

Sobre el contenido del elemento subjetivo de las causas de justificación*

De Prof. Dr. Fritz Loos, Göttingen

El problema del contenido, de la extensión del elemento subjetivo en las causas de justificación no ha tenido hasta el momento la atención de la dogmática jurídico-penal. La todavía incipiente discusión sobre los requisitos¹ y sobre el significado sistemático de este elemento ha dejado de lado la pregunta sobre su contenido real. Así, en la mayoría de tratados y comentarios uno no encuentra mucho más que dos posiciones contrapuestas². La doctrina absolutamente dominante, en la cual destaca sobre todo la posición de la jurisprudencia, exige una intención (*Absicht*) de defensa (de rescatar, etc.) para la cual es suficiente que el objetivo de la justificación concorra junto a otros objetivos.³ Por otro lado, existe una posición en la literatura que rechaza la necesidad de una intención de actuar justificadamente, y para la cual sería suficiente el dolo de la justificación.⁴ La terminología

empleada en el contexto de esta discusión no es muy clara; algunas veces la intención de justificación se refiere a la motivación (*Motivation*),⁵ lo cual genera la crítica en el sentido de que se trataría del dolo de la justificación.⁶ La discusión, sin embargo, ha sobrevivido en los últimos años. Así, la pregunta acerca de la incertidumbre subjetiva del comportamiento ha sido abordada sobre la base de la existencia de los elementos objetivos de las causas de justificación.⁷ En la misma dirección trazada por las interesantes observaciones de *Lenckner*,⁸ *Lampe*⁹ ha advertido expresamente sobre el fenómeno de las “causas de justificación mutiladas en dos actos” (*unvollkommen-zweiaktige Rechtfertigungsgründe*). Finalmente, *Alwart*¹⁰ se ha esforzado seriamente por precisar el concepto de la intención de la justificación, así como el del motivo de la justificación.

El homenajeado ha tomado postura sobre el problema del elemento subjetivo de la justificación en su obra “*Das objektive Zweckmoment der subjektiven Rechtfertigungselemente*”.¹¹ La investigación de *Oehler* contiene, tal como se mostrará, reflexiones favorables al contenido del elemento subjetivo de la justificación. Sus argumentos deben ser asumidos, sin que ello signifique tomar postura sobre la pregunta sistemática del momento objetivo de la decisión, que solo en un resumen más extenso puede ser discutido. A partir de aquí asumo que no es de recibo caracterizar la opinión de *Oehler* como una de las posiciones objetivistas¹² cercanas a la opinión de *Spendel*. Si bien *Oehler* colocó a la “dirección final (objetiva) del comportamiento junto a otros elementos objetivos de la justificación (por ejemplo) a través del estado de necesidad”, al mismo tiempo enfatizó que “solo

* Título Original: „Zum Inhalt der subjektiven Rechtfertigungselemente“, en: Herzberg (ed.), *Festschrift für Dietrich Oehler*, 1985, S. 227-240. - Traducción de Prof. Dr. Iván Meini (Universidad Católica del Perú).

¹ Como principal opositor al elemento subjetivo de las causas de justificación hay que nombrar a *Spendel*, DRiZ 1978, 327 (330 ss.); *Spendel*, en: Kaufmann u.a. (eds.), *Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag*, 1979, pp. 245 ss.; *Rönnau/Hohn*, en: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (eds.), *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, 12ª ed. 2006, § 32, n. 138 ss. Crítico cfr. *Prittwitz*, Jura 1984, 74.

² Las siguientes alternativas claramente formuladas por *Sieverts*, *Beiträge zur Lehre von den subjektiven Unrechtsmomenten im Strafrecht*, 1934, p. 199.

³ De la jurisprudencia BGH 3, 194 (198); BGH, en *Dallinger*, MDR 1969, 15 y 1972, 16; BGH, en *Holtz*, MDR 1979, 634; BGH GA 1980, 67; BGH NStZ 1983, 117. En la literatura representan esta posición, por ejemplo, *Dreher/Tröndle*, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, Kommentar, 42ª ed. 1985, § 32 n. 14; *Jescheck* *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 3ª ed. 1978, p. 263 con nota al pie de página 24; *Lackner*, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 15ª ed. 1983, antes del § 32.II. a.A.; *Niese*, *Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit*, 1981, pp. 17 ss.; *Hirsch* (nota 1), previo al § 32 n. 53, 55 ss., *Maurach-Zipf*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Bd. 1, 6ª ed. 1983, p. 332; *Welzel*, *Das deutsche Strafrecht*, 11ª ed. 1969, p. 86; también *Samson*, (nota 1), previo al § 32 n. 23.

⁴ Por ejemplo *Burgstaller*, *Fahrlässigkeit im Strafrecht*, 1974, p. 175.; *Jakobs*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 1983, p. 11/20 s.; *Nowakowski*, ÖJZ 1977, 573 (575 ss.); *Prittwitz*, GA 1980, 381 (384 ss.); *Roxin*, ZStW 75 (1963), 541 (563); *Rudolphi*, en: *Schroeder/Zipf* (eds.), *Festschrift für Reinhart Maurach zum 70. Geburtstag*, pp. 51, 57 s., *Lenckner*, en: *Schönke/Schröder*, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 21ª ed. 1982, previo al § 32 n. 14; *Stratenwerth*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, t. 1, 3ª ed. 1981, n. 488 ss.; *Zielinski*, *Handlungs- und Erfolgeunwert im Unrechtsbegriff*, 1973, pp. 233 ss., 252. En los resultados también *Gallas*, en: Kaufmann et

al. (eds.), *Festschrift für Bockelmann* (nota. 1), pp. 155, 179 nota al pie de página 56.

