

## Sobre el tratamiento de las alteraciones volitivas y cognitivas (\*)

GÜNTHER JAKOBS

Catedrático de Derecho Penal en la Universidad de Bonn.  
República Federal de Alemania (\*\*)

### 1. TESIS

Se trata de fundamentar la siguiente tesis: el aspecto subjetivo del delito tiene la misión de servir a la realización del fin de la pena, entendiendo por fin de la pena el mantenimiento de la vigencia normativa, es decir, prevención general positiva.

Esta tesis se refiere al Derecho Penal tal como se practica en conjunto en la actualidad, no a un modelo, más o menos utópico de *lege ferenda*, y abarca todo el aspecto subjetivo del delito (1), incluyendo también el dolo y la imprudencia, cuya diferenciación es precisamente el principal objetivo de este trabajo.

---

(\*) El artículo corresponde a las conferencias impartidas en junio de 1988 ante la Göttinger Rechtswissenschaftlichen Gesellschaft, y marzo de 1989, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Siena (Italia) (ésta ampliada).

(\*\*) Traducción de M.<sup>o</sup> DEL MAR DIAZ PITA, Becaria de Investigación del Departamento de Derecho Penal y Procesal de la Universidad de Sevilla.

(1) La relación positiva entre culpabilidad y fines de la pena, es decir, el concepto funcional de culpabilidad, ha sido tratado últimamente, entre otros, por Noll, «Schuld und Prävention unter dem Gesichtspunkt der Rationalisierung des Strafrechts», *Festschrift für H. Meyer*, 1966, p. 219; Jakobs, *Schuld und Prävention*, 1976; el mismo, *Strafrecht, All. Teil*, 1983, pp. 17-18 y ss.; Achenbach, «Individuelle Zurechnung, Verantwortung, Schuld», en Schünemann (ed.), *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, 1984, p. 135; en parte comparable en el principio de la psicología profunda de Haffke, *Strafrechtsdogmatik und Tiefenpsychologie*, GA, 1978, p. 33. Más recientemente, F. Kaufmann, *Die philosophischen Grundprobleme der Lehre von der Strafrechtsschuld*, 1929, pp. 111 y ss.; notablemente modificado también Baurmann, *Zweckrationalität und Strafrecht*, 1987, quien propugna un Derecho de medidas referido al hecho (*tabezogenes Massnahmerecht*). Una separación entre culpabilidad y responsabilidad, en la que esta última ha de determinarse de un modo preventivo, es llevada a cabo por Roxin, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 2.<sup>o</sup> ed., 1973, pp. 33 y ss.; el

Ante todo, hay que explicar qué se entiende por prevención general positiva (2), ya que éste es el fin de la pena al que el aspecto subjetivo tiene que servir. En la prevención general positiva, la pena —a diferencia de lo que sucede en la prevención general negativa— no se dirige a la generalidad como un arsenal de futuros delincuentes potenciales que tienen que ser intimidados, sino más bien al ciudadano fiel al Derecho. Con esta probablemente sorprendente dirección se produce la siguiente situación:

Todo el mundo debe, si quiere orientarse en la vida social, poder asegurar sus expectativas. Pero como la seguridad cognitiva total sólo es imaginable en un mundo encerrado en un museo, en la vida social las expectativas deben asegurarse normativamente, es decir, confirmando al que confía en las normas que, en caso de que se frustren o quebranten las mismas, su confianza es correcta, y que el defecto está en la persona que las ha quebrantado, es decir, el delincuente. El objeto de una pena así concebida no es que el delincuente no delinca más en el futuro, y tampoco que alguien lo haga, sino sólo mostrar que lo correcto es confiar en la vigencia de la norma. Por eso, la pena supone un coste o gravamen para la conducta que infringe la norma, elevando así la posibilidad de que no sea aprendida de un modo general como una alternativa discutible. En este sentido, la pena se produce ejercitando la fe en el Derecho. Pero, en todo caso, se aprende con ella la conexión entre conducta y deber de arrastrar las consecuencias cuando la norma, a pesar del aprendizaje, se infrinja. Por ello, la pena es también una forma de aprendizaje de aceptación de las consecuencias.

Estos tres efectos: confianza en la vigencia normativa, rechazo de los modelos de conducta no conformes a la norma, aprendizaje de las

---

mismo, «Schuld» und «Verantwortlichkeit» als strafrechtliche Systemkategorien, *Festschrift für Henkel*, 1974, p. 171, y en varias obras posteriores; la última de ellas, el mismo, «Zur Problematik des Schuldsstrafrecht», *ZStW* 96 (1984), p. 641; el mismo, *Was bleibt von der Schuld im Strafrecht übrig?* *SchwStr.*, 104 (1988), pp. 365, 367. De todos modos, según Roxin, también la culpabilidad «en tanto que pueda ser investigada en la práctica forense, se determinará en su contenido, a través de puntos de vista preventivos»; el mismo, *Schuld, Prävention und Verantwortlichkeit im Strafrecht*, *Festschrift für Bockelmann*, 1979, pp. 279, 307. Compárese en la literatura crítica, Stratenwerth, «Literaturbericht», *ZStW*, 91 (1979), pp. 902, 915 y ss.; Schünemann, «Die Funktion des Schuldsbegriffs im Präventionsstrafrecht», en el mismo (ed.), *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, 1984, pp. 153 y ss.; Baratta, «Integration-Prävention. Eine systemtheoretische Neubegründung der Strafe», *KrimJ*, 1984, p. 132; Arthur Kaufmann, «Schuld und Prävention», *Festschrift für Wassermann*, 1985, p. 889; Maiwald, «Gedanken zu einem sozialen Schuldbegriff», *Festschrift für Lackner*, 1987, p. 149; Hirsch, *Festschrift der Rechtswissenschaftlichen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Universität zu Köln*, 1988, pp. 391, 417 y ss.; vid. también Kunz, *Das strafrechtliche Bagatelprinzip*, 1984, pp. 266 y ss.; el mismo, «Prävention und gerechte Zurechnung», *ZStW*, 98 (1986), p. 823.

(2) Al respecto, y para mayor información, Jakobs, *All. Teil*, 1/4 y ss.

consecuencias de la infracción normativa, se pueden resumir en una forma de aprendizaje del reconocimiento normativo. Dado que esta forma de aprendizaje debe de tener efecto general, el modelo de pena que se acaba de describir es, en definitiva, un modelo de prevención general a través del aprendizaje del reconocimiento normativo. A este fin sirve el aspecto subjetivo del delito en la forma en que se presenta el Derecho vigente.

## 2. FUNCION DE LA SUBJETIVIZACION

Para comenzar, una cuestión radical: ¿Por qué hay un aspecto subjetivo del delito?

La respuesta parece evidente: a quien ni aún con su mejor voluntad hubiera podido evitar la realización del aspecto objetivo de un delito, no se le puede reprochar su conducta. Pero esto no es tan evidente como a primera vista pudiera parecer (3). ¿Quién es esta persona?, y ¿de dónde recibe sus características determinantes?

