

GÜNTHER JAKOBS

SOBRE LA GÉNESIS DE
LA OBLIGACIÓN JURÍDICA

TEORÍA Y PRAXIS DE LA INJERENCIA
EL OCASO DEL DOMINIO DEL HECHO

MANUEL CANCIO MELIÁ

DOGMÁTICA Y POLÍTICA CRIMINAL EN
UNA TEORÍA FUNCIONAL DEL DELITO

*El procurador Gamarra Johnson
con todo afecto y mi
gratitud por su hospitalidad,*



UNIVERSIDAD NACIONAL DEL LITORAL
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

*RUBINZAL - CULZONI EDITORES

Reimpresión

ISBN 950-727-272-0

RUBINZAL - CULZONI EDITORES

de RUBINZAL Y ASOCIADOS S. A.

Talcahuano 442 – Tel. (011) 4373-0544 – C1013AAJ Buenos Aires

Queda hecho el depósito que dispone la ley 11.723

IMPRESO EN ARGENTINA

ÍNDICE GENERAL

PRESENTACIÓN.....	9
ABREVIATURAS	15
<i>Sobre la génesis de la obligación jurídica</i> , por GÜNTHER JAKOBS	17
<i>Teoría y praxis de la injerencia</i> , por GÜNTHER JAKOBS.....	49
<i>El ocaso del dominio del hecho. Una contribución a la normativización de los conceptos jurídicos</i> , por GÜNTHER JAKOBS.	87
<i>Dogmática y política criminal en una teoría funcional del delito</i> , por MANUEL CANCIO MELIÁ	121
ÍNDICE SUMARIO	149

PRESENTACIÓN

Compilar en pocas páginas el contenido de las conferencias que aquí se ofrecen al lector, acaso merecería mucho más que una introducción temática y mucho menos que una breve referencia al paso. Entre ambos extremos quizá pueda hallarse una alternativa compromisoria que destaque, en primer lugar y como decisivo, la reputación de sus autores, y —quizá sólo por ello en otro plano— la relevancia y viva actualidad de estos trabajos.

Günther Jakobs es Director del Instituto de Filosofía del Derecho de la Universidad de Bonn, Alemania. También integra la Academia de Ciencias de Renania Westfalia y la Academia de Ciencias de Baviera. Es Doctor en Derecho por la Universidad de Bonn. Se desempeñó como asistente científico en el Instituto de Filosofía del Derecho de la Universidad de Bonn, bajo la dirección del Profesor Doctor Hans Welzel, su maestro y director de su escrito de habilitación, obtenida finalmente en 1971, en la Universidad de Bonn, en Derecho Penal, Procesal Penal y Filosofía del Derecho, y publicada bajo el título *Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt —Estudios sobre el delito imprudente de resultado—*.

En su conferencia *Acerca de la génesis de la obligación jurídica*, el autor pasa revista a las distintas vías argumentativas acerca de los modelos consensuales para arribar al núcleo que estima plausible, correspondiente al orden personal o comunicación entre personas. El “ser persona” aparece, pues, constitutivo del deber o, como lo sostiene, ser persona significa: cumplir el deber frente al grupo. Quizá la aportación más original de este artículo lo constituya tanto la mención del individuo, a quien el Estado, si desea mantenerlo como ciudadano, habrá

de garantizarle supervivencia, como el reconocimiento de la economía moderna en cuanto dominante generadora de obligaciones. La economía decide, según ello, la configuración de la persona (quien asume deberes), y el Estado de prestaciones no puede reconocer como destinatarios de sus normas a los excluidos del sistema económico, precisamente porque no alcanzaron aquella condición. Las implicaciones que envuelve dicha visión –quizá no suficientemente exploradas– para un orden normativo real, valen tanto por lo ya reconocido en un mundo global cuanto por lo que cabe esperar de su aparente profundización. Y dicha visión para un modelo normativo –aquel que obliga y no fuerza cognitivamente–, antes que reajustar el rigor penal propone un nuevo desafío de legitimación.

En *Teoría y praxis de la injerencia*, Jakobs comienza por situar su espacio normativo calificándola como fuente (creación) de un riesgo especial como procedente de un determinado comportamiento previo. La lógica de las llamadas relaciones negativas y positivas se muestra reconducida a dos actitudes correspondientes: no empeorar-mejorar los círculos de organización ajenos. Así, el comportamiento inerente no define un *status* especial del sujeto obligado. Antes bien, el deber se funda en una relación negativa, es decir, en el estado de la organización previa del autor. Prosigue analizando el tratamiento que la jurisprudencia alemana ha brindado a la cuestión, en particular cuando abordara la complicidad en el delito de falso testimonio, la responsabilidad del “hostelero”, las conductas propias del tráfico rodado, la responsabilidad por el producto y finalmente la del partícipe por los hechos posteriores de otro partícipe. Al definir el riesgo especial, cuyo control fundamenta el deber del garante, Jakobs se aleja de la tradición nominal según la cual el comportamiento previo debe ser antijurídico para convertir a su ejecutor en garante. Lo decisivo, concluye, viene constituido por la arrogación de un comportamiento previo configurador de un riesgo especial para la esfera ajena, y ello relativiza –una vez más– la distinción entre acción y omisión.

Finalmente, en su aportación *El ocaso del dominio del hecho. Una contribución a la normativización de los conceptos jurídicos*, el profesor Jakobs desarrolla su tesis, ya sostenida en trabajos anteriores, de que el problema de la comúnmente llamada *concurrency de personas en el delito* es un problema de atribución normativa, es decir

de competencias y no de facticidad –mayor o menor señorío en el hecho–. Desde su distinción central entre delitos de competencia por organización y delitos de competencia en virtud de una institución, que conlleva la pérdida de importancia de la diferencia entre acción y omisión –lo que Jakobs criticara con razón como ficción burguesa de la *obligación originaria*–, y su también delimitación esencial entre *prohibición de regreso y accesoriedad*, el profesor de Bonn analiza la falta de relevancia de la tesis del *dominio del hecho*. Tanto en el ámbito de la comisión propia, como de la codeiniciación o la autoría mediata –autoría directa disfrazada a través de naturaleza–, si de delitos de dominio se trata lo que decide es la competencia por la organización en donde, como él dice, puede haber “*señores del hecho y figuras marginales*”, siendo ello no más que diferencias cuantitativas. En el ámbito de los *delitos de deber*, al mismo tiempo, puede haber diferencias cuantitativas derivadas de la jerarquía de los sujetos o rangos de deber. En todo caso se trata de fundamentación de competencias.

Será difícil augurar, para el científico comprometido seriamente con el estudio del Derecho Penal, una evolución responsable de su pensamiento si –por la razón que fuese– decidiese prescindir de considerar las aportaciones de Jakobs. El panorama de la ciencia penal en nuestro país, condicionado por las variables que aquejan a todo el ámbito científico en su conjunto, en buena medida aún permanece sin embargo ajeno a sus desarrollos.

Resulta sorprendente –y por cierto que desgraciado– comprobar cómo amplios sectores involucrados (parece que definitivamente) dentro de un esquema de pensamiento rígidamente “nacional” y cuya clave de comprensión, además de foránea, ha quedado superada hace noventa años por la evolución del sistema de imputación penal, rechacen siquiera el contacto curioso con las ideas de Jakobs, bajo la tan crónica como penosa admonición de forastería. Prejuicios similares hubo de soportar en su tiempo el finalismo. Y –¿por qué no?– aún los continúa padeciendo.

Pero si aquello resulta sorprendente, quizá se muestre incomprendible el cuestionamiento general que las ideas del autor suscita en el seno del foro que ocupan quienes asumen, según se pregona, una visión liberal y garantista del sistema penal. Esta última objeción –si cabe acaso mentarla como tal–, lanzada desde aproximaciones fragmentarias

a su producción, carga con una excesiva alforja de temores. Los temores que acaso inmovilicen. Los temores que sólo pueden removerse desde la crítica que autoriza el conocimiento.

Es posible que la refundación normativa de los conceptos jurídicos acabe por desalentar a quienes, luego de andar por largo tiempo la cómoda rutina que ofrece un modelo de comprensión sujeto a fundamentaciones ontológicas, enfrenten un sistema que inicie su cometido funcional interrogándose por lo social, dentro de un marco de contactos altamente anónimos. Si esto implica, a su vez, degradar la relevancia del bien jurídico como vehículo de legitimación, vestir al sujeto con el manto de persona atribuyéndole un rol, problematizar lo comunicativamente relevante, definir ámbitos de competencia y destacar la noción de riesgo en reemplazo de meras mutaciones naturalistas como contenido de la norma, entonces aquel desaliento inicial probablemente evolucione hasta convertirse en espanto y, desde allí, en huida irracional en busca de las “seguridades de lo conocido”.

Sin embargo, esas agresiones sólo son putativas. Detrás del pensamiento de Jakobs no se agazapan fantasmas que funcionalizan sujetos en el altar de las personas, ni se ensalza un “*Leviathan*” generador de normas incuestionables, ni –finalmente– se trata como enemigos a sus infractores. Antes bien, si Jakobs –como sería deseable– les fuera realmente conocido a muchos de sus contradictores, seguramente habría de devolverles otra imagen, y aquel espanto se reconocería entonces sólo en el impulso crítico infundado y prejuicioso.

Si el modelo funcional, más precisamente la culpabilidad como categoría central, procura sostener la identidad social (sus reglas comunicativas), entonces dicho mantenimiento y su textura descriptiva habrían de provocar, adicionalmente y para quienes resisten dicha constante, cierta desazón ante lo acabado, frente a “esta” sociedad real. Siempre que se trate de verdadera sociedad, habrá que asumir dicha pérdida de ilusión. Jakobs lo ha intuido admitiendo inmediatamente que la desazón (lo “chocante” según su definición) viene constituida por la exclusión de la utopía.

Sólo el conocimiento de sus premisas metodológicas nos habilitará para coincidir o discrepar. De sus aciertos o falacias, sin embargo, se encargará la historia. Este coloquio, tanto como el esfuerzo por lograrlo, intentará apurarla.

Por su parte, *Manuel Cancio Meliá* es Profesor Titular de Derecho Penal en la Universidad Autónoma de Madrid en la que en el año 1997 obtuvo el título de Doctor, habiendo realizado su tesis sobre el tema *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho Penal*, que dirigió el Profesor Agustín Jorge Barreiro y para cuya elaboración permaneció por largo tiempo en el Seminario de Filosofía del Derecho que dirige el Profesor Jakobs en la Universidad de Bonn. Además de innumerables artículos es el traductor por excelencia de los estudios, entre otros, del Profesor Jakobs, tarea ardua por la que la academia hispana le debe, ya sólo por ella, un gran reconocimiento.

La conferencia del Profesor Cancio Meliá que se recoge en este volumen con el título de *Dogmática y política criminal en una teoría funcional del delito*, constituye un meditado estudio sobre los lineamientos de la actual política criminal insertada en lo que se ha denominado el proceso de *expansión del Derecho Penal*, que sin duda apunta a un resurgir del punitivismo o, como bien señala el autor, un aparente retorno a la ideología de la “*ley y el orden*”, en los términos de Gimbernat Ordeig, que marca la tendencia del legislador a plantear la “*lucha*” contra la criminalidad de la mano del Derecho Penal, para lo que se tiene en cuenta, de la manera en que lo hiciera entre otros Silva Sánchez en *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades post industriales*, lo imparable del fenómeno en el marco de la “*globalización*”. Con este fondo como marco, se ocupa a continuación del análisis de la integración dogmática-política criminal con referencia a las postulaciones de Roxin, Hassemer y su Escuela de Frankfurt, y por último de las aportaciones en este sentido del sistema de Jakobs, con una discusión aceptable de las cuestiones metodológicas que están en trasfondo de las discusiones planteadas en torno al mismo. El cierre constituye una estocada bien dirigida a quienes, con un maniqueísmo que debe deplorarse, siguen afirmando que el principio de que el Derecho Penal protege bienes jurídicos constituye una limitación a la pretensión punitiva del Estado: “*Y si no que pregunten a los redactores del Código Penal español, que encontraron bienes jurídicos hasta debajo de las piedras con los que crear nuevas infracciones o justificar nuevas penas*”. Creemos que la aportación de Manuel Cancio Meliá es de interés

para que los más jóvenes se animen a participar de un ámbito de discusión sin preconceptos, que, por lo visto, es posible.

Queremos por último agradecer a Rubinzal-Culzoni Editores el haberse hecho cargo de la publicación de estas conferencias que, sin dudas, contribuirán a la discusión de los interesantes aportes que las mismas contienen, en el importante y creciente espacio científico de distribución que ha alcanzado dicha editorial.

Santa Fe, agosto de 2000

ENRIQUE GARCÍA VITOR – RICARDO CARLOS MARÍA ÁLVAREZ
JORGE A. LUCIANO GARCÍA

Por el Área Derecho Penal-Instituto de Derecho Público

ABREVIATURAS

ADPCP	Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales
AK	Kommentar zum Strafgesetzbuch Reihe Alternativkommentare
AP	Actualidad Penal
AT	Allgemeiner Teil
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht, Tribunal Supremo del Estado federado de Baviera
BGH	Bundesgerichtshof, Tribunal Supremo Federal de la República Federal de Alemania
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen (sentencias del Tribunal Supremo Federal alemán en asuntos penales –colección oficial–)
BritJCrim	British Journal of Criminology
CalLR	California Law Review
Cass.Pen.	Cassazione Penale
Cit.	citado
CP	Código Penal
CPC	Cuadernos de Política Criminal
Ed.	edición, a cargo de la edición
EPCr	Estudios Penales y Criminológicos
FG	Festgabe
FS	Festschrift
GA	Goldammer's Archiv für Strafrecht
GS	Gedächtnisschrift
JA	Juristische Arbeitsblätter
JC	Jurisprudencia Criminal. Tribunal Supremo (colección legislativa de España, colección oficial, Ministerio de Justicia –hasta 1985–)
JP	Jurisprudencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda de lo Penal (colección oficial, editada por el Consejo General del Poder Judicial –a partir de 1986–)
JR	Juristische Rundschau
Jura	Juristische Ausbildung

JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
LECrim	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LH	Libro homenaje
LK	Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch
MDR	Monatsschrift für deutsches Recht
MSchrKrim	Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NK	Nomos-Kommentar zum Strafgesetzbuch
n.m.	número(s) marginal(es)
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
NZV	Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht
OLG	Oberlandesgericht (Tribunal Superior de un Estado federado de la República Federal de Alemania)
PG	Parte General/Parte Generale
PE	Parte Especial
PJ	Poder Judicial
RA	Registro de Jurisprudencia Aranzadi
RCCP	Revista Canaria de Ciencias Penales
RDCir	Revista de Derecho de la Circulación
RDPCr	Revista de Derecho Penal y Criminología, 2ª época
RGSt	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen (sentencias del Tribunal Supremo del Reich alemán en asuntos penales –colección oficial–)
SchwJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung/Revue Suisse de Jurisprudence
SK	Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch
S/S	Schönke-Schröder, Kommentar zum Strafgesetzbuch
StGB	Strafgesetzbuch, Código Penal alemán
STS	Sentencia(s) del Tribunal Supremo español (Sala Segunda)
StV	Strafverteidiger
TempLR	Temple Law Review
TS	Tribunal Supremo español
VRS	Verkehrsrechts-Sammlung
WK	Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch
ZStrR	Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht/Revue Pénale Suisse/Rivista Penale Svizzera
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

SOBRE LA GÉNESIS DE LA OBLIGACIÓN JURÍDICA*

por GÜNTHER JAKOBS**

SUMARIO: I. Concepto de obligación. II. El contrato como fuente. III. Formulación de lo general por el individuo: el imperativo categórico de Kant. IV. Establecimiento de un poder mediante contrato (Hobbes). V. Unión en lo general (Rousseau). VI. Insuficiencia de cualquier contractualismo. VII. La obligación como relación entre personas. VIII. Resumen.

I. Concepto de obligación

Siguiendo la costumbre de los juristas, comenzaré con un ejemplo imaginario¹: dos seres humanos, que no han tenido contacto con anterioridad de manera directa o de un modo mediato determinable, se encuentran casualmente en un lugar solitario, no sometido al dominio de nadie, por ejemplo, en alta mar. Constatan que disponen de objetos susceptibles de intercambio y acuerdan una permuta, por ejemplo, de oro a cambio de instrumentos náuticos. Una vez ejecutado el negocio, *uno* de los seres humanos comprueba que el *otro* no dispone de armas. Inmediatamente, le quita al otro lo entregado con un gesto mostrando su armamento, y se aleja con el oro y los instrumentos náuticos. ¿Sucede

* Traducción del texto *Zur Genese von Rechtsverbindlichkeit* (manuscrito) de Manuel Cancio Meliá (Universidad Autónoma de Madrid).

** Universidad de Bonn.

¹ De modo similar HUSSERL, G., *Rechtskraft und Rechtsgeltung*, 1925, p. 39; sobre ello RÖHL, en KAULBACH *et al.* (ed.), *Recht und Gesellschaft (Festschrift für Schelsky)*, 1968, ps. 435 y ss., 459 con nota 60, con ulteriores referencias.

esto en contra de una obligación existente, o, como también se dirá en lo que sigue, en contra de un deber existente?

Para poder contestar esta pregunta, aquí se comenzará con algunas consideraciones acerca de qué es lo que ha de entenderse por obligación o deber. La obligación aquí no es entendida como la coacción a la que está expuesto un individuo que en una determinada situación debe hacer algo para maximizar su satisfacción o minimizar su insatisfacción. Diciéndolo con ejemplos, ni la tormenta crea la obligación de abrir el paraguas, ni —en uno de los casos más famosos de la filosofía social²— la pistola del ladrón la obligación de entregar cosas de valor. En correspondencia, por mencionar otro ejemplo, la amenaza de los gobernantes de la antigua República Democrática Alemana de disparar sobre quienes huyesen del país no creó per se una obligación de permanecer en su territorio. Obtener una conducta por *coacción* y poder vincular mediante *obligación* a realizar un comportamiento son dos cosas distintas.

Por el contrario, aquí se hablará de obligación cuando se espere de una persona un determinado comportamiento sin que se tenga en cuenta la constitución del individuo, dicho de otro modo, cuando la ordenación de la conducta no es descripta en función del esquema satisfacción/insatisfacción (o conforme a un esquema subordinado a éste, como estímulo muscular/inacción), sino de acuerdo con un esquema distinto, un esquema de deber, que si bien no contradice necesariamente en todo caso el esquema satisfacción/insatisfacción, sí lo hace ciertamente en supuestos individuales. Desde la perspectiva del esquema de deber, la pregunta que entonces se impone, acerca de cómo siquiera podrá producirse un comportamiento de determinada configuración sin encontrar una condición suficiente en el esquema satisfacción/insatisfacción, es contestada afirmando que es asunto de la persona misma procurarse las condiciones de esa configuración;

² AUGUSTINUS, *De Civitate Dei*, libro IV, 4; HUME, *Ein Traktat über die menschliche Natur*, trad. de Lipps, Libro III, *Über Moral*, 1906 (reimp. 1978 con el Libro II), ps. 273 y ss.; ROUSSEAU, *Vom Gesellschaftsvertrag*, en: FONTIUS (ed.), *Kulturkritische und politische Schriften in zwei Bänden*, tomo 1, s/f, ps. 381 y ss., Libro I, 3; KELSEN, *Reine Rechtslehre*, 2ª ed., 1960, ps. 45 y ss.; también SPINOZA, *Tractatus Theologicus-Politicus*, ed. a cargo de Gawlick, 1979, p. 475.

cuando la persona no logra una acción debida o ejecuta una acción no debida, ello le es imputado como defecto. Dicho con un ejemplo: cuando se discute si resulta aconsejable que un científico, después de un experimento fracasado, opte sencillamente por falsear los datos, por un lado puede analizarse la situación de motivación del científico, en particular determinar si no sucede que el daño que se produciría en caso de descubrirse el falseamiento resultaría tan masivo que en términos de balance no puede alcanzarse una ventaja. Por otro lado, sin embargo, también se puede argumentar que aunque todo parezca ser propicio para el falseamiento, un científico debe omitirlo; pues éste queda definido por el intento de comunicar algo cierto, o al menos plausible, en todo caso, por no mentir, mientras que no forma parte de su figura la maximización de bienes de fortuna. Esta segunda valoración de la situación, que parte del rol de un científico, se fundamenta en una obligación del científico, precisamente en la configuración de su rol, que no tiene en cuenta los intereses individuales.

También ha de limitarse este ámbito restante de orden normativo en sentido estricto: en lo que sigue, quedan aquí excluidos todos los deberes religiosos. Por ejemplo, que los dos permutantes en el ejemplo mencionado al principio puedan estar obligados a la fraternidad en cuanto criaturas de un creador, queda fuera de consideración. Además, tampoco se tendrán en cuenta las configuraciones secularizadas de tales deberes religiosos, es decir, los deberes contra uno mismo; en lugar de ofrecer una fundamentación, queda hecha una remisión, en esta medida, a *Schopenhauer*³. Por lo tanto, en lo que sigue únicamente se tratarán los deberes de una persona frente a otra, debiéndose representar los intervinientes como no constituidos religiosamente; a efectos de delimitación, puede hablarse de deberes sociales.

II. El contrato como fuente

Deber social es la denominación para la relación entre un obligado y un derechohabiente. En esta relación, no es necesario que el titular

³ *Die beiden Grundprobleme der Ethik*, en: VON LÖHNEYSEN (ed.), *Sämtliche Werke*, t. III, 1962, ps. 483 y ss., 652 y ss., 783; sobre la filosofía moral como moral "teológica disfrazada" en los deberes contra uno mismo: p. 691.

sea el favorecido; así, puede suceder que alguien tenga frente a otro el deber de favorecer a un tercero, por ejemplo, un súbdito frente a un señor el deber de favorecer a otro súbdito. Sin embargo, en el ejemplo mencionado al principio no hay ningún tercero, de modo que cabe concretar la cuestión a resolver en los siguientes términos: ¿tiene *uno* un deber específico frente al *otro* de dejarle la cosa que le ha dado en permuta, es decir, de respetarle como propietario? Dicho de otro modo, ha de poder mostrarse un orden en cuanto orden determinante mediante el cual el *otro* sea definido como propietario y *uno* como sujeto que respeta esto. Parece sencillo mostrar tal orden: tanto el *uno* como el *otro* han querido la permuta y la han ejecutado, es decir, han elegido un orden en el que cada uno de ellos ha de quedar como propietario de la cosa obtenida en la permuta y perder la propiedad de la cosa entregada.

