

Fundamento del deber jurídico y delimitación de la tipicidad (*)

ARMIN KAUFMANN,

Catedrático de Derecho penal y Filosofía del Derecho (Bonn)

¿Qué pertenece al «escalón» de la antijuricidad —además de las causas de justificación (autorizaciones) que nadie discute? La polémica en torno a fenómenos particulares como las «reglas de antijuricidad» y los «momentos especiales de la antijuricidad» («puros elementos del deber jurídico») parece superada. Toda una doctrina los ha rechazado; Welzel, en las últimas ediciones de su Tratado, abandonó en parte y varió otro tanto sus posiciones. ¿Y no han hecho desaparecer, quizá, una serie de modificaciones legales el resto de las dudas?

Sin embargo, este cuadro es engañoso si se mira detenidamente: Si observo bien, nadie sostiene que la «obligatoriedad» de la orden militar sea un elemento del tipo (cfr. el parágrafo 22 del Código penal militar alemán). Y, por lo que respecta a la cuestión de la constitucionalidad de una prohibición jurídica (garantizada penalmente), parece que al menos algo es compartido por todos: Que el error sobre la misma constituye un error de prohibición, un «error sobre la validez», que también puede resultar de un «error de hecho» —por ejemplo, sobre la promulgación—. Más todavía, según una idea muy extendida, la «tentativa del autor inidóneo», es decir, la errónea suposición de un elemento de la autoría constituye un delito putativo; su fundamentación es que sin la cualificación del sujeto de la norma no surge deber alguno. Finalmente, también las «reglas de la antijuricidad» —así denominadas por el Tribunal Supremo Federal— de los apartados segundos de los parágrafos 240 y 253 StGB son discutidas en lo que respecta a su tratamiento y ordenación; no sólo Welzel veía en ellas un problema de la antijuricidad (1). ¿Y no resurgen, con nuevos ropajes, viejos problemas

(*) Traducción de Joaquín CUELLO. El original alemán, con el título «Rechtspflichtbegründung und Tatbestandseinschränkung», ha sido escrito para el libro-homenaje a Ulrich KLUG, a punto de publicarse en la República Federal de Alemania.

(1) Véase la panorámica de HIRSCH LK, 9.ª ed., preámbulo al parágrafo 51, núms. 14 s. Por contra, yo mismo no he defendido nunca —¡frente a lo que indican algunas citas!— la idea de que el cierre de los «tipos abiertos» sea un problema del escalón de la antijuricidad.

en las «autorizaciones administrativas» (¡ Con sus correspondientes obligaciones!) o en los casos de «exclusión cuantitativa del injusto» (2)? Por tanto, aunque los problemas siguen existiendo, no se ha formado en realidad una doctrina cerrada, unitaria, sobre los momentos de la antijuricidad; la heterogeneidad de las cuestiones aquí tratadas nos resultaban claras, desde un principio, a Welzel y a mí. Si hace treinta años caractericé los momentos contabilizados aquí —los «presupuestos de validez» y los «elementos de la autoría»— de, al mismo tiempo, «distintos en lo esencial» y, sin embargo, «emparentados en lo especial», fue en atención a que las consecuencias dogmáticas son las mismas: 1. Estos momentos deben concurrir *objetivamente*, para hacer surgir el concreto deber jurídico; la errónea suposición de su concurrencia no puede fundamentar una tentativa. 2. El error referido a la concurrencia de estos momentos es la (posible) fuente de un error sobre el deber jurídico, en el sentido del parágrafo 17 StGB. En mi opinión, podían ordenarse estos momentos en el escalón de la antijuricidad (3). Si podemos permanecer aquí y qué ocurre con los problemas aludidos al principio será examinado a continuación.

Los problemas aquí tratados se sitúan en un punto donde confluyen principios y teoremas pertenecientes, en parte, a la Teoría general del Derecho y, en parte, a la Dogmática del Derecho penal:

1. Las normas (en el sentido de Binding o, ahora también, en el sentido de Kelsen), como mandatos o prohibiciones jurídicos que expresan la obligación de actuar o de omitir, sólo en casos excepcionales se presentan en formas lingüísticas puras («deberes»), y han de ser desarrollados a partir de otras manifestaciones jurídicas, por ejemplo, leyes penales. Dependiendo de criterios (condiciones, presupuestos, competencias) de los que resulta su «validez» u «obligatoriedad», es decir, su existencia como normas *jurídicas*.

(2) El mismo ROXIN, en su penetrante y crítico tratamiento de las posiciones de WELZEL y mía, llega a la conclusión de que «hay» «elementos del deber jurídico» y que representan un caso particular (ROXIN, *Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale*, Hamburg 1969, pág. 188): «Aunque no resultan completamente descritos ni claramente delimitados con los criterios de WELZEL, forman, sin embargo, un grupo común: no se trata de "momentos especiales de la antijuricidad", sino de circunstancias que abrazan a la antijuricidad o sirven a la exclusión del injusto y, al mismo tiempo, encierran siempre, o al menos normalmente, la total antijuricidad formal». ROXIN quiere resolver la problemática «mediante su distribución en elementos que determinan el injusto y elementos que valoran la totalidad del hecho»: «En tanto que contienen circunstancias materiales pertenecientes al sustrato del juicio de valor pertenecen sistemáticamente al tipo».

(3) Armin KAUFMANN, *Normentheorie*, págs. 158 y 285 s. En la conformidad a Derecho del ejercicio del cargo (parágrafo 113 de la antigua redacción) he visto un aviso de que «las causas de justificación se conjugan, evidentemente, entre sí»: La intervención contenida en la acción de ejecución debe estar justificada; si no es así, estará justificada la legítima defensa contra ella. Sobre los problemas surgidos con la nueva redacción no podemos tomar aquí posición.

2. La singularización de la norma abstracta en deber jurídico concreto requiere, además, que un hombre posea la cualidad especial de la autoría (exigida) y que sea capaz de emprender la acción normada; no debe interponerse una autorización (causa de justificación).

3. Todos los criterios enumerados pueden *designarse* como «exigencias del deber jurídico»; sin ellos no existe lesión alguna del deber jurídico, ni delito, ni crimen. Que existe una posibilidad de malentendidos terminológicos resulta claro.