En la vida cotidiana vemos normalmente a personas en sus diversos roles, como médico, trabajador, policía, etc. Las expectativas que se dirigen a esos roles dependen de los roles mismos, o más exactamente, son parte de los roles. Así, por ejemplo, de un médico espera el paciente no sólo que se esfuerce como cualquier otra persona, sino que realice una actividad que corresponde a un sólido *standard*. Si el portador de ese rol no puede cumplir las exigencias que de él se derivan porque, por ejemplo, carece de la inteligencia suficiente, esto no es óbice para decir que ha incumplido su rol, y ciertamente de una forma que puede imputársele fundadamente. Si se permite al titular de un rol que por su muy especial constitución individual se pueda disculpar, esto significa que la imputación jurídico-penal no se produce para el titular de un rol, sino para una persona sin tener en cuenta el rol en el que ha realizado la

---

(3) La función de la subjetivación está poco tratada. La declaración de Armin Kaufmann de que el principio de culpabilidad «es un principio fundamental del mundo consuetudinario» (*Das Schuldprinzip*, 1961, p. 208), podría coincidir con lo que la mayoría, desde luego no todos, opinan. Aquí tampoco lo vamos a contradecir. Pero, ¿por qué el mundo consuetudinario ha de estar configurado así y no de otra manera?, y ¿por qué puede funcionar? Las usuales explicaciones del concepto penal de culpabilidad ni siquiera rozan este punto: culpabilidad como reprochabilidad (*BGHStr.*, 2, pp. 194, 200), como alteración volitiva (Welzel, *loc. cit.*, p. 139; Arthur Kaufmann, *loc. cit.*, pp. 149 y ss.), como actitud ilícita manifestada en el hecho concreto (Schmidhäuser, *All. Teil*, 2.<sup>a</sup> ed., 1975, 10/3), etc. En tanto la función se reconoce, aparece en un sentido peyorativo, como por ejemplo en Kargl, *Kritik des Schuldprinzips. Eine rechtssoziologische Studie zum Strafrecht*, 1982, pp. 198 y ss., 388 y ss., 433 y ss. Respecto al problema, véase Jakobs, en Witter (ed.), *Der psychiatrische Sachverständige im Strafrecht*, 1987, pp. 271 y ss.

frustración. La persona a la que se le reprocha algo no coincide, por tanto, con la persona titular de un rol a la que se dirigen las expectativas cotidianas.

Esta referencia a lo individual no sólo tiene a veces efectos disculpantes cuando, por ejemplo, alguien no puede cumplir las exigencias de un rol por alguna incapacidad de tipo individual, sino que también tiene efectos inculpatórios, cuando desde el punto de vista individual se pueden cumplir suficientemente las exigencias del rol.

Esta referencia individual concluye, por tanto, que se limite el fallo de una persona y su valoración jurídico-penal al sector de un rol; la persona ha fracasado más bien en las partes que son comunes a todos sus roles y, por eso, se le enjuicia más allá de sus propios roles. El fallo que una persona puede tener como médico no se le imputa sólo por el rol que desempeña como tal, sino también individualizadamente como padre de familia, miembro de una corporación o en cualquier otro rol que pueda desempeñar. La individualización de la imputación también puede ser un factor de incriminación. Por eso se puede presumir que esta individualización sólo es necesaria en una sociedad en la que frecuentemente se producen cambios de rol: si, por el contrario, las personas fueran individualizadas continuamente por sus roles principales, ni siquiera se plantearía (4) la cuestión de si podrían cumplir con sus exigencias.

### 3. IMPUTABILIDAD, EXIGIBILIDAD

1. Ahora vamos a tratar de la correcta configuración del aspecto subjetivo del delito. ¿Por qué y cómo es así y no de otra manera? Con la imputación se aísla, de entre todos los factores causales que condicionan cualquier perturbación social, precisamente a la naturaleza del conflicto. No lo que junto con él (la naturaleza, la víctima), ni lo que a través de él (lo que ha aprendido, lo que cree, el «espíritu de la época») tiene también un efecto causal, se imputa como causa del conflicto, sino sólo el autor mismo *per se* (5) se define como causante. La imputación no es un fenómeno natural, sino una explicación del mundo. La pena no sigue al delito, como la noche al día, sino como pregunta y respuesta. La pregunta, el delito, contiene una actitud negativa hacia la norma y hacia las condiciones de su vigencia fáctica. Y la pena es la

---

(4) Un mando del ejército o un sacerdote que apelan en el momento decisivo a una incapacidad personal cuestionaría la estructura de la sociedad de la cual forman parte estos mandos del ejército o estos sacerdotes. Al estrechamiento de un rol coadyuvan el celibato o incluso la exención de las usuales conductas privadas.

(5) «Ningún hecho tiene pasado», Nietzsche, *Menschliches, Allzumenschliches*, Tomo II, 2. secc. n.º 28.

respuesta a esa pregunta desvalorada. Pero esta respuesta puede faltar en tres grupos de casos o, por lo menos, quedar claramente debilitada. Sucede esto cuando, siguiendo con la misma paráfrasis: primero, el que pregunta es incompetente; segundo, cuando su declaración se refiere a una situación especial, y tercero, cuando a todas luces lo que dice es inadecuado o falso. Veamos ahora, por separado y más detenidamente, cada grupo de casos.

2. En el primer caso, no se precisa ninguna respuesta cuando la pregunta procede de una instancia que no es competente para interpretar las reglas de la convivencia. Se trata de delitos cometidos por personas inimputables *stricto sensu*. Con ello se quiere decir que se trata de personas en las que el hecho sólo puede ser explicado en base a patrones objetivos y en las que la ausencia de modulación de estos modelos también está condicionada objetivamente. Estas personas son, desde el punto de vista cualitativo, anormales. Prototipo de las mismas es el enfermo mental. El conflicto que una persona de este tipo produce con su hecho, no afecta a la vigencia de la norma, sino a la seguridad de los bienes. El delito no puede explicarse como un proyecto individual de configuración del mundo, sino sólo como expresión objetiva de la catástrofe que pesa sobre la persona y, por eso, la reacción al mismo tiene que ser puramente cognitiva, como si de una catástrofe natural se tratara; al enfermo mental o se le cura o se le encierra en un manicomio.

3. En el segundo caso, tampoco es necesaria una respuesta o, en todo caso, una respuesta tan grave a la actitud desvalorativa del sujeto cuando la génesis del conflicto puede ser situada lejos del mismo sujeto o a través del sujeto, pero en otras causas. Ocurre esto en los casos de exculpación, o más exactamente de inexigibilidad, o más exactamente aún, de inexigibilidad parcial o total, ya que este ámbito es, a diferencia del citado en primer lugar, cuantificable. La consideración funcional en Derecho Penal del aspecto subjetivo del delito ha comenzado con una explicación de las causas de inexigibilidad y de las excepciones a estas causas (6). Como el tema ha sido tratado con detalle en la doctrina especializada (7), voy a hacer sólo algunas observaciones.

El ejemplo clásico de inexigibilidad es el estado de necesidad disculpante. La actual regulación legal de esta exculpación conoce excepciones en caso de necesidad existencial. Así, por ejemplo, no puede exculparse, o por lo menos no totalmente, a quien «puede exigírsele que asuma el peligro», lo que, entre otros casos, puede darse cuando el sujeto «se encuentra en una relación jurídica especial» (§ 35, StGB).

---

(6) Roxin, *Festschrift für Henkel* (nota 1), pp. 171, 182 y ss.; el mismo, «Über den Notwehrexzess», *Festschrift für Schaffstein*, 1975, p. 105.

(7) Más información en Timpe, «Grundfälle zum entschuldigenden Notstand (§ 35, párr. 1, StGB) und zum Notwehrexzess (§ 33, StGB)», *JuS*, 1984, p. 859; el mismo, *JuS*, 1985, pp. 35, 117.

El ejemplo que suele citarse de esta situación, el de los bomberos ante un pavoroso incendio, no es el único, ni siquiera el más importante. También ocurre lo mismo en muchos actos coactivos de los que realiza frecuentemente la Administración del Estado. Así sucede, en primer lugar, con los soldados en guerra, cuya fuga por miedo a la muerte no es disculpante, ya que, de lo contrario, no podría llevarse a cabo una guerra.

En el caso del bombero se podría argumentar todavía que cuando se asume voluntariamente el ejercicio de esta profesión de algún modo se promete implícitamente asumir también las cargas que implica la misma (8); pero este argumento sería más difícilmente defendible en el caso de los soldados, aunque éstos también asumen obligaciones similares con la jura de bandera y actos parecidos. En todos ellos, es evidente que son obvias y precisas razones de utilidad para el Estado las que regulan la culpabilidad.

