

Dolus malus

Günther Jakobs

Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn

Abstract*

El Derecho penal alemán, así como la doctrina alemana, distinguen entre dolo del tipo y conciencia del injusto. Se espera que del conocimiento de la realización del tipo surja una «llamada» que lleve a reflexionar acerca del injusto. Pero ese efecto de llamada también podría darse a partir de los conocimientos rudimentarios del autor de un hecho imprudente. - La mencionada separación no puede realizarse respecto de los elementos normativos (como «ajenidad») ni, muy particularmente, respecto de aquellos elementos que determinan una posición de garante (como «obligación de control de fuentes de peligro»), una conducta no permitida (como «rebasar el riesgo legalmente permitido»), o aquellos que entrañan una valoración global (como «reprochabilidad»). - El resultado de ello sería que el dolo del tipo tendría, todo lo más, una función didáctica provisional, pero no pertenecería al concepto de delito.

German criminal law distinguishes between mens rea and knowledge of prohibition. The idea behind this is that knowledge of facts inspires reflection on prohibition. But this effect is not limited to knowledge of facts. It can also appear when the offender acts reckless. The distinction made by the dominant doctrine does not work sufficiently for elements that describe social facts which achieve relevance for the law (like «another person's property»), especially not for elements of a legal obligation (like «to control the origin of danger»), for prohibited behavior (like «to violate risk based regulation»), or those that refer to the characteristic traits of an offence (like «condemnable»). - As a result the distinction only has a provisional function for didactics.

Das deutsche Strafrecht und die deutsche Strafrechtslehre und -wissenschaft trennen Tatbestandsvorsatz und Unrechtsbewusstsein. Von der Kenntnis der Tatbestandsverwirklichung wird ein «Appell» erwartet, sich um die Unrechtslage zu kümmern. Aber einen solchen Appell können auch die rudimentären Kenntnisse des Täters einer fahrlässigen Tat bewirken. - Die genannte Trennung gelingt nicht bei normativen Tatbestandsmerkmalen (etwa: Fremdheit), insbesondere nicht bei Merkmalen zur Bestimmung einer Garantenstellung (etwa: Verkehrssicherungspflicht), eines unerlaubten Verhaltens (etwa: Überschreitung des rechtlich erlaubten Risikos) und einer Gesamttatbewertung (etwa: Verwerflichkeit). - Im Ergebnis hat der isolierte Tatbestandsvorsatz allenfalls eine vorläufig-didaktische Funktion, gehört aber nicht zum Verbrechensbegriff.

Title: Dolus malus

Titel: Dolus malus

Palabras clave: dolus malus, dolo del tipo, conciencia del injusto, función de llamada, elementos normativos.

Keywords: dolus malus, criminal intention, knowledge of prohibition, mens rea.

Stichwörter: dolus malus, Tatbestandsvorsatz, Unrechtseinsicht, Appellfunktion, normative Tatbestandsmerkmale.

* Título original: «Dolus malus», en Klaus ROGALL (Hrsg.), *Festschrift für Hans-Joachim Rudolphi zum 70. Geburtstag*, Luchterhand, Neuwied, 2004. Traducción de Yamila Fakhouri Gómez, profesora investigadora de Derecho Penal de la Universitat Pompeu Fabra (Barcelona).

Sumario

- 1. Dolo y conciencia de la antijuridicidad**
 - 1.1. El Derecho positivo**
 - 1.2. ¿La función de llamada del dolo?**
 - 2. La identidad del dolo y el conocimiento del injusto**
 - 2.1. Elementos normativos del tipo**
 - 2.2. En particular: las posiciones de garante**
 - 2.3. En particular: el riesgo no permitido**
 - 2.4. En particular: los elementos de valoración global del hecho**
 - 3. El injusto como unidad de sentido**
- Listado de sentencias**
- Bibliografía**

1. Dolo y conciencia de la antijuridicidad

1.1. El Derecho positivo

Como es sabido, el Derecho alemán vigente distingue entre dolo del tipo y conciencia de la antijuridicidad¹ de tal manera que, en los supuestos de desconocimiento de la realización del tipo que tiene su origen en un error² inevitable, únicamente puede castigarse por imprudencia (§ 16 párr. 1 StGB), y ello es así sólo respecto de algunos tipos penales y en la mayoría de ellos las penas son considerablemente más benévolas, mientras que cuando, de manera evitable, falta la conciencia de estar realizando un injusto, la pena puede ser atenuada, pero no ha de serlo necesariamente (§ 17 párr. 2 StGB). Las respectivas regulaciones actuales, en las que la diferencia en las consecuencias jurídicas apenas es calificada ya como sorprendente³ seguramente porque el mundo se ha acostumbrado a ella desde hace decenios, se alimentan de fuentes diferentes. La regulación psicologizante del dolo se debe a una naturalización del lado subjetivo del hecho, a cuya irrupción contribuyó especialmente *v. Feuerbach*⁴ y que, entre conocimiento y «error», no deja espacio para un no pensar que tiene su origen en la indiferencia, *dolus indirectus*.⁵ La regulación normativizante sobre la conciencia de injusto es el resultado de la reflexión exactamente contraria: incluso algunos de los defensores de la teoría del dolo, esto es, de la concepción del dolo como *dolus malus*, reconocieron que la culpabilidad no es únicamente un derivado de hechos psíquicos, abandonando de este modo uno de los principales contenidos de esta teoría e

¹ Por conciencia de la antijuridicidad se entiende aquí, junto con RUDOLPHI, *Unrechtsbewusstsein, Verbotsirrtum und Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums*, 1969, p. 63, el «conocimiento de la obligatoriedad con carácter general y de la inviolabilidad del valor perdido y, por tanto, del carácter jurídico... de la norma lesionada». El conocimiento de la lesividad social no puede sustituir al conocimiento de la antijuridicidad, así acertadamente RUDOLPHI, pp. 65 y ss., 70 y ss. (en este sentido, si bien respecto de la antigua teoría del dolo, especialmente, Arthur KAUFMANN, *Das Unrechtsbewusstsein in der Schuldlehre des Strafrechts*, 1949, pp. 142 y ss.; el mismo, *Das Schuldprinzip. Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung*, 2ª ed., 1976, pp. 130 y ss.).

² En este sentido el título del § 16 StGB; *vid. infra* C.

³ La circunstancia de que, para la atenuación facultativa de la pena del § 17 StGB, se aprecie todavía una cierta necesidad de explicación que apenas se exige para la regulación del § 16 StGB, que se encuentra unida al conocimiento de manera inamovible, constituye la prueba de la larga sombra psicologizante. Respecto del primer precepto: RUDOLPHI, en RUDOLPHI *et al.* (eds.), *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Allgemeiner Teil*, t. I, 7ª/8ª ed., actualización de 2002 (en adelante: SK), § 17, nm. 47 y ss.; NEUMANN, en NEUMANN *et al.* (eds.), *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, t. I, actualización de 2003 (en adelante: NK), § 17, nm. 83; SCHRÖDER, en JÄHNKE *et al.* (eds.), *Leipziger Kommentar*, 11ª ed., 14ª entrega, 1994 (en adelante: LK), § 17, nm. 48, respectivamente con referencias. En relación con el último, *infra* nota 10.

⁴ *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, 2ª parte, 1800, p. 66 y *passim*; el mismo, en v. ALMENDINGEN *et al.* (eds.), *Bibliothek des peinlichen Rechts, der peinlichen Gesetzgebung und Gesetzkunde*, 2ª parte, 1804, pp. 193 y ss., 209; el mismo, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, 11ª ed., 1832, §§ 54 y ss. – Al respecto en detalle LESH, *Der Verbrechensbegriff. Grundlinien einer funktionalen Revision*, 1999, pp. 57 y ss.

⁵ Sobre esta cuestión, JAKOBS, «Gleichgültigkeit als dolus indirectus», *ZStW* 114 (2002), pp. 584 y ss., 593 y ss.

«ignorando», en consecuencia, el desconocimiento del injusto⁶ cuando el mismo tenía su origen en una «actitud del autor que no resultaba conciliable con una concepción sana del Derecho y el injusto»⁷.