⁵ Cfr. por ejemplo BGH NStZ 1983, 117; *Otto*, *Grundkurs Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 7ª ed. 2004, pp. 97, 98 (§ 8 II 1 f, g, aa); *Geilen*, Jura 1981, 308 (310).

⁶ *Burgstaller* (nota 4), p. 176; *Nowakowski*, ÖJZ 1977, 573 (575, 576).

⁷ Cfr. *Paeffgen*, JZ 1978, 738 (743 ss.); *Stratenwerth* (nota 4), n. 490 (completamente unánime *Burgstaller* (nota 4), pp. 176 s.); *Zielinski* (nota 4), pp. 289 s.

⁸ *Lenckner* (nota 4), previo al § 32 n. 16 (véase también n. 98).

⁹ *Autor*, GA 1978, 7; Lo sigue *Prittwitz*, GA 1980, 381 (386 ss.).

¹⁰ *Alwart* habla de un “Weil-Motiv”, GA 1983, 433 (446 ss.; 452 ss.) y *passim*; totalmente de acuerdo *Schmidhäuser*, *Allgemeiner Teil, Studienbuch*, 2ª ed. 1984, Capítulo 6, nota al pie 33 a, aunque no totalmente de acuerdo con el texto 6/79.

¹¹ *Oehler*, *Das objektive Zweckmoment in der rechtswidrigen Handlung*, Berlin 1959, en especial pp. 165 ss.

* El momento objetivo de la decisión del elemento subjetivo de la justificación. (N.T).

¹² Así incluso *Jakobs* (nota 4), p. 11/18 con nota al pie 21; *Hirsch* (nota 1), previo al § 32 n. 51.

el deseo de defensa de la tendencia objetiva del comportamiento puede considerarse defensa".¹³ El deseo de defensa no es pues una condición, ni tampoco un componente de las causas de justificación; por eso llega *Oehler* a la objetivización del propósito subjetivo.¹⁴ Sin embargo, para nuestro resumen es importante el que *Oehler* asume el factor psíquico del deseo de defensa,¹⁵ y por eso su análisis es aceptable, aun cuando haya sido subjetivizado en un inicio.

Fuera del círculo del problema, cual es el contenido del momento subjetivo en la justificación, tienen que ser analizadas dos cuestiones que se encuentra en relación con la correspondiente pregunta que ha sido planteada. En primer lugar será objeto de discusión, si es correcto que la justificación dependa de la existencia de un *motivo* de justificación (I), con lo cual debería dársele la razón a *Lampe* en el sentido de que la justificación debería analizarse como una acumulación de actos justificados (II). A partir de ahí se preguntará cuándo concurre una justificación *completa*; la pregunta de si la ausencia del elemento subjetivo de justificación en los casos en que se dan los requisitos objetivos de las causas de justificación debe ser punida como delito consumado o solo como tentativa es dejada de lado.¹⁶

I

1. Ha sido ya mostrado que para los autores que exigen algo más que el dolo de justificación para darle contenido al elemento subjetivo de las causas de justificación, existe una indecisión terminológica entre una intención de actuar justificadamente y un motivo de actuar justificadamente. Aun cuando los autores se aferren a algún término, se echa en falta una aclaración que explique porqué se habla de intención en vez de motivo, y viceversa. Con seguridad esto recae en la dificultad de diferenciar conceptualmente y con claridad el propósito (*Zweck*) subjetivo del motivo. Aun cuando uno pueda entender que sólo se considerará como propósito aquellas situaciones razonables que en todos los casos puedan producirse a partir de los comportamientos, no se explica con la suficiente claridad los distintos tipos de motivos que puedan concurrir. Con esto no se puede delimitar los motivos psíquicos internos (ganas) de las razones (*Weil-Motiv*) en el sentido propuesto por *Alwart*,¹⁷ que consiste en repasar los acontecimientos pasados, ni de las condiciones ideales motivacionales. Aquí es posible, como "explica *Stratenwerth* en el ejemplo del motivo de enriquecimiento y de la intención de provecho, armonizar la intención y el motivo".¹⁸

En tal estado ideal, en el cual el defensor¹⁹ o quien realiza el acto de rescate se imagina alcanzar algo valioso, ocurre con frecuencia cuando una intención o motivo de salvataje se toma como un elemento subjetivo de la causa de justificación. A partir de ahí será común que el defensor o quien lleva a cabo la acción de salvación deba de partir como mínimo de los efectos de la defensa o de los efectos de la acción de salvamento. Estos efectos deben ser considerados como propósitos, con lo cual se está de acuerdo con la propuesta de *Straterwerth* de entender que estos efectos son los motivos del comportamiento.²⁰ Puede ser, como se desprende de la comprensión habitual, que la intención de defensa tenga el mismo contenido al motivo de defensa.²¹

Esta interpretación expuesta no puede ser defendida con el argumento de que la intención de defensa es siempre y en todos los casos un motivo concurrente.²² Esto no rige generalmente para la legítima defensa, donde eventualmente se deja de lado tendencias suicidas o masoquistas. Tampoco para las situaciones en que se requiere ayuda, ni en el estado de necesidad justificante ha de tratarse exclusivamente de un motivo que se desprenda de un conocimiento completo de las condiciones de salvamento para dañar a quien ataca o al "tercero" que menciona el § 34 StGB;* también el odio o la venganza son motivos. Para explicar esto se puede pensar en el siguiente caso:

- A advierte que sus enemigos B y C se golpean. C cae al suelo y B le patea. A ve con simpatía que C reciba "su paliza merecida", pero luego cae en la cuenta que tiene una única oportunidad de jugarle una mala pasada a B. En un acto de defensa necesario lesiona a B de manera no insignificante.