Otro importante grupo de casos lo constituyen los presos preventivos o ya condenados que no han realizado el delito que se les imputa (9). No quedan exculpados si se evaden empleando violencia, ya que, de lo contrario, no podrían organizarse los establecimientos penitenciarios para acoger a los presos preventivos y condenados que sí han cometido realmente el delito. Esto es evidente en el caso de la prisión preventiva. Una exculpación del empleo de la violencia para evadirse por parte del injustamente condenado, supondría para el sistema penitenciario que en el enjuiciamiento de esta violencia habría que revisar la condena penal en virtud de la cual se encuentra en prisión el recluso, y esto significaría que podría darse de hecho una revisión actual, informal y forzada por la evasión violenta, del proceso que dio origen a la condena; algo que, desde luego, no podría ser asumido por la Administración de Justicia.

En la regulación legal de la exigibilidad no se trata, por tanto, de decidir la cuestión de qué es lo que puede exigirse a un sujeto aisladamente considerado. El miedo del soldado a la muerte en guerra no tiene por qué ser considerado de menor importancia que el miedo del náufrago tras el naufragio famoso de la fragata *Mignonette* (10). El autor de un delito no vive efectivamente aislado, sino en una sociedad y un Esta-

---

(8) Lo que quedaría por aclarar es la razón por la cual esta promesa también obliga. La extendida conclusión de que del especial vínculo jurídico contenido en el § 35, párr. 1, s. 2, StGB, se deriva un deber especialmente exigible es un círculo cerrado; los deberes que obligan aún en estado de necesidad son por definición más fuertes que los que no obligan. El problema que desde luego se plantea es cómo se fundamenta esta obligatoriedad.

(9) Según Lenckner, en «Schönke/Schröder», StGB, 23.ª ed., 1988, § 35, marg. 26, la exculpación ha de darse en los casos límites.

(10) Radbruch, *Der Geist des englischen Rechts*, 4.ª ed., 1958, pp. 69 y ss.

do configurados de un modo determinado y, por eso, deben ponderarse en cada caso las coacciones que deben asumir y las que pueden servirle de exculpación. Esto no vale para la regulación legal de la exigibilidad y de la inexigibilidad, que el juez desarrolla independientemente de las situaciones de necesidad, en el momento de determinación de la pena y en las que no siempre se trata de considerar situaciones de miedo; también puede tratarse de una ideología que impida o dificulte obedecer una norma. El tratamiento del delincuente por convicción no depende sólo del grado de convicción, sino también del origen y contenido de la misma. Dicho con un ejemplo: aferrarse a una ideología coincidente con el sistema (por ejemplo, los Testigos de Jehová) puede servir de disculpa; pero no hacer lo mismo con una ideología contraria al sistema (terroristas por convicción), a no ser que el sujeto se distancie de la ideología, con lo que su exculpación iría paralela a la inculpación de los administradores de esa ideología (11).

#### 4. QUERER/NO QUERER *VERSUS* SABER/NO SABER

##### 1. La equivalencia del querer y el saber para la vigencia fáctica de la norma

Vamos a ocuparnos ahora del tercer grupo de casos, en el que la respuesta a la perturbación social no puede darse o, todo lo más, de forma atenuada. Se trata de aquellos casos en los que el sujeto actúa claramente de un modo incompetente, incorrectamente. Como veremos más adelante, ocurre esto con la imprudencia y cuando se actúa desconociendo la norma, o dicho simplifícadamente (12), cuando en el comportamiento se da una alteración de las facultades intelectivas, no de las volitivas. Para demostrarlo deben, en primer lugar, considerarse más detenidamente las condiciones de funcionamiento de la norma. Esto conducirá a un resultado *prima facie* sorprendente.

---

(11) Como ocurrió en la Sentencia «Stachynskij», del *BGH*, 18,87 a, contra Scheljepin. Sobre la cuestión de que en esa decisión tras la configuración de la teoría de la participación se esconden consideraciones sobre la medición de la pena, ver Roxin, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 4.<sup>a</sup> ed., 1984, pp. 591 y ss.; Bloy, *Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht*, 1985, pp. 99 y ss.

(12) La simplificación consiste, en primer lugar, en que una alteración cognitiva evitable va acompañada siempre de una alteración volitiva evitable, es decir, de un defecto en el esfuerzo de lograr un conocimiento correcto. En segundo lugar, la efectiva realización del tipo (y del injusto) aluden sólo a un déficit cognitivo. En el caso inverso, la aceptación errónea de la realización del tipo (o del injusto), es decir, en la tentativa (o en el delito imposible) no rigen estas afirmaciones: en la tentativa, el sujeto agente ha decidido anteponer su objetivo al riesgo de realización del tipo. El sujeto contradice la norma inmediatamente, no sólo sus condiciones cognitivas de aplicación.

La pretensión de vigencia que emana de la norma se transforma por el sujeto en la realidad cuando se cumplen varias condiciones: el sujeto debe poder conocer la norma y la realidad, para poder trazar un camino en el que ambas, norma y realidad, puedan coincidir. Debe, además, querer esa coincidencia, es decir, debe ser predominantemente motivado a preocuparse de su realización. Se trata, por tanto, de unas prestaciones de tipo intelectual (del conocimiento de la norma, de la realidad y de su armonización) y de una prestación de carácter volitivo (la motivación predominante hacia la observancia de la norma). Si el sujeto presenta déficit en la prestación volitiva o en la intelectual, no puede observar la norma en la realidad. Dicho con un ejemplo: la norma convencional de levantarse del asiento para saludar a una señora únicamente puede ser observada si el sujeto, no sólo puede conocer dicha norma, la situación en la que se encuentra respecto a la señora y la posibilidad de levantarse, sino también cuando quiera observarla, es decir, cuando no le es completamente indiferente o no le da mayor importancia a quedarse sentado. Lo mismo sucede con las normas jurídicas.

Lo que antes calificábamos como un resultado sorprendente es lo siguiente: aunque todas las prestaciones citadas, intelectuales y volitivas, son condiciones necesarias de observancia de la norma y, por tanto, son equivalentes, el Derecho las valora de modo diferente según se trate de déficit intelectivos, que generalmente exculpan, o volitivos, que generalmente no exculpan e incluso son motivos de inculpación. Dicho concretamente: la imprudencia se castiga por lo general con una pena menor o mucho menos grave que el dolo. En los delitos cometidos con conocimiento de la antijuricidad, el § 17 del Código Penal alemán (StGB) permite que la pena sea atenuada, aunque esta atenuación no sea obligatoria. La inobservancia de la norma por falta de interés no constituye, en cambio, ningún motivo de atenuación.

Me explico. Imagínese dos acusados con biografías similares que, en situaciones parecidas, han cometido delitos también parecidos. El primero de ellos, al comparecer ante el Tribunal, confiesa que si hubiera tenido mayor interés en obedecer la norma no hubiese cometido el delito y que no tiene intención de volver a cometerlo. El segundo, en cambio, manifiesta un radical desinterés en la observancia de la norma tanto antes de cometer el hecho y durante su realización como después. Esto, evidentemente, se vuelve en su contra, ya que, por decirlo simplificadaamente, está más lejos de la observancia de la norma que el primer delincuente. Pero, ¿por qué se vuelve en su contra este alejamiento? Otra cosa sucede cuando se trata de defectos intelectivos. La magnitud del defecto no es, en este caso, motivo alguno de inculpación. Ello se ve claramente si hacemos una variación en el ejemplo citado anteriormente: si el primer delincuente confiesa que ha cometido el delito actuando en un error fácilmente evitable o que él generalmente hubiera podido evitar mientras que el segundo demuestra que, por su defectuosa



capacidad intelectual, actuó en total desconocimiento, nadie va a reprocharle a éste su falta de inteligencia; pero entonces, ¿por qué reprochamos a alguien su falta de disposición a observar la norma?, ¿por qué la estupidez exculpa y no lo hace la falta de voluntad, si tanto la inteligencia como la voluntad son necesarias para armonizar la norma con la realidad?