4. Que *todos* los presupuestos de un hecho típico y antijurídico son elementos de la tipicidad o de la antijuricidad no resulta evidente, sino que requiere una comprobación.

5. El tipo (básico) se orienta al objeto de la norma, cuyo contrario describe («materia de prohibición»). Sin embargo, discrepan las concepciones acerca de si aquél sólo abarca «circunstancias de hecho», en el sentido del parágrafo 16 StGB («tipo de error»); más (tipo de relevancia); o si aquí existe congruencia (4).

6. Las «agravantes» («Höhemarken») del injusto cualifican el tipo; ¿Existe una cuantificación negativa del injusto también en el segundo escalón de la construcción del hecho punible?

I. ¿DELIMITACION DE LA TIPICIDAD MEDIANTE MANDATOS? (CONGRUENCIA SOCIAL EN EL SENTIDO DE KLUG)

Ulrich Klug ha llamado la atención sobre el hecho de que un actuar ético-socialmente exigido no encaja en el tipo de prohibición aunque resulte abarcado por su tenor literal; no es típico, sin necesidad de justificarlo en el escalón de la antijuricidad. Medidas comerciales e industriales del director de una empresa «que realizan formalmente el elemento típico del perjuicio» no caen bajo el tipo de infidelidad (Untreue), «pese al peligro patrimonial existente», «si la medida en cuestión está exigida y es, por tanto, socialmente congruente» (5).

Esta argumentación valorativa puede ser extendida, de una parte, —con el mismo Klug— a otros tipos de prohibición; pero, de otra, también a mandatos situados más allá de las exigencias de acción caracterizadas por este autor como ético-sociales, que muchas veces también pueden derivarse del Derecho contractual. ¿Se trata *siempre*, así cabría preguntar, de limitaciones de la tipicidad cuando colisionan un mandato y una prohibición? (Estamos más bien acostumbrados a pre-

(4) Sobre ello, Armin KAUFMANN, *Unterlassungsdelikte*, págs. 14 ss.; Schröder-LENCKNER, 21.ª ed., preámbulo a los parágrafos 13 ss., núms. 17 y 48, también para lo que sigue.

(5) KLUG, *Sozialkongruenz und Sozialadäquanz im Strafrechtssystem*, Festschr. f. Eb. Schmidt, págs. 249 ss., especialmente 260 ss. Dentro del concepto de «congruencia social», con efecto delimitativo de la tipicidad, incluye KLUG, además, el «punto de vista de la irrelevancia social», especialmente el del mínimo daño.

guntar aquí por justificaciones). Una respuesta afirmativa a la pregunta así formulada no podría proporcionarla el planteamiento de Klug. Pues se trata de exigencias que describen acciones que, precisamente mediante esta descripción, caen bajo la prohibición. Formulado de otra manera: ¡La acción exigida debe ser un caso de la acción prohibida!

En primer lugar: Este es excepcionalmente el caso. Los deberes de garantía y los mandatos que fundamentan los delitos de omisión propia en el StGB no pertenecen a este lugar. La salvación de una vida puede exigir unos daños, una coacción o unas lesiones, o las tres cosas; pero la evitación del resultado muerte no cae conceptualmente bajo tales tipos de prohibición. La autorización de acciones en sí prohibidas es una cuestión de las causas de justificación. No se trata de una colisión en abstracto, sino concreta, que ha de ser resuelta conforme a los criterios de las normas de autorización, especialmente conforme al principio de la necesidad.

Algo distinto ocurre, por ejemplo, con la orden de detención. Esta tiene por contenido precisamente la privación de libertad, es decir, una medida que cae bajo la prohibición de las detenciones ilegales. Aquí la materia de prohibición se ve «restringida» mediante la materia del mandato a un objeto de normación que, naturalmente, continúa siendo materia de prohibición (6). La orden de detención, sin embargo, no tiene este efecto de delimitación de la tipicidad, frente a otras prohibiciones; lo que puede emplearse como medio para llevar a cabo una privación de libertad no se orienta conforme a los principios de justificación. Y el secuestro de las cosas en litigio mediante una orden de ejecución no es, por supuesto, un acto arbitrario de fuerza que esté prohibido; pero puede realizar algún tipo penal.

Lo decisivo sigue siendo el punto de vista, que debemos a Klug, de que es ya un problema de la tipicidad si el contenido del mandato parece caer bajo la descripción de la materia de prohibición (7). Si la

(6) Lo contrario ocurre, por así decir, con la orden militar que tiene por objeto la realización de una materia de prohibición. Al menos en cuanto la orden alcance a acciones prohibidas aseguradas mediante penas, no es «vinculante». No existe en absoluto como imperativo jurídico de pretendida obediencia: La no obligatoriedad no constituye «causa de justificación», ni aquí ni en otras «causas de no obligatoriedad». Así, sin embargo, DREHER (*Schröder-Gedächtnisschrift*, pág. 377), que ha trasladado la supuesta «causa de justificación no obligatoriedad», configurada por él, desde el parágrafo 22 Código penal militar al parágrafo 113 IV StGB, en su nueva redacción.

(7) Lo que con anterioridad (*Normentheorie*, 1954, págs. 256 s.) vi, en parte, de otra manera, porque el principio de la necesidad interviene antes de la promulgación de este mandato. Para la estructura dogmática —aquí: para la cuestión de la configuración del tipo—, sin embargo, lo decisivo son los mandatos y las prohibiciones *existentes*, como tales. Que la delimitación de la materia de prohibición mediante mandatos puede jugar un papel también en el ámbito de la imprudencia comisiva, exactamente para la determinación de la acción contraria a cuidado, ha sido puesto de relieve por PAEFFGEN (*Der Verrat in irriger Annahme eines illegalen Geheimnisses und die allgemeine Irrtumslehre*, Berlín, 1979, pág. 140, nota 353).

ejecución de la orden de detención hace necesaria la privación de libertad y representa el medio más suave, no necesita ponderación alguna.

Con precaución, debe indicarse que los presupuestos de validez del mandato (como los de la prohibición), también en esta ocasión, representan «presupuestos de validez», de los que ha de tratarse después.

Para la faz subjetiva del tipo, debe exigirse que al dolo de realizar la acción (prohibida) se sume la *falta* de voluntad de realización respecto del acto exigido (p. ej., si con la privación de libertad no se persigue el internamiento en prisión preventiva).

