

PORQUE SABEMOS QUE TE APASIONA EL DERECHO

PENAL:

"(...) el autor define también la situación de modo incompleto, pero no por descuido, sino porque lo no captado no es relevante para la decisión desde un punto de vista subjetivo" - Günther Jakobs.

**LA INDIFERENCIA COMO
DOLO INDIRECTO**
Günther Jakobs.



J P C
& Abogados



DEFENSA PENAL
DERECHO CORPORATIVO
COMPLIANCE



INDIFERENCIA COMO DOLO INDIRECTO *

Günther JAKOBS

Catedrático de Filosofía del Derecho
y Derecho Penal
Universidad de Bonn

I

Cuando un autor no tiene en consideración el daño que ocasiona y esto sucede de modo evitable, en la medida que por ello se encuentra en situación de ignorancia, el Derecho penal alemán establece —al menos¹— dos diferentes consecuencias jurídicas. Por un lado, el § 16.1 StGB excluye la pena prevista para el delito doloso en casos de desconocimiento de la realización de los elementos del tipo, lo que significa, si se mantiene la regla hasta sus últimas consecuencias, que en todo caso podría sancionarse por imprudencia (§ 16.2 StGB). Sin embargo, sólo muy raramente son sancionados los hechos imprudentes como los dolosos y, por regla general², se presenta un marco penal claramente atenuado. El principio que parece estar vigente es el siguiente: la ignorancia siempre provoca una descarga de responsabilidad. Por el contrario, el § 17.2 StGB tan sólo prevé, para el hecho cometido en ignorancia evitable de su ilicitud, una atenuación facultativa. De este modo, ha de diferenciarse según la causa de la ignorancia: si esta causa descarga de respon-

* Traducción del original manuscrito *Gleichgültigkeit als dolus indirectus*, de Carlos PÉREZ DEL VALLE.

¹ En los casos de suposición errónea de los presupuestos de una causa de justificación que sí se han verificado se propone también una consecuencia jurídica específica. Cfr., en este sentido, KRÜMPELMANN, *Beiheft ZStW-1978*, pp. 6 ss., en particular p. 50.

² Acaso una excepción representa el § 316 StGB, que prevé el delito de intoxicación alcohólica en el tráfico rodado. El marco penal previsto para el delito doloso apenas puede reducirse. Además, el desconocimiento de la intoxicación tendría que basarse, prácticamente en la mayoría de los casos, en la indiferencia. Esto es, en *dolus indirectus*.

sabilidad, ha de atenuarse la pena; si no es así, la pena no puede ser atenuada. El principio reza entonces de este modo: la ignorancia provoca una descarga de responsabilidad a veces en virtud del contexto. Pero ¿qué es una causa que no descarga de responsabilidad? En la medida que la culpabilidad es déficit de fidelidad al Derecho, la ignorancia (evitable) no puede descargar de responsabilidad cuando el conocimiento no proporciona al autor ningún dato relevante para su decisión y, por tanto, cuando el autor, con indiferencia hacia el Derecho, está ya resuelto a ello³. El conocimiento que sencilla y llanamente no es determinante para, no es ni más ni menos que superfluo. Un ejemplo: el autor, que consume de ordinario diversas drogas, se procura una sustancia de nuevo diseño⁴ con el conocimiento de su composición, pero sin tener en cuenta la prohibición (§ 29.1.1 BtMG).

La regulación del Derecho alemán se hace cargo del problema, pero resulta indecisa: atenuación obligatoria aquí (en el desconocimiento del tipo, en cualquier caso predominante en la práctica), atenuación facultativa allí (en el desconocimiento de la ilicitud). Con la regulación del Derecho español sucede a la inversa: con una decisión tajante —atenuación obligatoria en todo caso— se oculta el problema. De acuerdo con el art. 14.1 del Código Penal español, el desconocimiento evitable de la realización del tipo conduce a la imprudencia, lo que se corresponde con el § 16 StGB. Sin embargo, según el art. 14.3 del Código Penal español, la pena debe ser atenuada en uno o dos grados en los casos de desconocimiento evitable de la ilicitud del hecho: quien es absolutamente indiferente, quien actúa sin reflexión alguna, resulta privilegiado de este modo. BACIGALUPO, a quien se dedican estas líneas, criticó de inmediato esta regulación⁵: la atenuación obligatoria en uno o dos grados es exagerada y no concuerda con la atenuación facultativa de la pena en uno o dos grados prevista en las circunstancias eximentes incompletas. En ese sentido, BACIGALUPO defiende que, en los casos de error evitable, se permita una atenuación de la pena dentro del marco penal previsto.

En todo caso, nada se consigue con una regulación elástica que afecte únicamente al desconocimiento de la ilicitud. En efecto, puede suceder, en relación con

³ Detalladamente, TIMPE, *Strafmilderung des Allgemeinen Teils und das Doppelverwertungsverbot*, 1983, pp. 22 ss.; ROXIN, *ZStW-76*, pp. 582 ss., 604-605 (con matices, ÍDEM, *Strafrecht-Allgemeiner Teil-I*, 3.ª ed., 1997, 21/70); JAKOBS, *Strafrecht-AT. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2.ª ed., 1991, 19/46 ss., especialmente 19/49. Las deficiencias de una descarga de responsabilidad en casos de indiferencia fueron admitidas incluso por los partidarios de la teoría del dolo: L. K. MEZGER (JAGUSCH *et al.*, *Leipziger Kommentar*, 8.ª ed., 1957), § 59, II, 17 (III, D, p. 605); otros testimonios en ese sentido, en JAKOBS, *op. cit.*, 19/17, nota al pie 28. En el § 17, párrafo 2, StGB se trata simplemente de la evitabilidad del error, y por eso todo juicio defectuoso es denominado “error”; ha de convenirse, sin embargo, que se trata simplemente de una denominación, como lo prueba el hecho de que la atenuación sea facultativa. En realidad, el precepto regula el desconocimiento por causa de indiferencia y el error con la denominación de este último. Sobre el Derecho español, véase el texto de la nota al pie 5.

⁴ Ha de tenerse en cuenta que, al ser reciente la sustancia, no puede tratarse de un comportamiento ilícito ajustado a un estereotipo; sobre esta cuestión, cfr. JAKOBS, *AT*, 19/39.