## **2. La necesidad de pena en caso de alteraciones de la capacidad volitiva**

a) Un dicho popular afirma que la pena quizá pueda servir para los sinvergüenzas, pero no para los tontos. Esta afirmación no debe ser llevada demasiado lejos, pues siempre queda por resolver el problema de por qué se puede castigar cuando los defectos intelectivos son evitables, aunque no siempre y, en todo caso, con una pena menos grave que cuando el elemento intelectual no está alterado lo más mínimo. También la falta de conocimiento que, por no deberse a falta de inteligencia, sino desatención, puede ser superada, parece más disculpable, aunque, cuantitativamente, sean más frecuentes las lesiones de bienes jurídicos que se deben a falta de conocimiento que aquellas que se dan con pleno conocimiento; compárese, por ejemplo, las lesiones y homicidios imprudentes con los correspondientes delitos cometidos dolosamente.

La respuesta a la cuestión de cuál sea la razón por la que deben diferenciarse las alteraciones intelectivas de las volitivas —una de las claves de todas las teorías sobre el aspecto subjetivo del delito— está íntimamente relacionada con la reflexión sobre las cualidades que debe mostrar un sistema normativo que pueda permitirse tratar con la misma condescendencia con la que trata las alteraciones intelectivas también las volitivas. La respuesta es simple: en un sistema de esta clase la capacidad intelectual y la volitiva tendrían que estar inseparablemente unidas. Quien conoce la norma desde el sistema y la situación a la que ella se adapta, también quiere aplicarla forzosamente.

La diferenciación de trato entre las alteraciones volitivas e intelectivas tiene que ver con la especificidad de aquella clase de reglas entre las que se cuentan las normas jurídicas. En el ámbito de las reglas que hemos aprendido de la experiencia, es decir, de las reglas naturales, tanto como en el de las reglas matemáticas, incluida la lógica, también se puede ciertamente distinguir entre las alteraciones volitivas y las intelectivas —se puede, por ejemplo, calcular falsamente, porque no se sepa sumar y se desconozca por tanto una regla, o no se haya aprendido por falta de ganas, o ambas cosas a la vez—, pero lo que no puede darse es un déficit volitivo cuando se tiene un conocimiento actual de la regla, es decir, un defecto del saber. Nadie puede

querer en serio (13), cuando sabe que dos y dos son cuatro, un comportamiento que presupone que dos y dos son cinco.

¿Se puede trasplantar esta idea a las normas jurídico-penales? Se podría intentar incluso redefinir los déficits volitivos jurídicos en un desconocimiento jurídico, es decir, en un déficit intelectual. El acusado ficticio al que antes nos referíamos, que no quería obedecer las reglas jurídicas, ¿no las desconocía de algún modo? Si hubiese tenido claro que tales coacciones son inevitables en una sociedad configurada de determinada forma y hubiese determinado correctamente su situación en la sociedad, ¿no habría quedado excluido su querer equivocado? En realidad, este planteamiento ayuda muy poco. Incluso si se hubiera aclarado al acusado tras largos discursos, antes de cometer el hecho, que tampoco él podía cuestionar la vigencia de la norma, la carne sigue siendo débil, aunque el espíritu esté pronto. Sólo la evidencia, que surge inmediatamente y no discursivamente, de las reglas matemáticas, vincula el querer con el saber; pero una tal evidencia no puede ser alcanzada por las reglas jurídicas, en tanto no se haya eliminado todo tipo de «alienación» en ellas.

Con la promulgación y publicación de las reglas jurídicas no se produce, pues, la conexión entre el querer y el saber. Pero si se fingiera esta conexión, ¿cuál sería la consecuencia?, ¿qué tendría que ocurrir, por tanto, con el acusado que infringiera una norma jurídica tan evidente como la más simple regla matemática? La respuesta es obvia: el acusado hubiese podido realizar la infracción normativa sólo si hubiera desconocido la evidencia —no se puede calcular falsamente, cuando se sabe actualmente como hacerlo de forma correcta—, y por desconocimiento sería tratado como alguien que hubiera infringido la evidencia de las reglas matemáticas más simples, es decir, como alguien que hubiera pensado que es correcto decir que dos más dos son cinco. Sería mandado a casa por tonto.

Quien duda del resultado, ha de imaginarse a los miembros de una secta, absolutamente convencidos de poseer la llave que abre la puerta de la felicidad eterna ante un disidente de la propia secta. ¿Ha de ser castigado? Si no se pone en cuestión la verdad absoluta, lo único que se puede hacer es lamentar que el disidente haya perdido todo lo esencial; y si se piensa en la imposición de una pena será para, en una actitud paternalista, darle la oportunidad de recuperar, por su bien, lo que ha perdido, o bien como ofrenda al tal vez ofendido fundador de la religión (el cual, si se tratara de un fundador que tampoco creyera en su religión como la única posibilidad de existencia, también sería un disidente). Sólo cuando parece posible que uno mismo o los otros

---

(13) Dicho en términos penales, un dolo que domine el hecho contradictorio de las reglas conocidas de la experiencia o de las matemáticas es inviable.

se conviertan en disidentes, cuando la certeza de que una norma es segura desde un punto de vista intersubjetivo, cuando la sociedad ya no se entiende sencillamente como perfecta, sólo tiene sentido imponer un castigo por parte del Estado como medio para lograr la estabilización de un orden imperfecto de convivencia, y, por tanto, inde-mostrable, entre los sometidos a las normas.

b) Ahora podemos intentar contestar a la pregunta de por qué el Derecho no excluye, ni siquiera atenúa, la responsabilidad en casos de alteraciones volitivas de personas imputables, aunque se den situaciones determinadas de exculpación.

El Derecho no puede permitir un tratamiento indulgente de las alteraciones volitivas y ello porque el conocimiento de una regulación correcta no trae como consecuencia obligada la voluntad de observancia de las normas. No se podrá poner en duda la vigencia de normas aisladas, como, por ejemplo, la prohibición de matar o lesionar arbitrariamente a otro, pero de todas maneras se pueden infringir las normas si se elige el contexto adecuado, sin tener dificultades de orientación en la vida cotidiana, es decir, sin comportarse como un tonto. Quien, por ejemplo, roba donde puede pero exige la protección estatal de su propiedad, quizá se comporte de modo inconsecuente (la teoría del reconocimiento indirecto (14) deduce de ahí la legitimación de la norma); pero con esa inconsecuencia no es difícil vivir aun cuando con ello el carácter o —como se dice actualmente— la identidad resulte un tanto miserable. Desde luego, no se considera tonto comprar la felicidad sacrificando el carácter.

El déficit que sufre el Derecho en lo referente a sus fundamentos se compensa con el hecho de que es el sometido a las normas a quien se le impone la carga de esa fundamentación. Este ha de querer el cumplimiento de la norma siempre que la conozca, aunque no la considere correcta. El que una alteración volitiva se articule como culpabilidad no debe derivarse de un concepto apriorístico de culpabilidad normativa, sino que se explica de modo informal a partir de las condiciones de imposición del Derecho. La explicación no nos la ofrece la referencia a una capacidad individual, lo cual también se puede dar, sino la referencia a la imputación efectiva de la misión que todos tenemos de procurarnos esa capacidad.

