

# El lado subjetivo del hecho

Günther Jakobs

*Disertación del Prof. Günther Jakobs en las Conferencias Internacionales de Derecho Penal, el 3 de abril de 2003. Ciudad de Córdoba. República Argentina. Universidad Nacional de Córdoba. Traducción del Dr. Manuel Cancio Meliá.*

## I. Introducción

En el Derecho penal moderno, son al menos tres los requisitos que se exigen, configurando el llamado lado subjetivo del hecho, para que pueda afirmarse la existencia de un delito: (1) imputabilidad, (2) conocimiento o al menos cognoscibilidad de (a) la realización del tipo, así como (b) del injusto, y (3) exigibilidad de la observancia de la norma. Con tal de que falte uno solo de estos tres elementos que constituyen el lado subjetivo del hecho, el hecho sólo aparentemente podrá ser la configuración del mundo hecha por una persona; en realidad, sin embargo, se tratará de un producto de la naturaleza: (1) al inimputable lo dominan determinados programas objetivos, (2) quien está inmerso en un error invencible, carece de orientación y (3) concurriendo una situación de inexibilidad, la razón determinante de que se cometiera el hecho está en la coacción o el miedo. - Partiendo de la base de que -como he desarrollado en otros escritos- por delito debe entenderse un comportamiento realizado con un defecto de fidelidad al ordenamiento jurídico, cada uno de los elementos del lado subjetivo del hecho -imputabilidad, conocimiento (cognoscibilidad) o exigibilidad- es un indicio de un defecto de fidelidad al ordenamiento, y todos estos elementos en conjunto constituyen un indicio necesario de ese déficit de fidelidad al ordenamiento jurídico; esta indicación es la función del lado subjetivo del hecho.

La historia de la evolución del Derecho penal moderno es larga, y no siempre brillante, como suele suceder con las obras humanas. Por ello, posiblemente sea útil que comience con el polo opuesto de la responsabilidad tal y como hoy la entendemos, la responsabilidad por el destino (en una terminología peor: responsabilidad por el resultado; el resultado carece del significado que el destino implica) (infra II.) e intente mostrar lo difícil que fue romper el cordón umbilical con ese entendimiento, para pasar después a ocuparme del lado subjetivo del hecho, y ello poniendo el acento sobre todo en el conocimiento o cognoscibilidad de la realización del tipo y del injusto (infra III.). En este análisis, también abordaré la muy difícil cuestión acerca de cómo debe procederse con un autor que abandona el círculo de aquellos que conocen las

consecuencias de su actuar cerrando los ojos por falta de interés (infra IV., V.). Lo que se dirá acerca de la exigibilidad no podrá pasar de un esbozo (infra VI.).

## **II. Destino versus culpabilidad**

En la leyenda aurea, de Jacobus de Voragine, una colección de leyendas del siglo XIII, se relata lo siguiente sobre Rosamunde, esposa de Albuin, rey de los langobardos: profundamente ofendida por Albuin, Rosamunde se tendió en el lecho de la concubina de uno de los duques del rey, quien de hecho mantuvo relaciones sexuales con ella sin sospechar nada. Después del acto, Rosamunde le reveló su identidad y anunció: "...ahora con certeza has hecho algo por lo que habrás de matar al rey o morir de su mano". ¿Por qué debe morir el duque, que al cometer el hecho no sospechaba nada, si no se adelanta matando al rey? De acuerdo con la concepción moderna, faltando dolo o imprudencia, no había nada que reprochar al duque, pero eso no lo considera determinante la leyenda, y sí la barbaridad de que un vasallo del rey ha tenido comercio carnal con la esposa de éste: ello revoluciona el orden jerárquico, y, con ello, de la sociedad de los langobardos; esta "herida en el organismo de todas las relaciones vitales" (Viktor Achter) sólo puede sanar si se elimina la contradicción que está en su base, y eso significa que uno de los dos, rey o duque, debe desaparecer de la tierra. Como puede apreciarse, el crimen también puede concebirse sin lado subjetivo. Ahora bien, el contexto de la comprensión es distinto en la época de la leyenda aurea que ahora. Para nosotros, "destino" ya no es una palabra con fuerza explicativa, sino que, por el contrario, o bien reconducimos la configuración del mundo a la naturaleza, y entonces, carece de sentido, es casualidad, o la reconducimos a logros y fracasos, y entonces es mérito o culpabilidad. Hoy entendemos el suceso en el que se vió envuelto el duque como una casualidad, para él inevitable, pero la leyenda lo procesa como su mal destino; la leyenda aún conoce fuerzas superiores que intervienen de modo independiente de los seres humanos en el mundo, y lo hacen de modo pleno de sentido (Max Weber), y por ello conoce también responsabilidad sin lado subjetivo del hecho. Esta perspectiva nos resulta ajena más o menos desde el *Novum Organon* de Francis Bacon, es decir, desde el surgimiento de las ciencias de la naturaleza.