Resulta evidente que la conciencia de injusto resultante de la «enemistad hacia el Derecho»⁸ puede llegar hasta tal punto, que el autor tampoco perciba lo que lleva a cabo desde la perspectiva del tipo. El § 16 párr. 1 StGB contemplaría un beneficio no justificado para este caso si, junto con la doctrina unánime, esta norma se interpreta de tal modo que entre la comisión «con conocimiento» y la «comisión imprudente» no hay una tercera forma de comisión, esto es, no hay *dolus indirectus*.⁹ Por ejemplo, dos personas hacen caer una carpa bajo la cual se encuentra un gran número de personas para evitar que prosiga el acontecimiento que tiene lugar en ella; uno de los participantes ha pensado en la alta posibilidad de que se produzca una situación de pánico con consecuencias mortales, el otro en cambio no, ya que se había concentrado por completo en la perturbación perseguida. Homicidio doloso, o incluso asesinato, respecto del primero y homicidio imprudente, como mucho, respecto del último, sería la propuesta de solución del Derecho vigente según la interpretación habitual; -esto, desde luego, no resulta convincente-. El problema se trata en ocasiones como un problema de la llamada ceguera ante los hechos.¹⁰ Si, por tanto, no se habla aquí de enemistad hacia el Derecho, sino de indiferencia, ello es para destacar que no se trata de un proceso psicológico (odio o algo parecido), sino de la falta de cualquier tipo de fidelidad jurídica, incluida la latente (que puede surgir cuando concurren determinados conocimientos). «El alma sólo es indiferente respecto de aquello en lo que no piensa, sólo respecto de una cosa que para ella no tiene importancia».¹¹ En consecuencia, no se coloca un fenómeno psicológico (conocimiento) al lado de otro (enemistad); se argumenta normativamente, a partir de la exigencia de fidelidad jurídica, e incluso el conocimiento constituiría, desde esta perspectiva, únicamente el indicio de la existencia de un déficit, precisamente de fidelidad jurídica.

⁶ No se abordará aquí el problema harto tratado acerca de si un desconocimiento inevitable en el momento del hecho (en el lenguaje del legislador) puede imputarse cuando el mismo tiene su origen en una errónea conducción de la vida. Respecto de esta cuestión RUDOLPHI, *Unrechtsbewusstsein, Verbotsirrtum und Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums*, 1969, pp. 372 y ss. con referencias.

⁷ MEZGER, en JAGUSCH *et al.* (eds.), *LK*, 8ª ed., t. I, 1957, § 59 II 17 I a, b (p. 499); *vid.* además SCHRÖDER, «Die Irrtumsrechtsprechung des BGH», *ZStW* 65 (1953), pp. 178 y ss., 199; crítico con estas correcciones desde la base de la teoría de la culpabilidad especialmente WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 11ª ed., 1969, pp. 160 y ss.

⁸ MEZGER, en JAGUSCH *et al.* (eds.), *LK*, § 59 II 17 I a, b (p. 499).

⁹ JAKOBS, *ZStW* 114 (2002), pp. 584 y ss., 593 y ss.

¹⁰ Referencias en JAKOBS, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2ª ed., 1991, Apartado 8, nm. 5a, nota 9; al respecto (desde una perspectiva crítica) SCHROTH, *Vorsatz und Irrtum*, 1998, p. 50. Si para el *dolus eventualis* se exige el conocimiento de un peligro, y además una toma de postura al respecto, surge como problema análogo cómo ha de procederse cuando la falta de una toma de postura tiene su origen en la indiferencia; al respecto SCHROTH, «Die Rechtsprechung des BGH zum Tötungsvorsatz in der Form des "dolus eventualis"», *NStZ*, 1990, pp. 324 y ss.; FRISCH, «Offene Fragen des dolus eventualis», *NStZ*, 1991, pp. 23 y ss.; RUDOLPHI, en RUDOLPHI *et al.* (eds.), *SK*, § 16, nm. 45 con más referencias.

¹¹ LESSING, *Emilia Galotti*, IV/3.

Welzel, que es el autor cuyo finalismo fortaleció el psicologismo que tiene su origen en *v. Feuerbach* en lo que respecta al dolo del tipo (pero precisamente no respecto de la «conciencia de la infracción»¹² exigida consecuentemente por *v. Feuerbach* tanto respecto del dolo como de la imprudencia), ha intentado defender la diferencia entre ambas regulaciones. En primer lugar critica la teoría del dolo, a la que reprocha seguir un «principio del conocimiento», mientras que la teoría de la culpabilidad, que encuentra su reflejo en el Derecho positivo en el § 17 StGB y que es la que se sigue por la jurisprudencia desde la resolución del Gran Senado del BGH de 1952¹³, se corresponde con el «principio de la responsabilidad».¹⁴ Ello constituye el núcleo de la diferencia: imputación como un mero derivado de hechos psíquicos –como hace la teoría del dolo,¹⁵ siempre y cuando no adopte reglas excepcionales para los supuestos de «enemistad hacia el Derecho» que se contradicen con el sistema (en relación con esta cuestión *supra*)– versus imputación como un proceso determinado normativamente –como hace la teoría de la culpabilidad–. A continuación, *Welzel* intenta fundamentar el límite entre el dolo y la imprudencia sobre la base de criterios psicologizantes:¹⁶ respecto de la imprudencia en relación con el tipo «la decisión del autor no se encontraría orientada a la realización de la lesión típica de un bien jurídico..., sino a un resultado irrelevante desde la perspectiva del Derecho (por regla general), que a menudo es, incluso, deseado». El ordenamiento jurídico obligaría al autor a «tener en cuenta los posibles peligros» en la persecución de sus propios fines. No obstante, «como la manera de ser de las cosas en la actualidad trae consigo fuentes de peligro manifiestas, el ordenamiento jurídico tiene que tolerar la mayor parte de los peligros –si no quiere ahogar cualquier acción en el ámbito social antes de que ésta vea la luz– ... De esta manera opera también el principio de responsabilidad: el ser humano sólo puede asumir la responsabilidad activa en relación con el modo de desarrollarse los acontecimientos en el mundo cuando el ordenamiento jurídico (...) no amplía exageradamente el riesgo de posibles peligros». Aquello que *Welzel* llama «principio de la responsabilidad» respecto de la imprudencia del tipo es, en realidad, el principio de conocimiento rechazado por él mismo; en la medida en que, desde la concepción habitual, que tampoco es puesta en duda por *Welzel*, un autor que no conoce la realización del tipo se ve liberado de la pena del dolo sin tener en cuenta en qué medida es responsable de su desconocimiento: se trata por tanto de imputación como derivado de hechos psíquicos, no como contexto normativo independiente.¹⁷

¹² V. FEUERBACH, *Revision* (...), 2ª parte, 1800, p. 66 y *passim*; el mismo, *Lehrbuch* (...), 11ª ed., 1832, §§ 54 y ss. Respecto de este problema también RUDOLPHI, *Unrechtsbewusstsein, Verbotsirrtum und Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums*, 1969, pp. 48 y s.

¹³ BGHSt 2, 194 y ss.

¹⁴ WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 11ª ed., 1969, p. 162.

¹⁵ Sobre la crítica actual, en los mismos términos, a la teoría del dolo, ROXIN, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, t. I, 3ª ed., 1997, § 21, nm. 9: «...basta con no adquirir conocimiento de un tipo penal para estar a salvo de la pena contenida en él». ¡Pero ello ha de ir referido también a la situación en la que no se conoce la realización del tipo!

¹⁶ WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 11ª ed., 1969, p. 162.

¹⁷ En detalle JAKOBS, «Handlungssteuerung und Antriebssteuerung. Zu Hans Welzels Verbrechensbegriff», en LILIE et al. (eds.), *Festschrift für Schreiber*, 2003, pp. 947 y ss., 950 y ss.

Parte del contraste entre ambas regulaciones puede resolverse por la vía *práctica*, en particular los delitos cualificados por el resultado pueden absorber casos importantes de ceguera ante los hechos, pero habrán de ser entonces interpretados como tales –sobre esto no se ahondará aquí–.¹⁸ En el plano teórico la diferencia no tiene fundamento. Ciertamente la teoría tiene que apañárselas con la formulación legal existente, esto es, con la contraposición de, por una parte, conocimiento (§ 16 párr. 1 enunciado 1 StGB) o conciencia (§ 17 enunciado 1 StGB) y, por otra parte, error (§ 16 StGB título, § 17 StGB título y enunciado 2). El desconocimiento que tiene su origen en la falta de interés no es conocimiento, pero tampoco es un error. O ¿acaso yerra el lector de esta contribución sobre el número de palabras leídas hasta el momento porque, por su absoluta falta de interés, no se ha ocupado de averiguar la cifra? Es cierto que puede entenderse el error como un error «en sentido jurídico», de manera que abarque toda falta de conocimiento actual (un argumento a favor de ello es la mera posibilidad de reducción de la pena del § 17 enunciado 2 StGB), pero del mismo modo podría procederse con el conocimiento y la conciencia, añadiéndoles el desconocimiento que tiene su origen en la indiferencia como «conocimiento en sentido jurídico»¹⁹ (en favor de lo cual habla la obligación de reducción fáctica en el resto de supuestos de desconocimiento del § 16 párr. 1 enunciado 2). En todo caso los conceptos «conocimiento» o «conciencia» o «error» (o también «imprudencia») no pueden comprenderse de manera cerrada y tratarlos como si se tocaran y no dejaran ningún hueco. En algún lugar ha de colocarse el desconocimiento que no es un error.

1.2. ¿La función de llamada del dolo?

