

ejercicio legítimo de los derechos ordinarios debe instrumentarse por el cauce de la eximente del artículo 20.7 del Código penal, mientras que la justificación de las conductas que supongan el ejercicio de derechos fundamentales o de libertades públicas debe derivar directamente de tales derechos y libertades, como causas supralegales de justificación) no puede prosperar por, al menos, tres razones: *a)* Porque la aplicabilidad de la eximente de ejercicio legítimo de un derecho a los actos de ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas no implica en modo alguno una limitación de éstos, sino, muy al contrario, el reconocimiento de un cauce específico para que desarrollen, en el ámbito de la jurisdicción penal, la eficacia justificante que le es propia; *b)* Porque el contraste de la legitimidad del ejercicio del derecho fundamental o la libertad pública, que ha de hacerse, en virtud de esa eximente, para constatar tal eficacia justificante no se efectúa con normas penales, sino con parámetros constitucionales, que los Jueces y Magistrados del orden penal pueden interpretar y aplicar cotidianamente; y *c)* Porque en definitiva, tanto el cauce de la eximente legal, como el de las causas supralegales de justificación, conducen a los mismos resultados, tras efectuar las mismas operaciones de constatación de la legitimidad del derecho ejercido en cada caso, por lo que, existiendo en el Ordenamiento una eximente de ejercicio legítimo de un derecho, carece de coherencia el mantener una vía paralela de reconocimiento de una misma eficacia exonerante y para su uso en la misma sede jurisdiccional.

Dr. ABEL TÉLLEZ AGUILERA  
Universidad de Alcalá

Recensión a *Der Zweistufige Deliktsaufbau (La estructuración del delito en dos niveles)*, de Klaus RINCK. Duncker & Humblot (Strafrechtliche Abhandlungen, N. F., tomo 131), Berlín 2000, 495 páginas

## I

El extenso trabajo de Rinck, dirigido a distancia por Roxin, pretende a partir del tratamiento de la teoría del error (casos en los que las representaciones del autor sobre su acción no coincide con la realidad) invalidar la tradicional configuración analítica del delito como acción típica, antijurídica y culpable, considerando más adecuada una distinción entre injusto y culpabilidad que fusione en un concepto unitario tipicidad y antijuridicidad. Tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad no son según esta monografía elementos del delito del mismo rango. Los dos primeros no son más

que una esquematización gráfica para simplificar pedagógicamente las explicaciones. La originalidad de este trabajo es que pretende desarrollar esta propuesta dogmática sobre bases distintas –aunque aproveche algunas ideas– que la teoría de los elementos negativos del tipo (en España, Luzón Peña) que tuvo su origen en el siglo XIX y que fue objeto de un vivo debate tras la segunda guerra mundial en Alemania que se ha acabado apagando. La teoría de los elementos negativos del tipo no superó en ese momento histórico-dogmático las objeciones realizadas con inteligencia desde la doctrina final de la acción (Welzel, Hirsch, Armin Kaufmann) con el objetivo de mantener su teoría estricta o pura de la culpabilidad. Por ello la gran aportación del libro de Rinck radica en contribuir a apagar los últimos rescoldos del finalismo que todavía quedan en la doctrina del delito dominante. No es extraño que se trate de un discípulo de Roxin y que su trabajo se pueda entender como una continuación –con una perspectiva de más de cuarenta años– de la tesis de Roxin sobre tipos abiertos que inició su construcción alternativa al ontologicismo finalista que tan decisiva ha resultado para la actual situación de la dogmática jurídico-penal. Demuestra una especial perspicacia afrontar esta cuestión hoy en día cuando cada vez es más evidente que la dogmática alemana dominante sigue un camino distinto al señalado por la doctrina final de la acción. En la medida que la Ciencia Penal española presenta estas mismas características no se puede negar el interés de esta monografía.

Su punto de partida es que lo que Rinck denomina la parte del Derecho Penal referida al hecho (el injusto) tiene un fundamento único: el principio de la lesión de intereses lo más leve posible (minimización de la lesión de intereses) y, por tanto, se trata de un ámbito homogéneo. Es decir, el monografista unifica todo el injusto bajo el principio de la ponderación de intereses. Rinck no pone en entredicho la distinción entre injusto y culpabilidad (como ha hecho recientemente Lesch a partir de los presupuestos de su maestro Jakobs) sino que parte de la corrección del tratamiento del tema que Schünemann ha llevado a cabo en la doctrina alemana (traducción en *Fundamentos de un sistema europeo del Derecho penal*). Básicamente considera que el injusto es un juicio sobre el hecho (la perturbación social) y la culpabilidad un juicio sobre el autor (evitabilidad). Ello tiene una importancia básica para el tratamiento que dispensa a los temas que son objeto de su monografía. Sin embargo, a pesar de su defensa de la distinción entre injusto y culpabilidad (*vid.* p. 474), se puede englobar este trabajo en una línea creciente de crítica a la estratificación tradicional de la teoría jurídica del delito motivada por la funcionalización de sus categorías. En realidad, Rinck basa la distinción en que la calificación de una conducta como injusto permite la imposición de sanciones penales distintas a la pena como las medidas de seguridad y las consecuencias accesorias, mientras la afirmación de una conducta como típica carece de consecuencias. Desde esta perspectiva, si entendiera como Jakobs que

el Derecho Penal no tiene más consecuencia que la pena, tendría que asumir que ni siquiera se podría hablar de una distinción bipartita. Sin embargo, Rinck, que parte de una escuela dogmática con presupuestos diferentes, no asume una posición de partida tan radical, aunque parece que la teoría del injusto pasa así a depender exclusivamente de los presupuestos que el Derecho positivo exija para imponer una medida de seguridad además de la peligrosidad criminal.

Rinck divide su libro en cuatro grandes partes bien diferenciadas: 1. En la primera expone su punto de partida. 2. En la segunda se ocupa del error sobre los presupuestos objetivos de las causas de justificación. 3. En la tercera, de los supuestos de concurrencia de elementos objetivos de las causas de justificación sin elementos subjetivos. 4. En el cuarto apartado expone su propuesta para fundamentar su tesis: la división del delito en dos niveles.

## PRESUPUESTOS DEL TRABAJO

El trabajo empieza con un apartado sobre el principio de la lesión de intereses lo más leve posible (pp. 21 ss.) como fundamento del injusto. El autor entiende las causas de justificación como excepción a una prohibición absoluta de lesionar bienes jurídicos (pp. 50 ss.) y parte de la idea de que el ordenamiento jurídico sólo permite y fomenta aquella acción que ofrece un mejor saldo tras un juicio relativo a la menor posibilidad de injerir en intereses ajenos. Por ello considera que es el principio de la lesión de intereses más leve el criterio definitivo para distinguir el ámbito de lo jurídico y lo antijurídico. Injusto es una conducta contraria al principio (concretado en cada norma) de la menor lesión de intereses posible (p. 55), es decir, una conducta que lesiona intereses reconocidos jurídicamente en mayor medida de lo que según las circunstancias sería posible o necesario (pp. 56, 72). Sólo los casos más graves pasan a ser cualificados como merecedores de pena.

Para la dimensión objetiva del injusto a Rinck le basta con constatar que ha existido una acción humana, que un bien ha sido lesionado sin el consentimiento de su titular y que no se ha visto realizado un interés de más peso en ese caso concreto (o éste se ha realizado en una medida superior a lo necesario). Es decir, que constatando una lesión de un bien jurídico sin consentimiento del titular, ésta era necesaria para preservar otro interés de mayor entidad y no era posible una menor lesión. El dolo y la imprudencia tienen como objeto esa ponderación objetiva. El tipo subjetivo (dolo e imprudencia) según Rinck no debe ir referido sólo a los elementos recogidos en la correspondiente figura delictiva sino al tipo global, completo o total de injusto (elementos típicos más inexistencia de causas de justificación). El injusto doloso de resultado es la infracción

consciente y voluntaria del principio de la lesión de intereses más leve (el injusto imprudente, la infracción potencialmente consciente y voluntaria). El tipo global o unitario de injusto tiene su correspondencia subjetiva en el dolo global de injusto. La culpabilidad es en ambos casos la capacidad del individuo de llevar a cabo una correcta valoración jurídica del suceso y de actuar de acuerdo con esa comprensión. Con este punto de partida considera satisfactoriamente fundamentados los supuestos normales o estándar de justificación en los que concurren todos los requisitos objetivos y subjetivos.

