

Representación del autor e imputación objetiva (*)

GÜNTHER JAKOBS

Bonn

A primera vista se trata de *dos* cuestiones. La primera cuestión reza: ¿cuándo supera una tentativa el nivel de riesgo permitido? En la segunda cuestión se trata de si en la valoración de un comportamiento como no permitido deben, en todo caso, ser tomados en consideración todos los conocimientos del autor, o de si existen conocimientos especiales penalmente irrelevantes. Pero ambos problemas, tanto (A) el de la tentativa e imputación objetiva como (B) el de los conocimientos especiales e imputación objetiva, tienen una raíz común: ¿quién es el autor que actúa o que omite, cuyo comportamiento debe pasar el filtro de la imputación objetiva antes de que la imputación sea subjetivada? ¿Se trata simplemente de una persona, sujeto psico-físico, con todas las peculiaridades individuales, o de un ciudadano, o de alguien que se desempeña otro tipo de rol, o es un garante —¿determinado cómo?—, u otra cosa? A quien la pregunta la parezca demasiado especulativa, que la formule en el ámbito de la cuestión referente a la concreción naturalista personal o social del injusto.

En primer término se perfilará, con mayor exactitud, la problemática (I); sigue, a continuación, la exposición crítica de las propuestas de solución de ARMIN KAUFMANN (II). Mi propio planteamiento de solución de los aspectos del problema, relativos tanto a la tentativa (III) como a los conocimientos especiales (IV), lo concibo como continuación de una discusión que ya fue altamente controvertida cuando ARMIN KAUFMANN todavía participaba de ella: el afán de armonización no es el interés primordial. La conclusión (V) hace referencia, de nuevo, a la raíz común de ambos aspectos.

(*) Traducción del artículo *Tätervorstellung und objektive Zurechnung* (Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann. Carl Heymanns Verlag KG, Köln, Berlin, Bonn, München, 1989, pp. 271-288), realizada por Carlos J. SUÁREZ GONZÁLEZ (Prof. Titular de Derecho penal en la Universidad Autónoma de Madrid).

I

¿Se prohíbe en la norma contra el delito de homicidio echar demasiada sal a la comida?. La respuesta parece evidente. Ya que con un poco de sal en la comida no es posible —en todo caso, en una situación normal (1)— hacer pasar de la vida a la muerte a las personas, la norma contra el delito de homicidio no se refiere al comportamiento consistente en salar, en demasía, la comida. Dicho en otros términos: echar demasiada sal no crea ningún riesgo no permitido de producción de la muerte. De acuerdo con la opinión común, esta situación normativa cambia, radicalmente, cuando el autor yerra, es decir, cuando, por los motivos que sea (2), coge un poco de sal pero cree que se trata de arsénico. En ese caso se dice que no sólo concurre la tentativa de una situación antijurídica, sino una tentativa antijurídica.

Bien es cierto que se argumenta que en la tentativa el acto salar en demasía no se halla vinculado a la norma contra el delito de homicidio, sino con el imaginario acto de envenenamiento. Formulándolo de nuevo: se sostiene que no es el acto, realmente acaecido, de haber echado demasiada sal el que constituye un riesgo no permitido, sino el acto de envenenar, representado como real. Aunque esté fuera de toda duda que el envenenamiento real constituye, de hecho, un riesgo no permitido, ¿por qué está *realmente* prohibido el acto de envenenar *imaginario*? La respuesta es palmaria en aquellos supuestos en los que, sólo de manera fortuita, el autor no atina la realidad, por ejemplo, confundiendo la sal y el arsénico guardados una al lado del otro en recipientes de igual apariencia. Un comportamiento tal puede considerarse realmente peligroso, queriendo así decirse que no es del todo improbable una configuración del mundo en la cual ese modo de proceder conduzca al resultado. Más difícil será, sin embargo, dar una respuesta si el autor con su representación sólo de un modo fortuito, puede atinar la realidad, es decir, cuando la puesta en práctica de su representación no sea más peligrosa que la realización de representaciones de contenido no lesivo. Piénsese en casos en los que el autor, siguiendo su intuición, cree que la sal de la comida, calentada en seco, se convertirá en arsénico, o que el salitre remanente en el agua de mar sometida a un proceso de evaporación contiene cantidades relevantes de arsénico. Si el derecho positivo se interpreta en el senti-

(1) No se hace referencia aquí a los supuestos en los que la sal es realmente lesiva como por ejemplo cuando se trata de enfermos de riñón, etc.

(2) En el caso de motivos supersticiosos se niega, mayoritariamente, un dolo de tentativa; de otra opinión (en la aplicación del § 23, párrafo 3 del StGB), sin embargo, BAUMANN-WEBER AT, 9. Auflage, 1985, § 33 IV 3 b; OTTO AT, 3. Auflage, 1988, p. 280; STRATENWERTH AT, 3. Auflage, 1981, núm. marg. 694 y s. Sobre la postura de ARMIN KAUFMANN, *vid. infra* II A.

do de que valora dichos casos como tentativas antijurídicas, ello se basa, ciertamente, en una larga tradición según la cual «en la tentativa, la voluntad delictiva conforma el fenómeno contra el que se dirige la ley penal» (3); pero si se parte de este punto de vista, ni siquiera cabe preguntarse, de manera razonable, por aquello que conforma lo realmente no permitido y arriesgado de una tentativa.

El riesgo no permitido constituye en la tentativa *uno* de los problemas de la relación existente entre la representación del autor y riesgo no permitido: no todo riesgo que el autor se representa como tal se lo representan también de esa forma las personas juiciosas. Invirtiendo la cuestión se suscita un ulterior problema. Se trata de saber si el autor debe evitar todo riesgo que se represente racionalmente, o de si en la interpretación del comportamiento del autor pueden excluirse algunas representaciones, por constituir éstas conocimientos especiales.

También el tratamiento de los conocimientos especiales se muestra, a primera vista, evidente. Quien conoce lo que no tiene por qué conocer no puede —más allá del § 323 c del StGB— verse obligado a hacer uso de dichos conocimientos. Pero también en este contexto pronto surgen dudas. Expresado en términos ejemplificativos: quién, por medio de un niño que ha ido a recoger la pelota que rodó debajo del coche, tiene noticia de que el líquido de frenos del vehículo gotea, no debe, sin embargo, conducir dicho automóvil aún cuando su uso, desconociendo dicha circunstancia, le hubiera situado en el ámbito del riesgo permitido. El problema puede formularse del modo siguiente: ¿debe toda persona conjuntar permanentemente todos los conocimientos de todos los roles que desempeña con el fin de proteger bienes jurídicos, o le está permitido ignorar en el marco de *un* rol lo que conoce en *otro*? Quien defienda el deber de conjunción debe admitir un delito doloso de lesión si un estudiante de biología trabajando de camarero descubre en una ensalada exótica, gracias a los conocimientos obtenidos en la carrera, una fruta venenosa, y a pesar de ello sirve la ensalada. ¿Qué le importa al estudiante de biología el cliente?; formulado en otros términos, ¿por qué en la interacción entre camarero y cliente, debe corresponder al camarero un conocimiento derivado de su rol como estudiante de biología?

