 de la Ley Fundamental el que soporta la exculpación. Si en ambos casos *Figueiredo Dias* evita recurrir directamente al art. 4 de la Ley Fundamental, lo hace porque –como ya se dijo– él cree que la remisión a este derecho fundamental lo vincula con una solución mediante la justificación. No obstante, creo haber demostrado que el recurso al art. 4 de la Ley Fundamental puede ser compatible con una solución por medio de la exculpación.

Las diferencias se relativizan también mediante la relación de la libertad de conciencia con la dignidad humana a la cual se hace énfasis tanto por parte mía como por parte del Tribunal Constitucional. Por mi parte, señalé⁵³: “de la misma manera, sirve (...) al Estado de Derecho, a la dignidad humana y al progreso social cuando el Estado renuncia a la sanción penal en aquellos hechos de conciencia con los cuales el Estado puede vivir sin entregarse a sí mismo”. Por su parte, en el caso de la transfusión de sangre⁵⁴, el Tribunal Constitucional manifestó que una “punición criminal” del esposo, “que lo etiqueta como transgresor del derecho, representaría una reacción social excesiva que lesionaría con ello su dignidad humana”.

Coincido con ambos autores en considerar que los hechos de conciencia que pueden ser exculpados presentan características positivas que ocupan un rango elevado en el orden de valores de la Ley Fundamental. La libertad de creencia y de confesión, de la que se valen muchas veces los autores de conciencia, es mencionada por la Ley Fundamental como derecho fundamental autónomo junto a la libertad de conciencia. Y hechos de conciencia que promueven –por ejemplo– la paz mundial o la supresión de injusticias sociales, merecen el reconocimiento del ordenamiento jurídico. Anteriormente ya había dicho que “una decisión de conciencia, cuya manifestación hoy aún es ilícita, puede llegar a ser algún día mayoritaria y por medio de su impulso innovador contribuir a la evolución de la sociedad”⁵⁵. En gran parte, esto corresponde a la exigencia de *Figueiredo Dias* de que el hecho de conciencia exculpable tenga que expresar una “conciencia recta” y una actitud

⁵³ ROXIN, Claus, Die Gewissenstat als Strafbefreiungsgrund, ob. cit., p. 411.

⁵⁴ BVerfGE 32, 98 (pp. 108 y ss.).

⁵⁵ ROXIN, Claus, Die Gewissenstat als Strafbefreiungsgrund, ob. cit., p. 411.

aceptable para el derecho o digna de reconocimiento⁵⁶. También *Frisch* dice más o menos lo mismo, cuando menciona como segundo presupuesto para una posible exculpación del autor “la existencia de aspectos orientados a la conservación o a la promoción de valores jurídicos”.

De igual forma, ambos autores exigen la inexistencia de alternativas neutrales para la conciencia. Además, la falta de necesidad de fortalecer la vigencia de la norma (es decir, de una necesidad preventiva de punición) es reconocida expresamente por *Frisch* como presupuesto para una exculpación. Si bien es cierto que *Figueiredo Dias* la relega a un segundo plano, detrás de la referencia a la dignidad humana y a la conciencia recta del autor, termina por volver a esta necesidad de modo indirecto, en tanto que el autor de conciencia que puede ser exculpado debe ser alguien que –desde el punto de vista del ordenamiento jurídico– tenga patente una actitud interna aceptable o incluso merecedora de reconocimiento (“conciencia recta”), circunstancia ésta que hace suponer la ausencia de una necesidad preventiva de punición.

A mi parecer, la única diferencia importante en relación a ambos autores es que ellos hacen depender excesivamente la exculpación del estado de ánimo subjetivo del autor de conciencia, sin considerar suficientemente los efectos objetivos de su actuar. Esto me parece problemático si pensamos en la protección de los bienes jurídicos afectados, y además esconde el peligro de que una valoración cualitativa de la decisión de conciencia –la cual debe estar vedada al juez– termine colándose por la puerta trasera.