También a partir de estos presupuestos expone sus soluciones a los casos en los que no existe coincidencia entre los elementos subjetivos y los elementos objetivos. Es decir, cuando concurren unos u otros:

– Los casos de error sobre los presupuestos objetivos de las causas de justificación deben ser tratados como cualquier supuesto de error de tipo (pp. 74 ss.). Tanto el que yerra sobre un elemento del tipo como el que yerra sobre la presencia de un contexto justificante no perciben que están causando un daño o creando un peligro o, en todo caso, que no lo están causando en mayor medida de lo preciso en el caso concreto. Los supuestos de error sobre los elementos del tipo y sobre los presupuestos de las causas de justificación son injustos equivalentes que se merecen la misma pena. Para afirmar la existencia de un injusto doloso no basta con la presencia del dolo típico (de la realización dolosa de los elementos del tipo legal) sino de un dolo global del tipo de injusto. En los supuestos de error de elementos objetivos de las causas de justificación no existe un injusto doloso.

– En los casos en los que concurren los presupuestos objetivos de las causas de justificación con ausencia de los elementos subjetivos (pp. 201 ss.), denominados como casos de error inverso, rechaza las soluciones de la impunidad total defendidas por las teorías objetivas (Spendel, pp. 207-223) y las de la imposición de la pena del delito consumado (pp. 223-246), defendiendo el castigo de estos casos como tentativa (pp. 246-251). Rinck considera, a diferencia de la doctrina alemana dominante, que se debe llevar a cabo una aplicación directa y no analógica de la regulación de la tentativa.

Este autor asume estas conclusiones como materialmente correctas ya que coinciden con las de la doctrina dominante. Sin embargo, intenta demostrar cómo otros planteamientos dogmáticos presentan la objeción frente a su propuesta de que sólo llegan a estas soluciones satisfactorias mediante aplicaciones analógicas (bien de las reglas del error de tipo o de la tentativa) o soluciones *ad hoc*. Según el monografista, una división bipartita del delito permite resolver dogmáticamente mejor estas constelaciones complejas de casos a diferencia del tradicional análisis tripartito.

Siendo imposible exponer aquí detalladamente una posición desarrollada en casi quinientas páginas voy a exponer sus críticas al tratamiento del error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación como un error de prohibición como ejemplo de su enfrentamiento dialéctico con los representantes del finalismo, especialmente con Hirsch. Ello es debido al parentesco de su posición con la tradicional teoría de los elementos negativos del tipo que ha sido mayoritariamente rechazada en Alemania desde la monografía de Hirsch de 1960. La importancia histórico-dogmática de la monografía de Hirsch es que sus críticas estaban destinadas a defender la teoría estricta o pura de la culpabilidad, por lo que afectan a todas las posiciones que no comparten sus planteamientos con respecto al tratamiento del error sobre los presupuestos objetivos de las causas de justificación. Por ello Rinck intenta buscar a lo largo de su monografía sobre el error otras premisas para su defensa de una teoría jurídica del delito que tenga sólo como momentos de valoración el injusto y la culpabilidad. Como expone Rinck, la teoría de los elementos negativos del tipo no ha sido más que una construcción para configurar una teoría del delito en dos niveles desde la perspectiva subjetiva que, en definitiva, es lo que él pretende con su trabajo.

## EL ERROR SOBRE LOS PRESUPUESTOS OBJETIVOS DE LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

### *El tratamiento como error de prohibición*

En la monografía se expone cómo la denominada teoría estricta o pura (*strengte Schuldtheorie*) de la culpabilidad (pp. 75-90) es una construcción ligada a la escuela finalista (aunque con notables excepciones entre sus filas) que hoy en día tiene una relevancia prácticamente histórica en Alemania. Según esta teoría este tipo de error ya no puede ser definido como un error de tipo y debe ser tratado consecuentemente como un error de prohibición (§ 17 CP alemán). A pesar del silencio del legislador los finalistas consideran desde sus puntos de partida que no cabe una aplicación analógica de las reglas del error de tipo ya que existe dolo típico y por ello se trata ya de un injusto doloso.

Esta teoría se ha defendido con dos argumentos dogmáticos importantes: uno el que la posición contraria supone una vuelta a la teoría de los elementos negativos del tipo y otro que el tipo cumple una función de llamada de atención para el autor que lo realiza dolosamente. Por otro lado, también se ha argumentado que al poder ser castigados todos los delitos en caso de error de prohibición evitable (en España y Alemania) se evitan lagunas de punibilidad y se proporciona una mejor protección de bienes jurídicos.

Rinck recoge las críticas que se han dirigido por parte de la doctrina dominante: conduce a tratar de forma desigual supuestos equivalentes, a resultados prácticos insatisfactorios por la amplitud de pena que permite la regulación del error de prohibición en el Código Penal alemán (disminución de pena sólo facultativa) y extiende la punibilidad hasta ámbitos donde el legislador ha querido que el Derecho Penal tenga una intervención restringida (básicamente hechos dolosos con conocimiento de su antijuridicidad). Según el monografista desde una perspectiva dogmática habría que reprocharle a los partidarios de esta teoría la vieja objeción formulada desde la teoría de los elementos negativos del tipo de que se introduce en el ámbito del error de prohibición un error que versa sobre la realidad (sobre el hecho) y no sobre la valoración que tiene el ordenamiento de esa realidad (o de ese hecho). De esa manera se mezclarían en la misma clase de error constelaciones con un contenido muy diferente o, en realidad, se acabarían construyendo tres tipos distintos de error (de tipo, sobre presupuestos fácticos de causas de justificación y el error de prohibición en sentido estricto). Rinck critica también convincentemente el peso material que autores como Welzel le conceden a la tipicidad en el ámbito del injusto como un juicio con un contenido normativo propio como materia de prohibición y la supuesta función de llamada de atención que cumple el tipo para el autor doloso (no así para el imprudente) en una línea ya seguida por un sector de la doctrina (*vid.* por todos, Jakobs, PG, 11/47, con más referencias, y Luzón Peña, PG, pp. 474 ss.).

### *El tratamiento como error sui generis entre el error de tipo y el error de prohibición*

Un sector de la doctrina alemana mantiene materialmente una teoría estricta salvo en sus consecuencias (el error sobre los presupuestos objetivos es un supuesto de error de prohibición pero es mejor tratarlo como si fuera un error de tipo) que se puede también entender como una teoría restringida o limitada de la culpabilidad por sus consecuencias jurídicas (pp. 91-112). De hecho en muchas ocasiones estos autores son tratados indebidamente como partidarios de la teoría limitada o restringida de la culpabilidad. Estas posiciones que no tienen una denominación unitaria en la literatura (teoría de la analogía, teoría de la culpabilidad con tratamiento asimilado al error de tipo, teoría de la remisión a las consecuencias jurídicas, etc.) y que reconocen su origen en la propuesta de Gallas son, con más o menos matices, las dominantes en la actualidad en el campo de la manualística y los comentarios en Alemania. Lo que las caracteriza es que quieren dispensarle al error sobre los presupuestos objetivos de las causas de justificación el tratamiento del error de tipo (§ 16 CP alemán). Sin embargo, por la indudable influencia del finalismo y de los argumentos apor-

tados desde la teoría restringida de la culpabilidad, estos autores reconocen, a diferencia de lo que hace la teoría de los elementos negativos del tipo y la teoría limitada o restringida de la culpabilidad, que el injusto doloso no desaparece por este tipo de error sino que sólo se vería «disminuido». Sigue existiendo una conducta dolosa aunque deba tenerse en cuenta el error sobre ciertos datos de la realidad. De aquí surge la teoría de la doble posición del dolo: en estos casos existe dolo típico pero no cabe llevar a cabo un reproche de culpabilidad dolosa. El dolo, debido al error, no aparece como portador del «desvalor de la actitud» característico de los hechos dolosos. Por ello el error sobre los presupuestos fácticos de las causas de justificación hace desaparecer el dolo culpable aunque se mantenga el dolo típico.