También quien considerara correcto lo que se ha dicho hasta ahora y aceptara que el problema de la ceguera ante los hechos ha de ser abordado y resuelto en el plano teórico podría aducir que la distinción entre dolo y conciencia de la antijuridicidad tiene sentido: el conocimiento de la realización del tipo penal constituiría un nivel previo al conocimiento de la antijuridicidad, esto es, del supuesto básico generalmente aceptado de culpabilidad plena. Este argumento fue traído a colación por los defensores de la teoría estricta de la culpabilidad en el marco de la discusión sobre el tratamiento de la suposición errónea –más concretamente, inexacta–, de que concurren los presupuestos objetivos de una causa de justificación²⁰; de manera que el conocimiento de los elementos típicos debería transmitir al autor «los impulsos»²¹ de «comprobar la concurrencia del supuesto de hecho

¹⁸ En relación con las carencias de la resolución práctica JAKOBS, *ZStW* 114 (2002), p. 597 y ss.

¹⁹ Esta es la terminología de WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 11ª ed., 1969, pp. 164 y ss., según la cual el autor «conoce» la antijuridicidad «de manera positiva» (!) cuando es «consciente» de ella «actualmente» o puede «actualizarla en ese momento».

²⁰ Una descripción de las controversias con referencias puede verse en JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1991, Apartado 11, nm. 42 y ss., 45 y ss.

²¹ Por «impulsos» se entiende los motivos del deber ser para la evitación: no depende de si se mueve algo dentro (!) del autor (en este sentido, sin embargo, Armin KAUFMANN, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, 1959, p. 148; HORN, *Verbotssirrtum und Vorwerfbarkeit*, 1969, p. 105: «duda no específica»), sino de si la conducta se evitaría partiendo de la base de que concurre fidelidad al Derecho suficiente.

justificativo»²²: la denominada función de llamada del dolo.²³ Esta función es presentada – en parte– como un contenido esencial de la teoría de la culpabilidad.

La objeción de que, respecto de algunos tipos penales, no cabe hablar de una función de llamada no será objeto de atención aquí (*infra* C). Únicamente señalar en este punto que esta objeción es correcta con base en la concepción habitual del dolo y la determinación habitual de su objeto, sobre todo en los delitos de peligro abstracto y, en concreto, en aquellos que se incluyen en el Derecho penal accesorio.²⁴ Se trata aquí de algo más radical: ya todo autor imprudente debería sentir impulsos para seguir informándose, más exactamente, impulsos de no ejecutar una conducta cuando es una conducta antijurídica prototípica, de manera que, en lo que respecta a los impulsos, sólo existe una diferencia gradual entre el autor imprudente y el autor doloso.

Entre el conocimiento de la realización de un tipo penal y el desconocimiento puede establecerse una transición fluida. Incluso dejando de lado «delitos intermedios», esto es, delitos de peligro abstracto o concreto y otros delitos «en los que se adelanta la barrera de protección»,²⁵ y limitándose a delitos que producen de manera inequívoca una lesión – como el homicidio– hay un espacio entre conocimiento y desconocimiento en el que no impera el desconocimiento, pero en el que tampoco existe todavía un conocimiento completo. El desconocimiento absoluto existe únicamente en una situación conforme a Derecho prototípica y, en una situación de esas características, ni siquiera cabe la responsabilidad por imprudencia. Desde el momento en que comienza el conocimiento, tal conocimiento constituye, por tanto, la imagen de una situación no estereotipo conforme a Derecho. Ya desde esa situación debería surgir el impulso de no hacer nada sin verificar la situación (o, en los delitos de omisión, de dar comienzo a una acción de salvamento). Por ejemplo, una persona, que no es un cazador ni tampoco un soldado, manipula una escopeta. El conocimiento de que la escopeta está cargada, que se encuentra en las proximidades de una persona, que el arma apunta a esa persona, que un dedo se encuentra en el gatillo, etc., incrementa la posibilidad de la realización del tipo. Los elementos pueden ordenarse de otra manera pero, en cualquier caso, no existe una llamada en un único nivel

²² WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 11ª ed., 1969, p. 168; HIRSCH, *Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen. Der Irrtum über einen Rechtfertigungsgrund*, 1960, pp. 314 y ss. y *passim*.

²³ Normológicamente no se trata de una llamada (que debe ser oída pero que, sin embargo, no es oída siempre) para representarse el injusto, sino para evitar la conducta que resulta (al menos) de dudosa corrección desde la perspectiva jurídica.

²⁴ TIEDEMANN, *Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht. Untersuchungen zu einem rechtsstaatlichen Tatbestandsbegriff, entwickelt am Problem des Wirtschaftsstrafrechts*, 1969, pp. 282 y ss., 335 y ss., 372; el mismo, «Zum Stand der Irrtumslehre, insbesondere im Wirtschafts- und Nebenstrafrecht. Rechtsvergleichende Überlegungen und Folgerungen», en SCHLÜCHTER (ed.), *Kriminalistik und Strafrecht. Festschrift für Geerds*, 1995, pp. 95 y ss., 99, 103; *vid.* también KÖHLER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 1997, p. 158. Ya LANGE, «Der Strafgesetzgeber und die Schuldlehre. Zugleich ein Beitrag zum Unrechtsbegriff bei den Zuwiderhandlungen», *JZ*, 1956, pp. 73 y ss.; el mismo, «Die Magna Charta der anständigen Leute», *JZ*, 1956, p. 519; WELZEL, «Der Verbotsirrtum im Nebenstrafrecht», *JZ*, 1956, pp. 238 y ss.

²⁵ Detalles pueden verse en JAKOBS, «Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung», *ZStW* 97 (1985), pp. 751 y ss., 773 y ss.

de conocimiento, sino que existen múltiples llamadas a partir del primer nivel. En los supuestos de error, y en lo que respecta a esas llamadas, se puede hablar de un apremio que se va incrementando en la medida en que el conocimiento de que se dispone constituye un indicio más o menos drástico del riesgo no permitido de la conducta (pero resulta indicativo de ello en todo caso; se trata por tanto de un conocimiento que basta por sí mismo, no de un mero fragmento de conocimiento). Por ejemplo, quien sabiendo que está cargada, acciona en un descuido una escopeta produciendo daños ha hecho caso omiso de un impulso más fuerte que el que tendría aquel que *-ceteris paribus-* erróneamente, y de manera evitable, pensaba que la escopeta se encontraba descargada. Así, se puede formular lo siguiente: cuanto más elemental es el error menor es el reproche y sin error ha de formularse el mayor reproche *-siempre: ceteris paribus.*²⁶ Pero respecto de los que no yerran, más concretamente, los indiferentes, ocurre lo contrario: cuanto más indiferente es el sujeto antes afecta su desconocimiento también a cosas elementales (o su saber elemental es sólo un saber casual). En la medida en que se considera que el indiferente actúa de manera evitable y se toma en serio que la indiferencia no beneficia al reo este actúa con culpabilidad plena. En cualquier caso, en una sociedad que permite interacciones físicas profundamente intrincadas, la función de llamada que tiene su origen en un saber es algo casi ubicuo y que no se encuentra unido al conocimiento de la completa realización del tipo penal.²⁷

²⁶ Respecto de eso acertadamente PAEFFGEN, «Anmerkungen zum Erlaubnistatbestandsirrtum», en DORNSEIFER *et al.* (eds.), *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, 1989, pp. 399, 407: la pena del dolo sólo se merece cuando se conoce el tipo. Pero ello no permite fundamentar una especial *calidad* del dolo y, desde la perspectiva *cuantitativa*, el dolo del hecho puede colocarse en el mismo nivel que un hecho imprudente cuando se presupone erróneamente la concurrencia de una situación de justificación. Además: la fuerza (del deber ser) de la llamada no se define en función de lo que se conoce, sino en función de la urgencia jurídica de evitar una conducta debido a que existe conocimiento, y la indiferencia no suprime esa urgencia; al respecto a continuación en el texto.

²⁷ La argumentación con la función de llamada se puede reformular en el sentido de que la realización de un tipo penal resulta llamativa de cara a la sociedad (el matar a un ser humano, aunque sea en legítima defensa), mientras que una conducta que no supone la realización de un tipo penal no (matar a un mosquito); WELZEL, «Die Regelung von Vorsatz und Irrtum im Strafrecht als legislatorisches Problem», *ZStW* 67 (1955), pp. 196 y ss., 210; el mismo, *Das Deutsche Strafrecht*, 11ª ed., 1969, p. 81; HIRSCH, *Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen (...)*, 1960, pp. 210, 278 y s.; el mismo, en JÄHNKE *et al.* (eds.), *LK* (aquí: 16ª entrega, 1994) antes del § 32, nm. 8; JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1991, Apartado 6, nm. 58 (con ello se abandona el argumento). El ejemplo se remonta a KOHLRAUSCH, *Irrtum und Schuldbegriff im Strafrecht*, 1ª Parte, 1903, p. 64, y es empleado por él en un sentido opuesto a la teoría de la culpabilidad: conforme a Derecho es precisamente eso, conforme a Derecho. Al respecto HIRSCH, *Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen (...)*, 1960, p. 56. También en esta reformulación el argumento es falso, como ha demostrado LESH, *Der Verbrechensbegriff. Grundlinien einer funktionalen Revision*, 1999, pp. 264 y ss.: una conducta que no es típica por faltar la imputación objetiva puede ser igual de llamativa socialmente que una justificada (la muerte de un ser humano en el marco del riesgo permitido en el tráfico rodado lleva aparejada una investigación formal para cerciorarse de lo que está permitido, al igual que ocurre con la que se produce en legítima defensa).