Si me es permitido volver a un ejemplo ya mencionado: quien por razones de conciencia arrebató la botella de licor del borracho (o el cigarrillo del que fuma), tiene ciertamente una conciencia recta y se orienta de acuerdo a fines aseguradores por valores también resguardados por el ordenamiento jurídico (a saber, la protección de la salud). No obstante, esta persona tiene que ser punida porque su acción lesiona el derecho de autodeterminación del afectado de una forma intolerable. Quien no cumple un deber penalmente sancionado de vacunarse, tiene –como ya se dijo– que ser punido si por causas de salud pública se fija como necesaria una vacunación completa de toda la población; en caso contrario, esta persona puede ser exculpada. La situación referida a la conciencia del autor es idéntica en ambos casos. Las circunstancias objetivas son las que en últimas deciden sobre la posibilidad de una exculpación.

Por tal razón, pretendo exculpar solamente los casos en que el autor de conciencia interviene en los derechos de terceros o de la colectividad de modo bagatelar, es decir, que no son realmente comprometedores. Pienso que ambos autores no confieren a este punto de vista la atención que merece. Al proponer una analogía

⁵⁶ FIGUEREIDO DIAS, Jorge de, *Gewissenstat...* ob. cit., p. 547.

con el error de prohibición inevitable, *Figueiredo Dias* se aferra completamente al campo de la psique del autor. Igualmente, *Frisch* sostiene que el hecho de “estar el autor enormemente dificultado de actuar de manera jurídicamente correcta” es la principal “razón para exculpar al autor y renunciar a la pena”⁵⁷. La intensidad de la presión de conciencia bajo la que se encuentra el autor no puede ser medida e incluso se escapa de la posibilidad de una reconstrucción forense. Tampoco existe algún tipo de referencia concerniente a que el legislador quiera diferenciar entre decisiones de conciencia absolutamente concluyentes y otras menos concluyentes y que con ello quiera entablar consecuencias jurídicas divergentes. Por lo tanto, no será posible hacer depender una exculpación del grado de premura de una decisión de conciencia.

Afortunadamente *Frisch* también consiente en que criterios preventivos sean tenidos en cuenta para una posible exculpación. Pero con ello piensa no tanto en la intensidad de la lesión al derecho que ha sido provocada por el autor de conciencia, sino más bien en el peligro para la vigencia de la norma en la conciencia colectiva. Por eso quiere restringir la exculpación a situaciones “relativamente extraordinarias o incluso a casos únicos e inusuales en donde las respectivas normas parezcan estar firmemente reconocidas y no se tenga que temer porque la renuncia a una reacción pueda fomentar la imitación de tales hechos”⁵⁸.

Este es con seguridad un punto de vista notable, pero me pregunto si acaso no es más importante la intensidad de la lesión al derecho. Por ejemplo, si un autor de conciencia protesta a favor de la paz mundial por medio de un “*sit-in*” y con ello realiza el tipo penal de violación de domicilio, probablemente este autor encontrará quien lo imite. Si se deja remover sin resistencia por parte de la autoridad competente, la perturbación por él provocada sería tan pequeña que – en mi opinión – es posible renunciar a la pena pese a que exista el riesgo de imitación. El constituyente (art. 4 para. 3 de la Ley Fundamental: “Nadie podrá ser obligado, contra su conciencia, a prestar el servicio militar armado”) incluso legitima decisiones de conciencia que –según muestra la experiencia– encuentran muchos imitadores.

Con todo esto, no quiero dar a entender que mis propuestas dirigidas a concretar una solución por medio de la exculpación para determinados grupos de casos responden definitivamente las cuestiones que aquí aparecen. Más bien, quiero dejar claro que una elaboración detallada de los posibles casos de exculpación relativos a la conciencia es una tarea en cuyo cumplimiento tenemos que continuar esforzándonos conjuntamente.

⁵⁷ FRISCH, Wolfgang, *Gewissenstaten und Strafrecht*, ob. cit., pp. 26 y ss.