⁵ BACIGALUPO, *Principios de Derecho penal. Parte general*, 4.ª ed., Madrid, 1997, p. 323. Recientemente sobre el art. 14.3 del Código Penal, FELIP I SABORIT, *Error iuris. El conocimiento de la antijuricidad y el art. 14 del Código Penal*, Barcelona, 2000, en especial pp. 261 ss., quien reconoce que entre la esfera del error y la del conocimiento actual existe todavía un espacio: el del desconocimiento por indiferencia. He de agradecer la referencia sobre el trabajo de FELIP a Teresa MANSO, en estos momentos en Friburgo de Brisgovia.



el desconocimiento del tipo, que el conocimiento del autor no proporcione razón alguna para que éste reflexione sobre su decisión, y todavía en menor grado para que se decida. Si se modifica el ejemplo citado al comienzo, de tal modo que el autor no piensa en la composición de la droga porque le es suficiente con la seguridad que le da el vendedor, se trataría entonces de lo novísimo entre lo nuevo. La indiferencia respecto al Derecho, que de ordinario se traduce “sólo” como ignorancia de la ilicitud, puede también degenerar en indiferencia sobre los hechos y, en consecuencia, conduce también al desconocimiento de la realización del tipo. ¿Acaso no debería propugnarse que en estos casos la indiferencia tampoco pueda provocar una descarga de responsabilidad? Un ejemplo más: un terrorista atraviesa una barrera de control de la policía conduciendo un coche a gran velocidad; él no tiene en cuenta que podría matar a uno de los agentes de policía que corren apresuradamente por el arcén, pues está concentrado más que nada en lograr pasar sin perder el control del vehículo. ¿Sería una equivocación imponer la pena de tentativa de homicidio en el caso de que todo termine bien, y la pena del homicidio consumado doloso en el caso de que muera el agente?

Parece ofrecerse una solución cuando se ventila el problema desde un punto de vista “práctico-psicológico”: el hecho de que el adquirente de una droga no tenga en cuenta las sustancias de las que está compuesta o de que ante los ojos del terrorista no se presente como posible la muerte del policía tendría que valorarse más bien como improbable, etc. Ha de convenirse, sin embargo, que esta solución no puede tener aquí una buena acogida, pues se trata de responder a la pregunta de si el conocimiento deficiente del autor importa algo cuando es seguro que el conocimiento es irrelevante para la decisión del autor; la respuesta se formula entonces como sigue: para una imputación completa no sería en todo caso necesario el conocimiento, que constituiría más bien (por regla general; de inmediato se hará referencia a las excepciones) un indicador de la indiferencia respecto al Derecho⁶. Con otras palabras: la culpabilidad no existe porque concurren el conocimiento del tipo o el conocimiento de la ilicitud, sino porque falta lealtad al Derecho; este déficit puede ser inducido a través del conocimiento, pero también de otros modos o formas que lo pongan de manifiesto. En la perspectiva del proceso, ello significa que no hay que probar el conocimiento, sino la indiferencia ante el Derecho, la ausencia de relevancia de los datos para la decisión.

Las reglas de la teoría del delito son como un arbusto espinoso en medio del que obstaculiza el camino hacia esa meta. En efecto, estas reglas parecen establecer lo que ha de averiguarse para que exista dolo antes de atajar la cuestión de la culpabilidad o, lo que es lo mismo, la cuestión de la deslealtad al Derecho; sin que se sepa todavía, en el tratamiento del dolo, en qué actitud del autor estriba, de tal modo que el dolo no podría depender de tal actitud. Esto no es sino una mera confusión de la forma didáctica en la que se explica la comprobación del delito con el mismo concepto de delito. El dolo de un hecho es dolo de un delito únicamente bajo la exigencia de que concurre culpabilidad. Los hechos justificados o los hechos en los que no existe culpabilidad nunca son hechos cometidos con

⁶ JAKOBS, *Der strafrechtliche Handlungsbegriff. Kleine Studie*, 1992, pp. 39 ss.



el dolo propio del delito. El plano específico del Derecho penal se alcanza sólo con la culpabilidad⁷: sólo comportamientos culpables desautorizan la vigencia de la norma, pues la norma nunca está vigente para —en un sentido amplio— inculpables. Por eso se puede comprobar, antes del examen de la justificación o de la culpabilidad, la indiferencia respecto al contenido del comportamiento; esto es: que la realización del tipo no era un dato relevante en la decisión del autor. Sin embargo, ello no significa que se le haya de culpar también cuando existe justificación o inculpabilidad, pues en ese caso no se trata —como se pone de manifiesto en ulteriores niveles de la teoría del delito— de una indiferencia relevante, basada en la deslealtad hacia el Derecho y, por ello, no se trata de un indicador de la deslealtad hacia el Derecho.

Desde hace tiempo es admitido que el conocimiento no pertenece *per se* al concepto de delito, sino sólo como indicador de la deslealtad hacia el Derecho, de tal modo que la cuestión que se plantea es si todo conocimiento es indicativo de deslealtad al Derecho; como respuesta sólo puede decirse que el conocimiento del que el Derecho nada espera no puede ser indicativo de la infidelidad al Derecho, tal como sucede en el caso de los conocimientos especiales (conocimiento que no corresponde al rol del autor⁸) o del conocimiento basado en un escrúpulo excesivo, al menos en todo caso en tanto el Derecho no deba transformarse en una institución total. En este sentido puede mencionarse el ejemplo siguiente: un extranjero obtiene de un funcionario del área administrativa correspondiente, y también de un abogado, la información de que los juegos públicos de azar de pequeño importe económico, que no excedan de 5 euros, no requieren autorización administrativa alguna; con un exceso de escrúpulos, piensa que las informaciones tienen que ser incorrectas, puesto que en Alemania prácticamente todo lo que carece de utilidad social está prohibido; de este modo, puede decirse que tiene tan poco conocimiento *relevante* de la ilicitud como quien, después de ser informado, encuentra un Código Penal y, al leerlo, se topa con el § 248.1 StGB. Este problema de los conocimientos especiales no ha de ser tratado a continuación; ha sido citado aquí únicamente con el objeto de poner de manifiesto la amplitud que alcanza un tratamiento del problema en una perspectiva normativa.

