

«Vorwort» del profesor doctor Claus Roxin *

Die Abgrenzung von Vorsatz und Fahrlässigkeit gehört zu den wichtigsten und schwierigsten Problemen der allgemeinen Strafrechtslehre. Sie ist besonders wichtig, weil in den meisten Fällen wegen Fehlens einer Fahrlässigkeitsstrafdrohung die Strafbarkeit und in den übrigen Fällen doch wenigstens die Höhe der Strafe davon abhängt. Und sie ist besonders schwierig, weil es immer noch äußerst umstritten ist, nach welchen Kriterien und Maßstäben die Abgrenzung vorgenommen werden soll.

Pérez-Barberá hat diesen Fragen mit dem vorliegenden Buch eine umfassende und grundlegende Untersuchung gewidmet. Er liefert zunächst eine etwa die letzten 200 Jahre umfassende dogmenhistorische Darstellung und berücksichtigt dabei mit großer Sorgfalt vor allem die Entwicklung der deutschen Literatur und Rechtsprechung. Da der Verfasser mehrere Jahre lang an dem damals von mir geleiteten Institut für die gesamten Strafrechtswissenschaften an der Münchener Universität gearbeitet hat, ist ihm eine Darstellung gelungen, die nicht nur die zahlreichen Abgrenzungstheorien sorgfältig und kritisch mustert, sondern gleichzeitig auch die Entwicklung der neueren Strafrechtsdogmatik spiegelt, in deren Rahmen sich diese Theorien entfaltet haben. Auf diese Weise ist das Buch zu einer Art von argentinisch-deutschem Gemeinschaftswerk geworden, das nicht nur ein schönes Zeugnis für die wissenschaftliche Zusammenarbeit unserer Länder auf dem Gebiet des Strafrechts, sondern auch ein Beispiel für eine „internationale Strafrechtsdogmatik“ darstellt, die in länderübergreifender Weise nach neuen und gemeinsamen Problemlösungen sucht.

Auf dem Fundament der historischen Entwicklung und unter Einbeziehung moderner wissenschaftstheoretischer Erkenntnisse errichtet Pérez-

* Véase la traducción al castellano de José Milton Peralta y Gabriel Pérez Barberá en p. 31.

Barberá sein eigenes Lehrgebäude, das in sehr eigenständigen Gedankengängen von den überlieferten Auffassungen in vielen Einzelheiten und vor allem in zwei grundsätzlichen Hinsichten abweicht. Ich beschränke mich hier auf das Grundsätzliche und kann auch dies nur schlagwortartig darstellen.

Erstens bricht Pérez-Barberá endgültig mit der viele Jahrzehnte lang herrschenden Auffassung, dass der Vorsatz als „Wissen und Wollen der Tatbestandsverwirklichung“ und damit als ein ontisches Kriterium, als etwas Empirisches, zu verstehen sei. Diese Lehre wird auch heute noch oft vertreten. In Deutschland ist erst vor wenigen Monaten eine Habilitationsschrift erschienen, die eine solche Auffassung mit Vehemenz verteidigt (Jochen Bung, Wissen und Wollen im Strafrecht, 2009). Pérez-Barberá setzt dem die These entgegen, dass der Vorsatz als normativer Begriff aus dem Zweck des Strafrechts abzuleiten sei und ein im Verhältnis zur Fahrlässigkeit höheres Maß an Strafwürdigkeit bezeichne. Das sei durch ein richterliches Werturteil festzustellen, für das die äußeren und inneren Umstände des Sachverhaltes nur Anhaltspunkte bieten.

Zweitens geht aber Pérez-Barberá noch weiter, indem er für den Vorsatz nicht einmal unbedingt die Kenntnis der Tatumstände verlangt. Er will vielmehr die Vorsatzstrafe auch bei einer sogenannten Tatsachenblindheit verhängen, unter der er eine irrationale Unkenntnis von Tatumständen versteht, deren Kenntnis dem Täter möglich und zumutbar gewesen sei. Denn eine derartige irrationale Unkenntnis belaste den Täter so intensiv, dass er die höhere Bestrafung aus dem Vorsatzdelikt verdiene.