Aquí, como en lo demás, estas restricciones de la tipicidad sólo son un subgrupo de la siguiente:

II. DELIMITACION DE LA TIPICIDAD MEDIANTE LA DESCRIPCION DE LA ACCION CONTRARIA (8)

Como ya expuse con anterioridad (9), el acto normado puede ser descrito de tal forma que se corresponda con la descripción de la acción *a*, mientras que se contrapone a la descripción de la acción *b*. La acción *b*, conceptualmente, es un supuesto del acto *a*. Si permanecemos dentro del ámbito de los tipos de prohibición, el añadido de un: «a no ser que», supone la descripción de una acción ulterior cuya concurrencia precisamente *excluye* la realización del tipo; lo que, a veces, puede adoptar la forma de una finalidad, una especie de intencionalidad concebida negativamente. Por ejemplo: «El almacenaje de venenos está prohibido, a no ser que se realice para fabricar abonos» (cfr. párrafo 326 StGB). El legislador emplea de forma creciente, tanto en el Derecho penal secundario como en el Código penal, conceptos como los de instalaciones o procedimientos «autorizados», «autorizaciones administrativas», «deberes administrativos» y descripciones por el estilo (10). El complicado sustrato regulativo así surgido —y más todavía las obligaciones administrativas que en relación con ellas se establecen— manifiesta frecuentemente la forma de «descripción de la acción contraria».

Para tales tipos de prohibición polifacéticos es, ahora, importante lo siguiente: El dolo sólo necesita extenderse sobre los momentos del acto que han de existir positivamente. Aquí —en el ejemplo anterior— basta la *ausencia* de intencionalidad de emplear el veneno para obtener abono. (En otro caso, *todo* almacenaje de veneno debería abarcar la inexistencia de *todas* las finalidades permitidas.)

(8) Véase, para la parecida problemática de la «ohne zu-Komponente» del delito imprudente, las consideraciones de ZIELINSKI (*Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff*, Berlín, 1973, págs. 171 ss.).

(9) *Normentheorie*, págs. 251 ss.

(10) Cfr., p. ej., párrafos 109 g, párrafo 4 (*in fine*), 326, 327, 324, 328, 331, párrafo 3 StGB; párrafos 16, párrafo 1, núm. 1, AbfG, 53, párrafo 1 WaffG, 11 BtMG, 45 párrafo 1, AtomG, 62 párrafo 1, núm. 1 BImSchG.

Para evitar equívocos, debe distinguirse:

1. No se trata de «circunstancias de hecho concebidas negativamente», que tan familiares nos son; éstas sólo son momentos parciales de una descripción de acción, mientras que aquí se trata de la descripción del acto contrario (11).

2. El modelo de la descripción de la acción contraria parece adecuarse también a las *causas de justificación* (12). Sin embargo, las autorizaciones no pueden incluirse dentro del objeto de la norma. No sólo porque, por su dignidad como derecho a intervenir, se contraponen a las normas jurídicas de forma independiente, sino también porque sólo conforme a una ponderación valorativa de la situación concreta, según el principio de la necesidad, impiden el surgimiento del deber jurídico (13).

3. «Desde esta concepción», precisa acertadamente Roxin, «el consentimiento no debe ser entendido como causa de justificación, sino como excluyente de la tipicidad» (14). Con la exclusión del consentimiento, alcanza el ámbito de las causas de justificación contornos más claros.

Según este planteamiento, tampoco las *autorizaciones administrativas* son causas de justificación: De ser así, la intervención de la «autorización» sería lo normal en muchos delitos; conducir un automóvil no resulta justificado por el permiso de conducción. Se trata simplemente de la forma particular de ponderación de intereses realizada por leyes u otros preceptos jurídicos; la reserva de autorización permite comprobar en casos particulares si —y con qué obligación— coinciden éstos con la ley y sus propósitos. La autorización no otorga ningún derecho de intervención para los privilegiados por ella; lo que hace es establecer excepciones a la prohibición, delimitando la materia de prohibición. Sin embargo, los presupuestos jurídicos y fácticos, para su *eficacia jurídica*, no constituyen elementos típicos de la prohibición, sino presupuestos de validez (vid. *infra* V).

(11) Sobre esto, *mis* consideraciones en: *Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert*, Köln, 1982, págs. 49 s. (=JZ 1955, págs. 37 ss.). Si el tipo abarca «el almacenaje de venenos que no sean insecticidas», el dolo, evidentemente, ha de incluirlo, sea mediante la representación de que se trata de venenos contra las ratas o contra las plantas, sea mediante el conocimiento de que no se trata de insecticidas.

(12) Precisamente con esta reflexión defendí hasta 1950 la doctrina de los elementos negativos del tipo.

(13) ARMIN KAUFMANN, *Normentheorie*, págs. 253 ss.; *Strafrechtsdogmatik*, págs. 54 ss., y *Welzel-Festschrift*, págs. 396 ss. (= *Strafrechtsdogmatik*, páginas 155 ss.).

(14) ROXIN, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 2.ª ed., Berlín, 1973, pág. 25, nota 57; *del mismo*, ZStW 85, págs. 100 s.; ARMIN KAUFMANN, *Welzel-Festschrift*, pág. 397, nota 9 (= *Strafrechtsdogmatik*, pág. 155); SCHMIDHÄUSER, AT, 2.ª ed. Tübingen, 1975, cap. 8, núms. 124-125; RUDOLPHI, ZStW 86, páginas 87 s.; KÜHNE, JZ 1979, pág. 242; HORN, SK, párrafos 226 s., núm. 2; KIENITZ, *Der Mangel an Straftatbestand infolge Einwilligung des Rechtsgutsträger*, 1970; MAURACH-ZIPP, AT I, 5.ª ed., 1977, págs. 236 s.