Esta constatación, que a primera vista parece clara como la luz del día, sin embargo, entra en penumbra —al principio, leve, y, después, más intensa— en cuanto se formula claramente que la *voluntad* de los permutantes es un hecho psíquico, que, precisamente, al ser un hecho, viene y va, y que una vez que se ha ido, como sucede en el caso de *uno* de los seres humanos, después de que descubriera que el *otro* estaba desarmado, ya no puede tener efecto alguno.

Sin embargo, el argumento de que lo que sucede es que la voluntad de permutar habría finalizado podría quedar neutralizado precisamente por la conclusión de la permuta: pues la permuta consistía precisamente en sustituir la indeterminación de la voluntad futura por la determinación de una atribución de los objetos, dicho de otro modo, se pretendía que únicamente fuera determinante la distribución de los bienes acordada en la permuta, y no lo que se quisiera en el futuro. Pero tan indudable como resulta que éste es el contenido de la permuta, tan dudoso es por qué vincula ese contenido en una permuta llevada a cabo bajo las condiciones descriptas.

Si se busca una razón de la obligación, el deber parece ofrecerse en primer lugar como criterio determinante de la autorrepresentación de los intervinientes, especialmente de *uno* de ellos, que no quiere ser coherente: él mismo se ha comportado como permutante, y por lo tanto debe quedar vinculado a ello. Este camino, sin embargo, no con-

duce a la meta, pues ese *uno* de ningún modo negará haberse comportado de ese modo, pero sí que ese episodio del pasado le atañía en algo. "...la voluntad vinculante es la voluntad de ayer"⁴. El resultado de esta perspectiva del individuo hacia la sociedad (formulado con claridad por primera vez por *Hume*)⁵ se corresponde con el de una perspectiva de la sociedad hacia el individuo: *Durkheim* fue el primero en elaborar con toda claridad los presupuestos no contractuales, sino institucionales del contrato, llegando a la conclusión de que "el contrato no se basta por sí mismo; tan sólo es posible gracias a una reglamentación del contrato que es de origen social. El contrato presupone tal reglamentación, puesto que tiene mucho más la función de aplicar reglas generales, fijadas con anterioridad, a casos individuales, que la de crear reglas nuevas"⁶.

Si existiera un deber a priori de procurarse un *curriculum vitae* coherente, el *uno* estaría vinculado, pero ¿de dónde ha de tomarse ese deber? ¿Que ninguna sociedad puede vivir sin él?⁷ Bien, pero el sujeto despojado, aislado, no constituye una sociedad. Ciertamente, el *uno* ha afirmado con la permuta antes realizada una institución social, una institución que no ordena nada, es decir, que no es tal institución si puede verse seguida inmediatamente del robo; por lo tanto, la permuta y el robo se encuentran en dos mundos distintos, la primera en un mundo social, el segundo en el mundo del individuo aislado que roba. Quien lleva a cabo una permuta, afirma un mundo social. Pero en el ejemplo, este mundo social sólo existe porque ambos intervinientes

⁴ RADBRUCH, *Rechtsphilosophie*, 5ª ed., a cargo de E. Wolf, 1956, p. 245. Exhaustivamente sobre la diferencia entre voluntad individual de vincularse y vinculación, JAKOBS, *Norm, Person, Gesellschaft*, 1997, ps. 14 y ss., 20 y ss. y pássim.

⁵ Cfr. al respecto *infra* texto correspondiente a la nota 8.

⁶ *Über soziale Arbeitsteilung*, 1988, ps. 256 y ss., 272; vid. también p. 450 y pássim; ídem, *Physik der Sitten und des Rechts*, 1991, ps. 237 y ss., 245: "El contrato es [...] una fuente de variaciones que presupone un fondo jurídico básico que tiene un origen distinto". Exhaustivamente al respecto RÖHL (nota 1), ps. 45 y ss.; además KÖNIG, en KÄSLER (ed.), *Klassiker des soziologischen Denkens*, t. 1, *Von Comte bis Durkheim*, 1976, ps. 312 y ss., 323; GEPHART, *Gesellschaftstheorie und Recht*, 1993, ps. 329 y ss.; KERSTING, *Die politische Philosophie des Gesellschaftsvertrags*, 1994, ps. 39 y ss.

⁷ LUHMANN, *Rechtssoziologie*, t. I, 1972, ps. 74 y ss.

en la permuta lo esbozan mediante el acto de permuta. Que este mundo permanezca como real o sólo sea capricho de un momento no queda determinado sólo con ese esbozo; pues el *otro* se encuentra sólo con la defraudación que le produce el *uno* mediante el robo: esta defraudación ni siquiera es ya un suceso social, sino tan sólo sufrimiento individual. Dicho de otro modo: ninguna socialidad se compone de sólo dos personas, pues entonces la desvinculación de una de las personas ya no puede ser concebida comunicativamente como defecto.

Sin embargo, también en un caso menos drástico que el configurado al principio, es decir, también en caso de intervenir más de dos individuos, la promesa de permuta en el plano de los individuos es tan sólo un hecho que debe tenerse en cuenta por inteligencia práctica, y no genera una vinculación, puesto que el individuo no conoce la vinculación, sino sólo el esquema de satisfacción e insatisfacción. Correspondientemente, dice *Hume* que nos resulta “tan imposible modificar por nosotros mismos nuestros sentimientos como los movimientos del cielo”. Y resume: “una promesa *por naturaleza* es un completo sinsentido”⁸. Y del mismo modo argumentó ya *Spinoza*⁹: “...cualquier contrato sólo es válido en virtud de su utilidad [...] Si ésta desaparece, también decae el contrato y pierde su validez. Por ello, es estúpido exigir de otro fidelidad eterna si no se procura al mismo tiempo que el quebrantamiento del contrato a concluir le produzca más daño que beneficio”.

Partiendo de esta situación, tampoco los argumentos utilitaristas sirven de ayuda. Por ejemplo: ¿que ese *uno* en algún momento deberá confiar en la constancia de otro? De acuerdo, pero este caso futuro no lo puede dirigir mediante su conducta actual. ¿Quizás el *otro* descubre pronto una debilidad de ese *uno* y le devuelve el ataque? Igualmente de acuerdo, pero una cosa es producir de modo poco inteligente

⁸ Op. cit. (nota 2), p. 264; sobre ello LAHNO, *Versprechen. Überlegungen zu einer künstlichen Tugend*, 1995, ps. 39 y ss., 49 y ss.; ídem, en: HEGSELMANN *et al.* (ed.), *Moral und Interesse*, 1997, ps. 47 y ss., 49 y ss.

⁹ Op. cit. (nota 2), p. 475; ídem, *Politische und ökonomische Essays*, introducción y edición de Bermbach, 1988, vol. 2, ps. 301 y ss., 316 y ss. Respecto de la ausencia de normas en la existencia individual con más detalle JAKOBS, op. cit. (nota 4), ps. 9 y ss., 14 y ss., 24 y ss.

su propio daño y otra lesionar un deber social. El utilitarismo enseña qué acción es inteligente o estúpida, pero no lo que se debe y lo que no se debe.

Resumiendo, esto significa: los permutantes pueden desear la constancia del otro, también es posible que de ser lo suficientemente fuertes puedan obtener esa constancia coactivamente. Si les falta la fuerza o si su cálculo es erróneo, su deseo puede no realizarse. De ello podrán aprender para comportarse de modo más inteligente en la siguiente ocasión. No hay nada más que decir en el plano de los individuos.

III. Formulación de lo general por el individuo: el imperativo categórico de Kant

El *uno* cuya conducta aquí sirve de ejemplo resulta en todo caso inatacable si puede retirarse a su posición de un individuo que determina su propio ser, es decir, a su pura facticidad. Pero ¿por qué se le ha de permitir que lo haga? ¿No puede ser tomado como ser racional que no resulta definido por la invocación de satisfacción o insatisfacción, sino, precisamente, por su racionalidad? Dicho de otro modo, en vez de discutir la asocialidad *real* del *uno*, podría hablarse de su vinculación *virtual* en una socialidad. Se trata, como es evidente, del punto de partida de *Kant*, del que *Verdroß* ha dicho con razón que en él “todos los seres racionales” son imaginados como “unidos en un vínculo espiritual”¹⁰. Sin embargo, para *Kant*, al menos en lo que se refiere a los deberes *jurídicos*, nunca se trata *sólo* de la ordenación de un “reino espiritual”; por el contrario, los seres racionales actúan a través de los cuerpos de seres sensuales, de modo que han de ordenarse racionalmente estos objetos. Más aún: puesto que los seres racionales en la *praxis* sólo pueden entrar en colisión con sus cuerpos, para que una conducta sea adecuada a Derecho en el pensamiento de *Kant* basta

¹⁰ *Abendländische Rechtsphilosophie*, 2ª ed., 1963, p. 146; WITTMANN, en HAFT et al. (ed.), *Strafgerichtsbarkeit (Festschrift für Arthur Kaufmann)*, 1993, ps. 363 y ss., 370: “La ley general en el imperativo categórico de *Kant* es [...] una generalización dentro de una comunidad presupuesta por *Kant*, compuesta de todos los seres racionales”.

su legalidad, es decir, que la configuración del cuerpo sea adecuada al plan de la parte externa de un orden racional, pero no es necesario que sea emprendida precisamente por la racionalidad, en virtud de un deber. La moralidad, el motivo del deber, lo atribuye *Kant* a la ética: “El convertir el actuar conforme a Derecho en mi máxima es una exigencia que me plantea la ética”¹¹.

Pero esta renuncia del Derecho a aparecer en la cadena de motivación, mientras la configuración externa sea adecuada al plan, no significa que los principios, las máximas del orden, puedan obtenerse sólo con base en las condiciones de la configuración externa; por el contrario, se trata de máximas de seres racionales, y ello aun en el caso de que éstas se destruyan externamente, como es conocido, por ejemplo, respecto de la prohibición categórica de la mentira de *Kant*¹². Para *Kant* la obligación precisamente no se genera de un cálculo inteligente de la fortuna, dicho en términos modernos, de la calidad de vida, sino que, por el contrario, “obligación es la necesidad de una acción libre bajo un imperativo categórico de la razón”¹³. Es este imperativo categórico el que vincula entre ellos a los seres racionales, es decir, el que media entre lo general y lo individual. Citaré brevemente el camino de tal mediación.

Los seres sensuales actúan en función de su situación de satisfacción/insatisfacción en cada momento, lo que significa que actúan en virtud de condiciones contingentes: depende de qué sea aquello a lo que se dirija en cada caso la satisfacción y qué sea rechazado por insatisfacción. Por ello, según *Kant* no cabe formular más que imperativos hipotéticos para los seres sensuales, es decir, proposiciones si-entonces¹⁴; dicho a modo de ejemplo: “si alguien desea emborracharse, ha de procurarse alcohol”, pero de este modo no cabe determinar nada acerca de la justificación del deseo, ésta se establece con carácter

¹¹ *Metaphysik der Sitten*, en: *Werke in 6 Bänden*, ed. a cargo de Weischedel, t. 4, ps. 301 y ss., 338.

¹² *Über ein vermeintliches Recht aus Menschenliebe zu lügen*, en: op. cit. (nota 10), ps. 635 y ss.

¹³ Op. cit. (nota 11), p. 327.

¹⁴ *Grundlegung der Metaphysik der Sitten*, en: op. cit. (nota 11), ps. 7 y ss., 43 y ss., 57 y ss., 51.

hipotético. Frente a ello, la conducta moral en cuanto conducta de seres racionales precisamente no se rige con base en la situación de satisfacción/insatisfacción en cada momento, y por la independencia frente a esa contingencia *Kant* llama a los imperativos morales categóricos. Más aún, puesto que la racionalidad es la misma racionalidad en todos los seres humanos, la actuación racional debe ser susceptible de ser formulada como ley general sin más. “Por lo tanto, el imperativo categórico es uno solo, que es éste: actúa sólo conforme a aquella máxima a través de la cual al mismo tiempo puedas desear que se convierta en ley general”¹⁵.

En el ejemplo mencionado al principio, la máxima al realizar el despojo es la siguiente: ha de tomarse aquello que se tiene poder para tomar. La existencia de propiedad sería incompatible con esta máxima, lo que, sin embargo, per se no conduce a una conclusión válida, pues la famosa cuestión planteada por *Hegel* frente a *Kant* puede formularse —con una modificación marginal— también aquí: que no hubiera propiedad (en *Hegel*: depósito), ¿qué contradicción supondría?¹⁶ *Hegel* prosigue¹⁷: “si se parte de la determinación general de la propiedad, puede formularse con ello la siguiente proposición tautológica: la propiedad es propiedad y nada distinto, y esta producción tautológica es el legislar de esa razón práctica: la propiedad, si hay propiedad, debe ser propiedad. Pero si se parte de la determinación opuesta, negación de la propiedad, se obtiene mediante la legislación de esa misma razón práctica la siguiente tautología: la no-propiedad es no-propiedad; si

¹⁵ Op. cit. (nota 14), p. 51. Una exposición que afirma la posición de *Kant*, muy clara, es la ofrecida por SCHMUCKER, en OBERER (ed.), *Kant. Analysen. Probleme. Kritik*, t. 3, 1997, ps. 99 y ss.

¹⁶ *Über die wissenschaftlichen Behandlungsarten des Naturrechts etc.*, en GLOCKNER (ed.), *Sämtliche Werke*, t. 1, 1958, ps. 435 y ss., 466. En una discusión, P. Baumanns me indicó acertadamente que la crítica que sigue se construye sobre una interpretación de la filosofía práctica de *Kant* tomada aisladamente, sin intentar una comprensión desde la perspectiva del fundamento de su sistema en su conjunto (desde su metafísica); sobre ello ídem, *Kants Philosophie der Erkenntnis. Durchgehender Kommentar zu den Hauptkapiteln der “Kritik der reinen Vernunft”*, 1997, ps. 20 y ss., 382 y ss.

¹⁷ Op. cit. (nota 16), p. 467; sobre ello BOHNERT, *ZphilF* 35 (1981), ps. 531 y ss., 537 y ss.

no hay propiedad, aquello que quiere ser propiedad debe ser eliminado. Pero precisamente el interés está en demostrar que debe haber propiedad; se trata únicamente de aquello que queda fuera de la capacidad de esa legislación práctica de la razón pura: de decidir cuál de las determinaciones opuestas es de la que hay que partir. Pero que esto haya sucedido ya antes y que una de las determinaciones opuestas haya sido tomada a priori es lo que exige la razón pura, y sólo después puede ejecutar su legislación, ahora superflua". Por consiguiente, es necesaria una suposición adicional, precisamente la de que debe haber propiedad, si se quiere que la máxima produzca un resultado –pero ésta ya no es necesaria en absoluto una vez que se ha asumido la suposición–.

Ahora bien, sólo con esta crítica aún no se ha demostrado la idoneidad del intento de *Kant*, pues el primero de los seres humanos en el ejemplo inicial ha fijado él mismo con la entrega de las cosas la máxima de que debe haber propiedad. Su identidad como persona que reconoce la propiedad, sin embargo, se diluye en su posterior comportamiento bajo la máxima opuesta, y sin vinculación a la autorrepresentación la sociedad como tal es imposible, al menos como sociedad de personas libres –aunque puedan seguir siendo posibles las organizaciones coactivas–. Ciertamente, la pregunta de *Hegel* a *Kant* es válida también aquí: que no hubiera sociedad de libres, ¿qué contradicción supondría? Que la pérdida no resulta deseable es aún mucho más evidente que en el caso de la propiedad, pero en términos puramente formales ambas posibilidades –sociedad de personas libres; ausencia de tal sociedad– son correctas. Por consiguiente, es necesario de nuevo llevar a cabo una suposición adicional –debe haber una sociedad de personas libres– para llegar a un resultado, y con la introducción de esa suposición queda establecida la necesidad del carácter vinculante de una autorrepresentación.

Kant clarifica a qué se refiere con la ley general con una segunda versión del imperativo categórico, en la que se habla de la idoneidad de la máxima para ser generalizada en cuanto ley natural¹⁸. Por lo tanto, la máxima es acorde a la razón cuando la acción que de ella

¹⁸ Op. cit. (nota 14), p. 51.

deriva, si se la¹⁹ imagina como motivada conforme a la naturaleza, no dejaría nada que hacer a la moralidad, puesto que ya por naturaleza se habría alcanzado “una armonía sistemática de los fines”²⁰. Aquí se dejarán de lado algunos puntos poco claros de esta fórmula²¹; su aplicación al caso descrito al principio en todo caso conduce a la conclusión de que la máxima que es tomada como base en el robo, de que la propiedad no es posible en términos de ley natural, contradice la de la permuta, de que la propiedad es un resultado de la voluntad de la ley natural: la naturaleza sería contradictoria si se llegara a la transformación en leyes naturales; la ley natural quedaría colapsada. Ahora bien, una vez más, no supondría contradicción alguna que la

¹⁹ Debe tratarse de motivación de acción (del deseo de hacer algo), y no de leyes naturales que desplieguen sus efectos al margen del ser humano o a través de él con *vis absoluta*: de lo contrario, no habría ningún obstáculo para seguir cualquier máxima que recompense a alguien merecedor de fortuna y castigue a un indigno —una judicialización general del mundo que como constelación de la naturaleza supondría un ideal, pero como comportamiento social implicaría una catástrofe—.

²⁰ PATON, *Der kategorische Imperativ*, 1962, p. 180.

²¹ Se trata de si la formulación conduce a un falseamiento de las condiciones reales de acción, ya que el sujeto que actúa vive en un mundo irremediamente imperfecto, en el que, como enseña la experiencia, los seres humanos se comportan con frecuencia de modo irracional: así WITTMANN, op. cit. (nota 10), p. 369. Dicho con un ejemplo: a un deudor, para satisfacer su deuda puntualmente, no le queda otra solución que llamar a un lacayo desconocido de la calle y entregarle la suma con el correspondiente encargo. Naturalmente, esto es, como ser sensual, el lacayo desaparece sin dejar rastro con la suma, y el deudor ahora carece del dinero para al menos pagar la deuda con algo de retraso. Mediante la entrega al lacayo, el deudor ha establecido la máxima de que los deberes deben cumplirse bajo toda circunstancia puntualmente. Si esta máxima se transformara mediante la acción en ley natural, todo estaría en orden, pues el lacayo, naturalmente, es decir, sometido a la nueva ley natural, entregaría lo recibido. Puesto que el asunto fácticamente no quedó en orden y ello también era previsible, la máxima siempre muestra una actitud interna correcta, pero sólo produce en pocas ocasiones la ordenación correcta de las relaciones externas. Frente a ello habrá de objetarse, sin embargo, que la máxima se ha configurado de modo incorrecto: pues el deudor ha de elegir una máxima que a su vez sería *idónea* para ser ley natural, pero no tiene que partir de que de hecho aquélla se *establezca* como tal. La formulación, por lo tanto, debería entenderse en el sentido de que debe hacerse posible una “armonía de los fines”, pero no tomarla como ya existente. Sólo esta interpretación casa con las consideraciones de *Kant* de que en el estado natural una desconfianza mutua no es “en absoluto injusta”, ya que de otro modo se aprendería mediante “triste experiencia” (op. cit. [nota 11], ps. 424 y ss.).

naturaleza, en lo que se refiere a la propiedad, estuviera sencillamente organizada caóticamente. Por lo tanto, de nuevo es necesaria una suposición adicional, precisamente, que la propiedad debe poder existir conforme a las leyes naturales, para que el imperativo categórico pueda conducir a un resultado, y de nuevo precisamente esa suposición adicional conduciría ya a esta conclusión de que no debe ser el caos, sino la posibilidad de propiedad.

Las cosas no cambian si se añaden las consideraciones de *Kant* sobre el “principio práctico supremo”²². “La naturaleza racional existe como fin en sí mismo”²³, éste es su “principio objetivo”²⁴, su ineludible condición de existencia, de modo que cualquier sujeto racional queda constituido por esta característica de *toda* naturaleza racional de ser un fin en sí mismo, como una piedra queda constituida por la fuerza de la gravedad. Ésta es la antes mencionada vinculación de todos los seres racionales. Por consiguiente, una naturaleza racional, a causa de su racionalidad, debe comportarse de acuerdo con el siguiente imperativo: “Compórtate de tal modo que en todo momento uses a la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro, al mismo tiempo como fin, nunca sólo como medio”²⁵. Si se examina la conducta del ladrón del ejemplo inicial con base en el criterio del imperativo categórico en esta formulación, parece evidente que no trata al *otro* como fin en sí mismo, como ser con el que hay que relacionarse de manera racional, sino como objeto que debe tratarse según el capricho del momento, es decir, como medio. Esto, sin embargo, sólo es evidente si la suposición adicional se encuentra en el concepto de fin: el otro debe autodeterminarse y quiere mantener su propiedad.

Pero si dejamos de lado todas estas objeciones –que, por lo demás, no son nada nuevo–, y suponemos que se trata de una conducta contraria a deber de quien toma lo que ha prometido entregar definitivamente, de acuerdo con la posición de *Kant* no se trataría tan sólo de la infracción de un deber de la virtud, sino, también, de un deber jurídico;

²² Op. cit. (nota 11), p. 60.

²³ Op. cit. (nota 11), p. 61.

²⁴ Op. cit. (nota 11), p. 61.

²⁵ Op. cit. (nota 11), p. 61.

pues quedaría lesionado “el derecho que le asiste a cualquier ser humano por su humanidad”, es decir, “la libertad (independencia del arbitrio coactivo de otro) en la medida en que pueda coexistir con la libertad de todos los demás conforme a una ley general”²⁶.

Sin embargo –con independencia del problema de la necesaria suposición adicional–, dudo de que un deber jurídico fundamentado del modo expuesto conduzca a algo más que a una interpretación *posible* del mundo, pero no fundamentada en lo que se refiere a su validez. En primer lugar, resulta poco satisfactorio que *Kant* encuentre en la teoría de la felicidad sólo imperativos hipotéticos, reservando lo categórico para el orden racional. Ciertamente, una teoría de la felicidad ha de tener en cuenta las múltiples y continuamente cambiantes condiciones de la naturaleza física y psíquica, pero ello de acuerdo con la *ley*²⁷ constituida en la naturaleza de los individuos de perseguir lo que produce satisfacción y evitar la insatisfacción. El hecho de arrastrarse es para el gusano tan ley como es categórico el imperativo para el ser racional. Puesto que la ley existe en virtud de la naturaleza, no tiene que ser formulada como máxima de comportamiento, como imperativo. Pero constituye el *daimon* del individuo, como la característica de ser un fin en sí mismo es –*sit venia verbo*– el *daimon* del ser racional. Además, no se entiende por qué ha de ser el ser racional un fin en sí mismo, pero no el ser natural, el ser sensual. La persecución de la satisfacción no es menos fin en sí mismo que la razón. Ciertamente, la razón –a diferencia de la naturaleza– hace posible la autonomía; pero sólo con esta demostración aún no se ha demostrado que la autonomía sea el verdadero objetivo final.