⁵⁸ FRISCH, Wolfgang, *Gewissenstaten und Strafrecht*, ob. cit., p. 28.

V. ¿UN HECHO DE CONCIENCIA PENALMENTE TÍPICO NO DEBE SER
JUSTIFICADO NI EXCULPADO?

Por último, quiero ocuparme de la teoría que sostiene que no es posible la justificación ni la exculpación de los hechos de conciencia que realizan un tipo penal. Esta postura también ha encontrado nuevos adeptos en los últimos años. Fundamentalmente, estos autores se remiten a que la infracción de un tipo penal constituye siempre una grave violación al derecho y por este motivo son sobrepasados los límites impuestos a la libertad de manifestación de la conciencia, lo cual repercute sin excepción en la posibilidad de exculpación. *Frister* lo expresa de forma más clara⁵⁹: “Cuando el legislador amenaza cierto comportamiento con una sanción, aquél está decidiendo al mismo tiempo que este comportamiento afecta la libertad u otros derechos fundamentales de terceros no solo de manera periférica (...). Por esta razón, se debe ver al derecho penal en conjunto como una concreción de los límites inmanentes al derecho fundamental de la libertad de conciencia, de modo que una convicción derivada de la conciencia no basta para exculpar un delito”. También en *Otto* vemos esta postura⁶⁰: “Donde el legislador (...) no se decidió a favor de la decisión de conciencia y donde la interpretación de una norma tampoco ofrece una posibilidad de tomar en consideración tal decisión, priman las reglas legales”. *Lencker*⁶¹ asume que en los hechos de conciencia por comisión siempre hay una violación a los límites inmanentes del art. 4 de la Ley Fundamental por lo que rechaza tanto la justificación como también la exculpación. Como máximo, en los delitos omisivos puede faltar la exigibilidad de un comportamiento diferente, algo que ya de por sí excluye la tipicidad. De igual forma, *Stratenwerth/Kuhlen*⁶² admiten “solamente la posibilidad de una atenuación de la pena”.

Contra este planteamiento, de que el hecho de conciencia no tiene ninguna influencia sobre la punibilidad, se pueden formular razones contundentes tanto constitucionales (1) como también político-criminales (2).

⁵⁹ FRISTER, Helmut, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 5ª ed. (München, 2011), cap. 20, nm. 22.

⁶⁰ OTTO, Harro, *Grundkurs Strafrecht: Allgemeine Strafrechtslehre*, 7ª ed. (Berlin, 2004), § 14, nm. 31; de manera detallada OTTO, Harro, *Gewissensentscheidung und Rechtgeltung*, en HORN, Hans-Detlef, HÄBERLE, Peter y STERN, Klaus, *Recht im Pluralismus. Festschrift für Walter Schmitt Glaeser zum 70. Geburtstag* (Berlin-2003), pp. 21 y ss.

⁶¹ LENCKNER, Theodor, vor § 32, *LENCKNER et al.* (Hrsg.), *Schönke/Schröder, StGB Kommentar*, 27ª ed. (München-2006), nm. 118 y 119.

⁶² STRATENWERTH, Günter y KUHLEN, Lothar, *Strafrecht Allgemeiner*, 5ª ed., t. 1 (München, 2004), § 10, nm. 117.

1. Razones constitucionales contra la exclusión de cualquier posibilidad de exculpación

Las razones de derecho constitucional que –por lo menos de conformidad al derecho alemán– contradicen la imposibilidad de cualquier exculpación pueden ser apoyadas tanto en el constituyente (a), como también en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (b), al igual que en la opinión dominante dentro de la literatura de derecho constitucional (c).