II

Es evidente que la regulación del desconocimiento de realización del tipo (§ 16.I StGB) atiende sólo a *una* de las dos posibles situaciones relativas a la decisión y, en particular, a aquella en la que todo lo que ha de ser objetivamente relevante para la decisión del autor lo es también subjetivamente: el desconocimiento muestra entonces un déficit de competencia e implica siempre el peligro de una *pœna naturalis*, pues nadie puede estar seguro de las consecuencias de una decisión si no conoce las circunstancias de la misma. Por ejemplo: quien no tiene presente que

⁷ JAKOBS, *Der strafrechtliche Handlungsbegriff*, pp. 42 ss.; LESCH, *Der Verbrechensbegriff. Grundlinien einer funktionalen Revision*, 1999, pp. 221 ss.

⁸ JAKOBS, *AT*, 7/9 con otras referencias.



la gasolina en estado gaseoso es fácilmente inflamable y enciende un cigarrillo en un recinto repleto de ese gas, difícilmente puede ser considerado como una persona que con habilidad procura su beneficio a costa de otros; más bien ha de ser considerado como un torpe incompetente. Hasta aquí no hay nada que objetar a la regulación legal. Sin embargo, el cuadro se modifica inmediatamente si el autor no conoce la realización de tipo sencillamente porque no está interesado en ello; esto es, porque el hecho de que sea objeto de su examen o no lo sea en ningún modo es relevante para la decisión. Lo que para el que actúa en un error —incluso de modo frívolo— es una consecuencia adecuada del desconocimiento —y, por tanto, la exclusión del dolo—, se convierte, en el caso de la indiferencia ante los hechos, en un beneficio injustificable⁹: la falta de conocimiento de datos irrelevantes para la decisión desde una perspectiva subjetiva se convierte en fundamento de la indulgencia. Se puede cuestionar, a modo de ejemplo, si ante una norma religiosa que prohíbe comer carne “impura” tiene una mayor culpabilidad quien —tal vez con mala conciencia— se figura que lo es en el momento de comerla o quien la saborea gozoso sin idea alguna de ello. El psicologismo dominante desde FEUERBACH¹⁰ conduce a cargar de responsabilidad al primero; pero es dudoso que este modo de ver las cosas tenga la razón de su parte ¿Por qué debe ser la teoría de la imputación esclava de la psicología? ¡Es tan obvio que no todo desconocimiento es un error!

Desde un punto de vista histórico, resulta significativo el intento¹¹ de asimilar esta problemática a través de la teoría del *dolus indirectus*, cuyo contenido —dicha

⁹ MEZGER, en BOCKELMANN *et al.* (eds.), *Probleme der Strafrechterneuerung (Kohlrausch-Festschrift)*, 1944, pp. 180 ss., 184; ÍDEM, *Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik*, 1950, pp. 45 ss.; una posterior descripción de la “ceguera sobre los hechos” con otras referencias en JAKOBS, *AT*, 8/5 y ss., y nota 9; LESCH, *JA*, 1997, pp. 802 ss. y nota 3.

¹⁰ FEUERBACH, en VON ALMENDIGEN *et al.* (eds.), *Bibliothek des peinlichen Rechts, der peinlichen Gesetzgebung und Gesetzeskunde*, 2.Theil, 1804, pp. 193 ss.; sobre la imprudencia, en p. 209; ÍDEM, en *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, 11.^a ed., 1832, § 55: conocimiento de una infracción de las reglas del deber de cuidado (aunque sólo en el tipo subjetivo de los delitos de peligro, no de los delitos de lesión); sobre ello, LÖFFLER, *Die Schuldformen des Strafrechts in vergleichend-historischer und dogmatischer Darstellung*, Bd. 1, Abt. 1, 1895, pp. 212 ss. LÖFFLER critica al respecto (pp. 215 ss.) que FEUERBACH no se desprendiese totalmente del *dolus indirectus*, ya que sitúa el *dolus indeterminatus* sobre la base de la indiferencia respecto a cuál resultado se producirá (FEUERBACH, *Lehrbuch*, *op. cit.*, § 59, nota a; ÍDEM, en *BIBLIOTHEK*, *op. cit.*, pp. 231 ss.). Sin embargo, FEUERBACH exige el conocimiento de todas las alternativas posibles (*loc. cit.*); la indiferencia sirve así para sugerir una intención alternativa. Ciertamente permanece en la sanción más elevada de la *culpa dolo determinata* un resto de *dolus indirectus*; véase también GEBLER, *Ueber den Begriff und die Arten des Dolus*, 1860, pp. 157 ss.

¹¹ El intento de solución más conocido en la filosofía práctica es el aristotélico, según el cual en ello no se ha de destacar lo que el autor no ha tenido en cuenta, sino qué sucede si él ha tenido en cuenta todo; por ello, opta ARISTÓTELES (*vid.* en GRUMACH *et al.* (eds.), *Aristoteles Werke in deutscher Übersetzung*, Bd. 6, *Ética a Nicómaco*, traducida por Dirlmeier, 6.^a ed., 1974, 1110.b), por el momento en que el autor (que es considerado como quien se mantiene idéntico; véase posteriormente, sobre la problemática en los casos de situaciones emocionales, las notas 45 y 46) tiene las consecuencias de su actuar ante sus ojos: sólo cuando considera el resultado con «desazón y pesar», lo ha causado de forma «involuntaria»; con otras palabras, sólo tiene lugar la descarga de responsabilidad, cuando no le es indiferente. LOENING señala claramente la distinción únicamente como tal «en la personalidad del autor», y, sin embargo, no «en la naturaleza del hecho mismo».