Del mismo modo ocurre en los supuestos en que se cree erróneamente que se realiza un tipo penal de justificación²⁸ –la situación para la que se formuló el argumento de la función de llamada–: tal suposición, más o menos fundamentada, tiene el efecto de reducir el impulso (debido) proporcionalmente, en función de lo justificada que esté;²⁹ en el supuesto en que la suposición no tenga fundamento alguno, la reprochabilidad no se ve reducida (en paralelo con la ignorancia elemental que tiene su origen en la indiferencia). En consecuencia, el dolo del tipo es un paso posible, junto con otros muchos, hacia la conciencia de injusto, sin que le corresponda una cualidad propia. Además se demostrará que el dolo del tipo no constituye ni desde el punto de vista lógico, ni desde el punto de vista práctico, un nivel *previo* al conocimiento del injusto, sino que ambos se condicionan recíprocamente (*infra* C).

2. La identidad del dolo y el conocimiento del injusto

2.1. Elementos normativos del tipo

Cuando se afirma una distinción, en este caso aquella entre dolo y conocimiento del injusto, que sólo resulta cognoscible como la sombra de objetos caducos desde hace mucho tiempo (la conexión entre Derecho y Psicología primero y, más tarde, el concepto ontológico de acción final por una parte, y la regla «*error iuris nocet*» como fuente de la distinción entre *ignorantia iuris* e *ignorantia facti*, por otra) puede esperarse que esta no influya necesariamente en la aplicación del Derecho, aunque se encuentre recogida en el Derecho positivo (§§ 16, 17 StGB). De hecho, esto no es así: entre otras cosas en relación con los

²⁸ La discusión acerca de si, en esos casos, resulta de aplicación el § 16 StGB o el § 17 StGB no puede llevar a una decisión final, ya que ambas normas regulan de manera diferente aquello que no se puede separar – el § 16 StGB poniendo el acento en lo psicológico, el § 17 poniendo el acento en lo normativo–. Respecto de la situación actual de la teoría estricta de la culpabilidad PAEFFGEN, en NEUMANN *et al.* (eds.), *NK*, antes del § 32, nm. 103 y ss., 109 y ss.; en relación con la teoría limitada de la culpabilidad ROXIN, *AT*, t. I, 3ª ed., 1997, § 14, nm. 51, ambos con referencias.

²⁹ En el marco de la discusión sobre la teoría estricta de la culpabilidad WELZEL introdujo el argumento de que el autor imprudente tiene que preguntarse «¿qué es esto?», mientras que, por el contrario, el autor que actúa en legítima defensa putativa tiene que preguntarse «¿me está permitido?» (*Das neue Bild des Strafrechtssystems*, 1952, p. 55 en la nota 1 de la p. 54); sobre esto HIRSCH, *Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen* [...], 1960, pp. 186 y s., 233 y s.). Desde luego no tiene que ser algo contrapuesto: si aquello que es no se entiende como un *factum brutum*, sino como algo ordenado socialmente, la pregunta sería en cualquier caso si la conducta es la debida, y sólo esa cuestión resulta decisiva para la imprudencia; las cuestiones acerca del estado del ser en el marco de lo permitido –¿estoy matando un ratón o un topo?– no encuentran justificación en el Derecho penal. Pero si se limita a un *factum brutum* también el autor que actúa en legítima defensa putativa se pregunta de qué supuesto se trata (crítico en sentido parecido ya NOWAKOWSKI, «Rechtsfeindlichkeit, Schuld, Vorsatz», *ZStW* 65 (1953), pp. 379 y ss., 393). Por tanto, cuando los defensores de la teoría estricta de la culpabilidad insisten –acertadamente– en afirmar que, en los supuestos de error de tipo, no se trata de un (mero) error de hecho (como opuesto al error de Derecho), están fundamentando como dolo del tipo aquello que la teoría del dolo entiende como dolo de la culpabilidad: *dolus malus*.

elementos normativos del tipo³⁰ –dicho de otro modo, con aquellos elementos típicos que se refieren a hechos con un carácter social evidente³¹ que adquieren la forma de hechos jurídicos, en contraposición con aquellos elementos respecto de los cuales esta relación está encubierta–, la distinción es de nuevo suprimida en el ámbito nuclear, como cabe apreciar en los delitos de lesiones y de los delitos de peligro concreto. En consecuencia basta un solo elemento para impregnar el tipo penal global con el orden normativo, en la medida en que el tipo penal no viene dado por un cúmulo de elementos heterogéneos, sino que constituye *una* unidad de sentido.

Un prototipo de estos elementos es el carácter ajeno de la cosa en los delitos contra la propiedad: el dolo respecto de ello viene dado (no, como se formula por amplios sectores, por una valoración o un enjuiciamiento sino) por el conocimiento de (al menos la co-) propiedad de otro, en definitiva, el conocimiento de que existen normas que regulan las relaciones respecto de las cosas, y de que, según esas normas, una cosa determinada se encuentra (también) adscrita a otra persona. Ese conocimiento no es otra cosa que el conocimiento de la prohibición de destruir la cosa, de apropiarse de ella, etc., sin consentimiento del otro. Con ello, respecto de los delitos contra la propiedad, queda excluido el desconocimiento directo del injusto cuando concurre dolo. Desde luego que tal conocimiento del injusto puede no concurrir, no sólo por motivo del desconocimiento de la realización del tipo penal, sino también debido a la creencia –cierta o incierta– de una situación de justificación; esto se menciona aquí únicamente y no será tratado en mayor detalle.

Se trata de una mera cuestión de técnica legislativa si el carácter ajeno es introducido en el tipo penal o se mantiene exclusivamente como motivo de la norma,³² recogiendo en este último caso en el tipo penal sólo los elementos relativos al proceso de adquisición, no el

³⁰ La confusa situación a la hora de determinar (!) e interpretar estos elementos no puede plasmarse aquí; *vid.* la descripción en la obra de SCHLÜCHTER, *Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale im Strafrecht*, 1983, pp. 42 y ss. (jurisprudencia más reciente), pp. 67 y ss. (doctrina); ROXIN, *AT*, t. I, 3ª ed., 1997, § 12, nm. 89 y ss., 101 y ss. Llama la atención el hecho de que autores cercanos a la teoría del dolo (como Arthur KAUFMANN, «Einige Anmerkungen zu Irrtümern über den Irrtum», en KÜPER *et al.* [eds.], *Festschrift für Lackner*, 1987, pp. 185 y ss., 190 y ss.) se esfuercen en mantener separados el dolo y la conciencia de la antijuridicidad, esto es, en no mezclar el § 16 StGB y el § 17 StGB, como si el Derecho positivo primara sobre la estructura normativa de la sociedad que ha sido fijada. El Derecho positivo puede ignorar esa estructura, pero entonces ya no puede ser interpretado adecuadamente.

³¹ Hechos institucionales como elementos constitutivos de la realidad social, SEARLE, *Die Konstitution der gesellschaftlichen Wirklichkeit*, 1997, pp. 41 y ss., 69 y ss.; el mismo, *Geist, Sprache und Gesellschaft*, 2001, pp. 134 y ss.

³² Acerca de la relación entre la técnica legislativa y la clase de error *vid.* también PUPPE, «Tatirrtum, Rechtsirrtum, Subsumtionsirrtum», *GA*, 1990, pp. 145 y ss., 153 y s.; TIEDEMANN, en SCHLÜCHTER (ed.), *FS Geerds*, 1995, pp. 100 y s.

* El precepto establece que aquel que, a través del procesamiento o la transformación de una o varias sustancias, produzca o fabrique otra cosa mueble con valor de mercado, adquiere la propiedad sobre la nueva cosa, siempre y cuando su valor no sea sustancialmente menor al valor de la sustancia. Se considera procesamiento también escribir, dibujar, pintar, imprimir, gravar o manipulaciones similares de la superficie del objeto (nota de la T.).

resultado del mismo; de manera que quizás respecto de la especificación (§ 950 BGB*) el tenor literal sería: quien sustraiga una cosa convertida por otro, etc. Si un autor toma una cosa, como una piedra tallada de manera artística sabiendo que ha sido especificada por otro, y no reflexiona acerca de la propiedad de la misma o acerca de la prohibición a la que acaba de hacerse referencia, actuaría, según el Derecho vigente, sin dolo; por el contrario, atendiendo a la norma descrita actuaría dolosamente, pero sin conciencia actual de la antijuridicidad. La impunidad se contrapone a la posibilidad de imponer la pena íntegra, sin que para ello se evidencie una razón más objetiva (al margen de lo que se desprende de la técnica legislativa).