II A

La solución de ARMIN KAUFMANN al problema de cuando un comportamiento, supuestamente relevante desde el punto de vista del

(3) RG 1, pp. 439 y ss. y 441. En la versión moderna se dice que en la tentativa inidonea «la antijuricidad, esto es, el desvalor de acción (...) viene fundamentado *exclusivamente* por el elemento subjetivo del *desvalor de la intención*»; RUDOLPHI en : SCHÜNEMANN (a cargo de la ed.), *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, 1984, pp. 69 y ss., y 82.

resultado, realmente no está permitido, es clara. La norma está conformada de tal manera que, prácticamente, comprende *todos* los comportamientos, los reales y los supuestamente relevantes para el resultado. De este modo, cuánto se haya distanciado el autor de la realidad debe resultar indiferente no sólo en lo concerniente a la cualidad del «injusto» sino también en lo referente a su cantidad; «la medida de la idoneidad (objetiva) de la tentativa no ofrece criterio de graduación alguno para la medida del injusto de la acción. Aplicando, consecuentemente, el concepto de injusto personal, el sentido que el autor da a su hecho, en el dolo de hecho, determina de manera única el substrato valorativo del juicio de antijuridicidad. Por tanto, incluso la tentativa supersticiosa *constituye* injusto» (4). «Si el autor, de acuerdo con su plan de hecho, ha realizado todo lo necesario, concurre ya, de forma plena y completa, el desvalor de acción» (5). Según él, en la medición de la pena puede, también, atenderse a consideraciones preventivas que son independientes del injusto y de la culpabilidad del hecho conectada con el injusto.

Tomemos a ARMIN KAUFMANN al pie de la letra: si tan sólo se trata del sentido «que el autor da a su hecho, en el dolo de hecho», entonces, el sentido que la víctima, o los otros ciudadanos, den o pudieran dar al hecho del autor queda, evidentemente, fuera del ámbito en el que tiene incidencia el injusto penal. Esto a su vez significa que el injusto ya no es así ningún acontecer necesariamente relevante desde el punto de vista social, sino algo que sólo puede tener lugar entre norma e individuo y que con sus elementos determinantes solamente allí tiene lugar. Por supuesto que se podría contraargumentar sosteniendo que el injusto siempre, y sólo, tiene lugar entre norma e individuo, y que la norma que se halla dirigida a posibilitar la vida social ya mantiene la conexión con la sociedad. Esta conexión le falta, sin embargo, a las normas cuya meta es un sentido *individual*.

Este entendimiento literal no es, sin embargo, el único posible. Cabría también sostener que no se produce una desatención de la relevancia social del injusto si el sentido social hubiera de regirse siempre

(4) Welzel-Festschrift, ed. a cargo de STRATENWERTH y otros, 1974, pp. 393 y ss. y 403; también ZIELINSKI, *Handlungs und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff*, 1973, pp. 34 y n. 14, y 161 y n. 33. En la tentativa omisiva supersticiosa esto no puede tener validez dado que en la omisión del intento de evitar un mal, generado por fuerzas sobrenaturales, no puede darse un posición de garantía real (sobre la tentativa omisiva como omisión del intento de salvamento cfr. ARMIN KAUFMANN, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, 1959, pp. 221 y ss.). Vid. *infra* lo dicho en n. 25.

(5) Welzel-Festschrift (n. 4), p. 403; *el mismo*, ZStW 80, pp. 51 y s.; *el mismo*, Jescheck-Festschrift, ed. a cargo de VOGLER y otros, Tomo I, 1985, pp. 251 y ss. y 263; ZIELINSKI (n. 4), pp. 79 y ss., 128 y ss. y 200 y ss. SCHILLING, *Der Verbrechenversuch des Mittäters und des mittelbaren Täters*, 1975, extrae las consecuencias respecto de la coautoría y de la autoría mediata.

por el sentido individual del autor. En el planteamiento de ARMIN KAUFMANN el injusto también tendría, así, una dimensión social, si bien sólo como derivado de los presupuestos individuales. Sin embargo, tal solución solamente es imaginable en una sociedad cuyos miembros idealmente trasbasan entre si relaciones sin cortapisas; que aceptasen, no sólo que cada cual tiene, por medio de la experiencia, una idea distinta de los acontecimientos que conforman el mundo, sino que también aceptasen que a algunos no les importa el mundo cognoscible por medio de la experiencia sino, por ejemplo, las intuiciones sueños o revelaciones... Algo así puede ser válido en pequeños grupos, muy íntimos, o en comunidades religiosas; como hipótesis para explicar el injusto en la sociedad actual no sirve (6). A grandes rasgos: así cabe explicar el pecado, no el injusto (sobre el particular véase infra III A).

Con esta crítica no pretende ponerse en duda que las normas pueden ser interpretadas de manera que abarquen tanto aquellos comportamientos realmente aptos para producir el resultado como los supuestamente aptos, aunque no necesariamente deba procederse de esta manera. Cuando una norma establece que «no debes dar comienzo a la producción del resultado X», ello puede significar que «no debes dar comienzo a algo que a tu juicio constituya la causación del resultado X» (así la interpretación de ARMIN KAUFMANN). Sin embargo, también puede significar, —a la par que otras cosas como «tu no debes producir, de hecho, el resultado X», con lo cual el injusto es entonces toda causación del resultado y sólo esta— que «tu no debes dar comienzo a algo quede acuerdo con un juicio racional y objetivo produce el resultado X». Ciertamente el juicio objetivo cabría, de nuevo, imaginarlo sustituido en el plano subjetivo: cuando alguien ejecuta algo objetivamente inidóneo pero considera su comportamiento idóneo, esto podría interpretarse en el sentido de que ha dado comienzo a la ejecución de algo que, al menos, de manera *imaginaria* es objetivamente idóneo, y con ello antijurídico; pero de nuevo ésto no tiene por qué ser así. Mas bien, el elemento «dar comienzo a la producción del resultado X» puede también interpretarse, como ya es sabido, como si se tratara de los así llamados elementos normativos del tipo: así como en estos sólo la suposición (verdadera o falsa) de una situación de hecho realmente adecuada da base a la valoración paralela, en la tentativa también sólo la creencia (verdadera o falsa) de un comportamiento idóneo para producir el resultado, conforme a un juicio objetivo, puede fundamentar el dolo. Ejemplo de elemento normativo del tipo: si un sujeto declara ante Hacienda una falsa transacción comercial en la creencia errónea de

(6) JAKOBS ZStW 97, pp. 751 y ss. y 754 y s.

que la transacción real conlleva una deuda tributaria, no comete tentativa alguna de defraudación fiscal, sino un delito putativo, pues hace extensivo el elemento «hechos relevantes desde el punto de vista tributario», del § 370 párrafo 1 de la AO, a situaciones de hecho que no son relevantes desde dicho punto de vista (7). Con otras palabras, con esta interpretación, el término «supuestos de hecho relevantes desde el punto de vista tributario» se considera como un concepto que engloba todos los supuestos de hecho que realmente son relevantes desde el punto de vista tributario. Estos supuestos de hecho deben ser mentalmente representados tal y como si se enumerasen de manera detallada en la expresión. Quién considera tributariamente relevantes supuestos de hecho en realidad no relevantes (también) ha malinterpretado el concepto jurídico, ya que tales supuestos de hecho no se hallan en la enumeración. Si aplicamos ésto al elemento de la norma «dar comienzo a la producción del resultado X», entonces este elemento debe interpretarse en el sentido que engloba las prohibiciones individuales de todos los comportamientos de hecho idóneos —en un modo aún por determinar—, y nada más. Las «tentativas» de producción mediante la invocación del infierno, o mediante el recurso a un medio que de acuerdo con un juicio racional y objetivo solamente puede ser inidóneo, no están abarcadas y constituyen, por tanto, delitos putativos (8). Aquí no se trata de considerar este punto de vista como vinculante; tan sólo se pretende poner de relieve que la consideración de la idoneidad de la tentativa no contradice la lógica normativa (9).

