

§ 12. Dolo y error de tipo. La imputación al dolo en las desviaciones del curso causal

Bibliografía: Frank, Vorstellung und Wille in der modernen Doluslehre, ZStW 10 (1898), 169; v. Liszt, Die Behandlung des dolus eventualis im Strafrecht (1898), Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze, t. 2, 1905 (reimpr. 1970), 251; v. Hippel, Die Grenze von Vorsatz und Fahrlässigkeit, 1903; Rohland, Willenstheorie und Vorstellungstheorie, 1904; Klee, Der dolus indirectus als Grundform der vorsätzlichen Schuld, 1906; v. Hippel, Vorsatz, Fahrlässigkeit, Irrtum, VDA, t. III, 1908, 373; Henle, Vorstellungs- und Willenstheorie, 1910; Lacmann, Wille und Wollen in ihrer Bedeutung für das Vorsatzproblem, ZStW 30 (1910), 767; Lacmann, Die Abgrenzung der Schuldformen in der Rechtslehre und im Vorentwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch, ZStW 31 (1991), 142; Lacmann, Über die Abgrenzung des Vorsatzbegriffes, GA 1911, 109; Grossmann, Die Grenze von Vorsatz und Fahrlässigkeit, 1924; Engisch, Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht, 1930; Nowakowski, Der alternative Vorsatz, JBl 1937, 465; Engisch, Der finale Handlungsbegriff, Kohlrausch-FS, 1944, 141; Mezger, Rechtsirrtum und Rechtsblindheit, Kohlrausch-FS, 1944, 180; Schröder, Aufbau und Grenzen des Vorsatzbegriffes, Sauer-FS, 1949, 207; Niese, Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit, 1951; Werner, Die finale Handlungslehre und der dolus eventualis, tes. doct. München, 1952; Nowakowski, Rechtsfeindlichkeit, Schuld, Vorsatz, ZStW 65 (1953), 379; Hall, Über die Leichtfertigkeit. Ein Vorschlag de lege ferenda, Mezger-FS, 1954, 229; Less, Genügt "bedingtes Wollen" zum strafbaren Verbrechenversuch?, GA 1956, 33; Schneider, Über die Behandlung des alternativen Vorsatzes, GA 1956, 257; Schmidhäuser, Zum Begriff der bewußten Fahrlässigkeit, GA 1957, 305; Arm. Kaufmann, Der dolus eventualis im Delikttaufbau. Die Auswirkungen der Handlungs- und der Schuldlehre auf die Vorsatzgrenze, ZStW 70 (1958), 64 [=El dolo eventual en la estructura del delito. Las repercusiones de la teoría de la acción y de la teoría de la culpabilidad sobre los límites del dolo, trad. R. F. Suárez Montes, ADPCP 1960, 185]; Lampe, Genügt für den Entschluß des Täters in § 43 sein bedingter Vorsatz?, NJW 1958, 332; Remy, Zur Frage, ob für den Entschluß des Täters in § 43 StGB bedingter Vorsatz genügt, NJW 1958, 700; Schmidhäuser, Der Begriff des bedingten Vorsatzes in der neuesten Rechtsprechung des BGH und in § 16 Komm. Entw. StGB Allg. Teil 1958, GA 1958, 161; Bockelmann, Zur Auslegung des § 164 Abs. 5 StGB, NJW 1959, 1849; Germann, Grundlagen der Strafbarkeit nach dem Entwurf des Allgemeinen Teils eines deutschen StGB von 1958, ZStW 71 (1959), 157; Hall, Fahrlässigkeit im Vorsatz, 1959; Stratenwerth, Dolus eventualis und bewußte Fahrlässigkeit, ZStW 71 (1959), 51; Lampe, Ingerenz oder dolus subsequens, ZStW 72 (1960), 93; Germann, Vorsatzprobleme, dargestellt aufgrund kritischer Analyse der neueren Judikatur des Schweizerischen Bundesgerichtes, SchwZStr 77 (1961), 345; Jescheck, Aufbau und Stellung des bedingten Vorsatzes im Verbrechenbegriff, E. Wolf-FS, 1962, 473; Welzel, Vorteilsabsicht beim Betrug, NJW 1962, 20; Roxin, Täterschaft und Tätherrschaft, 1963 (51989); Roxin, Zur Abgrenzung von bedingtem Vorsatz und bewußter Fahrlässigkeit, JuS 1964, 53 (= Grundlagenprobleme, 209); Ambrosius, Untersuchungen zur Vorsatzabgrenzung, 1966; Grünwald, Der Vorsatz des Unterlassungsdelikts, H. Mayer-FS, 1966, 281; Oehler, Neue strafrechtliche Probleme des Absichtsbegriffs, NJW 1966, 1633; Jakobs, Die Konkurrenz von Tötungsdelikten mit Körperverletzungsdelikten, 1967; Kühn, Dolus eventualis bei Verkehrsunfällen?, NJW 1967, 24; Lenckner, Zum Begriff der Täuschungsabsicht in § 267 StGB, NJW 1967, 1890; Schmidhäuser, Vorsatzbegriff und Begriffsjurisprudenz im Strafrecht, 1968; Arzt, Bedingter Entschluß und Vorbereitungshandlung, JZ 1969, 54; Platzgummer, Die "Allgemeinen Bestimmungen" des StGB im Lichte der neuen Strafrechtsdogmatik, JBl 1971, 236; Roxin, Ein "neues Bild" des Strafrechtssystems, ZStW 83 (1971), 369; Dreher, Zum Meinungsstreit im Bundesgerichtshof um § 237 StGB, NJW 1972, 1641; Jakobs, Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt, 1972; Wolter, Alternative und eindeutige Verurteilung auf mehrdeutiger Tatsachengrundlage im Strafrecht. Zugleich ein Beitrag zur Abgrenzung

von Vorsatz und Fahrlässigkeit, 1972; Dreher, Nochmals § 237 StGB. Eine Erwiderung auf Hruschka, JZ 1973, 12, loc. cit., 276; Honig, Zur gesetzlichen Regelung des bedingten Vorsatzes, GA 1973, 257; Hruschka, Zum Tatvorsatz bei zweiaktigen Delikten, insbesondere bei der Entführung des § 237 n. F. StGB, JZ 1973, 12; Hruschka, Rückkehr zum dolus subsequens?, JZ 1973, 278; Philipps, Dolus eventualis als Problem der Entscheidung unter Risiko, ZStW 85 (1973), 27; Roxin, Unterlassung, Vorsatz und Fahrlässigkeit, Versuch und Teilnahme im neuen Strafgesetzbuch, JuS 1973, 197; E. A. Wolff, Die Grenzen des dolus eventualis und der willentlichen Verletzung, Gallas-FS, 1973, 197; Zielinski, Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff, 1973; Krümpelmann, Vorsatz und Motivation, ZStW 87 (1975), 888; Schünemann, Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte, JA 1975, 435, 511, 575, 647, 715, 787; Haft, Die Lehre vom bedingten Vorsatz unter besonderer Berücksichtigung des wirtschaftlichen Betrugs, ZStW 88 (1976), 365; Herzberg, Die Problematik der "besonderen persönlichen Merkmale" im Strafrecht, ZStW 88 (1976), 68; Warda, Vorsatz und Schuld bei ungewisser Tätervorstellung über das Vorliegen strafbarkeitsausschließender, insbesondere rechtfertigender Tatumstände, Lange-FS, 1976, 119; Arzt, Leichterfertigkeit und recklessness, Schröder-GS, 1978, 119; Jakobs, Die subjektive Tatseite von Erfolgsdelikten bei Risikogewöhnung, Bruns-FS, 1978, 31; Roxin, Über den Tatentschluß, Schröder-GS, 1978, 145; Ross, Über den Vorsatz, 1979; Benfer, Abgrenzung von Vorsatz und Fahrlässigkeit, Die Polizei 1980, 149; Ingo Müller, Der Vorsatz der Rechtsbeugung, NJW 1980, 2390; Schmidhäuser, Die Grenze zwischen vorsätzlicher und fahrlässiger Straftat ("dolus eventualis" und "bewußter Fahrlässigkeit"), JuS 1980, 241; Ebert/Kühl, Das Unrecht der vorsätzlichen Straftat, Jura 1981, 225; Köhler, Vorsatzbegriff und Bewußtseinsform des Vorsatzes, GA 1981, 285; Morkel, Abgrenzung zwischen vorsätzlicher und fahrlässiger Straftat, NStZ 1981, 176; Sessar, Rechtliche und soziale Prozesse einer Definition der Tötungskriminalität, 1981; Weigend, Zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit, ZStW 93 (1981), 657; Köhler, Die bewußte Fahrlässigkeit, 1982; Schmoller, Das voluntative Vorsatzelement, ÖJZ 1982, 259, 281; Behrendt, Vorsatzgrenze und verfassungsrechtlicher Bestimmtheitsgrundsatz, v. Simson-FS, 1983, 11; Frisch, Vorsatz und Risiko, 1983; Joerden, Der auf die Verwirklichung von zwei Tatbeständen gerichtete Vorsatz. Zugleich eine Grundlegung zum Problem des dolus alternativus, ZStW 95 (1983), 565; Wolter, Vorsätzliche Vollendung ohne Vollendungsvorsatz und Vollendungsschuld? Zugleich ein Beitrag zum "Strafgrund der Vollendung", en: Kriminologie, Psychiatrie, Strafrecht, 1983, 545; Zink/Günther/Schreiber, Vorsatz und Fahrlässigkeit bei Trunkenheit im Verkehr - medizinische und juristische Aspekte, BA 1983, 503; Kindhäuser, Der Vorsatz als Zurechnungskriterium, ZStW 96 (1984), 1; Krüger, Zur Frage des Vorsatzes bei Trunkenheitsdelikten, DAR 1984, 47; Theyssen, Vorsatz oder Fahrlässigkeit bei Trunkenheitsfahrten mit höheren Promillewerten aus der Sicht des Strafrechters, BA 1984, 175; Weidemann, Zur Bedeutung der Vorsatzart bei der Frage der Versuchsbeendigung, NJW 1984, 2805; Wolter, Objektive und personale Zurechnung zum Unrecht. Zugleich ein Beitrag zur aberratio ictus, en: Schünemann (ed.), Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, 1984, 103 [= El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales, trad. e intr. de Silva Sánchez, Madrid, Tecnos, 1991, 108]; Arzt, Falschaussage mit bedingtem Vorsatz, Jescheck-FS, 1985, 391; Hruschka, Über Schwierigkeiten mit dem Beweis des Vorsatzes, Kleinknecht-FS, 1985, 191; Arm. Kaufmann, "Objektive Zurechnung" beim Vorsatzdelikt?, Jescheck-FS, 1985, 251; Köhler, Recens. de Frisch, Vorsatz und Risiko (1983), JZ 1985, 671; Schmidhäuser, Strafrechtlicher Vorsatzbegriff und Alltagssprachgebrauch, Oehler-FS, 1985, 135; Schünemann, Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger Kommentars und des Wiener Kommentars, 1.^a Parte: Tatbestands- und Unrechtslehre, GA 1985, 341; Gehrig, Der Absichtsbegriff in den Straftatbeständen des Besonderen Teils des StGB, 1986; Geppert, Zur Abgrenzung von bedingtem Vorsatz und bewußter Fahrlässigkeit, Jura 1986, 610; Herzberg, Die Abgrenzung von Vorsatz und bewußter Fahrlässigkeit - ein Problem des objektiven Tatbestandes, JuS 1986, 249; Herzberg, Vorsatz und erlaubtes Risiko - insbesondere bei der Verfolgung Unschuldiger (§ 344 StGB), JR 1986, 6; Joerden, Dyadische Fallsysteme im Strafrecht, 1986; Vest, Vorsatznachweis und materielles Strafrecht, 1986; Freund, Normative Probleme der Tatsachenfeststellung, 1987; Herzberg, Bedingter Vorsatz und objektive Zurechnung beim Geschlechtsverkehr des Aids-Infizierten, JuS 1987, 777; Herzberg, Die Strafandrohung als Waffe im Kampf gegen Aids?, NJW 1987, 1461; Herzberg, Zur Strafbarkeit des Aids-Infizierten bei unabgeschirmten Geschlechtsverkehr, NJW 1987, 2283; Küper, Vorsatz und Risiko - Zur Monographie von Wolfgang Frisch,

GA 1987, 479; Mylonopoulos, Das Verhältnis von Vorsatz und Fahrlässigkeit und der Grundsatz in dubio pro reo, ZStW 99 (1987), 685; Schmidhäuser, Über einige Begriffe der teleologischen Straftatlehre, JuS 1987, 373; Spindel, Zum Begriff des Vorsatzes, Lackner-FS, 1987, 167; Ziegert, Vorsatz, Schuld und Vorverschulden, 1987; Bottke, Strafrechtliche Probleme von AIDS und der AIDS-Bekämpfung, en: Schönemann/Pfeiffer, Die Rechtsprobleme von AIDS, 1988, 171; Herzberg, Das Wollen beim Vorsatzdelikt und dessen Unterscheidung vom bewußten fahrlässigen Verhalten, JZ 1988, 573, 635; Joerden, Strukturen des strafrechtlichen Verantwortlichkeitsbegriffes, 1988; Küpper, Zum Verhältnis von dolus eventualis, Gefährdungsvorsatz und bewußter Fahrlässigkeit, ZStW 100 (1988), 758; Prittwitz, Die Ansteckungsgefahr bei AIDS, JA 1988, 427, 486; Schönemann, Die Rechtsprobleme der AIDS-Eindämmung, in: Schönemann/Pfeiffer, Die Rechtsprobleme von AIDS, 1988, 373; Bottke, Rechtsfragen beim ungeschützten Geschlechtsverkehr eines HIV-Infizierten, AIFO 1989, 468; Brammsen, Inhalt und Elemente des Eventualvorsatzes - Neue Wege in der Vorsatzdogmatik?, JZ 1989, 71; Bruns, Ein Rückschlag für die AIDS-Prävention, MDR 1989, 199; W. Hassemer, Kennzeichen des Vorsatzes, Arm. Kaufmann-GS, 1989, 289 [= Los elementos característicos del dolo, trad. M.^a M. Díaz Pita, ADPCP 1990, 909]; Herzberg, AIDS: Herausforderung und Prüfstein des Strafrechts, JZ 1989, 470; Hillenkamp, Dolus eventualis und Vermeidewille, Arm. Kaufmann-GS, 1989, 351; Prittwitz, Das "AIDS-Urteil" des Bundesgerichtshofs, StrV 1989, 123; Samson, Absicht und direkter Vorsatz im Strafrecht, JA 1989, 449; Schlehofer, Risikovorsatz und zeitliche Reichweite der Zurechnung beim ungeschützten Geschlechtsverkehr des HIV-Infizierten, NJW 1989, 2017; Schumann, Zur Wiederbelebung des "voluntativen" Vorsatzelements durch den BGH, JZ 1989, 427; Schönemann, Riskanter Geschlechtsverkehr eines HIV-Infizierten als Tötung, Körperverletzung oder Vergiftung?, JR 1989, 89; Seier, Rücktritt vom Versuch bei bedingtem Tötungsvorsatz, JuS 1989, 102; Silva Sánchez, Aberratio ictus und objektive Zurechnung, ZStW 101 (1989), 352 [= "Aberratio ictus" e imputación objetiva, ADPCP 1984, 347]; Frisch, Gegenwartsprobleme des Vorsatzbegriffs und der Vorsatzfeststellung, Meyer-GS, 1990, 533; Frisch, Riskanter Geschlechtsverkehr eines HIV-Infizierten als Straftat?, JuS 1990, 362; H.-W. Mayer, Die ungeschützte geschlechtliche Betätigung des AIDS-Infizierten unter dem Aspekt der Tötungsdelikte - ein Tabu?, JuS 1990, 784; Prittwitz, Strafrechtliche Aspekte von HIV-Infektion und AIDS, en: Prittwitz (ed.), AIDS, Recht und Gesundheitspolitik, 1990, 125; Rengier, Die Unterscheidung von Zwischenzielen und unvermeidlichen Nebenfolgen bei der Betrugsabsicht, JZ 1990, 321; Schroth, Die Rechtsprechung des BGH zum Tötungsvorsatz in der Form des "dolus eventualis", NSTz 1990, 324; Bauer, Die Abgrenzung des dolus eventualis - ein Problem der Versuchsdogmatik, wistra 1991, 168; Frisch, Offene Fragen des dolus eventualis, NSTz 1991, 23; Puppe, Der Vorstellungsinhalt des dolus eventualis, ZStW 103 (1991), 1; Vest, Zur Beweisfunktion des materiellen Strafrechts im Bereich des objektiven und subjektiven Tatbestandes, ZStW 103 (1991), 584; Janzarik, Vorrechtliche Aspekte des Vorsatzes, ZStW 104 (1992), 65; Puppe, Die Logik der Hemmschwellentheorie des BGH, NSTz 1992, 576; Puppe, Vorsatz und Zurechnung, 1992; Scherf, AIDS und Strafrecht, 1992; Scheuerl, AIDS und Strafrecht, 1992; U. Schroth, Die Differenz von dolus eventualis und bewußter Fahrlässigkeit, JuS 1992, 1; Schultz, Eventualvorsatz, bedingter Vorsatz und bedingter Handlungswille, Spindel-FS, 1992, 303; M. Fischer, Wille und Wirksamkeit. Eine Untersuchung zum Problem des dolus alternativus, 1993; Kargl, Der strafrechtliche Vorsatz auf der Basis der kognitiven Handlungstheorie, 1993; Lund, Mehraktige Delikte, 1993; Prittwitz, Strafrecht und Risiko, 1993; Volk, Dolus ex re, Arth. Kaufmann-FS, 1993, 611; Schroth, Vorsatz als Aneignung, 1994.

I. Fundamentos y formas de manifestación del dolo

- 1 Según la ley (§ 15) sólo es punible la realización dolosa de los tipos mientras en las disposiciones concretas de la Parte especial no esté también penada expresamente la actuación imprudente. Ya sabemos que el dolo dirigido a la realización de un tipo (el dolo típico) pertenece en sí mismo al tipo como parte subjetiva de éste (cfr. § 10, nm. 62 ss.). Pero es preciso aclarar más

detenidamente la cuestión de qué hay que entender en concreto por “dolo”, cuya afirmación o negación decide la mayoría de las veces sobre la punibilidad y en todo caso sobre su magnitud.

2

Comúnmente⁰ se distinguen tres formas distintas de dolo: la intención o propósito (*dolus directus* de primer grado), el dolo directo (*dolus directus* de segundo grado)^{*} y el dolo eventual (*dolus eventualis*). Las mismas se contraponen a las dos formas de la imprudencia, la consciente y la inconsciente. Resumiendo en forma de lemas: bajo el concepto de intención o propósito cae lo que el sujeto persigue; por el dolo directo (de segundo grado) son abarcadas todas las consecuencias que, aunque no las persigue, el sujeto prevé que se producirán con seguridad; y con dolo eventual actúa quien no persigue un resultado y tampoco lo prevé como seguro, sino que sólo prevé que es posible que se produzca, pero para el caso de su producción lo asume en su voluntad.

La distinción y determinación conceptual más exacta de las tres formas de dolo es importante porque el legislador no siempre castiga cualquier actuación dolosa sin más, sino que frecuentemente exige una determinada “intención (o propósito)” (p.ej. §§ 142 III 2; 164 I; 167 I n.º 1; 242; 257 I; 258 I; 263) o utiliza expresiones equivalentes (así v.gr. el § 252: “para...”; § 267: “para engañar”), y en otros casos, mediante el requisito de “actuar a sabiendas” (p.ej. §§ 87 I, 109 e II, 134, 344 I) o de actuar “de mala fe” (p.ej. §§ 164 II, 187), al menos excluye el dolo eventual. Además, una descripción lo más exacta posible del dolo eventual es necesaria no sólo para delimitarlo de las restantes formas del dolo, sino sobre todo para diferenciarlo de la imprudencia consciente, distinción que en la mayoría de los casos posee importancia decisiva para la punibilidad.

Para caracterizar unitariamente las tres formas de dolo se emplea casi siempre la descripción del dolo como “saber y querer (conocimiento y voluntad)” de todas las circunstancias del tipo legal¹. A ese respecto, el requisito

⁰ Frente a ello, Puppe, 1992, 63 ss., pretende renunciar a la clásica tripartición, definiendo el dolo en general como empleo a sabiendas de una estrategia idónea para realizar el tipo.

^{*} En España usualmente no se habla de intención o propósito como forma de dolo —dolo directo de primer grado— (aunque sí se ha considerado tradicionalmente el empleo de esas palabras en la ley penal como exigencia por ésta de dolo directo de primer grado), sino que suele hablarse de dolo directo de primer grado; tampoco se denomina habitualmente dolo directo sin más al de segundo grado (al que incluso en ocasiones se le llama dolo indirecto o, sobre todo en la jurisprudencia, dolo de consecuencias necesarias). En el texto se mantiene la traducción directa de la terminología alemana (si bien utilizando la doble traducción de “intención o propósito” para la palabra alemana “Absicht”, que por cierto tb. se emplea en alemán y en este libro para designar intenciones, propósitos o ánimos distintos al dolo —elementos subjetivos del injusto específicos—, como el de apropiación o el de lucro en algunos delitos patrimoniales); no obstante, para evitar confusiones, se añadirá “de segundo grado” a la expresión dolo directo, aun cuando Roxin no la utilice en el caso concreto de que se trate para referirse a esa forma de dolo. Cfr. además nm. 5 en el texto que sigue [N. del T.].

¹ Es cierto, sin embargo, que la cuestión de si al dolo pertenece un elemento “volitivo” (el “querer”) es cada vez más discutida; cfr. al respecto el texto siguiente y las indicaciones bibliográficas en nm. 61, n. 118.

intelectual (“saber”) y el volitivo (“querer”) están en cada caso diferentemente configurados en sus relaciones entre sí. En el caso de la intención, en el lado del saber basta con la suposición de una posibilidad, aunque sólo sea escasa, de provocar el resultado, p.ej. en un disparo a gran distancia. Dado que se persigue el resultado y que por tanto el “querer” es muy pronunciado, cuando el disparo da en el blanco concurre de todos modos un hecho doloso consumado. En cambio, en el dolo directo (de segundo grado) el “saber” es todo lo exacto que es posible. Si quien realiza un atentado sabe con seguridad que la bomba que hará saltar por los aires a su víctima también causará la muerte a las personas de alrededor, se puede calificar de “querida” la muerte de éstas, aunque no la persiga y por tanto el momento volitivo sea menos intenso que en caso de intención. Y finalmente, en el dolo eventual la relación en la que se encuentran entre sí el saber y el querer es discutida desde su base (cfr. más detenidamente nm. 21 ss.): pero en cualquier caso, el mismo se distingue de la intención en que no se persigue el resultado y por tanto el lado volitivo está configurado más débilmente, mientras que respecto del *dolus directus* (de segundo grado) también el saber relativo a la producción del resultado es sustancialmente menor. En esta reducción tanto del elemento intelectual como del volitivo se encuentra una disminución de la sustancia del dolo que, en los casos límite, aproxima muchísimo, haciéndolos ya apenas distinguibles, el *dolus eventualis* a la imprudencia consciente.

- 5 A menudo se reagrupan intención (o propósito) y dolo directo como *dolus directus* de primer y segundo grado y se los contraponen conjuntamente al *dolus eventualis*². Ello es correcto e importante en cuanto que, siempre que se restringe —por disposición legal expresa o por interpretación— la punibilidad al *dolus directus*, éste incluye también la intención, de modo que sólo el *dolus eventualis* queda exento de pena. Por otro lado, el concepto de intención (o propósito), cuando es utilizado en la ley, abarca también a menudo el *dolus directus* de segundo grado (nm. 14 s.), de manera que también desde este punto de vista puede tener sentido la agrupación de ambas formas de dolo.
- 6 Mientras que la imprudencia consciente o inconsciente se puede describir plásticamente como “negligencia o ligereza” o “falta de atención contraria al deber”, apenas se ha intentado hasta ahora concretar materialmente lo que tienen en común las tres clases de dolo más allá de la caracterización formal del “saber y querer”³. En la presente exposición se defenderá la opinión de que la “realización del plan” constituye la esencia del dolo: un resultado ha

² Así últimamente en especial Welzel, NJW 1962, 21; Oehler, NJW 1966, 1633. Samson, JA 1989, 452, propugna no hablar en absoluto, en el marco de la teoría del dolo, de “intención (o propósito)”, sino sólo de “*dolus directus* de primer grado” y reservar el concepto de intención (o propósito) para los delitos con tendencia interna trascendente (intención —propósito o ánimo— de lucro en el § 263, intención —propósito o ánimo— de apropiación en el § 242, etc.).

³ La caracterización del *dolus eventualis*, desarrollada por primera vez por mí (JuS 1964, 58 = Grundlagenprobleme, 224), como “decisión por la posible lesión de un bien jurídico” (cfr. nm. 23) se utiliza recientemente con frecuencia como criterio general del dolo; cfr. últimamente W. Hassemmer, Arm. Kaufmann-GS, 1989, 295 [= ADPCP 1990, 916; N. del T.], con ulteriores referencias. Ello no es erróneo, pero así se abarca sólo un aspecto del dolo (cfr. tb. n. 26).

de considerarse dolosamente producido cuando y porque se corresponde con el plan del sujeto en una valoración objetiva. Lo anterior es evidente en la intención (o propósito) y en el dolo directo (de segundo grado), pero puede servir además como directriz en la delimitación entre dolo eventual e imprudencia consciente. Si p.ej. alguien atropella a otro intencionadamente con el coche y se da cuenta de que posiblemente lesionará además a un tercero, entonces ha admitido también en su plan, al incluir lo anterior en su cálculo, la eventual lesión del tercero y, en caso de producirse, la ha realizado dolosamente, por mucho que la lesión en sí no le resulte agradable. Por el contrario, cuando alguien sigue fumando en la cama pese a las advertencias de su novia y provoca así un incendio, sólo es culpable de un incendio por imprudencia (consciente) y no de un incendio doloso; porque, aun cuando el sujeto ha hecho caso omiso de las advertencias bienintencionadas, no puede interpretarse el resultado como realización de un plan de incendio. El criterio de la realización del plan adquiere también importancia decisiva para la imputación al dolo típico en relación con el difícil problema de la desviación de cursos causales (cfr. más detenidamente nm. 135 ss.).

1. La intención (o propósito)

Si bien existe acuerdo sobre que la intención (o propósito) es la “persecución 7 dirigida a un fin” del resultado típico, se discute sin embargo en extremo cómo ha de ser interpretado este elemento concretándolo en los distintos tipos. El P 1962 había intentado una definición (§ 17): “Actúa intencionadamente aquel a quien lo que le importa es realizar el elemento para el que la ley requiere actuación intencionada”. Pero la misma no se trasladó a la ley debido a la falta de claridad sobre este concepto y al significado cambiante que puede poseer, según la op. dom., en diferentes tipos. También la jurisprudencia estima que el concepto de intención ha de ser interpretado a menudo de manera diferente “según la naturaleza jurídica de la acción punible y según la finalidad perseguida en cada caso por el legislador con la conminación penal” (BGHSt 4, 108; así también BGHSt 9, 144; 13, 221; 16, 3). Pero hasta ahora no se ha conseguido poner de relieve aquel conjunto nuclear de caracteres conceptuales comunes que permita siquiera considerar la “intención (o propósito)” un elemento de la Parte general, ni hacer plausibles las finalidades que justificarían una interpretación tan diversa en la Parte especial⁴. Las investigaciones completas son escasas⁵. Sin embargo el concepto se podrá reconducir en buena medida a un denominador común, tal y como se admite la mayoría de las veces.

⁴ Arzt habla por ello de un caos conceptual, cfr. Arzt/Weber, BT 3², nm. 466.

⁵ En tiempos recientes sólo Gehrig, 1986, proporciona análisis diferenciados de numerosos tipos concretos. Lund, 1993, 130 ss., desarrolla para los delitos y formas de comisión con pluralidad de actos un concepto de intención, apoyado en bases analíticas del lenguaje, como nexo de planificación.

- 8 En primer lugar, es seguro que, cuando lo que le importa al sujeto es el resultado que persigue, existe intención, aun cuando la producción del resultado no se represente como segura, sino sólo como posible.

Ejemplo 1 (BGHSt 21, 283): El ladrón quiere matar a dos mujeres testigos del hecho mediante golpes con la culata de la escopeta, pero no está seguro de si conseguirá ese resultado mediante los golpes.

La intención de encubrimiento que presupone el asesinato (o la tentativa de asesinato) * se da aquí, aun cuando la producción del resultado fuera incierta. No concurre sólo un dolo eventual, que no bastaría para el § 211 [asesinato] ⁶. No obstante, la representación de la posibilidad ha de alcanzar el grado que haga posible un riesgo jurídicamente relevante y por tanto una imputación del resultado. Ello sucederá por regla general en el caso de un disparo realizado con intención de matar, aun cuando se dispare desde muy lejos. En los conocidos casos académicos del tipo de que se induce a alguien a dar un paseo durante una tormenta con la esperanza de que así pueda matarlo un rayo, falta en cambio la intención de matar (como en general el dolo de matar), porque lo perseguido ya no puede ser objetivamente imputado como homicidio típico (más detenidamente § 11, nm. 36, 45 ss.) ⁷.

- 9 Tampoco es dudoso que cuando el legislador exige una intención (o propósito) sólo ha de ser abarcado por la intención el correspondiente resultado, y no además las circunstancias que legalmente acompañan a aquél. En el ánimo o intención de apropiación antijurídica del § 242 [hurto] sólo ha de ser intencionada por tanto la apropiación. En relación con su antijuridicidad basta el *dolus eventualis* (RGSt 49, 142). Lo mismo rige para la antijuridicidad del lucro o enriquecimiento al que se dirige el ánimo o intención en la estafa (RGSt 55, 261).
- 10 Cada vez se impone también más la opinión de que la intención (o propósito) no debe significar el motivo, la finalidad última del sujeto ⁸, sino que la intención típica concurre aun cuando el resultado perseguido sirva para la consecución de ulteriores fines de otra índole del sujeto. Así, existe ánimo o intención de lucro o enriquecimiento antijurídico y por tanto también estafa, aun cuando al sujeto, en su producción de un perjuicio patrimonial mediante

* El § 211 StGB tipifica como asesinato, entre otras conductas, el matar a una persona para encubrir otro delito [N. del T.].

⁶ Así tb. BGHSt 21, 284. Equívoco en cambio BGHSt 16,5: "Quien... se representa un resultado sólo como posible no lo persigue... con la incondicionalidad que caracteriza la actuación intencional." En contra, con razón, Welzel, NJW 1962, 21.

⁷ Discr. LK¹⁰-Schroeder, § 16, nm. 76, quien propugna no exigir siquiera una representación de la posibilidad: "El hecho de perseguirlo... confiere al sujeto una relación interna tan intensa con el resultado que no es necesario elemento alguno en la faceta del saber".

⁸ Cfr. v.gr. tb. BGHSt 9, 146; 11, 173 s.; discr. BGHSt 18, 154 ss. ("móvil decisivo") y en la literatura científica sobre todo Baumann/Weber, AT⁹, § 26 III 2 a, que entienden la intención (o propósito) como "móvil principal", si bien no se refieren con ello a la "finalidad última", sino al motivo "primero, más próximo".

engaño y en su enriquecimiento, no le importe en última instancia la ventaja patrimonial, sino p.ej. la satisfacción de su ambición profesional (RGSt 27, 217) o la lucha contra el capitalismo. Por tanto, intencional es en todos los casos también aquello que se realiza de propósito como medio para ulteriores fines. Tampoco hace falta que la intención típica sea la única finalidad que persiga el sujeto. Si alguien es sorprendido hurtando un monedero y emplea entonces violencia, primero, para no ser atrapado y, segundo, para poder conservar el botín, posee la intención exigida en el § 252 [hurto con violencia o intimidación posterior], aun cuando no sólo actuó “para mantenerse en posesión del bien hurtado” (BGHSt 13, 64).

Se puede decir por tanto: los resultados conscientemente causados y deseados son siempre intencionales, aun cuando su producción no sea segura o no sea la finalidad última (el móvil, el motivo) o la finalidad única de quien actúa ⁹. Por otro lado, los resultados indeseados cuya producción el sujeto no había considerado segura, sino sólo posible o probable, han de considerarse a lo sumo producidos con dolo eventual. Así queda para la polémica sobre el concepto de intención (o propósito) sólo un grupo intermedio de casos, en los que el sujeto debe producir con seguridad un resultado típico, pero no desea ese resultado, sino que se enfrenta a él con indiferencia o incluso pesar. Debido a la seguridad de la producción del resultado, tales casos son como mínimo ejemplos de dolo directo (*dolus directus* de segundo grado). Pero, ¿pueden bastar también para la existencia de una “intención”?

Ejemplo 2 (BGHSt 16, 1): Inmediatamente antes de la salida del tren, A descubre que ha olvidado en casa su bono de transporte. Como quiere llegar a tiempo sin falta a un cursillo, pero sacar un billete antes de subir al tren o al bajarse de él le habría llevado demasiado tiempo, intenta colarse por la barrera sin billete válido. ¿Estafa (§ 263)?

Ejemplo 3: Un preso se evade —a falta de otra ropa— vestido por fuerza con el uniforme del establecimiento, del que posteriormente se deshace a la primera oportunidad de cambiarse de ropa. ¿Hurto de la indumentaria del establecimiento (§ 242)?

Ejemplo 4 (BGHSt 4, 107): Un taxista lleva a casa a unos ladrones con su botín a cambio de la tarifa habitual. Le es indiferente y más bien desagradable el estar asegurando así a los ladrones los beneficios del delito. ¿Encubrimiento (§ 257)?

Ejemplo 5 (BGHSt 13, 219): Para motivar a su novio a casarse, A le miente haciéndole creer que posee una fortuna de la que sus parientes la tienen ilícitamente apartada. El novio insta a A a presentar una denuncia contra sus parientes. A presenta la denuncia con conciencia de su falsedad, para no perder a su novio desvelándole sus embustes. ¿Denuncia falsa (§ 164)?

Los ejemplos muestran que en los delitos intencionales se pueden distinguir dos grandes grupos de casos, que ponen de manifiesto —en los supuestos a

⁹ En otro sentido Welzel, NJW 1962, 22, en relación con el carácter de “deseado”: si alguien, para llegar a tiempo a una ópera, prescinde de comprar el billete del medio de transporte y además se “alegra de ahorrarse el precio del viaje”, faltaría la “intención” en el sentido del § 263 [estafa] o del § 265 a [fraude de servicios]. Pero lo mismo dista de resultar convincente: no puede eximir de pena al sujeto el que mate dos pájaros de un tiro, aun cuando hubiera renunciado a la producción del enriquecimiento o lucro antijurídico deseado, de no haber existido la finalidad jurídicamente neutra de asistir a la ópera.

que nos hemos referido ya antes— un significado distinto en cada caso del concepto de intención (o propósito). En el primer grupo, al que pertenecen los ejemplos 1 y 2, el ánimo o intención de lucro o de apropiación es constitutivo de la clase de delitos que con él requiere más que un perjuicio ajeno consciente e incluso intencional. No comete aún estafa quien perjudica a otro mediante engaño (v.gr. para enfadarle), sino sólo quien lo hace con el ánimo o intención de lucro o enriquecimiento antijurídico. La estafa no es por tanto un caso de perjuicio patrimonial artero, sino un delito de enriquecimiento. Pero, si la figura de delito está decisivamente marcada por el ánimo o intención de lucro, parece consecuente rechazar este último cuando el lucro o enriquecimiento se le impone sólo contra su deseo y su voluntad al sujeto, que actúa por otra motivación. Así sucede en el ejemplo 2, si al sujeto el impago del precio del viaje le parece sólo un aspecto accesorio lamentable, pero inevitable de su acción engañosa motivada por otras finalidades; la constelación resulta, en una contemplación valorativa, más próxima a la figura de la causación artera de perjuicio ajeno que a la del lucro o enriquecimiento ilícito. Si en cambio A recibió con agrado poder ahorrarse además el precio del viaje, el lucro o enriquecimiento es un fin concomitante (aunque no autónomo) de su actuación y puede ser castigado como estafa. Esta solución coincide con la del BGH ¹⁰. De manera análoga habría que resolver el caso de un policía berlinés que en un viaje de servicio condujo su coche por la RDA, contraviniendo la prohibición y después declaró a efectos de dietas un viaje en avión para no tener que descubrir su infracción disciplinaria (así también en el resultado KG NJW 1957, 882). Del mismo modo que el ánimo o intención de lucro en la estafa, también el ánimo o intención de apropiación posee carácter constitutivo del delito en el hurto. Lo que marca la figura de delito no es la privación de la propiedad y la custodia ajenas, que es impune como tal, sino sólo la persecución de la apropiación. Cuando, como por regla general sucederá en el ejemplo 3, la obtención de la cosa le viene impuesta por fuerza al sujeto sólo por las circunstancias en su persecución del fin de evadirse, la conducta está más próxima a la figura de la sustracción de cosas y debería quedar impune (así la op. absolutamente dom.). Cosa distinta sucede cuando el preso huye con las llaves del establecimiento (BGH MDR 1960, 689), pues aquí el hurto de las llaves constituye el medio necesario y deseado para conseguir la finalidad última de la liberación.

¹⁰ La doctrina científica rechaza por regla general BGHSt 16, 1 ss., pero ella misma llega sólo “a distinciones poco plausibles” (Arzt/Weber, BT/3², nm. 467). Las dificultades de prueba se pueden solventar la mayoría de las veces cuando existe una apreciación exacta de todas las circunstancias del supuesto de hecho y de la personalidad. Lo anterior es discutido por Rengier, JZ 1990, 321, quien defiende con razones como mínimo dignas de ser tenidas en cuenta incluir toda consecuencia accesoria inevitable prevista como segura en el concepto de ánimo o intención del § 263.

Por el contrario, en el segundo grupo de casos, al que corresponden los ejemplos 4 y 5, la figura de delito se caracteriza únicamente por la lesión típica de bienes jurídicos: el daño a la administración de justicia y a intereses individuales que concurren de manera respectivamente diversa en el encubrimiento y la denuncia falsa. Cuando el legislador requiere aquí la “intención” de asegurar los beneficios (§ 257) o la “intención” de provocar... un procedimiento oficial (§ 164), no quiere con ello modificar la figura de delito, sino sólo exceptuar de la punición la actuación únicamente aventurada en relación con el resultado (o sea el dolo meramente eventual) ¹¹. El taxista del ejemplo 4 ha de ser castigado por encubrimiento, aun cuando no deseara sino que le fuera indiferente o incluso lamentable asegurar a los ladrones los beneficios del delito por mor de la retribución perseguida (parcialmente discr., pero como aquí en el resultado BGHSt 4, 107); pues sería incomprensible desde un punto de vista teleológico que el aseguramiento de un beneficio delictivo realizado con conciencia clara de su indefectible producción hubiera de quedar impune sólo porque el sujeto estaba motivado por móviles exclusivamente de provecho propio ¹². De manera análoga, la mujer del ejemplo 5 debe ser castigada por denuncia falsa (así también BGHSt 13, 219), incluso si sólo con repugnancia interna ha provocado el proceso penal. Pues el fundamento de la punición del § 164 no radica en la maldad de la motivación del sujeto, sino en inducir a error a las autoridades y en el perjuicio al falsamente denunciado.

En los casos en que la intención no posee un significado caracterizador de la figura de delito, la misma abarca por tanto todo el ámbito del dolo directo (del *dolus directus* de segundo grado). Toda acción que se emprende con conciencia de la segura producción del resultado propuesto encaja en el tipo, con independencia de si el resultado propuesto es bien recibido o no por el autor. Cuando en cambio la intención no posee carácter constitutivo para la figura de delito, si bien no es tampoco preciso para la realización del tipo que la causación del resultado intencionado propuesto represente la finalidad última o principal de la actuación, sin embargo el mismo ha de ser deseado al menos como finalidad secundaria. De este modo se obtiene una directriz para la interpretación de todos los tipos concretos, interpretación que no se puede

¹¹ Algunos autores pretenden incluso que en tales delitos intencionales baste tb. el *dolus eventualis* (Herzberg, ZStW 88 [1976], 95; Stratenwerth, AT³, nm. 318). Sin duda se puede discutir sobre si en tales casos el *dolus eventualis* no resulta tb. merecedor de pena. Pero su inclusión atentaría contra el principio *nullum crimen*, pues desde el punto de vista del lenguaje no se puede entender dentro de la “intención” el mero “conformarse con”; tampoco tendría sentido hablar de “intención” en la ley, queriéndose referir a todas las formas de dolo. A favor sin embargo de la interpretación de “intención” como *dolus eventualis* en el § 229 [envenenamiento] de nuevo ahora Schünemann, JR 1989, 91 ss., y Herzberg, JZ 1989, 480 s.; en contra Frisch, JuS 1990, 370.

¹² Cfr. Sch/Sch/Stree²⁴, § 257, nm. 22; SK³-Samson, § 257, nm. 31; de otra opinión la concepción mayoritaria.

efectuar aquí. Sólo a modo de ejemplo señalaremos que v.gr. en la falsificación de documentos (§ 267) el elemento “para inducir a error en el tráfico jurídico” no modifica la figura de delito; ésta consiste en que se enturbia la pureza del tráfico probatorio, y precisamente a eso se refiere también la intención de inducir a error. El elemento subjetivo del tipo serviría únicamente para anticipar la pena del delito consumado. Por tanto, quien, por motivos puramente privados (para salvaguardar su prestigio), falsifica la firma en una letra de cambio y sabe que el tomador es inducido así a realizar una conducta jurídicamente relevante, ha de ser castigado conforme al § 267, aun cuando ello le trajera sin cuidado ¹³. También es más que dudoso que la “intención de socavar” en el caso del § 89 (influencia contraria a la Constitución sobre el ejército federal u órganos públicos de seguridad) caracterice la figura de delito señalando “el móvil decisivo” del sujeto (como cree BGHSt 18, 151, 155, apoyándose en la Comisión Jurídica del Congreso Federal). Pues el precepto no pretende castigar una actitud interna hostil al Estado, sino proteger la operatividad de los órganos de seguridad; y ésta se pone igualmente en peligro cuando un agente a sueldo realiza su misión subversiva únicamente por dinero ¹⁴.