El Derecho penal moderno no parte de un mal destino, sino de la culpabilidad, es decir, del fracaso en la configuración del mundo. Esto no significa que en cualquier país más o menos moderno se hayan eliminado todos los residuos de la responsabilidad por un destino; pero en la medida en que queden aún tales residuos, el Derecho no será moderno. En particular, resulta difícil superar el pensamiento de la antigua figura jurídica del *versari in re illicita*. En el *versari in re illicita*, el autor realiza un injusto de manera plenamente imputable, por ejemplo, lesionando a otra persona en su integridad física, y causa con ello un daño ulterior, sin que lo previera o siquiera pudiera prever, así, por ejemplo, cuando una pequeña lesión, una bofetada, acaba en un homicidio debido a una constelación desafortunada. Ciertamente, con frecuencia la situación será tal que el autor tenía razones para contar con la producción de graves consecuencias, ya que se inmiscuía en una organización ajena; en esa medida, actuó con imprudencia, es decir, de modo culpable. Esta es la situación, por ejemplo, si siendo lego intenta modificar un complejo aparato electrónico de otro; si el aparato resulta destruido, la imprudencia es palmaria. Pero la institución del *versari in re illicita* abarca también las

consecuencias imprevisibles, como en el caso acabado de mencionar de un bofetón que conduce a la muerte.

El Derecho penal alemán conoció hasta mediados del siglo pasado (1953) delitos cualificados por el resultado en los que un delito básico -perfectamente imputable- experimentaba una cualificación en caso de producirse una determinada grave consecuencia, sin que ésta hubiera sido producida ni dolosa ni imprudentemente. En el caso del bofetón, por lo tanto, debería haber respondido el autor por lesión con resultado de muerte, y ello incluso en el caso de que la muerte se produjera sólo por tener la víctima una constitución débil no cognoscible. Sin embargo, incluso en estos delitos cualificados por el resultado era necesario que el autor hubiera introducido mediante el delito base un riesgo nuevo en la organización de la víctima; no bastaba con que desencadenara el riesgo vital general de la víctima, como era el caso, por ejemplo, si la víctima, ofendida, abandonaba el lugar, perdiendo la vida en un accidente de tráfico. En tal caso, el autor no había elevado el saldo de riesgos de la víctima; pues del mismo modo en que se vió expuesta a los peligros del viaje, quedaba libre de los que la amenazaban de quedarse en el mismo lugar.

Desde hace cincuenta años, el Derecho penal alemán ya no conoce estos delitos cualificados por el resultado, puesto que se introdujo un precepto (§ 56 StGB en la antigua redacción; hoy § 18 StGB) de acuerdo con el cual el resultado debe haberse producido al menos por imprudencia para tener efecto cualificador. Desde entonces, se trata de delitos bases dolosos que son cualificados por consecuencias ulteriores producidas al menos por imprudencia. La jurisprudencia y la doctrina científica incluso intentan, en el ámbito de las lesiones con resultado de muerte y de las cualificaciones de configuración análoga, llevar a cabo una ulterior especificación del lado subjetivo del hecho que ahora es necesario también en estos delitos: se considera que ya no basta que concurra cualquier imprudencia en la cualificación del delito base doloso por las consecuencias derivadas, sino que, por el contrario, la consecuencia ulterior -como lo formula la jurisprudencia- deben ser consecuencias inmediatas del delito base, con lo que quiere decirse que debe ser el riesgo específico del delito doloso el que produzca la consecuencia ulterior. Se trata, por lo tanto, de un error cuantitativo del autor en lo que se refiere al riesgo del delito base. Dicho con un ejemplo: si el autor, con dolo de lesionar, pero no de matar, golpea la cabeza de la víctima con una maza, fracturándose el cráneo y muriendo la víctima, estamos ante unas lesiones cualificadas por la muerte; pero no es así si la víctima se desmaya, cae en la calzada y es arrollada por un camión; este último supuesto constituye un concurso ideal de lesiones dolosas y homicidio imprudente y recibe una pena sensiblemente inferior, sólo pena privativa de libertad de hasta cinco años, mientras que en las lesiones cualificadas por producción imprudente de la muerte puede imponerse una pena privativa de libertad de hasta quince años (§§ 222, 223 párr. 1º, 338 párr. 2º StGB). Por lo tanto, la vinculación de la ulterior consecuencia producida por imprudencia a un hecho doloso determinado, es decir, precisamente a unas lesiones dolosas, se toma plenamente en serio: no tiene efecto cualificante el cálculo equivocado respecto de cualquier riesgo, sino sólo específicamente del riesgo conocido, es decir, abarcado por el dolo.