En la monografía se señala correctamente como no se puede englobar a estos autores dentro de la teoría estricta de la culpabilidad porque ésta parte en sentido contrario de la idea de que el que actúa con un error sobre los presupuestos objetivos de las causas de justificación no manifiesta un dolo típico, por ello es por lo que no se le puede reprochar ni castigar una culpabilidad dolosa. La consideración del injusto como doloso o no doloso (imprudente) ha hecho que las diferencias para la teoría jurídica del delito entre una posición y otra se hayan centrado en el tratamiento de los partícipes y en el problema de la tentativa.

Rinck resume las críticas que se merece esta posición influenciada por las aportaciones finalistas:

Desde un punto de vista dogmático se le ha reprochado su carácter híbrido, sus fricciones dogmáticas y la escasa claridad de sus presupuestos (¿por qué establecer diferencias dogmáticas con el error de tipo si el autor al final es castigado exactamente igual en ambos casos?). Al final estos autores también mantienen tres tipos de error distintos, ocupando el error que nos ocupa una posición intermedia entre el error de tipo y el error de prohibición. En realidad al que actúa con un error sobre presupuestos fácticos no se le quiere tratar en el ámbito amplio de penalidad del error de prohibición porque no se trata de un autor que manifieste una actitud enemistosa o indiferente frente al ordenamiento. Por ello se introduce una artificiosa construcción *ad hoc* (el dolo en la culpabilidad o la doble posición del dolo en el injusto y en la culpabilidad) para llegar a la solución que se considera materialmente más adecuada. Como reprocha Rinck a esta posición, haciendo uso de una vieja terminología, el autor ha actuado en estos casos con imprudencia de hecho (no con imprudencia jurídica), por lo que le falta ya el dolo –aunque sea disminuido– relativo al hecho. La inexistencia de una actitud enemistosa o indiferente tiene su origen en la incorrecta representación del hecho como tal. Por otro lado, si el error relativo a la situación de justificación es materialmente un error de prohibición, ¿por qué si existe un injusto doloso va a reconocerse que el error evitable elimina la culpabilidad dolosa?

Desde un punto de vista material señala Rinck las fricciones de esta solución en el marco del Derecho Penal alemán así como los tratamientos desiguales de aspectos subjetivos idénticos que provoca esta perspectiva al considerar que se trata en realidad de un error de prohibición que se trata como si fuera un error de tipo.

Rinck expone de forma diferenciada la peculiar posición de Jakobs (pp. 112-133). Este último autor parte de la idea de que la regulación del Código Penal alemán vigente resulta insatisfactoria y por ello propone la solución que considera más acorde *de lege data* y otra distinta que según él sería materialmente más adecuada *de lege ferenda* para tratar estos tipos de error. En la monografía, que se centra en la exposición del manual, se expone cómo *de lege data* Jakobs mantiene en esencia una posición similar a los anteriores en cuanto a sus conclusiones –lo cual es asumido expresamente– aunque desde una fundamentación dogmática distinta. Incluso se mantienen soluciones similares para los partícipes y para los casos de tentativa. Las diferencias residen en que Jakobs considera que para el Derecho Penal alemán vigente el hecho representa un injusto y una culpabilidad dolosa y el tratamiento del error es un problema de determinación de la pena. Se trata de un autor con dolo típico pero que subjetivamente se mantiene fiel al Derecho. Por ello ni quiere hacer uso de las reglas del error de prohibición (para evitar las críticas que ha sufrido la teoría restringida) ni plantea una aplicación analógica de las reglas del error de tipo ya que quiere castigar también los supuestos donde no está tipificada expresamente la modalidad imprudente (se sigue tratando de injustos dolosos mínimos). *De lege ferenda* Jakobs prefiere un tratamiento unitario del error (fusionar §§ 16 y 17 del Código Penal alemán) contemplando una atenuación facultativa en los supuestos de evitabilidad para todos los delitos.

Rinck considera que en la posición de Jakobs se ponen de manifiesto también los problemas de asumir una división tripartita del delito, ya que la división entre tipicidad y antijuridicidad establece ya una diferencia entre los supuestos de error sobre los elementos típicos y de error sobre los presupuestos objetivos de las causas de justificación: en el segundo caso existe ya una realización dolosa del tipo aunque Jakobs asuma que el dolo del autor está también impregnado en este segundo caso por la creencia errónea de encontrarse en una situación justificante. Ello es lo que provoca que este autor defina en el manual este tipo de error como un supuesto peculiar. Para Jakobs ya no se trata materialmente ni de un error de tipo ni de un error de prohibición, sino de un injusto doloso atenuado. Por ello su propuesta consiste en esencia en castigar el delito como doloso con una pena atenuada a la adecuada a la imprudencia en los casos de evitabilidad o vencibilidad. Por ello denomina su posición como teoría de la culpabilidad dependiente, entendida como teoría (estricta o pura) de la culpabilidad que hace depender el castigo de los supuestos de errores sobre



presupuestos de causas de justificación de la pena contemplada por el Derecho vigente para la imprudencia. Sin embargo, Rinck señala cómo en el manual Jakobs pone continuamente en entredicho este punto de partida de que se trata de un injusto doloso y no de un injusto imprudente que le alejaría de la teoría restringida de la culpabilidad (por ejemplo, negando la función indiciaria del tipo) mostrando muchos puntos de contacto con ésta. Rinck pone de manifiesto inteligentemente las dificultades que este problema *sui generis* representa en la coherencia del edificio dogmático de Jakobs y como su solución *de lege data* de atenuar la pena a partir del marco legal del delito doloso correspondiente resulta difícilmente compatible con el Derecho positivo. Por esta última razón Rinck considera que desde la perspectiva de Jakobs una solución más acorde con el Derecho positivo sería la propuesta por Krümpelmann en ZStW 90, aunque tampoco ésta queda exenta de una acertada crítica (pp. 133-142).

*El tratamiento como error de tipo: la teoría restringida o limitada de la culpabilidad (pp. 142-199)*

Esta teoría, dominante en la literatura especializada fuera de los manuales y comentarios, se diferenciaría de las anteriores según la clasificación de la monografía en que parte de la idea de que se debe tratar este tipo de errores como un error de tipo. Por ello sin mayores problemas propugna una aplicación analógica de la regulación del error de tipo. Como señala Rinck como objetivo de su trabajo, si no se acaba de propugnar una aplicación directa sino sólo analógica de las reglas del error de tipo, es para evitar las objeciones que tradicionalmente se han entendido como válidas contra la teoría de los elementos negativos del tipo. A partir de esta idea central, como señala Rinck, son notables las diferencias entre unos y otros autores de tal manera que incluso se plantea con gran detalle si la denominación sigue siendo correcta y todos los autores que son englobados en esta posición deben serlo. Rinck caracteriza esta posición como intermedia entre la anteriormente expuesta teoría restringida de la culpabilidad sólo por sus consecuencias (Gallas) y la teoría de los elementos negativos del tipo, representando materialmente el intento de mantener los resultados de la teoría de los elementos negativos del tipo en el marco de una teoría jurídica del delito en tres niveles.