- 16** El resto de la literatura científica se sitúa también en la línea de esta distinción, en los casos en que se molesta mínimamente en buscar baremos generalizadores en la determinación del concepto de intención (o propósito) en la Parte especial. Así Lenckner ¹⁵ se fija en si el elemento intencional pretende reforzar la protección del bien jurídico o por el contrario restringirla. El primer caso se da cuando se anticipa la consumación (como en los §§ 164, 257, 267 y 288); en este caso la intención (o propósito) abarcaría el *dolus directus* de segundo grado. El segundo caso se produce en cambio cuando un bien jurídico no se protege en todo caso, sino sólo bajo el presupuesto de una determinada motivación del sujeto. Así sucede en el § 263, en el que junto al perjuicio patrimonial se exige, de manera restrictiva, el ánimo o intención de lucro o enriquecimiento, y en el § 242, donde junto a la lesión de la propiedad y la custodia se exige por añadidura el ánimo o intención de apropiación; lo mismo rige para los §§ 249, 253 y 259. Aquí exige Lenckner un *dolus directus* de primer grado, o sea “que sea lo que le importa al sujeto”. De manera similar Gehrig ¹⁶ distingue entre la intención como “elemento que se refiere a circunstancias ajenas al bien jurídico protegido” (§§ 242, 263, etc.), y la intención como elemento relativo al bien jurídico protegido (§§ 164, 267, etc.); en el primer grupo de casos exige una intención en sentido estricto, mientras que

¹³ En este sentido tb. Lenckner, NJW 1967, 1890; Gehrig, 1986, 79 ss.; de otra opinión BayObLG NJW 1967, 1476, en que se exige una auténtica “intención”.

¹⁴ Así tb. LK¹⁰-Schroeder, § 16, nm. 20.

¹⁵ Lenckner, NJW 1967, 1894.

¹⁶ Gehrig, 1986, 45 ss., 79 ss.

en el segundo considera suficiente el dolo directo (de segundo grado) ¹⁷. También Samson ¹⁸ considera una división de ese tipo un “punto de vista” esencial “para la interpretación”: “Siempre que la intención no se refiera a la lesión de un bien jurídico, sino que tenga la función de destacar como punibles dentro del gran círculo de lesiones de un bien jurídico llevadas a cabo algunas que poseen una motivación especial, la intención sólo puede aparecer en forma de *dolus directus* de 1.^{er} grado”.

En cambio no se pueden enunciar criterios generales de interpretación **17** cuando el legislador emplea la intención (o propósito) no como elemento subjetivo del tipo, sino como forma de manifestación del dolo. Pero, dado que el legislador equipara con frecuencia la intención y el dolo directo (de segundo grado) mediante la expresión “intencionadamente o a sabiendas” (p.ej. en el § 258), restan como tipos intencionales puros sólo los §§ 142 III 2 [obstrucción intencionada de la investigación en el delito de fuga del lugar del accidente] y 225 [lesiones de propósito], de modo que la trascendencia práctica de la cuestión es escasa ¹⁹. En el § 142 III 2 hay muchos datos a favor de una interpretación estricta del elemento intencional en el sentido del *dolus directus* de primer grado ²⁰; en el § 225 hay que incluir en cambio el dolo directo (de segundo grado), a la vista del § 226 [lesiones con resultado de muerte].

2. El dolo directo (de segundo grado)

Como ya vimos (nm. 5), la intención también pertenece al dolo directo en **18** sentido amplio. En sentido estricto éste abarca las consecuencias o circunstancias cuya realización no es intencionada, pero de cuya producción o concurrencia con seguridad se percata el sujeto, ocasionándolas conscientemente. Como ejemplo académico sirve el caso del asesino de masas Thomas ²¹, quien pretendía hacer saltar por los aires un barco con la finalidad de cometer una estafa de seguro, previendo como segura la muerte de los miembros de la tripulación. Pero más allá de este caso hay que apreciar un dolo directo (de segundo grado) también en relación con aquellas consecuencias accesorias cuya producción no es segura, pero está ligada con seguridad a la consecuencia principal ²². En el caso Thomas concurre por tanto también un dolo directo (de segundo grado) de matar, aun cuando el sujeto no esté completamente seguro de que la bomba por él colocada explotará, pero haya partido de la

¹⁷ No obstante, en algunos tipos del segundo grupo, sobre todo en el encubrimiento real (pp. 110 ss.), exige tb. un *dolus directus* de primer grado, en cuanto que utiliza el elemento intencional como correctivo a tipos formulados de forma demasiado amplia en su parte objetiva. Críticamente al respecto Samson, JA 1989, 454; cfr. antes ya Lenckner, NJW 1967, 1894, n. 34.

¹⁸ Samson, JA 1989, 453, invocando sobre todo a Lenckner.

¹⁹ Samson, JA 1989, 452.

²⁰ Gehrig, 1986, 140 s.

²¹ Al respecto, Binding, Normen, t. II/2, ²1916, 851 ss.

²² Jakobs, AT², 8/18; Samson, JA 1989, 450 s.

idea de una muerte segura de los miembros de la tripulación en el caso de que eso suceda. El legislador designa el dolo directo (de segundo grado) mediante las expresiones “a sabiendas” (§ 258) o “de mala fe” (§§ 164, 187).

- 19** El dolo directo (de segundo grado) representa un “querer” la realización del tipo, aun cuando el resultado sea desagradable para el sujeto. “Las consecuencias de la acción que se reconocen como necesarias son asumidas en su voluntad por el agente, aun cuando no tenga en absoluto interés en esas consecuencias” (RGSt 5, 314 ss., 317). Thomas quiso por tanto la muerte de los miembros de la tripulación, incluso si las lamentó y habría preferido evitarlas. Era parte integrante de su plan del hecho y eso es suficiente para el dolo.
- 20** La delimitación entre el dolo directo (de segundo grado) y el dolo eventual es sencilla: cuando falta la intención y el sujeto no está seguro de si una determinada circunstancia del hecho concurre o de si se producirá una consecuencia típica, no existe en ningún caso *dolus directus* (de segundo grado), sino a lo sumo dolo eventual, que habrá que distinguir aún de la imprudencia consciente. A este respecto habrá que admitir que altos grados de probabilidad equivalen a la seguridad²³. A quien con un 99 % de probabilidad parte de la idea de que los hechos lesivos del honor que sobre otro difunde son falsos habrá que castigarle, cuando efectivamente lo sean, por difamación intencional o a sabiendas (§ 187) y no sólo por maledicencia o difamación no a sabiendas (§ 186).

3. El dolo eventual (*dolus eventualis*)

a) El dolo eventual como decisión por la posible lesión de bienes jurídicos

- 21** La cuestión de cómo se ha de determinar y cómo se ha de delimitar el dolo eventual frente a la imprudencia (consciente) no sólo posee una extraordinaria importancia práctica, sino que es considerada también “una de las cuestiones más difíciles y discutidas del Derecho penal”²⁴. Nos acercaremos a ella a partir de un caso que influyó de manera esencial en la discusión en la postguerra.

Ejemplo 6 (BGHSt 7, 363): K y J querían robar a M. Decidieron estrangularlo con una correa de cuero hasta que perdiera el conocimiento y sustraerle entonces sus pertenencias. Como se percataron de que el estrangulamiento podría conducir en determinadas circunstancias a la muerte de M, que preferían evitar, resolvieron golpearle con un saco de arena en la cabeza y hacerle perder la conciencia de ese modo. Durante la ejecución del hecho reventó el saco de arena y se produjo una pelea con M. Entonces K y J recurrieron a la correa de cuero que habían llevado por si acaso. Hicieron un lazo en torno al cuello de M y tiraron de ambos extremos hasta que aquél dejó de moverse. Acto seguido se apoderaron de las pertenencias de M. A continuación les surgieron dudas sobre si M estaría aún vivo y realizaron intentos de reanimación, que resultaron inútiles.

²³ Así tb. Jescheck, AT⁴, § 29 III 2.

²⁴ Welzel, StrafR¹¹, 69 [= PG, 1987, 101; N. del T.].

¿Existe aquí una muerte doloso-eventual y por tanto un asesinato (§ 211) **22** o sólo un homicidio imprudente (§ 222)? Para responder esta cuestión se ha de recurrir a la diferencia material que existe entre dolo e imprudencia y que *supra* (nm. 6) se caracterizó señalando que el dolo es “realización del plan”, mientras que la imprudencia consciente es sólo “negligencia o ligereza”. Si se parte de este criterio directriz, se puede reconocer que se trata aquí de un caso límite, pero que hay que ubicar (precisamente aún) en el dolo eventual. Pues los sujetos no actuaron de manera descuidada e irreflexiva, sino que, se dieron perfecta cuenta de que su actuación podría conducir fácilmente a la muerte de M y precisamente por eso renunciaron a ese plan. Cuando después, al fracasar el plan sustitutivo, volvieron al proyecto original, se arriesgaron conscientemente a la muerte de M, por muy desagradable que les resultara tal consecuencia. “Incluyeron en su cálculo” la —eventual— muerte de la víctima, la hicieron parte integrante de su plan y, en esa medida, la “quisieron”.

La anterior delimitación es materialmente correcta, porque es la que mejor **23** responde a la considerable diferencia de punibilidad entre el dolo eventual y la imprudencia consciente. Quien incluye en sus cálculos la realización de un tipo reconocida por él como posible, sin que la misma le disuada de su plan, se ha decidido conscientemente —aunque sólo sea para el caso eventual y a menudo en contra de sus propias esperanzas de evitarlo— en contra del bien jurídico protegido por el correspondiente tipo. Esta “decisión por la posible lesión de bienes jurídicos” es la que que diferencia al dolo eventual en su contenido de desvalor de la imprudencia consciente ²⁵ y la que justifica su más severa punición ²⁶. Cuando p.ej. alguien, a pesar de la advertencia de su acompañante, adelanta de manera arriesgada y provoca así un accidente, este accidente no estará causado por regla absolutamente general dolosamente, sino sólo por imprudencia consciente, aunque el sujeto —hasta aquí como en el caso de la correa de cuero— conocía las posibles consecuencias e incluso se

²⁵ Frente a esto, Frisch, 1983, 496, ve en el *dolus eventualis* “la auténtica forma básica del dolo”. La intención (o propósito) y el saber seguro son para él sólo supuestos “en que la ‘decisión del sujeto en contra del bien jurídico’ (o sea el dato básico del dolo) es especialmente evidente” (pp. 498 s.). Tb. en W. Hassemer, Arm. Kaufmann-GS, 1989, 309 [= ADPCP 1990, 931; N. del T.], se lee: “El dolo es decisión por el injusto. Esta definición vale para todas las formas de dolo.” Sin embargo no convence el que precisamente el criterio que se sitúa en el límite más próximo a la imprudencia consciente y plantea la mayoría de los problemas de distinción deba resultar el decisivo tb. en la intención (o propósito) y en el *dolus directus* (de segundo grado). El criterio de la realización del plan aquí defendido, al considerar que el dolo se realiza de la forma más pura en la intención (o propósito) y al observar en el *dolus directus* (de segundo grado) y en el *dolus eventualis* debilitamientos graduales de la sustancia del dolo, se adecua mejor al fenómeno.

²⁶ Roxin, JuS 1964, 58 (= Grundlagenprobleme, 224); de acuerdo en este punto sobre todo SK⁵-Rudolphi, § 16, nm. 39; Strattenwerth, AT³, nm. 255; W. Hassemer, Arm. Kaufmann-GS, 1989, 295 ss. [= ADPCP 1990, 916 ss.; N. del T.]; con el criterio de la decisión operan sin embargo de forma similar tb. Frisch, 1983, 111 ss.; Ziegert, 1987, 84 ss., 142 ss.; Philipps, ZStW 85 (1973), 27 ss.; Brammsen, JZ 1989, 79.

le había advertido de ellas. La diferencia radica sin embargo en que el conductor, en tal situación y pese a su conciencia del riesgo, confía en poder evitar el resultado mediante su habilidad al volante, pues de lo contrario desistiría de su actuación, porque él mismo sería la primera víctima de su conducta. Esta confianza en un desenlace airoso, que es más que una débil esperanza, no permite llegar a una decisión en contra del bien jurídico protegido. Sin duda se le puede reprochar al sujeto su descuidada negligencia o ligereza y castigarle por ello, pero como no ha tomado decisión alguna en contra de los valores jurídicos típicamente protegidos (como aquí la vida, la integridad corporal, la propiedad ajena), aquel reproche es más atenuado y merece sólo la pena de la imprudencia.

24 Nuestra delimitación demuestra, como además se reconoce en general, que la denominación “dolo eventual o condicionado”^{*} es incorrecta. Pues el dolo, como voluntad de acción realizadora del plan, precisamente no es “eventual o condicionado”, sino, por el contrario, incondicional, puesto que el sujeto quiere ejecutar su proyecto incluso al precio de la realización del tipo (o sea “bajo cualquier eventualidad o condición”). Únicamente la producción del resultado, no el dolo, depende de eventualidades o condiciones inciertas. Sería por tanto más correcto hablar de un dolo sobre la base de hechos de cuya inseguridad se es consciente. No obstante, por razones de tradición, se mantendrá aquí el concepto generalizado de “dolo eventual o condicionado”. Esto es inocuo si se tiene claro que un dolo condicionado según el uso preciso del lenguaje, en el sentido de una voluntad condicionada, no es aún un dolo jurídicopenalmente relevante en absoluto. Quien todavía no está decidido, sino sólo “inclinado al hecho”, no actúa dolosamente. Cuando p.ej. alguien saca una pistola cargada, pero todavía no está seguro de si la utilizará para disparar o sólo para intimidar, no concurre aún dolo y por tanto tampoco una tentativa punible²⁷. Si entonces se escapa un disparo que mata al adversario, sólo puede plantearse un homicidio imprudente (§ 222). La exigencia de la “decisión incondicional” como presupuesto de cualquier dolo desempeña un papel importante sobre todo en la teoría de la tentativa y habrá de examinarse con más detalle al tratar de ésta.

25 La separación del dolo y la imprudencia es una delimitación según el tipo de injusto y confirma así la ubicación del dolo típico en el tipo mismo (§ 10, nm. 69). Quien produce conforme a un plan un resultado típico realiza un tipo de delito distinto que quien no ha incluido en sus cálculos el resultado y lo produce por negligencia o ligereza. El que se pueda delimitar, como intentan demostrar los finalistas, la actuación doloso eventual como “final”, del hecho realizado con imprudencia consciente como actuación “no final”, depende de cómo se entienda el concepto de finalidad. Si se parte de un concepto normativo de finalidad, en el que la finalidad se presenta como realización conforme a un plan de un tipo de delito, entonces ello se corresponde con la doctrina aquí defendida. Si por el contrario se adopta

* Para entender mejor lo que sigue conviene aclarar que en alemán al dolo eventual se le da el nombre de “*bedingter Vorsatz*”, lo que literalmente significaría “dolo condicionado”; sin embargo, en la tradición española el dolo condicionado es algo diferente al eventual, por lo que, además de por la unánime utilización de la expresión “dolo eventual”, se ha evitado en general esa traducción. En este nm. se seguirá traduciendo, en la medida de lo posible, “*bedingter*” por “eventual” y “*Bedingung*” (“condición”) por “eventualidad”, mientras el texto siga teniendo sentido (lo que ocurrirá con frecuencia, dado que “eventual” significa “sujeto a cualquier evento o contingencia” y “condicionado” sería lo que se ha hecho depender de alguna condición), pero se añadirá el significado más literal de los términos aludidos y, en alguna ocasión, cuando lo exija el sentido del texto, se utilizarán sólo éstos [N. del T.].

²⁷ En profundidad Roxin, Schröder-GS, 1978, 145 ss.

un concepto de finalidad ontológico, que se fije en el puro saber causal, entonces debería contemplarse también la imprudencia consciente como acción final ²⁸.

La delimitación entre dolo e imprudencia expresa sin embargo no sólo una diferencia de **26** injusto, sino también una diferencia importante de culpabilidad, que justifica la distinta punición de ambas formas de conducta: pues quien se decide —aunque sea sólo para un caso eventual— en contra del bien jurídico protegido denota una actitud más hostil al Derecho que quien confía —aunque sea negligentemente— en la no producción del resultado. Esta trascendencia del dolo tanto desde el punto de vista del injusto como desde el de la culpabilidad confirma la idea alcanzada anteriormente (cfr. § 7, nm. 76 s.; § 10, nm. 69) de que las realidades jurídicas a menudo pueden ser relevantes desde el punto de vista de distintas categorías del delito ²⁹.

Cuando se intenta perfilar en forma de fórmula los presupuestos bajo cuya **27** concurrencia se puede afirmar que un resultado o cualquier otra circunstancia ha sido asumida en la voluntad del que actúa y se ha convertido, a través de la decisión por la posible lesión de bienes jurídicos, en parte integrante del plan del hecho, hay que ser consciente de la dificultad de reproducir lingüísticamente de manera adecuada un fenómeno psicológicamente muy sutil y a menudo guiado por tendencias irracionales y sólo relativamente conscientes. Las plasmaciones verbales no pueden ser aquí más que aproximaciones. Con esta reserva se puede decir que hay que afirmar el dolo eventual cuando el sujeto cuenta seriamente con la posibilidad de la realización del tipo, pero a pesar de ello sigue actuando para alcanzar el fin perseguido, y se resigna así —sea de buena o de mala gana— a la eventual realización de un delito, se confórma con ella. En cambio, actúa con imprudencia consciente quien advierte la posibilidad de producción del resultado, pero no se la toma en serio y en consecuencia tampoco se resigna a ella en caso necesario, sino que negligentemente confía en la no realización del tipo. Al respecto debe distinguirse entre la “confianza” y una mera “esperanza”. Quien confía —a menudo por una sobrevaloración de la propia capacidad de dominar la situación— en un desenlace airoso no toma seriamente en cuenta el resultado delictivo y por tanto no actúa dolosamente. Sin embargo, quien toma en serio la posibilidad de un resultado delictivo y no confía en que todo saldrá bien puede en cualquier caso seguir teniendo la esperanza de que la suerte esté de su lado y no pase nada. Esta esperanza no excluye el dolo cuando simultáneamente el sujeto “deja que las cosas sigan su curso”.

La distinción expuesta vale no sólo para el caso más común en la práctica **28** en que el sujeto no sabe si puede evitar un menoscabo del objeto de la acción típica, sino igualmente en caso de dudas sobre otras circunstancias. Si p.ej. alguien no posee un conocimiento exacto de si la muchacha a la que seduce

²⁸ Cfr. Engisch, Kohlrausch-FS, 1944, 155; Roxin, 1963 (⁵1990), 180 ss.

²⁹ Schünemann, GA 1985, 364, pretende imputar la faceta cognoscitiva del dolo al injusto y la faceta volitiva (el “componente emocional”) a la culpabilidad. Sin embargo me parece más ajustado a la realidad reconocer que el dolo como un todo posee trascendencia tanto desde una como desde la otra perspectiva.

es mayor de dieciséis años, se convierte, si la muchacha en realidad sólo tiene quince años, en responsable de un abuso sexual doloso punible de menores de dieciséis años (§ 182), siempre y cuando cuente seriamente con una menor edad de su compañera y ello no le haga desistir de su proyecto. Si por el contrario —v.gr. en atención al desarrollo corporal de la joven— confía negligentemente sin indagar más detenidamente en que la edad de la mujer es superior, entonces actúa con imprudencia consciente y no responde penalmente.

- 29 La delimitación según las parejas conceptuales “tomarse en serio — negligencia o ligereza”³⁰, “resignarse a - confiar en”³¹ se ha impuesto hoy ampliamente en la doctrina científica³², en la que, junto al tomar en serio el resultado y al resignarse a, se mencionan a menudo también como criterios del dolo eventual el “contar” con el resultado o “conformarse con *” él³³. Las combinaciones y matizaciones que efectúan los distintos autores en la aplicación de estas caracterizaciones en forma de lemas son más de naturaleza lingüística que material. El P 1962, en el sentido de esta doctrina hoy dominante, había atribuido dolo eventual a quien “considera posible la realización (del tipo legal) y se resigna a ella” (§ 16), mientras que según el PA —con igual significado material— actúa con *dolus eventualis* “quien considera seriamente posible la realización de las circunstancias del hecho y se conforma” (§ 17 II). El legislador renunció finalmente a una regulación legal expresa, porque también sus definiciones originales de los conceptos “intención (o propósito)”, “a sabiendas”, “imprudencia” y “temeridad” fueron nuevamente suprimidas, debido a

³⁰ Procede de Stratenwerth, ZStW 71 (1959), 51; Köhler, 1982, ha fundamentado ahora de manera completa la imprudencia consciente como lesión negligente.

³¹ Al respecto especialmente Germann, SchwZStr 77 (1961), 345, con referencia a la jurisprud. suiza.

³² De acuerdo en líneas generales Ambrosius, 1966; Blei, AT¹⁸, § 32 IV; Bockelmann/Volk, AT⁴, § 14 IV 2 b; Gallas, NiedrStrKomm. 12, 1959, 121; Jescheck, AT⁴, § 29 III 3; Roxin, JuS 1964, 53 (= Grundlagenprobleme, 209); SK⁵-Rudolphi, § 16, nm. 43; Stratenwerth, AT³, nm. 308; Welzel, StrafR¹¹, 1969, 68 ss. [= PG, 1987, 100 ss.; N. del T.]; Wessels, AT²³, § 7 II 3; Wolter, 1972, 178 ss.; Frisch, 1983, 484; Ziegert, 1987, 142 ss.; Hillenkamp, Arm. Kaufmann-GS, 1989, 351 ss.; Arzt, Jescheck-FS, 1985, 391 s.; Behrendt, v. Simson-FS, 1983, 20, habla de una teoría dominante que se ha “impuesto también en los países extranjeros de habla alemana”. Tb. Geppert, Jura 1986, 612, opina que la “teoría del tomarse en serio” es hoy “defendida mayoritariamente” en la literatura científica. Küpper, ZStW 100 (1988), 766, define el *dolus eventualis* de manera muy similar mediante un “asumir (admitir, soportar, tolerar)” el resultado. Crít. respecto de la “teoría de la asunción” y tb. respecto del “tomar en serio” Behrendt, v. Simson-FS, 1983, 20 ss. Lund, 1993, 122 ss., 128 ss., pretende distinguir según la confianza en un desenlace airoso frente al riesgo advertido fuera “consistente” (en tal caso imprudencia) o “contrafáctica” (en tal caso dolo).

* Es reiterada la alusión a la dificultad de traducir la expresión “Inkaufnehmen”, que aquí he traducido por “conformarse con”, pero que otros autores traducen, sin duda correctamente, por “tomar en consideración”, “resignarse con”, “aceptar (algo o el resultado) tal como venga”, “tomar como viene”, etc. Cfr. al respecto, con ulteriores referencias, Silva Sánchez, en: Schünemann (ed.), El sistema moderno, 69, N. del T. [N. del T.].

³³ Honig, GA 1973, 262, se fija en si el sujeto “cuenta con poder evitar un delito”.

las múltiples cuestiones controvertidas existentes al respecto, y le pareció “demasiado fragmentaria” una regulación aislada sólo del dolo eventual ³⁴.

Contra la delimitación propuesta se alega a veces que no es posible hablar **30** de una “decisión por la posible lesión de bienes jurídicos” o de un “tomar en serio” el riesgo cuando a quien actúa le es completamente indiferente el resultado, faltando por tanto una toma de postura psíquica ³⁵. Sin embargo, el concepto de decisión, como todos los conceptos jurídicos, no ha de enjuiciarse como puro fenómeno psicológico, sino según parámetros normativos. A quien le es completamente indiferente la producción de un resultado percibido como posible, le da exactamente igual su producción que su no producción. En tal actitud se encierra ya una decisión por la posible lesión de bienes jurídicos. La “decisión” a que aquí nos referimos no precisa por tanto ser un acto de voluntad reflexivo del tipo de una “resolución”. Quien cuenta con la posibilidad de un resultado típico y, a pesar de todo, ello no le hace desistir de su proyecto, se ha decidido así —en cierto modo mediante actos concluyentes— en contra del bien jurídico protegido ³⁶. Tampoco es contundente la objeción de que “tomar en serio” y “negligencia o ligereza” presuponen la conciencia de la antijuridicidad por parte del sujeto y por tanto contradirían la teoría de la culpabilidad ³⁷, según la cual la conciencia de la antijuridicidad **no** pertenece al dolo. Pues la conciencia de la lesión de bienes jurídicos que se deriva del dolo típico coloca ya al sujeto en el caso normal ante la situación de decidir. Cuando esto es de otro modo, como a veces en el Derecho penal especial o accesorio, se vuelve cuestionable la propia teoría de la culpabilidad (al respecto § 21, nm. 10, 39 ss.).

Otra objeción consiste en que esta concepción perjudicaría a quien toma **31** en serio todas las posibilidades que se representa, y en esa medida aún mostraría al menos consideración, frente al que hace gala de descuidada negligencia o ligereza. Pero ésta es una visión errónea ³⁸. Quien se toma en serio la posibilidad por él conocida de producción del resultado está en una posición ventajosa frente a quien no lo hace, porque ve claramente las razones que le exigen desistir de su actuación. ¡Lo que fundamenta el mayor merecimiento de pena en relación con el que actúa negligentemente no es el que se consi-

³⁴ BT-Drucks. V/4095, 9; acerca de las deliberaciones de la Comisión de Derecho penal (Strafrechtskommission), más detenidamente, Honig, GA 1973, 257 ss.

³⁵ Cfr. últimamente LK¹⁰.Schroeder, § 16, nm. 93, y la polémica en Stratenwerth, AT³, nm. 309.

³⁶ Soluciones similares en Philipps, ZStW 85 (1973), 38 (*dolus eventualis* “cuando el sujeto se decide conscientemente por una conducta que resulta incompatible con una máxima de riesgo vigente en el ordenamiento jurídico”) y E. A. Wolff, Gallas-FS, 1973, 222 (cuando el sujeto rebasa “el límite de peligro no sobrepasable que le establece su propia razón”). Tb. la disposición en forma de cuadro sinóptico de los distintos factores de pronóstico y de actitud en Haft, ZStW 88 (1976), 386 ss., conduce a resultados similares.

³⁷ Schumann, JZ 1989, 431.

³⁸ Cfr. tb. Schmidhäuser, JZ 1980, 250, que en un contexto similar habla de un “error de razonamiento”.

deren todas las posibilidades, sino el seguir actuando pese al cálculo sereno de las consecuencias! Sin duda se puede plantear la cuestión de principio de si “la fórmula del tomarse en serio y similares” no privilegian injustificadamente “precisamente al sujeto especialmente peligroso (o sea, aquel con la mayor capacidad de represión psicológica)”³⁹. Sin embargo, el quebrantamiento calculado del Derecho denota un mayor grado de hostilidad al Derecho que la “capacidad de represión (inhibición o contención)” del que es fiel al Derecho según el fin que se ha fijado. Sin duda se puede discutir si no debería crearse para el caso excepcional de la “negligencia absoluta” un precepto conforme al cual pueda “castigarse igual la comisión especialmente negligente que la dolosa”⁴⁰. Pero eso sería una decisión políticocriminal del legislador que no modificaría en nada el generalmente mayor merecimiento de pena de quien actúa con dolo eventual y que no anularía, ni siquiera en el caso excepcional de una equiparación facultativa del marco penal, la diferencia en cuanto a tipo delictivo de ambas formas de comisión.

b) Soluciones afines y discrepantes⁴¹

- 32 Conceptos como “tomarse en serio” o “resignarse a”, tal y como se emplean aquí a efectos de delimitación, no son definiciones conceptuales del dolo eventual, sino indicios con capacidad expresiva de su concurrencia, circunstancias de las que se puede deducir una decisión por la posible lesión de bienes jurídicos. También otros planteamientos de la doctrina científica⁴², que la mayoría de las veces se presentan como “teorías” específicas, ofrecen a menudo sólo indicios probatorios y se aproximan como tales bastante a la concepción aquí defendida.

aa) La teoría de la aprobación o del consentimiento

- 33 La literatura científica más antigua estaba dominada por la contraposición entre teoría de la voluntad y teoría de la representación⁴³, la primera de las cuales ponía el acento de la delimitación en los elementos volitivos del dolo eventual, la segunda, en cambio, en los intelectuales. La expresión más influyente de la teoría de la voluntad fue la **teoría de la aprobación o del consentimiento**, que se mantuvo sobre todo en la jurisprud. del RG. La misma exige para el dolo eventual, junto a la previsión del resultado, que el sujeto lo haya aprobado interiormente, que haya estado de acuerdo con él: “Precisamente ahí..., en la aprobación del resultado como una realidad interior autónoma

³⁹ Schünemann, JA 1975, 204; LK¹⁰-Schroeder, § 16, nm. 89.

⁴⁰ En este sentido Hall, Mezger-FS, 1954, 245. Acerca de un tratamiento unitario de dolo e imprudencia consciente, cfr. además *infra* nm. 63.

⁴¹ Cfr. tb. la panorámica que ofrece Geppert, Jura 1986, 610 ss.

⁴² Acerca de la situación histórica más antigua, ampliamente Engisch, 1930, 88 ss.

⁴³ Cfr. Engisch, 1930, 126 ss.; Mezger, StrafR, ³1949, 342 ss. [= Tratado II, 1957, 167 ss.; N. del T.].

añadida a la previsión de la producción del mismo, radica la característica esencial del dolo eventual” (RGSt 33, 4, 6). Si se toma literalmente el criterio de la “aprobación”, se ha de exigir que al autor le agrade el resultado, que se alegre de él ⁴⁴. En el ejemplo de partida (nm. 21) habría que apreciar entonces sólo imprudencia consciente, pues para los sujetos la muerte de la víctima era manifiestamente indeseable; de lo contrario no habrían elegido primero un medio más benigno y no habrían realizado después intentos de reanimación.

Si se interpreta de esta forma estricta la teoría de la aprobación, la misma **34** conduce por tanto a resultados distintos que la doctrina aquí defendida, y debe ser rechazada. En efecto porque, en primer lugar, cuando el sujeto aprueba directamente la producción de un resultado, la mayoría de las veces concurre ya una “intención (o propósito)”, de modo que esta concepción no deja apenas nada para el dolo eventual. En segundo lugar y sobre todo, esta concepción pasa por alto la consideración de que el cometido de los tipos dolosos es evitar lesiones calculadas de bienes jurídicos, independientemente de la actitud emocional con que sean cometidas. El que alguien apruebe el resultado por él incluido en los cálculos, lo afronte con indiferencia o incluso lo lamente es importante para la medición de la pena, pero no puede influir en el carácter doloso del hecho ⁴⁵. Para el elemento volitivo del dolo es suficiente que el sujeto incluya en su plan el resultado y con ello lo haya “querido” en el sentido de una decisión en contra del valor jurídico. No es preciso un ulterior desvalor de la actitud interna.

La opinión contraria ha remitido una y otra vez a casos como el de un **35** médico que emprende una operación indicada pese a que considera seriamente posible un desenlace mortal, o el de quien, para salvar a su amigo, dispara sobre el agresor con conciencia clara de que puede alcanzar también al amigo ⁴⁶. Se pensaba que, en su caso, sólo se podía negar un homicidio cometido con dolo eventual con la fundamentación de que el sujeto no había aprobado interiormente el resultado. Pero ello es falso, pues si la operación y el disparo eran los únicos medios para salvar de una muerte en otro caso segura, ambas acciones son ya objetivamente conformes a Derecho (ya sea en virtud de consentimiento, consentimiento presunto o estado de necesidad justificante), de modo que la cuestión del dolo ya ni siquiera se plantea ⁴⁷.

La teoría de la aprobación, cuyo entendimiento del concepto “aprobar” fue **36** cambiante desde un principio ⁴⁸, experimentó sin embargo una interpretación

⁴⁴ Así expresamente de nuevo ahora Ingo Müller, NJW 1980, 2392; para el *dolus eventualis* sería preciso que el sujeto “apruebe, diga sí, celebre” el resultado. .

⁴⁵ Cfr. Roxin, JuS 1964, 58 (= Grundlagenprobleme, 223 s.)

⁴⁶ Cfr. Mezger, StrafR, ³1949, 347 [= Tratado II, 1957, 173; N. del T.]; la Fundamentación del P 1958, p. 23, justifica todavía la teoría de la aprobación con esta consideración.

⁴⁷ Cfr. Roxin, JuS 1964, 58 (= Grundlagenprobleme, 225), con ulteriores referencias.

⁴⁸ Cfr. H. Mayer, LB AT, 1953, 253; Roxin, JuS 1964, 56 (= Grundlagenprobleme, 219); Blei, AT¹⁸, § 32 IV 2 b.

en la posguerra que, en su resultado, conduce a la posición aquí defendida. Esta evolución halló su expresión más clara en BGHSt 7, 363 (ej. 6, nm. 21; cfr. además, acerca de la jurisprudencia reciente, nm. 64 ss.). El BGH condenó en este caso a ambos sujetos por asesinato y fundamentó así el dolo eventual (loc. cit., 369):

“La aceptación del resultado, que... constituye el elemento decisivo de diferenciación entre el dolo eventual y la imprudencia consciente, no significa... que el resultado deba corresponderse con los deseos del sujeto. También puede darse dolo eventual cuando el sujeto no desea la producción del resultado. En sentido jurídico, el mismo aprueba ese resultado pese a todo, cuando, en atención al objetivo perseguido, es decir, en tanto que no puede alcanzar de otra manera su objetivo, se resigna también a que su acción produzca el resultado en sí indeseado, y por tanto lo quiere en el caso de que se produzca.”

Pero induce sin duda a confusión que un “aceptar en sentido jurídico” pueda ser también un reprobar en el sentido del uso normal del lenguaje⁴⁹. Como demuestra la referencia expresa al resignarse, el BGH vira sin embargo materialmente hacia la op. dom. Si “aprobar” no significa más que que el sujeto incluye en el plan del hecho el posible resultado y en esa medida lo asume en su voluntad, existe acuerdo, ciertamente no terminológico, pero sí desde luego sobre el auténtico alcance del dolo eventual. También en la literatura científica se defiende a menudo la teoría de la aprobación en este sentido⁵⁰, de modo que hoy sólo puede ser considerada ya una variante de la doc. dom.

bb) La teoría de la indiferencia

- 37 La teoría de la aprobación en su versión más estricta resulta cercana a la “teoría de la indiferencia”, desarrollada por Engisch⁵¹, según la cual hay que apreciar *dolus eventualis* “cuando el sujeto da por buenas o recibe con indiferencia las consecuencias accesorias negativas meramente posibles, y sin embargo no cuando considera indeseables esas consecuencias y tiene por ello la esperanza de que no se producirán”. Hay que darle la razón a esta doctrina en cuanto que la indiferencia es un indicio seguro de que el sujeto se ha resignado al resultado y por tanto ha actuado dolosamente. Pero no es acertada en su apreciación inversa de que la falta de indiferencia, en el sentido del carácter no deseado del resultado, excluye siempre el dolo. Engisch ha de acabar apreciando una mera imprudencia en el caso de la correa de cuero (ej. 6, nm. 21)⁵², lo cual no resulta satisfactorio. Pues uno no se puede exonerar de las consecuencias de su actuación conscientemente incluidas en el cálculo mediante meras esperanzas en las que ni uno mismo confía. En esta

⁴⁹ Cfr. la crítica en Schmidhäuser, GA 1957, 308; idem, GA 1958, 171.

⁵⁰ Baumann/Weber, AT⁹, § 26 III 2 b (no del todo claramente); Maurach/Zipf, AT/1⁸, 22/34 ss.

⁵¹ La cita es de NJW 1955, 1689; en profundidad Engisch, 1930, 186 ss.; similar Sch/Sch/Cramer²⁴, § 15, nm. 84: dolo eventual “cuando el sujeto considera posible la realización del tipo y se conforma con ella por indiferencia frente al bien jurídico protegido”.

⁵² Opina (NJW 1955, 1689) que en los sujetos “no existía del todo la actitud interior que debe exigirse para el reproche del dolo homicida”.

medida es válida la misma objeción que se ha de formular contra la teoría de la aprobación en su versión estricta: lo decisivo es a favor y en contra de qué se decida uno para el caso eventual, y no con qué deseos y esperanzas lo haga.

cc) La teoría de la representación o de la posibilidad

El polo opuesto a todas las expresiones de la teoría de la voluntad lo constituye la teoría de la representación, que propugna fijarse sólo en momentos intelectivos para determinar el límite del dolo. Hoy vuelve a hallar partidarios en su versión radical de que la mera representación de la posibilidad de producción del resultado sin ningún elemento volitivo fundamenta ya el dolo eventual ("**teoría de la posibilidad**"). Se desarrolló en la posguerra primero por Schröder⁵³ y después se profundizó en ella en múltiples trabajos, especialmente de Schmidhäuser⁵⁴. Se apoya sobre todo en la idea de que la mera representación de la posibilidad ya debería hacer desistir al sujeto de seguir actuando, y de que la confianza en la no producción del resultado encierra en sí la negación de su posibilidad. Acaba por negar la existencia de una imprudencia consciente en el sentido tradicional. "Toda imprudencia es imprudencia inconsciente", afirma Schröder⁵⁵, y Schmidhäuser⁵⁶ opina que no se podría hablar "de una imprudencia consciente en el sentido en que se ha hecho hasta ahora", de modo que se habría de distinguir "dolo e imprudencia totalmente como conocimiento y desconocimiento". Está claro que esta teoría ha de acabar apreciando dolo eventual en el caso de la correa de cuero (ej. 6, nm. 21).

Habría que estar de acuerdo con esta concepción si realmente fuera cierto que el sujeto ya incluye en sus cálculos la producción del resultado y se decide en contra del bien jurídico protegido siempre que percibe la posibilidad de la realización de un tipo y a pesar de ello sigue actuando. Pero esto no es así. Quien, pese a que se le hace una advertencia, adelanta de forma arriesgada o tira un cigarrillo encendido, se percata perfectamente de la posibilidad de la lesión de un bien jurídico, pero confía no obstante en su no producción. La situación de que alguien tenga claramente a la vista una posibilidad, pero (aunque sea por confianza debida a negligencia o ligereza) no cuente seriamente con su realización, es psicológicamente muy frecuente. Sucede en tal caso que "el sujeto echa a un lado la idea de las posibles consecuencias de su hecho y elude una decisión con toma de postura, mediante la suposición, la mayoría de las veces no racionalmente fundamentable, de que todo saldrá bien"⁵⁷; pre-

⁵³ Schröder, Sauer-FS, 1949, 207 ss.

⁵⁴ Schmidhäuser, GA 1957, 305 ss.; idem, GA 1958, 161 ss.; idem, 1968; idem LB AT², 10/89 ss.; idem, JuS 1980, 241 ss.; idem, JuS 1987, 373 ss. En sentido similar tb. Jakobs, 1972, 114 ss.; Zielinski, 1973, 116 ss., 309; Morkel, NStZ 1981, 176 ss.; Bottke, 1988, 188 ss. (193): "Representación de un riesgo intolerable a efectos específicos del tipo".

⁵⁵ Schröder, Sauer-FS, 1949, 245.

⁵⁶ Schmidhäuser, GA 1957, 312.

⁵⁷ Roxin, JuS 1964, 60 (= Grundlagenprobleme, 229).

cisamente por eso hay que apreciar sólo imprudencia consciente. Si suponemos hipotéticamente que alguien realiza un disparo desde muy lejos y tiene claro que puede alcanzar a X con una probabilidad del diez por ciento, entonces se le ha de castigar con seguridad como autor doloso si se propone matar a X y efectivamente le alcanza. Pero si el sujeto pretende, *ceteris paribus*, cazar un jabalí y por negligencia o ligereza no se toma en serio la posibilidad en sí conocida de alcanzar al montero X, entonces sólo existe un caso de accidente producido por imprudencia consciente, si X resulta alcanzado. Por tanto, en una situación igual en cuanto al saber puede haber que apreciar en un caso *dolus eventualis* y en el otro imprudencia consciente. Una interpretación que reduce el dolo exclusivamente al componente de saber es demasiado intelectualista ⁵⁸.

- 40 Pero lo anterior no modifica para nada el hecho de que la teoría de la posibilidad (de manera similar a lo que sucede con su teórica adversaria, la teoría moderna de la aprobación) apenas se distingue en su resultado práctico de la concepción aquí defendida. Pues p.ej. también Schröder pretende apreciar sólo imprudencia cuando alguien, pese a la representación de la posibilidad, se tranquiliza con la convicción de que todo saldrá bien; sólo que él opina que entonces faltaría “por completo una verdadera representación de la causación del resultado” ⁵⁹. Asimismo Schmidhäuser pretende apreciar sólo imprudencia en el caso del adelantamiento negligente ⁶⁰; sólo que parte de la idea de que el conductor habría reprimido su conocimiento original de la posibilidad de la causación de un accidente de tal manera que en el momento de adelantar faltaría el conocimiento ⁶¹. El sujeto habría percibido desde luego la posibilidad “abstracta” de producción del resultado, pero negaría “en su conciencia la posibilidad concreta en el momento decisivo” ⁶². Tras lo que Schröder denomina una “verdadera” representación y Schmidhäuser la conciencia de un posibilidad “concreta” de producción del resultado, se esconde aproximadamente lo mismo que se ha caracterizado como “tomarse en serio” la posibilidad del resultado o como un “resignarse” a ella. La teoría de la posibilidad no implica por tanto una solución materialmente discrepante, sino que aporta sólo otra interpretación y otra terminología ⁶³.

⁵⁸ Más detenidamente Roxin, JuS 1964, 60 (= Grundlagenprobleme, 230); asimismo SK⁵-Rudolphi, § 16, nm. 41; Stratenwerth, AT³, nm. 306; Wessels, AT²³, § 7 II 3.

⁵⁹ Schröder, Sauer-FS, 1949, 231.

⁶⁰ Exhaustivamente Schmidhäuser, JuS 1980, 244 s.

⁶¹ Lo que Wessels, AT²³, § 7 II 3, y Herzberg, JuS 1987, 780, denominan una “ficción”; una crítica exhaustiva en Köhler, 1982, 304 ss. y *passim*; además en Herzberg, JuS 1987, 780, quien cree que no se puede “negar lo concebible” y, “por así decirlo, prohibir” a los sujetos “seguir advirtiendo el riesgo también durante su actuación o incluso sólo entonces”.

⁶² Schmidhäuser, JuS 1980, 250.

