

80 Según una de las opiniones, en tales constataciones 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 tentativa¹³⁸. 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 *dolos 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 realizado¹³⁹ 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 grave¹⁴⁰. 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 Verstoß, *MSchrKrim* 13 (1922), 94; Martens, *Der Irrtum über 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, *AT*⁴, § 29 III 4; Welzel, *StrafR*¹¹, 72 [= PG, 1987, 105; N. del T.]; Jakobs, 1967, 147 ss.; idem, *AT*², 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-Merzger, 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, *AT*¹, § 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); Dyadsche 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 Verbotssirrtum, *MDR* 1951, 387; Lang/Hinrichsen, Zur Problematik der Lehre von Tatbestands- und Verbotssirrtum, *JR* 1952, 184; Lindner, Zur Rechtsprechung über den Strafrechtssirrtum, *NJW* 1952, 854; Welzel, Zur Abgrenzung des Tatbestandsirrtums von Verbotssirrtum, *MDR* 1952, 584; Nowakowski, Rechtsfindlichkeit, 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 Verbotssirrtum, *Mezger-FS*, 1954, 165; Englisch, 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 Verbotssirrtum bei Blankettstrafgesetzen, 1955; Hardwig, Sachverhaltsirrtum und Pflichtirrtum, *GA* 1956, 369; Arm. Kaufmann, Tatbestand, Rechtfertigungsgründe und Irrtum, *JZ* 1956, 353; Lange, Der Strafgesetzbuch und die Schuldlehre. Zugleich ein Beitrag zum Unrechtsbegriff bei den Zuwiderhandlungen, *JZ* 1956, 73; Englisch, 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 Rechtpflichtmerkmale, 1959 (?1970) [= Teoría del tipo penal. Tipos abiertos y elementos del deber jurídico, trad. E. Bacigalupo, Buenos Aires, Depalma, 1979]; Schaffstein, Tatbestandsirrtum und Verbotssirrtum, *OLG Celle-FS*, 1961, 175; Arth, Kaufmann, Die Irrtumsregelung im Strafgesetz-Entwurf 1962, *ZStW* 76 (1964), 543; Platzgummer, Die Bewußtseinsform des Vorsatzes, Vom Bleibenden und Vergänglichem in der Strafrechtswissenschaft, Grünhut-Erinnerungsgabe, 1965, 173 (tb. como separata); Ambrosius, Untersuchungen zur Vorsatzabgrenzung, 1966; 248; Schmidhäuser, Über Aktualität und Potentialität des Unrechtsbewußtseins, H. Mayer-FS, Eine strafrechtsdogmatische Untersuchung auf psychologischer Grundlage, 1964; Welzel, Roxin, *Rechts*, 1965, 173 (tb. como separata); Ambrosius, Untersuchungen zur Vorsatzabgrenzung, 1966; 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 irigen 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 Strafrecht, *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 Regelpiele 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 Verbotssirrtums, *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; Darmstadt, Der Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale im Strafrecht, *JuS* 1978, 441; Krümpelmann, Die strafrechtliche Behandlung des Irrtums, *ZStW*-Beihft 1978, 6; Paefgen, 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, *Rechtfertigung und Tatbestandsbeschränkung*, 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, *Unrechtmäßigkeit 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 und Risikoverwirklichung*, Ein Beitrag zur Diskussion über Kausalabweichung und aberratio iuris, tes. doct. Berlin, 1986; Arth. Kaufmann, *Einige Anmerkungen zu Irrtümern über den Irrtum*, Lackner-FS, 1987, 185; Kuhlén, *Com. a OLG Düsseldorf*, StrV 1986, 159, StrV 1987, 437; Kuhlén, *Die Unterscheidung von vorsatzausschließendem und nichtvorsatzausschließendem Tatbestandsmerkmal, das jeglichen Verbotsirrtum ausschließt?*, NSiZ 1987, 500; Reiff, *Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum bei der Steuerhinterziehung*, wistra 1987, 161; Steinger, *Der Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale*, JBl 1987, 205; Thomas, *Die Steueranspruchstheorie und der Tatbestandsirrtum im Steuerstrafrecht*, NSiZ 1987, 260; Frisch, *Vorsatz und Mitbewußtsein - Strukturen des Vorsatzes*, Arm. Kaufmann-GS, 1989, 311; Jakobs, *Über die Behandlung von Wollenfehlern und von Wissensfehlern*, ZStW 101 (1989), 516; D. Geerds, *Der vorsatzausschließende Irrtum*, Jura 1990, 421; Hettinger, *Der Irrtum im Bereich der äußeren Tatumsstände*, Jus 1990, 135; 1991, 19; 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 subunción*, trad. de M. Cancio/G. Bruzzone, CPC 1992, 349]; Puppe, *Recens. de Kuhlén, 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 Intimpartners*, JA 1991, 48; Bachmann, *Vorsatz und Rechtsirrtum im Allgemeinen Strafrecht und im Steuerstrafrecht*, 1993; Herzberg, *Tatbestands- oder Verbotsirrtum*, GA 1993, 439; Schild, *Vorsatz als "sachedankliches 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 muchacha¹⁴¹; 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 anularles 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 da 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 empujados 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 discutirse con éxito su dolo en relación con el