sea la verdad— era especialmente rico en matices¹²: los conceptos de dolo y prueba del dolo confluyen uno en otro; se trata, en realidad, de la separación de las exigencias de la *poena ordinaria* de las de la *poena extraordinaria*; para la teoría del dolo basada en la voluntad, ha de justificarse la relación de la voluntad con las consecuencias accesorias; por lo demás, son perceptibles las repercusiones de la teoría del *versari in re illicita*. A más tardar, después de la intervención de FEUERBACH en favor de un tratamiento psicologizante de la cuestión¹³, se abandona el mismo contenido del concepto del *dolus indirectus* por una combinación de dolo y culpa (*culpa dolo determinata*¹⁴), por un lado; y por el *dolus eventualis*, en la forma en que lo entiende la moderna teoría de la representación¹⁵, por otro. Así, se encuentran formulaciones muy tempranas coincidentes con el compromiso formal del Tribunal Supremo Federal alemán¹⁶, en el sentido de que quien actúa con conocimiento de las consecuencias, las quiere en un sentido jurídico. La parte que ha de considerarse más relevante de la teoría del *dolus indirectus* en una perspectiva actual es la equiparación entre *scire* y *scire posse ac debere*, adoptada por algunos autores y que —como puede descubrirse sobre todo en CARPZOV— implica la renuncia al conocimiento actual de las consecuencias¹⁷. CARPZOV¹⁸ dilucida la cuestión de si a aquel que con mala intención lesiona a otro de una estocada y con ello —«*præter intentionem vero ei vulnus lethale infligit, ex quo mors sequitur*»— se le ha de imponer una *pœna ordinaria* en la medida que actúa con dolo. Finalmente, decide que existe *dolus*, porque el autor del hecho «*scit, aut saltem scire debebat*», que la estocada puede desembocar en la muerte¹⁹; añade, además, que, a consecuencia de la estocada que criminalmente se propuso realizar, al autor se le imputará «*quod inde facile succesurum erat*», porque ello «*verisimiliter aut cogitavit vel cogitari potuit, aut saltem cogitare debebat*»²⁰. No obstante, el *dolus indirectus*²¹ queda excluido en casos en que el autor trata a la víctima con escasa peligrosidad²² (una

¹² SELLERT, en SELLERT y RÜPING, *Hand- und Quellenbuch zur Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, Band I, 1989, pp. 247 ss.

¹³ Como se ha señalado en nota 10.

¹⁴ FEUERBACH, en BIBLIOTHEK (nota 10), pp. 239 ss., p. 243.

¹⁵ Elaborada especialmente por KLEE (*Der dolus indirectus als Grundform der vorsätzlichen Schuld*, 1906, p. 49) con el resultado de «que la previsión del peligro es en suma el elemento característico de la culpabilidad consciente»; en esta línea del *dolus indirectus* se sitúa también PUPPE, *ZStW*, núm. 103, pp. 1 ss., pp. 23 ss.

¹⁶ Cfr. *BGH*, núm. 7, pp. 363 ss., p. 369; en un sentido similar, FEUERBACH, *Bibliothek* (n. 10), p. 235: «porque [...] el delincuente [...] prevé que el efecto más importante puede brotar de su acción, y con todo no omite su acción, de tal modo que lo consiente y acepta la consecuencia». Véase también la cita de Chr. WOLFF, en BOLDT, *Johann Samuel Friedrich von Böhmer und die gemeinrechtliche Strafrechtswissenschaft*, 1936, p. 211.

¹⁷ Esta equiparación de Derecho material de lo psíquicamente distinto puede ser tanto confirmada como contrastada (*konterkariert*) por la situación de derecho de la prueba. Sobre la mezcla de la visión jurídico-material y jurídico-procesal en BÖHMER, véase BOLDT (nota 16), pp. 255, 260: ni previsión ni previsibilidad, sino probabilidad de la previsión.

¹⁸ CARPZOV, *Practicæ novæ imperialis saxonicae rerum criminalium*, Pars I, 9.^a ed., 1695.

¹⁹ Nota 18, Qu. 1, Nr. 28.

²⁰ Nota 18, Qu. 1, Nr. 29.

²¹ Nota 18, Qu. 1, Nr. 32.

²² Nota 18, Qu. 1, Nr. 62.



bofetada) o en que la muerte tiene lugar como consecuencia de circunstancias fortuitas²³ (como el abandono en el cuidado de una herida que no era en sí misma letal). Por tanto, para CARPZOV no se trata solamente de acuñar como dolo las consecuencias accesorias *conocidas*, sino también de poder tratar como ocasionadas dolosamente las complicaciones posteriores que importunan un hecho malo en sí cuando éstas *no* eran *conocidas*, pero podían y debían serlo.

El mismo CARPZOV menciona las dificultades de prueba de hechos internos²⁴ como un fundamento de su concepto jurídico-material de dolo, cercenado del conocimiento y la voluntad relativos a complicaciones posteriores. En todo caso, sería precipitado colocar junto a este argumento, que hoy cuenta bastante poco en Derecho²⁵, la idea del *versari in re illicita*, absolutamente depuesta en la imputación jurídico-penal²⁶ (la acción exige mala intención!) y dar por hecha la liquidación del *dolus indirectus*. El *dolus indirectus*, en la forma descrita, introduce algo de racionalidad que merece serle reconocido de nuevo: en los casos a los que se refiere CARPZOV, el autor agrede la integridad corporal de la víctima con tal intensidad que demuestra drásticamente con ello su indiferencia respecto a ese cuerpo. ¿No debía serle también indiferente la vida? Así visto, el *dolus indirectus* no consiste en una vertiente del *versari in re illicita*, sino en el intento de alcanzar a la indiferencia sobre los hechos.

Esta doctrina —que en CARPZOV se muestra menos como una teoría aplicada consecuentemente que como una conclusión extraída con destreza práctica de la literatura italiana y española²⁷— fue adaptada por HEGEL y algunos hegelianos, y situada en el marco de la teoría de la persona (en la terminología de HEGEL, también del sujeto). ¿Quién actúa? Para CARPZOV actúan «hombres», y cuando ellos no conocen algo, eventualmente lo hubieran podido o debido conocer; esto es: un postulado heterónomo. Para HEGEL actúan sujetos (personas con voluntad, que es «para sí infinita»²⁸), y cuando no conocen algo, cabe que las condiciones de su

²³ Nota 18, Qu. 1, Nr. 63.

²⁴ Según STINZING (ÍDEM, LANDSBERG, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, 2. Abtheilung, 1884, p. 77), el intento de evitar las dificultades de prueba constituye la causa fundamental del desarrollo de la teoría del *dolus indirectus*.