B

En lo concerniente a los conocimientos especiales la posición ARMIN KAUFMANN no es menos clara. En los delitos dolosos no debe haber, al margen de la causalidad, imputación objetiva alguna con independencia del dolo. En contra de la teoría de la imputación

(7) Muy polémico, en el mismo sentido que en el texto, SAMSON en: KOHLMANN (a cargo de la ed.), *Strafverfolgung und Strafverteidigung im Steuerstrafrecht*, 1983, pp. 97 y ss. y 11 y s.; MAIWALD, *Unrechtskenntnis und Vorsatz im Steuerstrafrecht*, 1984, pp. 99 y ss. y passim., con referencias; JAKOBS AT, 1983, 25/42; de otra opinión BGH 16, pp. 283 y ss. y 285. En los delitos de expresión ARMIN KAUFMANN, *Klug-Festschrift*, ed. a cargo de KOHLMANN, 1983, Tomo II, pp. 277 y ss. y 289, llega al mismo resultado con una fundamentación distinta: sin el deber de veracidad no existe respecto a la declaración falsa en cuestión, no existirá entonces delito consumado o intentado de expresión.

(8) De la misma manera puede construirse la norma «no debes producir realmente el resultado X» a la que ya se hizo referencia anteriormente. Esto es, la producción real del resultado X debe interpretarse como un elemento que abarca aquellos comportamientos que realmente producirán X, y nada más.

(9) Alcanzando el mismo resultado, pero con una fundamentación sólo en parte equiparable, ARMIN KAUFMANN, *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*, 1954, pp. 148 y ss., quien considera que los elementos del autor no son sustituibles subjetivamente; vid., también n. 7 in fine.

objetiva señala: lo que el autor conoce «(esto) (...) debería ser decisivo para la pregunta de si (...) se puede hablar de la producción de un peligro desaprobado y de la realización de ese peligro» (10). Si el autor conoce la producción del resultado, la desaprobación jurídica de su causación se da «por sí misma», porque con el dolo de causar el tipo objetivo ya concurre la totalidad de la *tipicidad* (...) (11). Según ARMIN KAUFMANN este resultado también lo alcanza la teoría de la imputación objetiva para sólo mediante una quiebra en la estructura del delito, esto es, introduciendo el conocimiento del autor en la imputación objetiva (12). A este respecto cabe pensar, precisamente, en los casos que aquí se discuten, en los cuales, de acuerdo con la opinión general, dada la existencia de unos conocimientos especiales por parte del autor (13), se revoca la permisión de riesgo que en principio había sido concedida. El resultado al que llega es que —al margen de ciertas peculiaridades en la interpretación de algunos tipos— no se exime de responsabilidad en caso de causación dolosa de la muerte por causas objetivas. La tentadora frase «no todo incumbe a todos» no es, en verdad, un principio general. Ya en el ámbito de las omisiones habría que contraargumentar señalando que todo accidente a todos atañe, y en el ámbito de la prohibición de matar tiene validez lo siguiente: «a todos los que dolosamente causan la muerte, algo les importa su víctima» (14).

El deber de prestación de auxilio en supuestos de accidente puede ser aquí considerado como un deber equivalente al de no comisión (15). Por cierto: hasta ahora no se ha precisado si para realizar el tipo del § 323 c basta cualquier conocimiento del accidente, adquirido «de cualquier manera», y si debe ser tomada en consideración toda capacidad de evitación del daño. En lo que concierne a la frase «a todos los que dolosamente causan la muerte, algo les importa su víctima», no se discute si bajo la expresión «matar» se entiende la relación *típica* entre el autor y el resultado. Pero el que esta relación típica (en los delitos de comisión) tenga que identificarse con la causación de la muerte es discutible, y no sólo lo es (lo que admite ARMIN KAUFMANN) como problema de la Parte Especial. Si se pretende desplazar de la Parte General la teoría de la imputación objetiva, concediéndosele, sin embargo, relevancia a la hora de aportar todo para interpretar

(10) Jescheck-Festschrift, p. 260. En igual sentido HIRSCH, en *Festschrift der Rechtswissenschaftlichen Fakultät zur 600 Jahr-Feier der Universität zu Köln*, 1988, pp. 399 y ss. y 405.

(11) p. 261.

(12) p. 265.

(13) Una crítica sobre el particular, minuciosamente elaborada, en STRUENSEE Jz 1987, pp. 53 y ss. y 59 y ss.; *el mismo*, GA 1987, pp. 97 y ss.

(14) *Loc. cit.*, (n. 12), p. 270.

(15) JAKOBS ZStW 89, pp. 1 y ss. y 26.

la Parte Especial (16), entonces la concepción subyacente a esta separación —la lógica de hecho y normativa de la Parte General frente a la Parte Especial (bien jurídico, técnica de protección y otras materias) vinculada a la realidad social— debe ser revisada. Los principios generales de la imputación tampoco pueden desarrollarse con independencia de las condiciones de comunicación de una sociedad y de ahí que, hablando en términos ejemplificativos, en un grupo íntimo difieran de los de una macro sociedad secularizada. Pero si se admite, como hace ARMIN KAUFMANN, la separación esbozada, conforme a la cual la realidad social se destierra a la Parte Especial, entonces debería pertenecer a ese ámbito no sólo lo que significa «matar» sino también lo que significa «intentar matar».

Existe, por tanto, motivo suficiente para indagar de nuevo bajo dos aspectos el poder de la representación del hecho para generar injusto. ¿Genera por sí injusto la representación que se materializa en un comportamiento, o existen barreras objetivas?, y ¿deben tenerse presentes en todos los contextos de comportamiento todas las representaciones?