a) Si las leyes penales llegasen a ser vistas como límites insuperables para cualquier exculpación de hechos de conciencia, esto significaría una restricción al derecho fundamental del art. 4 de la Ley Fundamental por medio de la ley ordinaria. Este tipo de restricciones están previstas en varios derechos fundamentales (por ejemplo, en el derecho a la libertad de expresión, art. 5 para. 2 de la Ley Fundamental), sin embargo, no lo están en dicho art. 4, lo cual no es ninguna casualidad, sino producto de una decisión reflexionada. La salvedad general que se previó en el proyecto de Ley Fundamental a favor de la seguridad, de la moralidad y de la salud pública fue expresamente rechazada en los debates constituyentes⁶³. Así pues, no se puede derivar mediante interpretación una salvedad legal general en la Ley Fundamental.

b) También el Tribunal Constitucional se ha negado a transferir las limitaciones constitucionales previstas para el derecho al libre desarrollo de la personalidad (por medio de los derechos de terceros, del orden constitucional y de la ley moral, art. 2 para. 1 de la Ley Fundamental) a la libertad de conciencia. Esto sería “incompatible con la relación –reconocida constantemente por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional– de subsidiaridad del art. 2 para. 1 de la Ley Fundamental respecto a la especialidad de los derechos de libertad individual”. Ante el carácter vinculante de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, el intérprete alemán no puede pasar por alto esto así de fácil.

c) Asimismo, en la literatura alemana de derecho constitucional se defiende de forma mayoritaria –lo cual no se expondrá aquí de nuevo⁶⁴– la posición según la cual los hechos de conciencia no están sencillamente expuestos a las mismas sanciones que el derecho penal prevé para los demás hechos.

2. Razones político-criminales contra la exclusión de cualquier posibilidad de exculpación

La argumentación jurídico-constitucional se encuentra también respaldada por razones político-criminales. Si bien es cierto que el Estado no puede ser gene-

⁶³ Véase las referencias en ROXIN, Claus, Die Gewissenstat als Strafbefreiungsgrund, ob. cit., p. 395.

⁶⁴ Véase las referencias en ROXIN, Claus, Die Gewissenstat als Strafbefreiungsgrund, ob. cit., p. 395.

roso con el derecho de terceros (por lo cual se excluye la justificación de hechos de conciencia penalmente típicos), aquél puede ejercer su poder sancionatorio de manera tolerante. De hecho, lo hace al prever en los §§ 153 y ss. del StPO la posibilidad de sobreseimiento incluso en casos de criminalidad intermedia y al reconocer –ya en el derecho material– una exclusión de la responsabilidad en situaciones de necesidad (§§ 33, 35 del StGB).

Cuando *Friester* –que en el fondo refleja la opinión de todos los que rechazan cualquier posibilidad de exculpar hechos de conciencia– dice que la mera amenaza de pena a un comportamiento representa una prueba irrefutable de que el hecho de conciencia “afecta la libertad u otros derechos fundamentales de terceros no solo de manera periférica”, desconoce el hecho de que el texto de la mayoría de los tipos penales encierra también la inclusión de hechos de bagatela, los cuales –al menos en actuaciones condicionadas por la conciencia del autor– no merecen sanción penal. En esto radica la base por la cual considero que el ámbito de aplicación para la exculpación de hechos de conciencia es fundamentalmente allí en donde no se afecta la autonomía de nadie o en donde la intervención en el derecho de terceros es solamente bagatelar y en realidad no es socialmente lesiva.

Otros ordenamientos jurídicos han reconocido esto incluso independientemente de la existencia de un hecho de conciencia. Por ejemplo, así lo dispone el Código Penal de Polonia en su art. 1, § 2: “Ningún delito representa un hecho prohibido, cuando su lesividad social es bagatelar”. Si conforme a esta prescripción, una exención general de la pena en casos de lesividad social bagatelar es vista como indicada en términos político-criminales, tal situación tendría que aplicar ¡sobre todo para los hechos de conciencia que se encuentran constitucionalmente privilegiados!