### III. Errores cognitivos versus errores volitivos

He esbozado la regulación de las lesiones con resultado de muerte -debiendo ser producida ésta por imprudencia y de modo directo- como consecuencia de la superación de la responsabilidad por el destino o por el resultado, en particular, como producto de la superación de la figura del *versari in re illicita*. Existe otra raíz, a saber, el *dolus indirectus*. Aún habré de volver sobre este punto. Antes de ello, sin embargo, debe profundizarse en la fundamentación de la tesis de partida, de acuerdo con la cual el lado subjetivo del hecho es una exigencia de una visión del mundo que toma como punto de referencia -como sucedía antiguamente- el destino, sino mérito y culpabilidad. Por consiguiente, la pregunta decisiva ya no es "¿qué hizo el mundo de tí?", sino "¿qué has hecho con el mundo?". Para hacer algo con el mundo, hay que conocerlo; el mundo social, pero igualmente el mundo natural. Sin orientación sólo se producen resultados casuales. No basta sólo con el conocimiento de que no se debe lesionar a los demás; también hay que saber lo que es "lesionar", es decir, que un golpe fuerte genera daños, que existen venenos y su ingestión lesiona, que las caídas producen lesiones, que la administración de alcohol a niños provoca ebriedad en ellos, etc. Además, es necesario dominar las leyes de la lógica y de las matemáticas. Cuando dos gotas de un medicamento carecen de efecto, diez curan y treinta lesionan, hay que saber contar para obtener resultados planificables, y si se quiere convertir en realidad los planes perseguidos, es imprescindible que se sepa construir el silogismo de que si una sustancia es nociva para todos los seres humanos y X es un ser humano, la sustancia es nociva para X.

Dicho en otros términos: cuando una persona tiene la voluntad de conducirse de modo acorde con la norma, sólo lo logrará si, además, en primer lugar conoce el tenor de la norma y, en segundo lugar, cómo se cumple ésta. A pesar de que las tres condiciones -voluntad de observancia, conocimiento de la norma, orientación acerca del decurso del mundo natural y de las leyes de la lógica y de las matemáticas- son equivalentes respecto del producto de la observancia de la norma, su concurrencia no es garantizada del mismo modo. Por el contrario, la regla que rige es que un defecto de voluntad en principio fundamenta responsabilidad, mientras que un defecto de conocimiento exonera de responsabilidad. En un ejemplo: dos personas lesionan a otra dándole alimentos envenenados; la primera declara de modo creíble que está segura de que volverá a actuar de ese modo, ya que odia profundamente a la víctima, de modo que no puede tener una voluntad distinta; la segunda explica, de modo igualmente creíble, que no sabía que la comida estaba envenenada. ¿Cuál es la consecuencia? La primera persona será penada con especial rigor por su encastillamiento, la segunda, en cambio, en todo caso por un hecho imprudente. Por lo tanto, el ordenamiento jurídico asegura vigorosamente la corrección volitiva de una conducta y sólo de modo débil la corrección cognitiva de un comportamiento, y ello sucede a pesar de que las lesiones y los homicidios imprudentes son mucho más frecuentes que los hechos dolosos, de modo que pudiera parecer que el hecho imprudente es el tipo de conducta más peligroso de ambos.

Si se inquiera acerca de la razón de tal diferencia, en la mayoría de los casos se contesta que esa es sencillamente la diferencia entre dolo e imprudencia; que el primer autor ha visto lo que hacía, mientras que el segundo no. Ahora bien, eso no es una respuesta,

sino una mera reiteración del problema, a saber, de por qué un no-querer pesa más que un no-saber. La solución se muestra si se pregunta por las consecuencias generales de un no-querer y de un no-saber. Quien ve lo que hace, y asume la lesión de otro, o incluso la persigue, ha integrado esa lesión de tal modo en su cálculo de costes y beneficios que el saldo le resulte adecuado. Aunque la lesión no le resulte directamente útil, el riesgo de su producción pesa menos que el interés en la ejecución del comportamiento, como demuestra la ejecución realizada. Por lo tanto, el autor que actúa en conocimiento de lo que va a acontecer procede de modo racional de acuerdo con sus máximas de conducta. La situación es distinta cuando el autor no ve lo que hace: en tal caso, no es seguro que no se lesione a sí mismo, y si no resulta afectado él directamente, sí quizás otro cuya lesión no persigue, o, quizás, cuya incolumidad le importa mucho. Dicho en términos ejemplificativos, quien preparara una comida envenenada sin sospechar nada quizás coma él mismo de ella o se la sirva a sus hijos, e incluso cuando el receptor le resulte indiferente, por ejemplo, cuando el alimento es servido a un desconocido cualquiera en un restaurante, el daño del cliente no le aporta ventaja alguna, sino sólo problemas. Hace falta mucha suerte para progresar en la vida mediante ignorancia; por lo general, amenazará el riesgo de una poena naturalis (de un curso natural lesivo), y por ello socialmente la ignorancia se equipara con incompetencia. Dicho en pocas palabras: las leyes de la naturaleza, de la lógica y de las matemáticas tienden a estabilizarse -no en todos los casos, pero sí en general- por sí mismas, ya que aquel que persiste en desconocerlas fracasará con toda certeza en la ejecución de sus planes. Ésta es la razón del efecto exoneratorio del defecto cognitivo, al menos en lo que se refiere al desconocimiento de la realización del tipo.