En todos los conjuntos de normas extrajurídicas que no son absolutamente demostrables ocurre lo mismo, por ejemplo, en una moral general que, dentro de un pluralismo aparece como la moral predominante así como los innumerables tipos de moral. Las condiciones de imposición de las normas tanto jurídicas como morales son, al mismo

---

(14) Ya Locke, *The Second Treatise of Government*, 1960, párr. 119.

tiempo, condiciones de existencia de la sociedad y una persona que existe desde un punto de vista social las entiende como condiciones indisponibles para la vida. Quien se define como persona que vive en sociedad, debe también definirse como persona competente (15) cuya voluntad es suficiente para observar las normas. Esta competencia generalmente aceptada e interiorizada es la que suministra la base para la exigencia de una responsabilidad a la que usualmente se llama culpabilidad en caso de incumplimiento voluntario del mandato normativo.

### 3. Exención de responsabilidad en caso de alteraciones evitables de las facultades intelectivas (Imprudencia)

a) Después de lo expuesto puede comprenderse por qué los defectos volitivos no eximen de responsabilidad normalmente (16). Sin embargo, no sucede lo mismo con las alteraciones cognitivas. ¿Por qué una alteración cognitiva exige normalmente de responsabilidad? El argumento que habitualmente justifica la exención de responsabilidad es el de que le sería más difícil evitar el quebrantamiento de la norma a un sujeto que actúa de modo imprudente que al que lo hace dolosamente, pues éste representa de forma consciente el

---

(15) Véase Dux, *Der Täter hinter dem Tun*, 1988, pp. 57 y ss.

(16) La razón por la que el tratamiento de la imprudencia es generalmente menos severo apenas se trata. Esto se puede decir incluso —aunque con limitaciones— del fundamental trabajo de Köhler, *Die bewusste Fahrlässigkeit*, 1982. Según Köhler, la imprudencia engendra culpabilidad cuando la autodeterminación del sujeto constituye la razón por la cual este sujeto carece del adecuado conocimiento sobre la significación de la lesión (p. 14). Köhler considera esta razón, respecto de la imprudencia frente al dolo, «no tan fundamental, mediata» (p. 357 y *passim*), y fundamenta esta atenuación también respecto del sujeto agente, pero no lo hace siguiendo categorías sociales. Según Frisch, *Vorsatz und Risiko*, 1983, un hecho doloso ha de mostrar una mayor peligrosidad (p. 99, junto con otras razones, pp. 48 y ss.), pero más allá de la lesión (ésta es un elemento del tipo imprudente) no puede aumentar el peligro. Los argumentos psicologizantes son usuales (los hechos dolosos suelen ser más fácilmente evitables que los imprudentes, Samson, en *SK StGB*, § 16, marg. 36), así como los eticizantes (el autor doloso se habría decidido a favor de la lesión del bien jurídico; Ziegert, *Vorsatz, Schuld und Vorverschulden*, 1987, p. 165, véase también pp. 113 y ss.). Otras afirmaciones: Schmidhäuser, *Allg. Teil* (nota 3), 10/77: la imprudencia es, en comparación con el dolo, un hecho menos reprochable; Maurach/Gössel, *All. Teil*, tomo 2, 7.ª ed., 1989, § 42, marg. 2: la imprudencia como injusto menor. Relativamente detallado, Jescheck, *All. Teil*, 4.ª ed., 1988, § 54, I2: «En efecto, el contenido del injusto y de la culpabilidad del delito imprudente es más estrecho que el del delito doloso, puesto que aquí el sujeto actúa en contra del mandato del ordenamiento jurídico no de forma voluntaria, sino sólo por una falta de atención.» En la palabra «sólo» radica el problema.

suceso típico. Este es un argumento muy problemático, pues de un hecho psíquico («el representarse de forma consciente») no se puede derivar obligatoriamente una valoración. Así, ya se demostró cuando tratamos las alteraciones volitivas, que una voluntad fuertemente determinada a delinquir, la cual dificulta especialmente el cumplimiento de la norma, no supone una causa atenuante, pues a cada persona corresponde procurarse una disposición a cumplir la norma que sea suficiente. Si no logra esos presupuestos, ello le serviría tan poco de atenuación como la falta de voluntad a quien rechaza el cumplimiento de la norma.

b) Vamos a intentar aproximarnos a la solución a través de un análisis detallado de la vulneración de la norma tanto en el dolo como en la imprudencia. La alteración volitiva del delincuente doloso tiene efecto inculpatorio porque el Derecho no puede probar su adecuación, o sea, porque no puede fundamentar la necesidad de una voluntad conforme a la norma. Si el sujeto en el momento de cometer el hecho considerara desde su punto de vista individual que lo correcto es obedecer la norma, bastaría con ello para garantizar la vigencia fáctica de la misma. Como lo que falta precisamente es la corrección de su comportamiento, el delincuente lo que hace es imponer la concepción que él considera correcta del mundo frente a la afirmación de la norma. Así, por ejemplo, la norma que declara que hay que respetar la integridad ajena es conculcada por el delincuente doloso, quien considera, agrediendo a su enemigo, que la integridad ajena no cuenta tanto como la satisfacción de su venganza. Y esto no es sólo válido para delitos intencionales, sino también para los efectos concomitantes. Quien en un camino arrolla a un niño declara con ello que su prisa por llegar a tiempo a un lugar determinado es más importante que la integridad del niño.

En lo referente a delitos cometidos imprudentemente se trata de otra cosa, pues aquí nos encontramos con una imprudencia difusa, no dirigida, es decir, una imprudencia que no es la consecuencia de un desinterés reflexionado hacia unos determinados bienes. Aclaremos la diferenciación entre imprudencia dirigida y no dirigida. Imprudencia dirigida es aquel desconocimiento que no es enjuiciado por el delincuente como un defecto de su capacidad de orientación en el mundo puesto que el ámbito desconocido del objeto no le interesa. Así, por ejemplo, muchas personas no saben que producen ruidos desmesurados o que deterioran el medio ambiente, porque los conciudadanos y el medio ambiente les son indiferentes. Si tuvieran interés por el bienestar de otros o de todos, los efectos perjudiciales les serían evidentes, pero falta ese interés. Otro ejemplo: dos territoristas se dirigen en coche hacia una calle cortada por un control policial y quieren romper ese control; el primero tiene en cuenta que ello puede resultar mortal para el policía; para el segundo, la vida del policía no es digna de

consideración. Según el Derecho vigente, este último resultará privilegiado (17).

Para los sujetos que actúan con esta imprudencia dirigida, la frontera entre dolo e imprudencia, que se traza (18) estrictamente a partir de la diferenciación entre conocimiento y desconocimiento (§ 16, párr. 1, StGB) supone un beneficio sin justificación axiológica: el que obra sin escrúpulos no se da cuenta del desastre que está provocando, y por ello resulta beneficiado en comparación con el que actúa escrupulosamente. Este beneficio sólo se puede explicar partiendo del interés que el legislador tiene en establecer (19) una frontera clara y sin complicaciones entre dolo e imprudencia. El tratamiento indulgente de la imprudencia no se produce por el desconocimiento del que carece de escrúpulos, sino precisamente a pesar de ese desconocimiento. El paradigma de la imprudencia sólo puede ser, por tanto, el desconocimiento no dirigido; la imprudencia dirigida no pertenece, a pesar del elemento psíquico del desconocimiento, al

---

(17) Al contrario de lo que sucede con la relación subjetiva con el injusto del hecho, en la que normalmente se distingue entre desconocimiento causado por error y desconocimiento causado por indiferencia o por una actitud enemistosa hacia el Derecho, el problema del desconocimiento del tipo causado por indiferencia o actitud enemistosa no se trata con la misma exhaustividad. La argumentación de Hassemer, *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, 1981, p. 207 (trad. al castellano de Arroyo Zapatero/Muñoz Conde, Barcelona, 1984), de que «sólo el sujeto con conocimiento del tipo llevaría a cabo un acto de sometimiento personal y social de la víctima» no es satisfactoria. El sometimiento no deja de serlo por el solo hecho de que el sujeto que reflexiona no lo incluye en su conocimiento. Köhler (nota 16), p. 369, nota 18 (véase también pp. 322 y ss.) critica esta posición como un concepto extremadamente objetivista y normativista..., para la autoinclusión del sujeto y para la diferenciación que de ahí resulta del concepto de imputación no tienen ninguna importancia esencial para la fundamentación de la penalidad. Esto supone una interpretación totalmente individualizante y psicologizante del término «autoinclusión». Naturalmente, la ceguera frente a otras personas es también una interpretación del comportamiento hacia ellos, es decir, hacia su desvalorización; no hay motivos para apreciar esta interpretación. Para más información véase Jakobs, *Allg. Teil*, 8/5, nota 9; ver también Frisch (nota 16), pp. 235 y ss.