⁶³ Herzberg, JuS 1986, 259, n. 40, habla de una “disputa sobre las palabras”; Küpper, ZStW 100 (1988), 761, subraya que la faceta del saber se “manipula” por la teoría de la posibilidad, “que las representaciones indeseadas del sujeto simplemente se niegan”.

En el caso de Schmidhäuser el tenaz mantenimiento de la teoría de la posibilidad es consecuencia de una concepción discrepante por principio sobre la “cualidad de doloso”, que él concibe “como elemento de la culpabilidad... sin elemento volitivo alguno”⁶⁴, del mismo modo que pretende restringir en general la “conducta volitiva” al injusto y entender la culpabilidad como conducta intelectual lesiva de bienes jurídicos⁶⁵. Sin embargo, los ejemplos mencionados en los nm. 23 y 39 s. demuestran precisamente que los fenómenos existentes en la realidad se desfiguran cuando al dolo se le despoja de todo elemento volitivo.

dd) La teoría de la probabilidad

Otra variante de la teoría de la representación es la “teoría de la probabilidad”, que en época reciente defendió sobre todo H. Mayer⁶⁶. “Probabilidad significa más que mera posibilidad y menos que probabilidad predominante”. Cercano a él se sitúa Welzel cuando define el “contar” con el resultado fundamentador del dolo apoyándose en la representación de la probabilidad de Mayer⁶⁷. Ross⁶⁸ da un paso más al hacer depender el dolo de “si el sujeto contaba con (consideraba predominantemente probable) que se realizara el tipo del delito”. “Con apoyo en y a la vez como modificación de las variantes de la teoría de la probabilidad”, Schumann⁶⁹ se fija en “la conciencia de un *quantum* de factores causales” de los que “se deriva un riesgo de producción del resultado que ha de tomarse en serio”. Joerden⁷⁰ opina: “El sujeto que se representa producir un peligro **concreto** para el bien jurídico de que se trate actúa con dolo (eventual)”.

Todas estas teorías de la probabilidad no están demasiado alejadas en su resultado de la concepción aquí defendida. Pues el que el sujeto considere más o menos probable la producción del resultado es de hecho un indicio esencial de que se toma en serio esta posibilidad y de que cuenta con ella. Si en el caso del dolo quien actúa ha de representarse “más que una mera posibilidad” o incluso una “probabilidad predominante”, entonces continuar actuando en contra de esa representación supone por regla absolutamente general una decisión por la posible lesión de bienes jurídicos. En el ejemplo de partida del caso de la correa de cuero (ej. 6, nm. 21) la teoría de la probabilidad también afirmaría desde luego el dolo eventual. Lo discutible es sin embargo que para la seriedad del contar con el resultado sea decisivo siempre un pronóstico puramente intelectual de probabilidad. Ello no es posible ya por el mero hecho de que pocos sujetos reflexionan sobre grados determinados de probabilidad.

⁶⁴ Schmidhäuser, 1968, 25 s.; idem últimamente Oehler-FS, 1985, 135 ss.

⁶⁵ Acerca del sistema de Derecho penal de Schmidhäuser, cfr. Roxin, ZStW 83 (1971), 369 ss.

⁶⁶ H. Mayer, LB AT, 1953, 250 ss.; idem, StuB AT, 1967, 121.

⁶⁷ Welzel, StraFR¹¹, 68 [= PG, 1987, 100; N. del T.].

⁶⁸ Ross, 1979, 114 y *passim*.

⁶⁹ Schumann, JZ 1989, 433.

⁷⁰ Joerden, 1988, 151; cfr. tb. Brammsen, JZ 1989, 80.

43a Puppe ^{70a} ha presentado recientemente una variante mejorada de la teoría de la probabilidad. Para la misma dolo es “saber sobre un peligro cualificado” ^{70b}. Según ello, la conducta del sujeto es “expresión de su decisión por el resultado cuando el peligro que el sujeto crea (consciente o pretendidamente) para el bien jurídico es de tal cantidad y calidad que una persona sensata sólo pasaría por él bajo la máxima de que el resultado lesivo debe producirse o al menos puede producirse” ^{70c}. Puppe considera “sin sentido” una indicación cuantitativa en grados de probabilidad, “por no ser calculable en el caso concreto; pero debe tratarse de un peligro tan grande que la confianza en el desenlace airoso no sería realista ni sensata” ^{70d}.

Esta concepción se fija sustancialmente en los mismos indicios que la concepción aquí preferida, para la comprobación del *dolus eventualis*; también la aplicación del criterio de la decisión prueba la semejanza. Una diferencia central consiste sin duda en el carácter puramente normativo de la “decisión”, en cuya constatación no se presta atención a la verdadera actitud del agente. Puppe rechaza por principio “entrar en los mecanismos irracionales de elaboración del sujeto condicionados por su constitución o la situación” ^{70e}; el dolo es en esa medida una mera atribución. Ello debe producir como resultado una ampliación de la pena correspondiente al dolo, en cuanto que la negligencia insensata aparece como dolo simplemente porque una persona sensata no habría confiado en un desenlace airoso. Esta no es una solución aceptable (cfr. más detenidamente nm. 31).

43b Prittwitz ^{70f} la tacha de “profundamente injusta” y contraria “al principio de reprochabilidad individual”. Dice con razón que un sistema jurídico no podría, “sabiendo que no concurre en el agente conocimiento del riesgo relevante para la acción, sostener (y reprochar)... que aquél actuó dolosamente”. También la apreciación de Puppe de que la actitud del sujeto respecto de la posibilidad de producción del resultado de todas formas no es constatable me parece desacertada: la negligencia p.ej. del campesino que entra en su granero lleno de heno con el cigarrillo encendido se deriva precisamente de la insensatez de esta conducta para la que no se observa ningún motivo racional. Si se le castiga como autor doloso conforme al § 308 [incendio] sólo porque un campesino sensato habría prestado más atención, se borra la frontera entre dolo e imprudencia, en cuanto que se eleva a dolo una manifiesta falta de cuidado.

ee) La teoría de la no puesta en práctica de la voluntad de evitación

44 Fuera del (aparente) dualismo de la teoría de la voluntad y la de la representación se encuentra la concepción, desarrollada a partir del concepto de acción final, de Arm. Kaufmann, quien, cuando el sujeto se ha representado la posibilidad del resultado, pretende negar el dolo eventual sólo cuando (pero

^{70a} Puppe, ZStW 103 (1991), 1 ss.; además eadem, 1992, 35 s.

^{70b} Puppe, ZStW 103 (1991), 31.

^{70c} Puppe, ZStW 103 (1991), 41.

^{70d} Puppe, ZStW 103 (1991), 42.

^{70e} Puppe, ZStW 103 (1991), 33.

^{70f} Prittwitz, 1993, 357.

siempre en ese caso) la voluntad conductora del sujeto estuviera dirigida a la evitación del resultado ⁷¹. Según esto, concurre imprudencia consciente cuando el sujeto, en su acción influyente en el resultado, establece simultáneamente factores en contra, con cuya ayuda intenta conducir el suceso de manera “que no se produzca una consecuencia accesoria representada como posible” ⁷²; con ello se presupone que el sujeto “concede a su habilidad una oportunidad real” ⁷³. Esta “**teoría de la no puesta en práctica de la voluntad de evitación**” ofrece, igual que la teoría de la probabilidad, un importante indicio para la determinación del dolo también desde la posición aquí defendida. Cuando el sujeto deja que las cosas sigan su curso sin hacer nada en contra, a menudo se puede deducir que el mismo se ha resignado al resultado. Si, por el contrario, realiza esfuerzos para evitar el resultado, entonces con frecuencia confiará en el éxito de aquéllos y por tanto tampoco actuará ya dolosamente.

Pero con el criterio de Kaufmann no se consigue más que un indicio (refutable) ⁷⁴. Pues, por un lado, la negligencia o ligereza humana tiende con poca frecuencia a confiar en la propia buena estrella también sin aplicar especiales medidas de precaución (¡piénsese en el caso en que se tira la colilla del cigarrillo al rojo en un paraje con peligro de incendio!), y, por otro lado, los esfuerzos de evitación tampoco pueden excluir el dolo cuando ni el propio sujeto confía en su éxito y continúa actuando a pesar de ello. Así sucede en el caso de partida (ej. 6, nm. 21): los sujetos habían “dosificado” su estrangulamiento y de esta manera habían tenido la esperanza de evitar la muerte de la víctima, con la cual seguían contando seriamente. Y sin embargo lo anterior no puede exonerarles del reproche por actuación dolosa ⁷⁵: quien establece factores en contra y a pesar de ello incluye en sus cálculos el fracaso con una probabilidad del 50 % no puede ser tratado de manera distinta a quien desde el principio fija y evalúa la probabilidad de realización del tipo en un 50 % y ello no le hace desistir de su proyecto ⁷⁶.

⁷¹ Arm. Kaufmann, ZStW 70 (1958), 64 ss. [=ADPCP 1960, 185 ss.; N. del T.]; para la crítica desde la perspectiva del finalismo cfr. Stratenwerth, ZStW 71 (1959), 61.

⁷² Arm. Kaufmann, ZStW 70 (1958), 78 [=ADPCP 1960, 198; N. del T.].

⁷³ Arm. Kaufmann, ZStW 70 (1958), 77 [=ADPCP 1960, 197; N. del T.].

⁷⁴ Similares tb. las exposiciones de ponderación crít. de W. Hassemmer, Arm. Kaufmann-GS, 1989, 289 ss., y Hillemkamp, Arm. Kaufmann-GS, 1989, 351 ss. [= ADPCP 1990, 909 ss.; N. del T.]. Schroth, JuS 1992, 8, considera el “esfuerzo serio de evitación” causa de exclusión del dolo. Lo aprecia “cuando el sujeto parte por sí mismo de la idea de que no es improbable que sus esfuerzos de evitación tengan éxito”.

⁷⁵ El mismo Arm. Kaufmann pretende apreciar un hecho doloso (ZStW 70 [1958], 77 [=ADPCP 1960, 198; N. del T.]), pero consecuentemente podría afirmar sólo imprudencia (Stratenwerth, ZStW 71 [1959], 62).

⁷⁶ Behrendt, v. Simson-FS, 1983, 11 ss., encuentra tb. “difícilmente comprensible” por qué “toda actividad de evitación emprendida con cierta confianza debe eximir de la pena correspondiente al dolo, cuando los sujetos son plenamente conscientes de riesgo restante” (p. 24). El mismo defiende entonces una teoría mejorada de la conducción en contra, según la cual lo decisivo es si el sujeto, “valorando acertadamente el grado de peligro, emprende un intento serio de evitar el peligro”

ff) Las fórmulas de Frank

- 46 Se utilizan mucho hasta hoy para la constatación del *dolus eventualis* las llamadas **fórmulas de Frank**⁷⁷, que su creador pretendió con razón que se entendieran, no como caracterización directa del dolo eventual, sino como “medio de conocimiento” para su constatación. La primera fórmula parte de la pregunta de cómo habría actuado el sujeto si hubiera estado seguro desde un principio de la producción del resultado realizador del tipo. “Si se llega a la conclusión de que el mismo habría actuado también en caso de poseer conocimiento preciso, entonces hay que... afirmar... el dolo; si se llega a la conclusión de que habría omitido la acción en caso de poseer conocimiento preciso, entonces hay que negar el dolo”. Es correcto que hay que apreciar en todo caso el dolo cuando el sujeto habría actuado también en caso de conciencia segura de la producción del resultado⁷⁸; pues entonces se ha decidido, dado el caso, por la producción del resultado y se ha resignado a él. El caso inverso, en el que el sujeto no habría actuado en caso de resultado seguro sólo permite sin embargo, contra la opinión de Frank, una conclusión altamente insegura en relación con la negación del dolo eventual, como lo demuestra el famoso “caso de la barraca de tiro al blanco de Lacmann”⁷⁹:

Ejemplo 7: Un muchacho apuesta 20 DM a que puede acertar de un disparo a una bola de cristal que sostiene en la mano una señorita de una barraca de tiro al blanco en la feria. El mismo cree que, en caso de fallar, podrá desaparecer sano y salvo entre el bullicio de la feria. Da en la mano de la muchacha.

Aquí es seguro que el sujeto no habría actuado en caso de conocimiento seguro del fallo, pues en tal caso sólo habría conseguido de su disparo riesgos y no ganancias. No obstante, hay que apreciar dolo eventual⁸⁰: el sujeto había incluido el fracaso en los cálculos de su plan, porque las perspectivas de éxito tenían para él más valor que el riesgo de fallar.

- 47 A menores objeciones está expuesta la segunda fórmula de Frank: “Si el sujeto se dice: sea de una forma u otra, pase esto o lo otro, yo actúo en todo caso, entonces su culpabilidad es dolosa”. Pues esta fórmula se puede entender plenamente en el sentido de que el sujeto actúa dolosamente aun cuando sólo por necesidad se resigna a la producción del resultado. Sin duda, el mismo

(p. 31). Sin embargo apenas sería posible distinguir siquiera con mediana seguridad un intento de conducción en contra “emprendido con cierta confianza” de uno “serio” (“tomado en serio”, “en serio”, p. 30).

⁷⁷ Por última vez en: Frank, StGB, 181931, § 59, com. V.

⁷⁸ La única cuestión es cómo se probaría eso; pues no existe razón alguna para que el sujeto se pronuncie respecto de este problema cuando considera muy incierta la producción del resultado.

⁷⁹ Lacmann, ZStW 31 (1911), 159.

⁸⁰ Cfr. al respecto tb. Bockelmann/Volk, AT⁴, § 14 IV 2 b bb; además Philipps, ZStW 85 (1973), 31 ss., quien discute sobre todo el “caso de los mendigos”, estructuralmente similar: unos mendigos mutilan a un niño para que resulte idóneo para mover a compasión. Al hacerlo se toman plenamente en serio la posibilidad de que el niño pueda incluso morir por las consecuencias de la intervención.

Frank no pretendió expresar con ella diferencia alguna frente a su primera fórmula.

gg) Teorías combinadas

Finalmente, no es infrecuente que se intente describir el dolo eventual mediante una **combinación** de distintos principios. Schroeder ⁸¹ afirma: “El dolo eventual... se da cuando el sujeto considera posible y aprueba la realización del tipo, la considera probable o la afronta con indiferencia”. Prittwitz ⁸² desarrolla una “teoría indiciaria de orientación procesal penal”, que cita sobre todo la probabilidad y la aprobación de la realización del riesgo como indicios a favor de la apreciación del dolo y la puesta en práctica de la voluntad de evitación, la posibilidad de influir en la producción del resultado y la cobertura o aseguramiento del peligro como indicios en contra de ella ⁸³. Schünemann ⁸⁴ se fija en el carácter más o menos pronunciado de los elementos cognitivos y emocionales del dolo, y niega el dolo en aquel “al que le resulta indeseable una lesión del bien jurídico considerada posible”; pues en ese caso el sujeto no se habría colocado “claramente en contra del Derecho”. Este recurso de diferentes indicios del dolo conducirá a resultados correctos en la mayoría de los casos. Pero se debe ser consciente de que tales indicios no representan ya el propio dolo, y sólo pueden ser valorados correctamente en su alcance cuando se los contempla desde el trasfondo de un principio rector tanto para el dolo en general (realización del plan) como también para el *dolus eventualis* en particular (decisión por la posible lesión de bienes jurídicos).

hh) La teoría del riesgo de Frisch

Frisch acomete en su monografía “Vorsatz und Risiko” (“Dolo y riesgo”, ⁴⁹ 1983) el intento de dotar a la dogmática del dolo y sobre todo a la delimitación entre *dolus eventualis* e imprudencia consciente de un nuevo fundamento ⁸⁵. Objeto del dolo no son para él los elementos pertenecientes al tipo objetivo, pues el “saber” del sujeto no podría referirse al resultado típico simplemente por la sencilla razón de que éste no se ha producido en el momento de la acción. Objeto del dolo sería, por el contrario, sólo la “conducta típica”, es decir, p.ej. en el caso del § 212 una conducta con riesgo no permitido de muerte. Para el *dolus eventualis* bastaría por tanto el conocimiento del riesgo no permitido. No sería preciso para el mismo elemento volitivo de ninguna

⁸¹ LK¹⁰-Schroeder, § 16, nm. 93.

⁸² Prittwitz, JA 1988, 495 ss.

⁸³ Una crítica demasiado rigurosa al respecto en Herzberg, JZ 1988, 640 s.

⁸⁴ Schünemann, GA 1985, 364; idem, 1988, 489. Crit. al respecto Herzberg, JZ 1988, 636 ss. (“incompatible... con la tradición jurídicopenal alemana”).

⁸⁵ Como introducción merece mucho la pena leer la recensión de Küper, GA 1987, 479 ss. Acerca de Frisch cfr. además Herzberg, JuS 1986, 259 s.; Ziegert, 1987, 114 ss.; Brammsen, JZ 1989, 80 s. Siguiendo a Frisch, Freund, JR 1988, 116.

clase. Únicamente el conocimiento del riesgo justificaría la más severa punición del dolo: “Quien se ha percatado de aquel riesgo propio de su conducta que convierte su conducta en prohibida y típica normalmente puede cumplir el mandato de la norma de no originar semejantes riesgos de forma sustancialmente más sencilla que la persona que precisamente no ha aprehendido aún esa peligrosidad amenazante”⁸⁶.

- 50** Quien adopta una decisión de actuar siendo consciente del riesgo típico tomaría por tanto una “decisión en contra del bien jurídico”. No obstante, esta decisión fundamentadora del dolo presupondría que el sujeto también “vea” las cosas “así por sí mismo”. Cuando, “tras representarse un peligro concreto”, se dice “que por esta o la otra razón no puede pasar nada”, se decidiría “por una conducta (subjetivamente) no peligrosa” y no actuaría dolosamente⁸⁷. Por tanto, también Frisch pretende excluir el dolo, pese a existir una representación del peligro, “cuando el sujeto confía en un desenlace airoso”⁸⁸. Consecuentemente opina también que, entre las concepciones “presentadas actualmente”, “la delimitación más útil del dolo la sigue ofreciendo la concepción que exige para el dolo un... ‘tomarse en serio el peligro’”⁸⁹.
- 51** Este bosquejo resumido es suficiente para demostrar que Frisch, sin perjuicio de lo novedoso del planteamiento que pretende realizar, coincide en tres puntos centrales con la concepción aquí defendida: en el esfuerzo por fundamentar polítocriminalmente la frontera entre *dolus eventualis* e imprudencia consciente, es decir, en explicarla a partir de su distinta necesidad de pena⁹⁰; en que se fija en la “decisión en contra del bien jurídico” y en la aplicación de los criterios de “tomarse en serio” y “confiar en” para la comprobación de esa decisión. El que Frisch pretenda que el elemento volitivo que existe en la propia toma de postura del sujeto no sea considerado tal, sino que —de manera similar a los defensores de la teoría de la probabilidad, nm. 38 ss.— lo incluya en su concepto del conocimiento del riesgo supone sólo una reformulación conceptual (artificiosa), que no modifica en absoluto la coincidencia material⁹¹.
- 52** En cuanto a aquello en lo que Frisch va más allá de la concepción aquí defendida, hay que distinguir. Al atender al riesgo típicamente relevante, está

⁸⁶ Frisch, 1983, 97 s. Ampliamente de acuerdo ahora AK-Zielinski, §§ 15/16, nm. 18: “Actúa dolosamente quien actúa con conocimiento del riesgo típico.”

⁸⁷ Frisch, 1983, 197.

⁸⁸ Frisch, 1983, 482.

⁸⁹ Frisch, 1983, 484.

⁹⁰ No obstante, la distinta necesidad de pena se debe sobre todo a diferencias en la magnitud de la culpabilidad y no necesariamente a las divergencias en cuanto a las necesidades preventivogenerales y preventivospeciales que Frisch coloca en primer término; al respecto Küper, GA 1987, 500 ss.; Köhler, JZ 1985, 671.

⁹¹ Cfr. al respecto tb. Herzberg, JZ 1988, 636, quien opina que en los resultados surge “de la polémica ruidosa una coexistencia pacífica”.

extrayendo las consecuencias oportunas de la doctrina de la imputación objetiva: quien —aunque sea erróneamente— aprecia un supuesto de hecho que supone un riesgo jurídicopenalmente irrelevante actúa sin dolo; quien en cambio supone erróneamente factores fundadores de riesgo comete una tentativa (inidónea). Esto es en sí evidente. No obstante los análisis sumamente sutiles de Frisch acerca de la medida relevante de riesgo en constelaciones de tipos y tipos concretos suponen un avance sustancial. En cambio, Frisch no tiene razón⁹² cuando pretende hacer objeto del dolo sólo el riesgo relevante para la norma y prescindir por lo demás del conocimiento de las circunstancias del hecho, pues naturalmente ha de incluir ese conocimiento en el concepto del conocimiento del riesgo, con lo que materialmente todo queda como antes. Es sin duda cierto que en el caso del “conocimiento” relativo al resultado se trata de un conocimiento pronóstico, referido a un resultado futuro. Pero tampoco se ha entendido el mismo nunca de otro modo, como se deriva del propio contenido semántico de los conceptos “previsión (*Absicht*, propósito, intención)” y “proposición (*Vorsatz*, dolo)”*.

ii) La no improbable producción del resultado y la habituación al riesgo en Jakobs

Jakobs⁹³ conecta elementos de la teoría de la probabilidad con la teoría del 53 tomarse en serio. Para él, el dolo eventual se da “cuando el sujeto en el momento de la acción juzga que la realización del tipo como consecuencia de su acción no es improbable”⁹⁴. Aunque hasta aquí se fija sólo en el componente intelectual del dolo, reconoce “que las condiciones del acto de conocimiento no son sólo de tipo intelectual”⁹⁵. Quien negligentemente confía en que todo irá bien considera precisamente por eso improbable la producción del resultado. Por tanto Jakobs no se dirige contra el criterio de tomarse en serio como tal, sino que sólo advierte contra el hecho de “menospreciar la repercusión de la negligencia o ligereza, la represión, etc., en la faceta intelectual”.

⁹² Igualmente Küper, GA 1987, 503; Herzberg, JuS 1986, 259.

* Con la traducción propuesta en primer lugar no se pretende —sobre todo en el caso de *Vorsatz*— precisión (por ello se incluye entre paréntesis la palabra alemana y la traducción española que normalmente se utiliza y con la que se identifican en Derecho penal los términos empleados por Roxin), sino reflejar, aunque sea de manera imperfecta, la argumentación lingüística o semántica de Roxin, pues ésta parece apuntar a que en alemán “ab” indicaría carácter previo o desde la distancia (*ab-Sicht*: visión desde antes, pre-visión) y “vor” tb. previo o delante (*vor-Satz*: pro-posición), del mismo modo que “pre” y “pro” en castellano (y de origen latino o, a veces, en el caso de “pro”, griego) denotan en ocasiones antelación, carácter previo, colocación delante (así en previsión, propósito y proposición, palabra esta última que se ha empleado para *Vorsatz* —dolo— para no utilizar propósito, que se entiende mejor en castellano, pero que daría aún más lugar a confusión al equivaler materialmente en cuanto a forma de dolo a la intención o *Absicht*) [N. del T.].

⁹³ Jakobs, AT², 8/21-32; similar ya idem, 1972, 117 ss.

⁹⁴ Jakobs, AT², 8/23.

⁹⁵ Aquí y en lo que sigue Jakobs, AT², 8/22.

- 54 La peculiaridad de esta concepción radica en el intento de ligar la imprudencia consciente a la suposición de falta de probabilidad. Para Jakobs, no se alcanza el límite inferior de la probabilidad ⁹⁶ cuando la representación de que puede producirse el resultado no ejerce, “como *quantité négligeable*”, influencia en la motivación del sujeto. Así sucede para él sobre todo en la “habituaación al riesgo”. Según Jakobs, hay riesgos no permitidos que sin duda existen estadísticamente, pero que ya no se pueden mostrar en la experiencia individual. “Quien conduce moderadamente bebido un automóvil origina un riesgo... estadísticamente calculable, pero individualmente insignificante si existe cierta habituación en relación con el resultado”. Lo mismo sucedería cuando se supera la velocidad máxima o cuando no se respeta la distancia de seguridad. Tendría en cambio dolo de lesión quien “adelanta en una carretera estrecha ante un cambio de rasante o se salta a ciegas un semáforo en rojo”; tales situaciones se vivirían “con no poca frecuencia incluso como críticas”. Además, la relevancia de la decisión depende según Jakobs “de la importancia del bien afectado y de la intensidad del riesgo”.
- 55 Se trata de indicios dignos de ser tenidos en cuenta, pero demasiado rígidos ⁹⁷ si se pretende ligar a ellos el juicio de que la producción del resultado es improbable. No se comprende por qué p.ej. la embriaguez al volante no ha de fundamentar dolo eventual y sin embargo ha de hacerlo siempre el saltarse el semáforo en rojo; ambos modos de comportarse están por igual estrictamente prohibidos y convertidos en tabú. Hasta qué punto alguien sienta la situación como “crítica” y se tome en serio el peligro depende de los datos del caso concreto y no se puede reducir a un esquema unívoco ⁹⁸. No es convincente tampoco la remisión a la “importancia del bien afectado”, si con ello se quiere decir que cuando se ponen en peligro bienes jurídicos especialmente valiosos (¡integridad física y vida!) se ha de apreciar *dolus eventualis* antes que cuando se trata de bienes jurídicos de rango inferior ⁹⁹. Ello debería conducir en caso de igual valoración de la probabilidad a p.ej. la afirmación de un dolo homicida y a la negación de un dolo de daños, lo que contradice el punto de partida de Jakobs y conduce además a resultados tendencialmente incorrectos. Pues, como el nivel de inhibición ante un homicidio es especialmente alto, se reprimirá aquí más fácilmente la representación de la puesta en peligro y se habrá de apreciar imprudencia consciente antes que en el caso de bienes de menor valor. También el saltarse el semáforo en rojo, el adelantar en cambios de rasante, y situaciones similares fundamentarán por tanto por regla general sólo imprudencia.

⁹⁶ Jakobs, AT², 8/30 ss.

⁹⁷ Küpper, ZStW 100 (1988), 763, echa en falta “la necesaria claridad”.

⁹⁸ Acerca de la habituación al riesgo en Jakobs, cfr. tb. Herzberg, JuS 1986, 257 s.

⁹⁹ Cfr. Prittwitz, JA 1988, 498 s.

jj) La teoría del peligro no cubierto o asegurado de Herzberg

El intento más reciente de encontrar una solución radicalmente nueva lo acomete Herzberg ¹⁰⁰. Este intenta trasladar el problema de la delimitación por completo al tipo objetivo, al excluir ya la imputación objetiva cuando concurren determinados criterios. El papel decisivo al respecto lo desempeña el concepto del “peligro no cubierto o asegurado”. Herzberg denomina “no cubierto o asegurado” a un peligro “cuando durante o después de la acción del sujeto han de intervenir la suerte y la casualidad solas o en una gran parte para que el tipo no se realice” ¹⁰¹. Un peligro cubierto o asegurado existe por el contrario “cuando el propio sujeto imprudente, el sujeto puesto en peligro o un tercero” pueden evitar posiblemente la producción del resultado prestando atención ¹⁰². Si un capataz envía al aprendiz sin experiencia a un andamio sin el preceptivo dispositivo de seguridad contra caídas (barandilla o parapeto e intermedia), y si un profesor permite a los alumnos bañarse en un río peligroso a pesar de la señal prohibitiva que lo advierte ¹⁰³, en caso de desenlace mortal existe por tanto sólo un homicidio imprudente, con independencia de la valoración subjetiva del sujeto. Pues el peligro estaba “cubierto o asegurado”, porque las víctimas podrían haber evitado su muerte con precaución y atención. Lo propio regiría para el adelantamiento en cambios de rasante y para el saltarse el semáforo en rojo. En cambio ¹⁰⁴ quien juega a la ruleta rusa (dos amigos se colocan recíprocamente un revólver de tambor en la sien y disparan simultáneamente con un riesgo de que se produzca el resultado de 1 sobre 5), quien realiza acciones de contenido sexual sobre una muchacha (§ 176 I [abuso sexual de niños]) que considera posiblemente todavía menor de catorce años, quien aplasta con el coche a un peatón contra la pared de una casa (BGH NSTZ 1984, 19), o quien estrangula a la víctima de un robo hasta que pierde el conocimiento (BGH StrV 1984, 187), ha originado un peligro no cubierto o asegurado. Posee dolo eventual incluso si confía en la no producción del resultado.

Más allá de esto, Herzberg pretende (o pretendía) negar el dolo también en ⁵⁷ el caso de peligros no cubiertos o asegurados cuando el sujeto crea sólo un “peligro remoto” ¹⁰⁵. Así sucedería p.ej. en el caso planteado en RGSt 21, 420, 422, en el que alguien “tira de noche por la ventana, para deshacerse de él, un objeto pesado para él inútil y al hacerlo... es consciente de la posibilidad

¹⁰⁰ Herzberg, JuS 1986, 249; idem, JuS 1987, 777; idem, NJW 1987, 1461; idem, NJW, 1987, 2283; idem, JZ 1988, 573, 635; idem, JZ 1989, 470. A Herzberg le sigue en lo esencial su discípulo Schlehofer, NJW 1989, 2017.

¹⁰¹ Herzberg, JZ 1988, 639.

¹⁰² Herzberg, JZ 1988, 642.

¹⁰³ Herzberg, JuS 1986, 249 s.

¹⁰⁴ Herzberg, JuS 1986, 251, 255, 252.

¹⁰⁵ Herzberg, JuS 1986, 256.

de que pudiera resultar alcanzado y muerto alguien que pasara por allí”, o en situaciones como la de la madre que continúa con sus quehaceres, pese a que de repente cae en la cuenta de que su hijo podría beber una medicina que se ha quedado sobre la mesa de la cocina y envenenarse con ella ¹⁰⁶. Es peculiar la toma de postura de Herzberg sobre el caso de actualidad en que un infectado por VIH mantiene relaciones sexuales sin protección sin advertir al compañero de su infección. Dado que se trata de un peligro no cubierto o asegurado, Herzberg afirma el dolo de lesión en relación con el § 223 a [lesiones con medios o circunstancias peligrosos]. Sin embargo retrocede, “por razones más bien de intuición” ¹⁰⁷, ante la consecuente apreciación de tentativa de asesinato u homicidio y pretende excluir la imputación al tipo objetivo, porque en el hecho quedaría un “resto de adecuación social” ¹⁰⁸.

58 La concepción de Herzberg no contradice en realidad la teoría del tomarse en serio, sino que es un intento de concretarla eliminando el elemento volitivo y de reducirla en lo esencial al criterio de la cobertura o aseguramiento. El mismo opina ¹⁰⁹ que no resultaría oportuna “la supresión, sino el desplazamiento del criterio del tomarse en serio, es decir, su anticipación al tipo objetivo”. Lo decisivo no sería si el sujeto “se ha tomado en serio un peligro del que se ha percatado..., sino que se ha percatado de un peligro que hay que tomarse en serio”. Habla de una “teoría objetivada del tomarse en serio” ¹¹⁰.

59 Es correcto que el tomarse en serio la posible producción del resultado puede deducirse, como todos los elementos “internos”, de datos objetivos y que la falta de “cobertura o aseguramiento” es un indicio al respecto. Sin embargo, la absolutización de este punto de vista no puede convencer ¹¹¹. No está claro que un peligro “cubierto o asegurado” no deba nunca fundamentar *dolus eventualis*, ni siquiera cuando el agente se da cuenta que sigue existiendo un riesgo considerable, mientras que un riesgo de la misma magnitud no cubierto o asegurado deba conducir siempre al dolo eventual. Es verdad que Herzberg habla en ocasiones de que la cobertura o aseguramiento habría de ser “altamente eficiente” y “sólido” ¹¹². Si con ello se quisiera decir que sólo

¹⁰⁶ Parece que recientemente Herzberg (JZ 1988, 640 s., n. 33) pretende —sin razón!— apreciar ya un riesgo permitido en estos casos; no me ha quedado del todo claro.

¹⁰⁷ Herzberg, NJW 1987, 1466.

¹⁰⁸ Herzberg, JuS 1987, 783; se retracta en JZ 1989, 479 s., donde ahora, siguiendo a Schünemann, 1988, 483 ss., y Schlehofer, NJW 1989, 2022 ss., se rechaza la imputación de consecuencias sobrevenidas posteriormente; cfr. al respecto § 24, nm. 45. Afirma ahora con Schünemann un hecho consumado del § 229 [envenenamiento].

¹⁰⁹ Herzberg, NJW 1987, 1464; similar JuS 1986, 262.

¹¹⁰ Herzberg, JuS 1986, 262; 256, n. 27.

¹¹¹ Cfr. para la crítica tb. Brammsen, JZ 1989, 79 s.

¹¹² Herzberg, JuS 1986, 258; por otro lado, según él, un peligro cubierto o asegurado podría ser tb. un peligro concreto (p. 257).

la representación de un peligro muy pequeño excluye el dolo, se habría consumado la vuelta a la teoría de la probabilidad y sería superfluo el criterio de la cobertura o aseguramiento ¹¹³. Si la víctima o terceros deben proporcionar la cobertura o aseguramiento, el sujeto no se entera de hasta qué punto aquellos son capaces de y están dispuestos a hacerlo, de modo que la delimitación se vuelve completamente insegura. El mismo Herzberg admite que su criterio “obliga en buena medida a la valoración y no puede garantizar decisiones exentas de dudas en la zona intermedia” ¹¹⁴. Con ello se malogra el objetivo de hallar una clara línea divisoria objetiva en lugar de la “evitación del dolo mediante confianza irracional” ¹¹⁵.

Tampoco el objetivo de suprimir por completo los componentes volitivos **60** del dolo es, en éste y en cualquier otro caso, ni alcanzable ni deseable. En efecto, el que el sujeto se represente una cobertura o aseguramiento eficiente depende siempre de la confianza (como mínimo parcialmente) irracional en que la precaución del sujeto, de una víctima o de terceros evitará el resultado. Si el sujeto no posee esa confianza, no se le podrá atribuir tampoco creencia alguna en una cobertura o aseguramiento eficiente. Tampoco se comprende que la intención o propósito (como forma más fuerte del querer) no haya de poder fundamentar dolo alguno cuando el peligro está “cubierto o asegurado”. Cuando alguien conduce a alta velocidad en dirección al policía que se interpone en su camino, normalmente no se trata de una tentativa de asesinato, porque el sujeto (por la experiencia de la vida: con razón) confía en que el policía saltará a un lado aún a tiempo (según Herzberg: porque el peligro está cubierto o asegurado). Cuando sin embargo el sujeto, *ceteris paribus*, se abalanza a toda velocidad sobre el policía con intención de matarlo, no resulta plausible que eso no deba ser tentativa de asesinato sólo porque el éxito no sea seguro y el policía pueda saltar a un lado en el último segundo.

kk) La teoría de la asunción de los elementos constitutivos del injusto de Schroth

Para Schroth ^{115a} el *dolus eventualis* es “la asunción (apropiación, hacer **60a** suyas) de las condiciones constitutivas del injusto con conocimiento del riesgo”. El sujeto por tanto debe saber en primer lugar “que es fácil que con su actuación se produzcan las circunstancias constitutivas del injusto”. Pero, aun cuando haya percibido lo anterior, el dolo está excluido “si el sujeto... reprime... los elementos del peligro”, si no los reprime, pero “parte seriamente de la idea de que la lesión del bien jurídico no se producirá” o si hace patentes esfuerzos

¹¹³ El mismo Herzberg considera “totalmente errónea” la interpretación de su concepción como “teoría modificada de la probabilidad” (JuS 1986, 256, n. 27).

¹¹⁴ Herzberg, JuS 1986, 255.

¹¹⁵ Herzberg, JuS 1986, 261.

^{115a} Schroth, JuS 1992, 7 s.

serios, y en su opinión con perspectivas de éxito, de evitación o “parte seriamente de la idea de que la propia víctima o terceros impedirán la producción de las circunstancias fundamentadoras del injusto”.

- 60b** Esta concepción es también perfectamente compatible con la “teoría del tomarse en serio” ^{115b}, tanto más cuanto que también Schroth reconoce el “tomarse a la ligera” como criterio de la imprudencia consciente y reconoce el elemento volitivo del dolo eventual. Los que él llama en particular presupuestos para la “asunción de los elementos constitutivos del injusto” hay que entenderlos por tanto como concreciones del concepto de tomar en serio.

II) Recapitulación

- 61** Los esfuerzos recientes en torno al *dolus eventualis* se caracterizan por tanto menos por el rechazo de la teoría del tomarse en serio que por el intento de objetivarla. Sin embargo, los empeños en suprimir totalmente el elemento volitivo-emocional están condenados al fracaso. Es cierto que no pertenece al dolo ninguna “aprobación” en el sentido de que el sujeto deba considerar deseable el resultado ¹¹⁶. Tampoco es exigible una actitud sentimental de “absoluta indiferencia” frente a la producción del resultado. Pero no se puede anular el elemento “pronóstico-irracional” ¹¹⁷ que se integra en la decisión por la posible lesión del bien jurídico y que distingue mediante el “tomarse en serio” el peligro o la “confianza” en un desenlace airoso ¹¹⁸. O bien se ha de incluirlo, como hacen la mayoría de los defensores de un concepto de dolo puramente cognitivo, en el concepto del saber, con lo cual no varía materialmente nada ¹¹⁹; o bien se han de desfigurar los fenómenos reales mediante la reducción a sus componentes intelectuales.

^{115b} Me parece que las objeciones que Schroth (JuS 1992, 4 s.) aduce contra la “teoría del tomarse en serio” no alcanzan a la versión de ésta expuesta *supra* (nm. 21-31).

¹¹⁶ Ya lo puse de relieve en JuS 1964, 58 (= Grundlagenprobleme, 224). Ello se puede considerar hoy afianzado; cfr. simplemente Küper, GA 1987, 507; Brammsen, JZ 1989, 77.

¹¹⁷ Herzberg, JZ 1988, 636.

¹¹⁸ Como enérgicos defensores del elemento volitivo del dolo han destacado en los últimos tiempos: Ziegert, 1987; Spendel, Lackner-FS, 1987, 167 ss.; Prittowitz, JA 1988, 427 ss., 486 ss.; idem, StrV 1989, 123 ss.; Küpper, ZStW 100 (1988), 758 ss.; Brammsen, JZ 1989, 71 ss.; W. Hassemmer, Arm. Kaufmann-GS, 1989, 289 [= ADPCP 1990, 909; N. del T.]; Schroth, JuS 1992, 1. A favor del elemento volitivo del dolo además Geppert, Jura 1986, 613. Küper, GA 1987, 508, subraya con razón que el anclaje del dolo eventual tb. en la voluntad del sujeto tendría la función de “retener más claramente el momento de decisión del hecho doloso”. Como adversarios recientes del elemento volitivo del dolo, además de los ya mencionados, hay que citar a: Schmoller, ÖJZ 1982, 259 ss., 281 ss.; Kindhäuser, ZStW 96 (1984), 1 ss.; Bottke, 1988, 192 ss.; Schumann, JZ 1989, 427 ss.; Schlehofer, NJW 1989, 2017 ss.; Kargl, 1993, quien rechaza el criterio de la “decisión por el injusto” como resurrección circular de la fórmula de la aprobación y desarrolla un concepto de dolo de la “lógica afectiva” fundamentado científicocognitivamente con renuncia a un elemento volitivo.

¹¹⁹ Tb. Lackner²⁰, § 15, nm. 27, considera “estéril” la “controversia lingüística”. Asimismo Zielinski, AK, §§ 15/16, nm. 78, admite que no existen diferencias materiales entre que el elemento que él caracteriza como “conciencia del peligro rectora de la acción” se califique como elemento del saber o como elemento autónomo volitivo del dolo.

Por otro lado se sobrevalora actualmente la disputa sobre los elementos **62** objetivos y subjetivos, intelectuales y volitivos en la delimitación del dolo. El que todas las teorías en liza se aproximen entre sí en sus resultados concretos no es una casualidad. Pues incluso los elementos de tinte volitivo, como el “tomarse en serio” o la “confianza”, pueden deducirse sólo de indicios objetivos ¹²⁰, entre los cuales la mayoría de las veces carecerá de trascendencia decisiva la declaración del acusado, condicionada por su táctica procesal ¹²¹. La magnitud del peligro conocido y la circunstancia de si el sujeto tenía, desde su posición, algún motivo para conformarse con el resultado desempeñarán el papel más importante al respecto; otros criterios como la habituación al riesgo, los esfuerzos de evitación y la cobertura o aseguramiento poseen una trascendencia más indiciaria para la valoración del peligro. Mediante la ponderación general y racionalmente controlada de los indicios que apuntan en favor del tomar en serio el peligro o de la confianza en la no producción de la lesión del bien jurídico se sustrae esta doctrina a la arbitrariedad de la que recelan sus críticos, mientras que las concepciones pretendidamente puramente objetivistas, que se limitan a un saber (de la índole que sea), caen con demasiada facilidad en un esquematismo rígido. Es inevitable que quede una “inseguridad residual”: dado que en el elemento volitivo se expresa también una diferencia de culpabilidad entre dolo e imprudencia, la fijación de delimitaciones matemáticamente precisas resulta aquí tan poco posible como lo es en general en la determinación de la culpabilidad.

mm) El igual tratamiento del *dolus eventualis* y de la imprudencia consciente

Las dificultades de la delimitación entre *dolus eventualis* e imprudencia **63** consciente han inducido a Eser ¹²² a considerar de *lege ferenda* la reunión de ambos en una **tercera forma** específica **de culpabilidad** situada entre el dolo y la imprudencia. Weigend ¹²³ ha fundamentado en profundidad esta idea, apoyándose en la figura jurídica angloamericana de la “*recklessness*” ¹²⁴, que persigue una solución semejante. Tal regulación, que presupondría una revisión de toda la Parte especial y que por tanto posee escasas posibilidades de

¹²⁰ Por completo como aquí W. Hassemer, *Arm. Kaufmann-GS*, 1989, 289 ss. [= ADPCP 1990, 909 ss.; N. del T.]; al respecto tb. Volk, *Arth. Kaufmann-FS*, 1993, 611. En ello estriba tb. la relativa corrección de la interesante concepción de Puppe, *ZStW* 103 (1991), 1 ss., quien pretende atribuir la “decisión por la posible lesión del bien jurídico” de modo puramente normativo conforme a indicios objetivos.