III. REGLAS PARA COMPLETAR LA TIPICIDAD

Así deben denominarse aquellos conceptos y cláusulas generales que sirven para cerrar los tipos «abiertos». La más importante de estas cláusulas y, a la vez, más discutible constitucionalmente, el apartado 2 del párrafo 240 StGB, ha sobrevivido a la reforma del Derecho penal. Ya en 1954, indicó Hilde Kaufmann que la regla de antijuricidad del párrafo 240 servía para completar y cerrar el tipo, tanto en la construcción del delito de dos escalones como en la de tres (15). Ella expuso también que el problema del error sobre las circunstancias relevantes para la valoración como «socialmente reprochable» se resuelve, por decirlo así, por sí misma, en base a la configuración del texto legal: «No es el juez quien puede poner en conexión teleológica el medio con el fin, sino que el mismo *autor* debe haber ordenado *sus* medios a *su* finalidad... Por tanto, los medios y finalidad abarcados por el dolo son el único sustrato material sobre el que la regla de antijuricidad puede ser aplicada» (16). La «materia de prohibición» sólo puede ser determinada con la ayuda del párrafo 2, que «no describe lo excepcionalmente no prohibido; no tratándose de una causa de justificación».

Mediante la valoración de que la acción coactiva es *por lo general* reprochable (no considerándose la concreta necesidad en orden a una finalidad aprobada) se constata la *tipicidad*. No habiendo lugar ni motivo adicional para un elemento de «reprochabilidad» especial «que abarque la antijuricidad» en el escalón de la antijuricidad (17). El error sobre la reprochabilidad es un error sobre el ámbito de la materia de prohibición (párrafo 17 StGB).

Frente a la materia de prohibición del párrafo 240, así «cerrada», conservan su función las causas de justificación. Las autorizaciones afectan a la ponderación de distintos bienes jurídicos, frecuentemente ya en relación con la finalidad, y, en cualquier caso, en relación con la elección del medio, según el principio de la *concreta* necesidad. También la coacción prohibida (reprochable) «en sí» puede estar autorizada como la medida menos nociva (necesaria), según los principios de justificación (18).

(15) HILDE KAUFMANN (*Viander-Grüter*), GA 1954, págs. 359 ss. Esta era y es también mi concepción.

(16) GA 1954, págs. 362 s. Lo que se corresponde en cierta manera con el entendimiento como «relación estrecha de medio a fin», desarrollada por ARZT (*Welzel-Festschrift*, pág. 833).

(17) Así, sin embargo, JESCHECK (AT, 3.^a ed., pág. 198), quien, por lo demás, comparte el punto de vista sostenido aquí.

(18) Este planteamiento se corresponde, en lo esencial, con la «teoría del escalonamiento material, desarrollada por HIRSCH (ZStW 82, págs. 286 s.; LK, 9.^a ed., preámbulo al párrafo 51, núms. 14 s., con exposición y discusión doctrinal). La diferencia externa es que —como en HILDE KAUFMANN— las causas de justificación no son en absoluto entendidas como casos del párrafo 240 II.

IV. ELEMENTOS DE LA AUTORIA

El desarrollo que se esperaba de los delitos especiales (19) ha seguido adelante, especialmente con las investigaciones de Langer (20) y Stratenwerth (21). La Dogmática sigue con considerable retraso el desarrollo histórico-jurídico que, desde hace tiempo, se había distanciado del «Derecho estamental» cuando el mismo Binding hablaba de «delitos estamentales», para caracterizar la esencia de los delitos especiales. El ámbito actual de los delitos especiales puede caracterizarse, de forma somera, mediante dos líneas de valoración: normación del comportamiento en base al ejercicio de una función y a relaciones de confianza; las raíces de la valoración y los puntos de conexión de la misma, por lo demás, son múltiples (22).

a) Estos aspectos valorativos, ciertamente, deben ante todo ser estructurados y delimitados dogmáticamente. En primer lugar: En el ámbito nuclear del Derecho penal no parece haber delitos con *puros* elementos de la autoría, sino sólo «interpretables», en el sentido de que el sujeto y la materia de la norma, autor y acción u omisión típicas, resultan caracterizados al mismo tiempo mediante una relación especial entre el sujeto y su acción o mediante el no ejercicio o ejercicio defectuoso de una función por parte de su titular. Este fenómeno, ya conocido anteriormente, de la constatación simultánea de la cualidad del sujeto de la norma y de la acción normada —a veces mediante un concepto único y a veces mediante una complicada descripción—, lo he seguido en los delitos impropios de omisión (23). Lo mismo, sin embargo, vale también para los delitos de funcionario, en los que la caracterización de la función pública, como cualidad de la autoría, aparece unida con la cualidad especial de la acción, con su relación respecto al oficio público ejercido (24). Así, la prevaricación presupone que el

(19) Armin KAUFMANN, ZStW 80, págs. 48 s. (= *Strafrechtsdogmatik*, página 242).

(20) *Das Sonderverbrechen*, Berlín, 1972, especialmente págs. 390 ss.; lo decisivo para él es la «modificación de un contenido de injusto» que aparece «limitado a un círculo restringido de personas».

(21) *Brunns-Festschrift*, Köln, 1978, págs. 59 ss.; AT, 3.^a ed., 1981, números 699 ss. y 201 s.

(22) Esta designación se corresponde en cierta manera también con los planteamientos de LANGER, SCHMIDHÄUSER (*Strafrecht*, 2.^a ed., 1975, cap. 8, núms. 81 ss., cap. 15, núms. 59 s.), y STRATENWERTH, constituyendo, en lo fundamental, una doctrina dominante.

(23) Armin KAUFMANN, *Unterlassungsdelikte*, págs. 305 s.; cfr. *Normentheorie*, págs. 137 s.

(24) Cfr. Armin KAUFMANN, ZStW 80, págs. 48 s. (= *Strafrechtsdogmatik*, págs. 241 s.). Por eso es fundada la crítica de ROXIN a mis consideraciones anteriores sobre los delitos de funcionario (*Normentheorie*, págs. 149 ss.; en contra, ROXIN, *Offene Tatbestände*, págs. 66 ss.). El dolo del hecho debe abarcar todos los momentos caracterizadores de la acción y, con ello, también la función de la autoría tomada en cuenta. Entonces veía yo la «propiedad de funcionario» —de la forma en que todavía hoy corresponde

asunto jurídico a decidir cae en el ámbito del juez; un juez que actúa en otro asunto jurídico cualquiera, no realiza el parágrafo 336. Lo que puede decirse también, por ejemplo de los delitos militares; ya el concepto de «deserción» caracteriza la relación especial entre la cualidad del autor y su actuar.