Si se unen ambos elementos, es decir que, en primer lugar, *Kant* no formula *lo* categórico, sino las condiciones de constitución de los seres racionales junto a las de los individuos naturales, y que, en segundo lugar, no denomina *el* fin en sí mismo sino el sistema de la razón en cuanto fin en sí mismo *junto* al sistema de satisfacción e insatisfacción en cuanto fin en sí mismo, queda claro qué es lo decisivo en la contraposición entre moralidad y fortuna: *Kant* coloca junto al esquema

²⁶ KANT, op. cit. (nota 11), p. 345.

²⁷ SPINOZA, op. cit. (nota 2), p. 471; HUME, op. cit. (nota 2), ps. 263 y ss.

de interpretación del mundo satisfacción/insatisfacción con sus consecuencias individualizantes el esquema de interpretación del mundo razón/sinrazón, entendiéndose la razón como nexo de unión, como vínculo espiritual. Aun teniendo en cuenta todos los avances que ello comporta, en particular, que ahora cabe formular normas *sociales* junto a las reglas de una administración vital inteligente de carácter *individual*, queda completamente abierto, como se ha expuesto, por qué razón ha de ser determinante el esquema de interpretación de la razón y no el de la satisfacción; dicho de otro modo, *Kant* fundamenta la posibilidad de un esquema, pero no su carácter vinculante, sino que, por el contrario, se queda, en esa medida, en un plano completamente abstracto.

En este sentido, el sujeto ávido de propiedades del ejemplo mencionado al principio contestará a la deducción de *Kant* del imperativo categórico que la generalidad de la razón en un encuentro único fuera de cualquier dominio establecido es una hipótesis intelectual como pueden imaginarse otras muchas, pero no un esquema de interpretación de necesaria aplicación.

IV. Establecimiento de un poder mediante contrato (*Hobbes*)

La respuesta clásica a la cuestión de cómo una interpretación posible del mundo se convierte en una interpretación necesaria, válida, es la siguiente: imponiéndola. Esta respuesta ha sido ofrecida especialmente por *Hobbes*; aquí, de momento, interesa menos su punto de partida en las reglas de inteligencia –y no, como en el caso de *Kant*, en la (capacidad de) autonomía–, y sí su camino, a través del poder del Estado. De acuerdo con *Hobbes*, en la situación previa al Estado todos tienen derecho a todo. Puesto que los demás también tienen derecho a todo, también podría decirse, por lo tanto, que nadie tiene un derecho subjetivo a nada, pero que tampoco nadie está obligado a nada; dicho de otro modo, todos son libres, también en aquellos casos en los que su libertad va a costa de los demás. Para *Hobbes*, la salida de ese vacío normativo total sólo está en el sometimiento a un poder, que regula autoritariamente las relaciones entre los seres humanos; tal poder se genera –así parece a primera vista– mediante un contrato de los que se someten entre ellos, no con el futuro señor. Por lo demás,

Hobbes pone distintos puntos de gravedad en el contenido del contrato a lo largo de la evolución de su filosofía social²⁸. En un primer momento, en *De Cive* (1642), el contrato se dirige principalmente a una renuncia a derechos de los contratantes²⁹, lo que significa que en lugar de la libertad natural total aparece una igualmente total falta de libertad conforme al contrato, de la que puede dispensar el señor, mediante otorgamiento de libertad, hacia una libertad estatal. Más adelante, en el *Leviathan* (1651), *Hobbes* modifica el contenido del contrato, pasando de la renuncia recíproca de derechos a la autorización recíproca del señor para hablar en nombre de los contratantes³⁰, lo que significa —a diferencia del modelo de la renuncia— que la libertad de los sometidos puede ser tomada por el señor a su antojo; a causa de la autorización, ello debe entenderse en todo caso como autolimitación, pero en la medida en que (aún) no la haya tomado, la libertad persiste³¹.

Dejemos de momento de lado los distintos contenidos del contrato, es decir, que la obligación se genere como limitación de la libertad —así sucede conforme al modelo de la autorización— o que la obligación sea el supuesto base de las relaciones en el Estado —así de acuerdo con el modelo de la renuncia—. Sea como fuere, ¿cuál es la razón de la obligación? Después de lo expuesto, es evidente que la respuesta de que es el contrato la razón no puede resultar satisfactoria; pues de las condiciones de existencia de un individuo no deriva una vinculación a las declaraciones. Tampoco es que *Hobbes* trate el contrato como una magnitud normativa, que obligaría al sometimiento en el futuro; por el contrario, el contrato es el esquema de interpretación dentro de un dominio que se está gestando o ya existente; por lo tanto, el contrato carece de relevancia sin el hecho de aquel dominio, es mera palabrería.

²⁸ KERSTING, op. cit. (nota 6), ps. 83 y ss.; ídem, en ídem (ed.), *Leviathan*, 1996, ps. 211 y ss., 216 y ss.; DIX, *Lebensgefährdung und Verpflichtung bei Hobbes*, 1994, ps. 27 y ss.

²⁹ *Vom Menschen. Vom Bürger (Elemente der Philosophie II/III)*, ed. a cargo de Gawlick, reimpresión de la 2ª ed. de 1966, 1977, p. 128: cada uno cede al señor “el derecho a su fuerza y a sus capacidades”, pero ya aparece la fórmula de que “la voluntad de éste (del señor) vale por la voluntad de todos los individuos”.

³⁰ *Leviathan oder Stoff, Form und Gewalt eines kirchlichen und bürgerlichen Staates*, ed. a cargo de Fetscher, 1984, p. 136.

³¹ GAUTHIER, *The Logic of Leviathan*, 1969, ps. 125 y ss., 149 y ss.

Ciertamente, *Hobbes* dice que la autorización recíproca, el contrato, es “la génesis de aquel gran Leviatán”³², pero como fundamentación no se aduce que ahora existiría un *deber* de sometimiento, sino que a través del sometimiento no sólo prometido, sino realmente llevado a cabo, el Leviatán “dispone tanto poder y fuerza que le han sido transmitidos que mediante el terror que ello genera está en disposición de [...] dirigir la voluntad de todos hacia la paz dentro del Estado y hacia la ayuda recíproca frente a enemigos exteriores”³³. Dicho de otro modo, no es el contrato el que fundamenta las obligaciones, sino el hecho a él vinculado o previo a él del sometimiento, que es irreversible.

Siendo esto así, ¿qué significa, entonces, el contrato? Nada esencial, como se puede apreciar, por ejemplo, en que *Hobbes* coloque junto al “Estado político”, es decir, el “Estado mediante nombramiento”, como igualmente válido aquel Estado que se genera “mediante apropiación”, lo que significa, entre otras cosas, que ello sucede “cuando alguien somete a sus enemigos a su voluntad dejándoles la vida bajo esa condición”³⁴. Por lo tanto, no es un contrato fundacional la fuente del orden estatal. Por el contrario, el contrato es una metáfora de que un individuo realiza un cálculo inteligente si no se opone a un orden efectivamente establecido que le garantiza su vida³⁵. Este orden establecido per se no es más que un aparato coactivo. Puede que este aparato sirva a los individuos como limitación de sus propias posibilidades que por inteligencia conviene aceptar —esto, sin más, no modifica en nada su carácter coactivo—. Por ello, respecto de las normas promulgadas

³² Op. cit. (nota 30), p. 134.

³³ Op. cit. (nota 30), p. 134.

³⁴ Op. cit. (nota 30), ps. 135, 155 y ss.

³⁵ Sin embargo, en la mayoría de las ocasiones se le atribuye más relevancia al contrato; así, por ejemplo, SIEP, en BERMBACH *et al.* (ed.), *Furcht und Freiheit. Leviathan - Diskussion nach Thomas Hobbes*, 1982, ps. 129 y ss., 131: “fundamento de la comunidad verdaderamente política, no de carácter natural, sino basada en actos de voluntad racionales”. KERSTING, *Leviathan* (nota 26), p. 221: “Hobbes vio [...] que en una época secularizada las competencias de dominio sólo pueden fundamentarse en el plano de la filosofía básica sobre una autovinculación contractual de los individuos”. Frente a ello, aquí se asume que *Hobbes* quería colocar bajo un común denominador la inteligencia individual y la *autoorganización* del Estado; JAKOBS, op. cit. (nota 4), p. 26.

por el Estado no cabe hablar de una obligación en el sentido en el que *Kant* hablaba de los deberes del ser racional. *Hobbes* no se ocupa de un ser racional, sino de seres sensuales que se arreglan de modo inteligente, y eso es lo que siguen siendo los seres humanos como ciudadanos del Estado. Las normas estatales —en una hermosa imagen de *Hobbes*³⁶— son líneas de arbustos que no pretenden obstaculizar a los ciudadanos, sino conducirles a una configuración vital lo más efectiva posible: los individuos, libres en términos *máximos* antes de la fundación del Estado, y que se obstaculizaban mutuamente, se convierten mediante la fundación del Estado en individuos libres en una medida *óptima* que viven unos al lado de los otros; pero siguen siendo individuos; no hay vínculo espiritual que los una a los seres humanos a su lado.

Aunque el Estado determine lo que es justo e injusto, no crea una unión de los ciudadanos, sino tan sólo un presupuesto de la vida agradable de los individuos. No exige de seres racionales la aceptación de la corrección de lo determinado, sino de seres sensuales la aceptación de la necesidad de una determinación. *Ludwig Feuerbach* formuló la crítica de que en *Hobbes* no existe la unidad del Estado como unidad de la razón organizadora de todos, sino como unidad “arrogante”, que se coloca en forma del arbitrio del señor en el lugar de aquello que ha de unirse. “Frente a tal *unio*, los *cives* siguen siendo [...] una mera multitud, una *multitudo dissoluta* [...] El fin del Estado, cuyo principio fue hecho mediante la negación del estado de naturaleza, al ser precisamente el bienestar físico de la multitud, esto es, la existencia empíricamente agradable de los seres humanos, en cuanto individuos solos, sensuales, lo que está determinado como tal fin, es en lo esencial de nuevo un estado de naturaleza, aunque ahora agradable, liberado de las molestias y los daños de una guerra general, y de acuerdo con su concepto esencial, en esta medida vuelve a eliminarse la diferencia entre Estado y estado de naturaleza”³⁷.

Por muy correcta que sea esta interpretación de *Hobbes* por parte de *Feuerbach*, en sí misma es incompleta; pues deja de lado que el contrato de autorización en el *Leviatán* al menos comporta *nominal-*

³⁶ Op. cit. (nota 30), ps. 264 y ss.

³⁷ *Geschichte der neuen Philosophie*, en: *Sämtliche Werke*, t. 4, 1847, p. 110.

mente una transformación de los individuos en ciudadanos: el actuar del Estado vale como voluntad de los ciudadanos. Al reunir la renuncia a la autorregulación la voluntad de todos los individuos en la voluntad del señor, los individuos al mismo tiempo pasan a ser en lugar de administradores de intereses individuales, administradores del cometido político. *Kersting* afirma acertadamente que la proposición *rex est populus* de *Hobbes* ya contiene todo el material del que *Rousseau* pudo componer la proposición *populus est rex*³⁸; el nexo de unión entre el absolutista *Hobbes* y el demócrata absoluto *Rousseau* es la condición, aceptada por ambos, de una unidad del Estado. De este modo, en el *Leviatán* de *Hobbes*, aunque la posibilidad de una obligación en sentido estricto no se encuentra realizada, sí se halla implícita. Si los ciudadanos en el Estado no sólo son concebidos como individuos que administran sus intereses, sino como personas que –aunque sea mediante la administración de intereses individuales– aportan a algo común, es decir, si los ciudadanos no sólo son concebidos como personas mediante una construcción normativa, sino también en su idiosincrasia y en la concepción del señor, como personas que encuentran en la voluntad política del señor su propia voluntad, entonces se genera obligación, una vinculación a un rol que no sólo es una reproducción de lo individual, precisamente, al rol de *citoyen*, y ello especialmente cuando el señor es constituido como sujeto colectivo en el que participan los sometidos, es decir, de modo democrático, lo que *Hobbes* no excluye³⁹.

V. Unión en lo general (Rousseau)

El Estado de *Rousseau* exige materialmente lo que en el Estado de *Hobbes* sólo es nominal: la definición del ciudadano como *citoyen*: la coacción en el Estado es coacción “de ser libre”⁴⁰. Esta realización de normas como libertad abarca también, a diferencia de lo que sucede en *Hobbes*⁴¹, la vida, puesto que el fin del Estado no es un cálculo indi-

³⁸ Op. cit. (nota 6), p. 93.

³⁹ “...autorizo [...] esta asamblea de personas”, ob. cit. (nota 30), p. 134; con más detalle ídem, op. cit. (nota 29), ps. 148 y ss.

⁴⁰ Op. cit. (nota 2), I, 7 *in fine*.

⁴¹ Op. cit. (nota 30), p. 171.

vidual de beneficios, sino, precisamente, la libertad: “Si el gobernante le ha dicho: es urgente para el Estado que mueras, ha de morir, porque sólo bajo esa condición vivió hasta ese momento en seguridad y su vida ya no es sólo un bien de la naturaleza, sino un regalo condicionado del Estado”⁴². Por lo tanto, ha de descartarse por completo el cálculo individual de beneficios. “Quien dentro del orden civil quiere mantener su originalidad natural no sabe lo que quiere”⁴³, pero la renuncia es ricamente recompensada: “...qué felicidad puede ser más dulce que la de sentirse incardinado en un sistema en el que todo es bueno”⁴⁴.

El Estado de *Rousseau* sin duda está en condiciones de generar obligación, puesto que en el Estado se espera la conducta de un *citoyen* y ya no se habla del individuo. Al afirmar *Hegel* respecto de *Rousseau* que éste toma como punto de partida la voluntad individual⁴⁵, ello es en sí mismo correcto, pero deja de tener en cuenta que la voluntad individual ha de crear algo que sencillamente la engulle. El contrato no genera la obligación per se, sino al eliminar su base, el albedrío contratante, y hacer posible la formación de una *volonté générale*. Si se logra esta formación, y ello, además, no como coacción sino como orden aceptado, concurren completamente las condiciones para la existencia de deberes: quien es entendido por la opinión pública como *citoyen* es *citoyen*, lo quiera o no. Nadie ha resaltado nunca con mayor claridad la contraposición entre el mercadeo individual, en particular, en forma de una conspiración de los ricos contra los pobres⁴⁶, y el rol público, lo que significa libertad pública y obligación pública, que *Rousseau*.

⁴² Op. cit. (nota 2), II, 5.

⁴³ *Emil, oder: Über die Erziehung*, ed. a cargo de L. Schmidts, 7ª ed., 1985, p. 13; sobre ello FETSCHER, *Rousseaus politische Philosophie*, 3ª ed., 1968, reimpresión 1975, ps. 111 y ss.

⁴⁴ Op. cit. (nota 43), p. 308, aunque allí con referencia a la incardinación en el cosmos.

⁴⁵ *Grundlinien der Philosophie des Rechts, oder: Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse*, en: op. cit. (nota 16), t. 7, 1952, § 258, anotación.

⁴⁶ Como tal entiende Rousseau el Estado de Locke: ROUSSEAU, *Abhandlung über den Ursprung und die Grundlagen der Ungleichheit zwischen den Menschen*, en op. cit. (nota 2), ps. 185 y ss., 255 y ss.; ídem, *Abhandlung über politische Ökonomie*, en op. cit. (nota 2), ps. 335 y ss.; ps. 370 y s.; sobre ello KERSTING, op. cit. (nota 6), p. 143; CASSIRER, *Das Problem des Jean Jacques Rousseau*, reimpresión 1970, p. 21.

Sin embargo, la construcción de *Rousseau* es con mucho demasiado abstracta para que quepa esperar que su realización se producirá en forma de un orden aceptado, y lo contrario del orden aceptado es la fuerza, que degrada una obligación a coacción. Por ello, *Hegel* grava a *Rousseau* con todos los terrores de la Revolución francesa⁴⁷: “Por ello, desarrolladas en violencia, estas abstracciones, por un lado, han producido el primer espectáculo inmenso desde que sabemos de la humanidad, la constitución de un gran y real Estado con revolución de todo lo existente y dado, para empezar desde el principio y desde la *idea*, queriendo darle como base sólo lo *aparentemente racional*, y, por otro lado, porque sólo son abstracciones sin idea, han convertido la tentativa en el suceso más terrible y llamativo”.

VI. Insuficiencia de cualquier contractualismo

No es coincidencia que todos los modelos presentados hasta el momento no pueden fundamentar un deber social, sino, en todo caso, construirlo abstractamente; pues en la medida en que siquiera se ocupan de relaciones sociales (el modelo tratado en primer lugar, de un sujeto aislado y ansioso de propiedades, renuncia a ello), intentan desarrollar estas relaciones con base en la racionalidad (*Kant*) o las necesidades (*Hobbes*) o la representación de la libertad (*Rousseau*) de *individualidades*. Con ello ya se yerra el primer ojal: se pretende construir lo general con individualidades, y de sus propias leyes, de su objetividad no se habla, o sólo en el sentido de que ello debe ponerse en marcha por las individualidades —en el imperativo categórico (*Kant*), en el reconocimiento del albedrío del señor como propio (*Hobbes*) o en la construcción de un Estado que elimina a sus fundadores definiéndolos como *citoyens* (*Rousseau*)—. Todo ello son intentos de modificar el punto de vista de uno mismo levantándose, como el Barón de Münchhausen, tirando de la propia coleta. Ahora puede valorarse concluyentemente el ejemplo mencionado al principio: no se genera una obligación, puesto que en la permuta no concurre nada más que el albedrío congruente de individuos.

⁴⁷ Op. cit. (nota 45), § 258, anotación.

La obligación social no se genera por los emprendimientos de individuos, sino que, o aparece genuinamente como esquema de interpretación *social* o no existe. La respuesta a la pregunta que ahora se impone, acerca de cómo se genera entonces el contenido determinante, es la misma que a las preguntas de cómo se genera la conciencia o la orientación a la satisfacción de necesidades o la coordinación de las funciones vitales del ser humano: al autoorganizarse el correspondiente sistema. Esto casi coincide con la conclusión de *Hume* de que “las promesas son inventos humanos que se fundamentan en los intereses o necesidades de la sociedad”⁴⁸, sólo que —por ello “casi”— precisamente no se trata de inventos *humanos*, sino de la *sociedad* misma. Ciertamente, tal autoorganización sólo podrá llevarse a cabo en un entorno —visto desde el correspondiente sistema— favorable, y en cuanto entorno favorable para un sistema social las construcciones mencionadas de los individuos muy posiblemente resulten idóneas. En particular, el establecimiento de un dominio efectivo puede configurar un entorno favorable para un entendimiento comunicativo acerca de ese dominio en cuanto esquema de ordenación, especialmente si el dominio se abstiene de excesos.

Las construcciones mencionadas constituyen un entorno favorable aún más en la medida en que a pesar de su formulación individualizante están acompasadas a lo que socialmente va esbozándose; aún más: sólo ante tal horizonte resulta posible concebir tales construcciones. Esto se demuestra si se plantea la cuestión acerca de en qué situación escriben los autores mencionados: la fuerza generadora de unidad de la religión se perdió por el cisma de las confesiones, dicho más exactamente, la posibilidad de tal cisma es un indicio de tal pérdida; mientras se siguió buscando el vínculo de unión en la religión, las guerras de religión fueron la consecuencia necesaria; pero como estas guerras no condujeron a la renovación de la unidad, hubo que sustituir a Dios, y *Hobbes* lo sustituye por el “dios mortal”, el Leviatán. Sin embargo, en la contraposición absolutista que con ello se legitima entre señor y súbdito, al súbdito le queda más espacio para la posibilidad de una existencia burguesa⁴⁹. *Rousseau* le da una existencia pública al repre-

⁴⁸ Op. cit. (nota 2), p. 266; sobre ello LAHNO, op. cit. (nota 8), ps. 18 y ss.

⁴⁹ MACPHERSON, *Die politische Theorie des Besitzindividualismus von Hobbes bis Locke*, trad. de Wittekind, 2ª ed., 1980, ps. 15, 21 y ss.

sentar lo político, la *volonté générale* como algo que le incluye. *Kant* se dirige igualmente contra el cálculo utilitarista de una existencia burguesa, pero atribuye aquello que en *Rousseau* sólo puede ser llevado a cabo por el colectivo, la determinación del contenido de la libertad (ésta entendida no como albedrío, sino como libertad racional), a todo ser humano. Todo ello es en cada caso una parte de “tiempo aprehendido en ideas”, pero, precisamente, sólo *una* parte, ya que falta el marco que es el que garantiza la plausibilidad para el paso de evolución; en lugar de ello, lo dependiente del marco es representado como si fuera algo absoluto.

De este modo, es decir, quedándose corto, procede el contractualismo moderno⁵⁰: que se ha entrado en un contrato justo y que el resultado es vinculante no es de ningún modo una afirmación universal, sino una afirmación vinculada al espíritu de un determinado tiempo. Este espíritu del tiempo presenta a los sujetos como sujetos que se autoadministran, es decir, libres, además, como vinculados a su auto-representación, es decir, capaces de entrar en sociedad. Contra la primera tipificación habla una tradición que se remonta a *Aristóteles*, conforme a la cual la subjetividad sólo es posible dentro de una comunidad, y contra la segunda la necesidad, ineludible incluso para contractualistas, de un poder central ordenador. Y si el contractualismo a pesar de ello goza de cierta plausibilidad, es porque el espíritu del tiempo deja de lado lo opuesto. Pero esta necesidad de dejar de lado, de excluir, debe a su vez ser objeto de reflexión, si no se quiere que aparezca como algo absoluto lo que es un paso en un proceso.