¹²¹ Acerca de la cuestión de la atribución en virtud de indicios objetivos, cfr. Hruschka, *Kleinknecht-FS*, 1985, 191 ss. Acerca de las posibilidades y límites de la prueba de circunstancias psíquicas ajenas, Freund, 1987. Acerca de la cuestión empírica de cuándo se afirma un dolo de matar en la práctica, Sessar, 1981.

¹²² Eser, *StrafR I*, ³1980, caso 3, nm. 35 a.

¹²³ Weigend, *ZStW* 93 (1981), 657 ss.

¹²⁴ Cfr. tb. Arzt, *Schröder-GS*, 1978, 119 ss.

hacerse realidad ¹²⁵, comportaría con seguridad una simplificación para la aplicación del Derecho. Pero igualaría también la diferencia cualitativa que existe entre la decisión en contra del bien jurídico protegido y la confianza negligente en su conservación, y por ello no es recomendable. Que es posible una delimitación entre el *dolus eventualis* y la imprudencia consciente lo demuestran los resultados sorprendentemente similares a que conducen las distintas concepciones todavía hoy defendidas, pese a todas las diferencias dogmáticas y terminológicas.

c) Acerca de la evolución de la jurisprudencia reciente ¹²⁶

64 Desde el caso de la correa de cuero (ej. 6, nm. 21), que se resolvió en 1955, la jurisprudencia ha ido tomando un rumbo, en el cual considera suficiente ya el tomarse en serio el resultado, el resignarse a él, para el dolo eventual, y no entiende por tanto ya la “aprobación” como deseo, sino sólo en el sentido de que el sujeto debe haber asumido en su voluntad —aunque sea por necesidad— el resultado representado como posible. No obstante, se encuentran al principio todavía resoluciones aisladas según las cuales sólo existiría dolo eventual cuando el sujeto ha “deseado” el resultado ¹²⁷. Otras sentencias son contradictorias ¹²⁸. Pero se impone mayoritariamente una línea unitaria.

65 **Ejemplo 8** (BGH NJW 1968, 660): El acusado intentó quitarse de encima el coche de policía que le seguía, embistiéndolo con su pesado coche y dejándolo así fuera de funcionamiento. Se había percatado de la posibilidad de que los policías pudieran resultar muertos. No lo deseaba, pero actuó no obstante conforme a su plan, porque quería escapar en cualquier caso a su detención por la policía.

El BGH había apreciado aquí dolo eventual. “Lo decisivo es... si el sujeto... admite conscientemente que precisamente esa acción puede producir el resultado dañoso por él considerado posible y no muy remoto... Si el acusado... previó que los funcionarios de policía... podrían resultar muertos por los choques, entonces no puede haber confiado en que ello no sucedería. Sin duda puede haber seguido esperando y deseando que no sucediera una desgracia tan grave. Pero eso no se opone a la apreciación del dolo eventual de matar.” Materialmente la sentencia hace depender el dolo, por completo en el sentido aquí defendido, de la decisión por la posible lesión de bienes jurídicos.

66 **Ejemplo 9** (BGH VRS 59 [1980], 183): El acusado condujo en dirección al agente que le daba el alto en una barrera policial, para atravesarla. El agente pudo saltar a un lado en el último momento.

¹²⁵ Así tb. el propio Weigend, ZStW 93 (1981), 700.

¹²⁶ Un análisis exhaustivo de la jurisprudencia en Köhler, 1982, 45 ss.; Frisch, 1983, 304 ss. Schroth, NSiZ 1990, 324 ss., ofrece una panorámica de la jurisprudencia sobre el dolo de matar.

¹²⁷ Así sobre todo una sentencia no publicada, de la que da noticia Schmidhäuser, GA 1958, 163; al respecto Schmidhäuser, loc. cit.; Roxin, JuS 1964, 56 (= Grundlagenprobleme, 218 s.), pero tb. Köhler, 1982, 55 ss.

¹²⁸ Así BGH VRS 36 (1969), 22, donde se mezclan confusamente los criterios de la indiferencia, la esperanza y la confianza.

El fallo del ej. 8 podría interpretarse en el sentido de que el BGH, al modo de la teoría de la probabilidad, pretendería deducir sin más el dolo eventual de la representación de una posibilidad no muy remota. Sin embargo el BGH ha dejado claro precisamente en las constelaciones de frecuente aparición del ej. 9 que esta deducción no puede extraerse sin tener en cuenta el elemento volitivo del resignarse a; el juzgador debería “analizar en detalle... las circunstancias específicas concurrentes en el hecho y en la personalidad del sujeto”¹²⁹. “Dolo eventual e imprudencia consciente se distinguen únicamente en que quien actúa con imprudencia consciente no está de acuerdo con la consecuencia reconocida como posible y confía por ello en su no producción, mientras que quien actúa con dolo eventual está de acuerdo con la producción del resultado dañoso en el sentido de que se conforma con él aprobándolo o al menos se resigna a la realización del tipo.” “Dado que los límites de ambas formas de culpabilidad se hallan muy cerca uno de otro”, la resolución no debe tomarse nunca de manera esquemática, sino sólo tras el examen de la situación altamente individual del respectivo sujeto. Ello se subraya una y otra vez también en otros casos distintos¹³⁰.

Ejemplo 10 (BGH MDR [H] 1980, 812): A había dirigido a la cabeza del funcionario de policía X, que se interponía en su camino, una cuchillada con una navaja campera de modo consciente y voluntario, para que no le obstaculizara. El agente había echado la cabeza a la izquierda y sufrió una herida de 1 cm de profundidad en un lado del cuello. **67**

Por otro lado, el BGH intenta facilitar la apreciación de las circunstancias individuales mediante múltiples indicios objetivos, entre los cuales han pasado a primer plano en las resoluciones recientes los criterios de la probabilidad (“peligrosidad extrema”) y del dejar que las cosas sigan su curso. Así, en el caso del ej. 10, se dice con una formulación cada vez más frecuentemente empleada¹³¹: “Existe dolo eventual cuando el sujeto reconoce la producción del resultado típico como posible y no muy remota y la aprueba. Es lógico

¹²⁹ Asimismo en un caso análogo BGH MDR (H) 1978, 458.

¹³⁰ BGH MDR (H) 1977, 458: lo decisivo sería si “precisamente el acusado en su específica situación” no podía confiar en la salvación de los moradores de la casa por él incendiada. BGH MDR (H) 1977, 458: lo ajeno a la personalidad de un homicidio, el shock del acusado y el que acudiera a la policía se valoran como indicios que pueden apuntar en contra del dolo eventual. BGH GA 1979, 106: los esfuerzos de la madre para provocar que el recién nacido diera señales de vida se valoran en el sentido de que apuntan en contra de un homicidio doloso por omisión. En contra del dolo en una situación análoga al siguiente ej. 10 tb. BGH StrV 1982, 509; NStZ 1983, 407. BGH JZ 1990, 297, rechaza el dolo de matar en un caso en que el sujeto había conducido hacia un grupo de peatones para que tuvieran que “salir disparados en todas direcciones”.

¹³¹ Asimismo literalmente en BGH JZ 1981, 35, con com. de Köhler (el sujeto lanzó un hacha contra unos funcionarios de policía a través de una puerta de cristal). La formulación se remonta a una sentencia no publicada del año 1971. En un caso del § 267 [falsificación de documentos] señala ahora el BGH (siguiendo a Sch/Sch/Cramer²⁴, § 15, nm. 87) que las formulaciones citadas *supra* en el texto “han sido desarrolladas en gran medida para el ámbito de los delitos contra la vida” y no pueden “aplicarse a modo de fórmula a casos con supuesto de hecho abierto y susceptible de varias interpretaciones (p.ej. en la presentación de documentos falsificados por un abogado defensor)” (BGHSt 38 con com. de Scheffler, StrV 1993, 470).

apreciar la aprobación cuando el sujeto lleva a cabo su proyecto a pesar de la extrema peligrosidad, sin poder confiar en un desenlace feliz y cuando deja al azar el que el peligro por él conocido se realice o no. A este respecto, hay que apreciar aprobación aun cuando el sujeto no desee el resultado en sí, pero, a pesar de la grave puesta en peligro de la víctima, persevera en la persecución de su finalidad inmediata a cualquier precio... Así sucedió posiblemente aquí...” El BGH acude además al criterio de Arm. Kaufmann de la no puesta en práctica de la voluntad de evitación (nm. 44 s.): “A no había tomado precauciones en virtud de las cuales hubiera podido confiar en no alcanzar mortalmente a X.” Con este empeño en despojar a las “teorías” concretas de su pretensión de absolutismo, reconociendo sin embargo su valor indiciario para la constatación del dolo eventual, la jurisprud. está por completo en el camino correcto. Sería deseable que se abandonara la síntesis, contraria al uso del lenguaje y equívoca, en un concepto vacío de aprobación y se la sustituyera por una concepción orientada al contenido material del dolo eventual.

- 68 Ejemplo 11** (BGH NStZ 1982, 506): K y S habían derribado a golpes y robado a E. Finalmente S había separado a K de la víctima y había dejado a E en un seto a la orilla de un canal. E se cayó al canal. Se pensaron si debían ayudarlo. Como no tenían ganas de buscar a E en la oscuridad, se tranquilizaron presumiendo que sabría nadar, y se marcharon de allí. E pudo salvarse.

Mientras que en la literatura científica cada vez existe más oposición al elemento volitivo del dolo, la jurisprud. de los años ochenta muestra una tendencia contraria: se rechaza el dolo por falta de “querer” aun cuando el sujeto se hubiera percatado de la considerable peligrosidad de su conducta y hubiera dejado que las cosas siguieran su rumbo. Ni siquiera “cuando alguien coloca a otro en una situación de peligro extremo y cuenta con la posibilidad de un desenlace mortal” está según ello “excluido que el sujeto confíe sería y no sólo vagamente en un desenlace airoso y actúe por tanto sólo con imprudencia consciente” (loc. cit., 506 s.). También en el presente caso la apreciación de una imprudencia consciente le parece lógica al BGH ¹³². Como fundamentación se aduce con frecuencia (no en el ej. 11) que “ante el dolo de matar” existiría “una barrera inhibitoria mucho más alta que ante al dolo de peligro” ¹³³. Este argumento de los “niveles de inhibición”, que hace escasa últimamente la apreciación de dolo de matar en los delitos comisivos en la jurisprud., no valdría sin embargo para las omisiones: “En los casos de omisión no existen... niveles de inhibición ante un dolo de matar psicológicamente compa-

¹³² Igualmente en BGH StrV 1982, 509; NStZ 1983, 365; StrV 1983, 360; NJW 1983, 2268; NStZ 1983, 407; NStZ 1984, 19; StrV 1985, 100; NJW 1985, 2428; MDR 1985, 794; StrV 1985, 198; StrV 1986, 421; NStZ 1986, 549; StrV 1987, 92; NStZ 1987, 362, con com. de Puppe = JR 1988, 115, con com. de Freund (dolo de lesionar); NStZ 1987, 424; 1988, 175; StrV 1988, 93, con com. de Sessar; NStZ 1988, 361. Acerca del dolo en el § 146 [falsificación de moneda]: BGHSt 35, 21 (25 ss.).

¹³³ BGH StrV 1982, 509; NStZ 1983, 407; 1984, 19; StrV 1986, 197; NStZ 1988, 361; 1992, 588; StrV 1993, 307.

rables a los del hacer positivo. Sobre todo en la omisión de socorro subsiguiente a una conducta previa culpable no tiene lugar este momento psicológico debido a los típicos motivos de autoprotección que operan en contra” (BGH NStZ 1992, 125; crít. al respecto Puppe, NStZ 1992, 576). No resulta muy convincente que, conforme a lo anterior, en una mera omisión uno se haya de convertir antes en homicida que en un actuar positivo con peligro para la vida.

El BGH utiliza por tanto el elemento volitivo del dolo para refrenar la **69** apreciación de dolo homicida a la que las instancias encargadas de la persecución penal están a menudo prestas. Ello es tendencialmente digno de aprobación, pero va demasiado lejos cuando el sujeto pone en peligro extremo de modo consciente a su víctima y no se aprecian circunstancias que puedan suscitar una confianza en la no producción del resultado. En el ej. 11 parece plausible la negación del dolo, porque casi todas las personas saben nadar. Pero cuando el acusado asesta a la víctima una puñalada en la espalda (BGH NJW 1983, 2268), la aplasta con el coche contra la pared de una casa (BGH NStZ 1984, 19), le clava la navaja campera en el hemitórax izquierdo (BGH NJW 1985, 2428), le perfora la pared abdominal y el intestino delgado (BGH MDR 1985, 794), da patadas en la cabeza a un bebé “a modo de pelota de fútbol... con gran violencia” (BGH NStZ 1986, 549), mata a la víctima de 23 martillazos (BGH StrV 1987, 92), le asesta cinco cuchilladas con las palabras: “¡Tú, canalla, te voy a matar!” (BGH NStZ 1987, 424), propina, “como experto karateka”, un golpe con el canto de la mano a un niño de dos años tras maltratarlo gravemente antes (BGH NStZ 1988, 175), golpea en la nuca a una mujer de ochenta y cuatro años con un candelabro pesado (BGH StrV 1988, 93), estrangula a su mujer hasta dejarla inconsciente, golpea dos veces contra el duro suelo la cabeza de la inconsciente y le dice a la policía: “¡Quería matar a mi mujer!” (BGH NStZ 1988, 362), en tales supuestos a menudo rayanos con el dolo directo no está claro en qué se habría podido basar la confianza en un desenlace airoso, máxime cuando, con razón, una “confianza vaga” en el sentido de una mera esperanza no bastaría para la exclusión del dolo.

En muchos casos el BGH apoya sus dudas sobre la existencia de dolo en **70** la excitación pasional del sujeto o en su previo consumo de alcohol. Este tipo de circunstancias desinhibitorias pueden reducir sin duda la imputabilidad o capacidad de culpabilidad (y en esa medida conducir con razón a la atenuación de la pena). Pero no está claro por qué las mismas fundamentarían una “confianza seria” en la no producción de consecuencias graves. Más comprensible resulta a menudo la apreciación de que precisamente la desinhibición habría conducido a que al sujeto le fuera como mínimo indiferente en el momento del hecho la producción del resultado. El reproche de que la jurisprud. de los últimos años conduciría a una cierta arbitrariedad en la apreciación o el re-

chazo del dolo de matar no debe desestimarse por tanto del todo ^{133a}. Pero ello no se debe a la teoría del tomarse en serio, sino a la forma de aplicarla. Por lo demás, la jurisprud. citada demuestra que tampoco el recurso a un concepto puramente intelectual de dolo podría impedir dejar abierto un margen de libertad demasiado amplio a la decisión judicial, pues en muchos casos el BGH duda incluso de que el sujeto se haya percatado siquiera de la posibilidad de producción del resultado ¹³⁴.

- 71** **Ejemplo 12** (BGHSt 36, 1): El acusado sabía que estaba infectado por VIH. A pesar de ello mantuvo en dos ocasiones relaciones sexuales con un compañero homosexual, sin informarle de su infección. En ambos casos llevó a cabo la relación anal primero sin preservativo, pero la interrumpió y la reanudó con preservativo hasta la eyaculación. No se pudo probar una infección del compañero, que permaneció en el anonimato.

En el examen del dolo el BGH subraya en primer lugar que no ve “motivo alguno para abandonar los principios de delimitación desarrollados en una jurisprudencia constante en general o en especial para la responsabilidad penal en casos de sida” (loc. cit., 10). Considera entonces no “forzosa”, pero sí “posible y practicable” la apreciación del tribunal de instancia de que el acusado habría cometido una tentativa de lesiones peligrosas, y confirma en esa medida la condena. En cambio, se rechaza el dolo eventual de matar —como ya en el LG—, porque ante él existe “un nivel de inhibición mucho más alto”. El rechazo se apoya en el argumento de que el acusado, debido al largo periodo de incubación, “posiblemente compartía la esperanza de muchos infectados por VIH de que en ese periodo se encontraría un remedio contra el sida” (loc. cit., 15).

- 72** Esta muy discutida sentencia ¹³⁵ no puede convencer. Ello vale en primer lugar en relación con la afirmación del dolo de lesionar. Aunque éste no se aprecia en general (para todos los supuestos de hecho comparables), sino sólo para el caso individual, los vagos indicios apreciados en favor del dolo no tienen sin embargo importancia frente a la circunstancia de que el riesgo de contagio era objetivamente y en opinión del acusado “sólo insignificante” (loc. cit., 11). Además, el mismo se redujo más aún mediante la “puesta en práctica de la voluntad de evitación” del acusado (utilización de preservativo en la fase

^{133a} Cfr. tb. la exposición de Bauer, wistra 1991, 168, quien propugna dejar impune la tentativa con *dolus eventualis* y hacer así superflua una negación no convincente del *dolus eventualis* cuando no se produce el resultado. Por lo demás, opina que el BGH rechaza especialmente el dolo de matar cuando “en caso de negar la tentativa de homicidio, queda otro delito grave conminado con un marco penal considerable” (p. 171).

¹³⁴ BGH NStZ 1983, 365; StrV 1983, 360; MDR 1985, 794; StrV 1986, 421; NStZ 1986, 549; StrV 1987, 92; NStZ 1988, 361.

¹³⁵ Acerca de la polémica respecto de la sentencia cfr. Schönemann, JR 1989, 89 ss.; Bottke, AIFO 1989, 468 ss.; Herzberg, JZ 1989, 470 ss.; Prittwitz, StrV 1989, 123 ss.; Schlehofer, NJW 1989, 2017 ss.; Bruns, MDR 1989, 199 ss.; Helgerth, NStZ 1989, 117 ss.; Frisch, JuS 1990, 362 ss.; idem, Meyer-GS, 1990, 533 (538 ss.); H.-W. Mayer, JuS 1990, 784 ss.; Prittwitz, 1990, 125 ss.; Scheuerl, 1992, 83 ss. y *passim*.

final)¹³⁶, de modo que éste tenía buenas razones para confiar en que no se produciría un contagio. Cuando se observa ante qué altos grados de probabilidad el BGH está dispuesto en otros casos —cfr. las explicaciones en relación con el ej. 11— a seguir negando el *dolus eventualis*, resulta difícilmente comprensible por qué su apreciación aquí ha de ser “posible y practicable”.

Pero una vez que se parte de la existencia de un dolo de lesionar, es incon- 73
secuente negar el dolo de matar. La apelación al más alto nivel de inhibición ante el dolo de matar (loc. cit., 15) no vale aquí, porque la infección por VIH, cuando tiene lugar, presumiblemente conduce siempre a la muerte, de modo que coinciden prácticamente el dolo de lesionar y el de matar. Cuando el BGH opina frente a ello que el acusado podría haber confiado en el descubrimiento de un remedio contra el sida, se trataría, en el estado actual de la investigación, de una esperanza sumamente vaga, que según los otros principios de la jurisprud. no podría excluir el dolo. Tampoco es posible apreciar en favor del acusado tal esperanza cuando, como sucede evidentemente aquí, ni siquiera la ha invocado.

Esta crítica no modifica en nada la corrección del reconocimiento por 74
el BGH de la falta de dolo de matar. Sólo que la fundamentación acertada sería: la confianza negligente del acusado en que ya no tendría lugar el contagio debería conducir también a la negación del dolo de lesionar. Este resultado no prejuzga la respuesta a la cuestión de si la relación sexual sin protección de un infectado por VIH con un compañero no informado necesita de pena o no. Pues el que en cientos de contactos se produzca una sola vez una infección ya es demasiado. Naturalmente es muy discutible si de la profilaxis del sida con los medios del Derecho penal puede esperarse un resultado positivo; pero si el legislador quiere ponerla en práctica, debería conminar con pena expresamente como delito de peligro abstracto la relación sexual sin protección de un infectado por VIH con un compañero no informado^{136a}.

4. La dimensión temporal del dolo (*dolus antecedens* y *dolus subsequens*)

El dolo, como base de la realización del plan, ha de concurrir durante 75
la acción ejecutiva, es decir, durante la propia ejecución. No basta un *dolus antecedens*, es decir, un dolo previo a la ejecución durante la fase preparatoria. Cuando alguien saca en una riña el revólver cargado con dolo de matar, pero sólo quiere matar de un disparo con él a la víctima al final de

¹³⁶ El riesgo en caso de relación sexual sin protección está, según el conocimiento médico actual, entre el 0,1 % y el 1 %; cfr. Scherf, 1992, 139 ss. Incluso si esto fuera demasiado optimista, el riesgo, si no concurren circunstancias especiales que eleven el peligro, se mueve evidentemente en una dimensión que habla decididamente en contra del dolo eventual.

^{136a} Postulan tb. un tipo de peligro, entre otros, Bottke, AIFO 1989, 476; Bruns, MDR 1989, 201; rechazándolo: Scherf, 1992, 139 ss.

una larga disputa, escapándose sin embargo el disparo por error ya antes de disponerse a realizar la acción ejecutiva, sólo concurre un homicidio imprudente. Pues el dolo en la fase preparatoria no es punible como tal. Dado que nunca se puede saber si el sujeto habría pasado realmente a la fase ejecutiva, pretender hacerle ya responsable por delito consumado doloso cuando se produce el resultado en la fase preparatoria contradiría la valoración legal.

- 76 Por otro lado, no es necesario que el dolo esté presente durante toda la acción ejecutiva. Basta que concorra en el momento en el que el sujeto se dispone a la producción del resultado y abandona el control del curso causal. Al autor de un atentado que esconde una bomba en el avión y con ello entra en la fase ejecutiva se le puede castigar por homicidio consumado incluso si en el momento de la explosión posterior no piensa ya en el asunto o incluso duerme. Ni siquiera es ya necesario posteriormente un dolo “latente”, en el sentido de un mantenimiento del plan del hecho. Si el autor del atentado, tras colocar la bomba, se arrepiente de su conducta e intenta por radio conseguir un aterrizaje prematuro del avión y con ello la salvación de los pasajeros, es asimismo responsable penalmente por homicidio consumado si sus esfuerzos no tienen éxito. Ello se deriva sin duda del § 24 I 2, que sólo concede exención de pena por desistimiento de la tentativa (¡y no por falta de dolo!) en caso de evitación voluntaria de la consumación.
- 77 Igual que el *dolus antecedens*, tampoco el *dolus subsequens*, el dolo subsiguiente o consecutivo, es dolo en sentido jurídicopenal. Quien mata por descuido a su enemigo y se alegra después de ello, o sea, asume el suceso conscientemente en su voluntad, evidentemente a pesar de ello responde sólo por homicidio imprudente y no doloso. Pues sólo puede hablarse de realización del plan cuando el plan existía antes de acometer la acción ejecutiva. Si antes de la muerte de la víctima a la que se ha herido imprudentemente el sujeto concibe el plan de no llamar a un médico y dejarla morir, entonces el dolo subsiguiente puede fundamentar un nuevo homicidio por omisión, pero no convertir la comisión imprudente en un hecho doloso. En los delitos de dos actos el dolo debe concurrir en ambas acciones ejecutivas y no puede formarse *a posteriori* en sólo una de ellas. Quien sustrae sus cosas a una persona que ha sido víctima de un atraco violento perpetrado por otro y que está atada comete sólo un hurto (§ 242) y no un robo (§ 249), aunque aproveche *a posteriori* la utilización de violencia para su plan y en esa medida la asuma en su voluntad. La jurisprud. pretende hacer una excepción a lo anterior para el caso de la llamada coautoría sucesiva: cuando el sustractor aparece tras la utilización de violencia y hace entonces cosas en común con los autores del robo se le condenaría por robo (§ 249) en coautoría, porque se le habría de imputar la utilización dolosa de violencia por los coautores (BGH MDR 1969,

533). Pero no se puede compartir esta idea: la coautoría también es autoría propia y sólo puede alcanzar hasta donde alcance el propio dolo ¹³⁷.

5. La adscripción o referencia del dolo al tipo y el *dolus alternativus*

Dado que el dolo se presenta como saber y querer la realización del tipo, **78** siempre ha de referirse a un tipo concreto y examinarse por separado para cada uno de ellos. Así, con la producción de un resultado (v.gr. una bofetada) el sujeto puede realizar dolosamente varios tipos (aquí: injurias, § 185, y lesiones, § 223). Asimismo concurren varias realizaciones típicas dolosas cuando alguien causa diferentes resultados con una acción, aunque sea con distintas formas de dolo. Si alguien se propone romper a pedradas el cristal de la ventana de su vecino y cuenta seriamente también con alcanzar al propio vecino en su habitación, entonces, si se producen estos resultados, se le ha de castigar tanto por daños dolosos como también por lesiones dolosas (con *dolus eventualis*). Si se produce sólo uno de los resultados (p.ej. el vecino no es alcanzado), en relación con el resultado no realizado sigue quedando subsistente en su caso la punibilidad por una tentativa dolosa (aquí del § 223 a). La propia pena se determina en todos estos casos conforme a los principios de la teoría jurídico-penal del concurso que se han de explicar más adelante (aquí: § 52).

Se discute el caso en que el sujeto se propone o cuenta con realizar bien **79** un tipo o bien otro (*dolus alternativus* ^{137a}). El primer grupo de casos de esta clase se produce cuando existen dudas con relevancia típica sobre el supuesto de hecho. Si alguien le quita la cartera de la chaqueta a la víctima de un accidente de circulación que está tendida inconsciente en el borde de la carretera, sin saber si la víctima está inconsciente o muerta, en el primer caso concurriría un hurto, y en el segundo una apropiación indebida; el sujeto cuenta con ambas posibilidades, por tanto posee tanto un dolo como el otro. Igualmente sucede cuando el sujeto no sabe exactamente si una cosa ajena de la que se apodera está perdida (en tal caso, apropiación indebida) o sólo puesta en otro lugar (en tal caso hurto). Si alguien no sabe si el pato sobre el que dispara en un coto de caza ajeno es salvaje o se ha escapado de un recinto privado, entonces posee dolo alternativo en relación con los §§ 292 [caza furtiva] y 246 [apropiación indebida]; si el cazador furtivo duda si el objeto divisado entre la maleza es una pieza de caza o un paseante, posee dolo del § 292 y de los §§ 211 [asesinato], 212 [homicidio], etc. El segundo grupo concierne al caso en que el sujeto duda si alcanzará a uno u otro objeto: apunta p.ej. a la pieza de caza, pero cuenta seriamente con que podría alcanzar a una persona que está al lado de ella.

¹³⁷ Los pormenores se examinarán en la coautoría, en el marco de la teoría de la participación (tomo II, § 25).

^{137a} Monografía: M. Fischer, 1993.

80 Según una de las opiniones, en tales constelaciones hay que castigar por cada uno de los tipos alternativos, imputándose como delito consumado el tipo realizado y como tentativa de delito el no realizado; si ni siquiera se ha producido ningún resultado (el disparo en el ej. citado en el nm. 79 no alcanza ni a la pieza de caza ni a la persona), entonces existe una doble tentativa ¹³⁸. Se ha de compartir esta postura, pues los dolos alternativos pueden existir sin más uno junto al otro, cuando al menos uno de ellos aparece en forma de *dolus eventualis*. Sin duda la opinión contraria puede alegar a su favor que el sujeto siempre querría realizar sólo **un** tipo (del que únicamente ignoraría cuál va a ser), de modo que sería injusto castigarle más de una vez. Pero la propuesta de condenarle siempre sólo por el tipo realizado ¹³⁹ no supone una solución, como lo demuestra el ejemplo del cazador furtivo del segundo grupo de casos: pues, cuando no se produce ninguno de los resultados, no está claro conforme a qué tipo se le debe castigar; y si se alcanza a la pieza de caza resultaría incomprensible que la tentativa de matar a una persona quedara impune sólo porque el sujeto además comete un delito consumado de caza furtiva. Más comprensible es la idea de castigar en cada caso sólo por el delito más grave ¹⁴⁰. Pero también resulta extraño que, cuando —en nuestro ejemplo— se alcanza a la pieza de caza a la que se apuntó primariamente, sólo haya de existir una tentativa de homicidio, pese a que innegablemente se propuso y se ejecutó un delito de caza furtiva. La injusticia que encerraría una agravación de la pena en caso de dolo alternativo se evita mediante el simple hecho de tomar la pena concreta de todos modos, en los presentes casos de unidad de hecho (concurso ideal), conforme al § 52 I, II, sólo de una norma, y concretamente de la que conmine con la pena más grave; no hay razón para prescindir además de la condena por normas penales para cuya infracción el sujeto ha emprendido acciones ejecutivas dolosas.

II. El error de tipo

Bibliografía: Heims, Die Tat als Gegenstand oder als Inhalt des Bewußtseins beim Vorsatz, MSchrKrim 13 (1922), 94; Martens, Der Irrtum uber Strafmilderungsgründe, 1928; Weiz, Die Arten des Irrtums, 1931; Arth. Kaufmann, Das Unrechtsbewußtsein in der Schuldlehre des Strafrechts, 1949; Niese, Zur Vorsatzauffassung des OHG in Strafsachen, SJZ 1950, 31;

¹³⁸ Así sobre todo Jescheck, AT⁴, § 29 III 4; Welzel, StrafR¹¹, 72 [= PG, 1987, 105; N. del T.]; Jakobs, 1967, 147 ss.; idem, AT², 8/33; Remy, NJW 1958, 701; Sch/Sch/Cramer²⁴, § 15, nm. 90 s., donde se hace sin embargo una excepción para las formas alternativas de los delitos de apoderamiento (§§ 242/292; 246/292; 249/255).

¹³⁹ Así LK⁸.Mezger, 1958, § 59, coms. c, d, e.

¹⁴⁰ Nowakowski, JBl 1937, 467; Schneider, GA 1956, 259, 264; Lampe, NJW 1958, 332; LK¹⁰.Schroeder, § 16, nm. 106; Otto, AT⁴, § 7 II 4 c. Esta concepción ha recibido un fuerte impulso en los últimos años a través de los trabajos de Joerden: ZStW 95 (1983), 565 (589 ss., con ulteriores referencias); Dyadische Fallsysteme, 1986, 60 ss.; JZ 1990, 298; de acuerdo con el Silva Sánchez, ZStW 101 (1989), 379 s. [= ADPCP 1984, 376 s.; N. del T.].

Schröder, Tatbestands- und Verbotsirrtum, MDR 1951, 387; Lang/Hinrichsen, Zur Problematik der Lehre von Tatbestands- und Verbotsirrtum, JR 1952, 184; Lindner, Zur Rechtsprechung über den Strafrechtsirrtum, NJW 1952, 854; Welzel, Zur Abgrenzung des Tatbestandsirrtums von Verbotsirrtum, MDR 1952, 584; Nowakowski, Rechtsfeindlichkeit, Schuld, Vorsatz, ZStW 65 (1953), 379; Schröder, Die Irrtumsrechtsprechung des BGH, ZStW 65 (1953), 178; v. Weber, Vom Subsumtionsirrtum, GA 1953, 161; Welzel, Irrtumsfragen im Steuerstrafrecht, NJW 1953, 486; Busch, Über die Abgrenzung von Tatbestands- und Verbotsirrtum, Mezger-FS, 1954, 165; Engisch, Die normativen Tatbestandsmerkmale im Strafrecht, Mezger-FS, 1954, 127; Arm. Kaufmann, Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie, 1954; Welzel, Der Parteiverrat und die Irrtumslehre (Tatbestands-, Verbots- und Subsumtionsirrtum), JZ 1954, 276; Kreuzer, Zum Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale, NJW 1955, 1307; Warda, Die Abgrenzung von Tatbestands- und Verbotsirrtum bei Blankettstrafgesetzen, 1955; Hardwig, Sachverhaltsirrtum und Pflichtirrtum, GA 1956, 369; Arm. Kaufmann, Tatbestand, Rechtfertigungsgründe und Irrtum, JZ 1956, 353; Lange, Der Strafgesetzgeber und die Schuldlehre. Zugleich ein Beitrag zum Unrechtsbegriff bei den Zuwiderhandlungen, JZ 1956, 73; Engisch, Bemerkungen zu Theodor Rittlers Kritik der Lehre von den subjektiven Tatbestands- und Unrechtselementen, Rittler-FS, 1957, 165; Lange, Nur eine Ordnungswidrigkeit?, JZ 1957, 233; Kohlhaas, Der Irrtum über das Vorliegen oder Nichtvorliegen von persönlichen Strafausschließungsgründen, ZStW 70 (1958), 217; Kunert, Die normativen Merkmale der strafrechtlichen Tatbestände, 1958; Roxin, Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale, 1959 (= Teoría del tipo penal. Tipos abiertos y elementos del deber jurídico, trad. E. Bacigalupo, Buenos Aires, Depalma, 1979); Schaffstein, Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum, OLG Celle-FS, 1961, 175; Arth. Kaufmann, Die Irrtumsregelung im Strafgesetzentwurf 1962, ZStW 76 (1964), 543; Platzgummer, Die Bewußtseinsform des Vorsatzes. Eine strafrechtsdogmatische Untersuchung auf psychologischer Grundlage, 1964; Welzel, Vom Bleibenden und Vergänglichem in der Strafrechtswissenschaft, Grünhut-Erinnerungsgabe, 1965, 173 (tb. como separata); Ambrosius, Untersuchungen zur Vorsatzabgrenzung, 1966; Roxin, Recens. de Platzgummer, Die Bewußtseinsform des Vorsatzes (1964), ZStW 78 (1966), 248; Schmidhäuser, Über Aktualität und Potentialität des Unrechtsbewußtseins, H. Mayer-FS, 1966, 317; Schewe, Bewußtsein und Vorsatz, 1967; Bockelmann, Bemerkungen über das Verhältnis des Strafrechts zur Moral und zur Psychologie, Radbruch-GS, 1968, 252; Küper, Zur irrigen Annahme von Strafmilderungsgründen, GA 1968, 321; Gschwind, Zur Kriminologie des Vorsatzes, Germann-FS, 1969, 59; Frisch, Die "verschuldeten" Auswirkungen der Tat. Zugleich ein Beitrag zur Irrtumsproblematik im Strafzumessungsrecht, GA 1972, 321; Hall, Irrtum über Strafmilderungs- und Straferhöhungsgründe, Maurach-FS, 1972, 107; Schewe, Reflexbewegung, Handlung, Vorsatz. Strafrechtsdogmatische Aspekte des Willensproblems aus medizinisch-psychologischer Sicht, 1972; Wessels, Zur Problematik der Regelbeispiele für "schwere" und "besonders schwere Fälle", Maurach-FS, 1972, 295; Backmann, Grundfälle zum strafrechtlichen Irrtum, JuS 1972, 196, 326, 452, 649; 1973, 30, 299; 1974, 40; Baumann, Grenzfälle im Bereich des Verbotsirrtums, Welzel-FS, 1974, 533; Gössel, Über die Bedeutung des Irrtums im Strafrecht, t. I, 1974; Krümpelmann, Motivation und Handlung im Affekt, Welzel-FS, 1974, 327; Stratenwerth, Unbewußte Finalität?, Welzel-Fs, 1974, 289; Sax, "Tatbestand" und Rechtsgutsverletzung, JZ 1976, 9, 80, 429; Blei, Irrtumsprobleme, JA 1977, 413; Zipf, Dogmatische und kriminalpolitische Fragen bei § 243 Abs. 2 StGB, Dreher-FS, 1977, 389; Darnstädt, Der Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale im Strafrecht, JuS 1978, 441; Krümpelmann, Die strafrechtliche Behandlung des Irrtums, ZStW-Beiheft 1978, 6; Paeffgen, Der Verrat in irriger Annahme eines illegalen Geheimnisses (§ 97 b StGB) und die allgemeine Irrtumslehre, 1979; Schroeder, Der Irrtum über Tatbestandsalternativen, GA 1979, 321; Warda, Grundzüge der strafrechtlichen Irrtumslehre, Jura 1979, 1, 71, 113, 286; Franke, Probleme beim Irrtum über Strafmilderungsgründe: § 16 II StGB, JuS 1980, 172; Haft, Der doppelte Irrtum im Strafrecht, JuS 1980, 430, 588, 659; Burkhardt, Rechtsirrtum und Wahndelikt, JZ 1981, 681; Haft, Grenzfälle des Irrtums über normative Tatbestandsmerkmale im Strafrecht, JA 1981, 281; Köhler, Vorsatzbegriff und Bewußtseinsform des Vorsatzes, GA 1981, 285; Maiwald, Zur deutschen Gesetzesregelung über den Irrtum, en: Jescheck (ed.), Strafrechtsreform in der Bundesrepublik Deutschland und in Italien, 1981, 105; Hruschka, Die Herbeiführung eines Erfolges durch einen von zwei Akten bei eindeutiger und bei mehrdeutiger Tatsachenfeststellung, JuS 1982, 317; Arth. Kaufmann, Die Parallel-

wertung in der Laiensphäre, 1982; Frisch, Vorsatz und Risiko, 1983; Arm. Kaufmann, Rechtspflichtbegründung und Tatbestandseinschränkung, Klug-FS, 1983, 277; Prittwitz, Zur Diskrepanz zwischen Tatgeschehen und Tätervorstellung, GA 1983, 110; Schlüchter, Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale im Strafrecht, 1983; Wolter, Vorsätzliche Vollendung ohne Vollendungsvorsatz und Vollendungsschuld?, Leferenz-FS, 1983, 545; Maiwald, Unrechtskenntnis und Vorsatz im Steuerstrafrecht, 1984; Tischler, Verbotsirrtum und Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale, 1984; Herzberg, Wegfall subjektiver Tatbestandsvoraussetzungen vor Vollendung der Tat, Oehler-FS, 1985, 163; Nierwetberg, Der strafrechtliche Subsumtionsirrtum. Tatbestands- oder Verbotsirrtum, Wahndelikt oder untauglicher Versuch?, Jura 1985, 238; Schlüchter, Grundfälle zum Bewertungsirrtum des Täters im Grenzbereich zwischen §§ 16 und 17 StGB, JuS 1985, 373, 527, 617; Schlüchter, Zur Irrtumslehre im Steuerstrafrecht, wistra 1985, 43, 94; Moojer, Die Diskrepanz zwischen Risikovorstellung und Risikoverwirklichung. Ein Beitrag zur Diskussion über Kausalabweichung und aberratio ictus, tes. doct. Berlin, 1986; Arth. Kaufmann, Einige Anmerkungen zu Irrtümern über den Irrtum, Lackner-FS, 1987, 185; Kuhlen, Com. a OLG Düsseldorf, StrV 1986, 159, StrV 1987, 437; Kuhlen, Die Unterscheidung von vorsatzausschließendem und nichtvorsatzausschließendem Irrtum, 1987; F. Meyer, Enthält der Tatbestand der Steuerhinterziehung ein ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal, das jeglichen Verbotsirrtum ausschließt?, NStZ 1987, 500; Reiß, Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum bei der Steuerhinterziehung, wistra 1987, 161; Steininger, Der Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale, JBl 1987, 205; Thomas, Die Steueranspruchtstheorie und der Tatbestandsirrtum im Steuerstrafrecht, NStZ 1987, 260; Frisch, Vorsatz und Mitbewußtsein - Strukturen des Vorsatzes, Arm. Kaufmann-GS, 1989, 311; Jakobs, Über die Behandlung von Wollensfehlern und von Wissensfehlern, ZStW 101 (1989), 516; D. Geerds, Der vorsatzausschließende Irrtum, Jura 1990, 421; Hettinger, Der Irrtum im Bereich der äußeren Tatumstände, JuS 1990, L 35; 1991, L 9, L 25, L 33, L 49; Kindhäuser, Zur Unterscheidung von Tat- und Rechtsirrtum, GA 1990, 407; Otto, Der vorsatzausschließende Irrtum in der höchstrichterlichen Rechtsprechung, Meyer-GS, 1990, 583; Puppe, Tatirrtum, Rechtsirrtum, Subsumtionsirrtum, GA 1990, 145 [= Error de hecho, error de Derecho, error de subsunción, trad. de M. Cancio/G. Bruzzone, CPC 1992, 349]; Puppe, Recens. de Kuhlen, Die Unterscheidung von vorsatzausschließendem und nichtvorsatzausschließendem Irrtum (1987), ZStW 102 (1990), 892; Laaths, Das Zeitgesetz gem. § 2 Abs. 4 StGB unter Berücksichtigung des Blankettgesetzes, tes. doct. Regensburg, 1991; Schild, Strafrechtsdogmatische Probleme der Tötung des Intimparters, JA 1991, 48; Bachmann, Vorsatz und Rechtsirrtum im Allgemeinen Strafrecht und im Steuerstrafrecht, 1993; Herzberg, Tatbestands- oder Verbotsirrtum, GA 1993, 439; Schild, Vorsatz als "sachgedankliches Mitbewußtsein", Stree/Wessels-FS, 1993, 241; Schlüchter, Zur Abgrenzung von Tatbestands- und Verbotsirrtum, JuS 1993, 14; Warda, Zur Problematik des Irrtums über Tatbestandsalternativen, Stree/Wessels-FS, 1993, 267.

1. Conocimiento y desconocimiento de circunstancias del hecho

- 81 El § 16 I 1 reza: "Quien en la comisión del hecho no conoce una circunstancia que pertenece al tipo legal no actúa dolosamente." Con ese "conocimiento", cuya falta excluye el dolo típico, se hace referencia al elemento intelectual del dolo. Al respecto ya sabemos que es suficiente para el conocimiento la representación de que el propio actuar conducirá **posiblemente** a la realización de un tipo. El conocimiento sólo falta por tanto cuando quien actúa no ha incluido en absoluto en su representación un elemento del tipo. Así pues, quien p.ej. no se da cuenta de que el supuesto espantapájaros sobre el que dispara es una persona no actúa con dolo. A quien en cambio duda de si tiene delante de sí una persona o un espantapájaros, pero se aventura (lo deja al azar) y dispara a pesar de todo, se le castiga por delito doloso según el § 212, si el objeto era una persona y resulta muerta. Por otro lado, el error

de tipo no presupone ninguna falsa suposición, sino que basta con la falta de la correcta representación. Quien seduce a una muchacha que aún no tiene dieciséis años cumplidos actúa por tanto sin el dolo requerido según el § 182 no sólo cuando ha supuesto erróneamente una edad situada por encima del límite de protección, sino ya incluso cuando no ha realizado reflexión de ninguna clase sobre la edad de la muchacha ¹⁴¹; pues tampoco en este caso conoce una “circunstancia... que pertenece al tipo legal” (o sea la circunstancia de que la muchacha aún no tiene dieciséis años).