III A

Hay injusto de una tentativa y no sólo el injusto intentado de una consumación porque también la tentativa conforma un pleno quebrantamiento de la norma; de modo más preciso, porque la tentativa constituye la ejecución de un comportamiento que expresa de manera plena la no observancia de la norma por parte del autor (17). Supóngase, para mayor claridad, que el autor explicase su comportamiento en el hecho; en el estadio de los actos preparatorios, mas o menos, dirá que próximamente va a realizar el tipo; la tentativa comienza cuando es correcta la expresión «ahora realiza el tipo». La formulación de ARMIN KAUFMANN en el sentido de que «falta entre el acto preparatorio y la tentativa no acabada una delimitación estructural como la existente, de manera clara, entre la tentativa inacabada y la acabada» (18) atina, sin lugar a dudas, en lo relativo a la cadena de condiciones del resultado que han sido puestas en marcha por el autor, pero no lo hace necesariamente en lo tocante al *significado* del comportamiento. Mas aún, si lo decisivo fuera la cadena de las condiciones del resultado entonces la tentativa inacabada no debiera ser punible, pues en ella el autor tiene «aún en su mano la *última* decisión sobre si realizar el hecho (...)» (19); es decir, la causación del resulta-

(16) Jescheck-Festschrift (n. 5), p. 271.

(17) JAKOBS AT (n. 7), 25/21.

(18) ZStW 80, pp. 34 y ss. y 52.

(19) p. 52.

do aun no es plena. Posiblemente a pesar de ello el autor ha ejecutado un comportamiento con plena significación, en el sentido de que se verá realizado el comportamiento típico, lo que precisamente acontecerá no en un futuro incierto, ni tampoco próximamente (pues el autor se encontraría entonces en cualquier caso aún en el estadio preparatorio), sino ya (20).

Es cierto que tomando sólo como criterio relevante el significado del comportamiento aún no se ha avanzado mucho. Un comportamiento sin resultado de lesión de un bien puede, aunque no necesariamente, entrañar una infracción normativa, y un comportamiento supersticioso no tiene por qué ser necesariamente irrelevante desde el punto de vista jurídico. La restricción de la punibilidad a la consumación podría defenderse argumentando que sólo en el caso de resultado de una acción el significado del comportamiento entraña un infracción normativa, de igual modo que invirtiendo la posición de ARMIN KAUFMANN se podría decir que también la tentativa irreal hace expresiva una plena infracción normativa. Evidentemente, a la posición aquí mantenida subyace una determinada concepción del contexto interpretativo que debe ser aclarada.

Se debe abordar a continuación por qué en la sociedad actual no solamente deben considerarse como comportamientos contrarios a la norma causaciones de resultados (lesiones de bienes); esto es, ni (A) *toda* causación de resultados, ni (B) *sólo* causaciones de resultado. (A) Una sociedad con complejas interacciones en los comportamientos de sus miembros no puede penalizar toda causación de resultados, porque —debido a las interacciones— para cada resultado pueden ser halladas una innumerable cantidad de causas (por ejemplo: si incumbe al que

(20) Si la atención no se pone en las cadenas de las condiciones del resultado sino en el significado, el comienzo de la tentativa dependerá del contexto. Desde esta óptica una tentativa de robo (o de otro tipo de «visita») puede dar comienzo al manipular la puerta de la casa, mientras que no daría comienzo una tentativa de robo en el mercadillo semanal, a pesar de que en este caso restarían por realizar un número de condiciones del resultado similar a las del caso anterior. El significado se entiende aquí como posicionamiento del autor *frente a la norma* y no respecto de la presencia de un bien existente *de facto*. La validez de la norma es condición para la existencia de todos los bienes posibles; por tanto, en la protección de la validez de la norma se contiene una protección *generalizada* de los bienes individuales con independencia de la posibilidad concreta de la existencia de un bien. Esta es una de las consecuencias de una concepción penal sobre la que no se va a insistir aquí ulteriormente. Según esta concepción *la prevención general positiva* no solamente dirige la pena a la generalidad sino que indica también que el hecho entraña una lesión de un bien de la generalidad: la validez de la norma; JAKOBS, AT (n. 7) 1/4 y ss., y 2/2. Ejemplo: el acto de disparar un arma de fuego, con dolo de matar, sobre una persona que se crece erróneamente viva constituye una tentativa de homicidio, aun cuando en este caso no se lesiona un bien individual que este realmente presente; hay tentativa por que la lesión de la validez de la norma es plena.

dispara o a la persona alcanzada la defraudación (*Enttäuschung*) (*), cuando el tirador dispara hacia el lugar en donde se encuentra la persona alcanzada, no puede determinarse, únicamente, por medio de una consideración causal (21)). El comportamiento punible debe, por tanto, ser especificado por medio de la causalidad (imputación objetiva, dolo, imprudencia). (B) Además, una sociedad que no prescribe a sus miembros las formas de comportamiento sino que, en la medida de lo posible, deja amplios márgenes para la libre elección, no podrá *solamente* penalizar causaciones de resultados (objetivamente no permitidos y subjetivamente evitables). En una sociedad de estas características los miembros deben, *por si mismos*, fijar las formas de comportamiento lícitas, y a ello contribuyen más reglas de comportamiento garantizadas que la garantía de la seguridad de los bienes. Con otras palabras: cuando se puede elegir libremente las formas de acción —considerando los derechos de los demás— un resultado no perturba per se sino como objetivación de una *erronea planificación* que también puede objetivarse sin lesionar bien jurídico alguno.

Con ello, es decir, afirmando que se trata de una erronea planificación, aun no se ha establecido en qué medida debe determinarse subjetiva o objetivamente lo que constituye una planificación relevante. No todo lo que el autor considera como una planificación tiene realmente que ser una planificación. ARMIN KAUFMANN adopta, sin embargo, el punto de vista del autor: cuando es te elige el medio supersticioso el derecho debe acompañarle. ARMIN KAUFMANN no ha analizado si dicha individualización puede ser sostenida desde el punto de vista social. Una sociedad que deja al libre arbitrio de sus miembros conformar libremente sus comportamientos y que para ello no pone a su disposición márgenes de libertad aislados los unos de los otros sino que, de múltiples maneras, hace depender el espacio utilizable del comportamiento de los demás, de tal modo que las respectivas libertades de cada uno se interaccionan con las de los demás, una sociedad de estas características necesita un contexto determinado en el cual las constantes conexiones y delimitaciones de los miembros puedan ser descritas y calculadas. Que a este contexto no pertenece una superstición cualquiera no necesita justificación externa alguna, pudiendo mostrarse de una manera intrasistemática: ¿quién mantendría seriamente que los esfuerzos supersticiosos para evitar un riesgo de resultado real podrían disminuir dicho riesgo real hasta un riesgo permitido, o que en situaciones de necesidad el derecho exige al

(*) N. T. En la terminología de Jakobs «defraudación» (*Enttäuschung*) significa defraudación de expectativas de comportamiento, que pueden ser cognitivas o normativas (cfr. AT, 2. Auflage, 1991, Cap. 1 núms. marg. 5, 6 y 56).

(21) Al respecto, JAKOBS, en H. WITTER (a cargo de la ed.), *Der psychiatrische Sachverständige im Strafrecht*, 1987, pp. 271 y ss. y 272 y ss.

supersticioso emprender la salvación con medio supersticiosos, etc.? La carencia de efectividad de lo supersticioso no sería, en semejantes casos fortuita y las explicaciones que podrían ofrecerse —de la inaccesibilidad, fundamentada como fuera, de los poderes invocados (22)— evidentemente no podrían eliminar el conflicto pues se habría equivocado el contexto en el cual se desenvuelve la evitación del conflicto y su explicación. Esto no sólo debe ser válido con respecto a las representaciones especiales que *exoneran* sino que también sirve para aquellas que *incriminan* (véase, también, supra II A). Ciertamente el Derecho penal configura al autor, pero ello no tiene lugar de una manera arbitraria sino sistemática; hablando en términos ejemplificativos, el precio que hay que pagar si se define como injusto el hecho de realizar conjuros de muerte es definir como comportamiento debido llevar a cabo plegarias de salvación; más aún, quien considera que realizar conjuros de muerte es un comportamiento jurídicamente relevante, reafirma en su ilusión a quienes realizan plegarias de salvación.