VII. La obligación como relación entre personas

Después de estas consideraciones sobre cómo no se genera la obligación, se intentará esbozar lo que, cuando se genera, tiene como contenido, las relaciones sociales entre *personas*, y sobre cuándo estas relaciones son *reales* teórica y prácticamente. Para ello, no se destacará

⁵⁰ La crítica que sigue asume el esquema de argumentación que utiliza Baumgartner contra la teoría del consenso de la verdad; en: OELMUELLER (ed.), *Transzendentalphilosophische Normbegründungen*, 1978, ps. 149 y ss.

de modo especial lo jurídico de la obligación, sino que se partirá de ello, al hablar de la obligación en el marco de un orden estatal.

Tanto *Rousseau* como *Kant* vieron que entre el individuo con su esquema de satisfacción e insatisfacción (en *Rousseau* el ser humano originario-natural, en *Kant* el *homo phænomenon*) y el ser que es titular de una obligación existe una diferencia categorial; pero mientras *Rousseau* parte probablemente de que esta diferencia es superada psíquicamente por la transformación del ser humano originario-natural en un ciudadano⁵¹, en *Kant* aparece ya prácticamente completamente desarrollado el entendimiento de que se trata de la diferencia de dos esquemas de interpretación para un mismo suceso: "...todas las acciones del ser humano en su manifestación están determinadas con base en su carácter empírico y las demás causas coeficientes conforme al orden de la naturaleza, y si pudiéramos investigar todas las manifestaciones de su albedrío hasta el fondo, no existiría ni una sola acción humana que no pudiéramos predecir con seguridad y reconocer como necesaria con base en sus condiciones preexistentes [...] Pero si valoramos la misma acción con relación a la razón, y concretamente [...] en la medida en que la razón es ella misma la causa de generarla; dicho brevemente, si la comparamos con intención práctica, encontraremos unas reglas y un orden completamente diversos del orden natural. Pues en este ámbito quizás no debería haber ocurrido todo aquello que, sin embargo, conforme al curso natural ha sucedido, y que conforme a sus razones empíricas debía suceder de modo ineludible"⁵². Sólo (¡pero al menos!) en la descripción de la razón como capacidad de "generar ella misma" la acción existe aún un puente entre el mundo sensual y el mundo racional, y este puente debe permanecer, en la medida en que se trate de ordenar racionalmente el mundo *exterior*; por lo demás, ambos mundos están separados: en un mundo rige el principio de causalidad, realizado psíquicamente como esquema de satisfacción/insatisfacción, en el otro, el deber ser.

Una ordenación del mundo con base en el deber ser, es decir, con base en normas, significa que no se espera que el mundo se desarrollará

⁵¹ FETSCHER, op. cit. (nota 43), ps. 110 y ss.

⁵² *Kritik der reinen Vernunft*, en: op. cit. (nota 11), t. 2, p. 500.

como esté condicionado en cuanto mundo empírico, sino que se desarrollará de una manera determinada por el contenido del deber, y, en caso de que ello no suceda, no se tratará de un defecto de quien tiene la expectativa, sino de un defecto de otra persona, precisamente, de la persona a la que le compete el desarrollo conforme a deber⁵³. El otro queda ahora abarcado por el concepto de persona, porque le incumbe al menos el cumplimiento de *una* de tales expectativas normativas. Tal interpretación del mundo tiene la ventaja evidente de descargar la expectativa del conocimiento del entramado contingente de condiciones de los factores reales de una acción, ya que en lugar de este conocimiento se coloca el conocimiento de los contornos de la persona. En lugar del acecho recíproco se coloca la confianza en la constancia del rol, y los contactos anónimos pasan a ser posibles, con tal de que se conozca el rol del otro, y el rol mínimo de un ciudadano decente siempre se conoce en tiempos normales. Esto no significa que sea *necesario* dejar de lado el entramado cognitivo del mundo —no resulta posible demostrar la personalidad como necesaria, y su elección es poco prometedora en términos de éxito en algunos contextos (por ejemplo, será más seguro desarrollar un gran negocio internacional poco a poco en tracto sucesivo que a través de una amplia confianza en la constancia personal)—, pero un mundo personal también ofrece posibilidades de las que carece un mundo cognitivo.

Dicho con una imagen: cabe imaginar en la “relación de dominio y sumisión” que de acuerdo con *Hegel* constituye el principio “externo o aparente de los Estados”⁵⁴ que el señor asigna a los siervos determinados cometidos, como herrero armero o campesino; esta asignación, especialmente si permite a los siervos la supervivencia, puede llegar a ser con el paso del tiempo tan natural que los afectados quedan definidos por las tareas; su actuar aparece entonces como cumplimiento de deberes existentes en interés del grupo, y, con ello, ellos mismos aparecen como personas.

Todo orden personal comienza con deberes, con deberes de con-

⁵³ LUHMANN, op. cit. (nota 7), ps. 40 y ss.

⁵⁴ *System der Philosophie, Teil 3, Die Philosophie des Geistes*, en: ob. cit. (nota 45), t. 10, 1958, § 433.

tribuir al mantenimiento del grupo que existe a través del orden. Los derechos se generan donde son necesarios para poder cumplir deberes: el herrero armero debe poder tener una fragua, el campesino trabajar la tierra y el artesano recibir materias primas. En todo caso, hay que excluir que la personalidad comience con un derecho frente al grupo: ¿por qué éste habría de producir una constitución que *a él* nada le aporta? La norma originaria, por lo tanto, es la siguiente: sé persona, lo que significa: cumple el deber frente al grupo. Hegel enuncia la siguiente norma originaria: "...sé una persona y respeta a los demás como personas"⁵⁵. Esta es una norma, ciertamente, para un estado jurídico ya desarrollado, en el que existen deberes entre las personas, y no, al menos no sólo, hacia el señor: a través del trato entre ellas, por ejemplo, el comercio, las personas sirven a lo general. Lo mismo sucede respecto de la concepción de Hegel de que el contenido mínimo de la norma originaria se dirige a no lesionar al otro⁵⁶. Ello está referido a un Estado saturado, seguro de su existencia, liberal, pero incluso aquí es demasiado poco: quien se limita a no lesionar puede quedar fuera sin daño para el grupo, lo que significa que sólo quien aporta algo positivo contribuye a la existencia del grupo. En este sentido, es evidente que hasta el momento actual el rango de una persona viene determinado por los deberes que le competen o que cumple o de los cometidos que ha cumplido más allá de sus obligaciones, es decir, sacrificando sus derechos. Y, por ejemplo, en la insatisfacción de la persona desempleada —aunque con su situación material asegurada— se percibe que el *status* de una persona sin contribución conforme a deber al todo empieza a ser inseguro. El hoy común discurso de los derechos de la persona sólo acierta a designar algo mediado; una mano invisible hace que el saldo del ejercicio de derechos sea positivo para el grupo; en esta medida, incluso puede hablarse del deber de hacer uso de sus derechos.

¿Cómo llega la persona al cumplimiento del deber? Como se expuso al principio, esto es asunto suyo, y puede considerarse que la gracia del orden normativo está en que lo convierte en asunto suyo. Pero

⁵⁵ Op. cit. (nota 45), § 36.

⁵⁶ Op. cit. (nota 45), § 38.

puesto que el ser persona no elimina el ser individuo, los ciudadanos abandonarán al Estado si no otorga a los individuos una supervivencia suficiente. Podría evitar ese abandono por la fuerza, pero entonces se convierte de un orden normativo en un orden cognitivo basado en la fuerza. Para ello, lo que es una supervivencia suficiente es relativo. *Hobbes* exigía como prestación segura sólo la garantía de la vida⁵⁷, y teniendo en cuenta catástrofes acabadas de superar ello puede ser suficiente. Sin embargo, un Estado a cuyo alrededor florezcan otros Estados tendrá que ofrecer más. Por ello, en un orden normativo desarrollado en que se mantenga, a grandes rasgos, la conducta personal al mismo tiempo satisfará las necesidades de un individuo. Pero ello no puede garantizarse respecto de todos los casos individuales, piénsese en deberes como, por ejemplo, el servicio de armas o el deber de responder de su conducta errónea, es decir, de deber soportar una pena, para ver hasta qué medida pueden estar alejados el deber personal y el cálculo individual⁵⁸.

Puede que en los sucesos cotidianos un orden de normas externamente no se diferencie de una dirección de los individuos impuesta de modo puramente cognitivo. ¿Cómo puede determinarse, partiendo de esta situación, que un orden normativo es real? Esto se decide en función de qué es lo que es tratado comunicativamente como esquema de interpretación. Ahora bien, cualquier conducta puede ser interpretada en función de cualquier orden de deber ser. Especialmente, se puede superponer el orden propio a otros grupos, para entonces constatar el pecado y la desviación de la verdad. Sin embargo, en la comunicación de los otros grupos esta superposición es irrelevante o es rechazada; en todo caso, el orden superpuesto no dirige el desarrollo, es decir, que no se convierte en real sólo por la mera superposición.

Sin embargo, de tener suficiente poder, el sujeto que superpone su propio orden a otros podría sancionar las infracciones. De este modo, conseguirá que algunos individuos respeten el orden, y los infractores serán castigados. Pero si no sucede nada más, con ello no

⁵⁷ Op. cit. (nota 30), p. 171 y pássim.

⁵⁸ De hecho, los servicios con riesgo para la vida y la pena de muerte constituyen para *Hobbes* un problema en la medida en que los intereses individuales reservados entran en colisión con la razón de Estado; sobre ello DIX, op. cit. (nota 28).

se ha establecido un orden normativo, sino se ha instalado un aparato coactivo que dirige a los individuos; quien detenta el poder puede tratar sus normas como normas, y una camarilla a su lado puede que lo apruebe, de modo que en la comunicación de esas personas las normas puedan estar vigentes⁵⁹ –para los sujetos sometidos a coacción no son más que coacción, precisamente porque sólo son entendidas como coacción–.

Kelsen tomó otra decisión: de acuerdo con su posición, cualquier sistema de reglas sociales que a grandes rasgos sea efectivo es un orden normativo válido, ya que entonces habría que suponer la existencia de una norma fundamental correspondiente⁶⁰, lo que fundamentaría el “sentido” específicamente “jurídico” del sistema de reglas, la normatividad del “esquema de interpretación”⁶¹. Sin embargo, para Kelsen es efectivo también aquel sistema con base en el cual tan sólo se orientan los juristas. Más aún, puede que la gran mayoría de los juristas sólo imponga la ley de modo obligado, y el grupo director puede que viva su arbitrariedad en sus instrucciones –una imagen que al menos en la fase final del nacionalsocialismo tuvo su ejemplo–. De acuerdo con esto, quien puede coaccionar crea Derecho⁶². Sin embargo, de acuerdo con la concepción aquí mantenida, no es cierto que una secuencia regular a grandes rasgos de conducta y sanción sea indicio de un orden normativo; por el contrario, puede que se trate de una organización coactiva plenamente cognitiva, explicable con base en las preferencias individuales. La norma misma –y no la sanción– ha de convertirse en el esquema determinante de interpretación del mundo, y ello además no para una clase jurídica, sino dentro del grupo en su conjunto. Una norma que ya nadie considera legítima menos la policía, aunque ésta de modo determinado, fuera de la policía no es una norma válida, sino una fórmula de las condiciones de la aplicación de la coacción.

⁵⁹ Así JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre*, 3ª ed., 7ª reimpression, 1960, p. 334, nota 1.

⁶⁰ Op. cit. (nota 2), ps. 196 y ss., 200 y ss., 204 y ss.; respecto de esto más bien con una perspectiva positiva, PAWLIK, *Rechtstheorie* 25 (1994), ps. 451 y ss.; más bien crítico JAKOBS, op. cit. (nota 4), p. 57.

⁶¹ Op. cit. (nota 2), p. 3.

⁶² Con detalle sobre las teorías coactivas SCHREIBER, *Der Begriff der Rechtspflicht*, 1966, ps. 70 y ss., 133 y ss. (sobre Kelsen).

Por lo tanto, un orden normativo sólo es real cuando y en la medida en que dirige la comunicación⁶³, pudiéndose hablar de tal dirección sólo si determina el proceso de fundamentación, y no sólo el resultado de la comunicación. Dicho con un ejemplo: el cálculo expresado abiertamente, y que encuentra aprobación, de que no merece la pena el hurto, porque el riesgo de sufrir una pena es demasiado alto, de modo que por ello nadie debería temer un hurto, no tiene nada que ver con un entendimiento normativo, sino es la comunicación de una orientación puramente cognitiva de un individuo. Pero si el entendimiento es que el hurto es erróneo porque a todos compete reprimir los correspondientes deseos, es la norma la que dirige el contenido de la comunicación.

En lo anterior, “comunicación” se usa como sinónimo del entendimiento general sobre el sistema de reglas aplicado. La interpretación directora de ese sistema es lo determinante, y no el tenor literal de declaraciones. Por ejemplo, si en un orden basado sólo en la coacción el coaccionado es además obligado a negar la coacción y a ensalzar el orden como óptimo con independencia de todas las sanciones, es decir, cuando un ladrón callejero obliga a los asaltados a ensalzarlo como libertador de cargas materiales de la posesión, tales declaraciones son parte del sistema de violencia, pero no un entendimiento acerca de ese sistema. Sin embargo, si se logra que los coaccionados se acostumbren de tal modo al orden que siguen las reglas sin tener en cuenta las sanciones que amenazan, el orden coactivo cognitivo se ha convertido en un orden de normas. En este sentido, es posible que algunos Estados de orientación fundamentalista sean representados en la comunicación de súbditos laicos como órdenes coactivos, pero como órdenes normativos en la comunicación de los fundamentalistas. Dicho brevemente: no decide lo que se dice, sino el espíritu.

Una norma puede dirigir la comunicación también cuando es quebrantada. Mientras el hecho sea tratado como quebrantamiento de la norma y no como normativamente indiferente, este tratamiento demuestra la vigencia de la norma. Por consiguiente, la realidad de la norma no se confunde con su seguimiento; si la norma no fuera real

⁶³ JAKOBS, op. cit. (nota 4), ps. 51 y ss.

también en su infracción, no se trataría de una infracción. La realidad tampoco depende de que el infractor la reconozca: no es su conciencia, sino la comunicación acerca de su hecho lo que determina la realidad. Si, por ejemplo, la comunicación determinante, la que se impone, es dirigida por la norma de que —como sucede en el caso de Guillermo Tell— hay que hacer una reverencia frente al sombrero colocado en el palo, la norma rige, por muy anticuada y necesitada de revisión que parezca a los extraños.

Una cuestión completamente distinta es cómo se establece el carácter determinante de una comunicación: el capricho del momento, desaparecido mañana, no dibuja líneas permanentes, y muchas líneas de una constitución que fue normativa puede que con el tiempo deban ser entendidas sólo cognitivamente, aunque ello no se haya articulado aún con claridad. Peor aún, hay mucho que en cuanto arreglo de los poderes no ha sido nunca otra cosa que coacción camuflada. ¿Cuándo estamos, entonces, ante fantasmas de normas más o menos maquillados y cuándo ante verdaderas normas? La respuesta debe consistir en la descripción del espíritu del tiempo sólido, con fuerza histórica: las normas que sean conformes a él son reales. Así se corresponde con la teoría de Hegel del Derecho como espíritu objetivo, así como con su versión psicologizante, que llega —parcialmente (¡no más!)— a los mismos resultados en la teoría general del reconocimiento, conforme a la cual lo decisivo para la validez del Derecho es la convicción jurídica “de la media de un pueblo”⁶⁴. Respecto de esto se intentará finalmente un esbozo, que, sin embargo, en este lugar⁶⁵ sólo puede hacerse a grandes rasgos.

Una persona se realizará tanto más en sus deberes y se definirá como parte del todo en cuanto se deshaga así de preocupaciones individuales: la existencia personal es querida por Dios y promete recompensa en el más allá, o ya en este mundo no sólo es acorde al deber, sino también individualmente agradable. El Estado moderno elige el camino enunciado en segundo lugar; apoya a las personas anunciándoles que quien cumpla con su deber, podrá vivir también en

⁶⁴ JELLINEK, op. cit. (nota 59), p. 334, nota 1; sobre ello SCHREIBER, op. cit. (nota 62), ps. 109 y ss.

⁶⁵ Cfr. JAKOBS, op. cit. (nota 4), ps. 112 y ss.

el plano individual de modo cómodo. Mientras que este anuncio, por ejemplo, en *Locke*, consiste en una referencia a leyes naturales, o al menos a reglas de la experiencia, conforme a las cuales se producirá el resultado apetecido, tratándose, por lo tanto, de una información sobre la valoración cognitiva de la situación, el Estado de prestaciones ha asumido el aseguramiento normativo de la previsión vital necesaria para una vida cómoda. Si no llega a producirse esa vida cómoda, la razón de ello no está en circunstancias excepcionalmente adversas, sino en que el Estado ha cometido un error; el Estado debe procurar —en sentido normativo— la previsión vital.

Puesto que el Estado no genera él mismo valores, sino, por lo tanto, sólo puede repartir lo que previamente ha quitado a alguien, mediante su definición como Estado de prestaciones es colocado en dependencia de la economía; sólo puede cumplir su promesa si la economía funciona. Ahora bien, la economía moderna no es una actividad nacional que esté expuesta a la intervención segura del Estado por quedar limitada al interior del mismo; su ámbito de acción es el mercado internacional, y ello tanto en lo que se refiere a la producción como a la distribución. Por ello, necesariamente ha de convertirse en objetivo del Estado que promete previsión vital la creación en su territorio de un mercado adecuado, y ello se logrará en mayor medida en cuanto deje decidir a la economía cómo han de ser las condiciones marginales, lo que significa, especialmente, qué precio puede tener la previsión vital, pero que va mucho más allá: también la educación, el apoyo a la investigación, la seguridad interior y otros elementos hasta llegar al Derecho Penal (“criminalidad económica”) entran en este torbellino. Dicho de otro modo, el Estado se convierte en el departamento de infraestructuras de la economía, a la que no puede defraudar si no quiere perder su razón de legitimación “previsión vital”.

Hegel dice respecto de la relación entre economía y Estado lo siguiente: “Frente a la esfera del Derecho Privado y del bienestar privado, de la familia y de la sociedad civil, el Estado es, por un lado, una necesidad externa y su poder superior, a cuya naturaleza están subordinados tanto sus leyes como sus intereses y de quien dependen”⁶⁶.

⁶⁶ Op. cit. (nota 45), § 261.

En lugar de esta segura superioridad del Estado se ha colocado un movimiento pendular entre una defensa de la ubicación de elementos económicos en el territorio y una defensa de la legitimación del Estado como proveedor de previsión vital, de cuyas oscilaciones en una u otra dirección se informa en los medios de comunicación diariamente como así llamada política.

Esto debería ser suficiente para poder mostrar que al Estado se le ha presentado en la economía un competidor en la determinación de lo que debe hacerse conforme a deber, es decir, de lo que es la configuración de la persona. La lucha por la ocupación de los mercados ha ocupado el lugar de las guerras de conquista, con la consecuencia de que el fracaso de las empresas ubicadas en el territorio del Estado significa una catástrofe nacional, a saber, una provincialización económica, comparable a la provincialización política después de una guerra perdida según la antigua usanza.

Que hoy en día la economía genere de modo determinante deberes, es decir, que defina personas, conduce al problema de cómo ha de procederse con aquellos que no pueden cooperar en la economía, bien porque son incapaces de ello, bien porque la economía no los necesita. Cuando los desempleados se quejan de que se les ubica en una segunda clase, ello no sucede por una actitud quejumbrosa, sino porque han comprendido que una persona es alguien que es necesitado para cumplir un cometido. Que los quiebras que se producen hasta ahora hayan podido resolverse con pagos en dinero y postulados de igualdad no podrá suponer un modelo de solución cuando exista una crisis que se agrave.

El carácter dominante de la economía queda demostrado de modo especial en el caso de jóvenes desempleados, que nunca tuvieron la oportunidad de aprender e internalizar la conducta de una persona que es necesaria en una profesión: a falta de deber, no son persona, y a falta de costumbre de comportarse como persona tampoco se comportan como si lo fueran, sino que se ocupan de sus intereses exclusivamente individuales; lo que no les aporta un beneficio individual les es indiferente, o, si cuesta esfuerzos, lo ven de modo negativo —evidentemente, el fin de lo general—. Y no cabe esperar otras reacciones de no-personas, más aún, si tuvieran lugar estarían sencillamente inmersas en la mentira.

Aquel al que no se necesita se le excluye de la obra común, y cuando ha entendido esto sólo le queda la retirada hacia la mera individualidad. En tal situación, puede que el individuo aún perciba que el ordenamiento jurídico es una organización que aun para él mismo es a grandes rasgos útil, pero permanecerá la reserva secreta de que habrá que quebrantarlo siempre que tal comportamiento prometa mayores beneficios. Quien no es persona puede ser dirigido por amenazas y reclamos, pero no puede ser obligado por una norma. Por lo tanto, cuando quien es superfluo en la economía común se conduce como si viviera en otro mundo, ello sólo es consecuente: es que no vive en el mundo de las personas.

Sin embargo, el carácter dominante de la economía no sólo trae nuevos problemas, sino que resuelve algunos problemas antiguos⁶⁷. En este sentido, la competencia dentro de la economía sustituye la competencia antes existente, pero hoy adormecida, entre los Estados. Una empresa que se hunde si no se perfecciona continuamente necesita trabajo, de modo que generará personas. Frente a ello, en el clima tranquilizador de Estados seguros de su recíproco reconocimiento, nada hay que exigir del ciudadano, y todo se le puede otorgar. Por lo tanto, la sociedad protege de obligación en una comodidad generalizada.

VIII. Resumen

Resumo: la obligación jurídica no es un concepto del espíritu subjetivo, sino del espíritu objetivo. Por ello, no puede deducirse de un contrato de individuos, sino sólo se genera cuando a una persona —que precisamente por ello es persona— se le impone conforme al entendimiento general un cometido en interés de lo general. El entendimiento general de que la tarea debe soportarse por la persona no puede ser sustituido por la mera coacción. En la actualidad puede decirse que la economía es el generador de obligación.

⁶⁷ Vid. JAKOBS, op. cit. (nota 4), ps. 120 y ss.

TEORÍA Y PRAXIS DE LA INJERENCIA*

por GÜNTHER JAKOBS

SUMARIO: I. Teoría de la injerencia, primera parte. A) Relaciones positivas y negativas. B) El sinalagma de libertad de comportamiento y responsabilidad por las consecuencias. C) La injerencia como creación de un riesgo especial. II. Praxis de la injerencia. A) La continuación de la jurisprudencia del *Reichsgericht*. B) Complicidad en falso testimonio. C) La responsabilidad del empresario de hostelería. D) Comportamientos en el tráfico rodado. E) Responsabilidad por el producto. F) Participación. III. Teoría de la injerencia, segunda parte. A) De nuevo: creación de un riesgo especial. B) Injerencia en el delito de comisión. C) Conclusión.