²⁵ Si los hechos internos son necesarios, tienen que ser probados; *sin embargo, una sociedad funktionierende no se ab-stellt auf lo improbable*.

²⁶ Sobre esta base reduce GRÜNHUT (*Anselm von Feuerbach und das Problem der strafrechtlicher Zurechnung*, 1922, reimpresión de 1978, p. 134) la teoría de CARPZOV a una interpretación menos plausible; en este sentido también PUPPE (nota 16, p. 26). Sobre el *versari in re illicita*, todavía *grundlegend*, KOLLMANN, *ZStW*, núm. 35, pp. 46 ss.; véase también LÖFFLER (nota 10), pp. 136 ss.

²⁷ CARPZOV toma en consideración, entre otras, la doctrina de BARTOLO (nota 18, q. 1, n. 28 ss.), según la cual se ha de responder por las *Weiterung...* de lo ocurrido «*si quidem delictum, quod principaliter facere proposuerat, tendit ad illum finem*» (BARTOLO, citado según ENGELMANN, *Die Schuldlehre der Postglossatoren und ihre Fortentwicklung*, 1895, reimpresión 1965, pp. 79 ss.), y la teoría de COVARRUBIAS, para quien —en lugar del conocimiento impuesto tanto fáctica como normativamente— se trata más bien de la construcción de una voluntad indirecta (nota 18, q. 1, n. 31 ss.). Sobre la compatibilidad —no carente de problemas— de ambas teorías, cfr. SCHAFFSTEIN, *Die allgemeine Lehren vom Verbrechen in ihrer Entwicklung durch die Wissenschaft des gemeinen Strafrechtes*, 1930 (reimpresión 1986), pp. 119 ss.; BOLDT, nota 16, pp. 197 ss.

²⁸ HEGEL, «Grundlinien des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse», en GLÖCKNER (ed.), *GWF Hegel. Sämtliche Werke*, Bd. 7, 1952, § 105.



propia constitución no fuesen suficientes, de tal modo que ellos mismos se contradicen cuando alegan su propia ignorancia; esto es, una fundamentación del *dolus indirectus* sobre una teoría de la libertad²⁹. CARPZOV no presta atención a la alegación de desconocimiento; pero, para HEGEL, la misma alegación resulta imposible, pues quien la alega para sí negaría al mismo tiempo su existencia como sujeto pensante.

En lo esencial, el razonamiento de HEGEL es el siguiente: el hecho (el suceso que se ha desencadenado) se convierte en acción a través del conocimiento del autor³⁰, pero el dolo (VORSATZ) «que emana de quien piensa», en ese sentido llamado intención (ABSICHT), no queda aquí fijado en las particularidades procedentes del autor, sino que enfoca el hecho en una «relación múltiple»; en otras palabras, no depende de lo que el autor actualmente conoce, prescindiendo de la relación, sino de lo que, prescindiendo del conocimiento actual del autor, pertenece al «contenido general»³¹ y, por tanto, de lo que es consecuencia necesaria (entendida como contraposición a lo contingente)³². ¡Intención (ABSICHT) es, por tanto, lo apreciable (que puede ser apreciado) vinculado como necesario³³! Una «dispersión en particularidades y consecuencias» aborda desde luego la «reflexión subjetiva»³⁴, aunque con ello ignora «la naturaleza lógica de lo individual y de lo general»³⁵. Además, se exige también una agresión con mala intención³⁶; en efecto, como justificación se encuentran sólo delitos intencionales (incendio y homicidio).

III

La antigua teoría del *dolus indirectus*, pese a lo correcto de su idea fundamental —el hecho de no asumir en el conocimiento datos de fácil percepción como con-

²⁹ HEGEL, nota 28, § 4.

³⁰ HEGEL, nota 28, § 117.

³¹ HEGEL, nota 28, § 119.

³² HEGEL, nota 28, § 118; MICHELET, *Das System der philosophischen Moral*, 1928 (reimpresión 1968), p. 91.

³³ Más detalladamente sobre esta cuestión, LESCH, nota 7, pp. 140 ss., también con cita de escritos posteriores de la filosofía del Derecho de HEGEL.

³⁴ HEGEL, nota 28, anotación al § 118. BERNER no asumió la teoría del *dolus indirectus*, tal como se observa en *Grundlinien der criminalistischen Imputationslehre*, 1843 (reimpresión 1963), p. 259, y en *Die Lehre von der Teilnahme am Verbrechen und die neueren Controversen über Dolus und Culpä*, 1847 (reimpresión 1996), pp. 126 ss. (aquí con una crítica a MICHELET). Ciertamente, para BERNER «la objetividad comprende en sí la voluntad» (*Teilnahme*, p. 122), pero la voluntad no comprende a la objetividad (comprensión implica aquí sumisión del término que comprende al otro) de tal modo que, en consecuencia, la acción queda sin «parte general» (HEGEL, § 119). La teoría de HEGEL de la intención resulta devaluada, y, aunque todavía el *dolus indirectus* es significativo para la prueba del dolo, no lo es como presunción (*Teilnahme*, pp. 131 ss.), sino como un mero indicio (*Teilnahme*, p. 138).

³⁵ HEGEL, nota 28, anotación al § 119.

³⁶ Cfr., en particular, MICHELET, nota 32, p. 94; KÖSTLIN, «System des deutschen Strafrechts, Erste Abtheilung», AT, 1855 (reimpresión 1978), pp. 244 ss.; en contra, BERNER, *Teilnahme*, nota 34, p. 133. Sobre un ulterior desarrollo al respecto, véase KÖSTLIN, *System*, pp. 195 ss. (§ 74, notas 1 y 2); HÄLSCHNER, *System des preußisches Strafrechts, Erster allgemeiner Theil des Systems*, 1858, pp. 131 ss. (anotación al § 34); especialmente también LÖFFLER, nota 10, pp. 221 ss.