¹⁹ Aquí y en lo que sigue se argumentará sobre el caso de la legítima defensa y de la situación necesitada de ayuda (*Nothilfe*), solo de vez en cuando se argumentará sobre la situación de necesidad (*Notstand*); La pregunta de si es trasladable a otras causas de justificación será abordada luego. Esto ofrece la ventaja de investigar los paradigmas más discutidos en la literatura.

²⁰ Cfr. También *Alwart*, GA 1983, 43, quien asimismo habla de un motivo por el cual (*Um-zu-Motiv*) o de una intención (*Intention*).

²¹ Cfr. por un lado *Geilen*, Jura 1981, 308 (310), un defensor de la intención de defensa, y *Prittwitz*, GA 1980, 384 y 385, un detractor. *Ambos* hablan, sin mayores explicaciones, una vez de intención y otra vez de motivos o motivación.

²² Sin embargo *Geilen* (nota 21), p. 310.

* § 34 StGB (estado de necesidad justificante): "Quien en un peligro actual para la vida, el cuerpo, la libertad, el honor, la propiedad u otro bien jurídico no evitable de otra manera, cometa un hecho con el fin de evitar un peligro para sí o para otro, no actúa antijurídicamente si en la ponderación de los intereses en conflicto, en especial de los bienes jurídicos afectados y del grado de peligro que les amenaza, prevalecen esencialmente los intereses protegidos sobre los perjudicados. Sin embargo, esto rige solo si el hecho es un medio adecuado para evitar el peligro". (N.T.)

¹³ *Oehler* (nota 11), p. 166.

¹⁴ Cfr. *Oehler* (nota 11), pp. 166 s., en general también p. 116. *Oehler* habla del elemento "objetivo-final" (pp. 15, 74). Sobre esto *Waider*, Die Bedeutung der Lehre von subjektiven Rechtsfertigungselementen [...], 1970, pp. 94 ss.

¹⁵ Claramente *Oehler* (nota 11), p. 168.

¹⁶ Cfr. asimismo sobre la problemática expuesta en I, por ejemplo, *Hirsch* (nota 1), previo al § 32 n. 59 ss., sobre la pregunta tratada en II, *Lampe*, GA 1978, 9.

¹⁷ *Alwart*, GA 1983, 433 (438 ss.) y *passim*.

¹⁸ *Stratenwerth*, (nota 4), n. 326.

El caso muestra todos los elementos de un caso de clase, sobre todo porque desde la situación probatoria presupone una valoración bien de conocedor o bien de experto jurídico. Por otro lado es también un caso de clase porque representa un complicado experimento para las distintas opiniones sobre el contenido del elemento subjetivo del estado de necesidad.

Los requisitos objetivos del estado de necesidad deben concurrir. Desde el punto de vista subjetivo ha actuado A con dolo de ayudar. Él conoce la situación de necesidad generada por la agresión ilícita de B. Él parte, sin embargo, que la lesión a B va a terminar con su ataque a C.²³ Cuando uno exige el conocimiento de las condiciones de la necesidad (referida al estado de necesidad),²⁴ debe concurrir. Por el contrario, no depende de A proteger a C; esta consecuencia le resulta indiferente y le es hasta indeseable. Una construcción de las situaciones motivacionales como esta, sobre la base de posibilidades, es todavía de recibo.

a) El núcleo del caso planteado radica no solo en que aquí se da una autorización jurídica en el sentido del § 32 StGB, sino que se da también un mandato en el sentido del § 323 StGB.²⁵ Al respecto resulta suficiente, como es generalmente reconocido, un caso de mala suerte, en el sentido de dicha disposición, incluso a través de un delito doloso que pueda

ser causado por un tercero²⁶ y que no se descarte siempre la necesidad de imputar la realización del tipo.²⁷

La situación, que confronta una prohibición (§ 223, § 223 a StGB*) con un mandato (según el § 323 c StGB*), pone a una persona con la motivación de A en una situación que puede ser descrita como entre la espada y la pared, a partir de la cual, si uno sigue la doctrina de exigir una intención de defensa, entonces no hay salida. Pues la solución imaginable, de manera que A pueda evitar la punición, en la cual omita el comportamiento de defensa, fracasa en que si no presta ayuda es penalmente responsable de conformidad con el § 323c StGB. El remedio podría ser solamente un cambio en la motivación. Sin embargo, esto podría ser una sobre exigencia psíquica, que se aproximaría a la opinión de *Jakobs*,²⁸ de que si la motivación es sin más intercambiable en una concreta situación, falta el elemento psicológico; los cambios en la motivación demandan largos procesos de aprendizaje. El resultado de que quien “ayuda” en tal situación debe ser inevitablemente sancionado a causa de su motivación desviada, no me parece aceptable. Pero incluso si tal posibilidad de intercambiar la motivación fuera posible, con el requisito de la intención de defensa de la reglamentación jurídica, se requeriría un propósito, parecido a conseguir un mejor motivo, que hiciera aceptable el propósito legal. El *topos*, en virtud del cual la necesidad de una intención de defensa se convierte en el límite entre delitos y faltas contra la moral,²⁹ y con ello entre la legalidad y la moralidad en el sentido de Kant, se explica por sí solo.³⁰

²³ Esto exigen aquellos autores que relacionan el elemento subjetivo de la causa de justificación con los presupuestos objetivos de las causas de justificación cuando las formulaciones no son claramente inequívocas (por ejemplo, “conocimiento de la situación de justificación”). Cfr. *Lenckner* (nota 4), § 32 n. 14; *Stratenwerth* (nota 4), n. 489 s. (ambos se refieren a las dudas acerca de los presupuestos objetivos); prudente *Jakobs* (nota 4), p. 11/20 (en el mejor de los casos dolo de justificación). Me parece correcto, tal como se ha mostrado en el texto, vincular el momento subjetivo también al efecto de defensa. Sobre la crítica de *Hirsch* véase la siguiente nota.