¹⁴² Así la formulación, hoy empleada con carácter general, de Mezger, *StrafR.* 1949, 328 [= Tratado II, 1957, 148; N. del T.]. La locución de Welzel "enjuiciamiento paralelo en la conciencia del sujeto" (JZ 1954, 279; *StrafR.* 1, 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 subsunción 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 es-tarían toleradas por el legislador.

Los ejemplos de errores de subsunción son —también en la jurisprudencia¹⁴⁴— **86** lógicos. 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 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 envuena 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. Kuhlén, 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 anti-juridicidad 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 anti-juridicidad 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 **90** 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 reprochable en el Derecho español: en las coacciones se habla de “sin estar legítimamente 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 consuncionales 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 (1970), 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 fiscal¹⁴⁶. Pues el dolo de quien —aunque sea debido a consideraciones jurídicas erróneas— cree no deber impueto 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 prestación¹⁴⁷. 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 NSIZ 1989, 475¹⁴⁸, 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 [1970]), 147 [= Teoría del tipo penal, 1979, 232 s.; N. del T.J.], abandonando 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 prohibición¹⁴⁹, 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 obligaciones¹⁵⁰. 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 conducta¹⁵¹.

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 ajenedad 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 blanco¹⁵⁴. 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 fundadoras del deber, no el del deber mismo; en contra, con razón, Kuhlén, 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 [1970], 150 ss. [= Teoría del tipo penal, 1979, 237 ss.; N. del T.J.]; Kunert, 1958, 15 ss.; v. Weber, GA 1953, 161 ss.

¹⁵³ Frank, StGB, 16 [1931, § 59, com. II, último inciso.

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

ferroviario, fomicular, 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 BldgG 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 prohibición¹⁵⁵. 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 orden¹⁵⁶.

96 También la jurisprudencia sigue en lo esencial, en relación con el conocimiento de los elementos normativos, los principios desarrollados anteriormente¹⁵⁷, 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, 352¹⁵⁸, 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 Kuhlén, 1987, 54 s., quien llega a un resultado disímulo (pp. 540 s.).

¹⁵⁶ Al respecto Sch/Schi/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 percató 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 jurisprud., 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 funcionario¹⁵⁹, 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 intereses¹⁶⁰. 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 jurídicopenal¹⁶¹. 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.J.; 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.J.], 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 divisible¹⁶². 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. Concurrir en cambio un error de tipo cuando el abogado desconoce circunstancias fundamentadoras de la contrariedad a deber, en cuanto que no se percató (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 difícil¹⁶⁴ 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. Zipf¹⁶⁵ 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 Darnstädt¹⁶⁶ 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 Haft¹⁶⁷ 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 (1970), 136 s. [= Teoría del tipo penal, 1979, 214 ss.; N. del T.J.]

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 Kühlen, 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, AT², 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 303¹⁶⁸?