(18) Según Hruschka, «Über Schwierigkeiten mit dem Beweis des Vorsatzes», *Festschrift für Kleinknecht*, 1985, pp. 191, 200 y ss., en lo referente al dolo no se trata de un hecho psicológico, sino de una imputación, un juicio adscriptivo. Pero esta imputación se verifica a través de circunstancias externas, de hechos objetivamente constatables y, por tanto, se construye desde una perspectiva naturalística.

(19) Existen indicios de Derecho positivo respecto a la posición privilegiada de la imprudencia dirigida e incluso en algunos casos, la ley prevé sanciones iguales para el dolo y la imprudencia; en el Derecho penal nuclear se trata fundamentalmente de los delitos de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas y de drogas (§ 316, 323 a, StGB), es decir, delitos en los cuales el desconocimiento del sujeto sobre su merma de capacidad debida a las sustancias tóxicas podría estar basada, en los casos relevantes en la práctica, en un desinterés por adquirir ese conocimiento, o sea, en una ceguera hacia los hechos.

grupo de casos (20) a tratar con menos gravedad. Del mismo modo que a principios de siglo el concepto normativo de culpabilidad se utilizó para superar la concepción psicológica de la misma, debe ahora, a finales de este siglo, elaborarse un concepto que permita arrumbar definitivamente un concepto de dolo configurado desde un punto de vista puramente psicológico (21).

El sujeto que actúa con imprudencia no dirigida contradice la norma sólo indirectamente. Esto se puede explicar como si fuera un diálogo entre sujeto y norma. La norma, por ejemplo, declara: la integridad ajena ha de ser observada. El sujeto, que conduce borracho, responde: exacto, yo no voy a lesionar la integridad ajena —y entonces se produce un accidente provocado por el estado de embriaguez. El delincuente imprudente no se pronuncia contra la propia norma pero sí contra sus condiciones cognitivas de aplicación. Por expresarlo con un ejemplo: en la observancia de los preceptos del Islam relativos a los rezos, el sujeto imprudente no contradice el precepto de

---

(20) Respecto a la afinidad entre imprudencia dirigida y dolo podría encontrarse una explicación para la persistencia con la que los delitos cualificados por el resultado se mantienen. El sujeto dirige a través del delito doloso básico su imprudencia contra una víctima determinada y muestra al mismo tiempo con ello su desinterés por observar el bienestar de la misma en su propia planificación. Ciertamente, no toda imprudencia que se construye sobre un hecho doloso se basa en una ceguera frente a los hechos, pero un hecho doloso podría ser un indicio de ello; véase Rengier, *Erfolgsqualifizierte Delikte und verwandte Erscheinungsformen*, 1986, p. 132: este grupo de delitos colma en cierto modo el vacío existente entre los § 211, 212, del StGB, y el 222 del mismo cuerpo legal, sobre todo en homicidios imprudentes y aquellos homicidios que se sitúan por muy poco fuera del ámbito del dolo.

(21) Incluir la imprudencia dirigida en el grupo de casos que deben ser tratados con mayor severidad no solucionaría todos los problemas (aparte que ello tampoco sería admisible de *lege lata*): objeto del conocimiento —potencial— no puede ser el resultado natural, sino sólo el peligro prohibido de que ese resultado se produzca; detalladamente, Frisch (nota 16), pp. 57, 67, 94 y ss., 480 y *passim*. También es rechazable la pretensión de establecer las fronteras del dolo en base a cualidades naturalísticas del objeto del conocimiento, como intenta recientemente Herzberg («Die Abgrenzung von Vorsatz und bewusster Fahrlässigkeit —ein Problem des objektiven Tatbestands», *JuS*, 1986, p. 249; el mismo, «Das Wollen beim Vorsatzdelikt und dessen Unterscheidung vom bewusst fahrlässigen Verhalten», *JZ*, 1988, pp. 573, 635, 639 y ss. En contra, Brammsen, «Inhalt und Elemente des Eventualvorsatzes. Neue Wege in der Vorsatzdogmatik», *JZ*, 1989, pp. 71, 72 y ss.; Küpper, «Zum Verhältnis von dolus eventualis, Gefährdungsvorsatz und bewusster Fahrlässigkeit», *ZStW*, 100 (1988), pp. 758, 781 y ss. Pues incluso un peligro «cubierto» por la atención humana (es decir, graduado por dicha atención según las normas de la experiencia pero dejando un riesgo adicional no permitido), sería el objeto del conocimiento que requiere la imprudencia consciente, mientras que el conocimiento de ese mismo peligro cuando «no está cubierto» (por la atención humana) es lo que debería constituir el dolo. Pero este concepto de protección es simplemente un dato naturalístico (en tanto rija el principio de confianza, pero Herzberg no limita su teoría a los casos en que este principio rige); la relevancia normativa de este dato naturalístico habría aún que demostrarla.

arrodillarse en dirección a La Meca a una hora determinada, sino que manifiesta una idea equivocada de donde está La Meca o de la hora a la que es preceptivo rezar.

Pues bien, la mejor disposición a observar una norma carece de significación si no existe una valoración cognitiva correcta de las condiciones de aplicación de la misma, como demuestran claramente los hechos imprudentes. Por ello no hay razón para exigir menos requisitos a la hora de establecer cuál es la valoración cognitiva correcta que cuando se trata de determinar la disposición a observar la norma. No se trata de que los requisitos sean menos estrictos, sino de otra clase de exigencias, es decir, de exigencias principalmente cognitivas.

La imprudencia no dirigida es un caso de error. Cada error es una prueba de la necesidad de revisar las bases de una planificación errónea del comportamiento. Si el sujeto que actúa imprudentemente perturba también el orden social porque yerra sobre las condiciones de aplicación de la norma, su perturbación no puede ser, en principio, considerada válida; y ello porque sobre la validez de una norma se puede discutir, pero no sobre las condiciones objetivas de aplicación de una norma reconocida. Al que se niega a cumplir una norma no se le puede probar que lo correcto es cumplirla, pero al sujeto imprudente se le puede demostrar que ha valorado erróneamente las condiciones cognitivas de aplicación de la misma, siempre, naturalmente, que se trate de un caso de imprudencia no dirigida.

Pero, ¿por qué se acepta esta demostración?, ¿por qué el aspecto cognitivo de la observancia de la norma tiene que ser confirmado a través de su verificación empírica?, ¿no podría ocurrir que nadie haga caso de esta prueba? No, pues quien toma en consideración o quien enjuicia erróneamente toda una serie de aspectos de la realidad que pueden ser aprehendidos desde un punto de vista cognitivo, tarde o temprano fracasará en la planificación de su vida. La ignorancia no es la base adecuada para proyectar la configuración del mundo, y por ello esta ignorancia se ve amenazada con una *poena naturalis*. No es casual que quien actúa imprudentemente resulte él mismo dañado al realizar el hecho, a veces incluso más que la víctima, por ejemplo en accidentes de circulación, sino que ello es la consecuencia (también) de un mal manejo de sus propios asuntos. Este peligro de que se produzca la *poena naturalis* respecto de comportamientos cognitivamente erróneos garantiza que la defectuosidad demostrada puede ser asumida por la generalidad. A ello se añade que el sujeto se ve también amenazado por sanciones informales específicas; evidentemente, una falta de visión conlleva una merma del status en la vida social. De esto se podría seguir hablando. En cualquier caso, debería ya estar claro que un comportamiento, del cual se puede demostrar que es erróneo, no va a ser valorado positivamente por nadie.