En los delitos contra las personas en sentido amplio (delitos contra derechos disponibles e incluyendo, en consecuencia, delitos contra las personas jurídicas), *todos* los objetos materiales son descritos a través de elementos normativos del tipo;³³ en tanto en cuanto se trata siempre de objetos sobre los que la persona tiene un *derecho*³⁴ y, sin ese derecho, el objeto no puede concebirse como un objeto material, en concreto de un delito contra la persona. Por este motivo, incluso el elemento «ser humano» en el delito de homicidio ha de interpretarse como elemento normativo. Lo que se destruye es la propiedad sobre el cuerpo; el § 212 StGB ha de leerse, por tanto, como sigue: quien mate el cuerpo de *otro ser humano*, etc. Es cierto que en la concepción actual ya todo ser humano es persona, al menos en la medida en que no se le puede matar o lesionar arbitrariamente (sin causa de justificación),³⁵ lo que, sin embargo, no cambia nada respecto del hecho de que aquel que en tiempos pasados mataba a un esclavo de manera arbitraria no actuaba con dolo en el sentido del § 212 StGB. El resultado es, al menos respecto de todos los delitos contra la persona en sentido amplio, la exclusión de un desconocimiento directo del injusto cuando concurre dolo. Lo mismo podría demostrarse fácilmente respecto de otros grupos de delitos, como los delitos de funcionario, delitos contra los funcionarios *competentes*, etc.

2.2. En particular: las posiciones de garante

Del mismo modo ocurre respecto de aquellos delitos omisivos que sólo pueden ser realizados por garantes, esto es, respecto de aquellos delitos de omisión equivalentes a los delitos de comisión activa. A partir de una sentencia del BGH de 1961³⁶ se ha aceptado habitualmente la fórmula de que lo que constituiría en cualquier caso el objeto del dolo no sería la obligación de actuar en sí, pero sí el conjunto de sus presupuestos.³⁷ Esta separación

³³ Respecto de esto acertadamente KÖHLER, AT, 1997, pp. 157 y s., quien quiere distinguir entre una «afectación al bien jurídico» como objeto del dolo y el conocimiento de la prohibición.

³⁴ JAKOBS, «Zum Begriff des Delikts gegen die Person», en BERNSMANN *et al.* (eds.), *Bochumer Beiträge zu aktuellen Strafrechtsthemen (Geilen-Symposion)*, 2003, pp. 63 y ss., 67 y ss.

³⁵ ¡Y por su parte no puede matar y lesionar! Quien activamente se mantuviera alejado del ordenamiento jurídico y matara desconocería el «quien» del § 212 StGB. Acerca de la exclusión *vid.* JAKOBS, «Personalität und Exklusion im Strafrecht. Die Strafrechtswissenschaften im 21. Jahrhundert», en COURAKIS (ed.), *Festschrift für Spinellis*, t. I, 2001, pp. 447 y ss.

³⁶ BGHSt 16, 155 y ss.

³⁷ Referencias en CRAMER/STERNBERG-LIEBEN, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, fundado por SCHÖNKE, continuado por SCHRÖDER, 26ª ed., 2001, § 15, nm. 94 y ss.

de la obligación y sus presupuestos sólo resulta posible en la citada sentencia porque –en contra de lo que mantiene el BGH– los presupuestos preexistentes *no* eran aptos para generar una obligación ya que, de otro modo, el autor hubiera conocido, junto con los presupuestos de la obligación, también la obligación misma. Los elementos que describen una posición de garante, en particular respecto de la obligación de responder en virtud del § 13 StGB, son elementos normativos del tipo³⁸ que no pueden concebirse aislados del contexto existente de las expectativas normativas. Esto resulta relativamente claro en relación con el *status* de una obligación positiva³⁹: aquel que ha comprendido que es el padre o la madre de un niño que vive con él sabe también que tiene que cuidar de él; quien sabe que se le atribuye un rol en el cual se deposita una especial confianza, por ejemplo, como director de una residencia de ancianos, no puede desconocer su obligación de ayudar; un policía que sabe que se encuentra de servicio (!) conoce también su obligación de prevenir conductas criminales de cierta entidad (¿qué significa si no «estar de servicio»?); un fiscal que se encuentra de servicio conoce igualmente las obligaciones que le vienen impuestas por el principio de legalidad, etc. Un desconocimiento de las obligaciones puede presentarse si acaso en el límite de lo que es socialmente adecuado (¿hay que ir a buscar al médico cada vez que el niño tenga una gripe? ¿Con cuánta frecuencia hay que asear a las personas necesitadas de cuidados?). Sobre esto se volverá posteriormente (*infra* B, III).

Del mismo modo ocurre respecto de aquellos mandatos que sirven al cumplimiento de obligaciones negativas⁴⁰. Aquel que sabe que sus cosas y él mismo participan él mismo en una interacción social regular también sabe que los demás esperan que el contacto finalice sin daños para ellos, siendo él la persona competente para que no se produzcan esos daños. Por ejemplo, quien inaugura un centro comercial sabe que las personas que lo visitan no parten de la base de que se encuentran en un viaje de aventuras, de manera que no cuentan con peligros por doquier, y sabe que tiene que preservarlos de sufrir daños debido al hecho de que reciben el apoyo de la sociedad en sus expectativas; y si alguien presta sus servicios cuidando niños también para qué está allí.

Respecto de los delitos de modalidad comisiva la situación no es diferente: quien sabe que vive en una sociedad estructurada normativamente⁴¹ (y, por tanto, no en una acumulación casual de individuos desligados entre sí), conoce con ello la prohibición de expandirse a voluntad y de dejar la evitación de daños exclusivamente a los demás. Este paralelismo no resulta sorprendente, en tanto en cuanto en los supuestos de actuación se trata igualmente

³⁸ STRATENWERTH, *Strafrecht Allgemeiner Teil I. Die Straftat*, 4ª ed., 2000, § 13, nm. 69; JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1991, Apartado 29, nm. 90, nota 184.

³⁹ *Vid.* sobre esta cuestión SÁNCHEZ-VERA, *Pflichtdelikt und Beteiligung. Zugleich ein Beitrag zur Einheitlichkeit der Zurechnung bei Tun und Unterlassen*, 1999, pp. 76 y ss.

⁴⁰ Al respecto SÁNCHEZ-VERA, *Pflichtdelikt und Beteiligung (...)*, 1999, p. 67 y ss.

⁴¹ De otro modo desconoce el «quien» como descripción del autor de la mayoría de los delitos, sobre esta cuestión ya en *supra* nota 35.

de la conducta de un garante, incluso cuando tal calificación es, en la mayor parte de los casos –no siempre⁴²–, tan evidente que no vale la pena mencionarla expresamente.

2.3. En particular: el riesgo no permitido

Una persona actúa cuando puede imputársele ser la razón de que se haya producido una modificación en el mundo. Cuáles son las condiciones objetivas en relación con el actuar delictivo es, con seguridad, uno de los temas más tratados en las últimas décadas; se trata de la teoría del riesgo no permitido como parte de la teoría de la llamada imputación objetiva, en el desarrollo de la cual *Rudolphi* ha tenido influencia desde un momento temprano y de manera reiterada.⁴³ El actuar delictivo no puede entenderse como la causación de un resultado o como su no evitación, sino únicamente como incremento de los riesgos ubicuos de la vida por encima de lo permitido, y el límite de lo permitido no se determina exclusivamente en función del tipo de riesgo o de la cantidad del mismo, sino también en función de la competencia en la administración del riesgo, y esta no sólo depende del «autor», sino que también puede depender de la víctima (actuación a propio riesgo), o de terceros (principio de confianza, prohibición de regreso, esto último muy discutido), o puede tratarse de una casualidad (*casum sentit dominus*). Con ello, todas las denominaciones típicas del actuar delictivo pierden su «inocencia» descriptiva y son normativizadas de tal modo que no resulta posible separar la conciencia de llevar a cabo una conducta determinada de la conciencia de que tal conducta es contraria a la norma. Por lo pronto, a modo de ejemplo, quien sabe que está matando no sólo sabe que, con cierta probabilidad, va a causar una muerte, sino también que su conducta significa «matar», y eso no es otra cosa que el reconocimiento del carácter ineludible de la expectativa de la sociedad de que no se va a llevar a cabo esa conducta y que, de no ser así, su ejecución se percibe como una falta del que actúa que juega en su contra. Esto supone el conocimiento de la norma, como se aclarará a continuación.