²⁴ En contra *Hirsch* (nota 1), pervio al § 32 n. 56. *Hirsch* quiere exigir solo el conocimiento de la situación que genera la causa de justificación (como por ejemplo la agresión actual) como “presupuesto intermitente del momento en que se toma la decisión” (n. 55), ya que exigir otros conocimientos sería una sobre exigencia. El conocimiento sobre el resultado del comportamiento justificado –la eliminación de la situación de necesidad, etc. (véase nota 23), está en *Hirsch* completamente incluido en la intención de defensa, y eso evidentemente no representa sobre exigencia alguna.

²⁵ Sobre los casos de permisón y prohibición tanto *Suarez-Montes*, en: *Stratenwerth et al.* (eds.) *Festschrift für Welzel zum 70. Geburtstag*, 1974, pp. 379, 383 ss. y *Zielinski* (nota 4), pp. 247 s., discuten supuestos similares. Sobre el contenido del elemento subjetivo de la causa de justificación *Prittwitz*, GA 1980, 384. Sin embargo, él no discute los casos de concurrencia entre prohibición y mandato.

²⁶ Véase BGH 3, 65 (66); *Cramer*, en: *Schönke/Schröder* (nota 4), § 323 c, n. 7 con varias observaciones.

²⁷ De acuerdo se puede estar en que en el correspondiente caso pueda “concurrir” tanto un tipo permisivo como un delito de omisión impropia.

* Delito de lesión corporal (N.T.)

* § 323c StGB (Omisión del deber de prestar ayuda): “El que en casos de accidentes o de peligro público o de necesidad, no preste ayuda, pese a que es requerida y le resulta exigible de acuerdo a las circunstancias, en especial cuando es exigible sin considerable peligro propio y sin infligir otras obligaciones importantes, será castigado con pena privativa de libertad no mayor de un año y con multa” (N.T.)

²⁸ Si las observaciones de *Jakobs* (nota 4, p. 11/20) sobre la posibilidad de cambiar de motivación (se muestra conforme *Timpe*, JuS 1984, 854 (860)) que no se refieren a la “concurrency” prohibición-autorización, son defectos psicológicos o una problemática normativa, véase ahí. En las consecuencias coincido con *Jakobs*.

²⁹ Por ejemplo *Jakobs* (nota 4), p. 11/20; *Roxin*, ZStW 75 (1963), 541 (563); *Rudolphi*, en: *Schroeder/Zipf* (nota 4), pp. 57 s., *Stratenwerth*, (nota 4), n. 489; *Zielinski* (nota 4), pp.

233 ss., 252. Sobre la necesidad de defender el elemento subjetivo de la causa de justificación como límite del derecho penal de hecho, véase también *Oehler* (nota 11), pp. 44, 168 ss., también 67 s.

³⁰ De la mano del reproche de haber superado el principio del hecho *Hirsch* ([nota 1], previo al § 32, n. 56) ha intentado

Con todo esto se obtiene por lo pronto un resultado negativo: para la justificación en estado de necesidad no se puede exigir que concurra, en quien realiza el acto de ayuda, *junto*³¹ al odio o a la venganza, el motivo de ayudar a quien es atacado. Incluso las fórmulas de la jurisprudencia, en el sentido de que la intención de defensa pueda ser “cubierta” no solo a través de la rabia, odio, etc.;³² sino que *también* puede aprovecharse como defensa,³³ no son atendibles. En qué sentido el conocimiento y la voluntad relativos al comportamiento en legítima defensa son realmente determinables, es algo que todavía no se ha resuelto y que es menester investigar.

b) Además, es momento de abordar el lado objetivo de la defensa en el sentido del § 32 StGB.* Aquí hay que diferenciar dos elementos que pueden provocar el comportamiento de defensa; a saber, la lesión inflingida al atacante y el efecto de defensa de quien es atacado. Si se produce la defensa a través de la lesión al atacante (en el ejemplo propuesto una lesión corporal), existe una relación de causalidad entre la lesión y el efecto (resultado) de defensa. El tener que imaginarse estas evidencias no tiene ninguna relevancia para la concreta determinación del lado subjetivo.

En el caso planteado A persigue la lesión de B. Esta lesión es el medio a través del cual libera su odio, o su sentimiento de venganza (pura motivación interna). Uno puede también partir de las observaciones de Alwart, en el sentido de que el acto de ayuda para C es una reacción subjetiva provocada por el ataque de B, que si A no hubiera conocido el ataque de B no hubiera decidido ayudar a C en el estado de necesidad en que se encontraba.³⁴ Pues A quiso dañar a B aprovechando el estado de necesidad.

Alwart considera suficientes el conocimiento de la situación de necesidad y las razones (*Weil-Motiv*) como motivos subjetivos de justificación.³⁵ Con lo cual se deja de lado la relación subjetiva con el efecto de *salvataje*. Alwart fundamenta esto con el ejemplo en que David escoge un medio de defensa contra el atacante Goliat, de cuya eficacia él mismo se sorprende,³⁶ con lo cual renunció no solo a la

intención de perseguir el efecto de defensa, sino también a la *esperanza* de producir el resultado de defensa. Una tal renuncia no me parece aceptable para el derecho de defensa en general – Alwart se refiere expresamente al § 34 StGB –. Para el estado de necesidad no es obvio que, cuando uno exige principalmente una intención de salvar, el salvador debe ser un tercero que no participa en la agresión, que no acepta (ni siquiera como posibilidad) ser útil para la amenaza. El ejemplo es plausible solo para el § 32 StGB – y aquí también más para la legítima defensa que para el estado de necesidad –, porque uno no quiere juzgar a David por someterse de brazos cruzados a una agresión superior. Dado que aquí no es de esperarse que el comportamiento – junto a los otros motivos legales que juegan un rol – pueda constituir una justificación según el § 32 StGB, antes que pensar en un caso de legítima defensa (y eventualmente en uno de estado de necesidad) sería mejor pensar en una solución vinculada a la exculpación (inimputabilidad frente al quebrantamiento del derecho). Una razón (*Weil-Motiv*) puede representar un requisito necesario,³⁷ pero torna en relevante a la relación subjetiva con el efecto salvador.