Schlüchter¹⁶⁹ exige para el dolo una “visión teleológicamente reducida del supuesto”. Para el dolo es necesario¹⁷⁰ 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 Kühlen. 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 Reichsgericht¹⁷³. 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 tem-poral”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 Kühlen, 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 Kühlen, 1987, 435 ss.

¹⁷² Así el título del extenso escrito de habilitación de Kühlen, 1987. Más detenidamente respecto de Kühlen, 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 Fischer, 1984 (cita en p. 353).

¹⁷⁴ Kühlen, 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 Kuhlén¹⁷⁶, 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 Kuhlén, 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, Kuhlén sólo puede llegar a apreciar un error de prohibición irrelavante¹⁷⁷ 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 Kuhlén, 1987, 566 s.

** Punibilidad (“Strafbarkeit”) ha de entenderse aquí como carácter punible o penal o, si quiere, carácter de penalmente prohibido o tipificado, de cometido 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 cuatupartito clásico o con las variaciones de estos elementos que correspondan). 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 Kuhlén, 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 discusión¹⁷⁸.

También Puppe¹⁷⁹ 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 hecho¹⁸² 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 exige 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.) Kuhlén, 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 emociones¹⁸⁵, 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 mono 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 doloso¹⁸⁶. 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 Platzgummer¹⁸⁸ aprovechando investigaciones de la Psicología de la asociación¹⁸⁹, 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 confiados (§ 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 Asf LK³-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 abogado¹⁹².

Schmidhäuser ha llegado a resultados muy similares a partir de investigaciones de Psicología del lenguaje¹⁹³, 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 conceptual 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 psicológicos¹⁹⁵ o incluso de una construcción conceptual específicamente jurídica apartada de toda psicología¹⁹⁶ 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 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 Asf 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.

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

Una vía totalmente propia sigue por contra Frisch¹⁹⁷, quien rechaza la doctrina de la conciencia 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 representativa. 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"²⁰⁵ 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 lejos²⁰⁶. 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, AT, 8/12. Frisch, Arm. Kaufmann-GS, 1989, 332, considera ya por principio que "la apreciación, que fácilmente cae en la ficción, de una conciencia 'diluída' 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 detalladamente § 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 Krumpelmann, 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, encargar 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 intenso 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 reduccion teleológica. Cuando p.ej. determinados menoscabos insig-nificantes 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 disc. 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 conducta²²³.

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 trate²²⁴. 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 diferenciar²²⁵: 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 tentativa²²⁶. Tal solución es compatible con el § 16 I, 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 excluye 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-Rudolph, § 16, nm. 28 d. Discusión que contribuye al avance en Kühlen, 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 privilegiadas 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.” BGHS: 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 querer²²⁷. 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 “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 privilegiados, porque la presentación 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 mencionan²²⁸: 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 I²²⁹.

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 curso ideal con una tentativa del delito más grave (siempre y cuando la tentativa sea punible²³⁰). 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 culpabilidad²³¹. Con cierta frecuencia se cita como ejemplo académico el caso²³² 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 connotación 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 idoneidad completa para el servicio militar.

²³⁰ Así tb. Sch/Sch/Cramer²⁴, § 16, nm. 28; SK²-Rudolph, § 16, nm. 28 b; Jescheck, AT¹, § 29 V 5 b; disc. Lackner⁷⁰, § 16, nm. 7, quien pretende que no se aprecie el privilegio.

²³¹ Como aquí Küper, GA 1968, 321 ss.; Franke, JuS 1980, 172 ss.; SK²-Rudolph, § 16, nm. 28 a; de otra opinión Sch/Sch/Cramer²⁴, § 16, nm. 26; Lackner⁷⁰, § 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 culpabilidad 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 que interpretarla correctamente como un caso de culpabilidad atenuada²³⁴, 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. SK²-Rudolph, § 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 objetivo²³⁵. 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 objetivo²³⁶.