Por medio de las reglas de la administración del riesgo se separan unos ámbitos de competencia de otros: como ya se ha dicho anteriormente, el autor ha de evitar un determinado proceso, o ello le incumbe a la propia víctima, o una tercera persona es competente, también pueden serlo varias a la vez (por ejemplo el autor y la víctima pueden ser competentes), o el proceso se considera una casualidad. La elección de una u otra de las imputaciones posibles se lleva a cabo en función de la posición más bien liberal o paternalista de la sociedad; en función de que sea más bien progresista o que tienda a darse por satisfecha con la situación existente o en función de otra posición asentada en la misma; ello sin dejar de prestar atención a lo que resulta «factible» en esa sociedad desde el punto de vista técnico y de las finanzas. Por ejemplo, en una sociedad en la que cualquier adulto puede adquirir y llevar consigo un revólver, el dejar tal objeto cargado en el interior de un

⁴² Una relación de los casos relevantes de «comisión relativa a los garantes» puede verse en JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1991, Apartado 7, nm. 56 y ss. con referencias, especialmente Apartado 24, nm. 13 y ss.

⁴³ Por primera vez RUDOLPHI, «Vorhersehbarkeit und Schutzzweck der Norm in der strafrechtlichen Fahrlässigkeitslehre», *JuS* 1969, pp. 549 y ss.; hasta el momento, por última vez, el mismo, en RUDOLPHI *et al.* (eds.), *SK*, antes del § 1, nm. 52 y ss., 57 y ss.

coche que no se encuentra cerrado sólo constituirá un riesgo no permitido en el supuesto en que un niño pudiera apoderarse él y causar daños (en caso contrario: prohibición de regreso); mientras que, en un país con fuertes restricciones para armas, tal conducta se encuentra prohibida sin restricción alguna. Por tanto, si el conocimiento se limita a saber que se pone un arma al alcance de otro, ello no implica saber nada que suponga siquiera una aproximación a un delito; los soldados y los cazadores pueden intercambiar sus armas y, del mismo modo, en un país con un comercio liberalizado ello no llama tampoco la atención, siempre y cuando los niños no tengan acceso a ellas. Esto es diferente cuando concurre además el conocimiento de la política que se practica, ya se encuentre esta política positivizada (tráfico viario) o no (actuación médica, cuidado de los niños): entonces el que actúa sabe que su conducta significa «matar» o «participar en una muerte» o intentarlo y conoce, con ello, la norma.

Con otras palabras, la gracia de la teoría de la imputación objetiva (en la parte que sirve a la determinación de la conducta no permitida) es precisamente el no determinar la conducta del hecho a partir de sus cualidades sociales naturales o jurídicamente neutras, sino, precisamente, determinarla en función de aquellas características que tal conducta muestra en su relación con la estructura normativa de la sociedad. De este modo, el conocimiento del significado de la conducta y el conocimiento de la norma constituyen dos nombres diferentes empleados para el mismo concepto.

Si acaso podrían darse fallos de estimación en el límite de lo permitido. A quien, por ejemplo, circula con un vehículo a 53 Km/h donde el límite de velocidad son 50, su conducta le puede parecer inofensiva en relación al § 222 StGB*: en el caso de que su creencia sea acertada la norma no se aplica; en caso de que no sea acertada yerra acerca del hecho de que la misma se aplica (al respecto *infra* C).

Lo mismo que con el límite trazado aquí entre el riesgo permitido y no permitido ocurre con todos los institutos de la imputación objetiva: el conocimiento exclusivamente de las cualidades naturales o sociales pero jurídicamente neutras es un saber insuficiente; por el contrario, el conocimiento del hecho social de que una conducta significa «matar», «lesionar», «dañar» o algo similar no es más que otro nombre para el conocimiento de la norma en el caso concreto. Sea dicho de paso que la discrepancia relativa al único instituto que, al menos en su núcleo, no ha sido reconocido con carácter general hasta el momento, la prohibición de regreso, no es, desde esta perspectiva, una discrepancia acerca de lo que se puede deducir de determinadas estructuras sociales de manera que sea dogmáticamente correcto, sino sobre cómo han de determinarse esas estructuras: de manera más bien liberal (prohibición de regreso) o más bien paternalista.

* Precepto regulador del homicidio imprudente en el Código Penal alemán (nota de la T.).

2.4. En particular: los elementos de valoración global del hecho

Por último, al menos de momento, se dirige la atención a los llamados elementos de valoración global del hecho⁴⁴ con base en el ejemplo del elemento relativo a la reprochabilidad del hecho en el delito de coacciones, § 240 párr. 2 StGB. Desde una perspectiva más reciente, según la cual se considera que la coacción se produce únicamente con la ruptura del Derecho garantizado o con el anuncio condicionado de tal ruptura (amenaza)⁴⁵ (con lo cual la cláusula relativa a la reprochabilidad pasa a ser superflua), el objeto de agresión es el Derecho entendido como un conjunto de libertades –como es la propiedad en el hurto (§ 242 StGB), la pretensión tributaria en el delito de defraudación fiscal (§ 370 AO) o la pretensión de percibir la pensión alimenticia en el supuesto de lesión de la obligación correspondiente (§ 170 StGB) –: dolo y conciencia de injusto no pueden separarse. A modo de ejemplo, quien no sabe que otro se encuentra en un estado de necesidad agresivo, y con violencia, le impide concluir una acción de salvamento desconoce la limitación de libertad *en sentido jurídico* que lleva a cabo; pero, en el caso se que tuviera una visión del conjunto de las circunstancias –desde luego sin (necesidad de) saber que el estado de necesidad agresivo es una causa de justificación–, tampoco conocería esa limitación mejor que en el caso anterior.

La doctrina mayoritaria agrega al delito de coacciones además algunos supuestos de usura en situaciones de necesidad no tipificadas *per se*, en particular la amenaza a través de una conducta conforme a Derecho pero, sin embargo, inconexa (en la que se produce un cambio de roles): así, por ejemplo, el supuesto en el que se amenaza con denunciar un delito cometido con el fin de conseguir el pago de una deuda –jurídicamente independiente del delito–.⁴⁶ En relación con ello, se argumenta que un autor que conoce la falta de conexión entre los asuntos pero, sin embargo, no considera su conducta reprochable, actúa con dolo del tipo y desconoce el injusto. En primer lugar, ello ha de completarse: el autor tampoco conoce que la valoración social consolidada considera reprochable esa vinculación (con lo cual se supone aquí que la conducta es reprochable –dejando de lado las dudas al respecto–), ya que no depende de la valoración del autor, sino de su conocimiento de un hecho social.⁴⁷ El autor piensa, por tanto, que vive en una sociedad con personas que tienen unos robustos codos para abrirse paso pero, en una sociedad así, a su conducta le faltaría en realidad la reprochabilidad, y el conocimiento que se ha calificado como dolo del tipo iría referido a algo que sencillamente, en una sociedad de esas características, no llamaría la atención. No se desprende un significado realmente delictivo de los hechos naturales o de los hechos que son hechos sociales, pero que son jurídicamente neutros, si no concurre además el contexto normativo o cuando tal contexto es erróneo. No se objeta que cuando

⁴⁴ ROXIN, *AT*, t. I, 3ª ed., 1997, § 10, nm. 43 y ss., § 12, nm. 89 y ss., 94 y s.

⁴⁵ JAKOBS, *Geilen-Symposion*, 2003, pp. 67 y ss.; el mismo, «Nötigung durch Gewalt», en HIRSCH *et al.* (eds.), *Gedächtnisschrift für Hilde Kaufmann*, 1986, pp. 791 y ss., 801 y ss., 804; TIMPE, *Die Nötigung*, 1989, pp. 72 y ss.; HORN, en RUDOLPHI *et al.* (eds.), *SK* (aquí: t. II, 5ª–7ª edición, 2002), § 240, nm. 39 y ss.

⁴⁶ ROXIN, *AT*, t. I, 3ª ed., 1997, § 12, nm. 94. Desde la perspectiva defendida aquí no cabría apreciar un delito de coacciones por dos razones: la denuncia ha de ser soportada y la deuda ha de ser saldada.

⁴⁷ *Vid. supra* nota 31 y el texto que corresponde a la misma.

esa creencia del autor tiene su origen únicamente en un extremo desinterés en lo que respecta a la costumbre y a la decencia se debería poder imponer una pena: ciertamente, pero cuando el autor con ceguera ante los hechos no registra que el discurso relativo a la denuncia –que subjetivamente no pretendía ser medio de presión, pero que se formula de manera que puede dar lugar a equívocos–, es interpretado erróneamente por la víctima, con buenas razones para ello, como una amenaza, debe poderse hacer también. Ceguera hay en todas partes.