Todo lo anterior no significa que no haya, o pueda haber, delitos especiales con «puros» elementos de la autoría. Pero, en el ámbito del ordenamiento constitucional, opuesto a todo Derecho estamental, sólo los encontraremos como delitos especiales de peligro abstracto, en los que el acento valorativo material no ha sido incluido en la configuración del tipo. (Por ejemplo, una prohibición para «todos los miembros varones del año X de abandonar la República Federal».)

b) Tampoco la demarcación del ámbito de las normas especiales ha sido aún aclarada. De una parte, se va muy lejos cuando supone Stratenwerth «que *todos* los delitos de omisión son delitos especiales» (25). Lo que, al menos en su generalidad, *no* alcanza a los delitos de omisión *propia*, y necesita, mejor, una clarificación caso por caso (26).

Por el contrario, no deben contabilizarse como delitos especiales aquellos elementos de la autoría que sólo caracterizan, fundamentando el injusto, la relación interpersonal de quienes toman parte en un acto (parágrafos 173, 175 StGB) (27). La delimitación discutida, depende aquí de la configuración de la norma, y ésta, a su vez, de la conexión con el bien jurídico que subyace al tipo penal (28).

a la caracterización común de los delitos especiales— como «puro» elemento de la autoría no interpretable, que sólo sirve para la caracterización del sujeto de la norma. Respecto a los resultados prácticos en los delitos especiales *consumados*, fue aquella controversia, como asimismo la tercera posición tomada por WELZEL («conocimiento» del elemento de la autoría), insignificante sin más.

(25) *Bruns-Festschrift*, pág. 67. Subrayado allí.

(26) El planteamiento de STRATENWERTH alcanza al parágrafo 142, expresamente tratado por él; no, en cambio, al parágrafo 138. En el parágrafo 323 c, la estimación de una norma especial depende de que se incluya en la interpretación de la ley la *presencia* en el accidente (véase *mi Unterlassungsdelikte*, pág. 305). De forma distinta, a su vez, LANGER, *Loc. cit.*, 498 ss., que incluye, en parte, delitos comunes dentro de ambos grupos de delitos de omisión.

(27) STRATENWERTH, AT, 3.ª ed., núms. 203 y 701; cfr. SCHMIDHÄUSER, *Loc. cit.*, págs. 391 s.

(28) Respecto al parágrafo 173 StGB, puntualiza STRATENWERTH (*Bruns-Festschrift*, pág. 68): «La prohibición del yacimiento entre parientes vale sin más condición previa; si alguien carece del parentesco de sangre, se 'diluye' sin más». Posibles objeciones: 1. ¿Por qué frente a quién se «diluye» la prohibición, al carecer de parentesco sanguíneo, va a surgir una tentativa antijurídica si supone erróneamente el parentesco de sangre 2. Al revés: Para aquel que carece de hijos, ¿no se «diluye» también la correspondiente exigencia de garante?. El parágrafo 173 y la prohibición que le es implícita, mateniendo la correspondiente comprensión del bien jurídico, puede interpretarse también de otra forma: como prohibición de efectuar un incesto. De esta forma, la encargada del burdel de Hamburgo, que hizo yacer a los hermanos ignorantes, sería abarcada como autora de un delito común y la antijuricidad de la —hoy impune— tentativa inidónea no resultaría problemática; así, también Tribunal del imperio en materia penal 43,189 ss.

c) Dejando intactas las discutidas líneas de demarcación, sin embargo, pueden extraerse *consecuencias dogmáticas* para el ámbito, constatado en lo esencial, de los delitos especiales. (Los delitos con «puros» elementos de la autoría pueden, tras lo dicho, dejarse a un lado.)

1. El momento característico de estos delitos especiales, que establece una relación entre el autor y la acción (la mayoría de las veces el objeto del hecho), designa tanto al sujeto de la norma como también a la acción normada; se trata de un elemento del tipo.

2. El dolo del hecho, y su correspondiente en los delitos de omisión (el conocimiento de la situación típica), debe abarcar este elemento del tipo conforme a las reglas generales —aunque, a veces, éstas sean dudosas—, tanto los momentos que cualifican al autor como los que designan el hecho; la representación del autor ha de abarcar la total relación autor-objeto del hecho.

3. Si, objetivamente, falta algo de la relación autor-objeto del hecho pero, según la representación del autor, se da la total cualificación, debe *diferenciarse*: En consideración viene tanto la tentativa inidónea como el delito putativo, un problema que la mayoría de las veces pasa desapercibido.

Esta diferenciación, necesaria por causa de la «interpretabilidad», ya se ha establecido con anterioridad, sobre todo en los delitos de omisión impropia (29): El garante que, erróneamente, tiene a quien se ahoga por aquel que le ha sido confiado a su protección, comete una tentativa de omisión. Puesto que se dan los presupuestos de los que resulta la posición de garante como posición de autor, es sujeto de la norma; por eso existe para él un concreto deber de actuar. Aquél se encuentra frente a la situación de hecho como el autor que destruye una cosa de su pertenencia en la creencia de que está ante una propiedad ajena (30). De la misma forma que a éste le alcanza un deber de omitir, le alcanza a aquél un deber de actuar. Distinto es si quien omite supone, erróneamente, que en su persona concurren los presupuestos de la posición de garante; él piensa, por ejemplo, haber causado (antijurídicamente) el accidente en el que no interviene para salvar vidas. Este autor, por omisión, no es sujeto de la norma, en su persona no ha surgido deber alguno de evitar el resultado, en el sentido del párrafo 13 StGB. La errónea suposición de los presupuestos de que nace el deber no puede sustituir a la ausencia del fundamento objetivo de su nacimiento.

Lo mismo vale para los delitos de comisión: el juez que erróneamente piensa que se le ha remitido un asunto jurídico que puede decidir con plena eficacia jurídica comete una tentativa de prevaricación si procede en consecuencia. Quien, por contra, supone erróneamente los presupuestos que, de existir, le otorgarían funciones judi-

(29) Armin KAUFFMANN, *Unterlassungsdelikte*, págs. 305 s.

(30) Cfr. STRATENWERTH, AT, núm. 700.

ciales en el sentido del párrafo 336 StGB, no es sujeto de la norma especial, no lesiona el deber jurídico que subyace al párrafo 336 StGB; lo que comete es un delito putativo. (También, naturalmente, si además de la citada errónea suposición de los presupuestos hubiese supuesto también la atribución de la cualidad de juez y la correspondiente lesión del deber jurídico.)