Desde este punto de vista no plantea ningún problema el por qué la imprudencia no dirigida se castiga más levemente que el dolo; lo que habría que aclarar es por qué se castiga. Vamos a exponer brevemente las tres razones (22) que existen para ello: de lo que se trata en primer lugar es de no dejar al arbitrio de cada uno el grado en el que se aceptan riesgos para bienes propios y ajenos. Por ejemplo, un piloto aficionado de rallies, amante del riesgo, tiene que aprender las máximas oficiales del tráfico con ahínco, aunque no le guste, del mismo modo que un empresario particularmente consciente de los costes tiene que asumir las máximas de riesgo que rigen las normas sobre seguridad en el trabajo. En segundo lugar, se debe establecer un conocimiento mínimo de la peligrosidad, sobre todo en aquellos casos en que raramente se da una experiencia individual del peligro. Para ello debe evitarse que un sujeto no considere peligroso, aduciendo razones aparentes, un comportamiento oficialmente considerado como arriesgado. Por ejemplo, un conductor moderadamente bebido no es arriesgado una vez. Sólo la frecuencia de este comportamiento le confiere al riesgo una entidad relevante. El que hechos de esta naturaleza se repitan se puede evitar solamente cuando todo el mundo conoce este peligro; y este conocimiento no se alcanzará nunca si hay que esperar a que se produzca la experiencia individual. En tercer lugar, y principalmente, el castigo en casos de imprudencia no dirigida debe evitar que el sujeto aprenda de modo selectivo, es decir, que sólo aprenda a prevenir situaciones en las que el peligro supone una autolesión y no aquéllas en las que el peligro supone una lesión ajena. La imprudencia no dirigida se convertiría, con esta aplicación selectiva del cuidado, en imprudencia dirigida.

c) Resumiendo, los primeros resultados a los que hemos llegado en el tratamiento diferenciado por nosotros propuesto de las alteraciones de las facultades psicológicas según se trate de alteraciones provenientes de defectos volitivos o de defectos cognitivos, podemos decir ahora lo siguiente: siempre que se demuestre que se ha configurado el aspecto subjetivo del delito erróneamente, se podrá eximir de responsabilidad penal, ya que la necesidad del cumplimiento de la norma puede ser demostrada sin que para ello sea preciso su aseguramiento por el Derecho penal. Pero todo lo que no pueda ser atribuido a error del autor del delito o de otras personas, que incluso tienen buenas razones para creer que es correcto lo que hacen, no puede nunca eximir de responsabilidad, porque las normas no podrían entonces imponerse. Dicho de otra forma, la norma prescribe sólo lo que no se impone en su conjunto por sí mismo.

---

(22) A ellas habría que añadir el que el peligro o incluso una *poena naturalis* no constituyen por sí mismos una solución *formal* del conflicto, como demuestra la existencia del § 60, StGB, que prevé para estos casos el perdón judicial. Le agradezco la indicación al prof. U. Pioletti, de Roma.

#### 4. Consideración específica del conocimiento o del conocimiento potencial del injusto

a) No resulta muy difícil encontrar paralelismos entre las reglas que regulan la imprudencia y las que regulan el error de prohibición. El desconocimiento dirigido del Derecho, es decir, el desconocimiento proveniente de una actitud contraria e indiferente al Derecho, no constituye una causa atenuante (23). El § 17 del StGB en lo referente a este desconocimiento contiene la posibilidad de atenuar la pena, pero no obliga a ello.

Y también lo que se refiere a aquella parte del error, que es el error no dirigido, se puede formular abreviadamente del siguiente modo: un error que no esté provocado por enemistad o indiferencia hacia las normas básicas del ordenamiento jurídico, en especial del ordenamiento penal, queda descartado cuando se da en aquellas personas imputables cuya socialización se ha llevado a cabo dentro del ámbito de ese ordenamiento. Nunca sucederá que un miembro de una cultura determinada, dotado de una inteligencia normal, no pudiera conocer, por descuido o excitación, la prohibición de matar injustificadamente, de lesionar, de robar o de cometer alta traición; y ello porque tales formas de comportamiento sólo se pueden aprender como injustas. Todo lo más, sería imaginable aquí el error de una persona imputable procedente de una cultura foránea. Formulado de modo contrario, esto significa que un error de prohibición es sólo pensable como error no dirigido y dentro del ámbito no abarcado por las instituciones que determinan la socialización, es decir, dentro del ámbito

---

(23) Esto ya lo vieron algunos representantes de la teoría del dolo: ya Mezger, «Rechtsirrtum und Rechtsblindheit», *Festschrift für Kohlrausch*, 1944, pp. 180, 183 y ss., dejó fuera de los supuestos de error a los sujetos que actúan de esta manera. Una reducción de esta problemática se intentó considerando suficientemente la consciencia «como una consciencia ideal-material» («*sachgedankliches Bewusstsein*») (Schmidhäuser, «Über Aktualität und Potentialität des Unrechtsbewusstseins», *Festschrift für H. Mayer*, 1966, pp. 317, 326), o «consciencia al límite» («*Bewusstsein am Rande*»), «coconsciencia» («*Mitbewusstsein*») (Platzgummer, *Die Bewusstseinsform des Vorsatzes*, 1964, pp. 63 y ss., 81 y ss.). La teoría de la culpabilidad desvinculó la valoración de la culpabilidad de los datos psíquicos conocimiento/desconocimiento, convirtiendo en facultativa, pero no en obligatoria, la atenuación de la pena en caso de desconocimiento inevitable (§ 17, párrf. 2, StGB; ya BGHSt, 2, pp. 204 y ss., 209 y ss.). Welzel (nota 3) encontró la fórmula adecuada: la teoría del dolo exige el principio del conocimiento; la teoría de la culpabilidad, por el contrario, el principio de responsabilidad. La cuestión del tratamiento del desconocimiento inevitable en el momento de la comisión del hecho en caso de que exista una «culpabilidad por la conducción de vida» no será tratada aquí. Ver al respecto, Rudolphi, *Unrechtsbewusstsein, Verbotirrtum und Vermeidbarkeit des Verbotirrtums*, 1969, pp. 252 y ss.; Timpe, «Normatives und Psychisches im Begriff der Vermeidbarkeit eines Verbotirrtums», *GA*, 1984, p. 51 y las referencias allí citadas; ver también BGHSt, 2, 194, pp. 208 y ss.

conformado, no de forma nominal, sino efectivamente, por el Derecho positivo. El error exculpante no es, por tanto, más que el correlato del Derecho positivo.

Lo que tampoco se desea es una fuerte internalización del genuino Derecho positivo, pues entonces perdería una de sus cualidades más características: la posibilidad de cambiar con gran frecuencia. Hay que aceptarlo tal como es. Cuando se desliza un error de Derecho en el reconocimiento del deber de obedecer todo el Derecho positivo, el error sólo puede afectar a las condiciones cognitivas de reconocimiento de las normas. Así mismo, estas condiciones pueden ser obligatoriamente divididas en correctas e incorrectas —al igual que las condiciones de aplicación de las normas sobre las que yerra el sujeto que actúa con imprudencia no dirigida— y ser demostradas como tales. Aquí no se trata de errores sobre sutilezas que han de ser observadas en la interpretación del Derecho, sino de errores sobre aquello que emana de fuentes reconocidas: ¿qué leyes son decisivas?, ¿cómo las interpreta el Tribunal Supremo o el Tribunal de Cuentas? Puesto que el que yerra de forma no dirigida reconoce en principio dichas fuentes, se puede probar lo que, en detalle, ha hecho mal, de manera que, al igual que con la imprudencia, la cuestión que hay que plantear no es por qué se pena con menor gravedad un error de este tipo, sino por qué se castiga el error evitable.