Los que se oponen a la solución por medio de la exculpación suelen indicar que ya “las posibilidades de sobreseimiento de los §§ 153, 153a del StPO permiten la no aplicación (conforme a la Constitución) de la correspondiente prescripción penal”⁶⁵. Pero, en primer lugar, existe una diferencia relevante en términos socio-psicológicos entre ser absuelto y conseguir solo el sobreseimiento de un proceso en el que se imputa un hecho que continúa siendo considerado como punible (en donde posiblemente la persona también estará bajo la imposición de cumplir determinadas exigencias). En segundo lugar, los parámetros constitucionales exigen una consideración propia del derecho material; aparte de ello, el propio legislador ordinario ha optado por una solución ajustada al derecho material para situaciones de emergencia (§§ 33, 35 del StGB).

⁶⁵ Así, BÖSE, Martin, *Die Glaubens- und Gewissensfreiheit...*, ob. cit., p. 68; HIRSCH, Hans, *Strafrecht und Überzeugungstäter...*, ob. cit., p. 26, defiende una atenuación facultativa del marco penal.

En tercer lugar, el reconocimiento de una exclusión de responsabilidad propia del derecho material le ofrece a la jurisprudencia y a la ciencia la posibilidad de elaborar –con mayor precisión y capacidad de obtener consenso– criterios de exención de la pena en casos de decisiones de conciencia, sobre los cuales incluso el presente trabajo se empeña; mientras que en el caso del sobreseimiento, todo esto queda a la discrecionalidad –ajena de cualquier control– de las partes envueltas en el proceso. Justamente en los casos de hechos de conciencia, esto resulta ser inaceptable porque en dicho ámbito existe un riesgo enorme de que la decisión sea fundamentada por medio de posturas ideológicas.

Detrás del rechazo a cualquier exculpación de hechos de conciencia existe también el temor de que la autoridad del Estado y de las leyes puede llegar a verse afectada si se es tolerante con los autores de conciencia. No obstante, este temor es infundado si la posibilidad de exculpación –como aquí se propone– queda restringida a los casos en los cuales se respeta la autonomía personal del afectado o en los que se interviene en los derechos de terceros o de la colectividad solo de manera periférica y no seriamente lesiva. Por el contrario, dicha generosidad del derecho puede fortalecer la autoridad del Estado; puesto que solamente un Estado fuerte puede permitirse –dentro de ciertos límites de tolerancia– escatimar sanciones frente a personas desviadas que incluso infrinjan las leyes penales. Un rédito de autoridad resulta además del hecho de que de esta manera el Estado puede lograr la integración –en una sociedad multicultural– de aquellos inconformistas con sus diferentes concepciones religiosas y culturales. En todo caso, con ello –acogiendo un apunte de *Figueiredo Dias*– se confirma de alguna forma un servicio a la dignidad humana, lo cual es honroso para cualquier Estado.

Concluyo este pequeño estudio, deseándole de todo corazón a *Jorge Figueiredo Dias* en su cumpleaños número setenta: ¡felicidad, salud y muchos años más de productividad! Mi humilde propósito fue el de seguir adelante con la discusión internacional que sostengo con él desde hace décadas en cuestiones importantes del derecho penal en las que ambos nos ocupamos. ¡Espero emotivamente su próxima contribución a este tema!

BIBLIOGRAFÍA

- BÖSE, Martin, Die Glaubens- und Gewissensfreiheit im Rahmen der Strafgesetze, en *ZStW* 113 (2001), pp. 40-75.
- EBERT, Udo, Der Überzeugungstäter in der neueren Rechtsentwicklung: zugleich ein Versuch zu seiner Beurteilung de lege lata (Berlin, 1975).
- FIGUEREIDO DIAS, Jorge de, Gewissenstat, Gewissensfreiheit und Schuldausschluss, en SCHÜNEMANN, Bernd (Hrsg.), Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001 (Berlin, 2001), pp. 531-548.