125 El § 16 I puede sin embargo aplicarse análogicamente 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 cosa²³⁷. 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 análogicamente en esa medida. Por tanto si el sujeto 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 § 242²³⁸.

cc) Además hay que aplicar también análogicamente 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, AT¹, § 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.

gravidad 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 Frisch²⁴², 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, AT⁹, § 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, AT⁷, § 29 II 3 b; Bruns, StrafzumR, 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.

§ 12. Dolo y error de tipo

§ 12

ec) Finalmente el § 16 I rige análogicamente también en los casos de suposición errónea de circunstancias justificantes, como por ejemplo una situación de legítima defensa. Sin embargo esta constatación 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 "antijurídicamente" (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; Benmann, Zum Fall Rose-Rosahl, MDR 1958, 817; Noll, Tatbestand und Rechtfertigung: 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; Gellen, Zur Problematik des schuldaußerschließenden 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; Rudolph, Recens. de Hillenkamp, Die Bedeutung von Vorsatzkonkretisierungen bei abweichendem Tatverlauf (1971), ZStW 86 (1974), 89; Schönemann, Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeit: und Gefährungsdelikte, JA 1975, 435, 511, 575, 647, 715, 787; Roxin, Gedanken zum "dolus generalis", Württemberg-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-Beihft 1978, 6; Alwart, Die Geschichte von dem Zimmernmann Schliebe, dem Gymnasialsten Ernst Harnisch, dem Holzhändler Rosahl und von dem Arbeiter namens Rose, Jus 1979, 351; Schroeder, Der Irrtum über Tatbestandsalternativen, GA 1979, 321; Böttliche, 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 Strafsystem, 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", Lefrenz-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; Kuhlén, Die Unterscheidung von vorsatzaußerschließendem und nichtvorsatzaußerschließendem 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 Alleittäter, 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 objecto 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, Objektirrtum und Tatbeteiligung, Baumann-FS, 1992, 57; Weßlau, Der Exzeß des Angestifteten, ZStW 104 (1992), 105; Bemmann, Die Objektverwechslung des Täters in ihrer Bedeutung für den Anstifter, Strce/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 esenciales no afectarían al dolo. Un resumen preciso de esta doctrina, que es dominante hoy todavía en la jurisprud., se encuentra p.ej. en BGHS: 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, Württemberg-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. (crit. al respecto Frisch,

puede mantener todavía (sobre todo en la jurisprud.) 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 jurisprud. 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.; Yamataka, 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.] Crit. 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 jurisprud. 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 SK³-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 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 desnuca, 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.º) 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 justificarse "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 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 f; Blei, AT⁸, § 33 I 1 c; Bockelmann/Volk, AT⁴, § 14 III 3 b aa; Backmann, Jus 1971, 120; Jakobs, AT⁷, § 8/80 s.; LK¹⁰-Schroeder, § 16, nm. 9; Maurach/Zipf, AT¹⁸, 23/30 ss.; Otto, AT⁴, § 7 VI 3 b; Schmidhäuser, LB AT², 10/45; Sch/Sch/Cramer⁴, § 15, nm. 57; Schreiber, Jus 1985, 875; SK³-Rudolph, § 16, nm. 33; Stratzenwerth, AT³, nm. 284; Wessels, AT³, § 7 IV 2; Hertinger, 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.; BGHSI 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 **145** especiales de *aberratio ictus*, a los que se puede dar una solución unánime independientemente de la polémica entre opiniones.

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.

b) La *aberratio ictus* ha de excluir también la pena del delito consumado, **147** 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.

c) Una *aberratio ictus* excluye además, según todas las opiniones, la pena **148** 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

²⁵⁴ En tiempos recientes: Welzel, StraR¹¹, § 13 I 3 d; Noll, ZStW 77 (1965), 5; Loewenheim, Jus 1966, 310; Puppe, GA 1981, 1; eadem, JZ 1989, 730 ss.; Kuhlén, 1987, 479 ss.

²⁵⁵ Más detenidamente acerca de este caso Eser/Burkhardt, StraR¹, 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 Württemberg-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 disjuncto 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.

151 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 que 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.

152 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. Rudolph, ZStW 86 (1974), 96 s.; Roxin, Württemberg-FS, 1977, 126; similar a aquí Ib. Wolter, 1984, 123 ss. [= El sistema moderno, 1991, 124 ss.; N. del T.]; Botke, JA 1981, 347.