Das sind kühne Thesen, die viele Diskussionen hervorrufen werden. Ich selbst stehe im ersten Punkt durchaus auf der Seite des Verfassers. In einem kürzlich gehaltenen —noch unveröffentlichten— Vortrag habe ich gesagt, dass der Vorsatz durch eine auf verschiedenartige Indikatoren gestützte Gesamtbetrachtung zu ermitteln und daher „kein psychisches Faktum, sondern ein richterliches Werturteil ist. Wenn ich es etwas paradox ausdrücken darf: Der Vorsatz bildet sich nicht im Kopf des Täters, sondern im Kopf des Richters.“ Ich versuche, das in die allgemeine Entwicklung der strafrechtlichen Methodenlehre einzuordnen, indem ich sage: „Das ist ein Ergebnis, das man als verblüffend empfinden kann. Aber es zeigt sich darin eine Wendung vom Ontischen zum Normativen, das auch sonst für die neuere Entwicklung der Strafrechtsdogmatik kennzeichnend ist.“ Die Arbeit von Pérez-Barberá bewegt sich also auf einem sehr modernen Weg, den auch ich mehr und mehr eingeschlagen habe.

Dagegen frage ich mich, ob er mit seiner zweiten Hauptthese, der vorsatzbegründenden Kraft der „Tatsachenblindheit“, nicht zu weit geht. Wer aus irrationalen Gründen eine Gefahr nicht sieht, die er eigentlich sehen muss-

te, handelt mit einer Einstellung, die man in der deutschen Sprache als „sträflichen Leichtsinns“ bezeichnet. Das begründet sicher einen erheblichen Vorwurf, erreicht aber doch wohl nicht das Maß an Strafwürdigkeit, das wir dem Vorsatztäter vorhalten: dass er sich nämlich bewusst für den Fall, dass er anders sein Ziel nicht erreichen kann, gegen das geschützte Rechtsgut entschieden hat.

Es soll ferner hervorgehoben werden, dass Pérez Barberá auch eine Einschränkung des Vorsatzbegriffs vorschlägt, nämlich für die Fälle der von ihm sog. „objektiv unerwarteten Vollendung“ und des abergläubischen und irrationalen Versuchs. Es kann deshalb auf keinen Fall davon die Rede sein, dass sein Beitrag allein auf eine Ausdehnung der vorsätzlichen Zurechnung abziele. Somit zeigt sich, dass ein normativer Vorsatzbegriff keineswegs notwendig und ausschließlich eine Erweiterung des Bereichs des Vorsätzlichen zur Folge haben muss.

Aber da bin ich schon mitten in der Diskussion, zu der das Buch von Pérez-Barberá in so hohem Maße herausfordert. In dieser anregenden, zur Stellungnahme zwingenden Kraft liegt gerade eine besondere Stärke des Buches. Das Werk hat eine große internationale Verbreitung verdient und wird die Lehren über Vorsatz und Fahrlässigkeit nicht nur in Argentinien nachhaltig beeinflussen. Ich beglückwünsche den Verfasser zu seinem Buch und wünsche ihm großen Erfolg.

München

Prólogo

Traducción de José Milton Peralta y Gabriel Pérez Barberá

La delimitación entre dolo e imprudencia constituye uno de los problemas más importantes y difíciles de la teoría general del derecho penal. Resulta especialmente importante porque de dicha distinción depende o bien la punibilidad misma del hecho, como sucede en la mayoría de los casos a raíz de la ausencia de una conminación penal para el delito imprudente, o bien, por lo menos, la intensidad de la pena. Y es especialmente difícil porque aún se encuentra extremadamente discutido conforme a qué criterios y parámetros debe ser efectuada esa delimitación.

En el presente libro, Pérez Barberá ha dedicado a estas cuestiones una investigación exhaustiva y fundamental. En primer lugar, ofrece una presentación histórico-dogmática que abarca aproximadamente los últimos

200 años y aborda allí, especialmente y con gran escrupulosidad, el desarrollo de la literatura y jurisprudencia alemanas. Dado que el autor ha trabajado durante varios años en la Universidad de Múnich, en el Instituto para las Ciencias Penales Conjuntas dirigido por mí en aquel momento, ha logrado una exposición que no sólo examina meticulosa y críticamente las numerosas teorías de delimitación, sino que, al mismo tiempo, refleja también el desarrollo de la nueva dogmática penal, en cuyo marco se han desarrollado estas teorías. De esa manera, el libro se ha transformado en una especie de obra en común argentino-alemana, que no sólo constituye un buen testimonio del trabajo científico conjunto de nuestros países en el área del derecho penal, sino que representa también un ejemplo de una “dogmática penal internacional”, que busca nuevas y conjuntas soluciones a los problemas, de una manera que trasciende las fronteras.