3. El injusto como unidad de sentido

Todos los tipos penales del StGB comprenden un supuesto de injusto, una perturbación social y, por eso, en ningún caso resulta decisiva únicamente una modificación de los hechos naturales, del mismo modo que una modificación de hechos sociales sólo resulta decisiva en aquellos supuestos en los que la misma tiene lugar contra la estructura normativa de la sociedad. Un conocimiento de los elementos de conducta típicos sin el conocimiento de que estos forman parte de la estructura normativa de la sociedad se encuentra *per se* tan vacío de sentido como el conocimiento de que ocurre algo en algún momento con una cosa cualquiera: se trata efectivamente de un conocimiento, pero este no contribuye a la orientación jurídica. La determinación de la concurrencia de un dolo que no se encuentra conectado con la conciencia de que se produce una perturbación social puede constituir un avance didáctico útil para la indagación de todos los elementos del delito, si bien sólo como concepto de apoyo, como una parte de un todo que, por sí misma, carece de sentido. Si a partir de la conocida rima infantil «punto, punto, coma, raya» se obtiene una «cara» ello no supone que dos puntos tengan como resultado siempre una cara, aunque no haya nariz ni boca, e incluso con todos los ingredientes resulta una cara sólo en el contexto de los dibujos infantiles.

Por el contrario, no puede decirse que el autor tiene que saber primero «lo que hace» como paso previo a encontrarse en la situación de comprender el carácter injusto de su conducta. A este argumento se le puede dar la vuelta perfectamente: sólo aquel que ha comprendido lo que es el injusto puede saber qué propiedades de sus movimientos corporales –o de su omisión– y qué situaciones resultan relevantes; sin ese resumen a partir de la norma (sin la interpretación de los puntos, la coma y de la raya como pertenecientes al mismo contexto), el conocimiento consiste únicamente en una representación de detalles diversos. Es cierto que, del mismo modo, un conocimiento de manera aislada no contribuye a la orientación sin el conocimiento de «lo que se hace». Precisamente el conocimiento de ambos es necesario, y el tratamiento distinto de los respectivos desconocimientos es absolutamente inadecuado. Por ejemplo, alguien organiza una rifa un domingo, al lado de una iglesia, con objeto de ganar dinero, en concreto en relación con el negocio turístico, además al aire libre, de manera que los niños puedan verlo, después del anochecer, sin autorización de las autoridades, a la vez que se ofrecen otros servicios, sin poner todos los premios para su comprobación pero exponiendo estratégicamente los premios principales. El autor puede tener conocimiento de todo ello, en concreto de lo relativo a la organización de una rifa

pública sin permiso de las autoridades, siendo de esta manera el § 287 StGB el que determina aquello que pertenece a un mismo contexto a partir del arsenal de cosas que ocurren a la vez. El resultado es que el conocimiento de hechos a secas, aislados del contexto de orientación, es un batiburrillo de conocimiento sin valor orientativo –y el conocimiento de imputaciones posibles sin el conocimiento de aquello que se imputa carece asimismo de ese valor–.

Que los tipos penales se construyan de tal forma que aquel que comprende lo ocurrido a la vez sepa que se trata de un injusto puede considerarse indicativo de un buen ordenamiento penal, es decir, adecuado a la sociedad ya que, en ese caso, los tipos penales se refieren a la configuración normativa real de la sociedad. No se trata, que quede claro, de que cuando concurre dolo del tipo el autor lo asocie por regla general con el injusto; más allá de ello, el dolo del tipo y la conciencia de injusto son lo mismo (se deja en suspenso aquí, como se hace generalmente, lo relativo a la justificación y al desconocimiento del injusto indirecto). Una mera asociación se da también respecto de aquel que únicamente sabe que una determinada conducta se castiga de manera draconiana, pero entonces el sujeto no asocia una perturbación social, sino violencia.⁴⁸ La eliminación, en el Derecho penal nuclear, del desconocimiento del injusto, no se debe a que las normas correspondientes serán con seguridad objeto de asociación, sino a que las personas en la sociedad se conforman con que eso sea así, interpretando ellos mismos su conducta de ese modo.

Con una situación como esta el § 17 StGB sería irrelevante en el ámbito de los delitos descritos aquí y otros de ese tipo en los supuestos de desconocimiento del injusto directo: el desconocimiento desembocaría en todo caso en la ausencia de dolo; ello no sería una consecuencia obligada sólo desde el punto de vista práctico, sino también desde la perspectiva dogmática. En el supuesto de desconocimiento que tiene su origen en la indiferencia ello no resultaría satisfactorio. Únicamente el reconocimiento de un *dolus indirectus* podría remediarlo.

Por supuesto que también hay delitos en los que es posible separar el conocimiento del tipo, formulado positivamente, de la conciencia de injusto. Una separación se puede llevar a cabo siempre que una conducta no se prohíbe por sí misma sino por sus posibles –pero en el caso concreto también imposibles– consecuencias: se trata de peligros de delito abstracto en un sentido amplio. Las formas tan diferentes y los problemas de legitimación que presentan estos delitos no serán tratados aquí.⁴⁹ Sólo respecto de algunos de estos delitos resulta tan clara la necesidad de regulación de la materia que el dolo⁵⁰ sí es idéntico al conocimiento del injusto (como en el § 316 StGB*). Respecto de otros parece haber más

⁴⁸ RUDOLPHI, *Unrechtsbewusstsein, Verbotsirrtum und Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums*, 1969, pp. 49 y ss.

⁴⁹ Respecto de esta cuestión JAKOBS, *ZStW* 97 (1985), pp. 767 y ss.

* Este precepto castiga con una pena a aquel que maneje un vehículo a motor y que, por encontrarse bajo los efectos del alcohol o de otras drogas, no pueda hacerlo de forma segura (nota de la T.).

⁵⁰ Con base en la interpretación habitual del § 16 StGB, el autor tiene también que haber reconocido la necesidad de regulación de la materia de manera actual; un mero «vacío subjetivo» no es suficiente. Acertadamente TIEDEMANN, *Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht (...)*, 1969, p. 354.

razones que apuntan a la posibilidad de distinguir, como en el caso de la rifa ya mencionada, en el supuesto de que se trate de un único sorteo de objetos de escaso valor que se lleva a cabo «con fines benéficos» con motivo de una fiesta popular; también en el supuesto de producción de un documento falso cuando el antiguo deudor ha perdido la factura y falsifica este documento para hacer uso del mismo en el caso de que se le vuelva a requerir (el autor podría no ser consciente de originar ya en ese momento una perturbación). Para los delitos apuntados en último lugar, que a menudo son aquellos del Derecho penal accesorio,⁵¹ son dos las soluciones posibles.

(1) «Cargar» el dolo en torno a la conciencia de injusto. Esta manera de proceder tiene la ventaja de que entonces (y desde luego sólo entonces) se conoce un acontecimiento social y el autor no tiene delante de sus ojos únicamente retazos de conocimiento del arsenal de lo que ocurre al mismo tiempo. El inconveniente sigue siendo el tratamiento de la ceguera jurídica a partir del § 16 StGB que se ha subrayado anteriormente.

(2) Mantener el dolo como una simple referencia al tipo, el cual *per se* no dice nada desde la perspectiva social. Desde luego este queda empobrecido y se depende de algo casual: ¿por qué tiene que estar pendiente aquel que no sabe que X e Y no deben darse al mismo tiempo de si efectivamente coinciden? El severo tratamiento de la ceguera frente al *Derecho* que se desprende de esta solución (*scil.* según el § 17 StGB) es en sí mismo correcto, sin embargo, resulta dudoso si es necesario precisamente aquí cuando, como se ha explicado, por motivo de las especiales características de los elementos normativos, este tratamiento no puede aplicarse en amplios ámbitos del Derecho penal nuclear mientras no se reconozca un *dolus indirectus*.

Todas las dificultades desaparecen si entre conocimiento e imprudencia se coloca un *dolus indirectus* que permita la posibilidad de castigar con la pena del delito doloso, de la misma manera que el § 17 StGB sitúa correctamente el supuesto de una *notitia uiris* indirecta entre conocimiento y error, aunque emplee una terminología desafortunada (*supra* A). Una concepción así supone una vuelta al *dolus malus*, con lo cual resultaría irrelevante para su concepto cómo se ordenan de la mejor manera posible sus elementos para su presentación con una finalidad didáctica; no obstante, la decisión acerca de qué hacer si el conocimiento de la realización del tipo que debería ser patente no se actualiza por motivo de la indiferencia hacia el Derecho (más exactamente, si la situación no se considera un motivo que debería llevar a cambio de conducta por esa razón⁵²) no puede tomarse sin tener en cuenta la actitud del autor hacia el Derecho. Quien, manteniendo una costumbre a la que se ha tomado cariño con el tiempo, separa aquello que va unido (precisamente por la habitual y cómoda didáctica del sistema del delito), tiene que contar con pérdidas de significado (no puede formular el desconocimiento del tipo que tiene su origen en la indiferencia hacia el Derecho).

⁵¹ *Supra* nota 24.

⁵² *Supra* nota 23.

Listado de sentencias

BGHSt 2, 194 (18.3.1952)
 BGHSt 16, 155 (29.5.1961)

Bibliografía

Peter CRAMER y Detlev STERNBERG-LIEBEN (2001), *Comentario al § 15 StGB, en Strafgesetzbuch, Kommentar*, fundado por Adolf SCHÖNKE, continuado por Horst SCHRÖDER, 26ª ed., Múnich (Beck).