Visto desde esta perspectiva, no es difícil explicar por qué se pena menos en el ámbito de la imprudencia; por el contrario, aparece la necesidad de explicar por qué se pena en este caso. Hay tres razones que mencionaré brevemente: en primer lugar, se trata de no poner a arbitrio de los individuos la dimensión del riesgo que se corre respecto de bienes propios y ajenos. En un ejemplo: un conductor aficionado a los rallies amante del riesgo no aprenderá la máxima de riesgo oficial del tráfico viario sin insistencia, tampoco un empresario especialmente consciente de los costes las máximas que rigen en materia de seguridad en el trabajo. En segundo lugar, se pretende establecer un conocimiento mínimo de la peligrosidad, especialmente en aquellos casos en los que es poco frecuente que exista una vivencia individual del peligro. Además, se pretende evitar que un autor considere, por razones aparentes, inocuo un comportamiento oficialmente considerado peligroso. También aquí un ejemplo: conducir un automóvil en un estado de ebriedad moderado no es arriesgado en el caso individual. Sólo la acumulación de esas conductas genera un riesgo de densidad relevante. Pero esa acumulación sólo puede evitarse si todos conocen el riesgo, y ese conocimiento nunca podría alcanzarse si hubiera que esperar a la vivencia individual del peligro. En tercer lugar -y ésta es probablemente la razón principal-, la punición de los hechos imprudentes está destinada a impedir que el autor aprenda de modo selectivo, es decir, que aprenda exclusivamente la evitación de situaciones que comporten un riesgo de autolesión, y no de aquellas que generan un riesgo de heterolesión. En caso de hacerse este uso selectivo del cuidado, la imprudencia se convierte en dolo indirecto, cuestión sobre la que aún habrá que volver.

Cabe trasladar cum grano salis la argumentación relativa al desconocimiento de la realización del tipo al desconocimiento del injusto, esto es, al caso del llamado error de prohibición o de mandato. No puede suceder que un miembro -dotado de capacidades normales- de la sociedad moderna desconozca la prohibición de matar sin justa causa, o de lesionar, o de robar, o de realizar actos de alta traición, debiéndose ese desconocimiento a un descuido producido por un estado de excitación o una situación de sobrecarga personal, etc., y ello es así porque tales modalidades de conducta sólo son susceptibles de ser aprendidas como comportamientos injustos. Al contrario: solamente cabe imaginar errores en aquel ámbito que no se encuentra marcado por las instituciones determinantes de la socialización, es decir, aquel campo que es configurado por el Derecho exclusivamente positivo. En este contexto, cabe pensar sobre todo en los casos en los que se desconozca la obligatoriedad de obtener licencia administrativa - desde la perforación de pozos, pasando por la venta de elementos químicos peligrosos, hasta la organización de una lotería.

Este Derecho positivo debe asumirse como venga configurado. Si, partiendo del reconocimiento, por principio, del deber de observarlo, el sujeto incurre en un error de Derecho, entra en una situación que no puede generarle ventaja alguna: tiene que asumir que se tomarán medidas policiales en contra de su persona, que se le procesará en la jurisdicción criminal, y más, a pesar de que quería mantenerse en el ámbito de la legalidad. Visto desde esta perspectiva, al igual que en el caso de la imprudencia típica, la cuestión a plantear no puede ser por qué se pena de modo atenuado, sino por qué siquiera se impone pena alguna. En estos supuestos de desconocimiento evitable del injusto, la respuesta se corresponde plenamente con la ofrecida respecto de la imprudencia típica: para garantizar determinados conocimientos mínimos, para minimizar el riesgo de que se produzcan errores y para evitar los aprendizajes selectivos, es decir, para procurar que el Derecho se conozca aun cuando su observancia sólo sea útil a otras personas.

En consecuencia, por regla general las personas se ocupan, en interés propio, ellas mismas de procurarse un conocimiento suficiente. Es por esta razón que un déficit cognitivo puede resultar exonerante, dicho con mayor exactitud: que se atenúa la pena en caso de concurrir un error evitable. Ahora bien, las personas no se ocupan en absoluto por interés propio de la obtención de una voluntad de observancia de la norma, como todo hecho delictivo demuestra. No se puede vivir en contra de la naturaleza, de la lógica, de las matemáticas, al menos no de modo planificado; pero sí en contra del ordenamiento jurídico, desde luego, con tal de tener cuidado de no ser atrapado. Por esta razón, las normas jurídicas tienen un punto débil constitucional: existe la posibilidad -sin la consecuencia de desventajas ineludibles- de no querer cumplirlas. Dicho en un ejemplo: quien parta de que dos y dos suman siete, pronto fracasará, pero quien se conduzca como si para él no rigiera la prohibición de estafar, puede hacerse rico si sabe ocultarse con habilidad. El Derecho conoce esta debilidad, e impone, para compensarla, a toda persona el deber de procurarse una voluntad suficiente de observar la norma, de alcanzar la suficiente fidelidad al ordenamiento jurídico. En el ejemplo antes mencionado, en el que el autor alega que se vió obligado a realizar el hecho debido al odio que siente, y que volverá a ejecutarlo siempre que se den las mismas circunstancias, el Derecho replica, por tanto: y si lo haces, esas ejecuciones te incumbirán a tí. Esta competencia respecto de la propia voluntad es en terminología

jurídico-penal funcional lo que en otros ámbitos se denomina "libre albedrío" - dicho sea esto de paso.