Contemplado desde la fórmula —simplificada— de la «relación autor-objeto del hecho», como se caracterizan la mayoría de los delitos especiales, por tanto, el error sobre *uno* de los elementos de la relación lleva a la tentativa: la errónea suposición de la concreta cualidad del *objeto* (confusión del objeto). El error sobre el otro elemento de la relación (errónea suposición de los presupuestos de la cualidad de *autor*) permanece fuera de consideración, en tanto que sólo con la presencia objetiva de la cualidad de autor puede nacer el concreto deber de hacer.

d) La llamada «tentativa del autor inidóneo» es *el acto de un hombre al que no alcanza deber jurídico alguno*, no lesionando, por tanto, ningún deber jurídico. Aunque lo *designa* como tentativa, la antijuricidad de su comportamiento no se deriva ni de la inversión del párrafo 16 StGB ni de la interpretación del párrafo 22 StGB: la infracción de la prohibición presupone siempre el párrafo 22 StGB. En tanto que en los demás casos no encontramos dificultad alguna para concluir desde la prohibición jurídica (y la valoración correspondiente que le subyace) la antijuricidad de la tentativa de emprender la acción prohibida —¡Tanto dentro como fuera del ámbito abarcado por la punibilidad de la tentativa!—, fracasa esta derivación en las normas especiales: Si falta la cualidad del sujeto especial de la norma, no nace el deber jurídico especial; el comportamiento no es (ni típico ni) antijurídico. Dicho gráficamente: la tentativa —junto con su actuación correspondiente— se ha producido, ciertamente por un error, en la cabeza del autor; pero el error sobre la cualidad de la cabeza en la que el error se ha producido —esa forma especial de ilusión no produce delito alguno (31).

V. PRESUPUESTOS DE VALIDEZ

La validez de toda norma jurídica depende de «condiciones» situadas más allá de ella misma, que no afectan a la descripción del objeto de la norma. Ciertamente, a toda norma, a todo imperativo jurídico,

(31) Sobre la impunidad del «autor inidóneo», en los últimos treinta años: BAUMANN, *Strafrecht*, AT, 8.ª, 1977, pág. 527; FOTH, JR, 1965, pág. 371; HARDWIG, GA, 1957, pág. 175; Armin KAUFMANN, *Normentheorie*, págs. 151 s., *Unterlassungsdelikte*, pág. 305; KOHLRAUSCH-LANGE, 43.ª ed., 1961, preámbulo al párrafo 43 VI a; LANGER, *Loc. cit.*, pág. 498; Hellmuth MAYER, *Strafrecht*, 1953, pág. 288; SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht*, AT, 2.ª ed., cap. 15, núms. 59 s.; STÖGER, *Versuch des untauglichen Täter*, 1961, págs. 68 ss. (78); STRATENWERTH, AT, 3.ª ed., núm. 699, *Bruns-Festschrift*, págs. 59 ss.

le alcanza la pretensión de ser *vinculante*; precisamente es eso lo que le otorga carácter jurídico. Pero las condiciones, los presupuestos, las reglas de que depende la validez de la norma y, con ello, su existencia jurídica, preexisten a la norma y no son, por tanto, elementos del tipo delictivo.

a) Lo anterior no se discute en absoluto respecto de la norma que desarrolla una ley. Las reglas constitucionales sobre la promulgación de una ley y sobre las exigencias materiales que debe satisfacer no son elementos del tipo; el error sobre las mismas no alcanza al dolo del hecho, sino que es fuente de un error de prohibición (Tribunal Supremo Federal en materia penal 4,1 ss.). También, evidentemente, si se han supuesto erróneamente circunstancias que de existir habrían determinado, según la Constitución, la invalidez de la norma; asimismo este error sobre momentos puramente descriptivos o normativo-descriptivos, inapreciables por sí, puede llevar, a través de las correspondientes consecuencias deducidas por el autor, a un error de prohibición, en el sentido del parágrafo 17 StGB. Ya aquí se muestra que los presupuestos de validez no se pueden separar en un sustrato material, de una parte, con el que pueda relacionarse el dolo del hecho y una parte que afecte a la valoración total y, con ello, al conocimiento de la antijuricidad. Los presupuestos de validez son elementos de las reglas de competencia, que preexisten a la prohibición y a la materia de prohibición.

b) Lo que parece tan claro respecto a la ley pasa desapercibido o es visto de otra manera cuando se trata de aquellos imperativos jurídicos cuya existencia se debe a la *orden* de una autoridad o de un funcionario (actos administrativos, órdenes funcionariales, mandatos militares, mandamientos judiciales, etc.). Las reglas de competencia son aquí aún más polifacéticas, complicadas y numerosas; por la misma razón los defectos de competencia son más frecuentes, como más frecuente es también el error sobre la obligatoriedad de tal imperativo jurídico.

Lo que precisamente irrita en Derecho penal sobre este punto es que tomamos la pena de la ley penal; y en un tipo penal desarrollado desde la ley penal, sin más reflexión, aparece ya la orden administrativa misma, su infracción y, naturalmente, también sus presupuestos de validez, como elementos del siguiente tipo: quien infringe las órdenes de la autoridad A, B, C en las materias X, Y será castigado (cfr. p. ej., parágrafo 330, I, núm. 2).

Sin embargo, los tipos delictivos deben desarrollarse a partir de los mandatos y prohibiciones tomados en consideración; sólo así pueden obtenerse descripciones materiales de comportamiento bajo las que se pueda subsumir. Procediendo así, se manifiesta por sí mismo que la validez, la obligatoriedad del imperativo, es un problema especial; la eficacia jurídica de la orden depende de los hechos de que emana y de la competencia jurídica para obligar a otros de quien la da.

Incluso procediendo de otra manera, se impone la problemática de la validez de una u otra forma. La obligatoriedad del mandato militar aparece especialmente regulada en el parágrafo 22 Código penal militar; quien entienda la «no obligatoriedad» de la orden como «causa de justificación», reconocerá en cualquier caso el papel especial de la obligatoriedad, aunque lo haga mediante una caracterización y ordenación sustancialmente defectuosa.