I. Teoría de la injerencia, primera parte

A) *Relaciones positivas y negativas*

Todo delito, sea un delito de comisión o de omisión, defrauda una expectativa jurídicamente garantizada. En cuanto al contenido de la expectativa, es necesario distinguir: frente a cualquier persona existe la expectativa de organizarse de tal manera que su propio círculo de organización no produzca daños para los círculos de otras personas. Los círculos de organización de las personas se definen como unidades separadas, y ninguno de los círculos debe convertirse en la razón del empeoramiento de otro círculo. Puesto que se trata de no empeorar la situación de los demás círculos, a este respecto desde hace mucho tiempo se habla de una relación negativa de las personas; no existe la expectativa de que todos prestarán ayuda a todos, sino sólo la expectativa de que no se perturbarán. La situación es distinta en las así

* Título original: *Theorie und Praxis der Ingerenz* (manuscrito). Traducción de Manuel Cancio Meliá (Universidad Autónoma de Madrid).

llamadas relaciones positivas: éstas tienen como contenido mejorar el estado de la organización de otra persona o el estado de una institución del Estado. A este respecto, el ejemplo principal lo ofrecen los padres en su relación con sus hijos: está claro que los padres no quedan definidos de modo suficiente por el hecho de ser personas que no deben lesionar a sus hijos, sino sólo cuando se añade la ulterior expectativa de que deben formar con sus hijos un mundo común beneficioso para éstos.

Para un estudio de la injerencia, es decir, de los deberes que resultan de un determinado comportamiento previo, no sólo es de la mayor importancia la separación de relaciones positivas y negativas¹, sino también la independencia de esta distinción de la diferenciación entre hacer y omitir. Ciertamente, a primera vista el contenido de la relación positiva parece ser el de un mandato de apoyo activo, mientras que el contenido de la relación negativa parece ser el de una prohibición de lesión; pero esta primera impresión es engañosa. Las relaciones *positivas* también pueden presentarse en forma de *prohibiciones*; en particular, se prohíbe al sujeto obligado que haga dejación de su capacidad para cumplir su deber. Dicho con un ejemplo: a los padres que deben vigilar a sus hijos les está prohibido alejarse de ellos. A la inversa –y esto es aquí más importante–, las relaciones *negativas* pueden configurarse como *mandatos*, concretamente, cuando es necesario un mandato para evitar o cesar la lesión de una organización ajena. Dicho de nuevo con un ejemplo: el propietario de un perro debe ordenarle que se detenga cuando éste está en disposición de morder a otras personas.

Por consiguiente, tanto en las relaciones negativas como en las positivas existen mandatos y prohibiciones; dicho de otro modo: hay mandatos dirigidos a todos² –todos deben retirar su organización cuando el estado actual de ésta amenace con lesionar a otros– y prohibiciones

¹ Exhaustivamente SÁNCHEZ-VERA, *Pflichtdelikt und Beteiligung*, 1999, ps. 67 y ss., con amplias referencias.

² Las voces que se han manifestado en contra de esta posición no se dirigen contra los mandatos en sí mismos (o sólo de modo secundario), sino en contra de su deficiente positivización; vid. al respecto SCHÖNE, *Unterlassene Erfolgsabwendungen und Strafgesetz*, 1974, ps. 318 y ss., 355 y ss.

que sólo se dirigen hacia aquellos en los que concurre un deber especial –sólo a los padres (y a otras personas encargadas de la tutela) les está prohibido abandonar a un niño gravemente enfermo–. El corte entre actuar y omitir es una distinción fenotípica –¿qué apariencia tiene lo que debería haber ocurrido?–, mientras que el corte genotípico existe entre los deberes que competen a todos en la relación negativa, es decir, los deberes correspondientes al rol general del ciudadano, y los deberes especiales³ en la relación positiva, es decir, los deberes de los titulares de un *status* especial.

La injerencia fundamenta un deber en una relación negativa; es la organización previa en la que se basa. Por ello sería erróneo intentar hallar un *status* especial del sujeto obligado por injerencia: no lo tiene; pues no es un *status* lo que fundamenta su deber, sino el estado de su organización. Por lo tanto, en la concreción de la injerencia no se trata de fundamentar que el omitente preste a un círculo de organización ajeno su apoyo, sino que revoque su usurpación de una organización ajena. Un ejemplo de ello: el propietario de un jardín ha invitado a unos padres con su hijo como huéspedes y permite de modo descuidado que el niño coma bayas de una planta venenosa, por ejemplo, un arbusto de dafne. Así las cosas, los padres y el propietario del jardín tienen que procurar un remedio. La razón del deber en el caso de los padres es su *status*: deben mejorar la mala situación del niño mediante su auxilio, con independencia del origen de la situación. El propietario del jardín –que su deber deriva de injerencia aún queda por demostrar– externamente debe hacer lo mismo, pero por una razón completamente distinta: las bayas en el estómago del niño son una usurpación de la que debe responder, y debe revocarla en la medida en que ello aún sea posible. Ayudando al niño revoca su organización lesiva. Brevemente: los padres deben mejorar la situación, el propietario del jardín, en cambio, debe hacer concluir un empeoramiento.

B) *El sinalagma de libertad de comportamiento y responsabilidad por las consecuencias*

Con lo anterior queda descrito qué es lo que implica la injerencia,

³ La lesión de éstos da lugar al delito de deber; sobre esto es fundamental ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 7ª ed., 1999, ps. 352 y ss., 695 y ss.

si es que ésta existe: un deber perteneciente al campo de las relaciones negativas. Ahora bien, aún no ha quedado determinado si, y, en caso afirmativo, en qué medida, la existencia de relaciones negativas obliga a la existencia de un deber derivado de injerencia⁴. Sobre esto siguen algunas consideraciones.

En una sociedad de libertades, y, más aún, en una sociedad que además hace posibles contactos en alto grado anónimos, es decir, en una sociedad que pone a cargo de los ciudadanos la configuración del comportamiento a elegir, con tal de que ese comportamiento no tenga consecuencias lesivas, la libertad decentral de elección debe verse correspondida, en cuanto sinalagma, por la responsabilidad por las consecuencias de la elección⁵. Sin este sinalagma entre libertad de comportamiento y responsabilidad por las consecuencias sería imposible organizar al menos los contactos anónimos, lo que significa que no habría sociedad. Por ello, cada persona es garante de la inocuidad de su conducta. Este sinalagma no puede quedar limitado al mero comportamiento corporal; pues una persona asume para sí más que su propio cuerpo, es decir, además, el derecho de propiedad, otros derechos, etcétera. La suma de todos los derechos susceptibles de ser lícitamente defendidos es el círculo de organización de la persona, y puesto que la persona es tan libre en su organización como en la determinación de su comportamiento corporal, especialmente, está autorizada para excluir a cualquier otra persona de esa organización, de modo correspondiente sólo ella, es decir, la persona que es titular del círculo de organización, puede ser quien debe procurar su configuración

⁴ En contra SCHÜNEMANN, *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte*, 1971, ps. 231 y ss., 313 y ss. y pássim; ídem, *GA* 1974, ps. 231 y ss., 235 y ss.; SANGENSTEDT, *Garantenstellung und Garantienpflicht von Amtsträgern*, 1989, ps. 318 y ss., 409 y ss. y pássim; LAMPE, *ZStW* 72, ps. 93 y ss., 105 y ss. (*dolus subsequens*); de modo incidental también ROXIN, *ZStW* 83, ps. 369 y ss., 403; con importantes restricciones PFLEIDERER, *Die Garantenstellung aus vorangegangenen Tun*, 1968, ps. 128 y ss.; muy escéptico WELZEL, *JZ* 1958, ps. 494 y ss.

⁵ Sobre esto JAKOBS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2ª ed., 1991, 28/13 y ss.; ídem, *Die strafrechtliche Zurechnung von Tun und Unterlassen*, 1996, ps. 7 y ss., 19 y ss.

sin consecuencias lesivas y quien debe responder por eventuales errores en esa configuración.

De lo acabado de decir, en primer lugar, deriva de manera casi evidente la posición de garantía respecto del propio actuar: todos deben procurar que su puño no aterrice violentamente en la cara de su congénere, o que su dedo índice no apriete el gatillo de un arma de fuego cargada apuntada sobre otra persona, etcétera. Sin embargo, también aparecen sin dificultad algunos fundamentos de posiciones de garantía referidas a supuestos de omisión: quien asume para sí una propiedad, debe procurar que de ésta no emanen riesgos para otras personas. Se trata de los deberes de aseguramiento en el tráfico, deberes que de modo indiscutido forman parte de los elementos de las posiciones de garantía y cuyo panorama abarca desde el deber de aseguramiento de un animal agresivo, pasando por el deber de asegurar las tejas de una casa frente al riesgo de que caigan al suelo hasta llegar al deber de asegurar un carro de combate frente a la posible utilización por personas no capacitadas o al deber de asegurar una central nuclear frente a situaciones críticas.

No es casual que todo ello esté fuera de discusión; estos deberes forman parte de modo evidente de la configuración de la constitución jurídica de la sociedad. ¿A quién iba a incumbir la evitación de daños, sino al único autorizado para llevar a cabo la organización, es decir, el propietario o titular? Para el establecimiento de su posición de garantía no es decisivo, por lo demás, que haya producido el estado peligroso de su propiedad de modo *contrario a deber*, con tal de que le corresponda la competencia en relación con la víctima potencial. En este ámbito, pueden presentarse algunas cuestiones difíciles de delimitación. Dicho con un ejemplo: aquel sujeto al que otro arranca su bastón de la mano para golpear con él a un tercero, queda desposeído y no tiene deber alguno de evitar la paliza, pero quien puede ordenar a su perro que detenga su ataque una vez que otro lo ha azuzado para que ataque a un tercero, estará obligado a hacerlo (el hecho de permitir ser azuzado para atacar es un riesgo típico del animal), y las situaciones críticas en una central nuclear deben ser neutralizadas por el titular de la misma incluso después de un atentado terrorista. Por lo tanto, ya en los deberes de aseguramiento en el tráfico —y no recién al abordar

la injerencia— puede ser que concurren varios círculos de organización respecto de la competencia (dicho sea de paso, esto puede suceder también en el ámbito de la comisión, por ejemplo, cuando la víctima actúa a su propio riesgo). Por consiguiente, que existan problemas paralelos en el campo de la injerencia no puede ser la razón para rechazarla de plano.

Frente a los deberes de aseguramiento que tienen como contenido configurar la organización propia de tal modo que no se produzca un curso lesivo, cabe distinguir —aun dentro del ámbito de los deberes en virtud de competencia por organización, es decir, aun en cuanto deberes negativos— desde el punto de vista *fenotípico* los deberes de salvamento, dirigidos a revocar un curso lesivo que ya ha penetrado en la organización ajena. En el campo de los deberes negativos, los deberes de salvamento —a diferencia de los deberes de aseguramiento— son objeto de polémica, pues parece a primera vista que en este ámbito se trata de llevar a cabo una ayuda a la víctima, es decir, que ya no estamos ante algo negativo, sino ante un elemento positivo. Ésta, sin embargo, es una visión precipitada, visión que está relacionada con la separación fenotípica entre aseguramiento-salvamento, pero no alcanza a captar el núcleo del asunto. Expondré esta situación con ayuda del ejemplo antes propuesto del propietario de un arbusto venenoso que no asegura de modo suficiente ese peligro frente a un niño. Cuando el veneno ha llegado al estómago del niño, hay que extraerlo; esto no es más que el aseguramiento frente a ulteriores daños derivados. Y cuando el veneno ya ha entrado en el sistema de circulación de la sangre, ha de administrarse un antídoto —de nuevo, no es más que el aseguramiento frente a daños ulteriores derivados—. Y si el niño después del tratamiento entra en un estado de completo agotamiento, es necesario cuidarlo, y también en este caso no se trata de nada distinto del aseguramiento frente a daños ulteriores derivados. Por consiguiente, para el sujeto que está obligado por el deber negativo en todo caso se trata de no permitir que suceda una usurpación de libertad ajena, o que, en todo caso, no se produzca una *ulterior* usurpación. Respecto de los sujetos obligados por un deber positivo, en el ejemplo los padres, que no han incurrido en usurpación alguna, el mismo comportamiento se presenta como ayuda positiva, precisamente porque la usurpación no es obra

suya. Dicho de otro modo: el sujeto responsable de una usurpación debe procurar que ésta sea *retirada* por completo o al menos en la medida en que ello resulte posible (de modo comparable a la retirada de tropas de un territorio ajeno); el cuidado del sujeto obligado por un deber positivo, por el contrario, se dirige a *rechazar* la fuente de la lesión mediante un apoyo positivo (de modo comparable al rechazo del enemigo). Por consiguiente, el así llamado deber de salvamento por injerencia es materialmente un deber de aseguramiento, un deber negativo, y no un deber de solidaridad con la víctima, sino un deber de revocación de la usurpación de libertad ajena.

C) *La injerencia como creación de un riesgo especial*

Si con lo acabado de exponer queda claro que no se puede prescindir por completo de la injerencia, la cuestión decisiva es, entonces, cuáles son los requisitos que deben plantearse frente a la conducta previa. Acerca de los extremos cabe alcanzar un consenso: no basta cualquier comportamiento con efectos causales para la fundamentación del deber, y sí es suficiente una conducta antijurídica. Respecto de lo primero, no hace falta mucha fundamentación; quien no se comporta de modo más arriesgado de lo que resulta imprescindible en la vida diaria, no ha creado una razón para atribuirle consecuencias lesivas. A modo de ejemplo: un paseante que se conduce de modo normal no adquiere el deber de ayudar por el hecho de que su apariencia externa lleve a un perro de gran tamaño a tirar de tal modo de la correa que la persona que lo ha sacado a pasear se cae y sufre lesiones. Y la situación no es más compleja respecto de lo segundo: quien se ha conducido de modo contrario a Derecho, ha usurpado la libertad ajena y debe ocuparse de que no se produzcan consecuencias lesivas, o al menos que éstas sean las menos posibles. Dicho de nuevo con un ejemplo: quien tropieza por un gran descuido suyo con otro, está obligado a sujetarlo para que éste no caiga al suelo. Entre estos dos extremos está el problema.

La fórmula de que el comportamiento previo ha de ser antijurídico⁶

⁶ En este sentido, fundamental GALLAS, *Studien zum Unterlassungsdelikt*, 1989, ps. 86 y ss. (se trata de una conferencia de 1963, cfr. loc. cit., p. V); RUDOLPHI, *Die Gleichstellungsproblematik der unechten Unterlassungsdelikte und der Gedanken der Ingerenz*, 1966, ps. 157 y ss., 163 y ss.

lleva más allá de su propio contenido, como mostrará el correspondiente análisis. ¿Por qué se hace alusión, precisamente, a la antijuridicidad? Porque la conducta antijurídica impone algo a la víctima, usurpa su libertad. Pero esto no sólo sucede en el caso de un comportamiento antijurídico, sino que, por ejemplo, también se da en algunos supuestos del así llamado estado de necesidad agresivo. A modo de ejemplo: quien en caso de un incendio en su vivienda penetra en la vivienda de su vecino ausente para llenar un cubo de agua, impone a su vecino una situación a tolerar, por lo que está obligado a volver a cerrar el grifo del agua después de terminar con las labores de extinción del incendio y si más agua derramada estropearía el parque.

Hay otros ámbitos en los que alguien puede imponer a otro una limitación de su libertad de modo ajustado a Derecho⁷. En lo principal, se trata de todas aquellas conductas en las que una responsabilidad por el riesgo jurídico-civil establecida por ley –eventualmente, junto con un seguro obligatorio– demuestra que si bien se trata de una conducta permitida, el sujeto que lo organiza se arroga algo frente a los demás, de modo que incluso está obligado a asegurar a los demás en el plano jurídico-patrimonial. Dicho con un ejemplo: que un automovilista que atropella a un peatón por un defecto de su vehículo que no le resulta cognoscible deba pagar en caso de necesidad su ataúd, pero no deba estar obligado –a falta de una conducta previa generadora de un riesgo no permitido– a evitar la muerte –hablando en términos fenotípicos– mediante medidas de salvamento, es una conclusión incomprensible.

Parece claro que la fórmula de la antijuridicidad es demasiado estricta. Los deberes de injerencia no sólo quedan fundamentados por un comportamiento antijurídico, sino por cualquier comportamiento

⁷ La extendida afirmación de que “sería contradictorio permitir un comportamiento y valorarlo como correcto desde el punto de vista del Derecho, pero convertirlo a pesar de ello de manera mediata en fundamento de responsabilidad jurídico-penal después de que cause un resultado que no ha sido evitado por el autor” (BAU-MANN/WEBER/MITSCH, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 10ª ed., 1995, § 15 n.m. 67) es errónea: habría que fundamentar que el permiso se presenta como “consecuencia de una ponderación de intereses individuales”; y no sólo como “espacio de libertad [...] en interés de la dinámica social”; NK-SEELMANN, *Nomos-Kommentar zum Strafgesetzbuch*, ed. a cargo de Neumann *et al.*, 6ª ent., 1999, § 13 n.m. 49.

previo mediante el cual se asuma frente a la víctima un riesgo especial⁸. En lo que sigue, se expondrá qué significa esa afirmación en detalle mediante un análisis crítico de la jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal*, que ha alcanzado ya los cincuenta años de desarrollo. Para ello, se expondrá un número de cierta consideración de sentencias, y se verá que el Tribunal Supremo Federal —a pesar de vincularse en los últimos tiempos verbalmente a la fórmula de la antijuridicidad— materialmente sigue la fórmula de que ha de tratarse de un riesgo especial. Después de esta exposición crítica, se retomará la determinación del riesgo especial, intentando llevar a cabo una precisión de la sistemática de la injerencia.

II. Praxis de la injerencia

A) *La continuación de la jurisprudencia del “Reichsgericht”*

De modo constante, el *Reichsgericht*** reconoció el comportamiento previo como posible fundamento de un deber de garante⁹, y, concretamente, sostenía que queda obligado a evitar el resultado aquel que “mediante sus propias acciones [...] ha creado una situación contraria a la ley [...] o circunstancias que en su ulterior desarrollo producen el resultado que infringe el ordenamiento jurídico”¹⁰. A pesar de todas

⁸ NK-SEELMANN (nota 7), § 13 n.m. 49; JAKOBS (nota 5, 1ª referencia), 29/39; OTTO, *NJW* 1974, ps. 528 y ss., 534; además, discrepando en aspectos puntuales, HERZBERG, *Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip*, 1972, ps. 294 y ss.; WELP, *Vorangegangenes Tun als Grundlage einer Handlungsäquivalenz der Unterlassung*, 1968, ps. 209 y ss.; FREUND, *Erfolgssdelikt und Unterlassen*, 1992, ps. 180 y ss.; ídem, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Personale Straftatlehre*, 1998, § 6 n.m. 67 y ss.; MAURACH/GÖSSEL, *Strafrecht. Allgemeiner Teil, Teilband 2*, 7ª ed., 1989, § 46 n.m. 99; KÖHLER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 1997, ps. 219 y ss.

* Bundesgerichtshof, BGH; las citas que aparecen a continuación se refieren a la colección oficial (tomo y páginas) de jurisprudencia en materia penal.

** RG; Tribunal Supremo del Reich Alemán, Tribunal Supremo de Alemania hasta 1945 (n. del t.).

⁹ Ya RG 17, 260 y ss., 261; además 24, 339 y ss.; 46, 337 y ss., 343; 58, 130 y ss., 131 y ss.; 68, 100 y ss., 103 y ss. (omisión como conducta previa); 72, 20 y ss., 22 y ss.; 74, 283 y ss., 285.

¹⁰ RG 46, 337 y ss., 343.

las diferencias que aparecen en las distintas sentencias, sí queda claro que el RG entiende por “creación” de una “situación contraria a la ley” o de las “circunstancias” peligrosas algo más específico que una causación cualquiera, concretamente, una conducta con una tendencia crítica, lo que ciertamente no es más que una descripción vaga, pero al menos más que una mera concurrencia previa con efectos causales de la conducta.

Ya en un momento temprano (1952), el BGH tomó como referencia el concepto elástico –pero no carente de contenido– de la “creación”¹¹: el acusado había tapado de modo ajustado a Derecho la senda que conducía a una vivienda provisional con material de una obra, lo que condujo a que los habitantes de la vivienda hicieran un camino nuevo, pero –como resultaba previsible– en un lugar peligroso; el acusado ni cerró ni aseguró el camino nuevo, y un niño sufrió una caída y murió como consecuencia de las heridas sufridas. No cabe ninguna duda de que concurre una causación, incluso, que concurre una causación adecuada, pero el BGH argumenta del siguiente modo: “Sin embargo, el hecho de tapar el camino antiguo aún no supuso la *creación* de la situación de riesgo...”¹² Si bien –en la argumentación del BGH– también una conducta conforme a Derecho puede crear el deber de intervenir, en caso de que mediante ese comportamiento se “cree” una situación de riesgo, quien actúa conforme a Derecho no tiene por qué contar con un comportamiento antijurídico de terceros responsables¹³. Si se deja al margen la formulación exageradamente amplia –forma parte de algunos comportamientos, para que se ajusten a Derecho, por ejemplo, cuando se están manejando veneno o armas, contar con acciones antijurídicas de terceros responsables¹⁴–, la fundamentación puede resultar convincente: quien no genera un riesgo especial, no responde (“no tiene [...] por qué contar con ello”, como formula el tribunal en el marco de una concepción imperativista¹⁵; pero ¿cuál es la solución

¹¹ BGH 3, 203 y ss., 204.

¹² Loc. cit. (nota 11), 204, sin cursiva en el original.

¹³ Loc. cit. (nota 11), 205.

¹⁴ Cfr. BGH 17, 289 y ss. (vehículo de motor).

¹⁵ Loc. cit. (nota 11), 205.

si *sí* contó con ello?) por que otros desvíen de modo antijurídico su conducta hacia lo peligroso.