²⁶¹ Hillenkamp, 1971.

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

²⁶³ Crit. con Hillenkamp: Rudolph, ZStW 86 (1974), 94 ss.; Pritwitz, GA 1983, 131; Schreiber, JuS 1985, 875; Kühlen, 1987, 485 s.

²⁶⁴ Puppe, GA 1981, 1; eadem, 1984, 120 s.; eadem, JZ 1989, 730. Crit. al respecto Heitzinger, 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 prevé que recayeran sospechas” (loc. cit., 242). Sería posible adhirirse 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 sospechas²⁶⁵.

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 hecho²⁶⁶, 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, BT1⁹, nm. 591 ss.; LK¹⁰, Herdregen, § 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 RGSSt 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

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 adquiriera 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 constatación 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 "dolos generalis" y casos afines

157 Con el —inexacto— concepto de "dolos 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 constataciones de este tipo no son tan artificiales como pudiera parecer a primera vista. Aparecen en la jurisprudencia 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 (BGHSt 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" (*dolos 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 "dolos 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 jurisprudencia 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 doctrina.²⁷¹ Hay que darle la razón en cuanto que el *dolos 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 muerta 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 enterra 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 ff.; Blei, AT¹⁸, § 33 I c; Bockelmann/Volk, AT⁹, § 14 III b cc (con reservas); Dreher/Tröndle⁴⁶, § 16, nm. 7; Jesscheck, 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, AT³, § 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 *dolos generalis* hay que afirmar la adecuación del curso causal (más detenidamente Roxin, loc. cit., 117 s.).

²⁷⁴ Una fundamentación exhaustiva en mis "Gedanken zum 'Dolos Eventualis'" ("Reflexiones sobre el 'Dolos 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 jurisprud. 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 revisado²⁷⁵. 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 jurisprud. 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 imprudente²⁷⁶. La misma se apoya sobre todo en la apreciación de que el

²⁷⁵ Más detenidamente Roxin, Württenberger-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 concreto 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

AT/1⁸, 23/33 ss.; Schmidhäuser, LB AT², 10/46; Frisch, 1987, 620 ss.; Hettinger, Spendel-FS, 1992, 237. Para el caso normal tb. Jakobs, AT³, 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, StraR¹¹, 74 [= PG, 1987, 109; N. del T.]; muy similar Preisendanz³⁰, § 16, nm. 5 b; SK⁵-Rudolph, § 16, nm. 35 a; Stratzenwerth, AT³, nm. 281 s.

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

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

²⁸³ Así sin embargo SK⁵-Rudolph, § 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 DSitR 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 jurisprudencia 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-Rudolph, § 16, nm. 34; Stratzenwerth, AT⁷, 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, AT⁷, 87/6; 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 pej. 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 posteriores 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 jurisprudencia y la doc. dom. observan acertadamente aquí sólo una desviación inesencial del curso causal y castigan por delito consumado²⁸⁸. 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 escapa, cabrá sólo plantear una tentativa) y no modifica tampoco el hecho de que el sujeto realiza su plan. Su estado de consciencia en el estado 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 estado 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 Prusia²⁹⁰:

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, AT⁷, 87/6; 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 Bernmann, 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 (quero 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 de base a los ejss. 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. 2122/1919, 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 doctrina, 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 equivocó 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 Kuhlén, 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 coautores de M (incluido el propio herido) son culpables de una tentativa de homicidio. La jurisprudencia 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 BGHS: 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: Bemmann, Stree/Wessels-FS, 1993, 397; Geppert, Jura 1992, 163; Küpper, JR 1992, 294; Mitsch, Jura 1991, 373; Müller, MDR 1991, 830; Puppe, NSZ 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, Spendel-FS, 1992, 289; Schlehofer, GA 1992, 307; Sonnen, JA 1991, 103; Stratenwerth, Baumann-FS, 1992, 57; Streng, JuS 1991, 910; Weßlau, 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 *ib.*, 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).