c) Con lo cual aun se mantiene la pregunta de cómo determinar con precisión la relación subjetiva (incluida la causalidad). Una posibilidad consiste en exigir que el defensor o quien lleva a cabo el rescate tenga que planear su comportamiento, como si el persiguiese el efecto de rescate. Esto requiere, por un lado, que acepte causar el efecto de defensa, así como también el dolo de salvar. Además, dejarse llevar por la lesión inflingida al agresor que causa la protección de la situación de peligro. El motivo de defensa o el motivo de rescate no es solución positiva alguna para el correspondiente comportamiento: si falta el motivo de lesión sin duda alguna no podrá existir.³⁸ Como mucho, el motivo tiene un significado *limitado*: solo se puede lesionar como se desprende del efecto de rescate para la víctima de la agresión. Una tal limitación es plausible de cara a la motivación interna. A quiso dar rienda suelta a su odio o a su venganza, pero también evitar un hecho punible, para lo cual es necesario que se sitúe en el límite del estado de necesidad.

El punto de partida de un tal entendimiento del deseo de defensa o del deseo de rescate se encuentra en las reflexiones de Oehler. Oehler trata en diversos pasajes de su obra “*Das objektive Zweckmoment*” la coincidencia entre una idea inmoral y el deseo de provocar con derecho una situación deseada a través de la evitación de consecuencias ilícitas.³⁹

contradecir a Stratenwerth con el argumento de que la intención de defensa representa únicamente el “momento final del acto justificado”. El argumento se sostiene solo cuando se compara la finalidad con lo que se persigue. Parecido a como aquí Prittwitz, GA 1980, 385 contra Bockelmann.

³¹ Sobre el comentario véase nota 38.

³² Cfr. BGH por Dallinger, MDR 1969, 16, pero también las decisiones posteriores en nota 3.

³³ BGH 3, 198.

* § 32 StGB (legítima defensa): “(1) El que cometa un hecho en legítima defensa no actúa antijurídicamente. (2) Legítima defensa es la defensa necesaria para conjurar una agresión antijurídica actual para sí mismo o para otro” (N.T.)

³⁴ Alwart, GA 1983, 449 (453).

³⁵ Alwart, GA 1983, 449 (453) y *passim*.

³⁶ Alwart, GA 1983, 449, (450). Incluso, es con seguridad notable que el objetivo del efecto de salvación se produce; la

pregunta sin embargo, al igual que Alwart, no será aquí tratada.

³⁷ Con lo cual los dos grupos de ejemplos que propone Alwart (exclusión de agresiones intercambiables, GA 1983, 452) quedarían cubiertos.

³⁸ Yo interpreto asimismo las formulaciones de la jurisprudencia del BGH (véase nota 3), en el sentido de considerar el motivo de defensa como una condición suficiente del comportamiento; manifiestamente distinto a la interpretación de Alwart, GA 1983, 446.

³⁹ Oehler (nota 11), pp. 44, 137, 169 s.

La argumentación, sin embargo, no diferencia con suficiente claridad, frente a los casos en que los motivos se sitúan unos detrás de otros, o unos al lado de otros, qué corresponde al entendimiento usual. La formulación “solo por encima del propósito de cura llega el médico a sus otros propósitos, porque solo a través de su comportamiento de cura es posible perseguir sus malos propósitos. Solo cuando su acción de curar sea suficiente puede él perseguir otros propósitos, porque esto en caso contrario sería frecuente”,⁴⁰ tal cual se ha explicado líneas arriba en la mezcla de un motivo determinado y limitado.

d) La doctrina dominante se conforma con la exigencia de una intención de defensa así como con la intención de una intención de rescate. Esta opinión puede representar un compromiso entre posiciones controvertidas, como el aferrarse a motivos o intenciones de rescate, pero no más que cuando para el comportamiento legal se exige un motivo moral libre de objeciones como requisito para la justificación. Con esta doctrina se mantiene la sugestión de una aceptable solución al caso planteado, aunque a medio camino. En la posición de un motivo moral libre de objeciones se trata ya del motivo de evitar una ilegalidad, pues solo en casos de no desear el efecto de rescate o ser indiferente frente a él, ese medio puede ser intencional. Un tal motivo presupone conocer la permisión legal y sus límites legales, y no podría ser tenido como un requisito de la justificación. Pero también se comporta antijurídicamente quien accede al conocimiento de la ley y como tal le resulta vinculante, y realiza una lesión a causa del odio sabiendo que dicha lesión será una protección eficaz⁴¹ para quien es agredido. También para esta constelación de motivos la coincidencia entre prohibición y mandato conduce a un dilema; la indiferencia general o el rechazo frente al orden jurídico pueden no conducir a la ilicitud y a la consecuente punición, en tanto, en el caso en concreto, se conozca la situación que para el ordenamiento jurídico produce la situación preferida.⁴² También aquí rige la tesis de *Oehler*:⁴³ “El Derecho penal no tiene por cometido ejercitar los deseos de mandato o de prohibición, sino, únicamente, producir situaciones jurídicas a través de la inhibición de consecuencias o consecuencias antijurídicas”.