Las razones para ello son (24), al igual que sucede en la imprudencia: garantizar un conocimiento mínimo, reducción del riesgo de que alguien yerre y, principalmente, impedir un aprendizaje selectivo del Derecho, es decir, procurar que el Derecho sea también conocido cuando su obediencia sea útil para otras personas.

b) En el caso de un ordenamiento jurídico cuya vigencia se deba a un acto de autoridad, el tratamiento del desconocimiento del Derecho es un problema diferente al que se plantea dentro de un ordenamiento derivado de la razón, la naturaleza, la naturaleza de las cosas o cualquier otro absoluto. El error de una persona imputable cometido en un ordenamiento jurídico fundamentado de forma absoluta es un indicio de enemistad o, por lo menos, de indiferencia. El principio «*error iuris nocet*» (25) tiene entonces sentido. Pero cuando la enemistad o la indiferencia no son causas del error y tampoco se puede afirmar la inimputabilidad, el error indica un fallo en los fundamentos del ordenamiento entendido de forma absoluta; pues un ordenamiento que pretenda mantenerse sin decisión ni acto de imposición, pero en

---

(24) Lo dicho en la nota 22 es válido también aquí.

(25) Tal como fue acogida por el Reichsgericht para solucionar los casos del llamado «error sobre Derecho penal», no carece de una cierta racionalidad; Kuhlen, *Die Unterscheidung von vorsatzausschliessendem und nichtvorsatzausschliessendem Irrtum*, 1987, pp. 333 y ss., 339 y ss.; Jakobs, *Allg. Teil*, 19/4.

el que a la vez personas obedientes pueden cometer errores, ha de ser, evidentemente, revisado a fondo. El principio «*error iuris nocet*» serviría aquí sólo para intentar encubrir, a través del error, una crisis manifiestamente evidente. En un ordenamiento fundamentado de forma absoluta, el tratamiento del error resulta de las condiciones funcionales de ese ordenamiento —en ese sentido no hay diferencias—. Sin embargo, las condiciones de funcionamiento en un ordenamiento absoluto son, por tanto, efectivamente distintas a las de un ordenamiento fundamentado sólo positivamente.

### 5. Objeciones contra la consideración funcional del aspecto subjetivo

Permítaseme que me refiera —aunque brevemente— a un argumento que a menudo se formula contra las tesis que se mantienen en este trabajo; un argumento que precisamente se utiliza como contraargumento *standard* contra las tesis que yo defiendo: ¿conducen las tesis por mí defendidas a una manipulación del Derecho penal o, como ha sido recientemente formulado (26) a una «instrumentalización del individuo» en favor de «los intereses colectivos»? ¿y no se privaría con la tesis por mí defendida al principio de culpabilidad de su función protectora del individuo frente a los «excesos preventivos» del poder punitivo?

No se trata en absoluto de sustituir el Derecho penal existente por algo nuevo, sino de una nueva interpretación del mismo tal como es. Las modificaciones que se proponen son sólo de carácter marginal. En esa situación, una valoración de las conclusiones de mi tesis realizada desde el punto de vista político-criminal o tan sólo moralista, no me parece de recibo. Si mi tesis es errónea, lo que hay que demostrar es lo que dicha tesis explica erróneamente; su coincidencia con la realidad que explica no puede depender de prejuicios morales o político-criminales. Pero si mi interpretación es acertada, habría que lamentar, si no estamos de acuerdo con ella, el objeto interpretado, es decir, el Derecho penal vigente, pero no la propia interpretación —ello sería como querer arreglar un enfado provocado por un recado desagradable con el portador del mismo.

Con ello se responde también a la objeción de que el aspecto subjetivo del delito interpretado desde un punto de vista funcional permite «excesos preventivos». Si la concepción funcional de la culpabilidad aquí mantenida es, pues, correcta desde un punto de vista objetivo, ello no supone disminuir las posibilidades de limitar la pena, sino

---

(26) Roxin, *SchwZStr.*, 104 (1988), pp. 365, 367.

solamente demuestra que dicha limitación con una culpabilidad no referida a fines no es (o era) más que una quimera. Y este dato no puede ser modificado por más que se proteste contra la interpretación objetiva que aquí se propone. Es más, ya von Listz demostró que los conceptos del Derecho penal entendidos «sin referencia a fines» no contienen (27) en absoluto ningún principio limitador de la pena. La lucha contra la interpretación funcional del aspecto subjetivo del delito se realiza partiendo de una base deficiente. Y esto no es lo peor: si los conceptos del Derecho penal entendidos sin referencia a fines ofrecieran un principio limitador, éste, si acaso tuviera un significado autónomo, socavaría, hasta el punto de caricaturizar, la finalidad de la pena hasta que fuera imposible reconocerlo. Y puesto que estos fines así desfigurados ya no serían tales y puesto que una pena sin referencia a un fin no sería querida por nadie, la toma en consideración de conceptos que carecen de fines, si es que es posible, anularía la legitimación de la pena.

Y al margen de todo eso, ¿conduce realmente mi planteamiento funcionalista a una instrumentalización total del individuo en favor de los intereses colectivos? Ya he dicho al principio que la relación entre delito y pena sigue la misma secuencia que existe entre pregunta y respuesta. Ciertamente, ello significa que no se trata de individuos aislados o flotando en el aire, sino de individuos con relaciones sociales, o sea, de personas. Las relaciones sociales responden a una lógica forzosa que en el caso de las preguntas y respuestas es la lógica de la comunicación. De esta lógica inapelable no se puede escapar nadie invocando al individuo sin destruir con ello la posibilidad de socialización y, por tanto, de responsabilidad personal. Pero la equiparación de esa conexión forzosa entre socialidad e intereses colectivos o bien se refiere a toda la sociedad o es falsa. Y el individuo, juzgado bajo esa conexión forzosa —a su vez más allá de una sociedad total— no se instrumentaliza, sino que es tomado en serio como persona social, evidentemente no bajo condiciones ideales, sino dentro de una sociedad con una configuración absolutamente terrenal.

## 6. CONCLUSIONES

1. La subjetivización tiene la misión de desvalorizar al delincuente que ha traspasado su rol.

---

(27) Von Listz, «Der Zweckgedanke im Strafrecht», *ZSrw*, 3 (1890), pp. 1, 24 y ss.: «No se puede deducir del principio metafísico de la pena, sobre el cual descansan todas las teorías absolutas, un principio sólido de la medición de la pena» (pp. 27 y ss.). «Dadme un sistema penal y yo os daré Justicia. Pero de dónde haya de tomarse el sistema penal, de eso la Justicia no sabe nada» (p. 28).

2. Las reglas de imputabilidad y exigibilidad se explican a partir de condiciones comunicativas: el delincuente es incompetente o se expresa sólo en una situación alternativa que no se puede generalizar.

3. Las alteraciones volitivas no eximen de responsabilidad, puesto que el Derecho no puede fundamentar la necesidad de que se quiera su observancia.

4. Las alteraciones cognitivas (del tipo no dirigidas) eximen de responsabilidad porque se puede probar la necesidad de una base cognitiva correcta; ello afecta tanto al conocimiento del tipo como al conocimiento del injusto.

5. La interpretación funcional del aspecto subjetivo se refiere en lo esencial a la aplicación actual fáctica del Derecho vigente. La objeción de que con este planteamiento no sería posible limitar de alguna forma la pena no es, por tanto, correcta.