El Derecho penal conoce, junto al error de tipo tratado en el § 16, otros **82** errores diversos, que habrán de ser examinados más adelante en sus correspondientes contextos (cfr. también nm. 132 ss.). Aquí debe mencionarse sin embargo ya **un** error de diferente clase, pues su delimitación del error de tipo ha de esclarecerse desde un principio: el error de prohibición. Se regula en el § 17 y concierne a la situación en que el sujeto conoce todas las circunstancias del hecho y actúa por tanto dolosamente en el sentido del § 16, pero no obstante considera permitido (es decir no antijurídico) su hecho. Quien p.ej. graba la llamada telefónica de otro en una cinta magnetofónica sin consultar al interlocutor sabe que “registra en un soporte de sonido la palabra de otro no pronunciada públicamente”, actúa por tanto dolosamente según el § 201 I n.º 1. Si en ese caso el sujeto cree que su comportamiento está permitido, se trata de un error de prohibición, que deja intacto el dolo y que únicamente en caso de ser invencible excluye la culpabilidad y con ello la punibilidad, pero que en otro caso conduce sólo a una atenuación facultativa de pena *. Se discute desde un punto de vista de política jurídica y se discutirá al tratar el error de prohibición si resulta justificado distinguir entre errores de tipo y de prohibición y anudarles consecuencias jurídicas muy diferentes. Por lo pronto aquí sólo importa retener la distinción legal como tal.

El error de tipo no afecta por tanto al conocimiento o desconocimiento de **83** la antijuridicidad, sino tan sólo al de las circunstancias del hecho. De ahí resultan dos problemas centrales: la delimitación entre error de tipo y error de prohibición (a continuación a); y la cuestión de cómo de intensa y clara debe haber sido una representación en la conciencia de quien actúa, para poder hablar de un “conocimiento” en el sentido del Derecho penal (a continuación b).

a) La delimitación entre error de tipo y de prohibición

La distinción ya familiar para nosotros entre circunstancias descriptivas y **84** normativas del hecho (más detenidamente § 10, nm. 57 ss.) despliega su mayor

¹⁴¹ Warda, Jura 1979, 3.

* Efectivamente, el § 17 StGB prevé una atenuación *facultativa* de la pena en caso de error de prohibición vencible o evitable, frente a la atenuación *obligatoria* que para ese supuesto prevé el art. 14.3 CP español [N. del T.].

relevancia práctica sobre la faceta cognoscitiva del dolo: conocimiento significa percepción sensorial de las circunstancias descriptivas del hecho y comprensión intelectual de las normativas. Esta fórmula es relativamente fácil de manejar en los elementos descriptivos. Evidentemente falta el dolo de homicidio (§ 212) cuando alguien no ve que atropella a una persona en la oscuridad. Por supuesto no existe percepción sensorial en sentido estricto cuando p.ej. el sujeto ha colocado una bomba en cuya explosión ya no está presente en absoluto. A pesar de ello no falta por eso el dolo: basta por tanto ya con la representación de los sucesos y objetos perceptibles sensorialmente descritos en los respectivos tipos. En las circunstancias normativas del hecho el conocimiento presupone en cambio su comprensión intelectual. A quien no ha comprendido que la cosa que toma es propiedad de otro, sino que —por las razones que sea— se considera a sí mismo su propietario, le falta el conocimiento de la circunstancia del hecho “ajena” del § 242 y con ello el dolo, de modo que no puede ser castigado por hurto. Teniendo en cuenta el hecho de que muy raramente existen elementos puramente descriptivos y puramente normativos (cfr. § 10, nm. 59 ss.), ambas formas de conocimiento son ciertamente necesarias en la mayoría de las circunstancias del hecho, puesto que sus elementos descriptivos deben ser percibidos sensorialmente y sus contenidos normativos deben ser comprendidos. Así, v.gr. el dolo de la destrucción de documentos (§ 274 I n.º 1) presupone en primer lugar que el sujeto p.ej. se dé cuenta de que echa al horno un escrito junto con periódicos viejos; si tal es el caso, debe además haber comprendido que ese escrito no le pertenece y que estaba destinado a constituir una prueba en el tráfico jurídico. Sólo la conjunción de ambas cosas integra el dolo.

- 85** La comprensión intelectual que caracteriza el dolo típico en los elementos normativos no significa una subsunción jurídica exacta en los conceptos empleados por la ley, sino que basta con que el contenido de significado social del suceso incriminado aludido (scil. el contenido) con esos conceptos se abra a la comprensión del sujeto. Se habla entonces de una “valoración paralela en la esfera del profano”¹⁴². Tal “valoración paralela” se corresponde por tanto con el conocimiento necesario para el dolo, porque objeto del dolo no son los conceptos jurídicos o la antijuridicidad de la acción, sino las “circunstancias del hecho”, es decir, los hechos externos junto con su significado social¹⁴³. Así pues, cuando alguien es acusado de daños (§ 303), porque ha sacado el aire de las ruedas de un coche que no le pertenece para retener a su propietario durante algunas horas, no puede discutir con éxito su dolo en relación con el

¹⁴² Así la formulación, hoy empleada con carácter general, de Mezger, *StrafR*, ³1949, 328 [= *Tratado II*, 1957, 148; N. del T.]. La locución de Welzel “enjuiciamiento paralelo en la conciencia del sujeto” (*JZ* 1954, 279; *StrafR*¹¹, 76 [= *PG*, 1987, 111; N. del T.]) indica sustancialmente lo mismo. Cfr. ahora desde perspectivas de Filosofía del lenguaje Arth. Kaufmann, 1982.

¹⁴³ Muy claramente Warda, *Jura* 1979, 72, 80.

elemento “dañar” con la fundamentación de que él siempre se había representado sólo como daño la agresión en la substancia de una cosa (como v.gr. el rajar las ruedas). Porque la jurisprudencia entiende por dañar cualquier menoscabo no irrelevante, aunque sea pasajero, de la utilidad de la cosa (BGHSt 13, 207). Este se ha dado aquí y ha sido conocido en toda su extensión por el sujeto desde su punto de vista de profano, de manera que hay que afirmar su dolo de dañar. El sujeto ha comprendido todo lo que constituye un daño: su suposición errónea de que únicamente una lesión de la substancia es un “daño” en el sentido de la ley es sólo un error sobre la definición del concepto “daño”, pero no un desconocimiento de circunstancias que para el legislador valen como “daño”. Se habla aquí de un error de subsunción. Un error de subsunción no excluye nunca el dolo típico. Puede sin embargo fundamentar un error de prohibición y ha de ser tratado entonces conforme al § 17, cuando el sujeto, debido a una falsa subsunción, no considera prohibida su conducta, sino que cree p.ej. que “travesuras” tales como dejar escapar el aire de las ruedas estarían toleradas por el legislador.

Los ejemplos de errores de subsunción son —también en la jurisprudencia.¹⁴⁴ 86— legión. Pueden presentarse prácticamente en todos los elementos normativos, pues el profano casi nunca acierta con una subsunción jurídica exacta. Por ello se ha de prescindir aquí de la exposición casuística uno tras otro de los supuestos concretos ocurridos. Un ejemplo muy citado lo ofrece el concepto de documento (§ 267 *). Cuando un camarero constata mediante rayas en el posavasos de la cerveza cuántos “medios litros” ha bebido un cliente, al cliente que para ahorrarse dinero borra alguna de estas rayas (RG DStZ 1916, 77) no le falta el dolo de la falsedad documental por el hecho de que se haya representado como documento sólo un escrito formalizado. Pues según la jurisprudencia ya es documento toda declaración de pensamiento materializada mediante cualquier clase de signos, que haya de servir como prueba en el tráfico jurídico. Como el cliente sabía que el camarero quería constatar con fuerza probatoria con ayuda de las “rayas” la cantidad de consumiciones, había comprendido en una “valoración paralela” el sentido social del suceso y con ello todo lo que induce al juez a caracterizar las rayas como “documento”; puesto que el sujeto sabía también que borrar algunas rayas modificaba el contenido del conjunto de la declaración, hay que afirmar el dolo de la falsedad documental. Errores de subsunción semejantes los hay también en supuestos de elementos predominantemente descriptivos, como el de “cosa” (§ 303). Quien envenena a un perro ajeno y es acusado por ello de daños no puede por tanto exonerarse del

¹⁴⁴ Cfr. la recopilación en LK¹⁰-Schroeder, § 16. Una “casuística del error” panorámica ofrece tb. Kuhlen, 1987, 33-77, 520-567.

* Este párrafo se refiere a la falsedad documental. En el StGB no se contiene definición alguna de documento, al contrario de lo que sucede en el art. 26 CP (definición que tampoco se encontraba en el CP 1944/1973) [N. del T.].

reproche (cargo) del hecho doloso mediante la explicación de que no había considerado “cosas” a los animales. Puesto que la ley trata a los animales, desde el punto de vista de la protección de la propiedad, según los preceptos vigentes para las cosas (§ 90 a BGB), que el Derecho civil entiende como “cosa” todo objeto material (§ 90 BGB) y que la materialidad del perro era conocida por el sujeto, éste ha aprehendido en su “esfera de profano” todo lo que caracteriza al concepto legal de cosa en su significado social, y eso basta para el dolo. La definición falsa del concepto de cosa es un error de subsunción irrelevante, que (del mismo modo que el error en el ejemplo anterior del documento) no fundamenta siquiera un error de prohibición, pues el sujeto difícilmente ha podido creer en el carácter permitido de su hecho.

- 87** Hay sin embargo casos en los que el contenido de sentido social no puede ser entendido sin una determinada calificación jurídica. Entonces la calificación jurídica acertada pertenece a la comprensión intelectual de la circunstancia del hecho de que se trate y es requisito del dolo. Así acontece en el elemento “ajena” (§§ 242, 246, 303). “Ajena” significa: que es propiedad (exclusiva o copropiedad) de otro. Si alguien, por mucho que sea debido a consideraciones jurídicas equivocadas, se toma a sí mismo por el propietario de la cosa (en realidad ajena) de la que se aprovecha para sí o daña, no puede ser castigado por hurto, apropiación indebida o daños; pues no ha entendido siquiera de modo social-profano que la cosa pertenece a otro. Cosa distinta sucede con el dolo cuando p.ej. un estudiante ha adquirido un libro conjuntamente con un compañero y, al dejar de vivir en la misma casa, se lo lleva para su uso exclusivo sin autorización del otro. Aquí existe un hurto frente al copropietario y el sujeto no puede discutir su dolo con la fundamentación de que había creído que sólo es “ajena” una cosa que es propiedad exclusiva de otro. Eso sería nuevamente un error de subsunción producido por una falsa definición; el estudiante sabía que la cosa no le pertenecía a él solo y con ello ha comprendido todo lo que ha inducido al legislador a caracterizar como “ajena” para él una cosa que es sólo copropiedad del sujeto. En cambio falta p.ej. el dolo del delito de favorecimiento personal o frustración de la pena (§ 258), cuando quien oculta a otro de la policía cree, aunque sea debido a una errónea interpretación del Derecho, que éste no es penalmente responsable; pues en tal caso el sujeto no parte, ni siquiera en su representación profana, de la idea de que su protegido debería ser castigado “con arreglo a la Ley penal”.
- 88** No es correcto por tanto decir que las valoraciones jurídicas erróneas (“errores de Derecho”) podrían ser siempre sólo errores de subsunción y, en su caso, de prohibición, sino que depende: cuando el sentido social de una circunstancia del hecho es comprensible y se comprende sin conocimiento del concepto jurídico que la caracteriza, las falsas interpretaciones jurídicas (subsunciones erróneas) dejan intacto el dolo. Cuando por el contrario una concepción jurídica equivocada vela al sujeto el sentido social de su actuación (cree que se

queda con una cosa propia en vez de una ajena, que protege a un inocente en vez de a un criminal), tal error excluye el dolo en relación con el elemento normativo en cuestión. El dolo por tanto, en el Derecho penal vigente, está concebido, desde la perspectiva del saber, como conocimiento del sentido social, no de la prohibición jurídica. Es esta idea la que sustenta la regulación diferenciada de los §§ 16, 17 (la separación de error de tipo y de prohibición) y a cuya justificación se habrá de volver al examinar el error de prohibición.

De lo anterior se deduce una ulterior consideración importante para la delimitación del error de tipo que hay que tratar según el § 16 respecto del error de prohibición (§ 17): cuando un error concierne únicamente a la anti-juridicidad de la acción típica, se trata de un error de prohibición aun cuando se refiera a una circunstancia del hecho que, bajo la apariencia de un elemento individual, incluya en sí el juicio de antijuridicidad como tal. Así sucede en los elementos de valoración global del hecho (cfr. más detenidamente § 10, nm. 45 ss.), como v.gr. el criterio de la “reprobabilidad” en el § 240 II. Quien p.ej. “amenaza a otro con denunciar un delito sexual” para “conseguir de éste la devolución de un préstamo, cuya concesión ha tenido lugar con independencia de la conducta punible” (BGHSt 5, 254, 258) se convierte en culpable de coacciones (§ 240 *); la amenaza con el “mal considerable” de la denuncia penal es “reprobable” en el sentido del § 240 II, porque el fin perseguido no guarda relación interna alguna con el medio amenazador empleado (BGHSt 5, 258). Si en tal caso el sujeto no valora su conducta como “reprobable”, sino como adecuada, no se trata de un error excluyente del dolo sobre un elemento normativo (“reprobable”), sino de un error de prohibición. Pues el juicio sobre la reprobabilidad es idéntico al juicio legal sobre la antijuridicidad del hecho global; si se admitiera aquí un error de tipo, se estaría haciendo depender la decisión sobre la punibilidad exclusivamente de las valoraciones subjetivas, en su caso totalmente desacertadas, del propio sujeto, lo cual contradiría el carácter de ordenamiento objetivo del Derecho ¹⁴⁵.

Otra cosa sucede en cambio si el error sobre la reprobabilidad afecta no a la valoración global del hecho, sino a una circunstancia cuya concurrencia

* El delito de coacciones contenido en este § 240 StGB admite tanto la modalidad violenta como la intimidatoria, de modo distinto a lo que sucede en el delito de coacciones del art. 172, párrafo primero, CP español, que sólo puede cometerse mediante violencia. El ejemplo que propone Roxin (aunque sin referencia en ningún caso a la reprobabilidad o carácter reproble en el Derecho español: en las coacciones se habla de “sin estar legitimamente autorizado”, y en la realización arbitraria del propio derecho, de “actuando fuera de las vías legales”) encajaría en la realización arbitraria del propio derecho, según la amplísima tipificación de este delito en el art. 455 CP (mucho más amplia que en el art. 337 CP 1944/1973), en el que caben la modalidad violenta, la intimidatoria e incluso la de empleo de fuerza en las cosas, no pudiendo detenernos aquí en las relaciones concursales de este delito con los de amenazas en el supuesto de empleo de intimidación [N. del T.].

¹⁴⁵ Respecto de los problemas de error en relación con elementos de valoración global del hecho, cfr. Roxin, 1959 (²1970), 132 ss., 154 ss. y *passim* [= Teoría del tipo penal, 1979, 209 ss., 243 ss. y *passim*; N. del T.].

haría aparecer la actuación del sujeto como no reprochable. A modo de ejemplo, la amenaza con el “mal considerable” de una demanda no es reprochable y por tanto no es punible como coacción cuando tiene lugar para la realización de un derecho o pretensión vencida o exigible. Si el sujeto que amenaza con una demanda cree (aunque sea debido a consideraciones jurídicas erróneas) poseer un derecho o pretensión vencida o exigible, se trata de un error excluyente del dolo sobre la reprobabilidad; pues el mismo afecta a un presupuesto del juicio de reprobabilidad y con ello al significado social de su actuación, y no sin embargo, como en el ejemplo anterior, inmediata y exclusivamente al propio juicio legal de antijuridicidad.

- 91** Pero también los principios desarrollados en el nm. 89 rigen sólo con la reserva de que el sujeto que yerra sobre la valoración global del hecho advierta al menos en su esfera de profano lo que ha determinado al legislador a su valoración. Quien exige el pago de un préstamo mediante la amenaza de descubrir un delito sexual sabe que influye de forma muy ruda en la libertad de actuación de la voluntad de su deudor. Por ello su opinión de que eso no es reprochable es un mero error de prohibición. Sin embargo en los casos en los que, para comprender el sentido social de la conducta, se ha de haber efectuado la valoración jurídica, tal valoración pertenece también al dolo aun cuando sea prácticamente idéntica al juicio de antijuridicidad. Así p.ej. el error sobre la existencia de una deuda tributaria excluye el dolo del delito de fraude fiscal ¹⁴⁶. Pues el dolo de quien —aunque sea debido a consideraciones jurídicas erróneas— cree no deber impuesto alguno no abarca siquiera al modo del profano aquel perjuicio al fisco que es propio del delito de fraude fiscal. De la misma manera el dolo del delito de infracción del deber de prestar alimentos o manutención (§ 170 b) presupone el conocimiento de la existencia del deber de alimentos y de la propia capacidad de prestación ¹⁴⁷. Pues quien —incluso a causa de concepciones jurídicas erróneas— no posee ese conocimiento no quiere, ni siquiera al modo del profano, disputar a nadie su derecho de alimentos. En estos casos se trata por tanto de elementos de valoración global del hecho no divisibles, que deben diferenciarse de los divisibles tratados en los nm. 89 s. Según BGH NStZ 1989, 475 ¹⁴⁸, se hallaría en un error de tipo en relación con el § 145 c [violación de la prohibición de ejercer la profesión] incluso el abogado que atribuye equivocadamente eficacia suspensiva al recurso interpuesto por él contra la prohibición de ejercer su profesión y que continúa por ello ejerciendo.

- 92** Por supuesto, el reconocimiento de la existencia de elementos de valoración global del hecho no divisibles conduce a que en tipos como el § 370 AO [delito

¹⁴⁶ Así tb. BGH NJW 1980, 1005; wistra 1986, 174; 1986, 220; 1989, 263; BayObLG MDR 1990, 655, y la op. dom. De otra opinión Maiwald 1984, quien invoca con razón mi anterior opinión (Roxin, 1959 [21970], 147 [= Teoría del tipo penal, 1979, 232 s.; N. del T.]); abandono esa opinión.

¹⁴⁷ Así tb. OLG Köln NJW 1981, 63 s.

¹⁴⁸ Con comentario discr. de Dölp.

de fraude fiscal] y el § 170 b sea difícilmente posible un error de prohibición ¹⁴⁹, porque el conocimiento de la deuda tributaria o de la sujeción al deber de alimentos implica necesariamente el conocimiento de la antijuridicidad en aquel que no cumple sus obligaciones ¹⁵⁰. No obstante, la corrección general de la distinción entre error de tipo y de prohibición no depende de que la misma sea practicable en cada uno de los tipos, sino que, el rigor de la teoría de la culpabilidad se puede contrarrestar precisamente exigiendo para el dolo la realización de una valoración jurídica allí donde sin ella no puede alcanzarse tampoco un conocimiento profano del significado social de la propia conducta ¹⁵¹.

Según lo anterior está superada la doctrina, antiguamente defendida con **93** frecuencia, de los “conceptos complejos” ¹⁵², según la cual debería bastar “para el dolo el conocimiento de los elementos constitutivos de un concepto jurídico utilizado por la ley, sin ser preciso que sea conocida su conjunción en el concepto (complejo)” ¹⁵³. Pues p.ej. para el dolo de hurto no basta con el conocimiento de las circunstancias de las que se deriva la ajenidad de la cosa, sino que el sujeto debe haber extraído de esas circunstancias también la consecuencia jurídica de que la misma pertenece en todo o en parte a otro. Lo mismo rige para la pretensión fiscal y de alimentos (nm. 91 s.). Hay sin embargo una parte de verdad en esta doctrina en el caso de los elementos de valoración global del hecho divisibles, en cuanto que en ellos el dolo debe abarcar solamente los elementos descriptivos y normativos constitutivos del juicio de antijuridicidad, pero no el juicio de antijuridicidad de ahí derivado como tal.

Especialmente difícil y discutida resulta la delimitación del error de tipo y **94** el de prohibición en las leyes penales en blanco ¹⁵⁴. Estas son tipos que sólo contienen una norma sancionadora, pero que dejan sin embargo su integración a otras leyes, reglamentos o incluso actos administrativos. Se encuentran con mucha frecuencia en el Derecho penal especial o accesorio, pero no escasean tampoco en el StGB, p.ej. en el § 315 a I n.º 2, según el cual será castigado quien como conductor o piloto “infrinja los preceptos jurídicos del tráfico

¹⁴⁹ Ahí radicaba el fundamento de mi anterior suposición de que, tb. en tales tipos, sólo pertenecía al tipo el conocimiento de las circunstancias fundamentadoras del deber, no el del deber mismo; en contra, con razón, Kuhlen, 1987, 427 s. Cfr. tb. Bachmann, 1993.

¹⁵⁰ Un error de prohibición es a lo sumo concebible en la forma de que alguien se imagine una causa de justificación inexistente; pero incluso entonces difícilmente se puede decir que el sujeto ha querido eludir un deber tributario o de alimentos.

¹⁵¹ Aquí radica tb. el origen de la concepción, tendencialmente correcta, intermedia entre la teoría de la culpabilidad y la del dolo, que exige para el dolo el conocimiento del carácter antisocial (o sea, del contenido de significado social del hecho); en este sentido últimamente con ulteriores referencias Arth. Kaufmann, Lackner-FS, 1987, 185, y Otto, Meyer-GS, 1990, 583; además Tischler, 1984.

¹⁵² Cfr. Roxin, 1959 (²1970), 150 ss. [= Teoría del tipo penal, 1979, 237 ss.; N. del T.]; Kunert, 1958, 15 ss.; v. Weber, GA 1953, 161 ss.

¹⁵³ Frank, StGB, ¹⁸1931, § 59, com. II, último inciso.

¹⁵⁴ Al respecto Warda, 1955, Laaths, 1991, 90 ss.

ferroviario, funicular, marítimo o aéreo” mediante una conducta gravemente contraria a deber y produzca con ello peligros concretos. BGHSt 6, 40, habla de una ley penal en blanco cuando el tipo y la conminación de pena “están separados de modo tal que la integración de la conminación de pena mediante el correspondiente supuesto de hecho se lleva a cabo independientemente por otra instancia y en otro momento”.

95 En tales casos un error sobre la existencia de la norma integradora o la suposición de una causa de justificación inexistente es un error de prohibición, mientras que el error sobre circunstancias del hecho de la norma integradora excluye el dolo. Por tanto, si según el § 38 I BJagdG se castiga a quien “contravenga los preceptos sobre el tiempo de veda”, se encuentra en error de prohibición quien caza durante todo el año porque desconoce la prohibición de cazar durante el tiempo de veda; quien por el contrario se equivoca sobre la fecha o los límites temporales de la época de veda se encuentra en error de tipo (OLG Celle NJW 1954, 1618). Si el § 107 c castiga a “quien contraviene un precepto destinado a la protección del secreto del voto con la intención de obtener para sí o para otro conocimiento de qué ha votado alguien”, entonces infringe dolosamente este precepto el presidente de una mesa electoral cuando hace marcar abiertas sus papeletas a los residentes en un asilo de ancianos, porque está interesado en cómo votan éstos y porque quiere ayudarles a rellenar correctamente las papeletas. Su suposición de que puede hacer eso es un error de prohibición ¹⁵⁵. Si por el contrario cree que los electores podrían rellenar su papeleta sin ser observados, cuando en realidad no es así, entonces se encuentra en error de tipo. Ahora bien, cuando la norma en blanco se integra mediante una disposición individual concreta, el desconocimiento de ésta es siempre un error de tipo, porque falta una prohibición con validez o vigencia general. Así, sólo responde penalmente conforme al § 19 WStG (incumplimiento de una orden militar) quien ha conocido la orden ¹⁵⁶.

96 También la jurisprudencia sigue en lo esencial, en relación con el conocimiento de los elementos normativos, los principios desarrollados anteriormente ¹⁵⁷, sin observarlos consecuentemente sin embargo en todos los casos. Así concurren p.ej. unas lesiones con medios o circunstancias peligrosos (§ 223 a) entre otros casos cuando se cometen “por medio de un tratamiento que pone en peligro la vida”. Según BGHSt 19, 352 ¹⁵⁸, para el dolo en relación con este elemento basta “el conocimiento de aquellas circunstancias de las que se deriva

¹⁵⁵ Cfr. respecto de este caso Kuhlen, 1987, 54 s., quien llega a un resultado distinto (pp. 540 s.).

¹⁵⁶ Al respecto Sch/Sch/Cramer²⁴, § 15, nm. 102. La delimitación aquí efectuada entre error de tipo y error de prohibición es sometida a una crítica discr. menos en el resultado al que llega que en la fundamentación por Herzberg, GA 1993, 439, 457 ss.

¹⁵⁷ BGHSt 3, 248 (255); 4, 347 (352), invocan expresamente la “valoración paralela en la esfera del profano”, que es precisa para el “conocimiento” de circunstancias normativas del hecho.

¹⁵⁸ Igualmente BGH NSiZ 1986, 166; NJW 1990, 3156.

el peligro para la vida”, sin que el propio sujeto tenga que haber llegado a advertir que su acción es peligrosa para la vida. Esta tesis es un efecto tardío de la doctrina de los conceptos complejos (nm. 93) y a la misma no puede dársele la razón. Pues nadie puede comprender, tampoco “en la esfera del profano”, la peligrosidad para la vida de su actuación, si no ha sido consciente de la amenaza para la existencia de la víctima. El argumento del BGH de “que de otro modo se trataría mejor al camorrista que da una paliza sin escrúpulos, que precisamente por su falta de escrúpulos no es en absoluto consciente del carácter peligroso de su conducta, que a aquel sujeto que está menos falto de escrúpulos y es menos desconsiderado y por ello se peca de la puesta en peligro de la vida” (BGHSt 19, 353 s.), se desvía de la cuestión. Pues naturalmente en el segundo caso al sujeto no se le castiga más duramente por su mayor “consideración”, sino porque ha golpeado pese a conocer la peligrosidad para la vida. El querer poner en tela de juicio que tal sujeto procede de un modo “menos escrupuloso”, más brutal y más digno de castigo que aquel que por negligencia o ligereza no se ha percatado de lo peligroso de su actuación significaría negar sin más el sentido de la delimitación entre dolo e imprudencia.

No se produce en cambio desviación alguna de la línea aquí seguida, cuando **97** la jurisprudencia, en los delitos de funcionarios públicos, se conforma para el dolo en relación con la cualidad de funcionario (§ 11 I n.º 2) con el conocimiento de las circunstancias que fundamentan materialmente la cualidad de funcionario, sin exigir que el sujeto se cualifique a sí mismo como funcionario ¹⁵⁹; o cuando, en la deslealtad por traición a la parte del abogado que “sirve de manera contraria a deber... a ambas partes” (§ 356), exige para el dolo en relación con el elemento “de manera contraria a deber” solamente que el abogado sea consciente de las circunstancias materiales fundamentadoras de la contrariedad a deber (es decir de su actuación “en interés contrapuesto” de ambas partes), mientras que juzga error de prohibición la suposición de no actuar de manera contraria a deber, cuando se conoce la contraposición de intereses ¹⁶⁰. Pues en el primer caso concurre un mero error de subsunción, cuando alguien sabe que desempeña funciones de administración pública y sin embargo no se considera a sí mismo “funcionario público”; conoce entonces el contenido de significado social decisivo para el legislador de su puesto, careciendo de importancia su correcta denominación jurídicopenal ¹⁶¹. Sin em-

¹⁵⁹ Así BGHSt 8, 321 ss., para el antiguo concepto de empleado público, que se corresponde con el actual concepto de funcionario público.

¹⁶⁰ Con matices en cuestiones de detalle: BGHSt 3, 400; 4, 80; 5, 301; 7, 17; 7, 261; 15, 332; 18, 192.

¹⁶¹ Por eso no existe motivo alguno para excluir con carácter general del tipo o como objeto del dolo las propiedades del autor; así sin embargo Welzel, *StrafR*¹¹, 77 [= PG, 1987, 112; N. del T.]; Arm. Kaufmann, 1954, 149 ss. (en Klug-FS, 1983, 283 ss., Kaufmann ha admitido la crítica realizada por mí en *Offene Tatbestände*, 1959 (1970), 66 ss. [= Teoría del tipo penal, 1979, 107 ss.; N. del T.], a su posición y ha adoptado la posición aquí propugnada); Frisch, *Arm. Kaufmann-GS*, 1989, 326 ss.

bargo en el segundo caso el criterio de la “contrariedad a deber” en el § 356 es un elemento de valoración global del hecho divisible ¹⁶². El puro error sobre la contrariedad a deber de la conducta propia es idéntico al error sobre la antijuridicidad y por tanto un error de prohibición. Concorre en cambio un error de tipo cuando el abogado desconoce circunstancias fundamentadoras de la contrariedad a deber, en cuanto que no se percata (por razones fácticas o jurídicas) de que sirve a intereses contrapuestos.

- 98** La delimitación anteriormente desarrollada se corresponde a grandes rasgos con la doc. dom. ¹⁶³, pero es difícil ¹⁶⁴ y discutida en sus pormenores, pues las exigencias de la valoración paralela no siempre son claras y los resultados dependen, de manera a veces no del todo plausible, de las contingencias de la formulación del tipo. Zipf ¹⁶⁵ habla por eso del “problema menos resuelto actualmente de toda la teoría del error”. Este estado de cosas ha conducido a esfuerzos intensificados de precisar la distinción o de situarla sobre una nueva base.
- 99** Darnstädt ¹⁶⁶ distingue entre elementos descriptivos y normativos del tipo designando en el primer caso hechos “naturales” y en el segundo hechos “institucionales”. Los hechos “naturales” pueden describirse “completamente por referencia a estados o propiedades físicas o psíquicas”, mientras que los hechos “institucionales” “poseen al menos una propiedad atribuida socialmente” (como la relevancia probatoria en el documento). La valoración paralela, que fundamenta el dolo, consiste para Darnstädt en “que precisamente ha de conocerse la relevancia social como hecho”. Esto es sin duda correcto, pero no ayuda a avanzar en la resolución de la cuestión de en qué medida ha de ser aprehendida por el conocimiento del sujeto la relevancia social (¿jurídica?) de una circunstancia.
- 100** Haft ¹⁶⁷ distingue entre un error “referido al objeto”, que excluye el dolo, y un error “referido al concepto”, que se presenta como error de subsunción. Cuando p.ej. el ladrón de gallinas piensa que una gallina no es una cosa, eso es un error relativo al concepto. Por el contrario, se encuentra en un error referido al objeto según Haft quien considera propia, debido a consideraciones jurídicas erróneas, una cosa ajena y, en consecuencia, la destruye; pues este error “es comunicable de manera comprensible sin referirse al § 303 StGB”.

¹⁶² Más detenidamente Roxin, 1959 (21970), 136 s. [= Teoría del tipo penal, 1979, 214 ss.; N. del T.].

¹⁶³ Una buena introducción ofrece Nierwetberg, Jura 1985, 238 ss.; una panorámica amplia proporciona D. Geerds, Jura 1990, 421 ss.

¹⁶⁴ Cfr. v.gr. la exposición con múltiples diferenciaciones de Jakobs, AT², 8/52 ss., que constata una “situación confusa” (8/53). Resulta instructiva sobre un caso en relación con el § 142 StGB OLG Düsseldorf StrV 1986, 159 (a favor del error de prohibición) con com. discr. de Kuhlen, StrV 1987, 437.

¹⁶⁵ Maurach/Zipf, AT/1⁸, 37/48.

¹⁶⁶ Darnstädt, JuS 1978, 443.

¹⁶⁷ Haft, JA 1981, 284; el mismo, JuS 1980, 591; el mismo, AT⁵, 254 ss.

La distinción adolece de ser difícilmente practicable en casos de error sobre contenidos de significado jurídico. ¿Por qué la suposición de que una gallina no es una cosa no ha de ser “comunicable de modo comprensible” sin referencia a los §§ 242 y 303 ¹⁶⁸?

Schlüchter ¹⁶⁹ exige para el dolo una “visión teleológicamente reducida del supuesto”. Para el dolo es necesario ¹⁷⁰ que el sujeto haya “aprehendido el significado lesivo de su conducta”. Ello regiría “tanto para los factores coincidentes con el bien jurídico como para los restrictivos de su protección”. Si por el contrario el sujeto “ha tenido presentes los componentes relativos al bien jurídico”, otros errores sólo podrían fundamentar en todo caso un error de prohibición. En los elementos de valoración global del hecho bastaría en cambio con el conocimiento de los hechos individuales. Esta concepción es útil en cuanto que la valoración paralela en la esfera del profano presupone ante todo que el sujeto haya advertido el significado lesivo para el bien jurídico de su conducta (p.ej. el menoscabo del tráfico probatorio en el § 267). Pero, como los “factores restrictivos” de la protección del bien jurídico también deben ser abarcados por el conocimiento del sujeto y en el fondo todos los elementos del tipo se refieren al bien jurídico protegido y a los límites de su protección, Schlüchter se queda materialmente en la teoría de la valoración paralela. Esta teoría tampoco aclara cómo de preciso ha de ser el conocimiento para que pueda ser considerado como aprehensión del “significado lesivo” y de los “factores restrictivos” ¹⁷¹.

El intento más audaz de precisar de forma original “la distinción entre error excluyente del dolo y no excluyente del dolo” ¹⁷² lo emprende Kuhlen. El mismo se desliga por completo de la distinción de orientación sistemática entre error de tipo y error sobre la antijuridicidad, que ha dominado la discusión en la posguerra, y retorna a la antigua doctrina del Reichsgericht ¹⁷³. Según ésta, el “error de hecho” y el “error de Derecho extrapenal” son excluyentes del dolo, mientras que el “error de Derecho penal” es por regla general un error de subsunción irrelevante. La resurrección de la diferenciación entre error de Derecho extrapenal y penal se legitima con el “criterio de la estructura temporal” ¹⁷⁴. Cuando el Derecho penal remite a regulaciones extrapenales, se trata de “normaciones dinámicas”, que, p.ej. en relación con la “ajenidad” de la cosa

¹⁶⁸ Cfr. además la crítica de Kuhlen, 1987, 356 ss.; Jakobs, AT², 8/57, n. 134 (“el concepto puede estar ya en el objeto”); Sch/Sch/Eser²⁴, § 22, nm. 88.

¹⁶⁹ Schlüchter, 1983; un resumen de orientación didáctica ofrece la autora en JuS 1985, 373 ss., 527 ss., 617 ss.

¹⁷⁰ Schlüchter, 1983, 116.

¹⁷¹ Una crítica en profundidad en Kuhlen, 1987, 435 ss.

¹⁷² Así el título del extenso escrito de habilitación de Kuhlen, 1987. Más detenidamente respecto de Kuhlen, Puppe, ZStW 102 (1990), 892.

¹⁷³ La “recuperación de la distinción del Reichsgericht entre error de Derecho penal y extrapenal” tiene algunos precursores en la lit. reciente, sobre todo Tischler, 1984 (cita en p. 353).

¹⁷⁴ Kuhlen, 1987, 370 ss.

(§§ 242, 246, 303), se fijan en las normas jurídicociviles sobre la propiedad correspondientes en cada caso. Pertenecen al ámbito previo “extrapenal”, cuyo enjuiciamiento erróneo excluye el dolo. En cambio, v.gr. el concepto de “reprobabilidad” del § 240 II caracteriza una normación “estática” intrapenal, cuyo desconocimiento puede fundamentar a lo sumo un error de prohibición.

103 En realidad esta distinción llega a resultados muy similares a los alcanzados aquí con la “valoración paralela”¹⁷⁵. Pues por regla general son precisamente las valoraciones extrapenales a que se refiere la ley penal las que hay que conocer cuando se quiere llevar a cabo el juicio legal al modo del profano, mientras que carece de importancia la subsunción jurídicopenal exacta y el error “jurídicopenal” acaso deslizado en ella.

104 Sin embargo, el retorno al RG vuelve a suscitar nuevos problemas. Cuando alguien hace que otro se libre de un castigo penal (§ 258), pero cree, como consecuencia de una equivocada valoración jurídica, que éste sólo ha cometido una contravención *, tal error habrá de contemplarse como excluyente del dolo, porque el sujeto no se ha percatado siquiera al modo del profano del carácter delictivo del hecho previo, decisivo para la valoración legal. Esto también lo admite Kuhlen¹⁷⁶; pero no se ve claramente sin más por qué un mero desconocimiento de la punibilidad ** haya de fundamentar un error de Derecho extrapenal. En el fondo Kuhlen, abandonando el sentido literal normal de la distinción, atiende exclusivamente a que se trata de una remisión dinámica “a las leyes penales vigentes en el respectivo momento de la acción”. Pero también la delimitación de remisiones estáticas, que producirían errores penales, y dinámicas, que producirían errores extrapenales, plantea nuevas cuestiones. Así, en el ejemplo académico de quien estima que un perro no es una cosa, Kuhlen sólo puede llegar a apreciar un error de prohibición irrelevante¹⁷⁷ calificando el concepto de cosa de concepto penal y en consecuencia su desconocimiento de error de Derecho penal. Pero sería igualmente posible

¹⁷⁵ Prescindiendo de las leyes penales en blanco, cuyo desconocimiento debe ser contemplado según esta doctrina siempre como error de Derecho extrapenal, como ya había sostenido el RG.

* Las contravenciones (*Ordnungswidrigkeiten*) constituyen una figura a medio camino entre el Derecho penal y el Derecho administrativo, regidas por su propia ley (OWiG), que carece de correlato exacto en el Derecho español, pues no puede identificarse ni con las faltas penales ni con las meras infracciones administrativas [N. del T.].

¹⁷⁶ Kuhlen, 1987, 566 s.

** Punibilidad (“Strafbarkeit”) ha de entenderse aquí como carácter punible o penal o, si se quiere, carácter de penalmente prohibido o tipificado, de sometido a pena, de delito, en definitiva (del hecho previo), y no como descriptor de la categoría “punibilidad” que algunos consideran parte de la estructura del delito junto a la acción, el tipo, la antijuridicidad y la culpabilidad (en el esquema cuatripartito clásico o con las variaciones de estos elementos que corresponda). En cualquier caso, esta terminología, muy extendida en materia de error de prohibición (y que se mantiene en la traducción por fidelidad al original), es confusa y, en esa materia, sería preferible hablar de error sobre la prohibición penal y no de error de o sobre la punibilidad.

¹⁷⁷ Kuhlen, 1987, 528 ss.

sostener aquí (como en el concepto de ajenidad) la existencia de una remisión dinámica al Derecho civil (§ 90 a BGB). Y ¿el enjuiciamiento del error debe depender entonces de si se admite ésta o aquélla? Habrá que esperar el ulterior desarrollo de la discusión ¹⁷⁸.

También Puppe ¹⁷⁹ considera la distinción del Reichsgericht en principio **105** acertada, pero critica la “desafortunada terminología”. El sujeto, para actuar dolosamente, se debería representar “el sentido del tipo, no necesariamente su tenor literal” ¹⁸⁰. En los llamados elementos normativos se exigiría el simple “conocimiento de hechos jurídicos” ¹⁸¹. La doctrina de la valoración paralela oscurecería esta situación, en cuanto que daría la impresión “de que no se trata aquí de conocimientos, sino de un acto de valoración”. El error de subsunción no modifica, en cuanto cuasi “error de Derecho penal”, por tanto en nada el conocimiento del sentido del tipo y por eso no excluye el dolo. Es posible que ello se corresponda aproximadamente con la concepción expuesta *supra*, máxime porque Puppe trata el error sobre elementos de valoración global del hecho ¹⁸² en el sentido de la diferenciación aquí propuesta. También contempla correctamente “los predicados de valor fundamentadores de la punibilidad” ¹⁸³ (como burla injuriosa, ultrajar, cruelmente, alevosamente) como de valoración global del hecho, de modo que no es preciso que el sujeto conozca el componente valorativo de estos conceptos.

b) La precisión de la conciencia en el “conocimiento” de las circunstancias del hecho

Si por consiguiente concebimos el “conocimiento” de los elementos del tipo **106** como percepción de sus elementos descriptivos y comprensión de sus elementos normativos, se suscita la ulterior cuestión de con cuánta precisión han de haber aparecido estos elementos ante la mirada física o intelectual del sujeto para poder hablar de un “conocimiento” y por tanto de actuación dolosa. Al respecto hay que descartar de entrada las posiciones extremas. Por un lado no se puede exigir que el sujeto realice reflexiones conscientes sobre cada uno de los elementos (o sea, p.ej. “cosa”, “mueble”, “ajena” en el § 242), que “piense en ello” expresamente. Una concepción tan sumamente racionalista que confunde el dolo con la “reflexión”, que la ley exigía para el asesinato hasta 1941 (cfr. § 4, nm. 13, § 6, nm. 11) ¹⁸⁴, contradiría todos los conocimientos de la

¹⁷⁸ Acerca de otras propuestas de delimitación en tiempos recientes más detenidamente (y crít.) Kuhlen, 1987, 452 ss.

¹⁷⁹ Puppe, GA 1990, 154 ss., 180 [= CPC 1992, 360 ss., 390; N. del T.]; la posición contraria la desarrolla Kindhäuser, GA 1990, 407, con su distinción entre error de hecho y de Derecho.

¹⁸⁰ Puppe, GA 1990, 153 [= CPC 1992, 358; N. del T.].

¹⁸¹ Puppe, GA 1990, 157 [= CPC 1992, 364; N. del T.].

¹⁸² Puppe, GA 1990, 170 ss. [= CPC 1992, 379 ss.; N. del T.].

¹⁸³ Puppe, GA 1990, 181, 172 [= CPC 1992, 391 s., 381 s.; N. del T.].

¹⁸⁴ Bockelmann, Radbruch-FS, 1968, 254.

Psicología, en cuya virtud la actuación de las personas está guiada de manera absolutamente predominante no por premeditación ponderadora, sino por instintos y emociones ¹⁸⁵; ello rige en el ámbito de la conducta criminal aún más que en otros. Por otro lado hoy es indiscutido que no basta para el dolo con una conciencia solamente potencial. Cuando se comunica antes de la cacería a un cazador que un montero está en determinado puesto, pero aquél lo olvida en el calor de la cacería y mata de modo inconsciente *in actu* de un disparo a la persona apostada en el punto determinado, se trata de un homicidio imprudente y no doloso ¹⁸⁶. Se exige para el dolo todavía demasiado poco, cuando se considera suficiente una “conciencia marginal” en el sentido de un “aviso del sentimiento” ¹⁸⁷. Pues también quien actúa con imprudencia consciente puede tener tales avisos de sentimiento; si los deja de lado y confía en una salida airosa, eso todavía no es dolo.