Como resultado de nuestra investigación es de resaltar que en los casos de derecho de necesidad (derecho de defensa), para la justificación es necesario y suficiente un dolo de la causa de justificación. En la discusión con *Alwart* ha sido mostrado que no se puede renunciar a la esperanza de una justificación eficaz por la *suposición* de que el comportamiento realizado elimine o atenúe el peligro para

quien es atacado (§ 32 StGB). Por otro lado, la discusión sobre los casos en que coinciden prohibición y mandato ha mostrado que el vínculo de la causa de justificación con una intención de defensa o de rescate sobrepasa el dolo de la causa de justificación, y conduce a contradicciones valorativas, por lo cual ha de ser rechazado.

e) Si las consideraciones anteriores son correctas, entonces, para el derecho de necesidad (estado de necesidad) del legislador, cuando se parta de los elementos subjetivos de las causas de justificación, se ha de exigir, junto al dolo de la causa de justificación, especiales elementos subjetivos de justificación como requisitos de la causa de justificación.⁴⁴ En el caso del estado de necesidad, el comportamiento inmediato puede ser *obligatorio* y presentarse como una contradicción en la regulación – como se ha mostrado – cuando uno exige una intención o un motivo de rescate. Esta conclusión no puede permanecer sin consecuencias para la comprensión de las disposiciones vigentes que regulan el derecho de defensa. Es conocido que el texto del § 32 StGB, sobre todo si se le compara con el § 34 StGB, vincula la causa de justificación con la existencia de una intención o motivo de rescate.⁴⁵ Incluso asumiendo una relación estricta con el texto legal, el § 32 StGB puede ser entendido en el sentido de que solo se describe una característica del comportamiento objetivo de defensa, y no una intención del comportamiento.⁴⁶ Por el contrario, el texto del § 34 StGB, en el cual “literalmente” se refiere al comportamiento, es “voluminoso”. No obstante, uno no puede cerrarse tampoco aquí a las consideraciones expuestas, especialmente a una – como mínimo no problemática – ampliación de la causa de justificación y tampoco a que el origen de la historia indica de manera no clara una restricción de la causa justificación.⁴⁷

2. El rechazo de una intención de defensa o de rescate en el derecho de necesidad, en absoluto tiene que conducir a la misma solución en las otras causas de justificación. Yo rescato aquí solo el derecho de castigar,^{48,49} en el cual, incluso

⁴⁴ Así, sin embargo, por ejemplo, *Nowakowski*, ÖJZ 1977, 573 (576 s.); *Zielinski* (nota 4), p. 234, nota a pie 26.

⁴⁵ Cfr. *Hirsch* (nota 1), § 34 n. 46 y *Hirsch*, en: Jähnke/ Laufhütte/Odersky (eds.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, 9ª ed., previo al § 51 n. 79. Al respecto véase también *Stratenwerth*, (nota 4), n. 489.

⁴⁶ *Waider* (nota 14), 93 s., cfr. también *Nowakowski*, ÖJZ 1977, 575, nota a pie 38 y 576.

⁴⁷ Cfr. también *Jakobs* (nota 4), p. 11/20 nota a pie 30. El origen de la historia no puede ser aquí continuado.

⁴⁸ Su derecho y su dimensión no entran aquí en debate.

⁴⁹ Una investigación más profunda autorizaría con seguridad el consentimiento, sobre todo el derecho el cargo. Para los últimos existe la necesidad de una “idea correcta de la función”, cuando el funcionario público tiene un margen de discrecionalidad y luego abusa al no ser parcial. El problema que se da también en el derecho administrativo general, ha sido ya discutido en detalle (véase *Sieverts* [nota 2] 200 ss.) pero ha quedado en el olvido. Por otro lado, es de considerar

⁴⁰ *Oehler* (nota 11), p. 169.

⁴¹ La cuestión del dolo eventual o de su equivalencia –como ha sido ya mencionado–no se planteará aquí.

⁴² La afirmación de que según el § 32 Abs. 2 StGB el ordenamiento jurídico valora más a la protección el bien jurídico de quien es atacado que la protección del bien jurídico del agresor, uno lo explica, en cuanto al punto aquí discutido, como una *petitio principii*.

⁴³ *Oehler* (nota 11), p. 44.

para los aficionados, se recomienda como excepción una restricción del dolo de justificación. Así lo sostiene *Stratenwerth*;⁵⁰ el efecto educador del castigo no tiene que surtir efecto cuando con el castigo no se persigue ningún propósito educador, y exige en consecuencia la persecución (subjetiva) de un tal propósito. Con eso se está fundamentalmente de acuerdo;⁵¹ es, sin embargo, dudoso que se acierte cuando se piensa en un propósito de rescate (subjetivo) puntual. Me parece que con ello se exige mucho y muy poco al mismo tiempo. Un castigo debería tener un efecto educador solo cuando está en relación con todo el proceso de educación. Esto está próximo a exigir una idea educadora perpetua. Si esto se da, la intención o motivos en la concreta situación resultan accesorios cuando los límites objetivos y subjetivos del derecho de corrección puedan ser mantenidos.⁵²

Con esto la subjetivización puede ser llevada todavía más lejos. La existencia o inexistencia de la idea de educar se averiguará con arreglo al análisis del estilo de educación visto desde el punto de vista objetivo. Si uno se aferra a la tesis “in dubio pro reo”, debe ser así hasta tener la prueba concreta de que, partiendo de una correcta idea de educación, las correcciones sobrepasen la medida de lo admisible, ya que la pregunta acerca de la intención actual es difícil de objetivizar.⁵³ Que con esto se generen otros riesgos, a saber, la investigación sobre la conducción de la vida teniendo en cuenta las importantes diferencias en la valoración de las correcciones en condiciones precarias, es algo que no puede pasarse por alto.