Con fundamento en el desarrollo histórico y en modernos conocimientos de teoría de la ciencia, Pérez Barberá ha construido su propio edificio teórico, el que, con razonamientos muy independientes, se aparta en muchas particularidades de las concepciones tradicionales, y sobre todo en dos aspectos fundamentales. Me limito aquí a lo central, e incluso esto sólo puede ser presentado de un modo muy sucinto.

En primer lugar, Pérez Barberá se aparta definitivamente de la concepción dominante durante muchos decenios, según la cual el dolo debe ser entendido como “conocer y querer la realización del tipo penal”, y por tanto como un criterio óntico, como algo empírico. Esa teoría es defendida aún hoy frecuentemente. En Alemania ha aparecido hace pocos meses un trabajo de habilitación que defiende esa concepción de manera vehemente (Jochen Bung, *Wissen und Wollen im Strafrecht*, 2009). Pérez Barberá contrapone a esto la tesis de que el dolo, como concepto normativo, debe ser desarrollado a partir de los fines del derecho penal, y que, en comparación con la imprudencia, el dolo indica una intensidad más elevada de merecimiento de pena. Y ello, según el autor, debe ser determinado conforme a un juicio de valor judicial, respecto del cual las circunstancias externas e internas del estado de cosas sólo ofrecen puntos de referencia.

Pero, en segundo lugar, Pérez Barberá va todavía más lejos, en la medida en que, para el dolo, no exige ni siquiera el conocimiento de las circunstancias del hecho como un requisito necesario. Antes bien, pretende imponer la pena del dolo también en el caso de la llamada ceguera ante los hechos, que es entendida por él como el desconocimiento irracional de las circunstancias del hecho, cuyo conocimiento le era posible y exigible al autor. Pues, según Pérez Barberá, un desconocimiento irracional semejante pesa sobre el autor de un modo tan intenso que lo hace merecedor del castigo más elevado del delito doloso.

Estas son tesis osadas, que van a desencadenar muchas discusiones. Yo, personalmente, estoy completamente del lado del autor en el primer punto. En una conferencia que dicté hace poco tiempo —aún no publicada— he dicho que el dolo debe determinarse conforme a una consideración completa basada en diferentes indicadores, y que, por eso, “no constituye un dato (*Factum*) psicológico, sino un juicio de valor judicial. Para expresarlo de un modo metafórico: el dolo no se forma en la cabeza del autor, sino en la cabeza del juez”. Yo intento integrar esto en la evolución general de la metodología jurídico-penal, en la medida en que digo que “ese es un resultado que puede parecer desconcertante, pero lo cierto es que con ello se pone de manifiesto un giro desde lo óntico hacia lo normativo que, de todas formas, es característico del nuevo desarrollo dogmático penal”. El trabajo de Pérez Barberá se desarrolla, entonces, sobre una senda muy moderna, en la que yo también me he introducido cada vez más.

Por el contrario, me pregunto si Pérez Barberá no va demasiado lejos con su segunda tesis principal, referida al poder configurativo de dolo que tendría la “ceguera ante los hechos”. Quien por motivos irracionales no percibe un peligro que en realidad debió haber percibido, obra con una actitud que en idioma alemán se caracteriza como “ligereza punible” (*sträflichen Leichtsinns*). Eso fundamenta, sin dudas, un reproche considerable, pero seguramente no alcanza la medida de la punibilidad propia del autor doloso, a saber: que él, para el caso de que no pueda alcanzar su objetivo de otro modo, se ha decidido precisamente en forma consciente en contra del bien jurídico protegido.

De todas maneras, corresponde destacar que Pérez Barberá propone también una reducción del ámbito del dolo, tanto para los supuestos que él denomina de “consumación objetivamente inesperada” como para los casos de las denominadas tentativas irreales y supersticiosas, por lo que de ninguna manera puede considerarse que su aporte persigue, solamente, ampliar el campo de aplicación de la imputación dolosa. Y ello es precisamente lo que demuestra que un concepto normativo de dolo no tiene por qué conducir, necesaria y únicamente, a una ampliación de su ámbito de aplicación.

Pero con ello ya estoy en el centro de la discusión a la que de modo tan vivo anima el libro de Pérez Barberá. Justamente en esa energía estimulante, que fuerza a tomar partido, yace una fortaleza especial de este libro. La obra se merece una gran difusión internacional e influirá de modo duradero en las teorías sobre dolo e imprudencia no sólo en Argentina. Felicito al autor por su libro y le deseo gran éxito.