La cuestión dogmática decisiva para a ser para el monografista cómo fundamentar la aplicación analógica del error de tipo (§ 16 CP alemán). Para ello intenta llevar a cabo un desarrollo fructífero de la referencia de un sector destacado de la doctrina alemana (Herzberg, Kuhlen, Roxin) a un dolo del tipo global de injusto como fundamentación de la idea de la aplicación analógica. Se trataría de un «gran dolo» que englobaría al «pequeño dolo» como mero dolo del tipo legal. Rinck reprocha a las posicio-

nes más cercanas que siendo ésta la mejor solución para resolver satisfactoriamente las cuestiones relativas al error se acaban produciendo fricciones por no querer renunciar a la distinción entre tipicidad y antijuridicidad en el ámbito del injusto. Rinck se pregunta qué sentido tiene constatar que el autor ha actuado dolosamente pero no ha realizado un injusto o un delito doloso. Según este autor se hace uso de una terminología diferenciada que carece de una función dogmática clara. Por ello considera que la teoría restringida de la culpabilidad debería volver la vista a ciertos presupuestos de la teoría de los elementos negativos del tipo. A partir de esta idea Rinck critica ciertos dogmas sobre los que se basa la distinción entre tipicidad y antijuridicidad para construir sobre ello su propia posición. Como conclusión Rinck considera que la teoría restringida de la culpabilidad puede aportar una respuesta satisfactoria si extiende el concepto de dolo al de dolo global, total o unitario del tipo de injusto y asume el mero papel indiciario del tipo legal.

## LAS PROPUESTAS DE SOLUCIÓN DE RINCK

Esta propuesta de considerar el injusto como un juicio homogéneo y el dolo de forma unitaria como dolo global del injusto exige por parte de Rinck responder de forma satisfactoria a ciertas críticas que han servido para mantener la división tripartita del delito como doctrina dominante (pp. 309 ss.). Aunque no deja de ocuparse de las diversas objeciones que se han formulado en la doctrina alemana (pp. 449-467) el centro del debate gira alrededor de las críticas de Hirsch a la teoría de los elementos negativos del tipo por la relevancia de la monografía de este autor sobre el tema (pp. 391-449). Rinck pretende demostrar que su monografía no se ve afectada por dichas críticas que han desactivado en el seno de la doctrina alemana las aportaciones dogmáticas de la teoría de los elementos negativos del tipo.

En la monografía se tratan con gran profundidad las dos principales dificultades que hasta ahora se ha encontrado la teoría de los elementos negativos del tipo:

### *El conocimiento de los elementos normativos del tipo (pp. 323-352)*

El concepto unitario de injusto siempre ha tenido problemas con el criterio dominante de la valoración paralela en la esfera del profano como criterio para determinar el dolo con respecto a los elementos normativos. Tras criticar esta doctrina Rinck pretende recuperar la vieja distinción entre error de hecho y error de Derecho (pp. 346 ss.) –que considera que materialmente coincide con la de error de tipo y error de prohibición– y

considera más adecuado tratar los errores en este ámbito de acuerdo con la flexibilidad del § 17 CP alemán relativo al error de prohibición. El autor considera que en atención a los diversos tipos de autor se debe permitir que en casos de ceguera ante los hechos por desinterés se pueda castigar el error como un supuesto doloso (por ejemplo, en casos de profesionales altamente cualificados en el marco de su actividad profesional). *De lege ferenda* propone la introducción de criterios específicos de determinación de la pena. En relación al autor criterios como su profesión, conocimientos previos que posea o debía tener o su formación profesional así como un juicio sobre otras circunstancias que dificulten o faciliten el conocimiento de la norma como la proveniencia de otro ámbito cultural, la educación en el marco de otro ordenamiento jurídico, si el autor se había informado o había sido avisado o tenía la oportunidad previamente de haber buscado mayor información.

*La extensión del dolo al plano de la justificación (pp. 352-390)*

Esta objeción es la que se puede entender como central y por la que la teoría de los elementos negativos del tipo fue básicamente derrotada por la doctrina final de la acción (Welzel, Armin Kaufmann y la monografía de Hirsch). La objeción se puede resumir en que un dolo de esas características casi no puede existir o excede las capacidades humanas y conduce a la impunidad.

Rinck señala –y no le falta razón– que una de las tareas más importantes que tiene que desarrollar quien pretenda proponer en serio una teoría del delito en dos niveles es tratar a fondo una propuesta practicable sobre el tratamiento del dolo o del tipo subjetivo desde esta perspectiva unitaria. Su punto de partida sólo puede salir adelante mediante una clara respuesta a la objeción de Welzel y Hirsch de que un concepto de injusto homogéneo conduce a un dolo global de injusto «monstruoso» y, por tanto, poco practicable. Los autores no suelen tener de forma actual antes los ojos la ausencia de contextos justificantes cuando realizan sus hechos.

Para ello intenta desarrollar un concepto de conocimiento o representación en sentido jurídico-penal, es decir, un concepto funcional (pp. 355 ss.). Frente a la objeción de la gran cantidad de modalidades de justificación (el autor tendría que representarse que no se dan los requisitos de la legítima defensa, del estado de necesidad, del cumplimiento del deber, del ejercicio legítimo de un derecho, etc.) Rinck responde que se trata en realidad de un número limitado de causas de justificación o, en todo caso, que afectan a un círculo limitado de personas (por ejemplo, ciertos deberes de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado). Sobre la cantidad de requisitos de las causas de justificación argumenta que en los casos normales basta con saber que no se da el contexto justificante (agresión, si-

tuación de necesidad, etc.) sin necesidad de reflexionar más, ya que los requisitos van vinculados a la existencia de tal contexto. Con saber que falta un requisito básico o un elemento esencial de la causa de justificación no hace falta plantearse más. Además argumenta que coinciden en muchos casos elementos del tipo legal y de la causas de justificación.

Rinck considera que lo decisivo es que el autor se represente que no está actuando para salvar intereses más importantes (pp. 362 s.), ya que todos las causas de justificación tienen su fundamento en la prevalencia del interés más relevante. Éste tiene que ser según el monografista el objeto del dolo. De acuerdo con esta opinión si el sujeto sabe que no amenaza ningún mal sabe al mismo tiempo que no protege nada ni a nadie y tiene una representación suficiente de que no concurren los elementos objetivos de las causas de justificación. Se trata de un conocimiento acompañante de que no se está protegiendo un interés más importante reconocido por el ordenamiento. El objeto relevante para el dolo es para Rinck (364) el tipo objetivo de injusto con todos sus elementos, con independencia de que se encuentren en el tipo de la figura especial o en la regulación de las causas de justificación; se trata de la imagen que el autor se forma sobre la realidad.

La monografía no sólo se ocupa del objeto del conocimiento sino también de cómo debe ser ese conocimiento. Es decir, donde se encuentran los límites entre conocimiento y error. Rinck asume —correctamente— como válido que el autor refleja mentalmente la realidad de acuerdo con sus motivaciones e intereses. La percepción no es un automatismo sino un proceso dirigido por el sujeto que determina cuáles son las informaciones que procesa. Sólo una parte de lo que se capta por los sentidos es procesado conscientemente. La frontera entre lo que se conoce y se desconoce depende en gran medida de la voluntad del individuo. Para ello intenta hacer fructífera la construcción de la co-consciencia (*sachgedankliche Mitbewusstseins*) en este ámbito a partir de la importación de Platzgummer de la psicología de la *Gestalt* (Escuela de la Forma), aunque asuma que desde una perspectiva extra-penal se trate de supuestos de desconocimiento.

Con ello Rinck se enfrenta al problema de la ceguera ante el Derecho provocada por enemistad o por indiferencia frente al ordenamiento como motivo de una representación defectuosa (pp. 378 s.). Existen casos en los que no se puede constatar el dolo debido sencillamente a que al sujeto le da igual lo que diga la norma o tiene una representación del mundo incompatible con el ordenamiento. Es precisamente el desconocimiento de la prohibición o del mandato lo que motiva que no se represente correctamente el hecho típico. Por ello considera Rinck que ese error debe ser tratado como un error de prohibición y el injusto debe ser considerado como un injusto doloso. El desconocimiento ha sido provocado por una posición general contraria a las normas y por ello el autor debe ser plenamente responsable de dicha decisión con la pena correspondiente al delito doloso.