#### **IV. Defectos cognitivos por defectos volitivos**

La contraposición entre defectos cognitivos y defectos volitivos deja abierto un problema: ¿cuál es la situación cuando el defecto volitivo, que no exonera, es la razón de un defecto cognitivo, que de por sí sí exonera? Esta situación psíquica, que a primera vista puede parecer una construcción bastante artificial, en realidad se refiere a un fenómeno cotidiano: a alguien un determinado conocimiento sencillamente no le interesa, por lo que no piensa en absoluto en el ámbito en cuestión. Un ejemplo: todos ustedes saben que de acuerdo con las reglas del islam está prohibido el consumo de carne de cerdo. En la medida en que no se sientan próximos a esta religión: ¿han pensado en la prohibición la última vez que comieron carne de cerdo? ¡Con bastante certeza que no! Ahora les ruego que se coloquen en el punto de vista de un juez de esa religión: ¿debe exonerarles su desconocimiento por desinterés? Entonces, sería de mejor condición el sujeto indiferente que el escrupuloso que infringe la prohibición entre dudas y con mala conciencia. - Una consecuencia extraña.

Trasladaré el ejemplo mencionado al Derecho penal moderno, para lo que propondré tres casos, dos con desconocimiento del tipo por indiferencia y uno con desconocimiento de la prohibición generado también por indiferencia: (1, una omisión) después de un accidente en una mina, el ingeniero responsable no hace nada, sabiendo que las máquinas encerradas bajo tierra, aparatos valiosos y de difícil reposición, se estropearán; no piensa en los trabajadores atrapados, porque hay muchos y por ello no merece la pena preocuparse por ellos. - (2) Una persona lanza al suelo en un aparcamiento una botella de vidrio, que se rompe. Por falta de interés, no piensa en que los cristales pueden destruir las cubiertas de un vehículo. - En ambos casos, la pregunta es: ¿desconocimiento de hechos, que exonera, o un defecto volitivo, que no exonera? - Ahora pasemos al desconocimiento de la norma: (3) en una fiesta en la que se distribuyen diversos tipos de drogas, a uno de los invitados se le ofrece una droga más bien ligera; él la toma y la consume, no pensando -por desinterés- que esa conducta infringe las normas jurídicas en materia de sustancias estupefacientes.

En todos los casos, se trata del mismo fenómeno: el autor no registra determinadas cualidades de su comportamiento porque éstas no le interesan. Se trata de cualidades de las que depende lo delictivo del comportamiento, esto es, bien un elemento del tipo (las vidas humanas amenazadas en el caso del accidente minero; el peligro de daños en el caso de los cristales), bien lo injusto del comportamiento en sí mismo (la infracción de las normas jurídicas relativas a las sustancias estupefacientes), pero al autor eso le da igual. A diferencia de lo que sucede respecto de un autor de un hecho imprudente, quien, avisado de su error antes del hecho, modificaría, asustado, su comportamiento, el autor que aquí interesa contestaría, encogiéndose los hombros, "¿y qué?". Por consiguiente, el error del autor del hecho imprudente se contrapone al desinterés del indiferente.

Ya Aristóteles se ocupó del problema (Ética nicomaquea 1110b); distingue en función de cómo se conduzca el autor después del hecho: quien actúa en desconocimiento y lo lamenta después del hecho debe ser tratado con mayor condescendencia que aquel que no siente malestar alguno, es decir, que es -lo que Aristóteles determina en una perspectiva ex post- indiferente. Otro intento de solución se produjo en la dogmática jurídico-penal de los siglos XVII a XIX mediante la figura jurídica del dolo indirecto. La idea en la base de ésta era la siguiente: quien actúa con malicia contra otro (es decir, de modo evidente carece de interés en el bienestar de éste) no será penado de modo atenuado aunque no haya pensado en determinadas consecuencias palmarias de su conducta. Especialmente Benedict Carpzov, quien enseñó a mediados del siglo XVII (murió en 1666), defendió la opinión de que quien con malicia produce una lesión que por sus características necesariamente ha de conducir a la muerte, tiene dolo de matar aunque no haya reflexionado acerca de la consecuencia mortal de su acto. Esta opinión aún aparece en el hegeliano Michelet, en el primer tercio del siglo XIX (1828), y, por lo demás, ha dejado huellas en la teoría de la imputación de Hegel. Fue recién el psicologismo de Feuerbach el que puso fin a esa doctrina. Los resultados demasiado escandalosos son evitados en Derecho penal alemán gracias a los delitos, ya mencionados, en los que una consecuencia grave producida por imprudencia tiene efecto cualificador.