El injusto de una tentativa se presenta, por tanto, únicamente cuando el autor ejecuta un comportamiento que *no sólo de acuerdo con su punto de vista* debe ser entendido como acción ejecutiva, pues en ese caso cometería un delito putativo dado que la norma no dispone regulación alguna respecto de las acciones ejecutivas que sólo son subjetivamente idóneas, es decir, acciones ejecutivas sin relevancia comunicativa. Dicho en términos de la categoría de los elementos normativos del tipo, «disponerse a iniciar la ejecución del hecho», debe ser entendido en el modo siguiente: «disponerse a iniciar algo que de acuerdo con un juicio objetivo y racional conforma un hecho» y quién cree que la irracionalidad es racionalidad o que un juicio subjetivo es un juicio objetivo, ha malentendido qué es racionalidad o qué es un juicio objetivo, errando, entonces, sobre la parte del concepto «racionalidad» o «juicio objetivo» en el ámbito del concepto jurídico «hecho». No existen tentativas con relevancia comunicativa y medios comunicativamente irrelevantes. La teoría de la tentativa basada únicamente en el perspectiva del autor, renuncia a la comprobación de si éste con su comportamiento «intentado» alcanza el contexto en el que se desenvuelve el fenómeno social jurídicamente regulado.

Es cierto que no basta sólo con excluir lo supersticioso. El ámbito de lo comunicativamente relevante es más limitado que el de lo no supersticioso. Para aclarar esto traslademos el problema, una vez más, a la esfera de la comunicación lingüística: imaginemos que el autor dé una explicación verdadera a su comportamiento; esto acaba siendo en los delitos comisivos un relato acerca de la configuración

(22) Para aquellas sociedades en las que basta con esta explicación, la argumentación aquí mantenida no tiene validez.

del mundo de la que parte y por qué lo hace, que aspecto singular de esta configuración se propone modificar, y cómo quiere llevarlo a cabo, que efectos tendrá la modificación de dicho aspecto singular, y por qué eso será así. Este relato puede ser concluyente en el sentido de que la información ilustre al oyente no sólo sobre el estado psíquico del relator sino que el oyente considere la visión del mundo como algo idóneo en la vida práctica. Un ejemplo de una visión concluyente del mundo: «veo que ante mí se encuentra una persona; en su dirección sostendré con mi mano una pistola cargada; apretaré el gatillo con el dedo índice; la pistola se disparará y la persona será alcanzada y resultará lesionada porque, hasta el momento, en tales situaciones esto siempre ha acontecido así». El ejemplo está sintetizado; un relato completo debe ser tan rico en contenido y complejo como rica en contenido y compleja es la concepción del hombre de su entorno y su relación con el mismo. A pesar de esta mácula, el ejemplo demostrará que es lo que quiere decirse al hablar de una visión del mundo idónea en la vida práctica. El destinatario de relato podría conocer que su contenido es falso, (puede que quizás, justo antes, él mismo haya descargado, subrepticamente, la pistola) pero también podría ocurrir, en relación al caso concreto, que su conocimiento dependa exclusivamente del relato, no pudiendo entonces considerar el anunciado resultado como improbable. Un ejemplo, de nuevo sintetizado, de una visión del mundo no concluyente en varios aspectos: «a través del hormigón noto que mi vecino escucha pegado a la pared; aplicando un fuerte imán a través de la pared le voy a producir dolor de cabeza; esto funcionará, con seguridad, porque próximo a fuertes imanes yo he sentido dolores de cabeza». Este relato informa sobre las abstrusas representaciones referentes a un aura que penetra a través del hormigón, y de la relación entre dolor de cabeza y magnetismo; pero incluso quién, en relación con el caso concreto, sólo dispone del relato, puede excluir como improbable que a su vecino le vaya a ser causado un mal. Como informe sobre una lesión futura, el relato es comunicativamente irrelevante.

Lo anterior ya insinúa el resultado de la translación que en este momento corresponde hacer: si el relato completo y verídico de un comportamiento nada dice sobre la proximidad de la realización del tipo, el comportamiento relatado no puede constituir comienzo de la ejecución del hecho. Si a pesar de ello se interpreta un comportamiento semejante como comienzo de la ejecución del hecho entonces la tentativa ya no puede interpretarse como una perturbación social, sino únicamente como un acontecer entre el individuo y la norma; esto da lugar a la ya citada confusión entre injusto y pecado.

Un hecho es un acontecer que puede ser relatado de manera objetivamente concluyente y valorado de acuerdo con un juicio objetivo y socialmente relevante. No se trata de contraponer ninguna perspectiva

ex ante a una *ex post*, ni tampoco pueden modificarse las cualidades de las personas de referencia que formulan al juicio: la configuración inicial del mundo, o se extrae de la experiencia, también obtenida de lo experimentado con utilización de reglas adecuadas, o se basa en especulaciones; y las reglas de deducción aplicadas, o son válidas (eso significa que permiten, cuando menos, juicios de probabilidad), o no válidas; ulteriores distinciones de este tipo pueden ser añadidas; en cualquier caso se trata de diferenciar comunicaciones relevantes e irrelevantes sobre la configuración del mundo. Revelante es el relato de un hecho, irrelevante el relativo a una representación irreal de un hecho.

Algunos de los casos que bajo la perspectiva puramente subjetiva se consideran tentativas darán lugar, de acuerdo con la concepción aquí mantenida, a un delito putativo. Y por muy contradictorio que ello puede parecer a primera vista, ésto otorga más fuerza a la protección de la vigencia de la norma. Ciertamente no van a ser consideradas actitudes contrarias a bienes jurídicos que se concretan en planes incompresibles desde el punto de vista comunicativo, pero esto es sólo una de las caras de la moneda. Del otro lado se encuentra la infravaloración general de los planes irrelevantes desde el punto de vista comunicativo, también en la medida en que se trate de planes en favor de la vigencia de la norma. La convicción supersticiosa, o adquirida a través de la interpretación de los sueños, de que efectuando un cálculo racional podrá evitarse la probablemente inevitable realización de tipo, es relevante de acuerdo con el derecho vigente, porque el § 16 del StGB excluye el dolo cuando se desconoce la realización del tipo, sean las razones que sean las que fundamenten este desconocimiento, pero esta burda irrupción psicológica en una problemática normativa no sirve como medida de todas las cosas (23). El juicio de peligro que se obvia de manera irracional así como el que ni siquiera se formula, a causa de mecanismos irracionales, no constituyen una muestra de actitudes psicológicas favorables a la sociedad si se comparan con los conocimientos que no han sido obviados, sino que sólo son posibles porque el autor atribuye relevancia social a comportamientos socialmente irrelevantes. De este modo el autor se cierra a las reglas que la Sociedad necesita e intenta imponer unas reglas con las cuales no cabe la comunicación en la sociedad. Esto, prescindiendo de la situación existente de *lege lata*, no constituye una razón para la indulgencia. Por tanto, una renuncia consecuente a tomar en consideración comportamientos comunicativamente irrelevantes refuerza la protección de las condiciones imprescindibles de comunicación.