secuencia de la indiferencia no puede implicar descarga de responsabilidad— fue tan incorrectamente desarrollada que no pudo resistir ni al vigoroso psicologismo de FEUERBACH³⁷, en un principio, ni al naturalismo del último tercio del siglo XIX. A mediados de siglo, HÄLSCHNER se percata, asombrado, de que «la opinión de Feuerbach» haya «permanecido hasta los últimos tiempos incluso en quienes no siguen su teoría de la pena y su teoría de la culpabilidad»³⁸; con otras palabras: se persiste en el aferramiento a los hechos psíquicos, aunque no exista ya ninguna conexión funcional de éstos con la pena. Este desarrollo, al que se ha hecho referencia antes, es incorrecto en la medida que es en parte demasiado estricto y en parte demasiado amplio. 1) Por un lado, el perímetro del *dolus generalis* es trazado de un modo demasiado restringido cuando requiere un ataque con mala intención, pues pese a que la indiferencia respecto a bienes ajenos puede ser inducida frecuentemente —no siempre, como se indicará de inmediato— a través de tales ataques, no sólo puede serlo a través de ellos. Cuando el autor, deliberadamente y en la esfera de sus propios intereses, se decide por una acción, sin haber incluido en la deliberación la realización del tipo que fácilmente se podía haber representado, resulta irrelevante si la acción es un hecho antijurídico o autorizado. Por ejemplo: quien destruye un automóvil y no cae en la cuenta de que el aceite que fluye de él con toda seguridad ensuciará aguas subterráneas, no debe ser tratado de una forma distinta a la que correspondería a un ataque antijurídico contra un artefacto ajeno³⁹. 2) Por otro lado, el perímetro del *dolus generalis* es demasiado amplio cuando abarca también casos de planificación defectuosa, en los que el autor no ha calculado si él mismo saldrá airoso de un modo tolerable; en la medida que él no resulte perturbado por el hecho, demostraría en todo caso su “fortuna”, pero no su capacidad para configurar el mundo de un modo competente. También aquí se puede proponer a modo de ejemplo el siguiente: quien destruye una cazuela que contiene un líquido corrosivo con el objeto de dañar al propietario, no tiene por qué haber pensado que el fluido también dañará al parquet, como tampoco que él mismo resultará lesionado⁴⁰.

Desde un punto de vista comunicativo se puede formular lo siguiente: el autor doloso interpreta (al menos, en cuanto a las consecuencias accesorias), de acuerdo con su valoración como autor, que el riesgo de realización del tipo no es relevante para la decisión en ningún modo, o que no lo es a la vista del contexto existente en la actualidad. Por el contrario, el autor imprudente, descuidado, define la situación en la que actúa de modo incompleto; esto es, sin el riesgo existente que tendría

³⁷ «La ley penal surte efecto [...] psicológicamente [...] De ello se deriva que toda la ley y toda pena requiere como condición 1) Conciencia y conocimiento de la ley penal. [...] 2) Subsunción del hecho cometido bajo la ley. [...] 3) El hecho tiene que estar [...] fundado en el deseo del sujeto» (FEUERBACH, *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, Zweiter Teil, 1800, reimpresión 1966, pp. 43 ss.). A este respecto, cfr. GRÜNHUT, nota 26, pp. 203 ss.; LESCH, nota 7, pp. 61 ss.; ÍDEM, nota 9, pp. 803 ss.

³⁸ Nota 36, p. 134.

³⁹ BERNER, *Teilnahme*, nota 34, pp. 132 ss.

⁴⁰ Otra cosa sucede cuando él actúa después de haberse procurado prudentemente una vestimenta de protección, pues entonces ha calculado *únicamente* sus intereses y se comporta, respecto a la realización del tipo, con indiferencia.



que haber sido considerado según su valoración, por lo cual esta toma en consideración se podía haber solventado también en una decisión *en favor* del hecho: la decisión del autor imprudente se caracteriza por una base reducida y no porque hubiera evitado la realización del tipo en caso de dolo. El autor indiferente define también la situación de modo incompleto, pero no por descuido, sino porque lo no captado no es relevante para la decisión desde un punto de vista subjetivo. La base de la decisión es, según su criterio, completa; lo que no se ha tenido en cuenta es ni más ni menos que indiferente. La línea divisoria que resulta determinante en la medida de la culpabilidad no discurre entre el conocimiento de la realización del tipo y su desconocimiento, sino entre la ausencia de relevancia para la decisión, desde un punto de vista subjetivo, de una realización del tipo conocida o cognoscible; y la relevancia para la decisión, también desde un punto de vista subjetivo, de una realización del tipo cognoscible. En resumen: se trata por eso de ausencia de relevancia para la decisión de una realización del tipo que al menos sea cognoscible *versus* error.

Ésta es la distinción conceptual entre la culpabilidad más grave —*dolus*— y la más leve —*culpa*—. En el ejemplo inicial del *dolus indirectus*, en el que se aludía a un estoque impetuoso sobre el cuerpo del otro, se decidió CARPZOV —se prescinde de configuraciones extravagantes del caso— correctamente por la *pœna ordinaria* como consecuencia de un homicidio doloso⁴¹: desde un punto de vista conceptual, ello no depende de la anticipación de la muerte en el pensamiento del autor. El *dolus indirectus* responde al concepto de dolo; no es sólo un medio de presunción del dolo, ni un simple caso en el que se endosa el conocimiento, como tampoco se trata —y en menor medida— de imprudencia muy grave. Antes bien, queda cimentada la ausencia de relevancia para la decisión de la realización del tipo y ciertamente no sólo como un pronóstico (un proceso de decisión que llegase a la decisión de sobre lo irrelevante), sino con carácter actual (sobre lo irrelevante se decidió positivamente, pues de otro modo lo hubiera previsto el autor)—. Resta la cuestión de cómo han de comprobarse las formas de culpabilidad, y la respuesta indica que no ha de hacerse de un modo distinto a la revelación indiciaria en el marco de la usual —aunque también ambigua— separación entre conocimiento y desconocimiento. La irrelevancia para la decisión puede constituir un punto de partida cuando el conocimiento de la realización del tipo era tan fácil de percibir para el autor como la implicación de sus propios intereses que él ha tenido bastante en cuenta; y viceversa, existe un error cuando el autor no ha ponderado en su plan la implicación de sus propios intereses, que no resulta más lejana que la realización del tipo. Un ejemplo: un inquilino intenta abrir una ventana en la casa de alquiler haciendo volar el muro, y la casa se derrumba; existe grave imprudencia respecto a las personas que viven en la casa y al propietario y una gravísima infracción de sus obligaciones, pero no *dolus indirectus*. Prácticamente se tratará como *dolus indirectus*, como indiferencia, el conocimiento endosado directamente a la salvaguardia asegurada simultáneamente de los intereses del autor; teóricamente, bastarían también probabilidades lejanas, en cuanto sean suficientes para el dolo.