Los casos de error de tipo del autor ciego ante el Derecho por motivos intolerables deben ser incluidos según Rinck en el concepto de dolo. Este autor considera que las reglas del dolo en los Códigos Penales no pretenden privilegiar al que presenta un déficit evitable con respecto al conocimiento del injusto. Si la ignorancia jurídica conduce a una omisión de la percepción de algunos elementos del hecho ello no puede representar una ventaja. El autor según Rinck actúa en estos casos de forma plenamente dolosa y por ello considera que incluso *de lege data* debe ser tratado como un autor doloso de acuerdo con las reglas del error de prohibición. El dolo es el conocimiento de todos los elementos del tipo o, en casos excepcionales, el conocimiento de algunos elementos del tipo junto con el desconocimiento de otros causados por (reprochable) ceguera jurídica (p. 382). Este segundo tipo de dolo es denominado por Rinck *dolus ignorantiae iuris causa* (pp. 383 ss.). Es decir, el injusto doloso se fundamenta en el desconocimiento del Derecho que ha provocado la omisión parcial de la percepción de todas las circunstancias relevantes del hecho. Aunque el autor hubiera conocido el hecho hubiera seguido actuando de la misma manera debido a su desconocimiento de que se trata de un injusto.

Lo realmente relevante de esta monografía es que Rinck intenta salvar la objeción tradicional del dolo «monstruoso» afirmando que existirá conocimiento de los elementos objetivos de una causa de justificación en los casos de co-consciencia por lo que si concurre dicha co-consciencia desaparecerá el injusto doloso. Considera que se puede aplicar a este ámbito también su doctrina del *dolus ignorantiae iuris causa* por lo que ciertos casos de error sobre los presupuestos objetivos de las causas de justificación motivados por un desconocimiento de la norma deben ser tratados como injustos dolosos.

## II

La monografía de Rinck demuestra la inestabilidad de la teoría del error en el contexto doctrinal actual debido a que en el ámbito de la responsabilidad subjetiva todavía no se ha realizado una transición definitiva de una concepción dominada durante muchos años por la doctrina final de la acción hacia un tratamiento (más o menos) normativo de la cuestión. La teoría del error representa un magnífico campo de pruebas para cualquier construcción teórica del Derecho Penal como sistema de imputación. Por ello se puede decir que esta monografía representa el reflejo de una determinada situación doctrinal (¿hasta dónde normativizar la responsabilidad subjetiva? ¿Bajo qué criterios rectores?). Sin embargo, a pesar de la riqueza de ideas de su parte final, esta monografía presenta el grave inconveniente de partir de presupuestos dogmáticos o teóricos poco claros y demasiado simples de cara a abordar un tema central para la moderna

teoría jurídica del delito. No me voy a centrar aquí en una crítica de esa visión simplista del injusto como mera ponderación de intereses, sobre todo cuando en la monografía no se aporta ningún dato de cómo se determina dicha ponderación. El Derecho no es sin más un maximizador de intereses y no se puede definir como injusto todo supuesto en el que no se haya minimizado al máximo la lesión de intereses (¿qué intereses?). Lo interesante del libro se encuentra en sus respuestas, muchas veces intuitivas, a los partidarios de la teoría restringida de la culpabilidad y en su desactivación de las críticas de Welzel y Hirsch contra la teoría de los elementos negativos del tipo.

Es más, se puede llegar a las mismas conclusiones que Rinck sin compartir el presupuesto del trabajo. El monografista parece querer equiparar la tipicidad con el tipo legal del delito otorgándole un carácter formal o técnico-instrumental (en la línea de Beling) como subnivel del injusto o como presupuesto para determinar si existe una perturbación social. Lo que en realidad deja en evidencia la monografía es que la distinción entre tipicidad y antijuridicidad es puramente formal y, por tanto, ello debe tener consecuencias desde el punto de vista de la responsabilidad subjetiva (igual que debería tenerlas para ampliar el alcance de la teoría de la imputación objetiva si, a diferencia de Rinck, se entiende que el Derecho no es un maximizador de bienes sino un sistema que organiza la interacción). Esa evidencia se manifiesta con toda su plenitud en el caso de los denominados tipos abiertos. Cabe objetarle a Rinck que para llegar a saber si existe una lesión necesaria para salvar otro interés más importante o una lesión de intereses más intensa de lo posible o necesario es preciso primero determinar si existe una lesión o una arrogación de un ámbito ajeno y a quién se le imputa dicha lesión o arrogación. Es decir, es preciso imputarle objetivamente un hecho típico a alguien. Si el injusto se fundamenta en la comisión de una conducta lesiva sin que se encuentre legitimada por la persecución de un interés de mayor rango, la dogmática tiene que ocuparse de la determinación de cuándo se le puede imputar a una persona una conducta que adquiere un significado lesivo. No podemos desmaterializar, pues, la tipicidad, aunque se entienda que la división esencial en la teoría jurídica del delito es la división entre injusto (tipicidad y antijuridicidad) y culpabilidad (que a su vez también admite otras subdivisiones). Rinck llega a sus conclusiones porque se ocupa la teoría jurídica del delito desde una perspectiva parcial: la del tipo subjetivo donde ya no tiene sentido hacer diferenciaciones.

La monografía de Rinck deja en evidencia que la aparente fuerza de la idea de Welzel de que no es lo mismo matar una mosca que un hombre en legítima defensa para defender una distinción de tipo material entre el juicio de tipicidad (materia de prohibición) y antijuridicidad se acaba diluyendo en el aire cuando se examina con detalle. El análisis detallado que lleva a cabo Rinck (pp. 28 ss.) sobre la compleja disfuncionalidad de la so-

lución de la diferenciación que tiene su origen en Geerds entre conformidad (atipicidad) y consentimiento (causas de justificación) y sobre la inexistencia de razones materiales o dogmáticas o diferencias inmanentes para distinguir entre los supuestos en los que la voluntad del titular del bien jurídico es relevante para la tipicidad o como causa de justificación no viene más que a reforzar estas conclusiones. Lo decisivo es si existe o no un injusto. Que el error sobre la existencia del consentimiento o de la conformidad sea tratado de forma diferenciada por algunos autores demuestra la inidoneidad de determinados planteamientos.

Una solución de este tipo como la que plantearía la teoría estricta sólo se puede entender a partir de la deducción de inamovibles postulados ontológicos. Si como hace la doctrina final de la acción se identifican finalidad y dolo, la finalidad de realizar el hecho típico (por ejemplo el resultado de muerte) ya no puede ser tratado como un supuesto de imprudencia. El error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación (por ejemplo sobre la concurrencia de una agresión ilegítima) ya no puede hacer desaparecer ese dolo y, por tanto, sólo es posible acudir a las reglas del error de prohibición o mandato. Si no puede tratarse de un error de tipo tiene que ser un error de prohibición. La función de llamada no es, pues, del tipo sino del dolo típico (finalidad). Si se parte de una concepción del delito de estas características pero no satisfacen las conclusiones a las que lleva no queda más alternativa que tratar ciertos supuestos como si fueran otra cosa. Rinck deja en evidencia que ese no puede ser el camino que deba seguir la doctrina alemana. No se trata de corregir algunas (coherentes) conclusiones que no parecen aceptables sino de no asumir el punto de partida.