(23) Cfr. JAKOBS AT (n. 7), 8/5 con referencias.

B

Si se compara como deben ser resueltos, de acuerdo con la concepción de ARMIN KAUFMANN, los casos de tentativa relevantes *en la práctica*, se ve que la diferencia no es precisamente dramática, ya que la concepción subjetiva pura de la tentativa se asienta allí donde en la práctica ya no se presentan muchos supuestos. Por otra parte, la concepción aquí mantenida debe someterse a la pregunta cuya respuesta decide si el ámbito de la tentativa realmente relevante debe ser reducido a un mínimo: si lo decisivo es el comportamiento comunicativamente relevante, ¿por qué no existe tentativa sólo en aquellos casos en los que concurre un *dolus ex re* relevante en dicho plano comunicativo?

Dolus ex re significa que la parte perceptible por otras personas, es decir, la parte externa del comportamiento da a entender, casi sin más, que el autor actúa con dolo típico. Los principios del razonamiento lógico-formal que conducen al estadio subjetivo se deducen de la experiencia cotidiana: habitualmente hay dolo cuando uno se comporta de este modo. Pero sin duda también forma parte de la experiencia cotidiana la existencia de situaciones especiales en las que la conclusión que se extrae del comportamiento habitualmente significativo es errónea, o en las que una conclusión extraída de un comportamiento habitualmente no significativo es correcta; y ello no sólo es así en raros casos individuales. Por ejemplo: para las personas que son propensas a gastar bromas pesadas, un disparo que por poco no alcance a otro no tiene por qué ser indiciario de dolo de matar, pero para aquellas personas que tienen en su casa una hoja informativa conforme a la cual las ortigas son consideradas plantas venenosas; puede constituir un indicio de dolo el hecho de mezclar ortigas con verduras; como también se deduce la existencia de dolo en aquellas personas que conservan arsénico y sal de cocinar una al lado de la otra en envases semejantes cuando sirven comida salada (equivocarse es fácil). Dicho de otro modo: el dolo se deduce en toda tentativa *ex re*, cuando se conoce el contexto concurrente.

Si se garantizase el respeto de contextos standarizados, esto es, si para todas las personas fuera igual la configuración de la vida, el contexto para el *dolo ex re* sería siempre conocido; sin embargo, en una sociedad mínimamente libre el contexto debe ser ilimitadamente diferenciado. Ello no significa que en esta sociedad no exista *dolo ex re* alguno, sino tan sólo que este dolo no se puede afirmar o negar sin tomar en consideración las diferencias en la configuración de la vida.

Una sociedad de libertades no puede fijar todas las formas de comportamiento contrarias a la norma del modo que es usual en los delitos de peligro abstracto, pues el catálogo de normas que entonces sería necesario no podría completarse ni podría ser puesto en práctica

por el ciudadano, a causa de sus dimensiones necesariamente exorbitantes. Además, en la medida en que fuese puesto en práctica, las posibilidades de interacción que permitiría daría lugar a una relación con los demás ritualizada pero no libre. Una sociedad de libertades, en lugar de conformar acciones, regula mediante normas que se eviten determinados resultados (que no se lesionen bienes), o que determinadas instituciones se conserven intactas, debiendo todo ciudadano juzgar, por sí mismo, cuando la norma —en la terminología de ARMIN KAUFMANN (24)— halla concreción en un deber, y cuando concurre, por tanto, la situación descrita en dicha norma. Si se atribuye a los ciudadanos el cometido de efectuar por sí mismos esta concreción, entonces lo que constituye injusto se hace depender de cómo se percibe el mundo desde cada perspectiva individual y, sin duda, como se ha concluido antes, ello obliga a considerar las percepciones individuales de manera comunicativamente relevante. La vieja teoría de la falta de tipicidad había, por tanto, observado correctamente, que en la tentativa la realidad no puede ser reemplazada por *cualquier* fantasía: la representación del autor debe ser comunicativamente relevante. La doctrina, sin embargo, no alcanzó este resultado especificando cual era el medio comunicativo, sino a través de una especificación de partes de la acción (medio, objeto) tal y como ésta discurre en la realidad. Se malinterpretan así las condiciones bajo las cuales el sujeto deduce el deber que emana de la norma (25).

Sólo el comportamiento ejecutivo entraña una perturbación social. De acuerdo con el punto de vista aquí sostenido no se trata, por tanto, de etiquetar como perturbación cualquier fase previa, y de recurrir a la fase previa si una acción ejecutiva no es reconocible como perturbación. Dado que lo injusto conforma una perturbación social, injusto sólo puede ser, siempre, un comportamiento por medio del cual el autor exterioriza algo; esto es, sólo hay injusto cuando tiene lugar la realización de un tipo. Es cierto que también de algunos actos previos cabe inferir el dolo tendente a la fase ejecutiva (la minuciosa preparación de un robo a un banco constituye indicio del dolo de ejecución), pero la preparación es una configuración interna en el círculo de organización del autor que no exterioriza nada, en cualquier caso nada delictivo. En un estado de libertades la esfera interna *no debe* ser interpretada. Sin embargo, la libertad que con ello se concede al autor para realizar cualquier tipo de configuración se base en un sinalagma: el autor debe dominar su propia esfera; solamente la responsabilidad por las consecuencias hace

(24) *Lebendiges un Totes* (n. 9), pp. 138 y ss.

(25) En la ZStW 97, pp. 751 y ss., no he recalcado lo suficiente que la teoría de la falta de tipo, aunque en alguno de sus resultados sea convincente, no tiene validez en una sociedad cuyos miembros tengan que concretar la norma por sí mismos.

soportable la libertad de configuración. Por ello, la esfera de lo privado termina cuando el autor renuncia a su dominio, es decir, ejecuta un delito y de ahí que el comportamiento ejecutado constituya un injusto (26).