Las reservas que sobre todo Roxin ha elevado contra la segregación de los presupuestos de validez no son, en definitiva, pertinentes (32). De una parte, está «en la naturaleza de las cosas» relacionar con el concepto «norma» la «relación de validez general»; el mandato al que falta esa relación no puede ser designado como «norma». Bien, hay órdenes militares que tienen validez frente a miles, y «normas legales» que alcanza a un solo órgano del Estado. Y los conceptos de mandato y obligación cubren, en cualquier caso, a todos los imperativos que ordenan hacer u omitir. No se trata de la terminología, sino del planteamiento teórico-jurídico.

También la segunda objeción, la remisión al art. 103, II, Constitución, fracasa: la taxatividad de la ley no aumenta o disminuye según que las reglas, ya existentes, se ordenen teóricamente de una forma u otra. Esto vale aquí y en todo lo demás, aunque frecuentemente tampoco se tenga en cuenta (33).

c) Mediante *autorizaciones* administrativas —incluidas las obligaciones que la mayoría de las veces le acompañan— se ven delimitados hoy en gran medida algunos tipos de prohibición, bien mediante circunstancias fácticas (concebidas negativamente) o características de la autoría, bien mediante la descripción de la acción contraria (vid. *supra*, II). Sin embargo, también la autorización administrativa contiene siempre el momento de la validez, de la *eficacia jurídica*. Se trata entonces de un presupuesto parcial de validez de la prohibición; se trata de la cuestión sobre la determinación del ámbito de lo prohibido. La eficacia jurídica de la autorización no es un elemento del tipo; la errónea suposición de la eficacia puede conducir a un error de prohibición; el error al revés, a un delito putativo. El dolo no se ve alcanzado (34).

d) También en los delitos *falsarios* se presenta la cuestión sobre la validez. La tarea dogmática es aquí doble: 1. Se debe realizar el tipo de comisión, incluida especialmente la caracterización de la per-

(32) ROXIN, *Offene Tatbestände*, págs. 62 ss.; contra Armin KAUFMANN, *Normentheorie*, págs. 98 ss.

(33) En lo sustancial, la remisión a la taxatividad legal de los presupuestos de la punibilidad sigue siendo, por supuesto, digna de atención; sobre todo cuando, recientemente, en medida creciente, tipos delictivos (*Vergehen*) que conectan con una autorización administrativa, se hacen depender de un acto administrativo. Sobre esta «*accesoriedad jurídico-administrativa*», HORN, SK, preámbulo al parágrafo 324, núm. 7.

(34) A esta problemática no se sustrae tampoco quien desee tratar —en mi opinión erróneamente— las autorizaciones administrativas como causas de justificación.

sona que ha de recibir el testimonio falso; de tal forma que aquí se manifiesta el especial contenido de injusto del hecho mismo (¿competencia abstracta?), debiéndose relacionar con él el dolo del hecho, según las reglas generales (¡conocimiento de su significado!). 2. Además, se debe considerar que en el tipo de comisión sólo se comprende la lesión de la obligación de un testimonio adecuado a la verdad; en el aparente cumplimiento de esta obligación reside el especial contenido de injusto de la lesión del deber mediante un hacer activo. Detrás del tipo de comisión, por tanto, se encuentra el *deber de declarar verazmente*, el «deber de decir la verdad», en el sentido del Tribunal Supremo Federal que —en el ejemplo del testigo ante el Tribunal— nace a través de la invitación del juez. ¡Pero este deber de veracidad depende, en su existencia y ámbito, de la presencia de todos los presupuestos que el ordenamiento procesal ha establecido para ello! (Lo propio vale para el deber de jurar.) La consecuencia dogmática es clara: si no existe el deber de veracidad respecto al testimonio falso en cuestión, tampoco existirá delito de falso testimonio alguno consumado o intentado; la errónea suposición de los presupuestos de validez o del deber de veracidad mismo conduce al delito putativo (acertadamente, Tribunal Supremo Federal en materia penal 14, 345 ss., 350).

La separación de cuestiones emprendida en 1 y 2 se ve oscurecida por lo siguiente: la «instancia competente para recibir el juramento» es, al mismo tiempo, aquella cuya actividad procesal resulta esencial para el nacimiento del deber de veracidad y también ante la que se realiza el testimonio falso que, por tanto, resulta necesaria para la descripción del hecho comisivo (35). En *Teoría del Derecho* no existe en este caso especial ninguna objeción insuperable para incluso emplear todos los elementos de la validez como caracterización de la acción típica (destino del testimonio) y, con ello, como criterios de la tipicidad. ¡Si falta el deber de veracidad, tampoco se cuestionará delito alguno! Pero la inclusión de una serie de presupuestos procesales, concebidos positiva o negativamente, del deber de veracidad en el tipo del hecho comisivo punible, complicaría, sobre todo, el dolo correspondiente de una forma apenas superable; lo que para la constatación del desvalor de acción del falso testimonio no sería necesario. *Como sea que el tipo de comisión de los delitos de falso testimonio pueda ser concebido, el efecto de la ausencia del deber de veracidad no se ve por ello afectado.* Aquel cómico Tribunal de los referentes que hace «perjurar» a la limpiadora en un proceso civil supuesto no la hace «autora» de un perjurio intentado. El «nullum» procesal no constituye tampoco delito en el Derecho penal material (36).

(35) Lo que anteriormente (*Normentheorie*, págs. 100 s y 140) no hice con claridad.

(36) Lo propio vale también para quien realiza una aseveración bajo juramento del parágrafo 156 StGB; sólo que aquí no son siempre mandatos, sino, en parte, también prohibiciones las que forman el sustrato. Pero, en última instancia, también el «deber de veracidad» depende de la autorización en el concreto proceso, tanto en su existencia como en su ámbito. Cfr.

e) El *resultado*, desde la perspectiva *sustantiva*, es claro: los múltiples aspectos de los presupuestos de validez se corresponden con la multiplicidad de imperativos jurídicos, desde la prohibición de matar hasta el acto administrativo particular. Sin la preexistencia de los presupuestos de validez no surge deber jurídico alguno, ni la antijuricidad. El error se convierte en error de validez, en error sobre el deber jurídico; el error al revés, en delito putativo.

f) La *ordenación* en tres escalones de la construcción del hecho punible encuentra dificultades: está claro que sobre la validez ha de decidirse antes de que recaiga el juicio de antijuricidad definitivamente. Además, los presupuestos de validez deben ser estrictamente separados de las «circunstancias de hecho», en el sentido de «tipo legal» del parágrafo 16 StGB. La solución teórica-jurídica más clara es colocar los presupuestos de validez completamente al principio, según la siguiente divisa: sin norma legal válida no hay tipo legal (válido). Pero así como resulta sencillo para el examen de la validez conforme a la Constitución, resulta complicado respecto a los restantes presupuestos de validez; pues los tipos penales sólo excepcionalmente son desarrollados en relación con el correspondiente imperativo particular, ni por el legislador ni por la literatura (37). ¿No resulta entonces una simplificación adecuada y permitida la ordenación de los presupuestos de validez en el escalón de la antijuricidad? Precisamente se alcanzaría así claridad sobre las importantes consecuencias prácticas del error.