- 107 Hoy se admite mayoritariamente una concepción situada entre los extremos. Según ella el dolo abarca también aquellas circunstancias en las que el sujeto no piensa expresamente, pero de las que es “coconsciente”. Esta “coconciencia”, a cuyo análisis ha rendido grandes servicios especialmente Platzgummer ¹⁸⁸ aprovechando investigaciones de la Psicología de la asociación ¹⁸⁹, consiste “en una conciencia a la que en efecto no se presta atención explícitamente, pero que es coconocida con otro contenido de conciencia al que se presta atención y a la que necesariamente ha de prestarse a la vez atención de modo implícito”. Lo coconocido puede por tanto ser también “coquerido” ¹⁹⁰. Esto rige en primer lugar para el componente de significado de los elementos perceptibles sensorialmente, poseyendo por tanto gran relevancia para el dolo en los elementos normativos. Quien en unos grandes almacenes se apodera de una cosa apetecida es consciente de modo actual, sin ningún tipo de reflexión consciente, de su ajenidad; y quien se lleva un crucifijo del altar necesariamente tiene conciencia de hurtar “de una iglesia” (§ 243 I n.º 4), porque el complejo mental “iglesia” está ligado de manera indisoluble a la percepción de crucifijo y altar. Junto a esta “coconciencia condicionada por la percepción” ¹⁹¹, el “conocimiento concomitante permanente” es una segunda forma de coconciencia que tiene importancia especialmente para las cualificaciones exigidas por la ley en el autor. Cuando un médico o un abogado divulgan un secreto a ellos confiado (§ 203), con frecuencia no reflexionarán explícitamente sobre que son médico o abogado. A pesar de ello tienen dolo

¹⁸⁵ Cfr. al respecto especialmente Schewe, 1972, 85 ss.

¹⁸⁶ Cfr. Platzgummer, 1964, 4.

¹⁸⁷ Así LK⁸-Mezger, 1957, § 59, com. II 9.

¹⁸⁸ Platzgummer, 1964, 4.

¹⁸⁹ Particularmente siguiendo al psicólogo vienés Rohracher.

¹⁹⁰ Platzgummer, 1964, 83.

¹⁹¹ Roxin, ZStW 78 (1966), 254.

respecto de estas características, porque el saber que se revelan informaciones confidenciales de la esfera profesional propia implica la conciencia de ser médico o abogado ¹⁹².

Schmidhäuser ha llegado a resultados muy similares a partir de investigaciones de Psicología del lenguaje ¹⁹³, en cuanto que distingue una conciencia “material-conceptual” de una conciencia “lingüístico-conceptual”, considerando la primera suficiente para el dolo. No es necesario por tanto que el sujeto piense en las circunstancias del hecho con formulaciones lingüísticas (“esta cosa es ajena”; “yo hurto de una iglesia”; “ahora actúo como médico”, etc.), sino que basta con que se percate de ellas de modo material-conceptual (en el pensamiento material). A este respecto “pensamiento o conceptualización material” significaría “la relación con las cosas mismas significativa libre de lenguaje... sobre la base de por decirlo así un recuerdo gráfico, que ha asumido en el ámbito del pensamiento sin lenguaje las cosas experimentadas originalmente mediante el lenguaje” ¹⁹⁴.

Las posibilidades de aproximarse al problema del conocimiento con la ayuda de otros planteamientos psicológicos ¹⁹⁵ o incluso de una construcción conceptual específicamente jurídica apartada de toda psicología ¹⁹⁶ no se agotan en absoluto con lo anterior. Pero todas las doctrinas coinciden en la consideración de que hay una conciencia implícita y de que la misma satisface las exigencias que se imponen al “conocimiento” en el marco del concepto de dolo. Ahí radica un progreso del conocimiento que puede guiarnos entre el

¹⁹² Por tanto tampoco desde esta perspectiva existe razón alguna para segregar del tipo las características del autor y no aplicar a las mismas el § 16; cfr. n. 161. Frisch, Arm. Kaufmann-GS, 1989, 327, admite la concurrencia por lo general de coconciencia en relación con la cualificación especial del autor, pero no la contempla como “la fundamentación... decisiva para la apreciación de dolo”.

¹⁹³ Schmidhäuser, H. Mayer-FS, 1966, 317 ss.

¹⁹⁴ Schmidhäuser, H. Mayer-FS, 1966, 326. Desde luego la formulación no es del todo correcta en cuanto que no existe un pensamiento sin lenguaje en el sentido estricto de la palabra (Arth. Kaufmann, 1982, 30 s.). Se trata sin embargo de un pensamiento en lenguaje abreviado, en el que una señal lingüística evoca complejos significativos completos. Similar a Schmidhäuser, Jakobs, AT², 8/12: “Es irrenunciable de *lege lata* una representación actual al menos gráfica (no conceptual).”

¹⁹⁵ Así, desde una concepción de la teoría de la forma (de la *Gestalt*), Schewe, 1967, se vuelve contra el pensamiento “atomizador” en el Derecho penal, que le reprocha sobre todo a Platzgummer, y estima que no es necesaria “la atención expresa a todas las circunstancias individuales del hecho..., cuando las circunstancias del hecho sólo pueden ser vividas o experimentadas dentro del todo situacional de tal modo que se aprehenda con acierto ‘fisionómicamente’ la configuración típica” (p. 55); sin embargo en definitiva la aprehensión de esa totalidad típica se correspondería con la coconciencia “material-conceptual”. Tb. Schild, Stree/Wessels-FS, 1993, 260, quien critica todos los intentos “psicológicos” de solución, constata que los resultados de Platzgummer, Schewe y Schmidhäuser coinciden.

¹⁹⁶ Así Bockelmann, Radbruch-GS, 1968, 252 ss., partiendo de la premisa de que el Derecho penal elabora sus conceptos según sus propios fines, afirma que el sujeto tiene un “conocimiento suficiente de las circunstancias objetivas del hecho... cuando lo que sabe, conoce o prevé sería conocimiento actual en cuanto lo hiciera objeto de la reflexión” (p. 255). Con ello no se estaría tampoco opinando nada distinto a Platzgummer y Schmidhäuser, a los que no hace referencia Bockelmann.

Escila de la exigencia de reflexión y el Caribdis de una restricción a la voluntad sólo potencial.

- 110** Una vía totalmente propia sigue por contra Frisch¹⁹⁷, quien rechaza la doctrina de la coconsciencia y pretende “una solución normativa de la problemática material”¹⁹⁸: “No se ha de concebir el dolo como una conciencia referida por igual a los distintos elementos, sino que lo decisivo es que el autor haya aprehendido una determinada relación de sentido, pues ya en esa situación se espera la inhibición y el emprendimiento de una determinada acción representa una decisión contra el bien - por más que el sujeto no muestre en absoluto contenidos de conciencia en relación a determinados elementos (excluyentes) o sólo posea el saber siempre disponible respecto de determinados otros (que sirven para precisar)”¹⁹⁹. En concreto pretende diferenciar: junto a un “ámbito de elementos típicos que sería hasta cierto punto ‘resistente a la relativización’”²⁰⁰ y un grupo de elementos respecto de los cuales “no sería preciso en absoluto un contenido de conciencia especial”²⁰¹, correspondería “realmente significación normativa... al sustrato, clasificado como conciencia por la doctrina de la coconsciencia, de la disponibilidad habitual de determinados contenidos sólo en el ámbito de los elementos que sirven para completar la conducta prohibida en que se basa el concreto tipo”²⁰².
- 111** Es cierto que el reconocimiento de la coconsciencia irreflexiva entraña el peligro de ampliar demasiado el dolo a costa de la imprudencia²⁰³. Cuando p.ej. Platzgummer²⁰⁴ opina: “Todo lo que es conocido del objeto por experiencias previas automáticamente ‘se siente dentro de él’” y extrae de ahí la consecuencia de que en el abuso sexual de niños ya se poseería el dolo en relación con la edad legal de protección (“menores de catorce años”) cuando anteriormente se hubiera tenido conocimiento de la edad, sin que sea necesario que se dedique un pensamiento a ello durante el hecho, se está yendo demasiado lejos²⁰⁵. No cualquier información que se ha recibido anteriormente sobre una persona o una cosa se liga en adelante “automáticamente” a su visión, sino que ha de haberse alcanzado además un considerable grado de interiorización, que sólo el tribunal ha de constatar. No es p.ej. evidente que un suboficial que en una pelea en la cantina golpea a un cabo de otra unidad, del que es amigo en la vida privada²⁰⁶, posea en forma de “coconsciencia” el dolo de maltratar a un “subordinado” (§ 30 WStG). Esta apreciación es efectivamente lógica; pero si una discusión entre amigos íntimos se vive como un asunto personal alejado de toda trascendencia respecto del servicio, puede que haya que negar también la coconsciencia necesaria. La

¹⁹⁷ Frisch, Arm. Kaufmann-GS, 1989, 311 ss.

¹⁹⁸ Frisch, Arm. Kaufmann-GS, 1989, 342.

¹⁹⁹ Frisch, Arm. Kaufmann-GS, 1989, 346 s.

²⁰⁰ Frisch, Arm. Kaufmann-GS, 1989, 342.

²⁰¹ Frisch, Arm. Kaufmann-GS, 1989, 344.

²⁰² Frisch, Arm. Kaufmann-GS, 1989, 344 s.

²⁰³ Contra ello previene con razón Köhler, GA 1981, 290.

²⁰⁴ Platzgummer, 1964, 84.

²⁰⁵ Así ya Roxin, ZStW 78 (1966), 255; exhaustivamente Köhler, GA 1981, 290; críticamente tb. Jakobs, AT², 8/12. Frisch, Arm. Kaufmann-GS, 1989, 332, considera ya por principio que “la apreciación, que fácilmente cae en la ficción, de una conciencia ‘diluida’ en relación con la edad” no es “lo decisivo”.

²⁰⁶ BayObLG NJW 1977, 1974, donde se afirma sin más el dolo aplicando la doctrina de la coconsciencia “material-conceptual”.

coconsciencia debe fundamentarse por tanto en los casos dudosos a partir del contexto de la situación concreta. Puede inducir a error adjudicar al conocimiento y con ello al dolo, a través del concepto auxiliar de la coconsciencia, todo lo que un sujeto ha experimentado alguna vez en cuanto a “significados” y por eso sabe “de modo latente”²⁰⁷.

Se plantean problemas especiales en los hechos realizados en estado pasional, que ya causan algunas dificultades en el ámbito de la acción (más detenidamente § 8, nm. 62). Se aduce con frecuencia por parte de la Psiquiatría que en tales casos falta la “conciencia” de las circunstancias del hecho durante la concreta ejecución de la acción²⁰⁸; a veces los sujetos que actúan por impulsos pasionales no pueden acordarse de nada después del hecho. Por otro lado se aprecia fácilmente que tal conducta no posee similitud con la acción imprudente como desacierto descuidado, sino que está plenamente dirigida a un fin²⁰⁹. Quien mata a alguien de un disparo bajo la influencia de un estado pasional intenso no lo hace por una casualidad ciega, sino mediante series de movimientos completamente dirigidos. Schewe ha extraído de ahí la conclusión de que el control inconsciente puede ser suficiente para el dolo²¹⁰; tal “dolo sin conciencia del tipo”²¹¹ difícilmente podría ser compatible con el § 16. Sin embargo esta apreciación se basa en un concepto de conciencia demasiado estrecho²¹². Un dolo o pro-posición * en el sentido de premeditación cuidadosa, una ejecución de un plan como realización de una elaboración intelectual no son necesarios para la conciencia y por tanto para el “conocimiento”, tal y como lo entiende el § 16. El que decisión y realización coincidan ampliamente no impide una realización del plan²¹³. Basta la aprehensión de las circunstancias “de un vistazo” (BGHSt 6, 121; 6, 331; 23, 121), cuestión ésta en la cual se puede sacar provecho de los conocimientos sobre la coconsciencia material-conceptual. A ésta pertenece únicamente “una coexperimentación atenta,

²⁰⁷ Así tb. Köhler, GA 1981, 290, respecto del ejemplo concreto loc. cit. 296 ss. Frisch, Arm. Kaufmann-GS, 1989, 329 ss., rechaza aquí tb. de antemano una fundamentación del dolo a través de la coconsciencia.

²⁰⁸ Tb. el BGH (E 11, 18, 23) opina que, en casos excepcionales, podría producirse una completa “falta de conciencia de sí mismo en el sentido de un saber intelectual sobre el propio ser del sujeto y sus relaciones con el entorno” (similar BGHSt 6, 329, 332).

²⁰⁹ Cfr. al respecto sobre todo Schewe, 1972, 107 s.

²¹⁰ Schewe, 1972, 101 ss.

²¹¹ Stratenwerth, Welzel-FS, 1974, 304.

²¹² Krümpelmann, Welzel-FS, 1974, 337 s.

* Roxin escribe aquí “Vor-Satz”, descomponiendo los elementos de la palabra “Vorsatz”, que normalmente traducimos por dolo. Sin embargo, creo difícil encontrar una expresión en castellano que traduzca a la vez los dos elementos de la palabra alemana y aluda claramente al dolo; por ello he optado por la utilización de las dos expresiones: dolo y (por aproximación) pro-posición (o pro-pósito, aunque esta expresión también se utiliza para designar una forma concreta de dolo; vid. N. del T. al final del nm. 52) [N. del T.].

²¹³ Cfr. tb. Stratenwerth, Welzel-FS, 1974, 305, y Frisch, Arm. Kaufmann-GS, 1989, 326; asimismo BGHSt 2, 61; 6, 121, 331; 23, 121.

no necesariamente reflexiva”²¹⁴, que domina la dirección de la acción. Esta se da sin embargo en el sujeto que actúa por impulsos pasionales: el mismo ve a la víctima, ve su arma, y quiere y ve lo que hace con ella; si no no tendría éxito el homicidio²¹⁵. El estado pasional no excluye por tanto la conciencia, pero sí en su caso su posibilidad de control y a menudo también el recuerdo posterior del suceso; por eso la mayor parte de las veces no es un problema de dolo, sino de imputabilidad o capacidad de culpabilidad²¹⁶ y que se ha de tratar más detenidamente en el seno de ésta (cfr. *infra* § 20, nm. 13 ss.). No obstante, el alto grado de excitación del sujeto provoca con relativa frecuencia una restricción de la conciencia: “El sujeto no ve nada más allá del fin y los medios; echa mano de éstos para alcanzar aquél”²¹⁷. Respecto de otras circunstancias del hecho (p.ej. de los elementos del asesinato) puede faltar en tales situaciones realmente todo tipo de conciencia, y en esa medida está excluido entonces también el dolo (igualmente BGHSt 6, 332; 11, 144)²¹⁸.

- 113** También en las acciones automatizadas (más detenidamente § 8, nm. 60 s.) se discute con frecuencia la conciencia y el dolo en relación con las series de movimientos ejecutados sin reflexión (p.ej. los procesos de cambio de marchas en la conducción de automóviles)²¹⁹. Aquí habrá que fijarse en si el fin de la acción es abarcado por la conciencia del sujeto. Cuando el tirador experto quiere matar a otro de un disparo, el dolo no se verá afectado por el hecho de que apuntar, encarar y disparar el revólver tengan lugar *quasi uno actu* mediante movimientos automatizados. En cambio, cuando el conductor de un automóvil desencadena, como consecuencia de una situación de shock, acciones automáticas que conducen a un accidente (cfr. el ej. en el § 8, nm. 61), entonces no hay dolo, porque el resultado no fue abarcado por el conocimiento del sujeto. Si se parte por tanto de la sencilla idea de que el dolo requiere la conciencia de las circunstancias del hecho (pero no de cada uno de los movimientos), se llegará en general a resultados materialmente justos.

2. El objeto del dolo típico. Aplicación inmediata y analógica del § 16

a) Las circunstancias del tipo legal según el § 16 I

- 114** Sólo pueden ser objeto del dolo típico las circunstancias que pertenecen al tipo objetivo, y no además las circunstancias subjetivas del hecho. Para co-

²¹⁴ Krümpelmann, Welzel-FS, 1974, 338.

²¹⁵ Tb. Welzel califica la apreciación de la exclusión de la conciencia de “exageración del hecho de la restricción de la conciencia en el estado intensa o altamente pasional: uno sólo ve turbias las cosas, ¡pero ve!” (Grünhut-Erinnerungsgabe, 1965, 188, com. 45). Tb. en el ejemplo del “mordisco en el pecho”, que se examinó más arriba en el marco de la doctrina de la acción (§ 8, nm. 62), hay que afirmar por tanto el dolo.

²¹⁶ Coincidente en ello Schewe, 1972, 107.

²¹⁷ Krümpelmann, Welzel-FS, 1974, 336; tb. en este sentido Ambrosius, 1966, 73.

²¹⁸ Cfr. sobre todo ello tb. LK¹⁰-Schroeder, § 16, nm. 107 ss.; Schild, JA 1991, 48 ss.

²¹⁹ Cfr. sobre el estado de opinión, LK¹⁰-Schroeder, § 16, nm. 110.

meter un delito doloso de daños (§ 303), es necesario que el sujeto sepa que “daña o destruye” y quiera “dañar o destruir una cosa ajena”, sin que el dolo haya de referirse además a sí mismo. Tampoco otras circunstancias subjetivas del hecho, como p.ej. el ánimo o intención de apropiación antijurídica, pueden ser razonablemente objeto del dolo²²⁰; el legislador no exige para la punición del hurto el dolo de tener ánimo o intención de apropiación, sino únicamente este mismo ánimo o intención. De ahí se deduce que el “tipo legal” en el sentido del § 16 I no es idéntico al tipo en el sentido del sistema del Derecho penal; mientras que el tipo sistemático contiene una pluralidad de elementos subjetivos (más detenidamente § 10, nm. 61 ss.), el § 16 afecta sólo al tipo para el error, es decir a las circunstancias que pueden ser objeto de un error de tipo (acerca de la distinción entre tipo sistemático y tipo para el error cfr. ya § 10, nm. 1-6).

Pero por lo demás el dolo típico debe abarcar todas las circunstancias que **115** constituyen el tipo también como categoría sistemática²²¹; o sea, la acción y sus modalidades, el resultado, las cualidades del autor y los presupuestos materiales relevantes para la imputación (acerca del último punto, más detenidamente nm. 138). Estas circunstancias pueden ser también subjetivas, cuando se encuentran en la psique de una persona distinta al sujeto, p.ej. el error del engañado en la estafa (§ 263). El dolo se dirigirá por lo general a circunstancias de tipo descriptivo o normativo existentes o por producirse. Puede sin embargo estar dirigido también, cuando al tipo pertenecen circunstancias negativas, a la no concurrencia de algo; así, un fraude electoral doloso del § 107 a presupone que el sujeto sea consciente de votar “sin derecho a voto”, y sólo puede cometer una usurpación dolosa de funciones públicas (§ 132) quien sabe que **no** es titular del cargo público desempeñado (cfr. más detenidamente § 10, nm. 30 ss.).

Se puede decir resumidamente que objeto del dolo típico son todas las circunstancias del **116** tipo objetivo a partir de los cuales se construye la figura de delito. Al respecto es indiferente que estas circunstancias se deriven inmediatamente del tenor literal del tipo o de una interpretación restrictiva o reducción teleológica. Cuando p.ej. determinados menoscabos insignificantes no encajan en un tipo, pese a que podrían ser subsumidos en él según su tenor literal (cfr. § 10, nm. 40), la suposición errónea de la insignificancia es un error de tipo. Por contra Sax, sobre la base de la doctrina del tipo por él desarrollada (acerca de ella § 10, nm. 29), pretende incluir en el § 16 I como excluyente del dolo sólo el error sobre los elementos de la descripción legal de la conducta, en tanto que un “error sobre el menoscabo merecedor de pena del fin de protección de la norma”, aunque se trata también de un error de tipo, ha de ser tratado como error de prohibición según el § 17²²². Sin embargo, ello ha de rechazarse. El error sobre circunstancias que determinan el tipo de injusto debe ser tratado siempre de

²²⁰ De otra opinión al respecto Engisch, Mezger-FS, 1954, 133: “Se puede ser consciente tb. de circunstancias y procesos internos y acogerlos en la voluntad.” Esto es correcto; sólo que de ahí no se deriva que el legislador lo exija.

²²¹ Acerca de la concepción parcialmente discr. de Frisch, 1983, cfr. más arriba nm. 49 ss.

²²² Sax, JZ 1976, 429 ss.

igual modo, porque cualquiera de estos errores oculta al sujeto en igual medida el sentido social de su conducta ²²³.

117 Si el sujeto yerra sobre circunstancias que pertenecen al tipo legal, no hay dolo (§ 16 I 1) y sólo puede plantearse ya la punibilidad por delito imprudente (§ 16 I 2), siempre y cuando ésta esté conminada con pena en el delito de que se trate ²²⁴. En el error sobre elementos cualificantes se mantiene sin embargo la punibilidad por la realización dolosa del tipo básico: Si p.ej. el coautor de un hurto no sabe que un compinche porta un arma, está entonces excluido su dolo respecto del § 244 I n.º 1; pero sigue siendo responsable penalmente como autor de un hurto doloso del § 242.

118 Un problema específico lo constituye el llamado doble error de tipo, en el que el sujeto yerra sobre un elemento típico de manera que simultáneamente cree que se da otro; p.ej. el autor de un allanamiento de morada o local comercial (§ 123 I) toma erróneamente la morada en que entra por un local comercial, o el autor del § 274 [destrucción, deterioro u ocultación de documentos o registros técnicos] considera por error que el documento destruido es un registro técnico. Si se excluye aquí el dolo respecto del elemento ignorado por el sujeto, en relación con el elemento supuesto por el sujeto queda sólo una tentativa (en su caso impune *). Si por el contrario se atiende a que el sujeto quería realizar y ha realizado el tipo de una manera u otra, el error sería siempre irrelevante. Lo correcto será diferenciar ²²⁵: cuando las alternativas típicas sólo representan compartimentaciones de un objeto de protección unitario o de un medio de ataque (así “morada” y “local comercial” son sólo ejemplos de los “espacios cerrados sometidos a un derecho de admisión ajeno” en que piensa el legislador), el error es irrelevante. Cuando por el contrario se trata de objetos de protección o modalidades de ataque cualitativamente distintos (como sucede, en relación con el objeto de la acción, con los documentos y los registros técnicos), entonces habrá que excluir el dolo (en el ejemplo del § 274) y en correspondencia se podrá admitir solamente una tentativa ²²⁶. Tal solución es compatible con el § 16 I 1, si se conciben “las va-

²²³ Discr. tb. Sch/Sch/Cramer²⁴, § 16, nm. 9.

²²⁴ El que el error de tipo sea provocado culpablemente o no es irrelevante para la exclusión del dolo (en cambio, según OLG Celle NJW 1969, 1775, con com. de Horn, NJW 1969, 2156, un error de tipo debido al consumo alcohol no excluiría el dolo).

* La apreciación entre paréntesis de Roxin se debe a que en el StGB la tentativa sólo es punible en todos los delitos graves (Verbrechen) y en aquellos delitos menos graves (Vergehen) en que la ley lo prevea expresamente (§ 23 I StGB), siguiéndose por tanto un sistema parcialmente diferente al del CP, en que la tentativa se castiga en todos los casos de delito (no así en las faltas: art. 15.2 CP) en que sea concebible (art. 62 —con la excepción del art. 64— CP); una ulterior diferencia viene dada porque en el StGB la atenuación de la pena en la tentativa respecto del delito consumado es potestativa (§ 23 II), mientras que en el CP es siempre obligatoria, si bien la rebaja respecto a la pena del delito consumado puede oscilar entre uno y dos grados (art. 62) [N. del T.].

²²⁵ De acuerdo con Schroeder, GA 1979, 321 ss.; SK³-Rudolphi, § 16, nm. 28 d. Discusión que contribuye al avance en Kuhlen, 1987, 508 ss.

²²⁶ Discr. en esto Schroeder, GA 1979, 326 s.; Schlüchter, 1983, 111.

riantes en cuestión en su vinculación alternativa como **un** elemento (complejo) del tipo legal” ^{226a}.

En los elementos que pertenecen en parte al tipo y en parte a la culpabilidad **119** sólo pueden ser objeto de un error de tipo los componentes que conciernen al tipo. Ejemplos de esto los ofrecen los “elementos de la actitud interna impropios” ya examinados (más detenidamente § 10, nm. 79). Así v.gr., en relación con el elemento “cruelmente” (§ 211), el sujeto puede ignorar que ocasiona especiales dolores o torturas a la víctima; entonces es un error de tipo. En cambio, el ulterior elemento del concepto de crueldad, la “actitud interna insensible e inmisericorde”, pertenece a la culpabilidad y no puede ser objeto del dolo. De manera análoga hay que tratar otros elementos de la actitud interna impropios como “alevosamente” y “brutalmente”.

b) El error sobre circunstancias atenuantes de la pena * según el § 16 II

El § 16 II adopta una regulación específica para el error sobre circunstancias privilegiantes del hecho: “Quien en la comisión del hecho supone erróneamente circunstancias que realizarían el tipo de una ley más benigna sólo puede ser castigado por comisión dolosa según la ley más benigna.” BGHSt 24, 168, ofrece un ejemplo: si alguien rapta a una muchacha menor de edad contra su voluntad y la de sus padres para someterla a actos sexuales extraconyugales, tal conducta es en su caso punible como caso especialmente grave del § 235 II (¡prisión de hasta diez años!). Si el sujeto supone sin embargo erróneamente que la muchacha está de acuerdo en todo, sólo se le castigará, según el § 16 II, por el § 236 (hasta cinco años de prisión). Ello se corresponde con la idea en la que también se basa el § 16 I: a cada cual sólo debe hacerse responsable por el injusto cometido como autor doloso hasta donde hayan abarcado su saber y su querer ²²⁷. Pero el tenor literal del § 16 I no aseguraría este resultado

^{226a} Warda, Stree/Wessels-FS, 1993, 284 y passim, donde tb. se clasifican por grupos de casos de manera muy útil “los criterios materiales de irrelevancia del error sobre alternativas típicas” (279-283). Warda señala además con acierto que los errores sobre alternativas típicas han de tratarse según las reglas generales del error, en cuanto se deben a una *aberratio ictus* o a un error de subsunción (271-273).

* Se ha traducido “strafmildernde Umstände” como “circunstancias atenuantes de la pena”, es decir, escogiendo el significado literal de “Umstand”, “circunstancia”, en vez del de “elemento”, que se ha utilizado a veces (combinado con el otro) a lo largo de la presente traducción. Aquí se opta por “circunstancia” porque resulta más adecuado para traducir a continuación el § 16 II StGB (precepto que no tiene, por cierto, parangón en el CP), pero se ha de advertir contra la identificación de tales “circunstancias atenuantes” con las circunstancias atenuantes genéricas del art. 21 CP (con las que sólo guardan semejanza algunas de las citadas en el § 46 II StGB —aunque con efectos no tan tasados como en el art. 66 CP—). Por tanto, en el StGB “circunstancias atenuantes” serían en general todos los elementos de atenuación o privilegio que aparecen en distintos preceptos de la Parte especial, como se deduce de la propia redacción del citado § 16 II (si bien se verá que Roxin y otros autores sólo estiman aplicable éste a los elementos de atenuación del injusto y no de la culpabilidad), que se traduce a continuación en el texto [N. del T.].

²²⁷ Cfr. más detenidamente Warda, Jura 1979, 113 s.

en los casos de suposición errónea de elementos privilegiantes, porque la representación del tipo más benigno (aquí: § 236) no excluye el dolo respecto del tipo básico simultáneamente realizado (§ 235). El § 16 II deja por ello claro que el hecho sólo debe ser sancionado mediante el tipo más benigno. Como ulteriores ejemplos se mencionan ²²⁸: el caso del funcionario que percibe en beneficio propio pagos excesivos, que toma erróneamente por tasas, de modo que sólo puede ser castigado por el § 352, más beneficioso, en vez de por el § 263; o el ejemplo del obligado al servicio militar que se mutila, pero que había puesto sus miras sólo en la provocación de una incapacidad parcial para el servicio militar y por ello sólo puede exigírsele responsabilidad por el § 109 II en vez de por el más severo § 109 I ²²⁹.

121 No está regulado legalmente el caso inverso de que concurra objetivamente un elemento de atenuación del injusto, pero que el sujeto no lo sepa. Aquí parece adecuado, invirtiendo la regla del § 16 II, castigar al sujeto por el delito consumado más benigno en concurso ideal con una tentativa del delito más grave (siempre y cuando la tentativa sea punible ²³⁰). Por tanto, si en el caso de la sentencia BGHSt 24, 168, el sujeto considerara erróneamente que no se daba el asentimiento existente de la muchacha, concurrirían —a pesar del § 16 I— un supuesto consumado del § 236 y una tentativa (impune) del § 235; si el sujeto quiere inhabilitarse totalmente para el servicio militar, pero sólo lo consigue parcialmente, el mismo sería penalmente responsable por delito consumado del § 109 II y por tentativa del § 109 I. Ello se corresponde con el principio de que la imputación del injusto al tipo objetivo sólo puede llegar hasta donde efectivamente se haya realizado.

122 No se podrá en cambio acudir al § 16 II allí donde con frecuencia se estima que está su principal sector de aplicación: en el ámbito de los elementos que disminuyen la culpabilidad ²³¹. Con cierta frecuencia se cita como ejemplo académico el caso ²³² de una madre que considera extramatrimonial a su hijo y mata al niño inmediatamente después del parto. Se deduciría entonces del § 16 II que no se castiga a la misma por el § 212, sino por el § 217 [infanticidio]. Sin embargo el § 217 no afecta al tipo y al injusto, sino solamente a la culpabilidad del homicidio: el legislador presume de manera irrefutable que la conmoción provocada por el proceso del parto, en unión con el temor a las consecuencias que podrían derivarse del carácter extramatrimonial del hijo,

²²⁸ Cfr. Franke, JuS 1980, 174.

²²⁹ De todas formas el § 16 I ya conduciría aquí tb. a este resultado, porque el dolo no se dirige a la provocación de inidoneidad completa para el servicio militar.

²³⁰ Así tb. Sch/Sch/Cramer²⁴, § 16, nm. 28; SK⁵-Rudolphi, § 16, nm. 28 b; Jescheck, AT⁴, § 29 V 5 b; discr. Lackner²⁰, § 16, nm. 7, quien pretende que no se aprecie el privilegio.

²³¹ Como aquí Küper, GA 1968, 321 ss.; Franke, JuS 1980, 172 ss.; SK⁵-Rudolphi, § 16, nm. 28 a; de otra opinión Sch/Sch/Cramer²⁴, § 16, nm. 26; Lackner²⁰, § 16, nm. 6; LK¹⁰-Schroeder, § 16, nm. 70.

²³² Así todavía en Warda, Jura 1979, 113 ss.; tb. Sch/Sch/Cramer²⁴, § 16, nm. 26 s.

disminuyen la culpabilidad de la madre, y la castiga por ello de manera atenuada. Si se parte de lo anterior, hay que interpretar desde un principio subjetivamente el § 217 en el sentido de que lo relevante no es el carácter extramatrimonial objetivo, sino sólo su suposición subjetiva. La reducida punibilidad de la madre que cree en el carácter extramatrimonial del hijo se deriva inmediatamente por tanto del § 217 y no de la aplicación del § 16 II, que no es necesaria y que tampoco sería de ningún modo posible. Pues el § 16 trata según su tenor literal exclusivamente el error sobre circunstancias del hecho que pertenecen al tipo legal (§ 16 I) o realizan el tipo de una ley más benigna (§ 16 II); los elementos de la culpabilidad no pertenecen sin embargo al tipo. Ciertamente es indiferente en cuanto al resultado que en el caso del ejemplo la punibilidad de la madre según el § 217 se derive de la interpretación de este precepto o de la aplicación del § 16 II. Pero la diferencia práctica de ambas construcciones se muestra en la constelación inversa, en que la madre que mata inmediatamente después del parto a su hijo objetivamente extramatrimonial lo considera equivocadamente matrimonial. Dado que el § 217 privilegia las consecuencias psíquicas del carácter extramatrimonial del hijo, que aquí no se dan, procede el castigo por hecho consumado del § 212 (no del § 217 en unión con una tentativa del § 212, como se derivaría de una inversión del § 16 II en el caso de suposición errónea de un elemento del injusto) ²³³.

También la disposición del § 216 (homicidio a petición de la víctima) hay **123** que interpretarla correctamente como un caso de culpabilidad atenuada ²³⁴, pues la ley no se fija en la manifestación de la petición de la víctima, sino en la motivación por la misma del autor, y tiene en cuenta en favor suyo la piedad y la voluntad de ayudar de quien actúa. Por ello lo único importante para el § 216 es la representación del autor de la petición de la víctima, y el § 16 II resulta tan inaplicable como en el caso del § 217. Aún más claramente inaplicable es el § 16 II cuando la interpretación subjetiva de los elementos que atenúan la culpabilidad no se deriva sólo de su sentido, sino ya de su tenor literal, como v.gr. en el § 157 (“para evitar el peligro... de ser penado”). En resumidas cuentas, el § 16 II posee por tanto sólo un muy reducido ámbito de aplicación. Sólo en la aplicación analógica del § 16 adquiere también su ap. 2 una significación algo mayor (cfr. nm. 128).

c) La aplicación analógica del § 16

aa) Con cierta frecuencia el sujeto yerra sobre los objetos externos de **124** referencia de los elementos de ánimo o intención. Así sucede que alguien que realiza el tipo objetivo del hurto no considera apropiación su conducta o bien

²³³ Así tb. SK⁵-Rudolphi, § 16, nm. 28 b; Sch/Sch/Cramer²⁴, § 16, nm. 28.

²³⁴ Muy discutido; cfr. en favor de la opinión aquí defendida Franke, JuS 1980, 173 s.; LK¹¹-Roxin, § 30, nm. 43.

yerra sobre la antijuridicidad de la apropiación perseguida; o en el caso del § 263 el sujeto contempla como no antijurídico el enriquecimiento o lucro pretendido. La doc. ampliamente dom. pretende aplicar inmediatamente el § 16 I a tales casos, por cuanto que la misma trata la apropiación antijurídica o el enriquecimiento como elemento del tipo objetivo ²³⁵. Ello no es correcto, en cuanto que no es preciso que los objetos de referencia de tales ánimos, intenciones o propósitos se den objetivamente, sino que sólo han de ser abarcados por la intención o el dolo (cfr. nm. 9) del sujeto. Si el sujeto yerra sobre ellos de manera relevante, desaparece el propio ánimo o intención de que se trate, pero no el dolo en relación con el tipo objetivo ²³⁶.

125 El § 16 I puede sin embargo aplicarse analógicamente en los casos de errores sobre los elementos objetivos de las características subjetivas. Al respecto surgen también aquí precisamente los difíciles problemas del error sobre elementos normativos y circunstancias de valoración global del hecho. Si p.ej. alguien que ha sustraído un libro ajeno quiere devolverlo muchísimo tiempo después y cree por ello que no se ha pretendido una “apropiación” en el sentido del § 242, el juez afirmará no obstante el ánimo o intención de apropiación antijurídica. Pues el sujeto se ha percatado perfectamente de que desposee según parámetros económicos al propietario de manera permanente; si no interpreta esto como apropiación, se trata de un mero error de subsunción. Si por el contrario el sujeto quiere devolver al día siguiente la cosa que sustrae y lo olvida, entonces por analogía con el § 16 I queda excluido el ánimo o intención de apropiación y por tanto la punibilidad por el § 242.

126 Aún más difícil resulta el caso de los errores sobre la antijuridicidad de la apropiación y del enriquecimiento o lucro. Así la doc. dom. parte de que la existencia de una pretensión o derecho vencido y exigible y no sometido a recurso a la recepción de una determinada cosa excluye la antijuridicidad de la apropiación y por tanto también el ánimo o intención a ella dirigidos. Si el sujeto quiere sustraer tal cosa, a la que tiene derecho, y la confunde con otra que no le corresponde, queda excluido entonces por analogía al § 16 I el ánimo (o intención) de apropiación antijurídica, porque el ánimo (o intención) de quien actúa sólo se dirige a una apropiación conforme a Derecho. El ánimo (o intención) exigido en el § 242 está también excluido cuando el sujeto, debido sólo a consideraciones jurídicas erróneas, creía tener una pretensión o derecho vencido y exigible a la cosa sustraída; pues tampoco en una “valoración paralela en la esfera del profano” ha comprendido en tal caso que quería apropiarse antijurídicamente de la cosa ²³⁷. Si por el contrario el sujeto sabe que

²³⁵ Cfr. p.ej. Maurach/Schroeder, BT/1⁶, 1977, § 34 III C, antes del 1: “Igual que en la estafa, la antijuridicidad del desplazamiento de la propiedad o el patrimonio es un elemento del tipo objetivo tb. en el hurto” (distinto sin embargo ahora en BT/1⁷, 33/56).

²³⁶ Cfr. Warda, Jura 1979, 77; Maurach/Schroeder, BT/1⁷, 33/56.

²³⁷ Así tb. BGHSt 17, 87; BGH GA 1966, 211; 1968, 121.

su derecho no es exigible o que está sometido a recurso y pese a ello cree poder apropiarse de la cosa, entonces se equivoca exclusivamente sobre la antijuridicidad del conjunto del hecho y se encuentra en un error de prohibición; en relación con la antijuridicidad de la apropiación concurre sólo un error de subsunción (irrelevante), porque el sujeto ha conocido todo lo que el legislador exige para la misma. La “antijuridicidad” de la apropiación (y de manera análoga del enriquecimiento o lucro en el § 263) es por tanto un elemento de valoración global del hecho en el marco del tipo subjetivo, y ha de ser tratado según las reglas que rigen para los elementos análogos del tipo objetivo.

bb) La aplicación analógica del § 16 I procede además en los casos de **127** errores sobre circunstancias que el legislador denomina ejemplos-regla para casos especialmente graves (como en el § 243 [casos especialmente graves de hurto]). Tales ejemplos-regla no son elementos típicos, porque no vinculan obligatoriamente al juez a un determinado marco penal: cuando concurre uno de los ejemplos mencionados en el § 243 I n.ºs 1-6, el juez puede aún desestimar la apreciación de un caso especialmente grave, del mismo modo que puede, a la inversa, admitir también la concurrencia de uno de ellos cuando no se da ninguno de los casos mencionados. No obstante sólo es adecuado fundar un caso especialmente grave en la concurrencia de uno de los ejemplos mencionados en el § 243 cuando el mismo fue abarcado en todos sus elementos por el saber y el querer del sujeto. Por tanto sólo se puede p.ej. imputar al sujeto como caso especialmente grave del § 243 I n.º 1 la entrada con una llave falsa cuando el mismo se ha percatado de que la llave es falsa; el que opone resistencia sólo puede ser castigado más gravemente según el § 113 II n.º 2 por provocar un peligro de muerte, cuando el mismo ha provocado ese peligro dolosamente (BGHSt 26, 180, 244), etc. Pues se deduce del principio de culpabilidad que la pena de un hecho doloso sólo puede agravarse cuando las circunstancias que determinan la agravación de la pena son abarcadas por el saber y el querer del sujeto.

También el § 16 II ha de aplicarse analógicamente en esa medida. Por tanto si el sujeto **128** considera erróneamente de escaso valor la cosa por él hurtada dándose los requisitos del § 243 I, entonces sólo puede ser castigado por el § 242. Para el caso inverso no regulado legalmente de que el sujeto tome por valiosa según los requisitos del § 243 I una cosa objetivamente de escaso valor rigen asimismo de manera análoga los principios desarrollados más arriba (nm. 121): debido al menor desvalor del resultado, se ha de acudir también aquí por tanto sólo al § 242 ²³⁸.

cc) Además hay que aplicar también analógicamente el § 16 II a aquellas **129** circunstancias que fundamentan un caso especialmente grave no ilustrado mediante ejemplos (v.gr. en los §§ 263 III y 266 II). Por tanto si p.ej. la especial

²³⁸ Ambas constelaciones son sumamente discutidas. Como aquí: Jescheck, AT⁴, § 29 V 5 b, c. Exhaustivamente y con ulteriores referencias Zipf, Dreher-FS, 1977, 396 ss., quien rechaza la aplicación analógica del § 16 II y afirma ya la procedencia del § 243 cuando el sujeto habría podido advertir el elevado valor de la cosa.

gravedad del caso en una estafa o en un delito de gestión desleal se deriva de la cuantía del perjuicio irrogado, entonces el sujeto ha de haber sido consciente de la cuantía del perjuicio ²³⁹. Ello se deduce, además de de las razones mencionadas en bb), también de la consideración propia del Estado de Derecho de que, de lo contrario, “el legislador podría, mediante el empleo profuso de agravaciones indeterminadas, dejar sin efecto el § 16 I 1 respecto de las circunstancias que agravan la pena” ²⁴⁰.

- 130** dd) Dado que los casos mencionados en bb) y cc) no afectan a circunstancias del tipo legal, sino a presupuestos (por supuesto significativos para la magnitud del injusto) de la medición de la pena, resulta consecuente con las reglas desarrolladas para los mismos extender con carácter general el § 16 en los delitos dolosos a los hechos cuantificadores del injusto relevantes para la medición de la pena también dentro del marco penal normal. Es verdad que el § 46 II, dentro de las circunstancias que son significativas para la medición de la pena, sólo habla de las “consecuencias del hecho provocadas culpablemente”, entre las cuales además exclusivamente se podrían contar consecuencias producidas de manera imprudente. Sin embargo, la aplicación analógica del § 16 concretaría este principio en el sentido de que en los delitos dolosos sólo se puede acudir a circunstancias para agravar la pena cuando las mismas fueron conocidas por el sujeto. Si p.ej. el sujeto ha tomado el cuadro de Picasso hurtado por la pintura barata de un aficionado, entonces el valor millonario del objeto del hurto no puede utilizarse para agravar la pena. Si el valor del objeto hurtado fuera elemento de agravación de la pena de un tipo cualificado, el dolo debería extenderse sin duda a él; no se comprende por qué ha de ser distinto cuando la agravación se produce en el marco de la medición judicial de la pena ²⁴¹. Siguiendo a Frisch ²⁴², se hace a menudo una excepción para el caso de que la situación sea análoga a la de un delito cualificado por el resultado ²⁴³. Si p.ej. la víctima de una extorsión se suicida, debería poderse imputar, en aplicación analógica del § 18, esta consecuencia al sujeto para agravar la pena incluso cuando éste no había pensado en ella, sino que sólo podría haber pensado en ella. Sin embargo no existe motivo suficiente para tal excepción ²⁴⁴. Pues la misma no rige tampoco (cfr. nm. 127) para los ejemplos-regla análogos (como el § 113 II n.º 2); dado que las cualificaciones por el resultado son siempre la excepción, sólo se debe acudir al § 18 cuando el legislador lo dispone expresamente.