Por lo demás, en este campo el Derecho penal alemán no ofrece una buena imagen. Existen dos regulaciones del desconocimiento, una relativa al desconocimiento del tipo y otra que se refiere al desconocimiento del injusto (§§ 2, 16, 17 StGB). El precepto relativo al desconocimiento del injusto establece que no se penará cuando el desconocimiento del injusto sea inevitable; que en caso de desconocimiento evitable se prevé una atenuación facultativa. Esta regulación elástica tiene en cuenta el problema de la indiferencia frente al ordenamiento jurídico - pues no se atenuará en estos supuestos, mientras que sí que hay que atenuar cuando la desorientación es debida a un error. La regulación respecto del desconocimiento del tipo es distinta: quien no conoce la realización de los elementos de un tipo, sea por las razones que sea, incluso aunque ello se deba sencillamente a la indiferencia del autor, en todo caso puede ser penado por delito imprudente, y esto significa que ello sólo puede suceder cuando exista un tipo imprudente, siendo mucho menos frecuentes estos tipos que los previstos para hechos dolosos, y previendo los primeros por regla general penas mucho más leves. A modo de ejemplo: la pena máxima para el homicidio imprudente es de cinco años de prisión, lo que es la pena mínima para el homicidio doloso. Refiriendo esta situación legal a los tres ejemplos mencionados, ello significa lo siguiente: de acuerdo con el Derecho penal alemán, en el caso del accidente en la mina se trataría de un mero homicidio imprudente por omisión; en el caso de los cristales, el autor sería impune, ya que los daños sólo se penan en caso de comisión dolosa; en el caso de desconocimiento del injusto respecto de la ingestión de drogas, en cambio, no se produciría atenuación, ya que el precepto aplicable, como se dijo, no contiene un deber de atenuar, sino sólo la facultad de proceder de ese modo, no existiendo en el caso razón para hacer uso de esa posibilidad.

## V. Significado subjetivo y objetivo del hecho

Lo dicho hasta el momento aún ha de introducirse en la teoría del conjunto del Derecho penal. Como he expuesto en otro lugar, la pena sirve para el mantenimiento de la vigencia de la norma: el hecho no se entiende como mero suceso fáctico, sino como acontecimiento portador de un sentido, de un significado en la comunicación, y este entendimiento es igualmente aplicable a la pena, siendo ésta una contradicción de la afirmación del autor de que no tiene por qué preocuparse de las normas, de que no tiene que ocuparse de alcanzar fidelidad al ordenamiento jurídico. Si se examina la afirmación del autor con mayor detenimiento, se observa, en primer lugar, que el autor que actúa con dolo y conciencia de antijuridicidad sabe lo que "dice", dicho con mayor precisión, que transmite como sentido objetivo en la comunicación que la norma no es obstáculo para realizar el tipo. El sentido objetivo y el subjetivo coinciden, de modo que no existe posibilidad de distanciar al autor del significado objetivo de su comportamiento. La situación es distinta en el caso del autor que yerra de modo evitable, actuando en imprudencia típica o en un error acerca de lo injusto de su comportamiento. Objetivamente, expresa el mismo significado -que no tiene por qué respetar las normas-, pero subjetivamente no es eso lo que quiere decir, como se percibe ya por el hecho de que -como antes se ha expuesto- ha generado el riesgo de una poena naturalis; pues este riesgo es la consecuencia cognitiva de una infracción de la norma no querida. Ciertamente: no sólo el autor que actúa con pleno conocimiento, sino también aquel que yerra de modo evitable carece de suficiente fidelidad al ordenamiento jurídico; pues de lo contrario, el error no sería evitable. Pero en el caso de la persona que actúa con conocimiento para alcanzar la conducta debida sólo falta la voluntad correcta, en la persona incurso en error falta ésta y falta la corrección de una prestación cognitiva defectuosa, esto es, del error. Dicho de otro modo: en el caso del conocimiento, se trata de un defecto volitivo abierto, en el error éste se oculta detrás de un defecto cognitivo.

Volvamos al sujeto indiferente. ¿Conoce el significado objetivo de su conducta? Evidentemente, no, pues no piensa en él. ¿Yerra? De modo igualmente evidente, no, pues la producción del injusto no le sorprende, ya que, precisamente, le es indiferente lo que suceda. Pero a falta de sorpresa, tampoco puede haber poena naturalis, y a falta de autolesión, al indiferente tampoco se le atribuye incompetencia, de modo que debe seguir imponiéndose la pena completa, lo que -como se ha expuesto- en Alemania sólo es posible, de acuerdo con el Derecho positivo, en el caso de indiferencia frente al ordenamiento jurídico, mientras que en la hipótesis de indiferencia frente a la realización del tipo, de acuerdo con una interpretación prácticamente unánime, desaparece la pena por hecho doloso - una regulación insatisfactoria.