Sin embargo, estas ponderaciones de adecuación a finalidad que he seguido hace algún tiempo (últimamente *Unterlassungsdelikte*, página 135) conducen a fricciones e impiden, por ello, la deseada simplificación. Especialmente en las autorizaciones administrativas resulta claro que, por su efecto *delimitativo* de la tipicidad, no puedo comprobar la eficacia jurídica (validez) en el escalón de la antijuricidad (38). De tal forma que la simplificación sólo puede consistir en el planteamiento conforme a la teoría de las normas, sin excepción: *sin los presupuestos de validez no hay validez, sin validez no existe la norma ni se infringe norma alguna*.

El papel especial de los presupuestos de validez fue, por tanto, acentuado anteriormente con acierto por Welzel y por mí en su aspecto negativo: no pertenecen al tipo, como circunstancias típicas. La consideración completa del papel especial conduce, sin embargo, a no hacer residir en absoluto la problemática de la validez *dentro* de la

Tribunal Supremo Federal en materia penal, 14,345 ss. Cfr. también KUNERT, *Die normativen Merkmale der strafrechtlichen Tatbestände*, 1958, pág. 120.

(37) En los delitos impropios de omisión donde, por razones totalmente distintas, es necesaria la construcción de tipos especiales de mandatos (de garantía), nunca se ha podido imponer este concepto hasta ahora.

(38) Si se siguen las reglas comunes, en el caso de la autorización no eficaz jurídicamente, la aplicación de esta delimitación de la tipicidad haría «desaparecer» la tipicidad; sin que se pudiera constatar ya —en el escalón de la antijuricidad— la invalidez de la limitación.

construcción del delito, *presuponiéndose* lógicamente. Lo que no implica algo así como abrir un cuarto escalón (esencial) en la construcción del delito (39). De la misma forma como el concepto de acción no es elemento o escalón en la construcción del delito, sino que se encuentra situado, como regulador, *detrás* del sistema, así se encuentra la cuestión de la validez *delante* de la construcción del delito: de la construcción del delito en tres escalones sólo forman parte normas y prescripciones jurídicas válidas. El delito, y con ello también el tipo, presupone que la norma es válida, preexistiendo objetivamente los presupuestos de validez. Sólo el *error* sobre la validez —siente sus raíces en un error fáctico o jurídico— produce sus efectos en la «construcción»; deviniendo relevante, como error de prohibición, en el «escalón» de la reprochabilidad.

VI. CAUSAS DE DISMINUCION DEL INJUSTO

Como «causa de disminución del injusto» puede designarse el —mal llamado— estado de necesidad «disculpante» (parágrafo 35 StGB) (40). Sin embargo, esta disminución del injusto *no* se efectúa por sí misma, porque sólo si se añade la disminución, legalmente presumida, de la capacidad de motivación, decaerá la punibilidad.

Recientemente, sin embargo, Hans-Ludwig Günther ha descubierto que aquí existe un «hueco» en la construcción del delito, no colmado hasta ahora; que existen, o al menos pueden existir, causas de disminución del injusto que *paralizan* el aumento del injusto indicado por el tipo penal (41). Mientras que las causas de justificación (autorizaciones) determinan la *cualidad* de un hecho típico, de forma que éste no es antijurídico y no existe un concreto deber jurídico de omitir o actuar, no modifican las causas de disminución del injusto la cualidad

(39) Que el concepto de acción no representa un escalón fundamental en la construcción del delito, sino que se encuentra «detrás del sistema», lo expuse ya con anterioridad (*Strafrechtsdogmatik*, pág. 21 ss. y 152). También la famosa «cuestión previa» acerca de si un complejo de comportamiento constituye acción u omisión, o dónde reside el acento, se resuelve por sí misma: Se subsume bajo un delito de comisión (y, eventualmente, bajo un delito de omisión). (Véase, SAMSON, *Welzel-Festschrift*, págs. 579 ss.). Mediante la correcta subsunción bajo un tipo de prohibición o un tipo de mandato correctamente entendidos, se llega al resultado correcto por sí mismo; si es necesario, el concurso de leyes impide la doble responsabilidad por un único resultado. (Si se pone el «acento en la omisión», podría ocurrir que, a falta de la posición de garante, se suponga erróneamente la impunidad; razón por la cual el examen de la tipicidad casi siempre se realiza antes de elegir dónde se va a poner el acento.)

(40) ARMIN KAUFMANN, *Unterlassungdelikte*, págs. 152 ss., especialmente página 157; cfr. RUDOLPHI, *ZStW*, 78, págs. 67 ss.

(41) GÜNTHER, *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluss*, Köln, 1983. El mismo Günther habla de «causas de exclusión del injusto penal». Sobre la cualidad de la «antijuricidad» y la cantidad del «injusto», acertadamente, SCHRÖDER-LENCKNER, 21.ª ed., preámbulo a los párrafos 13 ss., número 53.

de la acción como una antijurídica. Sin embargo, si se dan, impiden suponer aquella *cantidad* de injusto que corresponde al *grado* de injusto típicamente establecido y a la medida de la pena conectada con él. De esta forma no se ve afectado, en el sentido de Binding, el «delito», sino sólo el «crimen», la *punibilidad* de la infracción de la norma.

De ordenar correctamente las causas de disminución del injusto en el escalón de la antijuricidad —y no afectando a la delimitación de la tipicidad u otros presupuestos de la punibilidad—, deben *aproximarse*, en su estructura y valoración, a las causas de justificación: debe tratarse de ponderaciones básicas bajo los bienes jurídicos, a emprender según el principio de la concreta necesidad.