Paul Johan Anselm von FEUERBACH (1800), *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, 2ª parte, Erfurt (Henning).

– (1804), en Ludwig Harscher von ALMENDINGEN, et al. (eds.) *Bibliothek des peinlichen Rechts, der peinlichen Gesetzgebung und Gesetzeskunde*, 2ª parte, Giessen (Tasché u. Müller).

– (1832), *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, 11ª ed., Giessen (Heyer).

Wolfgang, FRISCH (1991), «Offene Fragen des dolus eventualis», en *NStZ*, Múnich (Beck), pp. 23 a 27.

Hans Joachim HIRSCH (1960), *Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen. Der Irrtum über einen Rechtfertigungsgrund*, Bonn (Roehrscheid).

– (1994), *Comentario: antes del § 32 StGB*, en Burkhard JÄHNKE et al. (eds.), *Leipziger Kommentar*, 11ª ed., 16ª entrega, Berlín (De Gruyter).

Eckhard HORN (1969), *Verbotsirrtum und Vorwerfbarkeit*, Berlín (Duncker & Humblot).

– (2002), *Comentario al § 240 StGB*, en Hans Joachim RUDOLPHI et al. (eds.), *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Besonderer Teil*, tomo II, 5ª-7ª ed., Neuwied u.a. (Luchterhand).

Günther JAKOBS (1985), «Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung», en *ZStW* 97, Berlín (De Gruyter), pp. 751 a 785.

– (1986), «Nötigung durch Gewalt», en Hans Joachim HIRSCH et al. (eds.), en *Gedächtnisschrift für Hilde Kaufmann*, Berlín (De Gruyter), pp. 791 a 811.

– (1991), *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2ª ed. Berlín (De Gruyter).

– (2001), «Personalität und Exklusion im Strafrecht. Die Strafrechtswissenschaften im 21. Jahrhundert», en Nestor COURAKIS (ed.), *Festschrift für Dionysios Spinellis*, tomo I, Atenas, pp. 447 y ss.

– (2002), «Gleichgültigkeit als dolus indirectus», en *ZStW* 114, Berlín (De Gruyter), pp. 584 a 599.

– (2003), «Handlungssteuerung und Antriebssteuerung. Zu Hans Welzels Verbrechensbegriff», en Hans LILIE *et al.* (eds.), *Festschrift für Hans-Ludwig Schreiber*, Heidelberg (Müller), pp. 949 a 958.

– (2003), «Zum Begriff des Delikts gegen die Person», en Klaus BERNSMANN *et al.* (eds.), *Bochumer Beiträge zu aktuellen Strafrechtsthemen (Geilen-Symposium)*, Colonia (Heymanns), pp. 63 a 78.

Armin KAUFMANN (1959), *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, Gotinga (Schwartz).

Arthur KAUFMANN (1949), *Das Unrechtsbewusstsein in der Schuldlehre des Strafrechts*, Mainz (Krach).

– (1976), *Das Schuldprinzip. Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung*, 2ª ed., Heidelberg (Winter).

– (1987), «Einige Anmerkungen zu Irrtümern über den Irrtum», en Wilfried KÜPER *et al.* (eds.), *Festschrift für Karl Lackner zum 70 Geburtstag*. Berlín (De Gruyter), pp. 185 a 197.

Michael KÖHLER (1997), *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. Berlín, Heidelberg (Springer).

Eduard KOHLRAUSCH (1903), *Irrtum und Schuldbegriff im Strafrecht*, 1ª Parte, Berlín (Guttentag).

Richard LANGE (1956), «Der Strafgesetzgeber und die Schuldlehre. Zugleich ein Beitrag zum Unrechtsbegriff bei den Zuwiderhandlungen», en *JZ*, Tubinga (Mohr), pp. 73 a 79.

– (1956), «Die Magna Charta der anständigen Leute», en *JZ*, Tubinga (Mohr), pp. 519 a 524.

Heiko LESH (1999), *Der Verbrechensbegriff. Grundlinien einer funktionalen Revision*, Colonia (Heymanns).

Gotthold Ephraim LESSING, *Emilia Galotti*.

Edmund MEZGER (1957), Comentario al § 59 StGB, en Heinrich JAGUSCH *et al.* (eds.), *Strafgesetzbuch (Leipziger Kommentar)*, 8ª ed., tomo I, Berlín (De Gruyter).

Ulfrid NEUMANN (2003), Comentario al § 17 StGB, en Ulfrid NEUMANN *et al.* (eds.), *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, tomo I, Baden-Baden (Nomos-Verl.-Ges).

Friedrich NOWAKOWSKI (1953), «Rechtsfeindlichkeit, Schuld, Vorsatz», en *ZStW* 65, Berlín (De Gruyter), pp. 379 a 402.

Hans-Ulrich PAEFFGEN (1989), «Anmerkungen zum Erlaubnistatbestandsirrtum», en Gerhard DORNSEIFER *et al.* (eds.), *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, Colonia (Heymanns), pp. 399 a 425.

– (2003), Comentario: antes del § 32, en Ulfrid NEUMANN *et al.* (eds.), *Kommentar zum Strafgesetzbuch*, tomo I, Baden-Baden (Nomos-Verl.-Ges).

Ingeborg PUPPE (1990), «Tatirrtum, Rechtsirrtum, Subsumtionsirrtum», en *GA*, Heidelberg (Decker), pp. 145 a 182.

Claus ROXIN (1997), *Strafrecht Allgemeiner Teil. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, tomo I, 3ª ed., Múnich (Beck).

Hans-Joachim RUDOLPHI (1969), «Vorhersehbarkeit und Schutzzweck der Norm in der strafrechtlichen Fahrlässigkeitslehre», en *JuS*, Múnich (Beck), pp. 549 a 557.

— (1969), *Unrechtsbewusstsein, Verbotsirrtum und Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums*, Gotinga (Schwartz).

— (2002), Comentario: antes del § 1 StGB y a los §§ 16 y 17 StGB, en Hans-Joachim RUDOLPHI *et al.* (eds.), *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Allgemeiner Teil*, tomo I, 7ª/8ª ed., Múnich (Luchterhand).

Javier SÁNCHEZ-VERA (1999), *Pflichtdelikt und Beteiligung. Zugleich ein Beitrag zur Einheitlichkeit der Zurechnung bei Tun und Unterlassen*, Berlín (Duncker & Humblot).

Ellen SCHLÜCHTER (1983), *Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale im Strafrecht*, Tubinga (Mohr).

Ulrich SCHROTH (1990), «Die Rechtsprechung des BGH zum Tötungsvorsatz in der Form des "dolus eventualis"», en *NStZ*, Múnich (Beck), pp. 324 a 326.

— (1998), *Vorsatz und Irrtum*, Múnich (Beck).

Friedrich-Cristhian SCHRÖDER (1994), Comentario al § 17 StGB, en Burkhardt JÄHNKE *et al.* (eds.), *Leipziger Kommentar*, 11ª ed., 14ª entrega, Berlín (De Gruyter).

Horst SCHRÖDER (1953), «Die Irrtumsrechtsprechung des BGH», en *ZStW* 65, Berlín (De Gruyter), pp. 178 a 209.

John R. SEARLE (1997), *Die Konstitution der gesellschaftlichen Wirklichkeit*, Reinbek bei Hamburg (Rowohlt Taschenbuch-Verl).

— (2001), *Geist, Sprache und Gesellschaft*, Frankfurt am Main (Suhrkamp).

Günter STRATENWERTH (2000), *Strafrecht Allgemeiner Teil I. Die Straftat*, 4ª ed., Berna (Stämpfli).

Klaus TIEDEMANN (1969), *Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht. Untersuchungen zu einem rechtsstaatlichen Tatbestandsbegriff, entwickelt am Problem des Wirtschaftsstrafrechts*, Tubinga (Mohr).

— (1995), «Zum Stand der Irrtumslehre, insbesondere im Wirtschafts- und Nebenstrafrecht. Rechtsvergleichende Überlegungen und Folgerungen», en Ellen SCHLÜCHTER (ed.), *Kriminalistik und Strafrecht. Festschrift für Friedrich Geerds*, Lübeck (Schmidt-Römhild), pp. 95 a 111.

Gerhard TIMPE (1989), *Die Nötigung*. Berlín (Duncker & Humblot).

Hans WELZEL (1952), *Das neue Bild des Strafrechtssystems*, Gotinga (Schwartz).

- (1955), «Die Regelung von Vorsatz und Irrtum im Strafrecht als legislatorisches Problem», en *ZStW* 67, Berlín (De Gruyter), pp. 196 a 228.
- (1956), «Der Verbotsirrtum im Nebenstrafrecht», en *JZ*, Tübinga (Mohr), pp. 238 a 241.
- (1969), *Das Deutsche Strafrecht*, 11^a ed., Berlín (De Gruyter).