⁴¹ Cfr. notas precedentes 18 a 23.



Por tanto, existe indiferencia respecto a la realización del tipo cuando el autor, de un conjunto de cursos posibles, se guarda de aquellos en los que se ponen en juego sus intereses. Estos intereses, por definición, tendrían que ser de importancia para el autor desde un punto de vista subjetivo, pues de lo contrario no se trataría para él de intereses. Por ejemplo: quien “mata” el tiempo, no sacrifica tiempo valioso. En esta ponderación subjetiva puede estarse, en su caso, a la constancia de la planificación selectiva de consecuencias de la acción que son de interés para el autor y a lo que se le ha de culpar a él en tanto implique indiferencia, así como a la realización del tipo del mismo modo que a la parte del complejo calculada por el autor. Por ejemplo: si un autor caprichosamente persigue sólo fines carecen de valor desde un punto de vista jurídico y que sólo a él le interesan, o que son antijurídicos⁴², y lo hace con una planificación precisa sin tomar en consideración una realización del tipo que le importunaría, la planificación para la persecución de sus propios intereses indica la indiferencia respecto a la realización del tipo.

De otro modo sucede, desde luego, cuando pueden inducirse una planificación defectuosa y el peligro de una *pœna naturalis*: los intereses exclusivamente subjetivos tienen tan sólo el peso que el autor les atribuye, y así es posible que el mismo autor experimente el fracaso en el logro de su pretensión como una *pœna*⁴³, aunque también cabe que, defraudado, se dedique a otros cometidos razonables. Si el autor persigue los caprichos o fines que jurídicamente carecen de valor a los que se ha aludido antes, pero lo hace, en cierto modo, sin planificación, ello no tiene necesariamente el significado de que se equivoque y se exponga al peligro de una *pœna naturalis*, porque siempre cabe la posibilidad de que considerase que su fracaso no constituye un daño digno de ser tenida en cuenta. Por eso, el autor obra sin planificación sólo cuando pone en juego sin un cálculo suficiente sus propios intereses objetivamente (así como subjetivamente) significativos, y se expone de ese modo al peligro de una *pœna naturalis*, que lo es no sólo según su percepción, sino también de acuerdo con un juicio objetivo. Así, quien pone en juego su vida, su cuerpo o su propiedad, así como su libertad, puesto que en la comisión del delito se topa con la policía y se pone en sus manos sin que ello fuese calculable, demuestra su incompetencia y se comporta, en consecuencia, de forma —tal vez altamente— descuidada, pero no indiferente⁴⁴.

Una última dificultad para la definición de la indiferencia ha de ser mencionada: así como un hecho con dolo directo —en su caso, también eventual— no es eli-

⁴² Sobre la falta de valor de las posiciones antijurídicas, cfr. JAKOBS, *Festgabe für Gerd Geilen*, 2002 (en prensa).

⁴³ Esto es: realización desde un punto de vista subjetivo, pese a que se carece de toda significación desde un punto de vista objetivo. En la esfera de los delitos contra el patrimonio, cfr. BGH, *NStZ*, 2001, p. 534: el comportamiento delictivo no tiene *per se* ningún valor económico.

⁴⁴ Algunos de los argumentos del Tribunal Supremo federal alemán sobre el “umbral de contención” en los delitos de homicidio (por ejemplo, BGHSt. 36, 1, 15, con otras citas) pueden relacionarse con las últimas ideas esbozadas: si no es plausible aceptar el dolo cuando la realización del tipo supone una catástrofe para el autor en su estado actual, se habrá concebido el dolo como «conocimiento y voluntad» o —del modo que se está manteniendo aquí— como indiferencia, pues entonces el autor no habría obrado sin error (cfr. nota 47). Sin duda, la sentencia citada se encuentra muy próxima a la indiferencia.



minado aunque el autor después lo haya lamentado, tampoco queda suprimido un hecho cometido con *dolus indirectus* cuando el autor, con posterioridad, se distancia de su indiferencia. Esto es: si en la exclusión del dolo directo, una perturbación del discernimiento provocada por un estado pasional tiene una escasa influencia ⁴⁵, lo mismo sucedería respecto al dolo indirecto. Por ejemplo: quien embiste el cuerpo de su enemigo con un gran cuchillo para lesionarle, actúa asimismo con dolo de homicidio indirecto; también si el hecho ha sucedido en un estado de agitación pasional y el autor, *cuando vuelve en sí y, por tanto, como otro sujeto que valora el hecho*, considera como una catástrofe tanto la aniquilación de la víctima como la destrucción de su propia existencia civil y, de igual forma, la indiferencia respecto a la realización del tipo y respecto a sus propios intereses vigentes a largo plazo ⁴⁶. Indiferencia y déficit de discernimiento pueden yuxtaponerse ⁴⁷, lo que quiere decir dos cosas: permanece la posibilidad de que exista *dolus indirectus*, pero en casos de competencia limitada o defectuosa por estados de agitación emocional también lo es la atenuación o la exclusión de la pena.

IV

No se ha de mantener que con lo hasta ahora expuesto se desarrolle una teoría del dolo indirecto. A lo más se han trazado con una cierta vaguedad sus contornos, y serán necesarios todavía muchos esfuerzos para hacerla practicable, especialmente para que pueda ser utilizada con pleno rendimiento, sobre todo, en casos de desviaciones del dolo: si, *per se*, el *dolus indirectus* es suficiente para que exista responsabilidad por dolo, puede también sustituir al *dolus directus*, que no ha tenido lugar en un curso causal objetivo. Algunos ejemplos al respecto pueden ser citados: (1) si el autor, que quiere ahogar a la víctima, no advierte por indiferencia que el arrojado desde el puente podía estrellarse contra un saliente del pilar, comete un homicidio doloso, del mismo modo que (2) en el caso de la consumación anticipada, cuando el autor, indiferente, no toma en consideración la mortalidad del golpe propinado con el objeto de dejar a la víctima aturdida. La posibilidad de traslación a casos de (3) *aberratio ictus* y de (4) *dolus generalis* es clara.