II

La existencia de las “causas de justificación mutiladas en dos actos” fue advertida hace ya tiempo por *Lenckner*.⁵⁴ *Lampe* ha desarrollado esta tesis orientándola a un completo paralelismo entre el elemento subjetivo de la causa de justificación con el momento subjetivo típico (momento en el cual se constituye el injusto).⁵⁵ La razón central para la constitución de la figura jurídica de las “causas de justificación mutiladas en dos actos” se encuentra en que el propósito a consecuencia del cual se da la autorización se consigue no a través del acto mismo, sino recién a través de otros

comportamientos.⁵⁶ Así sucede en el paradigmático ejemplo del § 127 Abs. 1 StPO, en el cual el propósito que legitima el derecho de detención es la promoción de los intereses del Estado de la persecución penal, que pueden ser alcanzados ya no con la detención en sí, sino, por ejemplo, a través de la suposición de que cabe una detención penal oficial. En las “causas de justificación mutiladas en dos actos” el propósito legitimador se presenta en el primer acto, pero también cuando luego se justifica, cuando el primer acto se da desde un inicio.

La opinión expuesta ha encontrado apoyo.⁵⁷ Sin embargo, *Jakobs*⁵⁸ la ha criticado parcialmente, advirtiendo con respecto al § 127 Abs. 1 StPO que la promoción del propósito legítimo de la detención puede ser alcanzado incluso sin otros actos por parte de quien practica la detención, cuando por ejemplo la policía actúa inmediatamente; en este caso es suficiente la correspondiente expectativa del quien detiene. Este caso corresponde a la juridicidad de la conocida constelación del § 267 StGB,* en la cual el falsificador introduce al tráfico jurídico el documento falso pero no personalmente, pero es supuesto por su cliente.⁵⁹ En ambos casos se trata de una clase de coautoría, en la cual los distintos actos de (por lo menos) dos personas están repartidos. Al igual que para el § 267 StGB, una repartición de los actos entre dos personas hace innecesaria⁶⁰ la intención individual; cuando solo una persona actúa o quiere actuar puede prescindirse de la intención legítima según lo dispuesto en el § 127 Abs. 1 StPO.

Puede parecer sorprendente que justamente un defensor enérgico⁶¹ de la restricción general del dolo de justificación en los casos del § 127 Abs. 1 StPO exija excepcionalmente una intención. No existe, sin embargo, una contradicción.⁶² Por un lado, no se tiene que perseguir algo como la promoción de la persecución penal;⁶³ es suficiente que quien detiene tenga la intención de comunicar a la policía. Una tal intención puede tenerla si de ello depende que el detenido no pueda estorbarlo en las próximas horas, mientras que la promoción de la persecución penal representa solamente una consecuencia accesoria en su plan. Por otro lado, la advertencia de *Jakobs* aclara que el recurso de la intención solo tiene la función de asegurar efectos útiles para la persecución penal, tan igual

que al derecho de cargo se corresponden una serie de deberes de actuación.

⁵⁰ Stratenwerth, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, n. 491; no tan claro pero la indicación en Bruns, *JZ* 1957, 417. Dudoso también *Jakobs* (nota 4), p. 11/20.

⁵¹ Cfr. también *Oehler*, *Zweckmoment* (nota 11), pp. 170 s.

⁵² Con lo cual se evita que en los casos en los que el padre o la madre utiliza “la mano” para infringir un castigo se tenga que buscar el concreto propósito de educación.

⁵³ Sobre las especiales dificultades de probar en la psiquiatría actual véase *Loos*, en: *Rechtswissenschaft und Rechtswissenschaft*, 1980, pp. 381, 272 ss.

⁵⁴ En comentario de *Lenckner*, en: Schönke/Schröder (nota 4), previo al § 32 n. 16 (véase también la 18 edición).

⁵⁵ *Lampe*, GA 1978, 7. Se adhiere a *Lampe*, *Prittwitz*, GA 1980, 381 (386 ss).

⁵⁶ *Lenckner* (nota 4), previo al § 32 n. 18; *Lampe*, GA 1978, 10.

⁵⁷ Por ejemplo en *Stratenwerth*, (nota 4), n. 491 y *Nowakowski*, *ÖJZ* 1977, 577 (también en nota a pie 50). Cfr. también *Wolter*, *Objektive und personale Zurechnung in einem funktionalen Strafrechtssystem*, 1981, pp. 157 ss.

⁵⁸ *Jakobs* (nota 4), p. 11/20.

* § 267 StGB (Delito de falsificación de documentos). (N.T.)

⁵⁹ Cfr. *Lenckner*, *NJW* 1967, 1891.; *Tröndle*, en: Jeschek/Ruß/Willms (eds.), *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, 10. Aufl. 1988, § 267, n. 199.

⁶⁰ Cfr. *Lenckner*, *NJW* 1967, 1892, y nota 22.

⁶¹ Por ejemplo *Lenckner* y *Stratenwerth*.

⁶² De otra forma pero acertado *Hirsch* (nota 1), previo al § 32, n. 56.

⁶³ Ambiguo *Lenckner* (nota 4), previo al § 32 n. 16.

como la intención en el § 267 StGB “asegura” la amenaza para la seguridad del tráfico probatorio.*

En las reflexiones sobre la concurrencia de actos en las causas de justificación no se ha advertido hasta ahora que tales casos pueden presentar una estructura de comportamiento análoga a los casos de derecho de defensa (estado de necesidad). Sin embargo, la legitimación de quien repele la agresión no consiste en otros efectos, como en el caso del § 127 Abs. 1 StPO que requiere la entrega a la autoridad encargada de la persecución penal. La defensa puede consistir en una pluralidad de actos. Así, es posible que el ataque solo pueda ser neutralizado a través de una serie de actos lesivos a la integridad corporal, de manera que el resultado de la defensa se alcance solo a través de la acumulación de estos actos. Con frecuencia dicha constelación no plantea problemas especiales cuando a consecuencia de los primeros actos de defensa la agresión disminuye; la intensidad de la amenaza de la lesión al bien jurídico también se atenúa. Si embargo, la situación puede ser que el “primer golpe” genere el debilitamiento del ataque y que represente tan solo un elemento necesario en el acto general de defensa, y que quien auxilia lo valore de dicha manera. Si se aísla un acto de este tipo, se provoca solo una lesión en el agresor sin que pueda ser utilizado por la víctima de la agresión; el resultado es comparable al de una detención practicada por un privado que no conlleva a la persecución penal por parte de la autoridad oficial encargada. De esto se sigue que la justificación del primer acto requiere que los actos de defensa hayan sido intencionales.⁶⁴ Solo bajo esta exigencia puede uno afirmar que quien realiza la defensa ha ayudado a la víctima de la agresión y no que únicamente ha querido lesionar al agresor.