B) *Complicidad en falso testimonio*

Sin embargo, quien sí genera un riesgo especial, es responsable. Como no podía ser de otro modo, a la hora de determinar lo especial existen oscilaciones; las expondré, en primer lugar, respecto de la complicidad en falso testimonio por omisión, en la medida en que el deber de evitación deba inferirse de injerencia. Se trata de un problema que surgió como cuestión especial de los procesos de divorcio desarrollados conforme a la legislación anterior* y que se caracterizaba porque habitualmente la conducta omisiva venía acompañada con mucha probabilidad –pero sin que ello resultara susceptible de prueba– por un acuerdo activo para ocultar la verdad. Una de las partes del proceso niega, en contra de la verdad, haberse comportado con una tercera persona de modo contrario a su matrimonio o incluso haber cometido adulterio, provocando con ello la toma de declaración a la tercera persona –que es citada a instancia de la otra parte como testigo– y no impide su falso testimonio (o al menos, su declaración incorrecta). Ya el RG partió de que la parte que niega los hechos ostenta posición de garante, aunque no siempre con la misma fundamentación. Así, por ejemplo, en un caso en el que una sirena evidentemente hábil había seducido a un hombre igualmente evidentemente bastante más joven, aparece el argumento de que la parte “sobre todo [...] introdujo al joven amante de modo tan intenso en la relación adúltera que éste estaba dispuesto a hacer todo por ella”¹⁶ –lo especial del riesgo, por lo tanto, se busca en la relación interna–. Sin embargo, en otro caso se infiere la especialidad de la relación interna, concretamente, de la circunstancia de que “la testigo, si quería decir la verdad, se veía obligada a admitir conductas que le producirían deshonor, que incluso

* En el Derecho matrimonial alemán anterior, en los procedimientos de divorcio era relevante determinar cuál era la parte “culpable” en la separación, determinación que tenía repercusión en los términos de la sentencia de divorcio.

¹⁶ RG 72, 20 y ss., 22 y ss.

debían ponerla en una situación que generaba el riesgo de ser sometida a persecución penal¹⁷.

La Sección Primera del BGH endureció los criterios para asumir la concurrencia de una posición de garantía, haciéndose así eco de la crítica que la jurisprudencia del RG había despertado en la bibliografía¹⁸: de acuerdo con su posición, la negativa mendaz de la parte no fundamenta per se un deber de evitación, pero sí el mantenimiento o incluso el incremento en intensidad de la relación contraria al matrimonio hasta la fecha de la práctica de la prueba. “Las relaciones amorosas entre hombre y mujer [...] conllevan en muchos casos que ambas partes –sobre todo cuando de hacerse pública esa relación pueden generarse problemas para una de las partes– sientan el deber o la tendencia de defenderse mutuamente...”¹⁹ Por lo tanto, la relación interna y la externa se vinculan, pero simultáneamente se limita la obligación al caso de una relación amorosa practicada aún en ese momento.

La Sección Cuarta en un primer momento consideró prescindible tal intensificación cuantitativa, e invocó la jurisprudencia del RG ofreciendo la siguiente argumentación respecto de la relación externa: “La negación por parte del acusado hace [...] próximo el riesgo de una declaración dolosamente falsa de la testigo, ya que ésta, al admitir las relaciones adúlteras, se imputaba a sí misma una acción generadora de deshonor, sometiéndose al riesgo de una persecución en el orden jurisdiccional penal”²⁰. Ahora bien, en una resolución posterior la Sección toma como elemento decisivo que en el caso concreto tal intensificación concurría doblemente, en primer lugar, al existir promesa de la parte en cuestión de casarse con la testigo después del divorcio, y, en segundo lugar, mediante el mensaje de que la parte mantendría

¹⁷ RG 75, 272 y ss., 275; sorprendentemente, en las sentencias no se mencionan las considerables consecuencias *económicas* de la declaración de “culpabilidad” en un divorcio de acuerdo con la regulación entonces vigente –probablemente una demostración de la tendencia hacia la hipocresía característica de esa época–.

¹⁸ MAURACH, SJZ 1949, 541; WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht in seinen Grundzügen*, 1947, p. 88; más adelante BOCKELMANN, NJW 1954, 697.

¹⁹ BGH 2, 129 y ss., 134, con comentario de SCHMIDT-LEICHNER, NJW 1952, 512 y ss.

²⁰ BGH 3, 18 y ss., 19.

contra viento y marea la versión mendaz²¹. Finalmente, la intensificación se considera un requisito imprescindible: “El sentimiento de mutua obligación [...] por sí solo [...] no basta, precisamente, para crear una situación especial de riesgo para el testigo, que obligaría al cónyuge culpable a impedir que el testigo haga una declaración inveraz”²² —sigue un resaltamiento de la relación interna (mantenimiento de las relaciones hasta el momento de práctica de la prueba)—.

El argumento utilizado en contra de esta jurisprudencia antes y después de su época de vigencia, en el sentido de que el testigo sería él mismo responsable²³ de su declaración, es, en sí mismo, evidentemente correcto: tanto la configuración de la relación interna (la vinculación) como de la relación externa (peligro de deshonor) no deben atribuirse menos al testigo que a la parte en el proceso, y ello también en la medida en que se trate de una intensificación cuantitativa (el mantenimiento de las relaciones, el atractivo de una promesa de matrimonio). Pero el argumento carece de contenido, de modo igualmente evidente, en el contexto relevante; pues la responsabilidad de un ejecutante no excluye la participación accesorio de la que parten el RG y el BGH, como queda de manifiesto en el hecho de que nadie excluiría la concurrencia de una inducción a falso testimonio por el mero hecho de la responsabilidad del inducido. Por ello, lo correcto no es preguntar por la responsabilidad del testigo, sino por la concurrencia o no de competencia de la parte procesal por el hecho —responsable— del testigo.

Esta competencia no puede hallarse en una intensificación cuantitativa, sino sólo en la relación base: si ésta, es decir, el adulterio, es entendida como decisión común de minar en secreto una institución básica del mundo civil, llevando en esa medida una vida mendaz en un aspecto más que marginal, entonces ambos intervinientes comienzan por prometerse mutuamente jugar el rol de personas mendaces, y la

²¹ BGH 14, 223 y ss., 230 y ss., 231 y ss.

²² BGH 17, 321 y ss., 323.

²³ WELZEL, como en nota 18; ídem, *Das Deutsche Strafrecht*, 11ª ed., 1969, p. 215 con referencias; SCHÖNKE/SCHRÖDER/LENCKNER, *Strafgesetzbuch*, 25ª ed., 1997, n.m. 40 previo al § 153; ARZT/WEBER, *Strafrecht. Besonderer Teil, Lehrheft* 5, 1982, n.m. 379.

determinación de cuáles sean las consecuencias en concreto depende de lo que suceda de ahí en adelante. Si ésta –una inducción mutua genérica a la mentira– es la concepción *objetiva* correcta del adulterio en una sociedad civil, el adulterio da lugar a una posición de garantía por injerencia, como decidieron primero el RG y al principio también la Sección Cuarta del BGH, y la resolución posterior de la Sección Cuarta del BGH²⁴, que toma como punto de referencia la intensificación cuantitativa no derivada de una percepción madura de los presupuestos de la injerencia, sino del debilitamiento progresivo de la relevancia del matrimonio para la sociedad civil –o, expresado con mayor exactitud, sociedad tan sólo reducidamente civil– y viceversa de la disminución progresiva del peligro inherente a un adulterio. En tal situación, el riesgo reducido del adulterio aún puede ser cubierto durante algún tiempo por una intensificación cuantitativa (persistencia o promesa de matrimonio), pero para ello ya son consideraciones de carácter psicológico las que sustituyen el significado objetivo social del comportamiento; una clara muestra de ocaso: en lugar de la institución que configura personas se coloca lo interindividual creado por individuos.

En este sentido cabe entender también la jurisprudencia reciente acerca de la complicidad en falso testimonio por omisión: quien induce a una falsa declaración fuera del proceso, se afirma, debe ser considerado garante de evitar un delito de falso testimonio realizado en el marco del proceso²⁵. Por un lado, el delito de falso testimonio constituye un exceso del inducido, es decir, que se basa en su disposición individual; pero, por otra parte, la toma de declaración se ordena por el tribunal, de modo que *ex ante* no puede determinarse si se podrá evitar o no. Por ello, la inducción a prestar falsa declaración fuera del proceso puede concebirse, también aquí, como creación de un mundo mendaz, y de nuevo la determinación de cuáles sean las consecuencias en concreto depende de lo que suceda de ahí en adelante, de modo que la inducción puede fundamentar el deber de enfrentarse en una medida *objetivamente* fijada al riesgo de ulteriores desarrollos.

²⁴ BGH 17, 321 y ss.

²⁵ BGH *NSiZ* 1993, 489.

C) *La responsabilidad del empresario de hostelería*

Otras resoluciones relativas a la injerencia se refieren a la responsabilidad de propietarios de establecimientos de hostelería por las consecuencias de poner a disposición²⁶ de los clientes bebidas alcohólicas. En un primer momento, el BGH amplió bastante los límites de la responsabilidad en una sentencia referida a la responsabilidad de un hostelero por una conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas —con nefastas consecuencias— de su cliente: “quien crea (¡!) el riesgo de la comisión de un delito, está obligado a evitar el riesgo que amenaza desde esa situación...”²⁷ La “creación” se infiere únicamente del hecho de que “las bebidas alcohólicas consumidas (por el cliente en el establecimiento) le habían colocado en una situación en la que ya no estaba en condiciones de reanudar la conducción con su automóvil”, de modo que “por lo tanto” existía un deber jurídico²⁸. A la hora de fundamentar el deber jurídico, el BGH no menciona en absoluto la cuestión de la inimputabilidad —que concurría en el caso— del cliente²⁹. Esto, sin embargo, no significa que el BGH no viera en absoluto la posibilidad de resolver el conflicto por medio de imputación al propio cliente (§ 323a StGB*); sin embargo, no la trata como un problema de la posición de garantía, sino de codelincuencia, y decide que concurre un supuesto de autoría accesoria³⁰. Pero al fundamentar la autoría ac-

²⁶ No sólo de servirlos activamente; en BGH 4, 20 y ss., 23, el cliente había pasado a servirse él mismo.

²⁷ BGH 4, 20 y ss., 22 con comentario de v. WEBER, *NJW* 1953, 1072 y ss.; LANGE, *JZ* 1953, 408 y ss.

²⁸ Loc. cit. (nota 27). Probablemente es incorrecta la aprobación por parte del BGH de la consideración del juez *a quo* de que los esfuerzos realizados para evitar que el cliente siguiera bebiendo y después conduciendo demostraban la concurrencia de conciencia de antijuridicidad; lo que demuestran es una voluntad de evitación; pero que ésta estuviera vinculada a la conciencia de la existencia de una norma jurídica o de una norma moral, o, por el contrario, incluso derivara de una prestación más allá de cualquier obligación para el actuante, queda completamente abierto.

²⁹ BGH 4, 20 en relación con el registro general de los tomos 1 a 10, 113.

* El § 323a del StGB tipifica el delito de comisión de hechos antijurídicos en estado de inimputabilidad producido dolosa o imprudentemente por ingestión de bebidas alcohólicas u otras sustancias embriagadoras [*Vollrausch*, embriaguez completa] (n. del t.).

³⁰ BGH 4, 20 y ss., 21.

cesoria exclusivamente en la ausencia de una decisión común de cometer el hecho³¹ y la causación previsible (o no evitación) del resultado, deja de lado la problemática normativa: ¿es el hostelero responsable de los clientes alcoholizados?

Así las cosas, no puede resultar sorprendente que después se intentara interpretar la resolución acabada de referir en sentido restrictivo³² hasta que el propio BGH, diez años después, trazara por sí mismo los límites de la responsabilidad de manera más estricta. De acuerdo con esta nueva posición, la fórmula según la cual quien hubiera “creado o participado en la creación” de un peligro será garante de la evitación, no ha de hacerse extensiva “a cualquier comportamiento socialmente habitual y aprobado generalmente”, y la expedición comercial de alcohol es una conducta de esas características, de modo que no sería correcto convertir al hostelero, que ejerce un oficio permitido, prácticamente en “guardián y tutor de sus clientes” por medio de un deber de garantía³³. Por consiguiente, en lugar de causaciones evitables ahora se habla de atribuciones: la disponibilidad ubicua de alcohol se acepta como *standard* social, de modo que la competencia por el riesgo de un consumo excesivo no ha de corresponder (también) al suministrador, sino exclusivamente al consumidor.

Del cambio de perspectiva del entendimiento del delito desde el ataque a un bien jurídico (causación de peligros) hacia el quebrantamiento de un rol (defraudación de expectativas sociales) parece inferirse a primera vista que el hostelero no adquiere la condición de garante aunque el cliente pierda su imputabilidad, con tal de que en el momento de recibir el alcohol aún fuera imputable. El BGH, sin embargo, hace

³¹ En todo caso, al menos el suministro de alcohol tuvo lugar de modo consensuado. Sobre la participación accesoria como parte de la conducta no permitida (de la “imputación objetiva”) cfr. JAKOBS, *GA* 1996, ps. 251 y ss.

³² Especialmente OLG [Oberlandesgericht, Tribunal Superior en un Estado federado] Karlsruhe, *JZ* 1960, ps. 178 y ss. con comentario de WELZEL, loc. cit., ps. 169 y ss. El tribunal tomó como punto de referencia la inimputabilidad del cliente, aunque lo cierto es que el BGH no la menciona como elemento que sea necesario para la fundamentación de la responsabilidad del hostelero; por el contrario, parte de la completa incapacidad *para conducir*, BGH 4, 20 y ss., 22, también en el resumen de doctrina.

³³ BGH 19, 152 y ss., 154.

uso de una argumentación distinta: “El límite se encuentra en aquel punto en el que la embriaguez del cliente ha alcanzado de modo evidente tal dimensión que ya no puede actuar de modo responsable”³⁴; no aparece una limitación de esta determinación a aquellos casos en los que el cliente ya se hallaba en esa situación al servirle el hostelero el alcohol³⁵, de manera que resulta evidente que se pretende que alcance el *status* de garante quien sirve alcohol a un cliente aún imputable que después se embriaga hasta la inimputabilidad.

Ahora bien, el suministro de alcohol a personas (aún) responsables forma parte del –denominado por el BGH de este modo– “comportamiento socialmente habitual y aprobado generalmente”³⁶. Pero el BGH no ha decidido que tal comportamiento nunca fundamente un deber, sino sólo que “no [...] cualquier”³⁷ comportamiento de esta índole fundamenta tal deber; por consiguiente, algunas de estas conductas sí pueden dar lugar perfectamente a la existencia de un deber, presentando en esta medida las constelaciones de casos que aquí interesan la dificultad de que, si se sigue al BGH, exactamente la misma conducta (suministro de alcohol) en unos casos no genera deber alguno (el consumidor sólo ingiere una cantidad de alcohol que no elimina su imputabilidad), mientras que en otras ocasiones sí lo genera (el consumidor bebe hasta la inimputabilidad). Por lo tanto, lo decisivo para la génesis del deber no es la configuración de la conducta junto con su contexto en el momento de llevarse a cabo el comportamiento, sino el desarrollo del contexto producido con posterioridad. La conclusión que se alcanza es la siguiente: la entrega de alcohol es una conducta socialmente adecuada que, sin embargo, en cuanto riesgo especial –como muchos de estos riesgos, como, por ejemplo, la conducción de un automóvil– conlleva deberes como consecuencia, concretamente, el deber de dominar el riesgo. Mientras el consumidor se mantenga

³⁴ BGH 19, 152 y ss., 155; siguen ulteriores excepciones: mal estado de salud, especial sensibilidad del cliente, 156.

³⁵ Este caso es comparable con el suministro de alcohol a personas de carácter infantil o que de otro modo no son responsables: en este caso se genera un deber *en la medida en que* se organice el riesgo; esto último, en lo que se refiere al suministro de alcohol a personas ya completamente ebrias difícilmente podrá ser probado.

³⁶ Como en nota 33.

³⁷ Como en nota 34.

imputable, el riesgo se considera dominado, y sólo cuando se produce su inimputabilidad se genera el deber del hostelero. Por consiguiente, resulta posible fundamentar de modo coherente en el plano dogmático la resolución del BGH; otra cuestión distinta es que sea correcta la hipótesis de partida, es decir, que la sociedad entienda la puesta a disposición de alcohol en establecimientos de hostelería como riesgo especial.

El BGH no sólo debía determinar la protección jurídico-penal de terceras personas, sino también la protección del propio bebedor: ¿puede el hostelero lícitamente expulsar al bebedor del establecimiento una vez que éste está completamente ebrio? El tribunal repite prácticamente de modo literal las consideraciones relativas a la protección jurídico-penal de terceras personas, es decir, toma como punto de referencia el “comportamiento socialmente habitual y aprobado generalmente” hasta el límite de la pérdida de la autorresponsabilidad del cliente³⁸, afirmando a continuación, sin embargo, que la “entrega de bebidas embriagantes” es socialmente inadecuada cuando “conduce a tal grado de ebriedad que el embriagado pone en riesgo su propia persona y a otros”³⁹, lo que, tomado literalmente, significaría en la actualidad que la inadecuación se alcanzaría cuando se sirva a un conductor una cantidad de alcohol que puede producir una concentración de alcohol en sangre de al menos 1,1 por mil. Aunque se le quite relevancia a esta mezcla entre pérdida de responsabilidad y comportamiento peligroso, atribuyéndola sólo a una deficiente formulación⁴⁰, es llamativa una diferencia respecto de la sentencia antes mencionada: pues en ella no aparece limitación alguna de lo socialmente habitual a los supuestos de entrega de alcohol que no conduzcan a la embriaguez plena; tan sólo se le imponen al hostelero determinados deberes para el caso de que el cliente sea inimputable. En esta sentencia, por el contrario, ya se censura la entrega que conduce a la embriaguez, probablemente, para obtener cierta armonía con la argumentación que ahora⁴¹ es co-

³⁸ BGH 26, 35 y ss., 38.

³⁹ Loc. cit. (nota 38).

⁴⁰ Se habla de la pérdida de la autorresponsabilidad y del riesgo que se produce “en tal caso”, es decir, probablemente *sólo* en tal caso, loc. cit. (nota 38).

⁴¹ BGH 25, 218 y ss.

riente en relación con los deberes derivados de injerencia después de accidentes de tráfico rodado —sobre esto se volverá más adelante—.

Sin embargo, no es *esta* distorsión de la situación argumentativa la que indica el déficit más llamativo de la sentencia, que es la completa equiparación de la situación de deberes frente al cliente con aquellos deberes frente a terceras personas: al menos, el cliente se ha buscado el problema por sí mismo, mientras que los terceros pueden verse amenazados por el riesgo que emana de un conductor ebrio aun sin haber infringido ningún deber de autoprotección; dicho de otro modo, el cliente, en lo que se refiere a *su* integridad, actúa a propio riesgo. En consecuencia, en la responsabilidad por el “riesgo para (el sujeto ebrio) mismo y terceros”⁴² ha de diferenciarse entre la situación de deberes frente a terceros, por un lado, y, por otro, frente al consumidor, y si resultara posible fundamentar deberes también frente a éste, es seguro que ello no puede hacerse recurriendo exclusivamente al material de argumentación utilizado por el BGH.

Hay otra reflexión relativa a la injerencia que tampoco puede resultar satisfactoria: el hostelero acompañó al cliente, cuando éste se quiso marchar, hasta el exterior, para que no cayera al bajar la escalera de acceso. El BGH considera que ello constituye un incremento del riesgo “objetivamente contrario a deber”. Esto, sin embargo, sólo sería correcto si el cliente acompañado hasta la calle estuviera peor que aquel que sufre una caída por la escalera, una suposición que en el caso parece absurda. Además, en todo caso, este incremento del riesgo no da lugar a un deber autónomo⁴³, pues si no existía ya un deber de garante del propietario del establecimiento, sólo estaba obligado en virtud del mandato *general* de prestar auxilio en casos de catástrofe y accidente (§ 323c StGB*) a impedir al cliente que abandonara el lugar, y, entonces, su conducta de acompañarlo hasta el exterior sólo

⁴² BGH 26, 35 y ss., 38.

⁴³ Distinta es la argumentación en BGH 26, 35 y ss., 38: “Hay un elemento adicional”. También según las sentencias BGH *NSiZ* 1994, 84 y s., 85 (con comentario de HOYER, loc. cit., ps. 85 y ss.; comentario de MITSCH, *JuS* 1994, ps. 555 y ss.), una “modificación esencial de la situación de la persona necesitada de auxilio” ha de fundamentar una posición de garantía.

* El § 323c StGB tipifica el delito de omisión de auxilio (n. del t.).

supuso una infracción de *ese* deber, nada más⁴⁴. El problema es el siguiente: ¿cómo deben distinguirse aquellas consecuencias negativas que derivan de la organización del autor de la mera redistribución de riesgos generales de la vida, que debe soportar la víctima? Dicho con un ejemplo, quien arroja a otro al agua para preservarle de una insolación está obligado a volver a sacarlo del agua, pero quien saca del agua a otro que se estaba ahogando, no está obligado por haber organizado *esto* a evitar también una insolación. No resulta posible abordar aquí las cuestiones de detalle.

La solución relativa a la entrega de alcohol ha sido trasladada por el BGH, en lo que se refiere a la protección del consumidor, también a otras sustancias tóxicas⁴⁵, aunque ello sin ampliar el material de argumentación; en un primer momento, tan sólo aparece casi una mera invocación de la sentencia relativa al deber de garante del hostelero, complementada por el comentario de que la existencia de una autopuesta en peligro consentida del consumidor no excluye que se puedan “fundamentar deberes de garantía para el momento en el que el riesgo se realice de modo cognoscible”, como derivaría “ya del propio hecho” de que el consumidor “no deseaba su propia muerte, sino tan sólo estaba de acuerdo con que el consumo de heroína le produjera tal riesgo”⁴⁶. Por muy cierto que esto sea, de ningún modo se deduce de ello que el suministrador del estupefaciente sea garante de la evitación de las consecuencias de errores de cálculo imprudentes del consumidor. Una sentencia posterior se limita a repetir la misma afirmación⁴⁷.

⁴⁴ También la suposición de que existe una “asunción de garantía” autónoma por el hecho de acompañar al sujeto fuera, BGH 26, 39, va demasiado lejos: partiendo de la base de que el hostelero estuviera obligado únicamente en virtud del § 323c StGB, al acompañar al cliente fuera hubiera lesionado *este* deber, y no asumido una garantía.