¿Puede entonces la indiferencia, ahora mismo y *de lege lata*, hacer causa común con el dolo, y, por tanto, abarcar el *dolus* al *dolus indirectus*? La respuesta se antoja algo insegura. El menor obstáculo es el texto del § 16.I StGB alemán: quien interpreta el precepto ligeramente, en el sentido de que comprende también el caso de desconocimiento de aquellos elementos del tipo cuya realización es para el autor irrelevante para la decisión, desatiende el primer mandato de la interpretación objetiva; esto es, interpretar las leyes de tal modo que se obtengan resultados consis-

⁴⁵ Cfr. JAKOBS, *Allg. Teil*, 18/17 con más referencias.

⁴⁶ Lo que significa, conceptualmente, el abandono actual de dichos intereses.

⁴⁷ El Tribunal Supremo federal alemán lo pasa por alto en la aplicación del “umbral de contención” como límite del dolo (*vid.* nota 44): aquel que ha perdido el discernimiento, no advierte en su estado actual el “umbral de contención”, pues de lo contrario no carecería de discernimiento; véase, por ejemplo, las sentencias BGH NstZ 1983, 406 (“cólera”); 1988, 175 (“furia”); 1988, 361.



tentes. En cuanto al art. 14.1 y 3 del Código Penal español, éste se refiere expresamente a un *error* del autor; si con ello son designados de modo contundente casos de desconocimiento evitable de datos irrelevantes para la decisión, es cuanto menos cuestionable. Tampoco constituyen un obstáculo las reglas de autoría y participación (§§ 25 y ss. StGB), pues una teoría de la participación que ha integrado en sí la imprudencia⁴⁸ desde hace mucho tiempo no supone dificultad alguna para el *dolus indirectus*. De igual modo ha de concluirse, respecto a la regulación de la tentativa, que también podría ser aplicada a la imprudencia, pues tanto en ella como en el caso del *dolus indirectus* tiene el autor una “representación del hecho” como acción, la cual ha tenido como consecuencia la realización del tipo —allí por causa del error, aquí por la indiferencia— que no había sido advertida. ¡Todo ello son *curæ minores*! Un problema más serio a tener en cuenta es el de los delitos cualificados por el resultado (§ 18 StGB) —una herencia de FEUERBACH— y que podrían ser entendidos como *leges speciales* a término...—. En efecto, estos delitos comprenden sólo peligros *específicos* como consecuencia de su vinculación al delito básico y no sólo en el caso de la indiferencia (para la que el delito básico no podría constituir ni un indicio suficiente ni necesario). Se podría argumentar que los delitos cualificados por el resultado regulan la causación imprudente y por error del resultado más grave, y no cuando éste tiene lugar por indiferencia. La indiferencia respecto al tipo, desde este punto de vista —el § 16 comprende sólo la parte del error— no está regulada en el Derecho positivo y consecuentemente ha de ser tratada de acuerdo con los principios que deja ver la ley; el principio decisivo sería evidentemente la mera atenuación facultativa prevista en el § 17.2 StGB: el desconocimiento derivado de la indiferencia, desconocimiento evitable de datos que desde una perspectiva subjetiva son irrelevantes para la decisión, no es un error⁴⁹ y no provoca una descarga de la responsabilidad.

En realidad, los delitos cualificados por el resultado constituyen un escándalo, pues se refieren a la figura delictiva de la acción básica. Al respecto pueden citarse algunos ejemplos. Quien quiere robar o extorsionar a su víctima con una pistola que pone ante ella, puede ser sancionado, en el caso de que el arma se dispare, con cadena perpetua (§§ 249, 251 StGB; §§ 255, 251 StGB); si el autor, sin embargo, quería sólo coaccionar a la víctima sin que ello tuviese ninguna relación con el patrimonio, puede ser sancionado a una pena de privación de libertad que no supere los cinco años de prisión (§§ 222, 240.1, 4 StGB). Quien rocía a su víctima con ácido, de tal modo que ésta queda desfigurada, puede ser sancionado con una pena de diez años de privación de libertad; quien, en ese caso, pensaba únicamente provocar con la corrosión un par de orificios en la fina camisa de la víctima, en ningún modo puede ser condenado a más de tres años de prisión (§§ 229, 303 StGB). Todos estos ejemplos —y muchos más— aparecen como una crasa disonancia y, por ello, como crasa injusticia; y tiene que ser así, pues el desconocimiento de un principio *general* no puede ser compensado con reglas *especiales*.

⁴⁸ Sobre la coautoría imprudente, cfr. OTTO, *Allgemeine Strafrechtslehre*, 6.^a ed., 2000, 21/114 y ss., con más referencias; sobre la participación en general, JAKOBS, *Allg. Teil*, 21/111 y ss.

⁴⁹ En tanto que la terminología del § 17.2 StGB es incorrecta; véase nota 3.



Una cierta vaguedad, cuando se aborda por primera vez una materia olvidada durante aproximadamente dos siglos, es inevitable: el desarrollo de una institución de la cultura jurídica no puede reelaborarse de modo virtual; por eso son tan herméticas las relaciones de las instituciones entre sí. La ciencia jurídica, desde más o menos hace cien años, cree poder distanciarse a través de un concepto normativo de culpabilidad de la afirmación de FEUERBACH de que «nuestro Derecho criminal» está, «como es sabido, unido en lo más íntimo con la psicología»⁵⁰. Sin embargo, permanece en una situación inconsecuente cuando se da por satisfecha con una normativización del concepto de culpabilidad: las categorías de lo normativo se superpusieron a las de la psicología, y la ciencia se limitó a la repetición de textos legales, en lugar de conducir lo dicho en la ley al plano del concepto. La quiebra entre la regulación normativa del § 17 StGB y la psicológica del § 16 StGB sólo puede ser salvada si el § 16 StGB queda limitado al caso en el que armoniza con el § 17 StGB; esto es, al caso del *error* y, por tanto, no al caso del *desconocimiento por indiferencia*.

⁵⁰ FEUERBACH, *Bibliothek* (nota 10), p. 193.