IV

Sólo el conocimiento comunicativamente relevante puede configurar la representación de un hecho en el sentido del § 22 del StGB (*). Pero, ¿debe el autor extraer consecuencias de cada conocimiento comunicativamente relevante en cada contexto de comportamiento? De acuerdo con el Derecho penal vigente nadie contesta afirmativamente a esta cuestión sin formular reservas: tratándose de un delito omisivo es evidente que partiendo únicamente de los conocimientos, más la no salvación no puede construirse ni un delito intentado ni uno consumado; a quién conoce, sin ostentar una posición de garantía, no le compete utilizar sus conocimientos. Ejemplo: si un estudiante de arquitectura de una escuela técnica superior que en vacaciones se pone a trabajar como peón albañil se percata, dados los conocimientos adquiridos durante su formación universitaria, que una cubierta de un edificio que va a ser encofrada ha sido calculada de manera que resulta demasiado endeble, a lo sumo le alcanzan los deberes del § 323 c del StGB. Sin embargo, si actúa encofrando él mismo el hormigón, de acuerdo con las instrucciones recibidas, ¿debe responder, como autor, por la catástrofe que se avecina?. ¿Y debe verse exonerado de responsabilidad si tan sólo tiene que vigilar la bomba de vaciamiento y no la desconecta? No se trata únicamente de supuestos límites como los citados: tratándose de cosas de las que habitualmente se deriva un abuso (alcohol, etc.), quien las vende debería cerciorarse, siempre, que el adquirente que sea propenso a hacer mal uso de ellas conozca de manera actual sus consecuencias (27); de lo contrario debería responder como autor por la pro-

(26) Sobre las consecuencias para los delitos de peligro abstracto y otros delitos en los que se adelanta la barrera de protección, cfr. JAKOBS ZStW 97, pp. 751 y ss. y 773 y ss.

(*) N.T. El § 22 del StGB prescribe: «Incorre en tentativa de delito quien, actuando de conformidad con su representación del hecho, da comienzo inmediatamente a la realización del tipo.»

(27) Bien es cierto que el *conocimiento*, como hecho psíquico, conforma un criterio naturalístico y por ello inadecuado; lo decisivo es la *incumbencia* (Zuständigkeit), JAKOBS, AT (n. 7), 21/78; NESTLER-TREMEL, Strafverteidiger 1987, pp. 360 y ss. y 360 y ss. y 369; desde una perspectiva psicológica, BGH 32, pp. 262 y ss. y 264 y ss., con un comentario de aprobación de ROXIN, NStZ 1984, pp. 41 y s.; también desde una perspectiva psicológica STREE, JuS 1985, pp. 179 y ss. y 183.

ducción, a través de un instrumento casi no doloso (28), de las consecuencias del abuso.

En casos así resulta evidente como en la práctica uno podría evitar la responsabilidad: evitando saber algo acerca del daño que amenaza con producirse. Cuando un peón albañil participa, de manera no dolosa, en la construcción de un edificio mal diseñado estáticamente, o un tabernero piensa tan poco en las consecuencias del consumo desmesurado de su alegre parroquiano como éste, será difícil constatar la transgresión de un riesgo no permitido, o la existencia de algún tipo de «infracción de cuidado». Se trata de un deber contradictorio: si se sabe lo que ocurre hay plena responsabilidad, pero nada obliga a darse por enterado de la situación amenazante o a no olvidar, de inmediato, lo que se ha llegado a conocer.

El dilema se resuelve por sí mismo si se admite que tampoco el autor por comisión responde, necesariamente, cuando causa un resultado evitable, sino sólo cuando además es garante de no causar lo que es evitable, y aunque la posición de garantía frecuentemente resulta evidente ello no siempre es así, como tampoco lo es en casos de características como las anteriores. Igual que un omitente sin deber de garantía omite de manera arriesgada pero permitida, a pesar de conocer el peligro y de su capacidad para conjurarlo, porque una omisión no se halla vinculada de manera normativa al curso lesivo, también en el ámbito de la comisión existen producciones de resultados que son conocidas pero que a pesar de ello se mantienen en el ámbito de lo permitido. Las causaciones en las que media la intervención de un tercero son objeto de intensa discusión (29); pero la problemática también alcanza a causaciones en las que no hay intervención.

Se trata de casos en los que alguien se hace cargo de una parte delimitada de lo que otro organiza, mientras que éste mantiene la competencia organizativa sobre el contexto en el que se inserta dicha parte. Quien se limita a organizar el ámbito parcial, no por este mero hecho es competente en relación con la organización del contexto (30). En la vida diaria una delimitación semejante del ámbito de

(28) El BGH, NStZ 1984, pp. 442 y s., NStZ 1985, pp. 319 y ss. y 320, sostiene que hay una posición de garante en el momento en que el drogodependiente pierde el dominio; en contra, acertadamente, FÜNFSINN, *Strafverteidiger* 1985, pp. 57 y ss.; ROXIN, NStS 1985, pp. 320 y ss.

(29) Amplias referencias en SCHÜMANN, *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung*, 1986.

(30) Se trata de un problema previo al principio de confianza. El principio de cofianza comprende sólo casos en los que quien cofia es garante, si bien de manera subordinada a otro garante (ejemplo: el deber de garantía de quien tiene derecho de preferencia de paso frente al de aquél que tiene la obligación de cedérselo), de la inocuidad de una relación de interacción. Esto no tiene que conducir, necesariamente, a tomar en consideración *todo* conocimiento especial en favor de *toda* víctima, sino que

organización resulta de lo más habitual. Ejemplo: nadie responsabiliza, ni para bien ni para mal, al ordenanza del periódico del contenido de la publicación, o elogia a la camarera (a no ser que ésta represente a toda la casa) cuando la comida fue preparada de manera sabrosa, sino que uno se dirige —sea quien sea el último que actúa— a la persona competente (es decir, el redactor o jefe de cocina). Sin embargo, tratándose de delitos de comisión y, en este ámbito, especialmente en lo que afecta a la determinación de la definición de la comisión propia, la dogmática usual predominante atiende, fijamente, a la mecánica de la protección de bienes jurídicos, no acertando a comprender, de esta manera, el orden propio de las relaciones sociales. Reparto del trabajo *puede* significar reparto del trabajo en orden a la consecución de una obra común (por ejemplo, en el caso de una cuarteto de cuerda a la hora de imputar elogios) pero también *puede* entrañar una restricción del radio de acción de la organización (a un ingeniero de sonido, que intervenga *después* de los músicos, sólo le incumbe la calidad del sonido de la reproducción, pero no la quizás chocante interpretación). No hay comisión por parte de quien actúa por el mero hecho de causar de manera directa un resultado, siendo consciente de ello, sino sólo cuando lo organiza, esto es, cuando es de su incumbencia. De modo especial en el ámbito de las jerarquías empresariales y administrativas el reparto de trabajo entraña, por lo general, una restricción del ámbito organizativo del subordinado; éste no es garante de en qué contexto se ubica su propio trabajo, no respondiendo, en consecuencia, por el resultado global aunque lo conozca. Ejemplo: quien debe proceder a abrir puntualmente una compuerta (§ 324 StGB) no siendo garante de lo que fluye a través de ésta, o quién de acuerdo con las instrucciones recibidas descarga un volquete (§ 326 StGB) no siendo garante de la inocuidad de la carga, no responde aunque conozca dicha dañosidad. Si los subordinados estuvieran encargados de la vigilancia del mecanismo *automático* de vaciado tampoco responderían por una omisión impropia (§§ 13, 324, 326 StGB) si conociendo la dañosidad de la carga mantuviesen en funcionamiento dicho mecanismo automático, el cual desde desde el punto de vista técnico funciona correctamente. Serían garantes de la maquinaria no de las consecuencias que se deriven para el medio ambiente.