⁴⁵ Esta cuestión se deja expresamente sin resolver en BGH 32, 262 y ss., 264 con comentarios de ROXIN, *NSiZ* 1984, ps. 411 y s.; KIENAPFEL, *JZ* 1984, ps. 751 y ss.; HORN, *JR* 1984, ps. 513 y ss.; OTTO, *Jura* 1984, ps. 536 y ss.; STREE, *JuS* 1985, ps. 179 y ss.; SCHMIDT, *MDR* 1985, p. 1; existe una traslación en BGH *NSiZ* 1984, p. 452 con comentario de FÜNFSINN, *StV* 1985, ps. 57 y ss.; BGH *NSiZ* 1985, ps. 319 y ss. (no publicado en esta parte en BGH 33, 66 y ss.) con comentario de ROXIN, loc. cit., 320 y ss.

⁴⁶ BGH *NSiZ* 1984, p. 452 columna derecha *in fine*.

⁴⁷ BGH *NSiZ* 1985, ps. 319 y s., 320.

D) *Comportamientos en el tráfico rodado*

En lo que se alcanza a ver, el RG no ha supuesto la existencia de un deber de garante de los intervinientes en el tráfico rodado después de un accidente⁴⁸, mientras que el BGH aplica la fórmula antes expuesta de la creación del riesgo⁴⁹. Sin embargo, también la conducción de automóviles es una conducta socialmente habitual (o se ha convertido en ello), de modo que se impone la pregunta de si el conductor se convierte en garante incluso después de conducir correctamente cuando a pesar de ello se produce un accidente. Es mérito de la Sección Cuarta del BGH haber abierto a la jurisprudencia nuevas vías en una sentencia del año 1973⁵⁰, y ello, además, mediante una fundamentación tan exhaustiva como, al mismo tiempo, segura y breve —se trata sin duda de la resolución más relevante hasta la fecha del BGH acerca de la problemática de la injerencia—. El caso a enjuiciar era el siguiente: un automovilista había tenido una colisión con un peatón ebrio, habiéndose comportado el conductor —así había que suponer *in dubio pro reo*— de modo correcto, mientras que el peatón —como nuevamente era obligado suponer *in dubio pro reo*— penetró de manera tan rápida en la calzada que el accidente resultaba inevitable; el automovilista no prestó ayuda, por ello, la víctima, que yacía sobre la calzada, fue atropellada por un camión y perdió la vida⁵¹.

El BGH argumenta que quien “ha creado o cocreado el riesgo de un daño” está obligado a la evitación del resultado, precisando, sin embargo, que “no cualquier contribución a la aparición de un riesgo” genera ese deber. Por lo tanto, de nuevo se trata del correcto entendimiento del concepto de “creación”, para cuya concreción el tribunal se refiere a la sentencia antes mencionada en cuanto punto de inflexión en la jurisprudencia y relativa al deber de los hosteleros después de

⁴⁸ Cfr. WELZEL, JZ 1958, p. 494

⁴⁹ Por ejemplo, BGH 7, 287 y ss., sentencia en la que el tribunal sólo se ocupa con cierto detalle del lado subjetivo del hecho; BGH VRS 13, 120 y ss., 123.

⁵⁰ BGH 25, 218 y ss. con comentario de RUDOLPHI, JR 1974, ps. 160 y ss.

⁵¹ Loc. cit. (nota 50), 219; el tribunal examinó en el marco del § 221, párrafo 2º, 2ª alternativa StGB (en su antigua redacción), la concurrencia de una posición de garantía del conductor.

la entrega de alcohol⁵²: en opinión del BGH, “por regla general” un comportamiento socialmente habitual no puede fundamentar una posición de garantía porque, precisamente, constituye un “comportamiento previo conforme a deber”⁵³. Y de modo paralelo, según el BGH, ha de enjuiciarse una conducta en el tráfico rodado; en su opinión, la conducción de automóviles forma parte de las “modalidades de conducta generalmente aprobadas como socialmente habituales”, y ello “en todo caso mientras que el vehículo y el conductor no se encuentren afectados por defectos (especiales) [...] y el vehículo sea manejado en todo momento de modo adecuado al tráfico”⁵⁴. De acuerdo con este punto de vista, no sería “equitativo” que mediante tal conducción ajustada a Derecho el conductor se convierta en el “guardián” de otro participante en el tráfico “que a través de su comportamiento contrario al tráfico ha creado de modo exclusivo y culpable la causa [...] del verdadero peligro”⁵⁵.

Es notable lo que *no* se dice en la sentencia, es decir, en primer lugar, que el comportamiento previo deba ser contrario a deber –si bien una conducta conforme a deber “por regla general” no genera posición de garantía, siguen siendo posibles las excepciones–, y, en segundo lugar, que en el caso concreto sea la adecuación a deber el fundamento decisivo de la negación de una posición de garante –la razón decisiva está en el carácter adecuado a deber del comportamiento de conductor en su relación con la radical infracción de los deberes

⁵² La afirmación de que BGH 11, 353 y ss. se refiere a otro problema jurídico distinto (BGH 25, 218 y ss., 222), en lo que se alcanza a ver, aún no ha sido asumida por nadie más: se trata del mismo problema, que resulta ser resuelto de modo distinto. La sentencia BGH 11, 353 y ss. (con comentario de WELZEL, *JZ* 1958, ps. 494 y ss.) probablemente se generó –como más adelante la resolución BGH 34, 82 y ss.– sobre la base de una problemática en la averiguación del lado subjetivo del hecho trasladada al ámbito del tipo objetivo: alguien entregó un cuchillo –¿para pelar una manzana? ¿como arma?–, con el que poco después el receptor atacó a un tercero; puesto que no podía probarse dolo de complicidad, se construyó un deber de garante del sujeto que lo entregó respecto de la víctima, a pesar de que es seguro que la entrega de un cuchillo, a menos que suceda en una situación de complicidad, no “crea” un riesgo.

⁵³ BGH 25, 218 y ss., 220 y ss.

⁵⁴ Loc. cit. (nota 50), 221.

⁵⁵ Loc. cit. (nota 50), 222.

de autoprotección de la víctima, tal y como se formula también de manera exacta en el resumen de doctrina—. Con ello, la Sección ha alcanzado el centro mismo de la problemática de los deberes de salvamento derivados de injerencia: concurriendo una conducta antijurídica por parte del autor y un comportamiento acorde a los deberes de autoprotección por parte de la víctima, el autor ha usurpado la libertad de la víctima, ha “creado” el riesgo, de modo que debe volver a atenuar el riesgo en cuanto sinalagma —esto no es cosa distinta de la evitación de ulteriores consecuencias de su propia organización—. Tratándose de un comportamiento ajustado a Derecho por parte del autor y una conducta contraria a los deberes de autoprotección por parte de la víctima (como en el caso a enjuiciar), la víctima ha “creado” por sí misma el peligro, y por ello no resulta “equitativo”⁵⁶, o, mejor dicho: justo, imponer al autor un deber de su eliminación. Sólo *esto* es lo que constata la Sección Cuarta, y para resolver el caso no había que decidir nada más. La opinión de que la resolución vincula la injerencia de modo necesario con una conducta previa contraria a deber, entendimiento extendido en Alemania, no hace justicia a la sutilidad de la fundamentación: el tribunal se limita a negar los deberes de injerencia en los casos en los que concurre una conducta acorde a deber en el caso del autor y un comportamiento contrario a los deberes de autoprotección en la víctima, y, además, insinúa que asumiría la existencia de una posición de garantía si hubiera existido una conducta contraria a deber por parte del autor, y, en particular, deja abierta la cuestión de cómo ha de resolverse el caso de que aunque el conductor no cometa error alguno, falle el vehículo⁵⁷.

Consideraremos junto a la sentencia de la Sección Cuarta una resolución anterior de la Sección Segunda relativa a la posición de garantía después de legítima defensa⁵⁸. En esta resolución aparece ya el punto de partida argumentativo de analizar las respectivas contribuciones de todos los causantes del peligro *en el contexto de las aportaciones de los demás intervinientes*, aunque en un caso bastante drás-

⁵⁶ Loc. cit. (nota 50), 222.

⁵⁷ Cfr. la cita de la sentencia hecha *supra* en el texto correspondiente a la nota 54.

⁵⁸ BGH 23, 327 y ss. con comentarios de WELP, JZ 1971, ps. 433 y ss.; HERZBERG, JuS 1971, ps. 74 y ss.

tico y sencillo: al sujeto que se defiende se le impone la necesidad de la defensa, mientras que el atacante genera el conflicto de modo arbitrario; por consiguiente, no admite duda alguna quién ha creado la situación de riesgo. El tribunal añade el *argumentum ad absurdum* de que el atacante no puede imponer una protección que se le niega a quien ha sufrido un accidente⁵⁹. No hay nada más que anotar al respecto⁶⁰.

La propia Sección Cuarta ha arrojado ciertas sombras sobre su modélica resolución de 1973 al partir en una sentencia posterior de que queda fundamentada una posición de garantía en virtud de injerencia ya cuando un conductor se ha comportado de tal manera antijurídicamente “en inmediata conexión con el accidente” que esta conducta “pudo”⁶¹ haber contribuido a la producción del accidente, concretamente cuando conducía a velocidad excesiva y posiblemente ha producido por ello el accidente, pero sin que ello, precisamente, pueda ser objeto de prueba, y sin que, además, quepa excluir una grave infracción de las reglas del tráfico por parte de la víctima⁶². En todo caso, como resulta evidente, sería inadecuado vincular el deber en el momento del hecho con la situación de prueba en el momento de dictarse la sentencia. Pero si aquello a lo que quiere hacerse referencia no es la situación probatoria, sino la conducta inadecuada que se da por probada, lo decisivo es determinar si ésta manifiesta sus efectos en el accidente, si lo ha “creado”, y precisamente esto es lo que no pudo ser probado. Lo que sí pudo ser probado,

⁵⁹ BGH 23, 328.

⁶⁰ Sería incorrecto intentar generalizar el contenido de la resolución en el sentido de que una conducta justificada *nunca* puede constituir un comportamiento previo a efectos de injerencia –y es que lo decisivo es el contexto–; en este sentido, quien interviene en estado de necesidad agresivo se convierte en garante cuando la víctima de la intervención sólo tiene deber de tolerancia y no está obligado (como garante o en virtud del § 323c StGB) a llevar a cabo, además, prestaciones positivas; cfr. JAKOBS (nota 5, 1ª referencia), 29/43 y ss. con referencias; vid. también *infra* en el texto correspondiente a la nota 71.

⁶¹ BGH 34, 82 y ss., 84 con comentario negativo de RUDOLPHI, JR 1987, ps. 162 y ss.; también en contra RANFT, JZ 1987, ps. 859 y ss., 864 y ss.; a favor HERZBERG, JZ 1986, ps. 986 y ss., 989 y ss.

⁶² Loc. cit. (nota 61), 83.

sin embargo, es que el conductor, de modo bastante carente de escrúpulos, excluyó su comportamiento defectuoso como causa del accidente en una situación en la que una persona con una actitud conforme al ordenamiento jurídico en todo caso hubiera partido de la posibilidad de la existencia de tal relación. Esto, la ceguera ante los hechos del autor, es recompensado *de lege lata* por el § 16, párrafo 1º, inciso 1º StGB* y por la ausencia de punibilidad de la tentativa imprudente. Contemplada la cuestión desde este punto de vista, la extensión de la responsabilidad por injerencia tiene la finalidad de poder demostrar también frente a un autor ciego ante los hechos que conoce los presupuestos de una posición de garantía (delimitada de manera demasiado amplia). De este modo, la sentencia quizás pueda ser satisfactoria en el resultado alcanzado, pero no, desde luego, en la fundamentación.

E) Responsabilidad por el producto

El BGH ha apoyado igualmente en la injerencia el deber de retirada de productos industriales lesivos⁶³: los directores de diversas empresas interrelacionadas, dedicadas a la producción de elementos químicos, no retiraron a tiempo del mercado⁶⁴ un producto para el cuidado del cuero, cuya peligrosidad para la salud –peligrosidad que no era ni

* El § 16 StGB dispone lo siguiente: “*Error sobre elementos del hecho.* (1) Quien en el momento de cometer el hecho desconoce una circunstancia que forma parte del tipo legal, no actúa con dolo. Queda incólume la punibilidad por comisión imprudente. (2) Quien en el momento de cometer el hecho supone erróneamente que concurren circunstancias que cumplirían el tipo de una ley más beneficiosa, sólo puede ser penado por comisión dolosa con base en esta ley más beneficiosa” (n. del t.).

⁶³ BGH 37, 106 y ss., 115 a 123; cfr. referencias respecto de la bibliografía relacionada con esta sentencia en TRÖNDLE/FISCHER, *Strafgesetzbuch*, 49ª ed., 1999, § 13 n.m. 11 b.

⁶⁴ Y permitieron que el producto se siguiera produciendo y entregando. El BGH interpreta esta conducta como actuar positivo (nota 63), 114, lo que puede ser correcto, por ejemplo, si se siguieron dando instrucciones relativas a la producción o la distribución, pero no necesariamente lo es, por ejemplo, si lo que sucedió es que sin intervención de los directores todo siguió su curso habitual –aunque entonces estaríamos ante una omisión de garante (deber de aseguramiento en el tráfico) en lo que se refiere a la *distribución* (la *producción* está permitida mientras los productos sean custodiados correctamente)–.

irrelevante ni completamente excepcional⁶⁵— no resultaba cognoscible mediante la aplicación de los métodos de ensayos habituales. El tribunal deja abierta la cuestión de si también una conducta previa acorde a deber puede fundamentar una posición de garantía, al sostener que existiría una doble infracción de deber por parte de los directores: de acuerdo con el BGH, concurriría una infracción de preceptos en materia de Derecho de alimentos, ya que de acuerdo con éstos no está permitido poner en circulación objetos que por su composición son nocivos para la salud⁶⁶, y, además, según la posición del tribunal, la distribución se produjo de modo “objetivamente contrario a deber”, “ya que el ordenamiento jurídico [...] prohíbe crear riesgos de los que, si nadie interviene en el curso de los acontecimientos, deriven daños corporales para terceros”⁶⁷, bastando “la desvaloración del resultado de puesta en peligro” y no siendo necesaria “culpabilidad personal”; también se habla de “infracción del deber de cuidado” y de imprudencia⁶⁸.

El resultado obtenido puede llegar a resultar satisfactorio: una sociedad que se encuentra saturada en lo que se refiere al gran número de productos disponibles, puede entender los productos nuevos como una especie de molestia, que si bien no está prohibida, es impuesta al público por el productor en su propio beneficio, y en caso de existir la posibilidad de que se produzcan daños, en consecuencia, es el productor, quien ha “creado” el riesgo especial, quien debe ocuparse de eliminar el peligro. Como se acaba de indicar, en la sentencia fundamental relativa a la injerencia en un accidente de tráfico había quedado expresamente sin resolver el enjuiciamiento de *aquel* caso en el que todos los implicados se han comportado de modo correcto, pero el vehículo tiene un defecto oculto que tiene consecuencias negativas⁶⁹. En el presente ámbito, se trata de una constelación de casos completamente análoga: tanto el productor como el consumidor se conducen de modo correcto, pero un defecto del producto oculto hasta ese mo-

⁶⁵ Es decir, que superaba, en caso de concurrir cognoscibilidad objetiva, el riesgo permitido, loc. cit. (nota 63), 118.

⁶⁶ Loc. cit. (nota 63), 117 y ss.

⁶⁷ Loc. cit. (nota 63), 117.

⁶⁸ Loc. cit. (nota 63), 118 y ss.

⁶⁹ BGH 25, 221; *supra* texto correspondiente a la nota 54.

mento amenaza con traer consecuencias. Partiendo de esta concepción, es garante quien crea un riesgo especial, como cabe observar en el caso del vehículo de motor en la responsabilidad por riesgos derivados del funcionamiento; la conducta contraria a deber es un supuesto especialmente llamativo de un riesgo especial, pero, precisamente, no es el único posible, e incluso *Rudolphi*, quien ha participado de modo determinante en el desarrollo del dogma de la necesaria contrariedad a deber de la conducta previa⁷⁰, en la actualidad al menos sostiene respecto de algunas conductas realizadas en estado de necesidad justificante que éstas conducen a una posición de garantía⁷¹.

Al optar el tribunal, en vez de continuar con esta línea jurisprudencial (y no: modificarla), por creer que puede transitar las vías ya trazadas y seguras respecto del comportamiento previo contrario a deber, ello conduce a una mera continuidad aparente, pues tanto la resolución relativa a la injerencia en el accidente de tráfico como la segunda sentencia respecto de la responsabilidad del hostelero infieren la conformidad a Derecho del comportamiento no de su falta de idoneidad para la causación del resultado (pues en tal caso no se podría tratar de un problema de los límites de la *injerencia*), sino de su adecuación social en la perspectiva *ex ante*. A la inversa, la responsabilidad por injerencia en caso de conducta previa contraria a deber, aceptada implícitamente en ambas sentencias, no sólo parte de la causación del riesgo de producción del resultado (si así fuera, se debería haber afirmado también en estas resoluciones la concurrencia de una posición de garantía), sino que, además, se vincula a la superación del riesgo permitido, igualmente en la perspectiva *ex ante*. La contrariedad a deber sin infracción del cuidado debido que se invoca en la sentencia de la responsabilidad por el producto, en cambio, no es nada más que el desvalor de resultado que amenaza, sin consideración del desvalor de la acción. Tomada literalmente, la máxima rectora de la sentencia conduce a imponer a cualquier causante de un riesgo un deber de garante. Sin embargo, del contexto se deduce que sólo se hace referencia

⁷⁰ RUDOLPHI, como en nota 50; ya ídem (nota 6), ps. 157 y ss., 163 y ss.

⁷¹ SK-RUDOLPHI, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 7ª ed., 31ª entrega, 1999, § 13 n.m. 40 a.

al causante decisivo, a quien ha “creado” el riesgo, es decir, que se quiere identificar a quien ha asumido un riesgo especial como garante.

F) *Participación*

Finalmente, se llama la atención sobre algunas resoluciones en las que se trata la responsabilidad por omisión de un partícipe por hechos ulteriores de otro partícipe. Ninguna de las sentencias se encuentra en la colección oficial de jurisprudencia –editada por el tribunal–, aunque casos de este tipo parece que suceden con cierta frecuencia. De ello cabe deducir que el tribunal aún no ve claro el camino acertado para resolver los supuestos –dicho sea de paso, la bibliografía tampoco lo ve–.

En una resolución del año 1985⁷², el acusado había participado en un delito de lesiones, y a continuación no evitó el homicidio doloso de la víctima cometido por otro de los partícipes. El tribunal falló que hubo complicidad por omisión, argumentando que el partícipe en el hecho previo debe evitar incluso daños ulteriores mediatos, como, por ejemplo, que la víctima tendida en la calle sea arrollada por un automóvil, y que esto ha de ser de aplicación a ataques dolosos de otros coautores del hecho previo cuando quepa “esperar” que esos ataques se produzcan “prácticamente como continuación” de ese hecho previo⁷³. Para comprender la resolución, en primer lugar es necesario reducir a su núcleo correcto –muy pequeño, prácticamente tautológico– la habitual afirmación doctrinal de que ningún partícipe responde del exceso de otro partícipe; este núcleo es el siguiente: nadie responde de un curso lesivo que no le incumbe. Sin embargo, y éste es el primer elemento de fundamentación del tribunal, quien es responsable del desamparo de la víctima es garante de que éste no se traduzca en un ulterior daño. Si, por lo tanto, en el caso en cuestión el desamparo de la víctima al menos ha facilitado la comisión del hecho (no se describen los hechos con exactitud)⁷⁴, la sentencia se mantiene en el marco de lo comúnmente aceptado. Sin embargo, quizás el tribunal se ha referido

⁷² BGH, *NStZ* 1985, p. 24.

⁷³ Loc. cit. (nota 72).

⁷⁴ Respecto de la facilitación como complicidad JAKOBS (nota 5, 1ª referencia), 29/102 a.

al desamparo de la víctima tan sólo a título de ejemplo, y lo decisivo sería entonces la segunda vía de fundamentación, es decir, que quepa “esperar [...] la continuación” del hecho previo por parte de otro de los partícipes. Pero ¿no es responsable exclusivamente el propio partícipe si toma, sin que los demás le animen a ello específicamente, el primer hecho como motivo para cometer un ulterior delito?⁷⁵ Acostumbrados como estamos a limitar subjetivamente el alcance de la participación, probablemente la mayoría contestaría afirmativamente a la cuestión, lo que, sin embargo, no haría justicia al estado moderno de la dogmática: respecto de la omisión, el lado subjetivo en el hecho previo sólo es de interés secundario; por el contrario, lo decisivo es cuál es el riesgo no permitido que el partícipe ha creado mediante su participación en el hecho previo⁷⁶, y para resolver esta cuestión no se puede decretar que ese riesgo acaba exactamente en el punto en el que acaba su dolo, o que queda limitado por aquello acordado expresamente, etcétera. Quien participa en un hecho consistente en dar rienda suelta a impulsos agresivos adquiere competencia respecto de un suceso cuyos límites no necesariamente se alcanzan en el momento en el que se han agotado los impulsos agresivos *propios*. Dicho de otro modo: no es el arbitrio subjetivo del partícipe lo que limita su responsabilidad, sino el significado objetivo de su participación. Esto se manifiesta con claridad en una resolución⁷⁷ posterior. El acusado y un coautor habían sometido a la víctima a severas torturas, el coautor a continuación la mató estrangulándola. Puede que el sentido individual de la participación del acusado fuera “torturar, pero no matar”, y a pesar de ello, su contribución puede haberse prestado a un suceso global que desde la perspectiva objetiva significara “torturar y, si es necesario, matar”⁷⁸.

⁷⁵ En este sentido NEUMANN, JR 1993, ps. 161 y ss., 162.

⁷⁶ Vid. JAKOBS (nota 31), ps. 265 y ss.

⁷⁷ BGH *NSiZ* 1992, ps. 31 y ss. con comentarios de SEELMANN, *StV* 1992, ps. 416 y ss.; NEUMANN, JR 1993, ps. 161 y ss.

⁷⁸ En esta medida, no puedo sumarme a la opinión de NEUMANN, loc. cit. (nota 77) de afirmar la concurrencia de una prohibición de regreso a causa de la decisión libre del coautor de pasar al homicidio: en la prohibición de regreso, el comportamiento carece, en un juicio *objetivo*, de un (determinado) significado delictivo; en este caso, en cambio, se trata de inferir el sentido objetivo de las características del suceso, y no de lo asumido psíquicamente por el partícipe. Dicho en términos extremos: quien

La última sentencia hasta el momento⁷⁹, en lo que alcanzo a ver, se refiere a un supuesto en el que tanto el acusado como un partícipe habían manifestado que querían “darle un mamporro” a la víctima, golpeando a continuación el partícipe a la víctima de tal modo con el mango de un cuchillo que ésta –que ya estaba ebria– cayó al suelo. El partícipe, aquejado –lo que no era cognoscible para el acusado– de una “agresividad incrementada por enfermedad”, pasó entonces a producirle a la víctima dos cortes en la “región parietal central”; no hubo continuación de la agresión porque el acusado se opuso. No se demandó ayuda; el acusado la rechazó por miedo a la policía. La víctima murió al no ser auxiliada; una de las causas de la muerte fue la pérdida de sangre.