²³⁹ Así tb. BGH MDR (H) 1978, 623, respecto del § 263; Warda, Jura 1979, 288; Baumann/Weber, AT⁹, § 27 I 1 d α.

²⁴⁰ Baumann, AT⁸, § 27 I 3 b; similar Baumann/Weber, AT⁹, § 27 I 1 d α.

²⁴¹ Así tb. en principio la doc. hoy mayor.

²⁴² Frisch, GA 1972, 321 ss.

²⁴³ Así v.gr. Jescheck, AT⁴, § 29 II 3 b; Bruns, StrafZurR, ²1974, 423 ss.; SK⁵-Horn, § 46, nm. 68 ss.; Warda, Jura 1979, 288 s.

²⁴⁴ Así tb. Sch/Sch/Cramer²⁴, § 15, nm. 31; Sch/Sch/Stree²⁴, § 46, nm. 26 s.

ee) Finalmente el § 16 I rige análogicamente también en los casos de suposición errónea **131** de circunstancias justificantes, como por ejemplo una situación de legítima defensa. Sin embargo esta constelación sumamente discutida sólo podrá ser examinada más detenidamente en el marco de la teoría del injusto (cfr. § 14, nm. 51 ss.).

d) Errores que han de tratarse conforme a otras reglas

132

aa) Fuera del § 16 quedan en primer lugar todos los errores que afectan a la antijuridicidad y a la culpabilidad. Mientras que un error sobre los presupuestos objetivos o materiales de la antijuridicidad está aún sometido a la aplicación analógica del § 16 I (cfr. nm. 82 s. e *infra* § 14, nm. 51 ss.), un error que afecta exclusivamente a la antijuridicidad del conjunto del hecho es siempre un error de prohibición que únicamente debe ser tratado conforme al § 17 (cfr. nm. 82 s. e *infra* § 21). Esto rige también cuando una disposición penal —de manera en sí misma superflua— contiene expresiones como “antijuridicamente” (p.ej. § 303), “de modo contrario a Derecho” (p.ej. § 239) o “sin autorización” (p.ej. § 168) (cfr. más detenidamente y restrictivamente en casos concretos § 10, nm. 30 s., 45 ss.), cuando al sujeto le ha quedado oculta la antijuridicidad a consecuencia de un error de subsunción relativo a una circunstancia concreta del hecho (nm. 85 ss.) o cuando un error sobre elementos de valoración global del hecho afecta exclusivamente a la valoración del conjunto del hecho (nm. 89 ss.). También hay que solucionar sin recurrir al § 16 los problemas que se suscitan en los errores en el ámbito de la culpabilidad. El § 35 II ha adoptado para el error sobre la situación de estado de necesidad disculpante una regulación específica, que enlaza con el tratamiento del error de prohibición. Otros errores relevantes para la culpabilidad sobre circunstancias objetivas tienen la mayoría de las veces el efecto de excluir inmediatamente el mismo elemento de la culpabilidad de que se trate (v.gr. los “móviles bajos” en el § 211) (cfr. también ya nm. 119 y, acerca del error sobre los presupuestos del § 217, nm. 122). Los pormenores se examinarán en conexión con el tratamiento de la culpabilidad (más abajo §§ 19 ss.).

bb) No existe posibilidad de aplicar el § 16 tampoco a los errores sobre **133** condiciones objetivas de punibilidad o causas personales de exclusión de la punibilidad, que han de considerarse irrelevantes para el dolo. Si por tanto, en un delito de los §§ 102-104 [delitos contra Estados extranjeros], alguien cree erróneamente que falta la garantía de reciprocidad del § 104 a, ello no tiene influencia alguna en su punibilidad, porque la “garantía”, igual que los demás requisitos del § 104 a, no es una circunstancia del hecho, sino una condición objetiva de punibilidad. Del mismo modo, un parlamentario no puede alegar, frente a la acusación por injurias o maledicencia o difamación no a sabiendas, que creyó hacer sus manifestaciones en una comisión parlamentaria. En efecto esto sería, si realmente fuera así, una causa personal de exclusión de la punibilidad (§ 36); pero la suposición errónea de circunstancias que sólo excluyen la punibilidad no exculpa. Naturalmente también en este ámbito hay cosas discutidas; los pormenores sólo pueden ser examinados más detenidamente al tratar de las condiciones objetivas de punibilidad y las causas personales de exclusión de la punibilidad (*infra* § 23).

También es irrelevante el error sobre condiciones de procedibilidad, como **134** v.gr. la necesidad de querrela. La suposición errónea por parte de un sujeto de que “el hecho por él cometido es sólo perseguible mediante denuncia es tan irrelevante como, a la inversa, en un delito perseguible mediante denuncia, su creencia de que no es necesaria la denuncia” (BGHSt 18, 125).

III. La imputación al dolo en las desviaciones del curso causal

Bibliografía: Weber, Über die verschiedenen Arten des Dolus, Neues Archiv des Criminalrechts 7 (1825), 551; Geyer, Zur Lehre vom dolus generalis und vom Kausalzusammenhang, GA 1865, 239; Geyer, Dolus generalis und Kausalzusammenhang, 1889; Klee, Bericht über die Rechtsprechung des Strafsenats des Kammergerichts, GA 1919, 116; Engisch, Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht, 1930; H. Mayer, Das Problem des sogenannten dolus generalis, JZ 1956, 109; Oehler, Zum Eintritt eines hochgradigen Affekts während der Ausführungshandlung, GA 1956, 1; Bemann, Zum Fall Rose-Rosahl, MDR 1958, 817; Noll, Tatbestand und Rechtswidrigkeit: Die Wertabwägung als Prinzip der Rechtfertigung, ZStW 77 (1965), 1; Maiwald, Der "dolus generalis". Ein Beitrag zur Lehre von der Zurechnung, ZStW 78 (1966), 30; Noack, Tatverlauf und Vorsatz, 1966; Loewenheim, Error in objecto und aberratio ictus, JuS 1966, 310; Horn, Actio libera in causa - eine notwendige, eine zulässige Rechtsfigur, GA 1969, 289; Backmann, Die Rechtsfolgen der aberratio ictus, JuS 1971, 113; Hillenkamp, Die Bedeutung von Vorsatzkonkretisierungen bei abweichendem Tatverlauf, 1971; Geilen, Zur Problematik des schuldausschließenden Affekts, Maurach-FS, 1972, 173; Geilen, Sukzessive Zurechnungsunfähigkeit, Unterbringung und Rücktritt, JuS 1972, 73; Jakobs, Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt, 1972; v. Scheurl, Rücktritt vom Versuch und Tatbeteiligung mehrerer, 1972; Backmann, Grundfälle zum strafrechtlichen Irrtum, JuS 1972, 196, 326, 452, 649; 1973, 30, 299; 1974, 40; Herzberg, Aberratio ictus und abweichender Tatverlauf, ZStW 85 (1973), 867; Rudolphi, Recens. de Hillenkamp, Die Bedeutung von Vorsatzkonkretisierungen bei abweichendem Tatverlauf (1971), ZStW 86 (1974), 89; Schönemann, Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte, JA 1975, 435, 511, 575, 647, 715, 787; Roxin, Gedanken zum "dolus generalis", Würtenberger-FS, 1977, 109; Wolter, Irrtum über den Kausalverlauf und Relevanztheorie, GA 1977, 257; Wolter, Der Irrtum über den Kausalverlauf als Problem objektiver Erfolgszurechnung - zugleich ein Beitrag zur versuchten Straftat sowie zur subjektiven Erkennbarkeit beim Fahrlässigkeitsdelikt, ZStW 89 (1977), 649; Krümpelmann, Die strafrechtliche Behandlung des Irrtums, ZStW-Beiheft 1978, 6; Alwart, Die Geschichte von dem Zimmermann Schliebe, dem Gymnasiasten Ernst Harnisch, dem Holzhändler Rosahl und von dem Arbeiter namens Rose, JuS 1979, 351; Schroeder, Der Irrtum über Tatbestandsalternativen, GA 1979, 321; Bottke, Anmerkungen zu Puppe, Zur Revision der Lehre vom "konkreten" Vorsatz und der Beachtlichkeit der aberratio ictus, GA 1981, 1, JA 1981, 346; Herzberg, Aberratio ictus und error in objecto, JA 1981, 369, 470; Puppe, Zur Revision der Lehre vom "konkreten" Vorsatz und der Beachtlichkeit der aberratio ictus, GA 1981, 1; Wolter, Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem, 1981; Yamanaka, Von dem Irrtum über den Kausalverlauf etc., Kansai University Review 1981, 36; Hruschka, Die Herbeiführung eines Erfolges durch einen von zwei Akten bei eindeutigen und mehrdeutigen Tatsachenfeststellungen, JuS 1982, 317; Yamanaka, Ein Beitrag zum Problem des sog. "dolus generalis", Kansai University Review 1982, 1; Prittwitz, Zur Diskrepanz zwischen Tatgeschehen und Tätervorstellung, GA 1983, 110; Wolter, Vorsätzliche Vollendung ohne Vollendungsvorsatz und Vollendungsschuld? Zugleich ein Beitrag zum "Strafgrund der Vollendung", Lefferenz-FS, 1983, 545; Puppe, Der objektive Tatbestand der Anstiftung, GA 1984, 101; Wolter, Objektive und Personale Zurechnung zum Unrecht. Zugleich ein Beitrag zur aberratio ictus, en: Schönemann (ed.), Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, 1984, 103 [= El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales, trad. e intr. de J. M. Silva Sánchez, Madrid, Tecnos, 1991, 108]; Janiszewski, Zur Problematik der aberratio ictus, MDR 1985, 533; Arth. Kaufmann, Das Unrechtsbewußtsein in der Schuldlehre des Strafrechts, 1985; Schreiber, Grundfälle zu "error in objecto" und "aberratio ictus" im Strafrecht, JuS 1985, 873; Warda, Zur Gleichwertigkeit der verwechselten Objekte beim error in objecto, Blau-FS, 1985, 159; Driendl, Irrtum oder Fehlprognose über abweichende Kausalverläufe, GA 1986, 253; Moojer, Die Diskrepanz zwischen Risikovorstellung und Risikoverwirklichung. Ein Beitrag zur Diskussion über Kausalabweichung und aberratio ictus, tes. doct. Berlin, 1986; W. Frisch, Tatbestandsmäßiges Verhalten, 1987; Kuhlen, Die Unterscheidung von vorsatzausschließendem und nichtvorsatzausschließendem Irrtum, 1987; Puppe, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Irrtümer bei der Ausübung

der Notwehr und für deren Folgen, JZ 1989, 728; Silva Sánchez, *Aberratio ictus* und objektive Zurechnung, ZStW 101 (1989), 352 [= “*Aberratio ictus*” e imputación objetiva, ADPCP 1984, 347]; Hettinger, Die Bewertung der “*aberratio ictus*” beim Alleintäter, GA 1990, 531; Struensee, Verursachungsvorsatz und Wahnkausalität, ZStW 102 (1990), 21 [= Dolo de causar y causalidad putativa, trad. J. L. Serrano González de Murillo, ADPCP 1990, 933]; Müller, Das Urteil des BGH zu Anstiftung und “*error in persona*”, MDR 1991, 830; Hruschka, Der Standardfall der *aberratio ictus* und verwandte Fallkonstellationen, JZ 1991, 488; Streng, Die Strafbarkeit des Anstifters bei *error in persona* des Täters, JuS 1991, 910; Geppert, Zum “*error in persona vel obiecto*” und zur “*aberratio ictus*” etc., Jura 1992, 163; Hettinger, Der sog. *dolus generalis*: Sonderfall eines “*Irrtums über den Kausalverlauf*”?, Spindel-FS, 1992, 237; Mayr, *Error in persona vel obiecto* und *aberratio ictus* bei der Notwehr, 1992; Puppe, Vorsatz und Zurechnung, 1992; Rath, Zur strafrechtlichen Behandlung der *aberratio ictus* und des *error in obiecto* des Täters, 1992; Roxin, *Rose-Rosahl redivivus*, Spindel-FS, 1992, 289; Schlehofer, Der *error in persona* des Haupttäters - eine *aberratio ictus* für den Teilnehmer?, GA 1992, 307; Stratenwerth, Objektsirrtum und Tatbeteiligung, Baumann-FS, 1992, 57; Weßlau, Der Exzeß des Angestifteten, ZStW 104 (1992), 105; Bemann, Die Objektsverwechslung des Täters in ihrer Bedeutung für den Anstifter, Stree/Wessels-FS, 1993, 397; Lund, Mehraktige Delikte, 1993.

1. Desviaciones habituales del curso causal

Según la concepción expuesta, el curso causal concreto es una circunstancia **135** del hecho con la consecuencia de que el dolo debe extenderse a él. En el ejemplo académico ya frecuentemente utilizado de que A dispara con dolo de matar sobre B, pero éste sólo resulta herido de manera poco peligrosa y perece víctima de un incendio durante el tratamiento de la herida en el hospital, resulta que el modo concreto de realización del resultado no fue abarcado por la representación del sujeto, de manera por tanto que falta el dolo según el § 16 I; en cambio, el curso causal que fue abarcado por el dolo se ha quedado detenido a medio camino, de manera que el sujeto sólo puede ser castigado por tentativa de homicidio. Sin embargo, la op. tradicional no consideró nunca objeto del dolo todos los pormenores del curso causal ²⁴⁵ —que nadie puede prever—, sino sólo sus “rasgos esenciales”, de modo que las desviaciones inesenciales no afectarían al dolo. Un resumen preciso de esta doctrina, que es dominante hoy todavía en la jurisprud., se encuentra p.ej. en BGHSt 7, 329: “El dolo debe extenderse al curso del suceso... Dado que... no se pueden prever todos los pormenores del curso de un suceso, las desviaciones respecto del curso representado por lo regular no excluyen el dolo cuando se mantienen aún dentro de los límites de lo previsible según la experiencia general de la vida y no justifican otra valoración del hecho.”

En la ciencia se ha impuesto mayoritariamente entre tanto la opinión de **136** que esa concepción es incorrecta en su fundamentación ²⁴⁶. Sin embargo se

²⁴⁵ Así sin embargo todavía últimamente Herzberg, ZStW 85 (1973), 867 ss.; en contra Wessels, AT²³, § 7 IV 3; Roxin, Würtenerberger-FS, 1977, 111 s., 116. Herzberg ha abandonado esta opinión en JA 1981, 369 ss., 470 ss.

²⁴⁶ Cfr. al respecto § 11, nm. 37 y (con ulteriores referencias) 59 ss. Concepciones nuevas similares a la opinión aquí defendida, pero autónomas, ofrecen Jakobs, AT², 8/64 ss. (crít. al respecto Frisch,

puede mantener todavía (sobre todo en la jurisprudencia) por la razón de que facilita siempre resultados correctos. Pues en efecto p.ej. en el caso del hospital (nm. 135) hay que apreciar sólo una tentativa de homicidio. La razón no es sin embargo primariamente la exclusión del dolo, sino que ya objetivamente no es posible la imputación del resultado en un curso causal que se mueve fuera de lo previsible: falta entonces ya en el tipo objetivo una acción de matar, de modo que sólo queda desde un principio una tentativa (fracasada o fallida) (cfr. § 11, nm. 59 ss.). A la teoría del error no le incumben por tanto los cursos causales imprevisibles. BGHSt 38, 34, plantea ahora por primera vez la cuestión de si el problema “de la desviación del curso causal respecto del representado posee únicamente relevancia desde el punto de vista del dolo (así la jurisprudencia y la hasta ahora op. dom...) o si ya hay que poner en duda la imputación objetiva”, pero deja “pendiente” la respuesta (porque no era decisiva para el resultado).

- 137** Pero tampoco ofrece, lo que todavía no ha sido reconocido con carácter general, clave alguna para el tratamiento de las desviaciones inesenciales pre-
visibles²⁴⁷. Cuando A tira a B al agua desde un puente alto con dolo de matar, pero éste no muere ahogado, como se había representado A, sino por el choque contra la base del pilar del puente, se cumple el tipo objetivo del § 212, porque esta clase de muerte es una consecuencia adecuada del peligro creado por A y puede serle imputada por tanto como obra suya (cfr. § 11, nm. 60 ss., con ulteriores referencias). Si, siendo esto así, admitimos simultáneamente que se ha cumplido también el tipo subjetivo y que A ha cometido un homicidio doloso consumado, entonces resulta una fundamentación aparente (por cierto habitual) decir que A no ha contado con el choque contra el pilar del puente, pero que sin embargo ha previsto “en lo esencial” el curso causal y por tanto ha actuado dolosamente. Pues lo decisivo es únicamente si la desviación es “esencial” o “inesencial”. Se trata aquí, como en el problema correspondiente en el ámbito del tipo objetivo, exclusivamente de una cuestión valorativa, concretamente de hasta dónde deben ser imputadas al dolo conforme al juicio del ordenamiento jurídico las desviaciones del curso causal; el juicio sobre si una desviación del curso causal debe contemplarse como relevante o como irrelevante para la afirmación o la negación del dolo no tiene nada que ver con los procesos de conciencia en la cabeza del sujeto.

- 138** El conocimiento del curso causal no es por tanto presupuesto del dolo y su desconocimiento (se refiera a rasgos esenciales o inesenciales de este curso) no es un error de tipo que haya que tratar conforme al § 16. A los requisitos

1987, 591 ss.) y Frisch, 1987, 571 ss. Driendl, GA 1986, 252, pretende resolver los casos de desviación con los medios de la investigación de pronóstico.

²⁴⁷ Abriendo nuevas perspectivas Engisch, 1930, 72 ss.; avanzando en esa línea, entre otros, Wolter, ZStW 89 (1977), 668 ff.; Yamanaka, 1981, 46 ss.; Puppe, 1992, 21 ss. *et passim*.

de conocimiento del dolo pertenece, por el contrario, sólo la conciencia de las circunstancias que fundamentan la imputación objetiva; es decir que el sujeto ha de conocer que ha creado un peligro no permitido para el bien jurídico (a cuyo respecto el carácter no permitido ha de ser tratado nuevamente conforme a las reglas de los elementos de valoración global del hecho, cfr. nm. 89 ss.). Si pretende además la producción del resultado o al menos se resigna a ella, se dan los elementos intelectuales y volitivos del dolo. No obstante, como veremos, puede haber que negar el dolo por determinadas desviaciones del curso incluso en cursos causales adecuados (mientras que en los cursos causales inadecuados falta ya el tipo objetivo, cfr. nm. 136). Pero ésa no es ya una cuestión que afecte a la psique del sujeto, sino un problema de la imputación al dolo. Se ha de reconocer por tanto que existe no sólo la imputación al tipo objetivo, sino también al tipo subjetivo, es decir, al dolo, y que la tarea consiste en encontrar el parámetro normativo adecuado para la imputación al tipo subjetivo.

Como parámetro valorativo para la imputación al dolo se emplea aquí, como **139** ya se mencionó *supra* (nm. 6), el criterio de la realización del plan²⁴⁸, que se corresponde con el elemento de la realización del peligro como parámetro de imputación para el tipo objetivo. En su aplicación a nuestro ejemplo del pilar del puente (nm. 137) se plantea la cuestión de si se puede considerar la concreta forma de la muerte una realización del plan del sujeto. Habrá que contestar afirmativamente. Pues si A quiere matar a B tirándole del puente, es indiferente en un enjuiciamiento valorativo que la muerte se produzca por ahogarse en el agua o por fractura de cuello o cráneo al chocar. Ambas formas de morir eran posibles de antemano al lanzarle desde el puente y son equivalentes en relación con el fin perseguido por el sujeto. Por ello se puede considerar realizado con éxito el plan del sujeto a pesar de la desviación del curso causal, y se puede por tanto imputar al sujeto el resultado no sólo al tipo objetivo, sino también al dolo. Algo diferente ocurre en el caso del incendio en el hospital (nm. 135). La muerte por incendio no estaba contenida de antemano en la acción del sujeto, sino que fue sólo su consecuencia casual; por ello no es una realización del plan del sujeto. Ciertamente esta reflexión no es necesaria, porque la apreciación de un homicidio consumado fracasa ya por falta del tipo objetivo (nm. 136).

El parámetro de imputación del tipo objetivo es por tanto la realización del **140** peligro, el del subjetivo la realización del plan. En la mayoría de los casos ambos parámetros conducen al mismo resultado, de modo que una desviación

²⁴⁸ Fue introducido por mí y aplicado por vez primera a las desviaciones del curso causal en mis "Gedanken zum 'Dolus generalis'" ("Reflexiones sobre el 'dolus generalis'"), Würtenberger-FS, 1977, 189 ss. Hay reflexiones similares —en polémica con mi propuesta— ahora tb. en Herzberg, JA 1981, 369 ss., 470 ss.; Wolter, 1984, 112 ss. [= El sistema moderno, 1991, 116 ss.; N. del T.]. Crít. Frisch, 1987, 590 s., quien sin embargo reconoce un "núcleo muy plausible" en la tesis de la realización del plan (p. 612, n. 197).

del curso causal que es irrelevante para el tipo objetivo tampoco impide la imputación al tipo subjetivo. Pues las desviaciones del curso causal que “se mantienen dentro de los límites de lo previsible según la experiencia general de la vida” (BGHSt 7, 329), que se mueven por tanto dentro del terreno de desarrollo de los cursos causales normal y calculable también para sujetos dolosos, no frustran (impiden, obstaculizan) por regla general el plan del sujeto, porque se ha de contar de todos modos con ellas, y por ello tampoco la imputación al dolo. Pero ello no es necesariamente así, y por ello hay que darle la razón a la jurisprudencia cuando, junto a la adecuación del curso causal, exige además para el dolo que la desviación “no haga necesaria otra valoración del hecho” (BGHSt 7, 329). Cuando alguien, por un fanatismo religioso desviado, quiere cometer un sacrilegio y destruir la imagen de la Virgen colocada en la pared de una casa, pero sólo da a la ventana de la casa cercana a la imagen, tal desviación relativamente pequeña es plenamente previsible. El destrozo del cristal de la ventana ha de imputarse por tanto al sujeto como obra suya y cumple el tipo objetivo del § 303. Pero en una valoración objetiva (y naturalmente también según el juicio subjetivo del sujeto, que de todos modos posee al respecto una significación indiciaria) el plan del hecho ha fracasado, aunque el sujeto haya dañado la cosa que también quería dañar. Porque quería dañarla en otro sentido absolutamente distinto, que fundamenta también objetivamente “otra valoración del hecho”. Por ello resulta adecuado no imputar al dolo el resultado (la rotura del cristal de la ventana) y apreciar sólo una tentativa (punible) de daños en relación con la Virgen, unida a unos daños imprudentes (impunes) en relación con el cristal de la ventana ²⁴⁹.

- 141** La discrepancia entre imputación objetiva e imputación al dolo en las desviaciones del curso causal tendrá lugar sobre todo allí donde el menoscabo del objeto de la acción se produzca de un modo totalmente diferente al que correspondía a las intenciones del sujeto. Cuando alguien quiere eliminar mediante un veneno la capacidad de procrear de otro, pero en vez de esto provoca (de manera previsible) su ceguera, se cumple efectivamente de uno u otro modo el tipo objetivo de los §§ 224 y 225 [lesiones graves y lesiones graves de propósito, respectivamente], pero el plan ha fracasado, según un enjuiciamiento objetivo. Por tanto no se imputará al dolo (o a la intención o propósito) del sujeto la ceguera de la víctima, sino que se le castigará por una tentativa del § 225 (en relación con la capacidad de generar) unida a un hecho consumado del § 224 (por la provocación imprudente de la ceguera) ²⁵⁰. No obstante,

²⁴⁹ Así tb. en cuanto al resultado al que llegan, Herzberg, JA 1981, 472 (con fundamentación similar) y LK¹⁰-Schroeder, § 16, nm. 11 (con fundamentación discr.). Olvida tales casos Haft, AT⁵, 246, cuando dice que “no es posible” que un curso causal objetivamente imputable haya de ser subjetivamente “considerado tan esencialmente desviado del curso causal representado que el dolo del autor ya no lo abarque”.

²⁵⁰ Igualmente SK⁵-Horn, § 225, nm. 4; LK¹⁰-Schroeder, § 16, nm. 12.

nunca se puede perder de vista que la representación del sujeto sólo constituye la base de una valoración objetiva: por tanto, cuando el sujeto quiere sacarle el ojo derecho a la víctima y en vez de esto destroza el ojo izquierdo por un error en el golpe, concurre efectivamente también una desviación de la representación real del fin del sujeto, pero es irrelevante en un enjuiciamiento objetivo y está todavía dentro del plan del hecho. Si se contempla éste según un parámetro normativo como dirigido a la provocación de una ceguera parcial, el mismo ha tenido éxito pese a la desviación del curso causal. Lo que (aún) sea una realización del plan del hecho se decide por tanto siempre conforme a criterios normativos, las representaciones subjetivas del sujeto constituyen sólo la base de la valoración objetiva.

Si la desviación del curso causal no afecta al resultado, sino al modo de su **142** producción, será mucho más raro que impida la imputación al dolo. Pues los cursos causales “extravagantes (aventureros)” se resuelven ya en el tipo objetivo. Las desviaciones adecuadas del curso causal sin embargo difícilmente impedirán la imputación al dolo, porque al sujeto le importa por regla muy general el resultado y no el modo de su producción, y además una valoración objetiva otorgará menor significación a las representaciones del sujeto del curso causal que a sus representaciones del resultado; pues naturalmente en los delitos de resultado el resultado (y no el curso causal) ocupa el primer plano para la valoración jurídica. Si p.ej. A dispara sobre B con dolo de matar y éste esquiva el disparo mortal mediante un potente salto, pero al darlo se cae por la ventana y se desnuda, se imputará la muerte a A a título de dolo, aun cuando éste habría deseado que la víctima muriera por su propia (de A) mano. Pues según un parámetro normativo el plan de A de matar ha tenido, con todo, éxito, porque la producción del resultado pretendida y conseguida de manera adecuada hace aparecer como irrelevantes para la valoración las representaciones de modalidades concomitantes del sujeto. Surgen excepciones sobre todo cuando el sujeto crea dos peligros completamente distintos, mediante uno solo de los cuales quiere producir el resultado, mientras que en realidad lo produce el otro. Si p.ej. “A quiere matar en su casa de cazador con café en polvo envenenado a su novia N, que se encuentra en avanzado estado de embarazo”, pero ésta, antes de que el veneno haga efecto, se cae, de manera totalmente previsible, por la escalera defectuosa de la zona de dormitorio a la cocina ²⁵¹ y se mata, sólo se podrá apreciar una tentativa de homicidio * junto a un homicidio imprudente. Tal desenlace no puede contemplarse como re-

²⁵¹ El ej. procede de Wolter, 1981, 121, quien llega a la misma solución.

* Empleo aquí “homicidio” en sentido amplio comprensivo tb. del asesinato, que tanto en el StGB (§ 211 II) como en el CP (139.1.^a) se encuentra caracterizado (entre otras circunstancias) por la presencia de alevosía, que parece concurrir en el caso por la administración de café envenenado. Roxin habla en realidad de “Tötungsversuch”, o sea, de “tentativa de matar o de muerte” (no de homicidio, en sentido estricto —“Totschlag”— ni de asesinato —“Mord”—) [N. del T.].

alización del plan de matar, porque ésta presupone la realización adecuada de un peligro creado conscientemente por el sujeto.

- 143** La fórmula jurisprudencial mencionada en el nm. 135 acierta en cuanto que hace depender el dolo en las desviaciones del curso causal cumulativamente de las dos condiciones de que la desviación se encuentre aún en el marco de lo adecuado y de que además no sea procedente otra valoración jurídica. Lo único erróneo es la suposición, también habitual en la tradición científica, de que ambos criterios son relevantes para la negación o afirmación de un error de tipo en el marco del § 16 I. El primer criterio (adecuación o inadecuación del curso causal) es, por el contrario, una cuestión de imputación al tipo objetivo, mientras que el segundo (la valoración jurídica) afecta a la imputación objetiva al dolo. De estas dos consideraciones dogmáticas, la primera se ha impuesto entre tanto mayoritariamente también en la ciencia; la segunda todavía espera su reconocimiento, porque la doctrina científica ni siquiera se ha dado cuenta todavía de la necesidad de una imputación objetiva al dolo independiente de la teoría del error. A ello se debe también el que la ciencia no sepa hacer útil en general la exigencia del BGH de que la desviación del curso causal, para ser irrelevante, tampoco deba justificar “otra valoración del hecho”, y la mayoría de las veces la ignore tácitamente.

2. La *aberratio ictus*

- 144** La *aberratio ictus* (lat. = desviación de la trayectoria o del golpe) se refiere al caso en el que, a consecuencia de una desviación del curso causal, el resultado tiene lugar en un objeto de la acción diferente a aquel a que el sujeto quería alcanzar: A quiere matar de un disparo a B, pero en vez de a B alcanza mortalmente a C, que estaba al lado. La discusión tradicional sobre el tratamiento de este grupo de casos se mueve entre los polos de la teoría de la concreción y la de la equivalencia. Según la teoría de la concreción, que siguen la op. totalmente dom. en la literatura científica²⁵² y en principio también la jurisprud.²⁵³, el dolo presupone su concreción a un determinado objeto; si a consecuencia de la desviación se alcanza otro objeto (en el ejemplo: C), entonces falta el dolo en relación con éste. Sólo puede apreciarse por tanto una

²⁵² P.ej. Baumann/Weber, AT⁹, § 27 I 1 b ß; Blei, AT¹⁸, § 33 I 1 c; Bockelmann/Volk, AT⁴, § 14 III 3 b aa; Backmann, JuS 1971, 120; Jakobs, AT², 8/80 s.; LK¹⁰-Schroeder, § 16, nm. 9; Maurach/Zipf, AT/1⁸, 23/30 ss.; Otto, AT⁴, § 7 VI 3 b; Schmidhäuser, LB AT², 10/45; Sch/Sch/Cramer²⁴, § 15, nm. 57; Schreiber, JuS 1985, 875; SK⁵-Rudolphi, § 16, nm. 33; Stratenwerth, AT³, nm. 284; Wessels, AT²³, § 7 IV 2; Hettinger, GA 1990, 531; Hruschka, JZ 1991, 488. En lo esencial tb. Janiszewski, MDR 1985, 533 ss., y Silva Sánchez, ZStW 101 (1989), 352 ss. [= ADPCP 1984, 347 ss.; N. del T.], según el cual el dolo “ha de abarcar aquel riesgo que efectivamente se ha realizado en el resultado” (p. 377 = 374), pero se asignan distintas clases de riesgos a las distintas vidas empíricas (u otros objetos del bien jurídico) (pp. 374 s. = 371 s.).

²⁵³ RGSt 2, 335; 3, 384; 19, 179; 54, 394; 58, 27; RG GA 46 (1898/99), 132 s.; BGHSt 34, 55; OLG Neustadt NJW 1964, 311.

tentativa de homicidio respecto de B y además en su caso un homicidio imprudente respecto de C. En cambio, la teoría de la equivalencia²⁵⁴ parte de que el dolo sólo ha de abarcar el resultado típico en los elementos determinantes de su especie: A ha querido matar a una persona (B) y también ha matado realmente a una persona (C). La desviación del curso causal no tiene influencia en el dolo, debido a la equivalencia típica de los objetos, de modo que se puede apreciar un homicidio consumado.

Antes de entrar en la discusión de estas teorías hay que separar tres casos especiales de *aberratio ictus*, a los que se puede dar una solución unánime independientemente de la polémica entre opiniones. **145**

a) La *aberratio ictus* es de manera indiscutida siempre relevante cuando el objeto hacia el que se dirige la acción y el alcanzado no son típicamente equivalentes. Si A apunta a un jarrón muy valioso y en lugar de a éste alcanza mortalmente a B, que está al lado, evidentemente sólo hay que apreciar una tentativa de daños (§ 303) y, en su caso, un homicidio imprudente (§ 222). Lo mismo rige también cuando los objetos equivalen típicamente, pero respecto de aquel al que se dirige la acción concurre una causa de justificación, que no existe en relación con el alcanzado. RGSt 58, 27²⁵⁵: A quiere defenderse mediante un bastonazo frente a un agresor y alcanza, debido a un error en el golpe, a su esposa B, que no interviene en el asunto. Aquí también la teoría de la equivalencia ha de reconocer que frente al agresor concurre una tentativa de lesiones justificada, mientras que además hay que examinar si en relación con la esposa pueden apreciarse unas lesiones imprudentes. **146**

b) La *aberratio ictus* ha de excluir también la pena del delito consumado, según todas las teorías, cuando conduce a un curso causal que cae ya fuera de lo adecuado. Si A dispara sobre B, la bala no da a B, golpea en una pared, rebota y tras repetidos choques en otros objetos mata de manera totalmente imprevisible a un transeúnte a la vuelta de la esquina de la calle, desde un principio sólo se puede castigar a A, también según la teoría de la equivalencia, por tentativa de homicidio²⁵⁶. Pues si las desviaciones imprevisibles del curso causal impiden la imputación al tipo objetivo, incluso cuando el objeto al que se dirige la acción resulta finalmente alcanzado, con más razón ha de ser así cuando la desviación conduce por añadidura a la lesión de otro objeto. **147**

c) Una *aberratio ictus* excluye además, según todas las opiniones, la pena del delito consumado cuando la posibilidad de la desviación del curso causal fue abarcada por el dolo eventual del sujeto²⁵⁷. Así sucede p.ej. cuando A, al apuntar a B, ve a C, que está al lado, percibe la posibilidad de alcanzarle, pero pese a ello dispara y alcanza en efecto mortalmente a C. Entonces también la teoría de la concreción ha de admitir un homicidio consumado de C, porque **148**

²⁵⁴ En tiempos recientes: Welzel, Strafr¹¹, § 13 I 3 d; Noll, ZStW 77 (1965), 5; Loewenheim, JuS 1966, 310; Puppe, GA 1981, 1; eadem, JZ 1989, 730 ss.; Kuhlen, 1987, 479 ss.

²⁵⁵ Más detenidamente acerca de este caso Eser/Burkhardt, Strafr I⁴, caso 9.

²⁵⁶ Un caso similar trata LG München NJW 1988, 1860.

²⁵⁷ AK-Zielinski, §§ 15/16, nm. 64, pretende apreciar una imputación dolosa cuando "el curso del hecho se mantiene dentro del margen de dispersión del riesgo percibido por el sujeto"; soluciona la problemática de la desviación por tanto sirviéndose ampliamente del *dolus eventualis*.

el sujeto actuó al respecto con *dolus eventualis*. Ha de admitir un dolo alternativo, en virtud del cual, conforme a la concepción aquí desarrollada (nm. 78 ss.), junto al homicidio consumado de C habría que apreciar además una tentativa de homicidio de B. Para la teoría de la equivalencia en tal caso es consecuente castigar sólo por homicidio consumado. La alternativa, base en los demás casos de la pugna entre teorías, entre tentativa e imprudencia o consumación no se da de todos modos en esta constelación.

149 Como objeto de la polémica restan por tanto sólo los casos en que la desviación afecta a un objeto protegido de igual modo típica y jurídicopenalmente, y se mantiene dentro de lo previsible según la experiencia general de la vida, pero sin embargo no es abarcada por el *dolus eventualis* del sujeto. De la teoría del “plan del hecho” aquí desarrollada en general para las desviaciones del curso causal se deriva para esta constelación una solución que discurre entre la teoría de la concreción y la de la equivalencia, pero que en el resultado al que llega está más próxima a la teoría de la concreción ²⁵⁸. Por regla general el plan del hecho está tan ligado, también en una valoración objetiva, al objeto de la acción elegido por el sujeto, que ha de considerarse fracasado el hecho cuando no se alcanza a aquél. Si A quiere matar de un disparo en una pelea de taberna a su amigo B, pero en vez de a éste alcanza a su propio hijo C, el plan se ha frustrado, no sólo según el juicio subjetivo de A, sino también según parámetros objetivos. Ello sigue siendo válido también cuando el disparo no alcanza precisamente al propio hijo, sino a un tercero desconocido. Concorre en efecto entonces, respecto de la víctima muerta, una realización de un peligro y con ella una realización del tipo objetivo del § 212, que puede constituir la base de una condena por homicidio imprudente; pero la imputación del resultado al dolo no es posible por falta de realización del plan, de modo que en esa medida el resultado pretendido sólo puede motivar la punición por una tentativa.

150 Otra cosa sucede sin embargo cuando alguien, p.ej. para organizar un tumulto, quiere matar de un disparo a un manifestante cualquiera y alcanza mortalmente a uno distinto de aquel al que había apuntado. Porque aquí, pese a la desviación del curso causal, sigue concurriendo una realización del plan del hecho según un juicio objetivo (y a menudo también según el criterio del propio sujeto). Lo mismo rige cuando v.gr. un joven lanza bolas de nieve por travesura a los transeúntes y la bola no da a la víctima a la que ha apuntado, sino en la cara de un peatón que iba detrás de ésta ²⁵⁹. De tales ejemplos se puede extraer la regla general de que la *aberratio ictus* no excluye la imputación

²⁵⁸ Esta concepción se aplica por primera vez a la *aberratio ictus* en mi contribución a la Würtenberger-FS, 1977, 123 s.

²⁵⁹ De acuerdo Herzberg, JA 1981, 473, que llega a soluciones muy similares sobre la base de su criterio de la “consecución del objetivo”. Contra él Kühlen, 1987, 486 ss.

al dolo cuando, según el plan del hecho, la identidad de la víctima carece de relevancia; la respuesta a la pregunta de si el sujeto también habría actuado si hubiera contado con la desviación puede constituir un indicio al respecto ²⁶⁰. Se puede decir por tanto: hay que darle la razón a la teoría de la concreción en la medida en que el plan del hecho presuponga un objeto concretado; si ello no es así, rige la teoría de la equivalencia. Por consiguiente, la *aberratio ictus* no es una figura jurídica autónoma, sino sólo un caso especial de desviación del curso causal y hay que tratarla conforme a las reglas de ésta; ciertamente con el distinto resultado de que una desviación ordinaria del curso causal que se halle dentro de lo adecuado es irrelevante para el dolo en la mayoría de los casos, mientras que, a la inversa, la *aberratio ictus* excluye la mayoría de las veces la imputación del resultado al dolo.

También Hillenkamp ²⁶¹ ha propuesto una solución que discurre entre la teoría de la concreción y la de la equivalencia. Según su teoría, llamada por él "teoría de la equivalencia material", la *aberratio ictus* carecería de trascendencia para la imputación dolosa cuando "la individualidad del objeto de la agresión carece de trascendencia para la realización típica de que se trate y para el injusto" ²⁶². Tal carencia de trascendencia se produciría en todos los tipos que protegen total o prioritariamente bienes jurídicos patrimoniales, mientras que cuando el tipo sirve total o prioritariamente a la protección de bienes jurídicos altamente personales, la *aberratio ictus* excluiría la equivalencia y con ella la imputación dolosa. Esta solución está próxima en su punto de partida a la aquí defendida, pero procede de manera demasiado esquemática con la estricta bipartición entre bienes jurídicos patrimoniales y altamente personales. Es en efecto correcto que el plan del hecho requiere más un objeto de la acción individualizado en el caso de los bienes jurídicos altamente personales que en el de los patrimoniales; para el plan del hecho de quien quiere desahogar su cólera en el mobiliario de una vivienda ajena, la mayoría de las veces es objetivamente indiferente el que destroce un objeto u otro. Pero también en el caso de bienes jurídicos altamente personales puede carecer de trascendencia, aunque sea sólo excepcionalmente, la individualidad del objeto del hecho, como lo demuestran los ejemplos del nm. 150. Por otro lado, también cuando se trata de cosas el objeto concreto de la acción puede ser decisivo para el éxito del plan del hecho: a quien quiere destruir el valioso jarrón de A y en vez de al mismo alcanza el paraguas de B, que no estaba implicado en absoluto, se le debería castigar sólo por tentativa de daños ²⁶³.

Puppe ²⁶⁴ ha intentado recientemente, en el sentido de la teoría de la equivalencia, deducir la irrelevancia de la *aberratio ictus* previsible de la comparación con los casos de confusión del objeto de la acción (*error in obiecto*), que es irrelevante según la op. dom. La misma demuestra que el *error in obiecto* es, en relación con la individualidad del objeto, un error sobre el curso causal, y opina que, si éste es irrelevante, la *aberratio ictus* no debería tratarse de modo distinto. Sólo que de la similitud estructural del error no se deduce que la valoración jurídica haya de ser la misma. Por el contrario, la teoría del plan del hecho permite precisamente comprender que incluso los casos clásicos de *aberratio ictus* son susceptibles de

²⁶⁰ Cfr. Rudolphi, ZStW 86 (1974), 96 s.; Roxin, Würtenerberger-FS, 1977, 126; similar a aquí tb. Wolter, 1984, 123 ss. [= El sistema moderno, 1991, 124 ss.; N. del T.]; Bottke, JA 1981, 347.

²⁶¹ Hillenkamp, 1971.

²⁶² Aquí y en lo que sigue: Hillenkamp, 1971, 125.

²⁶³ Crít. con Hillenkamp: Rudolphi, ZStW 86 (1974), 94 ss.; Prittwitz, GA 1983, 131; Schreiber, JuS 1985, 875; Kuhlen, 1987, 485 s.

²⁶⁴ Puppe, GA 1981, 1; eadem, 1984, 120 s.; eadem, JZ 1989, 730. Crít. al respecto Hettinger, GA 1990, 531; Puppe, 1992, apoya su concepción mediante la definición del dolo como una "estrategia" idónea "para la realización del tipo".

tratamiento diferenciado, aunque la desviación, como yerro o desacierto (no alcance) del objeto al que se dirige la acción, siempre presente la misma estructura ontológica. Acerca del tratamiento del *error in obiecto*, cfr. por lo demás nm. 168 ss.