La solución de la teoría estricta o pura de la culpabilidad no puede satisfacer si se entiende que el injusto doloso representa para el ordenamiento siempre la modalidad más grave de injusto y se trata de un concepto que no viene determinado por premisas ontológicas o por estructuras pre-establecidas. Dolo e imprudencia no son conceptos ontológicos o psicológicos sino normativos. Si ello es así no se puede entender que el autor que realiza un injusto creyendo que se está defendiendo de un ataque o está evitando un mal mayor realiza la modalidad más grave de injusto (igual que si no existiera dicho error). Habrá que asumir que ese injusto se merece menos pena que el doloso e, incluso, que en ciertos casos ese injusto no es un injusto penal. En definitiva, desde una perspectiva comunicativa del hecho el que yerra sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación es un autor imprudente que reúne las mismas características que cualquier autor imprudente.

Las soluciones que plantea Rinck cuando no existe coincidencia entre los requisitos objetivos y subjetivos de las causas de justificación parecen las más razonables. En los casos de creencia que concurren sin que objetivamente ello sea así se trata de un injusto imprudente y en los casos en

los que concurren objetivamente sin que el autor se percate de ello se debe castigar por tentativa (los casos de imprudencia impunes). La cuestión es cómo desarrollar un modelo teórico que fundamente estas conclusiones y Rinck lo encuentra en un concepto unitario de injusto como presupuesto de la culpabilidad (al igual que Luzón Peña y Díaz y García Conlledo en la doctrina española, por ejemplo).

Si partimos de esta segunda constelación de casos relativa a la ausencia de representación sobre la existencia de una situación justificante, ya que se trata de una solución bastante extendida, percibimos como la solución más razonable no se ve obstaculizada en realidad por una división tripartita del delito sino por la utilización de los criterios welzelianos de desvalor de acción y desvalor de resultado (sobre todo si el resultado típico se entiende en sentido fáctico como modificación de un estado de cosas). La solución se ve facilitada si como propugnamos algunos partidarios de la teoría de la imputación objetiva (*vid.* Feijoo Sánchez, *Homicidio y lesiones imprudentes*) se toma en consideración un plano objetivo antes de tratar normativamente en otro plano los elementos subjetivos o personales. El primero se ocuparía de la imputación objetiva del hecho delictivo (elementos objetivos del tipo sin situación justificante o con situación justificante injustamente resuelta –daño mayor del necesario–) y el segundo de la constatación de la infracción de un deber. No parece que se pueda prescindir de un plano objetivo previo en la dogmática del injusto si tenemos en cuenta que sólo a partir de un análisis objetivo de la situación se puede hablar de error (no coincidencia entre la representación y la realidad). Coherentemente se puede afirmar desde una perspectiva como ésta que en los casos en los que faltan los elementos objetivos de las causas de justificación sólo se puede imputar la infracción del deber, es decir, la tentativa. Por ello si el deber no es más que un deber de cuidado se tratará de un supuesto atípico. En esos casos no existe objetivamente un injusto (arrogación injustificada de otro ámbito de organización) sino sólo una decisión contraria a la norma. Lo que sucederá habitualmente en la práctica en estos últimos supuestos es que faltará algún requisito de las causas de justificación. Por ejemplo, en el supuesto de manual en el que a alguien se le dispara un arma que manipulaba descuidadamente matando a un sujeto que quería apuñalarle por la espalda es muy difícil que no hubiera otra alternativa que disparar a matar (si el disparo fuera realizado dolosamente). Por ejemplo, que no bastara disparar contra una pierna. Por lo tanto, en esos casos habrá que imponer la pena del delito imprudente por ausencia de algún requisito aunque se tenga en cuenta el contexto justificante de cara a la circunstancia atenuante del artículo 21.1.<sup>a</sup>. Por otro lado, y centrándonos en las preocupaciones dogmáticas de Rinck, si la redacción del artículo 16 CP español permite una aplicación directa o analógica de las reglas de la tentativa es una cuestión secundaria que depende de la interpretación de este precepto, sobre todo de cómo se entienda la referencia a



la producción del resultado. Cuanto más se normativice este concepto menos problemas habrá para una aplicación directa de las reglas de la tentativa a estos supuestos en los que al autor no se le puede imputar más que la infracción de un deber tal y como sucede en todos los supuestos de tentativa. En conclusión, Rinck podría haber llegado a estas mismas conclusiones prescindiendo de la división de corte finalista entre desvalor de la acción (de la finalidad) y desvalor del resultado (aspecto social de la conducta) en vez de prescindir de la tipicidad como (sub)categoría del delito.

En cuanto al difícil problema del tratamiento del error sobre los presupuestos objetivos de las causas de justificación Rinck podría haber llegado a las mismas conclusiones mediante una mayor normativización del concepto de injusto doloso. De hecho muchas de sus soluciones de gran fuerza intuitiva encierran problemas dogmáticos por no decidirse a plantear valientemente una mayor normativización del concepto de dolo. El punto de partida de la monografía me parece correcto: las características subjetivas que se deben tomar en consideración para justificar la conducta deben ser las mismas que se vienen tomando en consideración en el ámbito de la tipicidad (*vid.* especialmente pp. 251 ss.). El problema es el concepto de tipo subjetivo que se maneje para desarrollar dicha identidad.

Además de no haber llevado consecuentemente hasta el final sus planteamientos, el intento de resucitar la vieja distinción entre error de hecho (*imprudencia o culpa facti*) y error de Derecho (*imprudencia o culpa iuris*) me parece desacertada. Sobre todo en la medida en la que Rinck parte de la idea de que esta diferenciación clásica se corresponde materialmente con la distinción entre error de tipo y error de prohibición. Ello provoca que adopte una solución que esta distinción ha buscado evitar frente a aquélla: el error sobre los elementos normativos del tipo (lo que afecta también a los tipos penales en blanco y a tipos que utilizan conceptos importados directamente de normas extrapenales) o de las causas de justificación debe ser tratado como un error de prohibición. Una de las razones por las que la denominación de error de tipo superó históricamente a la de error de hecho es que la primera permite dejar claro que los elementos descriptivos (si realmente existen) deben ser tratados igual que los elementos normativos. Aunque es cierto que la denominación error de tipo también plantea problemas, en la medida que parece inducir a la idea de que sólo se trata de errores sobre elementos del tipo, por lo que de ahí se derivan parte de los equívocos con el tratamiento de los presupuestos objetivos de las causas de justificación. La solución de Rinck deja de lado de un plumazo la gran cantidad de teorías que se han desarrollado en los últimos tiempos para afrontar este problema característico de lo que ha venido denominándose «nuevo Derecho Penal». En mi opinión, una teoría funcional del delito no debe volver a planteamientos que han dado muestras de su insuficiencia sino que debería profundizar en la diferenciación normativa entre errores de prohibición inmediatos y mediatos (o directos e

indirectos si ello no conduce a equívocos). Los primeros suponen un defecto en las representaciones del autor motivados directamente por un error sobre la valoración que el Derecho realiza de su conducta y los segundos se trata de casos en los que el autor no puede plantearse la antijuridicidad de su conducta porque desconoce su sentido objetivo (por ejemplo, el potencial lesivo de la misma). El autor de una conducta de abuso sexual del artículo 181.2 CP desconoce la antijuridicidad de su conducta (otra cosa es un conocimiento abstracto) tanto si cree que sólo está prohibido mantener relaciones sexuales con menores de 12 años como si cree que la persona con la que mantiene un contacto sexual tiene 14 años. El que omite el deber general de socorro (art. 195 CP) desconoce también la antijuridicidad de su conducta tanto si cree que no existe un deber de auxilio fuera de determinadas posiciones de garante como si no percibe una situación de peligro manifiesto y grave para otra persona. Los casos de imprudencia o de error de tipo son siempre casos de error (indirecto o mediato o derivado) de prohibición o mandato. Ello no significa que no pueda haber constelaciones de casos imprudentes motivados por una creencia errónea de la existencia de una causa de justificación, pero ello ya es un problema muy concreto de culpabilidad en el delito imprudente que no merece la pena que se desarrolle aquí. Resumiendo, los supuestos del artículo 14.1 CP implican a su vez la concurrencia del error contemplado en el artículo 14.3 CP. Los supuestos de error sobre los requisitos objetivos de las causas de justificación son un error sobre un hecho constitutivo de la infracción penal ya que no se pueden entender como un error directo o inmediato o primario sobre la ilicitud del hecho. Con esta perspectiva, frente a los intentos de deducir la solución de la naturaleza final de la acción humana, se clarifica la identidad entre error sobre los requisitos típicos y los restantes requisitos que configuran el injusto penal. Sobre todo si se asume que la terminología del artículo 14 CP favorece la inclusión del error sobre los presupuestos objetivos de las causas de justificación en su apartado primero (Mir Puig, PG, 21/38 s.).