De cara al § 127 Abs. 1 StPO, *Lampe*⁶⁵ ha advertido de que resultan de la anticipación de los límites de la impunidad, que en cierto modo se corresponden con el problema del adelantamiento de los límites de la punición. Los grupos de casos de desistimiento que él menciona (quien lleva a cabo la detención lo hace en un principio con la intención de entregar al detenido a la policía, pero al final deja libre al delincuente) se dan también en los casos de derecho de estados de necesidad. Si se sigue con las reflexiones de *Lampe*, uno puede diferenciar el desistimiento “voluntario” del desistimiento “involuntario”. El desistimiento involuntario no presenta problemas. Éste se dará cuando el autor se vea impedido de perseguir su intención por circunstancias ajenas – con seguridad se puede todavía efectuar otras diferenciaciones –. Para las causas de justificación no sucede una cosa distinta. Otra valoración sí que puede hacerse con

respecto al desistimiento voluntario del que habla *Lampe*. Aquí cabe remitirse al desistimiento material que tiene trascendencia para el derecho positivo, en el sentido de que así como la omisión de la lesión (material) al bien jurídico anula el juicio que recae sobre el injusto, así también la omisión del acto de defensa, de rescate, etc., suprime la justificación.⁶⁶ Una tal solución sería contradictoria si se acepta que la intención de rescate del acto ya realizado es posterior al predicado de la antijuridicidad y que en el momento en que se realiza la acción tendrían que existir todos los elementos del delito.⁶⁷

Un problema adicional, conocido a la luz del § 267 StGB, tiene que ver con la pregunta de la intención “condicional”. Si el autor está firmemente decidido a usar el documento falso cuando es “indispensable”,⁶⁸ no existe duda alguna sobre la comisión del § 267 StGB; la justificación comienza cuando el defensor (quien presta ayuda) se decide a realizar el resto de actos de defensa. Si falta tal decisión no debería perpetrarse el § 267 StGB⁶⁹ y correspondientemente tendría que negarse la justificación ante la falta de decisión.⁷⁰

Que esta “intención definitiva” en los casos de estados de necesidad de varios actos se compatible con el rechazo de una intención de defensa o de una intención de rescate, ha sido clarificado a través de las reflexiones ya dadas sobre el § 127 Abs. 1 StGB. También aquí tiene la intención la única función de asegurar el efecto de rescate, sin que eso dependa de la unión de intenciones. Formulado de otra manera: la intención sirve solo para asegurar que el defensor o quien lleva a cabo la acción de rescate haga exactamente aquello que hace cuando defiende o rescata *en un solo* acto.

No hay que dudar que las reflexiones de *Lampe* sobre la utilidad del elemento subjetivo de las causas de justificación, que aquí se ha intentado continuar, ofrecen una complicación adicional de consecuencias importantes en el campo de la prueba del proceso penal. *Oehler* ha advertido expresamente que tales dificultades probatorias generan riesgos en la búsqueda de la justicia en el concreto proceso penal.⁷¹ Pero

* El término utilizado por el autor es “*Beweisverkehr*”, y se ha traducido como “tráfico probatorio” en el sentido de dar a entender que en el § 267 StGB se protege la confianza probatoria que generan los documentos en el tráfico jurídico (N.T.)

⁶⁴ Se está de acuerdo con *Jakobs* (arriba en la nota 52) en que la esperanza de que un tercero intervenga se relacione, dado el caso, a una eventual intención de la propia determinación.

⁶⁵ *Lampe*, GA 1978, 11.

⁶⁶ También con respecto al § 24 ap. I p. 1 2. se colocan paralelos, que son para tener en cuenta, en el sentido de que en dicha variante también están incluidos los casos de error (cfr. *Kaufmann*, *Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, 1959, pp. 228 ss.)

⁶⁷ A partir de esto se deriva la necesidad para el legislador de prever causas de justificación de la estructura del § 127 Abs. 1 StPO como “causas de justificación mutilada en dos actos”, en donde la justificación pueda darse ya en el primer acto.

⁶⁸ Cfr. BGH 5, 152. La clasificación de esta planificación mediante el dolo eventual que ofrece *Stratentwerth* (nota 4), n. 318 no me parece aceptable.

⁶⁹ *Stratentwerth* (nota 4), n. 318. Véase también en todo caso la constelación de OLG Köln NJW 1983, 769.

⁷⁰ En mi opinión, me decanto por la solución de que en los casos de una lesión a un bien jurídico no puede darse una causa de justificación si es que el autor no se ha decidido a proteger el bien jurídico. Sobre el caso que conduce a efectos justificados, véase de nuevo *Lampe*, GA 1978, 11.

⁷¹ *Oehler* (nota 11), pp. 116 s.

aún cuando uno, como el autor de esta contribución, asuma dicho riesgo,⁷² primero tiene que haber examinado a fondo y hasta el final las estructuras dogmáticas y tiene que estar seriamente dispuesto a plantear soluciones a las dificultades probatorias.

⁷² Cfr. *Loos* (nota 53), pp. 267 ss.