- 153** BGHSt 9, 240, se ocupa de un caso específico de *aberratio ictus*: la mujer A quería levantar sobre B sospechas, que eran infundadas, de hurto, mediante la manipulación de un escrito de busca y captura de la policía; las sospechas recayeron sin embargo, contra lo que era su intención, sobre la secretaria D, igualmente inocente. El BGH no resuelve la cuestión de la relevancia general de la *aberratio ictus* para la imputación dolosa, ya que el § 164 (acusación y denuncia falsas) concierne, junto a la protección del individuo, a la protección de la administración de justicia como tal y, en relación con este segundo bien jurídico, no se ha alcanzado a ningún otro objeto. “En cuanto que el hecho constituye un ataque a la administración de justicia, no supone diferencia esencial alguna, tampoco desde el punto de vista del sujeto, el que mediante su acción las sospechas recaigan finalmente sobre la persona sobre la que quiere levantar sospechas o sobre otra persona, sobre la que no previó que recayeran sospechas” (loc. cit., 242). Sería posible adherirse a lo anterior desde la doctrina aquí defendida, si verdaderamente, para el plan del hecho también en una valoración objetiva, sólo hubiera que tener en cuenta la protección de la administración de justicia. Pero el tenor literal del § 164 evidencia lo contrario, en cuanto que requiere que alguien levante sospechas sobre otro para provocar un procedimiento oficial “contra él” (¡y no contra un tercero cualquiera!). Si la ley exigiera sólo la intención de provocar un procedimiento oficial, entonces tendría razón el BGH. Pero como se requiere expresamente que la intención esté concretada hacia una determinada persona, el plan del hecho ha fracasado y no se ha cumplido el elemento de la intención cuando la sospecha recae sobre otra persona. Por tanto sólo concurrió una tentativa (impune) de falsa creación de sospechas ²⁶⁵.

3. El “cambio de dolo” (cambio de objeto del hecho)

- 154** El “cambio de dolo”, al que sería más correcto denominar cambio del objeto del hecho, se refiere al caso en que el sujeto, durante la ejecución de un hecho ²⁶⁶, desplaza conscientemente la dirección de su agresión de un objeto a otro. El caso desempeñó antiguamente un papel especial en el § 243, cuando éste era aún un tipo cualificado autónomo: cuando alguien penetraba mediante fuerza en un lugar para sustraer un valioso anillo, pero después se apoderaba de otro objeto, se planteaba la cuestión de si había que apreciar una tentativa de hurto con fractura externa * y un hurto simple consumado (o en su caso un robo de alimentos u objetos de uso doméstico en pequeña cantidad o de escaso valor para su uso inmediato del antiguo § 370 I n.º 5 **) o sólo un único hurto con fractura externa consumado; si alguien escalaba con dolo de

²⁶⁵ Muy discutido; como aquí Herzberg, ZStW 85 (1973), 891 s.; Krey, BT/1⁹, nm. 591 ss.; LK¹⁰-Herdegen, § 164, nm. 30; de otra opinión p.ej. Sch/Sch/Lenckner²⁴, § 164, nm. 31; SK⁴-Rudolph, § 164, nm. 32.

²⁶⁶ Hillenkamp, 1971, 5, exige que ya se haya consumado una acción típica, de manera que por regla general se presupone un delito con pluralidad de actos; no está claro sin embargo por qué ello ha de ser necesario. En profundidad acerca de esta problemática Lund, 1993, 135 ss.

* Al contrario que el CP (arts. 238 ss.), el StGB no considera actualmente robo la sustracción con ánimo de lucro o apropiación de cosas muebles ajenas mediante fuerza en las cosas, sino que considera esos supuestos, junto con otros, casos especialmente graves de hurto (§ 243 I, n.ºs 1 y 2) [N. del T.].

** Este tipo (*Mundraub*), al que llamaremos abreviadamente robo de alimentos (a veces se traduce por hurto famélico, pero esta expresión entiendo que alude a un fenómeno distinto) preveía menos pena que el hurto y, naturalmente, que el robo.

robar alimentos u objetos de uso doméstico en pequeña cantidad o de escaso valor para su uso inmediato, pero sustraía después un objeto de hurto no privilegiado, se podía discutir si había que apreciar una tentativa impune de robo de alimentos y un hurto simple consumado o en vez de esto un hurto con fractura externa consumado del § 243. La jurisprud. ha declarado invariablemente irrelevante la modificación de la dirección del dolo: "Como el Reichsgericht ha manifestado permanentemente desde la sentencia RGSt 14, 313, la circunscripción de la representación a determinados objetos es inessential para el dolo de hurto; éste sigue siendo el mismo aun cuando se reduzca, se amplíe o se modifique de cualquier otro modo en relación con el objeto del hurto en el marco de un hecho unitario" (BGHSt 9, 254).

Hillenkamp²⁶⁷ ha explicado que tales casos plantean un problema general **155** de dolo no restringido al hurto y pueden ser considerados una especie de *aberratio ictus* consciente. Si se admite esta idea, habría que estar de acuerdo por regla general con la jurisprud. desde la posición aquí defendida, al menos desde la equiparación de todos los objetos de apropiación mediante la supresión del tipo de robo de alimentos: si A derriba a golpes a la mujer B en el parque para robarle el bolso, pero después prefiere sustraer a la víctima inconsciente los pendientes más valiosos sólo posteriormente descubiertos²⁶⁸, sigue concurriendo, en una valoración objetiva, una realización del plan original del hecho dirigido al robo de objetos de valor. El concepto de cambio de dolo, empleado por Hillenkamp, no es por tanto correcto; se trata de un cambio de objeto precisamente en el marco del mismo dolo. En el caso del ejemplo no hay que apreciar por tanto una tentativa de robo más hurto, sino un único robo consumado. Esta solución se deriva de la teoría del plan del hecho con total facilidad, mientras que para la op. dom., que en la *aberratio ictus* aprecia siempre sólo una tentativa, es difícil explicar por qué tras la concreción a un determinado objeto la desviación consciente a otro no ha de tener que influir en la imputación al dolo. Es verdad que conforme a la teoría del plan del hecho no está totalmente excluido que el cambio de objeto en el marco del mismo tipo adquiera relevancia. Si se piensa en el romántico caso en que el ladrón, después de derribar a golpes a la víctima, al contemplar a la muchacha inconsciente sucumbe a su belleza, arde de amor por ella y entonces en vez de apoderarse de las cosas de valor toma sólo ya su foto de carnet, para llevarla en adelante sobre el corazón, esto no sería ya, según parámetros normativos, una realización del plan del hecho; esa conducta exigiría "otra valoración" en el sentido de la doctrina de las desviaciones del curso causal, de modo que parece adecuado apreciar sólo una tentativa de robo (respecto de la cual concurriría un desistimiento voluntario) y un simple hur-

²⁶⁷ Hillenkamp, 1971.

²⁶⁸ Caso en Hillenkamp, 1971, 6.

to-bagatela en relación con la foto. Esta constelación de casos no modifica para nada sin embargo el dato de que en los supuestos de hecho que suelen producirse en la realidad el cambio de objeto no posee trascendencia para el dolo.

- 156** Aunque el cambio de objeto del hecho y la *aberratio ictus* presentan estructuralmente grandes similitudes, los resultados tienden a ser opuestos, en cuanto que la desviación del objetivo original es por regla general relevante en la *aberratio ictus* y, por el contrario, la mayoría de las veces irrelevante en el cambio de objeto del hecho. Ello no debe hacer olvidar que también en el cambio de objeto del hecho se trata sólo nuevamente de un caso algo distinto de desviación del curso causal, que ha de enjuiciarse en cuanto a su trascendencia para el dolo conforme al mismo criterio del plan del hecho. La tendencia a resultados distintos se debe a que el cambio consciente de objeto del hecho sirve generalmente a la realización mejorada del plan original, mientras que el cambio no pretendido de objeto (la *aberratio ictus*) hace fracasar el plan la mayoría de las veces.

4. El “*dolus generalis*” y casos afines

- 157** Con el —inexacto— concepto de “*dolus generalis*” se designa desde hace mucho tiempo²⁶⁹ sucesos en dos actos, en los que el sujeto cree haber producido el resultado con la primera parte de la acción, mientras que en realidad el resultado sólo tiene lugar mediante la segunda parte de la acción, que según la representación del sujeto sólo debería servir para encubrir el hecho ya consumado anteriormente. El caso clásico es aquel en que A lesiona a B con dolo homicida, toma erróneamente por muerta a la víctima inconsciente y, para encubrir el delito, lanza el supuesto cadáver al agua, donde entonces se produce la muerte al ahogarse B. Las constelaciones de este tipo no son tan artificiales como pudiera parecer a primera vista. Aparecen en la jurisprudencia con múltiples variantes. Así el supuesto cadáver fue enterrado (DRiZ 1932, n.º 285), sumergido en un río (RGSt 70, 257), arrojado a una letrina (BGH MDR 1952, 16) o a un colector (BHGSt 14, 193) con resultado mortal, o fue colgado para simular un suicidio (OGHSt 1, 75) o expuesto al efecto de la emanación de gas (OGHSt 2, 285).
- 158** El problema en estos casos consiste en si ha de apreciarse un hecho doloso consumado o debe enjuiciarse el primer acto parcial como sólo una tentativa de homicidio, a la que a lo sumo se puede añadir un homicidio imprudente mediante la segunda parte de la acción. Hoy se reconoce que la apreciación de un hecho doloso consumado no puede, en cualquier caso, fundamentarse

²⁶⁹ Por primera vez en v. Weber, Neues Archiv des Criminalrechts 7 (1825), 576 ss.; acerca de su tratamiento del problema cfr. Maiwald, ZStW 78 (1966), 32. Instructivo acerca de la situación histórica más antigua con casos ejemplificativos históricos Yamanaka, 1982, 1 ss.

en un “dolo general” (*dolus generalis*), según el cual en casos de ese tipo “concorre un decurso unitario de la acción (homicidio encubierto), que también en la segunda parte es aún abarcado por el dolo de asesinar”²⁷⁰. El BGH dice con razón (BGHSt 14, 193) que es imposible “extender el dolo original de matar a acciones posteriores, en las que... ya no existía”, con el concepto superado en la historia del Derecho de un “dolo general”. La expresión “*dolus generalis*” se utiliza por tanto hoy ya sólo por razones de tradición para la caracterización del grupo de casos, pero no para su enjuiciamiento jurídico.

La jurisprud. más reciente llega a la admisión de un homicidio consumado, **159** en vez de por la vía anterior, apreciando una desviación inesencial del curso causal, posición que sigue la doc. dom.²⁷¹. Hay que darle la razón en cuanto que el *dolus generalis*, como los grupos de casos anteriores, sólo representa una manifestación de la desviación del curso causal²⁷². Sin embargo resulta precipitada la conclusión de que esa desviación es siempre inesencial. En primer lugar, se pasa a menudo por alto que el concreto curso causal puede estar en tales casos fuera de lo previsible, de modo que entonces ya no se realiza el tipo objetivo. Si p.ej. alguien carga a la víctima tomada por muerte en su automóvil para enterrarla en un lugar apartado y la víctima del atentado mortal, en verdad sólo inconsciente, pierde entonces la vida en un accidente de tráfico de camino al lugar de la inhumación, se podrá apreciar sólo una tentativa por el carácter “extravagante (aventurero)” del curso causal²⁷³.

Pero sobre todo, incluso cuando se realice el tipo objetivo de un delito **160** contra la vida, para la imputación al dolo habrá además que diferenciar entre si quien actúa se propuso la muerte de la víctima o si sólo se conformó con ella con agrado o a la fuerza como consecuencia accesoria²⁷⁴. Si A se propone matar a B y lo entierra estando éste inconsciente y creyéndolo muerto, de modo que muere por esta segunda acción, se habrá de contemplar el suceso, en una valoración objetiva, pese a la desviación del curso causal, como realización del plan del sujeto: A quería matar a B y además lo ha conseguido. Es verdad que la muerte se ha producido en concreto de manera algo distinta a

²⁷⁰ Así últimamente aún Welzel, Strafr¹¹, 74 [= PG, 1987, 108; N. del T.].

²⁷¹ Baumann/Weber, AT⁹, § 26 II 4 b ß; Blei, AT¹⁸, § 33 I 1 c; Bockelmann/Volk, AT⁴, § 14 III b cc (con reservas); Dreher/Tröndle⁴⁶, § 16, nm. 7; Jescheck, AT⁴, § 29 V 6 d; Lackner²⁰, § 15, nm. 11; H. Mayer, JZ 1956, 109 ss.; idem, StuB AT, 1967, 120; Sch/Sch/Cramer²⁴, § 15, nm. 58; Wessels, AT²³, § 7 IV 3; Yamanaka, 1982 (avanzando en la cuestión y con modificaciones).

²⁷² Tampoco cambia nada al respecto, contra lo que opina Hruschka, JuS 1982, 320, por el hecho de que el segundo acto no doloso sea una acción nueva del sujeto.

²⁷³ Sch/Sch/Cramer²⁴, § 15, nm. 58; Roxin, Württenberger-FS, 1977, 120; en cambio, en los “casos normales” de *dolus generalis* hay que afirmar la adecuación del curso causal (más detenidamente Roxin, loc. cit., 117 s.).

²⁷⁴ Una fundamentación exhaustiva en mis “Gedanken zum ‘Dolus Eventualis’” (“Reflexiones sobre el ‘Dolus Eventualis’”), Württenberger-FS, 1977, 109 ss. Discusiones crít. al respecto sobre todo en Yamanaka, 1982, 10 ss.; Prittwitz, GA 1983, 114 ss.; Jakobs, AT², 8/79, n. 158; SK³-Rudolphi, § 16, nm. 35, quien sin embargo en nm. 35 a se aproxima a la concepción aquí defendida.

la pensada; pero para la realización del plan de matar eso es exactamente igual de irrelevante que otras desviaciones del curso causal (p.ej. la del caso del pilar del puente, nm. 137). La valoración varía sin embargo cuando p.ej. A quiere violar a la mujer B, la estrangula para vencer su resistencia y sólo se conforma de mala gana con *dolus eventualis* con la muerte de la mujer, en cuya evitación tiene esperanzas. Si en tal situación el sujeto toma erróneamente por muerta a la mujer inconsciente, quizá realiza incluso intentos de reanimación aparentemente infructuosos y entonces la entierra con efecto letal, eso ya no es, no sólo desde el punto de vista del sujeto, sino tampoco según parámetros objetivos, la realización del plan del hecho, sino una desgracia lamentable: el plan del hecho incluía el homicidio de B sólo en tanto fuera necesario para el éxito de la violación; por lo demás el mismo estaba dirigido a la evitación de la muerte.

- 161** La apreciación de la jurisprudencia de que en los casos de *dolus generalis* concurre una desviación inesencial del curso causal es por tanto también correcta en caso de previsibilidad del curso causal sólo cuando la acción del sujeto está guiada por el ánimo o intención de matar. Incluso entonces debe hacerse aún una pequeña restricción: debe tratarse de un ánimo o intención de matar no revisado ²⁷⁵. Si A quiere matar a B, pero se arrepiente cuando ve a la víctima inconsciente tendida ante sí, abandona desde entonces su intención e intenta devolver a la víctima el conocimiento, toma erróneamente por infructuosos estos esfuerzos y en vista de ello entierra resignado a la víctima y sólo entonces la mata, el mismo ha renunciado al plan de asesinato en el estadio de la tentativa, de modo que la posterior causación de la muerte ya no puede contemplarse como realización del plan original, ya no vigente en absoluto, de matar y por tanto no puede ser ya tampoco imputada al dolo. De todos modos casi todos los supuestos de hecho de los que se ha ocupado hasta ahora la jurisprudencia han sido casos de intención no revisada de modo que el resultado coincide por tanto con la concepción aquí defendida. Sin embargo, BGHSt 14, 193, apreció para la constelación del *dolus generalis* un homicidio consumado expresamente también en caso de dolo meramente eventual del sujeto: “Pues la diferencia entre ambas clases de dolo... no modifica... el hecho de que la medida en que el verdadero curso causal se desvió de la representación del acusado es pequeña y sin trascendencia jurídica.” Esto no es de recibo: precisamente de esa diferencia depende la valoración jurídica.

- 162** Hay que rechazar por el contrario la concepción que pretende apreciar en la constelación del *dolus generalis* sin excepción sólo una tentativa y, en su caso, un hecho imprudente ²⁷⁶. La misma se apoya sobre todo en la apreciación de que el

²⁷⁵ Más detenidamente Roxin, Würtenberger-FS, 1977, 124 s.

²⁷⁶ Antiguamente sobre todo: Engisch, 1930, 72; Frank, StGB, ¹⁸1931, § 59 nm. IX 2. Hoy: Backmann, JuS 1972, 199; Hruschka, JuS 1982, 319 s.; Maiwald, ZStW 78 (1966), 30 ss.; Maurach/Zipf,

dolo ha de “darse en el momento del hecho”²⁷⁷ y falta por tanto en el verdadero acto de matar: “Se le supone al sujeto en este caso por tanto un dolo ya extinguido”²⁷⁸. Esto es incorrecto, pues no es necesario que el dolo concorra durante todo el suceso, sino sólo en el momento en que el sujeto abandona el control del curso causal (nm. 76). En el *dolus generalis* se imputa al sujeto la muerte de la víctima como consecuencia adecuada de su primera acción abarcada por el dolo; y eso basta también para la imputación al dolo, en cuanto que el resultado se sigue presentando como realización del plan del sujeto²⁷⁹.

Más cercana a la solución derivada de la teoría del plan del hecho resulta 163 la apreciación de que la decisión entre consumación o tentativa depende de si la determinación de realizar la segunda acción fue tomada de antemano o sólo a raíz del primer acto: “Sólo cuando la resolución de deshacerse de la víctima se toma después de la supuesta muerte hay tentativa de homicidio en concurso real con homicidio imprudente”²⁸⁰. Esto conduce a menudo a los resultados por los que aquí se aboga, por la razón de que quien actúa en el primer acto con ánimo o intención de matar la mayoría de las veces planeará de antemano también el segundo acto, ya que ha de deshacerse del cadáver; en cambio, quien sólo posee dolo eventual respecto de un homicidio en el primer acto y tiene la esperanza de que la víctima sobreviva no se preocupará aún por regla general de lo que habrá de hacer con el cadáver en caso de muerte de la víctima²⁸¹. Pero ambos principios basados en la experiencia son refutables en el caso concreto, y por tanto induce a error atender al momento de la decisión de deshacerse del cadáver; pues ni la previsibilidad del segundo acto depende en general de si ya estaba planeado en el momento del primer acto²⁸², ni el segundo acto se presenta como realización del peligro creado por el primer acto únicamente cuando estaba planeado de antemano²⁸³.

Schroeder²⁸⁴ pretende apreciar un hecho consumado sólo cuando la primera acción ya habría conducido a la muerte por sí sola: “Por tanto si la 164

AT/1⁸, 23/33 ss.; Schmidhäuser, LB AT², 10/46; Frisch, 1987, 620 ss.; Hettinger, Spindel-FS, 1992, 237. Para el caso normal tb. Jakobs, AT², 8/78.

²⁷⁷ Engisch, 1930, 72.

²⁷⁸ Maurach/Zipf, AT/1⁸, 23/35.

²⁷⁹ No se opone a esta construcción el hecho de que el segundo acto sea simultáneamente un homicidio imprudente, de modo que el sujeto resulta respecto del mismo resultado culpable de un homicidio doloso y de uno imprudente (que cede como subsidiario); de otra opinión Hruschka, JuS 1982, 320.

²⁸⁰ Welzel, StrafR¹¹, 74 [= PG, 1987, 109; N. del T.]; muy similar Preisendanz³⁰, § 16, nm. 5 b; SK⁵-Rudolphi, § 16, nm. 35 a; Stratenwerth, AT³, nm. 281 s.

²⁸¹ Señala tb. la similitud en los resultados SK⁵-Rudolphi, § 16, nm. 35 a.

²⁸² Así sin embargo Stratenwerth, AT², 1976, nm. 297; más cauto ahora idem, AT³, nm. 282; más detenidamente al respecto Roxin, Wütenberger-FS, 1977, 116 ss.

²⁸³ Así sin embargo SK⁵-Rudolphi, § 16, nm. 35.

²⁸⁴ LK¹⁰-Schroeder, § 16, nm. 31.

víctima estaba ya mortalmente herida, la aceleración de la muerte por un enterramiento o inmersión no puede excluir el dolo; si por el contrario la primera acción no era idónea en concreto para producir el resultado, entonces falta el dolo en el hecho.” Sólo que: idónea en concreto para producir el resultado lo es cualquier acción que pone en marcha un curso causal adecuado; sólo puede ser decisivo el dato de si un curso causal previsible sigue estando dentro del plan del hecho.

- 165** También hay que tratar conforme a las reglas de la desviación del curso causal el caso inverso cercano al del *dolus generalis* en que el sujeto produce ya el resultado con un primer acto fundamentador de una tentativa, aunque este resultado debería, según la representación del sujeto, producirse sólo mediante un segundo acto. Un ejemplo lo proporciona RG DStR 1939, 177: quien actúa quiere aturdir a golpes a la víctima antes de matarla, pero la mata ya así. O: al apuntar con el revólver se escapa ya el disparo mortal que el sujeto quería disparar inmediatamente después; la víctima que se opone a su ejecución pierde la vida en la riña que se produce por ello (BGH GA 1955, 123). Aquí hay que apreciar con la jurisprud. y la op. dom.²⁸⁵ una desviación inesencial del curso causal y por tanto un homicidio consumado. Pues lo acontecido sigue presentándose, en una valoración objetiva, como realización del plan del hecho. La opinión contraria²⁸⁶, que cree que sólo se puede admitir una tentativa, en concurso real en su caso con la producción imprudente del resultado, se apoya sobre todo en el argumento de que, de otro modo, se cortaría prematuramente al sujeto la posibilidad de desistimiento. Pero si cualquier fracaso prematuro corta la posibilidad de desistimiento, con más razón ha de poder hacerlo la producción del resultado²⁸⁷. Ahora bien, es siempre presupuesto de la pena por delito consumado el que el resultado sea provocado por una acción de tentativa. Cuando ya un acto preparatorio produce el resultado (al limpiar la escopeta se escapa el disparo mortal planeado para más tarde), sólo cabe plantear un homicidio imprudente, porque falta un dolo jurídicopenalmente relevante, que ha de concurrir como mínimo al principio de la acción ejecutiva (cfr. nm. 75 s.).

- 166** Otro grupo de casos muy similar a la constelación del *dolus generalis*, a menudo incluso agregado sin más a ella, es aquel en que el sujeto entra durante

²⁸⁵ Cfr. simplemente Maurach/Zipf, AT/1⁸, 23/36; Sch/Sch/Cramer²⁴, § 15, nm. 55; SK⁵-Rudolphi, § 16, nm. 34; Stratenwerth, AT³, nm. 283.

²⁸⁶ Sobre todo LK¹⁰-Schroeder, § 16, nm. 34; Herzberg, ZStW 85 (1973), 883; Hruschka, JuS 1982, 320 s.; similar Wolter, ZStW 89 (1977), 697 ss., quien afirma la punición por tentativa, pero no admite desistimiento; Jakobs, AT², 8/76; Frisch, 1987, 623.

²⁸⁷ Sólo se puede tratar en el marco de la teoría del desistimiento la cuestión de si sigue siendo posible el desistimiento mientras no se haya producido aún el resultado (la víctima se muere de manera imprevista ya a consecuencia de la primera de múltiples administraciones de veneno, desistiendo sin embargo voluntariamente el sujeto tras el primer suministro de veneno antes de que se produzca la muerte).

la ejecución del hecho en un estado de inimputabilidad o incapacidad de culpabilidad en el que produce el resultado. El sujeto golpea p.ej. a la víctima con el martillo con intención de matar de una manera que no resulta al principio mortal y entra por ello en un delirio a la vista de la sangre excluyente de la imputabilidad, en el que produce la muerte mediante ulteriores golpes (BGHSt 7, 325); o ya al sacar el cuchillo con el que quiere apuñalar a la víctima cae en una “amnesia pasional” y la mata en este estado mediante treinta y ocho cuchilladas (BGHSt 23, 133). Tales casos se distinguen de la situación “clásica” del *dolus generalis* sólo en que el sujeto actúa en la segunda parte de la acción no sin dolo, sino sin culpabilidad según el § 20.

La jurisprud. y la doc. dom. observan acertadamente aquí sólo una desviación **167** inessential del curso causal y castigan por delito consumado ²⁸⁸. Pues el advenimiento de la inimputabilidad no escapa en tales casos la mayoría de las veces a la experiencia de la vida (cuando excepcionalmente sí escape, cabrá sólo plantear una tentativa) y no modifica tampoco el hecho de que el sujeto realiza su plan. Su estado de consciencia en el estadio final de la ejecución es irrelevante para la valoración jurídica si el resultado se corresponde con el proyecto original del sujeto. No obstante, en correspondencia con lo expresado en el nm. 165, también aquí debe exigirse que el sujeto sea aún imputable al comienzo de la tentativa. Si alguien toma la decisión de matar y ya en la fase preparatoria entra en un “estado epiléptico”, en el que a continuación comete el hecho, no ha poseído durante el estadio de ejecución en ningún momento un dolo culpable y no puede ser castigado (BGHSt 23, 356) ²⁸⁹, pues falta una realización responsable del plan.

5. El error in obiecto (o error in persona)

Por *error in obiecto* (a menudo en forma de *error in persona*) se entiende **168** tradicionalmente una confusión del objeto del hecho. El ejemplo históricamente más conocido lo proporciona el caso Rose-Rosahl, juzgado por el Tribunal Supremo de Prusia ²⁹⁰:

Ejemplo 1: El trabajador Rose fue inducido por su patrón, el tratante de maderas Rosahl, a matar de un disparo al carpintero Schliebe. Rose se puso emboscado al acecho (el 11-9-1858) por la noche después de las 21 horas. En la oscuridad tomó erróneamente por Schliebe al estudiante de diecisiete años Harnisch y lo mató de un disparo. Cuando poco después apareció en el lugar de los hechos Schliebe y encontró el cadáver, sospechó enseguida que la bala estaba destinada a él. Así se esclareció el asesinato.

²⁸⁸ De otra opinión sobre todo LK¹⁰-Schroeder, § 16, nm. 33, según el cual concurriría “por regla muy general sólo una tentativa”; Jakobs, AT², 8/76; Geilen, Jus 1972, 74, 76 ss., pretende apreciar tentativa al menos en caso de estado pasional no provocado culpablemente en el sentido del § 20.

²⁸⁹ Con dudas Geilen, Maurach-FS, 1972, 194 s.

²⁹⁰ Tribunal Supremo de Prusia, GA 7 (1859), 332 ss.; exhaustivamente al respecto Bemmman, MDR 1958, 817 ss.; Alwart, JuS 1979, 351 ss. Una constelación del todo análoga trata ahora BGHSt 37, 214; cfr. al respecto nm. 175, n. 303.

Un ejemplo de similar espectacularidad contiene BGHSt 11, 268:

Ejemplo 2: M había intentado con dos compinches un robo. Los tres portaban armas y habían acordado que incluso se dispararía sobre personas si se corría el peligro de detención de uno de los intervinientes. Al retirarse, M percibió a una persona detrás de él, la tomó por un perseguidor y disparó sobre ella con intención de matarla: El supuesto perseguidor era sin embargo uno de los dos compinches de M; resultó herido.

169 La opinión hoy dominante se apresura a afirmar que tal error en la persona de quien actúa de modo inmediato es irrelevante, que por tanto Rose y M (suponiendo que el compinche hubiera muerto) deben ser castigados por homicidio doloso consumado. Los tribunales también fallaron así. La fundamentación de este resultado evidente es sin embargo menos unánime. La popular tesis de que sólo es necesario que el dolo abarque las circunstancias del hecho en la cualidad propia de su especie (el sujeto quería matar a una persona y mató a una persona; actuó por tanto dolosamente) no es sostenible si se califica de relevante con carácter general la *aberratio ictus*, como sucede aquí y como también defiende la op. dom.; pues también en ella la muerte de una persona es abarcada por el saber y el querer del sujeto, sin que se haya de proceder a una imputación dolosa²⁹¹. Por el contrario, hay que fijarse en que el sujeto, de manera distinta a en la *aberratio ictus*, ha alcanzado a la persona concreta a la que había apuntado; ha de verse ahí una individualización de la representación del sujeto en un objeto concreto de la acción, que fundamenta una imputación dolosa. Aplicando el criterio de la realización del plan se llega a la solución de que el plan del sujeto —sin perjuicio de su representación desviada de la identidad— se ha realizado ya, según parámetros normativos, cuando quien actúa alcanza a la víctima concreta a la que había apuntado. Se ha de considerar por tanto decisivo para la valoración jurídica únicamente el conocimiento del sujeto de la situación del objeto en el momento del hecho e irrelevante según parámetros objetivos su representación errónea de la identidad de la víctima.

170 Esto no es tan evidente como se estima hoy. Se ha de admitir que el *error in persona* estructuralmente “es también una clase de error en el curso causal”²⁹² y por tanto se diferencia de la *aberratio ictus* menos de lo que casi siempre se sostiene. Si se tomara por base la representación del sujeto acerca de la identidad (quiero matar a Schliebe o a un perseguidor), concurre desde todo punto de vista una desviación del curso causal respecto de ella, cuando se alcanza “al que no es”. La misma sólo deja de producirse cuando exclusivamente la individualización según la situación del objeto en el momento del hecho se convierte en la base de la apreciación de que el sujeto ha alcanzado

²⁹¹ Este argumento sirve tb. reiteradamente a los defensores de la opinión minoritaria para la fundamentación de la irrelevancia de la *aberratio ictus*; ha sido recuperado últimamente por Puppe, GA 1981, 1 ss., con agudas explicaciones.

²⁹² Puppe, GA 1981, 17.

lo que quería. Ello presupone sin embargo una valoración previa, de modo que la irrelevancia del *error in persona* no es algo necesario desde el punto de vista lógico o categórico, sino resultado de la interpretación teleológica, que también podría resultar de otra manera. Si no se considerara objetivamente decisiva la representación del sujeto sobre la situación del objeto de la acción en el momento del hecho, sino su representación sobre la identidad personal de la víctima, resultaría que en un *error in persona* el plan habría fracasado y sólo habría de apreciarse una punición por tentativa. No en vano un autor de la importancia de v. Liszt consideró hasta el final²⁹³ relevantes tanto el *error in persona* como la *aberratio ictus* "cuando la previsión del verdadero curso habría apartado al sujeto de la comisión del hecho". En el caso en que A quiere matar a su enemigo a muerte E, pero en la oscuridad toma por E a su propio hijo F y lo mata, el mismo consideraba "errónea" la apreciación de un delito consumado doloso.

No obstante, en los casos clásicos de *error in persona*, como los que sirven **171** de base a los ej. 1 y 2, hay que admitir con la op. absolutamente dom. su irrelevancia para quien actúa de modo inmediato. Pues, cuando el sujeto ve ante sí a una persona concreta y la mata a tiros exactamente de la manera planeada, el apreciar que el mismo sólo ha intentado el homicidio planeado y que no lo ha consumado además contradiría el contenido de significado social del suceso, del que las construcciones jurídicas tampoco se deben desligar sin necesidad. El fijarse en el objeto percibido sensorialmente y al que se apunta pasa a primer plano en la imputación dolosa de manera tan evidente que otros criterios (como la identidad u otras propiedades de la víctima) pasan a segundo término como irrelevantes. Además tampoco hay, aparte de la individualización de la situación del objeto en el momento del hecho, otro criterio de concreción que resulte convincente. Pues el atender a la identidad personal del objeto (lo que es difícilmente realizable por lo demás cuando se trata de cosas) sólo desplazaría el problema. Si p.ej. A quiere matar a su rival y dispara sobre X, al que erróneamente toma por tal, la individualización se extendería a la identidad personal de la víctima; pero dado que la verdadera intención del sujeto se refería a matar a tiros a un rival, todavía se podría considerar relevante su error. Pero esto subjetivizaría la valoración jurídica en una medida peligrosa para la seguridad jurídica y la igualdad de trato. La vinculación de la imputación dolosa a la situación del objeto de la acción en el momento del hecho resulta por tanto normativamente adecuada en el caso normal que tradicionalmente se maneja, de modo que hay que darle la razón a la opinión unánime.

²⁹³ v. Liszt, *StrafR.*, 21/22 1919, 170 s [=Tratado II, 2.ª ed. españ., 1927, 407; N. del T.].

- 172 No resulta en cambio tan evidente la vinculación de la valoración jurídica a la representación del sujeto del lugar del hecho cuando aquél ya no percibe visualmente el objeto ²⁹⁴.

Ejemplo 3: A fija bajo el coche de B un artefacto o “máquina infernal” que explota al arrancar el coche. A quiere matar de este modo a B. Contra lo que esperaba A, no viaja con el coche B, sino su chófer C; éste halla la muerte en la explosión.

Si se parte de la individualización según el lugar y el momento del hecho, hay que apreciar aquí también un *error in persona* irrelevante: A quería hacer saltar por los aires al ocupante del coche y así sucedió también. Por otro lado el caso se aproxima más a la *aberratio ictus* que los ejemplos de partida 1 y 2, porque aun después del comienzo de la tentativa (la colocación de la bomba) el suceso externo se ha “torcido”. Para la valoración jurídica es lógico por tanto abandonar el punto de conexión de la percepción del objeto en el lugar del hecho, que, por falta de base visual, sólo puede ser una representación, en favor de la “representación intelectual de la identidad” y apreciar sólo una tentativa junto a un homicidio imprudente. Ello puede tener lugar bien apreciando un *error in persona* relevante en tales casos, o bien mediante la interpretación de tal supuesto de hecho como *aberratio ictus* ²⁹⁵. A pesar de ello es preferible seguir manteniendo aquí también la imputación del resultado al dolo y apreciar por tanto un *error in persona* irrelevante y un hecho consumado. Porque el que C, que está sentado en el coche, muera porque A le lance una bomba creyendo que se trata de B, o, por el contrario, porque A haya fijado la bomba al automóvil suponiendo que B y no C montaría en el coche, es una diferencia tan sutil que no comporta aún un enjuiciamiento jurídico diferente ²⁹⁶.

- 173 En cambio, el *error in persona* adquiere relevancia, en contra de la doc. dom., allí donde la lesión del bien jurídico no consiste en un menoscabo material del objeto de la acción, sino que está únicamente en la esfera ideal.

Ejemplo 4: A llama por teléfono a B para injuriarle. Debido a que se equivoca al marcar o porque coge el teléfono otra persona, C descuelga el auricular y ha de escuchar las injurias pronunciadas por A.

En estos casos del teléfono susceptibles de múltiples variaciones ²⁹⁷ ha de apreciarse un *error in persona* sobre la base de la delimitación tradicional. Pues A dirigió sus palabras al concreto interlocutor al otro lado de la línea, y además le han llegado a éste. Por tanto, a partir de la estructura externa, es consecuente que el KG ²⁹⁸ apreciara unas injurias consumadas y que la litera-

²⁹⁴ Puppe, GA 1981, 4; Herzberg, JA 1981, 472 s. Prittwitz, GA 1983, 128, pretende excluir la pena del delito consumado sólo “cuando la lesión del bien jurídico acaecida no se produce en el objeto de la agresión percibido sensorialmente por el sujeto”. Contra Prittwitz Kuhlen, 1987, 489 ss.

²⁹⁵ Esta es la vía que sigue Herzberg, JA 1981, 473.

²⁹⁶ En el resultado al que llega, como aquí Prittwitz, GA 1983, 130.

²⁹⁷ Cfr. acerca de ellos simplemente Hillenkamp, 1971, 42 ss.; Puppe, GA 1981, 4; Backmann, JuS 1971, 119.

²⁹⁸ KG GA 69 (1919), 117.

tura científica le siga ampliamente en ello ²⁹⁹. Pero la situación en el espacio del destinatario ya no es adecuada aquí como punto normativo de conexión para la concreción del dolo. Mientras que el tiro disparado sobre una persona a consecuencia de una confusión alcanza a ésta realmente y provoca la lesión de un bien jurídico, la injuria lesiona un derecho o pretensión altamente personal al respeto y en todos los casos sólo puede “alcanzar” a aquel para quien está pensada o diseñada.

El digno caballero que acude al teléfono y, a consecuencia de un error al 174 marcar, le espetan las palabras “mujerzuela asquerosa” ³⁰⁰ no es injuriado por las palabras, que van dirigidas a otra persona, y tampoco se sentirá “alcanzado”, sino que reaccionará más bien con serenidad o en cualquier caso como se hace cuando uno oye casualmente cómo injurian a otro. En las injurias por tanto sólo puede servir como criterio de la realización del plan por regla general la identidad entre el destinatario y la representación del autor; si no se da, existe únicamente una tentativa impune ³⁰¹. En tales casos el error es por tanto relevante ³⁰². Que se hable de un *error in persona* relevante o de una *aberratio ictus* es sólo una cuestión terminológica. Lo decisivo no son estos conceptos delimitables de esta o de otra manera, sino la circunstancia de que falte, según parámetros normativos, la realización del plan y que por ello no tenga lugar la imputación del resultado al dolo. Hasta dónde poseen validez por lo demás en el caso de bienes jurídicos inmateriales los parámetros de imputación vigentes para las injurias es algo que precisa aún de ulteriores análisis pormenorizados.

Se discute vivamente la cuestión de si el *error in persona* que es irrelevante 175 para quien actúa de modo inmediato tampoco posee influencia en el enjuiciamiento jurídico de sujetos de atrás (autores mediatos, coautores, inductores y cómplices). Se trata por tanto de si en el ej. 1 (nm. 168) se puede castigar al inductor Rosahl por inducción al homicidio consumado y de si en el ej. 2 los dos coautores de M (incluido el propio herido) son culpables de una tentativa de homicidio. La jurisprud. así lo afirma ³⁰³, hace por tanto irrelevante el *error*

²⁹⁹ Una *aberratio ictus* concurriría según la delimitación tradicional sólo en el caso poco frecuente en que, debido a un desorden en los hilos telefónicos, la injuria vaya a parar a otra línea y a un destinatario equivocado. Cfr. Klee, GA 69 (1919), 117; Hillenkamp, 1971, 43 s.

³⁰⁰ Herzberg, JA 1981, 474 s.

³⁰¹ Sólo rige algo distinto aquí, como en los demás casos, cuando, según el plan del sujeto, carece de importancia la persona del destinatario. Quien quiere injuriar a una mujer desconocida con alusiones sexuales ofensivas, cumple su plan tb. cuando se equivoca al marcar el número escogido al azar y da con otra mujer. Cfr. Herzberg, JA 1981, 475.

³⁰² Así tb. Herzberg, JA 1981, 474 s., cuyas soluciones enlazan parcialmente con el criterio aquí propuesto de la realización del plan y lo han desarrollado de manera constructiva.

³⁰³ Tb. recientemente otra vez en BGHSt 37, 214, en polémica con la opinión contraria defendida, entre otros, por mí; al respecto más detenidamente LK¹¹-Roxin, § 26, nm. 91 ss. Esta sentencia ha provocado tb. una gran discusión: Bemmman, Stree/Wessels-FS, 1993, 397; Geppert, Jura 1992, 163; Küpper, JR 1992, 294; Mitsch, Jura 1991, 373; Müller, MDR 1991, 830; Puppe, NStZ 1991, 124;

in persona no sólo para el autor inmediato, sino para todos los intervinientes en el hecho. Sin embargo, con una opinión creciente en la literatura científica, también en los sujetos de atrás se ha de considerar decisiva para su plan la representación del autor mediato o coautor, del inductor o cómplice sobre la identidad. Pues en cuanto el acuerdo entre distintos intervinientes se refiere a personas concretas, el plan de quien no es el ejecutor inmediato, que a menudo no conoce o sólo conoce de manera imprecisa el lugar y el momento de la acción, sólo se puede concretar con ayuda de sus representaciones acerca de la identidad. Eso significa que los planes del inductor o de los coautores en los ej. 1 y 2 han fracasado por igual; hay que castigar por tanto a Rosahl en el ej. 1 sólo por tentativa de inducción (§ 30 I) y a los coautores en el ej. 2 sólo por conspiración para delinquir (§ 30 II). Los pormenores más concretos se habrán de examinar en conexión con la teoría de la autoría y la participación.

- 176 Finalmente, es relevante de manera indiscutida el *error in obiecto* cuando los dos objetos confundidos no equivalen típicamente entre sí. Si A mata a tiros a una persona a la que ha tomado por un espantapájaros, se trata entonces de una tentativa de daños en unidad de hecho (concurso ideal) con homicidio imprudente; ello se deriva de la teoría del error (§ 16) y no es un problema de imputación al dolo. Lo mismo rige cuando el sujeto da como castigo unos azotes en la oscuridad a consecuencia de una confusión al niño del vecino en lugar de a su propio hijo. Aquí concurre un error sobre los presupuestos de una causa de justificación (del derecho de corrección); el padre puede castigar (corregir) al hijo propio, pero no a los niños ajenos. Si con la op. dom. se trata por analogía con el § 16 tal error como excluyente del dolo (más detenidamente § 14, nm. 51 ss.), entonces sólo se pueden apreciar en este caso por tanto, con independencia de las reglas de la imputación dolosa, unas lesiones imprudentes causadas al niño ajeno³⁰⁴.

Roxin, JZ 1991, 680; idem, Spindel-FS, 1992, 289; Schlehofer, GA 1992, 307; Sonnen, JA 1991, 103; Stratenwerth, Baumann-FS, 1992, 57; Streng, JuS 1991, 910; Weißblau, ZStW 104 (1992), 105.

³⁰⁴ Acerca de la “equivalencia de los objetos confundidos” más detenidamente Warda, Blau-FS, 1985, 159 ss., quien señala acertadamente que quien actúa ha de conocer tb., para que el error sea irrelevante, “la propiedad fundamentadora de la equivalencia del presuntamente atacado” (p. 163). Si el sujeto abusa “de la de trece años A creyendo que se trata de... la muchacha B, en realidad de la misma edad, pero que él cree de quince años”, falta el dolo para condenar por el § 176 [abuso sexual de niños] (p. 162).