## **VI. Esbozo: imputabilidad; exigibilidad de fidelidad suficiente al ordenamiento jurídico**

Al principio de estas reflexiones se expuso que el Derecho penal moderno no se vincula al destino, sino a un fracaso culpable en la configuración del mundo, es decir, a la falta de fidelidad al ordenamiento jurídico. Quien yerra de modo inevitable no fracasa de modo culpable, sino puede invocar los condicionamientos inevitables de la naturaleza, de los que no ha de responder. Lo que se ha tratado hasta ahora, dolo, imprudencia, y, al menos cognoscibilidad del injusto, por ello no tiene per se significación jurídico-penal -per se, de lo que se trata es de hechos o disposiciones psíquicos, es decir, de naturaleza-, sino en cuanto indicador del elemento en el que culmina la imputación jurídico-penal: falta de fidelidad al ordenamiento jurídico.

Pero no basta con el mero conocimiento o la mera cognoscibilidad. Si se toma el hecho en su significado comunicativo, entonces sólo puede cometer un hecho delictivo quien es tomado en serio con sus aportaciones, y eso significa: ni los niños, ni los sujetos que padecen enfermedades mentales u otros seres humanos gravemente perturbados. El conflicto provocado por los hechos de este tipo de autores no se refiere a la vigencia de la norma, sino a la seguridad de los bienes. El hecho no puede entenderse como afirmación configurada personalmente, sino sólo como expresión de un patrón objetivo que marca a la persona (y, en esta medida, el autor no es persona en sentido estricto); por ello, la reacción -como en el caso de una catástrofe natural- es puramente cognitiva: educar, sanar, custodiar. No procede profundizar aquí en este punto.

En el contexto actual, resulta más interesante el ámbito de la llamada inexigibilidad. Se trata de casos en los que el autor está expuesto a una especial coacción para cometer el hecho, pudiendo ser reconocido esta coacción en algunos contextos, pero en otros de ninguna manera. El ejemplo más famoso que cabe extraer de la filosofía social es el caso imaginado por el filósofo griego Carneades, en el que después de un naufragio uno de los supervivientes aparta a otro de la tabla salvadora para sobrevivir él asido a ella. ¿Cabe exigir al autor otra conducta? Por un lado, se puede poner el acento en la persona en Derecho, en el titular de derechos y deberes, y entonces hay que contestar la pregunta de modo positivo: no hay justificación alguna; el autor no es un niño y tampoco padece una enfermedad mental; por lo tanto, ha de cumplir la norma y concurre un hecho culpable. Sin embargo, por otro lado, cabe destacar a la criatura, al ser humano con su miedo: el miedo por su vida convierte a muchas personas en criaturas. ¿De qué sirven en tales situaciones las normas del Derecho penal? Por consiguiente, domina lo natural, no lo configurado en el plano personal; no hay culpabilidad. - ¿Cuál de las líneas de argumentación debe elegirse?

Probablemente la mayoría de los ordenamientos jurídicos evolucionados eligen ambas líneas y diferencian en función del contexto: si se trata de una situación especial, no susceptible de generalización, se destaca la naturaleza, es decir, se exculpa. Pero si una exculpación perturba el orden establecido, sea que hay que temer la extensión de la situación, sea que se eluden los procedimientos previstos para la solución de conflictos, la observancia de la norma sigue siendo exigible. Dicho a través de un ejemplo: quien ha generado el peligro de modo imputable no es exculpado; de lo contrario, habría que temer que se produzca una generalización, puesto que cualquiera que no hubiera tenido

una previsión razonable podría trasladar los costes a los demás, si bien no de modo conforme a Derecho, sí al menos quedando exculpado. Entonces, quien en una travesía en un velero no lleva chaleco salvavidas, no puede contar con que se le trate con indulgencia si le quita a otro el chaleco en caso de necesidad. Más allá de esto, no se exculpa a las personas que deben soportar peligros en cuanto personas alcanzadas por un deber especial: soldados, bomberos y otros que participan en emprendimientos arriesgados. De lo contrario, no se podría organizar un ejército ordenado o un servicio de protección civil ordenado. Además: quien sólo tiene derecho a trasladar los riesgos de su ámbito mediante un determinado procedimiento, no resulta exculpado si abandona éste. Por lo tanto, no se exculpa ni siquiera al detenido o preso que, estando privado de su libertad siendo inocente, lesiona o incluso mata a uno de sus guardianes para salvar su libertad; queda limitado a los recursos y derechos establecidos por el Derecho procesal, ya que de lo contrario, en lugar de administración de justicia habría caos.