- FRISCH, Wolfgang, Gewissenstaten und Strafrecht, en HOYER, Andreas, et al. (Hrsg.), Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag (Heidelberg, 2006), pp. 11 y ss.
- FRISCH, Wolfgang, Grundrecht der Gewissensfreiheit und Gewissensdruck im Strafrecht, en *GA* (2006), pp. 273-279.
- FRISTER, Helmut, Strafrecht Allgemeiner Teil, 5ª ed. (München, 2011).
- HIRSCH, Hans, Strafrecht und Überzeugungstäter: Vortrag, gehalten vor der Juristischen Gesellschaft zu Berlin am 13. März 1996 (Berlin, 1996).
- HIRSCH, Hans, Derecho penal y autor por convicción, LAURENZO, Patricia (trad), en, del mismo, Derecho penal: obras completas, t. II (Buenos Aires, 2000), pp. 171-207.
- HÖCKER, Ralf, Das Grundrecht der Gewissensfreiheit und seine Auswirkungen im Strafrecht (Frankfurt am Main, 2000).
- JÄGER, Christian, Examens-Repetitorium Strafrecht Allgemeiner Teil, 3ª ed. (Heidelberg, 2007).
- KÜHL, Kristian, Strafrecht: allgemeiner Teil, 5ª ed. (München, 2005).
- LENCKNER, Theodor, vor § 32, LENCKNER *et al.* (Hrsg.), Schönke/Schröder, StGB Kommentar, 27ª ed. (München, 2006).
- OTTO, Harro, Gewissensentscheidung und Rechtgeltung, en HORN, Hans-Detlef, HÄBERLE, Peter y STERN, Klaus, Recht im Pluralismus. Festschrift für Walter Schmitt Glaeser zum 70. Geburtstag (Berlin, 2003).
- OTTO, Harro, Grundkurs Strafrecht: Allgemeine Strafrechtslehre, 7ª ed. (Berlin, 2004).
- PAEFFGEN, Hans-Ulrich, vor §§ 32-35, en KINDHÄUSER, Urs, NEUMANN, Ulfrid y PAEFFGEN, Hans-Ulrich, Nomos Kommentar, 2ª ed. (Banden-Baden, 2005).
- PETERS, Karl, Überzeugungstäter und Gewissenstäter, en GEERDS, Friedrich (Hrsg.), Beiträge zur gesamten Strafrechtswissenschaft, Festschrift für Hellmuth Mayer (Berlin, 1996), pp. 257 y ss.
- RADTKE, Henning, Überlegungen zum Verhältnis von “zivilem Ungehorsam” zur “Gewissenstat”, en *GA* (2000), pp. 19-39.
- RÖNNAU, Thomas, Vor § 32 (Kommentare), en LAUFHÜTTE, Heinrich Wilhelm, SAAN, Rissing-van y TIEDEMANN, Klaus. (Hrsg.), Leipziger Kommentar StGB, 12ª ed. (Berlin, 2006)
- ROXIN, Claus, Die Gewissenstat als Strafbefreiungsgrund, en: KAUFMANN, Arthur, Mestmäcker, Ernst-Joachim y ZACHER, Hans F. (Hrsg.), Rechtsstaat

- und Menschenwürde, Festschrift für Werner Maihofer zum 70. Geburtstag (Frankfurt am Main, 1998), pp. 389-411.
- ROXIN, Claus, Strafrecht, Allgemeiner Teil: Grundlagen der Aufbau der Verbrechenlehre, 4ª ed., t. 1. (München, 2006)
- SCHLEHOFER, Horst, vor §§ 32 ff., en JOECKS, Wolfgang y MIERBACH, Klaus, Münchener Kommentar zum StGB (München, 2003).
- STRATENWERTH, Günter y KUHLEN, Lothar, Strafrecht Allgemeiner, 5ª ed., t. 1 (München, 2004).
- TENCKHOFF, Jörg, Strafrecht und abweichende Gewissenstentscheidung, en GLATZEL, Norbert y KLEINDIENST, Eugen (Hrsg.), Die personale Struktur des gesellschaftlichen Lebens: Festschrift für Anton Rauscher (Berlin, 1993), pp. 432 y ss.