La respuesta a la pregunta de a quién incumbe la organización puede, en cierta medida, omitirse, precisamente si quien causa se encuentra frente a la víctima en roles distintos. La competencia

cabe establecer diferenciaciones; JAKOBS AT (n. 7), 7/50, 66 y ss.; probablemente de otra opinión STRATENWERTH, Jescheck Festschrift (n.5), pp. 285 y ss. y 301 y s. Sin embargo, si a la otra parte le sigue incumbiendo exclusivamente la relación en la que se introduce el comportamiento, como sucede en los supuestos a los que aquí se hace referencia, falta la posición de garantía que es presupuesto del principio de confianza.

organizativa puede pertenecer a uno de los roles pero no al otro. Hablando en términos ejemplificativos: el conductor de un automóvil defectuoso organiza el peligro respecto de aquél peatón al que el peligro le afecta, pero no necesariamente en relación con el propietario de vehículo, y no lo organiza respecto de éste salvo que tenga una mayor competencia organizativa. Más en concreto: un ingeniero que quiere adquirir un coche usado y en la conducción de prueba se percata, en base a sus especiales conocimientos técnicos, que los frenos del vehículo pronto van a dejar de funcionar, comente homicidio si él, en un ulterior viaje, lesiona a un peatón, no, sin embargo, si devuelve (actuar) el automóvil a su propietario sin indicación alguna al respecto y éste a causa del defecto sufre un accidente. El rol de un conductor de vehículos es distinto al de un potencial comprador y ello tanto en lo que concierne a la organización activa (acelerar, devolver) como a la omisiva (no frenar; no impedir que el propietario que desconoce el hecho recoga, el mismo, el automóvil).

Las peculiaridades de una responsabilidad por la competencia organizativa no pueden ser aquí desarrolladas. Pero los límites de la exoneración de responsabilidad pueden ser descritos.

Responde quién se halla obligado a conjurar un riesgo especial. Se trata de supuestos en los cuales la víctima potencial o quienes acuden en su ayuda tendrían derecho a evitar el daño de acuerdo con las normas de la legítima defensa o el estado de necesidad defensivo a costa del autor, en caso de que éste no hubiese procurado dicha evitación. De igual modo que la víctima potencial podría disponer de los bienes del autor en el marco de lo necesario, el autor debe realizar lo necesario en relación con la evitación: para él no existen conocimientos *especiales*, al igual que para la víctima de la legítima defensa, es decir para el agresor, tampoco existen ámbitos que no puedan verse afectados por la acción defensiva. Si en el ejemplo ya mencionado al principio (*I in fine*), un niño que ha ido a recoger una pelota que ha rodado debajo de un vehículo, le cuenta al titular del mismo que aquél pierde liquido de frenos, entonces éste no sólo conoce el hecho en su rol de padre, sino también en su rol de titular de vehículo.

También responde quien introduce, *motu proprio*, sus conocimientos especiales en su relación con la víctima, ya que entonces su comportamiento sin dicho conocimiento especial no sería comprensible. Si en el ejemplo anteriormente expuesto (*I in fine*) el camarero retiene el plato que contiene la fruta venenosa hasta que llegue un cliente a quien considere merecedor del daño debe responder por el comportamiento activo, ya que este acontecer pertenece a su ámbito de organización, al igual que debe responder por omisión si lleva la fruta a su casa y no impide que un pariente, que nada sabe, la ingiera.

Finalmente responde quien se halla obligado en virtud de una institución que abarca el ámbito del que procede el conocimiento espe-

cial. Ese será, al menos en parte, el caso de aquellas instituciones cuya finalidad es la configuración del mundo común (matrimonio, patria postestad en caso de hijos menores), si bien, ciertamente, no de todas las instituciones. Ejemplo: quien de manera fortuita se ha percatado de que el líquido de frenos de coche del vecino gotea, no debe ni animar a su propio hijo a viajar ni permitirle viajar en dicho coche. Es verdad que al rol del padre no pertenece ningún conocimiento sobre el estado de los vehículos del vecino, pero si le incumbe una amplia tutela. El médico de cabecera que en un intenso afán investigador supera el antiguo *standard* de tratamiento puede, a pesar de ello, mantener dicho *standard*, pues al rol de médico de cabecera no pertenece ningún conocimiento especial investigador.

Cuando aquí se habla de exención de responsabilidad, se está haciendo referencia a la exoneración de responsabilidad dimanante de las lesiones de deberes de *garantía*. Pero también los no garantes pueden responder, concretamente en casos de catástrofe, de conformidad con el § 323 c del StGB (31), y ello tanto si no impiden un curso lesivo generado al margen de su actuación como si por medio de ésta lo ponen en marcha.

V

No es ninguna coincidencia que ambas respuestas, la concerniente al problema de la tentativa (32) y la referente al problema de los conocimientos especiales, difieran de las respuestas dadas por

(31) Al igual que en la n. 15.

(32) La pregunta que probablemente cabe formular después de todo lo anterior, de como diferenciar la tentativa comunicativamente irrelevante de la tentativa inidonea por falta burda de entendimiento, del § 23 párrafo 3 del StGB, la contesto de manera breve y como mero añadido: la tentativa inidonea por falta burda de entendimiento es una tentativa comunicativamente relevante pero la *cantidad* de su relevancia tiende a cero; por el contrario, en los casos de las «tentativas» que aquí se consideran atípicas, el autor incurre en un error de categorías: no alcanza la *cualidad* de lo comunicativamente relevante. Por supuesto que el error cualitativo también puede fundamentarse en la falta burda de entendimiento (los delitos putativos probablemente se fundamenten con frecuencia de esta manera), pero el § 23 párrafo 3 del StGB no regula un error burdo *que no alcance* el dolo típico, sino que regula el dolo típico burdamente erróneo. Ejemplo: si en una hoja informativa sobre plantas venenosas se incluyen por error las ortigas, una persona sin ningún tipo de conocimientos de biología se atenderá al contenido informativo de la hoja; dado que nada entiende sobre la materia —ni tan siquiera advierte los errores burdos— actúa de manera burdamente equivocada en el sentido de que no conoce lo que parece evidente. Sin embargo, es prudente atenerse a las hojas informativas en las materias sobre las que se carece de conocimientos. Si hubiese prestado atención a su sueños, o hubiese deducido el carácter venenoso en función de haber encontrado alguna vez un animal muerto entre unas ortigas, su dolo hubiese errado el tipo.

ARMIN KAUFMANN; la solución de ambos problemas depende de la contestación a una única cuestión previa: ¿qué es un autor-sujeto en Derecho penal? Para ARMIN KAUFMANN la respuesta a esta cuestión previa resulta tan evidente que no la da expresamente, sino que directamente argumenta al respecto cómo el sujeto, en concreto una persona, actúa (u omite). En los problemas del destinatario discute las cualidades mínimas que debe aportar una persona, pero se trata de capacidades individuales en la relación entre norma e individuo, no de la vinculación del hombre con la sociedad. Exagerando un poco, la sociedad sólo penetra en el Derecho penal a través de la Parte Especial. Esta seguridad de poder definir el sujeto antes que a la sociedad no la comparte la solución aquí mantenida. De acuerdo con ésta, debe intentarse concebir al sujeto como parte del contexto social que es el Derecho penal. El abismo entre ambas soluciones no puede obviarse.