Por lo tanto, nunca es el miedo solo lo que exculpa, sino siempre el miedo en un contexto en el que la indulgencia no perturba el orden; entonces, se representa como naturaleza que no se puede dominar. En otros casos, un miedo de idéntica intensidad no impide la constatación de un defecto de fidelidad al ordenamiento. Entre todas las teorías de la culpabilidad, sólo el concepto funcional de culpabilidad puede explicar este tratamiento ambivalente del miedo, es decir, aquel concepto que infiere la culpabilidad de la necesidad de reaccionar frente a una perturbación social por medio de la imputación a un autor.

La argumentación respecto del autor por convicción debe ser muy próxima; en su caso, no puede hablarse de una exculpación plena, pero dependiendo del contexto sí de una disminución de la culpabilidad. En este ámbito, no es lo mismo que un miembro de una determinada confesión religiosa, por lo demás, un sujeto plenamente integrado, en una situación puntual no cumpla con uno de sus deberes por su fe, que un terrorista combata globalmente al Estado por sus convicciones -no necesariamente de menor calado que la fe- políticas. Aquello que en el caso del primero puede ser considerado con indulgencia en cuanto conflicto de conciencia, se le atribuye como causa de agravación, en cuanto actitud recalcitrante, al segundo: precisamente, el actuar por convicción. La decisión no depende primariamente de la medida del conflicto individual en el autor -del peso de su convicción-, sino de la posibilidad de representar el hecho como poco amenazante, no susceptible de generalización, o como hecho peligroso. ¿Cuándo falta, entonces, la fidelidad al ordenamiento de modo pleno? Cuando el orden no puede resolver el conflicto de otro modo que imputando plenamente y penando a un autor.

Por lo tanto, en la exigibilidad la situación es que un hecho psíquico -el miedo, o una convicción incompatible con el cumplimiento de la norma jurídica- puede ser un indicador de naturaleza plena o parcial, es decir, de ausencia de culpabilidad o de culpabilidad atenuada; que el hecho sea un indicio, sin embargo, depende del contexto. Si el tener en cuenta el miedo perturba el orden, la naturaleza no se discute.

## VII. Resumen

1. El mundo moderno no conoce un sentido en la naturaleza. Por ello, ya no existe responsabilidad por el destino, sino sólo responsabilidad por la configuración planificable del mundo (II.).

2. a) La planificación requiere orientación. Que haya orientación acerca del estado del mundo social y del natural queda asegurado ya por el interés propio de los agentes: de lo contrario, no alcanzan sus objetivos. Por consiguiente, los defectos cognitivos en principio son perdonables. b) La necesidad de observar fidelidad al ordenamiento jurídico no es susceptible de prueba; por ello, el Derecho traslada la tarea de procurarse suficiente disposición para cumplir la norma a las personas individuales. Los defectos volitivos son imperdonables (III.).

3. Los defectos cognitivos basados en la indiferencia -un defecto volitivo- son igualmente imperdonables. En esta medida, el Derecho penal alemán procede de modo asistemático (IV., V.).

4. Que algo sea exigible o inexigible no depende tanto de la intensidad de una situación de necesidad como de la posibilidad de resolver el conflicto como producto de la naturaleza. Especialmente en aquellos casos en los que existen determinados procedimientos para la solución de un conflicto, estos tienen preferencia y la exculpación (la resolución a través de la naturaleza) queda excluida (VI.).

## VIII. Observaciones sobre la bibliografía

Respecto del principio de culpabilidad: Arthur Kaufmann, *Das Schuldprinzip*, 2ª edición, 1976; Günther Jakobs, *Estudios de Derecho penal*, 1997, pp. 365 y ss.; *ibid.* p. 380 nota 26 referencias respecto de la teoría del *versari in re illicita*; respecto del dolo indirecto próximamente *idem*, en *Libro homenaje a Bacigalupo*; sobre los delitos compuestos de dolo e imprudencia, *idem*, *Derecho penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, 1995, 9/28 y ss.; respecto de la delimitación de defectos volitivos y cognitivos *cf.* *idem*, *Estudios*, *op. cit.*, pp. 127 y ss.; sobre la exigibilidad Claus Roxin, *Der entschuldigende Notstand nach § 35 StGB*, JA 1990, pp. 97 y ss., 137 y ss.; Gerhard Timpe, *Grundfälle zum entschuldigenden Notstand (§ 35 StGB) und zum Notwehrexzeß (§ 33 StGB)*, JuS 1984, pp. 859 y ss., JuS 1985, pp. 35 y ss., 117 y ss.; Günther Jakobs, *Derecho penal*, *op. cit.*, 20/1 y ss.; respecto del autor por convicción *idem*, 20/20 y ss.

*Título alemán: "Die subjektive Tatseite" (manuscrito). Traducción de Manuel Cancio Meliá (Universidad Autónoma de Madrid).*

*G. Jakobs es ex Catedrático de Derecho Penal y Filosofía del Derecho de la Universidad de Bonn, Alemania.*