Esta consideración unitaria del error plantea una vez más la discusión sobre la identidad de error de tipo y error de prohibición o la desaparición o difuminación de la distinción (*vid.*, por todos, las perspectivas diversas de Díaz y García Conlledo, *Libro Homenaje al Prof. Torio*, y Manso Porto, *Desconocimiento de la norma y responsabilidad penal*). Ello no significa, sin embargo, que todos los errores hayan de tener una regulación unitaria. El que ello sea así o no depende de una decisión político-criminal y por ello en la doctrina española se pueden encontrar soluciones para todos los gustos (atenuación meramente facultativa o bien obligatoria de todos los supuestos de error, atenuación facultativa sólo en el caso del art. 14.3 CP, etc.). Frente a propuestas como las de Jakobs de unificar la regulación del error con una atenuación facultativa (en su línea de construir un concepto hegeliano de delito en el que no tengan sentido las diferen-

ciaciones analíticas) hay que objetar que no es evidente que normativamente haya que tratar igual los errores sobre prohibiciones o mandatos que los errores sobre la dimensión objetiva de la propia conducta. Además existen otras razones político-criminales (por ejemplo, la seguridad jurídica, el principio de intervención mínima, etc.) que hacen que no sea plausible –al menos en estos momentos– una positivación de esta idea. ¿Sería posible introducir en el Código Penal una regulación unitaria del error que dijera que se puede atenuar la pena salvo los casos de enemistad o indiferencia frente al Derecho? ¿Sería tolerable en un Estado de Derecho que se fusionaran la responsabilidad subjetiva y la culpabilidad de tal manera que una vez imputado objetivamente un hecho a una persona quedara en manos del juez determinar si la pena es de multa o de prisión hasta 30 años? En España hemos sufrido demasiado tiempo los problemas de un sistema de *numerus apertus* de la regulación de la imprudencia como para volver a dar marcha atrás –a pesar de que haya que corregir las insuficiencias o disfuncionalidades de la legislación vigente–. Lo que es evidente es que, a pesar del continuismo del Código Penal de 1995 con respecto a la situación anterior, son muchas las formas defendibles o razonables de regular el error en la parte general del Código Penal. Las concepciones más normativas parecen estar ganándole la batalla en el actual contexto doctrinal a las soluciones de tipo más psicologicista, sobre todo en los casos de indiferencia o enemistad frente al ordenamiento (obrar por ignorancia tiene un alcance más restrictivo que obrar con ignorancia), pero dicha normativización puede ser canalizada a través de diversas soluciones legislativas. La idea de Jakobs de que *de lege ferenda* sería mejor poder tratar los supuestos de error sobre los presupuestos objetivos con un sistema de *numerus apertus* que permita castigar siempre atenuadamente nos remite a la vieja discusión sobre el sistema de incriminación de la imprudencia que, al menos por ahora, parece haber ganado en Europa occidental el sistema de *numerus clausus*. Habrá que analizar si la regulación del artículo 14.1 (el castigo sólo en determinados casos) va mostrando insuficiencias en este ámbito desde una perspectiva de prevención general positiva que obliguen a plantearse la necesidad de reformar la situación legal vigente.

Rinck (p. 66, nota 84) parece en principio no querer admitir en el ámbito de lo que él denomina error de hechos (error de tipo) una unificación de los casos de dolo y error con atenuación facultativa inclinándose por una solución como la propuesta por mí en la doctrina española de crear subtipos agravados imprudentes en virtud de la especial gravedad de la imprudencia (CPC 97, pp. 352 ss. y CPC 98, p. 355). Sin embargo, este punto de partida queda anulado cuando no se quiere admitir para los elementos normativos del tipo cuando se trata de autores especialmente cualificados ni, en general, para los casos de ceguera fáctica provocada por indiferencia o enemistad frente al Derecho. La solución con los elementos

normativos hemos visto ya que se basa en un punto de partida dogmático erróneo. La complejísima solución que ofrece Rinck en los casos de indiferencia o en los que el autor no adopta una posición personal frente al hecho tiene su fundamento en mi opinión en una insuficiente normativización del dolo que para este autor sigue siendo básicamente un concepto psicológico-descriptivo (críticas en profundidad a este tipo de concepciones en Feijoo Sánchez, CPC 98, pp. 292 ss.).

Si se parte de un concepto de dolo que no base la distinción con la imprudencia en la postura personal del autor se puede observar cómo los casos denominados en la monografía como de *dolus ignorantiae causa* pueden ser entendidos, al menos, en su mayor parte, como casos de dolo eventual desde una perspectiva más normativa. Las concepciones más normativas del dolo está mitigando ciertas conclusiones materialmente insoportables a las que conducía la teoría de la responsabilidad subjetiva imperante en Alemania tras la postguerra. Los problemas para Rinck surgen precisamente porque parte de un concepto restringido de dolo eventual en el que sólo caben conocimientos seguros y el autor tiene que asumir plenamente la realización del tipo. Sin embargo, la doctrina dominante sobre el dolo eventual no exige que el autor disponga de conocimientos seguros ni siquiera altamente probables sino que basta con la disposición de conocimientos inseguros. Por ejemplo, veamos el siguiente supuesto (p. 374) que propone Rinck en la monografía para sostener su posición: el propietario de un piso alquilado se lo enseña a un posible comprador cuando sabe que el arrendatario se encuentra ausente sin pedir consentimiento. Dicho propietario no se plantea si el arrendatario está de acuerdo con su actuación porque cree que el contrato de arrendamiento no limita sus posibilidades de acceder al inmueble. Sin embargo, el propietario en este caso se representa que entra en una morada ajena sin contar con la voluntad de su morador. Ello es suficiente para el dolo. No hace falta más para constatar la comisión dolosa del delito de allanamiento de morada (art. 202 CP). Otra cuestión es la relevancia que pueda tener ese error desde el punto de vista del conocimiento de la antijuridicidad de la conducta. Lo mismo sucede con otros ejemplos que propone Rinck como el que no sabe que existen deberes generales de socorro o que por debajo de cierta edad es indiferente el consentimiento en los contactos sexuales. Lo decisivo es si el autor disponía de determinados datos que razonablemente no le permitían excluir que existía una situación de peligro grave y manifiesto con desamparo o que la persona con la que mantenía relaciones podía ser menor de trece años. Con ello ya tenemos un injusto doloso. Como reconoce Rinck (p. 389) en los casos que él trata como de enemistad frente al Derecho es difícil trazar una frontera entre *dolus eventualis* y *dolus ignorantiae iuris causa*. Los problemas, pues, residen en la teoría volitiva del dolo que mantiene Rinck en su monografía. Además, su argumentación de que el autor en esos casos aunque tuviera dolo actuaría igual por su posición abstracta de desinterés o

indiferencia frente al Derecho que motivan su error se merece las mismas objeciones que tradicionalmente ha recibido la teoría hipotética del consentimiento convirtiéndola en una teoría con un mero valor histórico para señalar una camino que no se debe seguir (en profundidad, Feijoo Sánchez, CPC 98, pp. 294 ss.). La cuestión que en realidad plantea Rinck una vez más es cómo debe enfrentarse el Derecho Penal al fenómeno de una organización perceptiva que depende de los intereses o motivaciones del autor en relación al ordenamiento jurídico. Creo que existen propuestas de solución más logradas en la literatura especializada.

La respuesta de Rinck al argumento del «dolo monstruoso» (Welzel, Hirsch) de los partidarios de la teoría restringida de la culpabilidad peca también de una insuficiente normativización de los elementos de la teoría jurídica del delito. Su concepto psicológico-descriptivo de dolo hace que busque una solución de tipo psicologicista decidiendo convertir la para-conciencia en representación, a pesar de que el propio autor no oculta los problemas de esta solución. Es decir, con respecto a determinados elementos del injusto adscribe como conocimiento algo que no lo es o, al menos, que puede no serlo. Que ello sea compatible con la regulación del dolo o del error de tipo en los códigos penales alemán o español es más que discutible (Feijoo Sánchez, CPC 98, pp. 344 ss.). Desde el punto de vista específico del Derecho positivo español, puede que con este tipo de solución se acabe tratando en casos concretos un error con una pena superior a la contemplada en el artículo 14 para un supuesto de esas características subjetivas.

Por ello es preciso señalar algunos inconvenientes de esta propuesta concreta. Rinck, al igual que un sector de la doctrina alemana mediante la expresión *sachgedankliches Mitbewusstsein*, mezcla erróneamente dos cuestiones diferenciadas. Por un lado, asume correctamente que no plantea problemas que para el dolo no sea necesario un pensamiento lingüísticamente estructurado o conceptual sino que basta un pensamiento gráfico o no desarrollado lingüísticamente (el funcionario que comete un delito contra la Administración Pública no tiene que estar diciéndose continuamente «soy un funcionario», «soy un funcionario»...). La doctrina asume sin muchos problemas que tener conocimiento o representación del hecho no tiene que equivaler a reflexionar sobre el mismo. Los seres humanos piensan en muchos casos sin necesidad de lenguaje interno. Sin embargo, otro problema distinto es si no son realmente supuestos de error los denominados conocimientos acompañantes, implícitos o al margen, es decir, la co-conciencia (*Mitbewusstsein*). La teoría de Rohrercher importada a la discusión jurídico-penal por Platzgummer del pensamiento al margen condicionado por la percepción no resulta dogmáticamente satisfactoria. El penalista que imputa este pensamiento al margen como dolo se está refiriendo a un sustrato psíquico que para muchos especialistas en la materia no es más que subconsciente y está utilizando un concepto abierto que ca-

rece de límites. Con esta teoría se acaba desvaneciendo la distinción entre error y conocimiento que establece el Derecho positivo. Se puede asumir que en ciertos casos la distinción carezca de sentido y que el mero hecho de que el autor no estaba interesado en actualizar su conocimiento no es razón suficiente para desgravarle de responsabilidad, por lo que la desaparición de dicha distinción puede ser objeto de debate científico (Feijoo Sánchez, CPC 98, pp. 352 ss.), pero la verdad es que sobre ella está construida el Derecho vigente. La Ciencia dogmática puede tratar normativamente esta distinción del Derecho positivo para minimizar sus incongruencias, como de hecho está haciendo, pero no puede hacerla desaparecer *contra legem* como si el Código Penal no dedujera soluciones radicalmente diversas de la misma. La sospecha es que Rinck quiere otorgarle un soporte teórico a una determinada práctica judicial.

La cuestión central sin embargo no es esta, sino la siguiente: Si se parte de un concepto normativo (no pre-establecido) de injusto doloso la pregunta que hay que hacerse es: ¿Para qué una solución tan complicada como la propuesta en la monografía de Rinck y que, además, encierra tantos problemas dogmáticos y de compatibilidad con el Derecho positivo? El que tiene dolo típico sin representarse la concurrencia de otras circunstancias (por ejemplo, agresión ilegítima) realiza un injusto penal aunque no reflexione sobre que no existen razones asumibles por el ordenamiento para que realice su conducta. Por ejemplo, el que acecha esperando una ocasión propicia para asaltar a un mujer en un aparcamiento se representa al mismo tiempo que no está actuando para evitar ningún mal ni ninguna amenaza ni para cumplir deberes de ningún tipo. Es decir, el que tiene ante los ojos las circunstancias que definen objetivamente su comportamiento como riesgo típico o como arrogación de un ámbito de organización ajeno realiza un injusto doloso sin que tenga que estar rechazando de forma reflexiva la concurrencia de los elementos de la legítima defensa o del estado de necesidad. Exactamente igual que el que sabe que está creando un riesgo no permitido para otra persona no tiene que estar reflexionando que no se trata de un caso de autopuesta en peligro de la víctima o de consentimiento o no se exige que el autor se represente que no concurrían los requisitos de una causa de inexigibilidad. Es decir, el injusto doloso es igual al tipo objetivo más representación (aunque sea insegura o eventual) de los elementos del tipo más ausencia de la representación de que existe un contexto justificante. Sólo en los casos en los que el autor argumenta en su defensa que él se representó una situación de conflicto que objetivamente no existía pasan a tener relevancia los problemas relacionados con los elementos subjetivos de las causas de justificación. La teoría del error se ocupa sólo de estos supuestos, no de los estándares. En conclusión, la creciente normativización del tipo invalida las objeciones de las concepciones más subjetivas del injusto que entienden que sólo el autor con su dolo puede determinar la valoración jurídica del hecho. La teoría restringida o

pura de la culpabilidad ve anulados desde una perspectiva normativa sus argumentos más poderosos.

Una última cuestión relativa a los problemas dogmáticos que plantea la teoría restringida o limitada de la culpabilidad. En cuanto a la tentativa, si se asume que los supuestos de error sobre los presupuestos objetivos de las causas de justificación son injustos imprudentes (no sólo son tratados como tales) no hay ningún problema en asumir la atipicidad de la tentativa. Imaginémonos el siguiente ejemplo: A recibe una llamada de su hijo de 18 años que le comunica que se le ha averiado el coche a altas horas de la madrugada en una zona de la ciudad considerada en general como muy peligrosa y que merodean a su alrededor sujetos de apariencia intranquilizadora. A va a buscarlo no sin antes coger un arma de fuego. En pleno proceso de búsqueda y cuando está parado viendo un plano de la zona nota que alguien se acerca sigilosamente hacia él, por lo que para defenderse dispara. No acierta y resulta que se trata de un policía que considerando que se trataba de un coche sospechoso se había acercado con tanto sigilo para ver qué pasaba dentro del mismo. No parece que sin resultado existan especiales necesidades preventivas para castigar este tipo de supuestos. En cuanto a los problemas de la participación en los casos de un hecho principal realizado con error sobre los presupuestos objetivos de las causas de justificación, los problemas desaparecen si se asume *de lege data* la tipicidad de la participación imprudente.

BERNARDO FELJOO SÁNCHEZ

Profesor titular de la Universidad Autónoma de Madrid

SANZ DELGADO, Enrique: *Las prisiones privadas: la participación privada en la ejecución penitenciaria*. Editorial Edisofer, Madrid, 2000, 372 páginas

Generada en una tesis doctoral, la obra del Dr. Enrique Sanz que ahora comentamos se adentra en el interesante y poco estudiado tema de la participación privada en la ejecución de las penas privativas de libertad.

En la parte primera se ocupa del ciclo histórico de la prisión privada, esto es, en ella el autor entresaca de la historia de la prisión el infiltrado que lo privado ha tenido en este sector paradigmático del Estado, lo cual se concreta en localizaciones y actividades de contenido penitenciario como fueron: *a)* las primitivas prácticas de los derechos de carcelaje (pp. 34 ss.), *b)* las casas de corrección surgiendo como primeras prisiones propiamente dichas (pp. 47 ss.); *c)* el esquema contractual del Proyecto panóptico de Jeremy Bentham (pp. 65 ss.); *d)* los modelos de transportación y asenta-