El tribunal rechaza –asumiendo, de modo superfluo, el requisito de la conducta previa antijurídica– la concurrencia de una posición de garantía por injerencia, argumentando que si bien el acusado había participado en las lesiones del ejecutante concretadas en el golpe, esta participación no habría creado un “riesgo próximo” de la producción de la muerte, puesto que la perturbación del comportamiento del partícipe no era previsible⁸⁰, y ello con las palabras de la sentencia de 1985, en el sentido de no cabía “esperar” los cortes “prácticamente en continuación” del golpe inicial –una interpretación que resulta razonable; sin embargo, también lo sería la interpretación contraria, al menos en caso de que el partícipe hubiera actuado en estado de semiinimputabilidad (extremo al que no se refiere la sentencia)–. La ausencia del análisis acerca de si no fue el desamparo de la víctima abatida lo que hizo posibles los cortes probablemente derivará de la misma suposición: la prohibición de privar a una víctima de la posibilidad de la autodefensa en opinión del tribunal probablemente no esté destinada a prevenir riesgos completamente extraños (si es que los cortes realmente eran completamente extraños).

da a uno de dos contendientes una pistola cargada, partiendo de la suposición –mejor o peor fundamentada– de que éste abandonará por sí mismo la lucha al sentirse en situación de superioridad, tendrá que intervenir si el contendiente ahora armado se dispone a hacer uso del arma.

⁷⁹ BGH *NStZ* 1998, ps. 83 y ss.

⁸⁰ Loc. cit. (nota 79), p. 84.

Finalmente, el tribunal tampoco considera que la manifestación del acusado en contra de demandar ayude constituya una conducta de injerencia: la toma de posición en contra de llamar a alguien “sólo” supone, en opinión del BGH, un acto de “apoyar la decisión” del otro partícipe; quien no es garante él mismo, “no adquiere una posición de garantía propia por la decisión tomada conjuntamente con un garante de omitir”⁸¹. Esto es correcto en la medida en que una omisión del no-garante conociendo la omisión del garante no intercambia las posiciones: siguen siendo autores accesorios. Pero en el caso de un “apoyo de la decisión”, la cuestión puede ser distinta: puede constituir una complicidad en la omisión del garante, generando como tal, precisamente, deberes de injerencia, aunque sólo de la intensidad correspondiente a una participación a título de complicidad⁸². Y con mayor razón concurriría, de darse una “decisión tomada conjuntamente con un garante de omitir”, en cuanto inducción mutua a la omisión (inducción a no salvar) una participación accesoria del acusado que fundamentaría un deber por injerencia.

Como conclusión respecto del ámbito de la responsabilidad por injerencia por hechos ulteriores cabe constatar que se han identificado las dos líneas argumentativas posibles: competencia por el desamparo de la víctima y por el agotamiento de aquello que forma parte típicamente del hecho. En lo que se refiere a esta última línea de argumentación, la teoría de la imputación objetiva en forma de la teoría de la conducta no permitida desplaza –acertadamente– la determinación hasta ahora existente de los elementos comunes relevantes, demasiado orientada en atención a lo subjetivo.

III. Teoría de la injerencia, segunda parte

A) *De nuevo: creación de un riesgo especial*

Si se vuelven a considerar las sentencias referidas, cabe constatar que si bien el Tribunal Federal Supremo ha modificado su posición, asumiendo verbalmente en las resoluciones más recientes el requisito

⁸¹ Loc. cit. (nota 79), p. 84.

⁸² JAKOBS (nota 5, 1ª referencia), 29/102.

de una conducta previa antijurídica, especialmente en la sentencia relativa a la responsabilidad por el producto⁸³, materialmente sigue manteniendo las máximas, mucho más elásticas, de la sentencia fundamental en materia de conducta de injerencia en el tráfico rodado⁸⁴, y ello con razón: el requisito de un comportamiento previo contrario a Derecho restringe en demasía la responsabilidad por injerencia, puesto que puede suceder que la víctima tenga derecho a no verse afectada, si no por el comportamiento previo, sí por sus consecuencias. La proposición de que quien ha de tolerar el comportamiento previo debe tolerar también las consecuencias hasta el momento no se ha fundamentado, ni siquiera por aproximación, y, probablemente, es de imposible fundamentación. Ciertamente, en el caso concreto podrán mantenerse fructíferas discusiones acerca del riesgo especial; pero este problema no es más que la cuestión análoga que se plantea, como antes se ha expuesto, respecto de una organización por comisión: también en esos casos hay que decidir si el curso lesivo debe ser imputado al autor, a la víctima que actúa a riesgo propio o a una tercera persona. Por consiguiente, lo que sucede es que no resulta posible evitar la problemática.

La determinación de cuándo concurre un riesgo especial ha de llevarse a cabo mediante una contraposición de la organización del omitente y la de la víctima. Ahora bien, el BGH ha relativizado en la sentencia varias veces citada respecto del tráfico rodado, la respuesta a la cuestión acerca de si la conducción de automóviles constituye un riesgo especial: en todo caso no respecto de quien va dando tumbos ebrio en la calzada. Esto suena como si se tratara de averiguar un *saldo* de competencia, a obtener mediante compensación de la competencia de uno —la del conductor respecto del riesgo de funcionamiento del vehículo— con la del otro —la del peatón ebrio por su infracción de las medidas de autoprotección—. Si esto realmente fuera así, debería ser posible, incluso, obtener el saldo correspondiente mediante compensación en relación con una creación antijurídica del riesgo, es decir, con una dejación de las medidas de autoprotección por parte de la

⁸³ Cfr. *supra* II.E.

⁸⁴ En detalle *supra* II.D.

víctima al menos comparable. Dicho con un ejemplo: quien deja sin vigilancia, por imprudencia leve, un arma, no sería garante frente a quien, manipulándola igualmente con imprudencia leve, se autolesiona y necesita de ayuda. Sin embargo, tal decisión sería incorrecta: mientras exista una conducta errónea que despliega sus efectos, concurre una usurpación de libertad ajena, aunque la víctima presente una “concur-rencia de culpa” preponderante. Por consiguiente, de lo que se trata es sólo de excluir aquellos comportamientos previos cuyo riesgo, pre-cisamente, no se realiza por la competencia de la víctima. Dicho con un ejemplo: un vehículo de motor constituye un riesgo especial aunque sea utilizado de modo correcto, y ello por ciertos posibles cursos lesivos respecto de víctimas cuidadosas o al menos bastante cuidadosas; sin embargo, no forma parte de esos cursos la colisión con un sujeto ebrio que va dando tumbos por la calle. O constituye un riesgo no permitido lanzar una roca por una empinada pendiente en una zona frecuentada por excursionistas; pero si uno de ellos se queda inmóvil, con dolo suicida, delante de la trayectoria de la roca, no se realiza un curso que la prohibición pretenda inhibir, y por ello no se genera deber alguno en el sujeto, que de por sí se comportó de modo imprudente. La cuestión decisiva, por lo tanto, no es quién se ha portado peor, el sujeto que realiza el comportamiento previo o la víctima, sino si lo especial de la conducta previa no ha tenido efecto a consecuencia del comportamiento de la víctima, o si, por el contrario, sí ha tenido efecto a pesar de la intervención de la víctima. Se trata, en consecuencia, de la determinación del fin de la norma, no de un saldo de competencias después de una compensación cuantitativa.

Detalles respecto del riesgo especial: desde luego que una conducta antijurídica genera en todo caso un riesgo especial, aunque la víctima a su vez incumpla las medidas de autoprotección, a menos que esta infracción se produzca de modo tan drástico que el sujeto que se conduce antijurídicamente no tuviera que contar con tal desarrollo. Otros grupos de casos: la puesta de circulación de un vehículo de motor aún es, al menos en el sistema del ordenamiento jurídico alemán, un riesgo especial, como muestra la existencia de una responsabilidad por puesta en riesgo con seguro obligatorio. Por lo tanto, si en un vehículo co-rrectamente conducido —en exactamente aquel caso que el BGH dejó

sin resolver en la sentencia antes citada— se realiza el riesgo de funcionamiento y un peatón, que se ha comportado a su vez también de modo correcto, sufre lesiones, existe para el conductor un deber de salvamento, pero, como acaba de decirse, no si el peatón ha superado por su parte mediante una conducta gravemente infractora de los deberes de autoprotección el riesgo creado por el conductor en el sentido de que ya no se pueda hablar de un riesgo especial (tal y como era el caso en la sentencia referida). También concurre un riesgo especial en la medida en que existiría la posibilidad de intervenir contra un riesgo por vía del estado de necesidad *defensivo*. Y es que sería extraño que el titular de un ámbito de organización haya de soportar los costes de un salvamento, pero no esté obligado a fomentar él mismo tal salvamento. Dicho con un ejemplo: los animales que acaban siendo peligrosos constituyen un riesgo especial en lo que se refiere al riesgo típico que emana de animales.

No crea un riesgo especial quien se defiende correctamente de un atacante antijurídico; pues el atacante le ha impuesto el conflicto al atacado y, por ello, tiene competencia preferente respecto de la solución, tal y como —antes se ha expuesto— resolvió el BGH. Lo mismo rige respecto de la defensa en el estado de necesidad *defensivo*. Dicho con un ejemplo: quien abate a golpes un animal que lo ataca, no está obligado como garante a retirarlo de la calzada para que no sea arrollado. Sin embargo, sí se genera un riesgo especial en una intervención en estado de necesidad *agresivo*, pues aquí se impone a alguien que no está implicado un conflicto; también de esto ya se ha hablado antes. Queda aún una consideración complementaria relevante que añadir: en la medida en que el sujeto no implicado hubiera estado obligado a su vez al salvamento —en Alemania existe una infracción de omisión de socorro—, y esté en condiciones de evitar ulteriores daños, debe llevar a cabo esa evitación por sí mismo. Dicho con un ejemplo: cuando personas que están ayudando a apagar un peligroso incendio en una casa vecina entran en la casa por agua, quien habita en ésta está obligado *en la medida en que le resulte posible* a volver a cerrar el grifo él mismo; pues estaría obligado a entregar el agua para apagar el incendio bajo pena de omisión de socorro. La situación es distinta cuando alguien hace uso de una cañería de agua ajena para salvar algunas plantas, aunque éstas sean valiosas: el titular de la propiedad utilizada para el

salvamento no estaría obligado a intervenir en tal caso por falta de suficiente dimensión del peligro que amenaza. Esto suena confuso, y lo es; la incongruencia de las reglas enunciadas se fundamenta en la incongruencia de las instituciones del Derecho Penal alemán. El deber de la víctima en el estado de necesidad agresivo va más lejos que el deber de auxilio que deriva del mandato de prestar socorro en caso de necesidad.

Un riesgo especial puede ser asignado a un determinado círculo de organización cuando fue creado en gestión de intereses sin mandato a favor de ese círculo. Dicho de nuevo con un ejemplo: para no arrollar a otro ciclista que ha caído delante de él —de modo culpable o no—, un ciclista se ve obligado a dar un frenazo y esquivarlo, con lo que cae a su vez a la cuneta. Si necesita ayuda, el ciclista que cayó en primer lugar está obligado a prestarla, pues la maniobra *también* era asunto suyo. Dicho de otro modo, a quien necesita ayuda le incumbe soportar los “costes” de las medidas de auxilio de aquellas personas que a su vez no son responsables de esa necesidad de ayuda.

La medida de la prestación a realizar: el hecho de que también un comportamiento conforme a Derecho puede acabar convirtiéndose en una usurpación de libertad ajena es algo generalmente conocido por lo demás en el marco del ordenamiento jurídico, de modo que casi parece extraña la persistencia con la que se ha mantenido en el ámbito de la injerencia el dogma de la antijuridicidad. Intentaré clarificar esto con base en los escalonamientos de las causas de justificación. Los representantes del requisito de la antijuridicidad tienen la vista fijada de modo estático exclusivamente en la legítima defensa⁸⁵: el atacante debe asumir todo lo que sea necesario para la defensa, porque usurpa una organización ajena, y con toda seguridad es, además, garante de la retirada de la usurpación. Pero también en el caso del estado de necesidad

⁸⁵ Puesto que aquí se trata el problema de principio de una usurpación también por medio de una conducta ajustada a Derecho, queda fuera de consideración que, de acuerdo con estudios recientes, la legítima defensa tiene como presupuesto la concurrencia de un ataque culpable (o que de tratarse de un ataque no culpable, debe limitarse la permisión de tomar todas las medidas necesarias para la defensa) (referencias en JAKOBS, nota 5, 1ª referencia, 12/16 y ss. con nota 30). Con mayor exactitud habría que distinguir entre conducta previa culpable, antijurídica no culpable y conforme a Derecho.

defensivo aquel sujeto en cuya organización se encuentra un foco de peligro tiene una competencia preferente para su eliminación, y ello incluso aunque el curso lesivo a evitar sea consecuencia de un comportamiento ajustado a Derecho (aunque generador de riesgo). Esto queda claro teniendo en cuenta la circunstancia de que sólo podrá invocar lícitamente la dimensión exorbitante de sus costes cuando éstos sean desproporcionados en relación con el bien salvado; por consiguiente, en caso de necesidad debe sacrificar más (o permitir que se le quite más) de lo que salva (o de lo que otros salven); dicho de otro modo, parece evidente que está más cerca del daño que amenaza que la potencial víctima. Y entonces también debe ser así en lo que se refiere al salvamento. Dicho con un ejemplo: cuando el propietario de un animal que amenaza con lesionar a otro animal, habiéndose comportado de modo ajustado a Derecho, se ve en la necesidad de matar a su animal, está obligado a llevar al otro al veterinario si el suyo lo lesionó antes de que lo pudiera matar. Ciertamente, esta obligación no es ilimitada; pero este problema, precisamente, el de los límites de la justificación y de los deberes en virtud de injerencia, también se plantea en caso de una conducta previa antijurídica, aunque “más tarde”. Dicho de nuevo con un ejemplo: quien lesiona al gato de su vecino no queda obligado a abandonar su profesión para cuidar durante meses al animal hasta que sane, y ello aunque la lesión se produjera con *dolus malus*: del mismo modo que existe en la legítima defensa una solidaridad mínima⁸⁶, en el ámbito de la injerencia después de una conducta previa antijurídica existe un límite al deber. En los casos relevantes en la práctica, tráfico rodado y responsabilidad por el producto, sin embargo, estos límites no han desempeñado papel alguno, ya que los bienes puestos en riesgo eran del máximo rango.

Por consiguiente, si no sólo un comportamiento antijurídico, sino cualquier *asunción de un riesgo especial, es decir, de un riesgo cuya neutralización sea cometido del autor de acuerdo con la asignación hecha por el ordenamiento jurídico* (sea de él solo, sea junto con la víctima)⁸⁷ genera deberes de injerencia, tal y como lo insinuó el BGH en la sentencia

⁸⁶ Referencias en JAKOBS (nota 5, 1ª referencia), 12/46 y ss.

⁸⁷ Vid. sobre esto III.A. al principio.

relativa a la conducta de injerencia en el tráfico rodado y –en contra de la formulación literal– aplicó materialmente en la resolución relativa a la responsabilidad por el producto, esto significa que se trata de deberes de garantía, pero no que los garantes no puedan introducir –de modo diverso en función de la cualidad de la conducta previa– sus intereses en colisión. Las reglas de la colisión de deberes, en este ámbito, en cuanto reglas relativas a la colisión entre un deber y una medida obligada de autoprotección, ya se ocupan de que un deber de garante no conduzca a una carga desproporcionada; dicho sea de paso, del mismo modo que sucede en el delito de comisión: el deber de respetar los bienes ajenos termina “más tarde” para aquel que se ha puesto en una situación de necesidad de modo antijurídico que para aquel que entró en necesidad en el marco de una actividad permitida, pero arriesgada, y para este último “más tarde” que para aquel que sufre la situación de necesidad sin ningún tipo de competencia propia por ello.

B) *Injerencia en el delito de comisión*

Finalmente, quisiera plantear una cuestión que, en lo que alcanzo a ver, hasta el momento no se había formulado⁸⁸: si en el caso de la injerencia se trata de un deber negativo, como en el caso de los deberes de aseguramiento en el tráfico y como en los deberes de respeto de las prohibiciones en los delitos comunes, entonces debería ser posible demostrar la existencia de injerencia en el ámbito de la comisión –aunque carezca de relevancia práctica–. Para aclarar lo acabado de decir: del mismo modo que el delito de omisión sólo puede ser cometido por una persona competente, es decir, por un garante, el delito de comisión sólo puede ser cometido por una persona que se conduce generando un riesgo no permitido. Quien quiera, que lo formule diciendo que en el delito de comisión sólo el autor (partícipe) que actúa de modo objetivamente imputable es garante de la evitación del resultado. El *topos* de la equivalencia a la comisión de la omisión obtiene entonces un sentido que va más allá de vagas asociaciones de una imagen de parecido a la comisión: se trata de la competencia por organización⁸⁹, y

⁸⁸ Cfr., sin embargo, JAKOBS (nota 5, 2ª referencia), p. 36, nota 77.

⁸⁹ Queda fuera de consideración el delito de deber (sobre esto ROXIN, como en nota 3).

a consecuencia de esta normativización del concepto de comportamiento cabe colocar junto a la equivalencia a la comisión de la omisión una equivalencia a la omisión de la comisión, y esto hasta el punto de que también respecto del delito de comisión cabe desarrollar deberes que desde la perspectiva fenotípica se presentan como deberes de salvamento, aunque materialmente, también en este caso, no sean más que deberes que imponen no lesionar a otra persona por causa de la configuración de la propia organización.

Puesto que la injerencia constituye en el caso del delito de omisión el fundamento de un *mandato* al autor, al arrogarse éste mediante la ejecución del comportamiento previo un riesgo especial, mandato que no le afectaría sin esa conducta previa, por injerencia en el delito de comisión debe entenderse una conducta mediante cuya ejecución a su vez se asuma un riesgo especial, y a causa de esta conducta ha de *prohibírsele* al autor una conducta subsiguiente, conducta que sin el comportamiento previo podría lícitamente llevar a cabo, o al menos podría ejecutar sin pena por un delito de comisión. Por consiguiente, se trata de casos en los que una conducta previa de las características descritas se convierte en un daño en caso de que a continuación se produzca otra conducta, que de por sí se halla permitida. Dicho con un ejemplo: quien empuja por descuido a otra persona, de modo que ésta está a punto de caer, ha de sujetarla: un *mandato*; si la persona empujada al caer intenta sujetarse al brazo del sujeto descuidado, éste no puede lícitamente retirarlo: una *prohibición* que desde el punto de vista fenotípico sirve al salvamento, pero que materialmente no es nada distinto del aseguramiento de la persona empujada frente a consecuencias negativas del empujón.

C) *Conclusión*

Por lo tanto, la responsabilidad por injerencia se encuentra bien asegurada desde el punto de vista sistemático, incluso es teóricamente obligada, y también su manejo práctico por el Tribunal Supremo Federal puede resultar *grosso modo* satisfactorio. Una limitación a comportamientos previos antijurídicos es demasiado estricta; debe responder cualquiera que se haya arrogado frente a la víctima un riesgo especial.

EL OCASO DEL DOMINIO DEL HECHO

Una contribución a la normativización de los conceptos jurídicos*

por GÜNTHER JAKOBS

SUMARIO: I. Tesis. II. Comisión propia. III. Codelincuencia. A) División de trabajo. B) Vinculación a pesar de reparto de trabajo. 1. Fundamentos. 2. ¿Posición especial de la ejecución? 3. Cantidades de dominio del hecho. 4. Omisión. 5. Conclusión, consideraciones complementarias. IV. Autoría mediata. A) Competencia primaria por el comportamiento. B) Competencia por la condición de instrumento. C) Competencia independiente de la conducta, delimitaciones. D) Condición parcial de instrumento. V. Infracción de un deber.

I. Tesis

El dominio del hecho es en la moderna teoría de la codelincuencia la característica de la autoría; en la terminología de *Roxin*, quien es autor de la monografía más importante sobre el concepto del dominio del hecho, ha refinado y afianzado las conclusiones obtenidas durante más de treinta y cinco años¹ y además las ha sometido a discusión en lugar destacado², el dominio del hecho aparece en las formas del do-

* Título original: *Tatherrschaftsdämmerung. Ein Beitrag zur Normativierung rechtlicher Begriffe* (manuscrito). Trad. de Manuel Cancio Meliá (Universidad Autónoma de Madrid).

¹ *Täterschaft und Tatherrschaft*, 1963, 7ª ed., 1999.

² LK-ROXIN (*Leipziger Kommentar*, ed. a cargo de Jähnke *et al.* 11ª ed., 8ª entrega, 1993), § 25 a 27.

minio de acción (esto es, dominio de quien comete directamente)³, del dominio de voluntad (es decir, como dominio del autor mediato)⁴ y como dominio funcional (es decir, como dominio del coautor)⁵. Como precursores, sobre cuyo trabajo pudo en parte construir el suyo *Roxin*, han de mencionarse tres importantes penalistas⁶. En primer lugar está *Welzel*, para quien es señor del hecho aquel que configura un hecho por medio de su voluntad de realización que dirige el curso de modo planificado, lo que significa que ejecuta personalmente el hecho o complementa como cotitular de la decisión común de ejecutar el hecho las aportaciones al hecho de los demás con su propia contribución⁷. Sigue *Gallas*, quien, argumentando desde la comisión propia, denomina señor del hecho a quien “tiene [...] la obra en su mano”⁸. Finalmente, no puede faltar el nombre de *Maurach*, quien es autor de las definiciones más comunes, incluso, *sit venia verbo*, más abocadas del dominio del hecho, que en la actual elaboración del tratado por *Gössel* rezan, prácticamente sin modificaciones, así: el dominio del hecho es el “tener entre manos, abarcado por el dolo, el curso típico de los acontecimientos”, y este dominio ha de corresponder a cualquiera “que pueda, al arbitrio de su voluntad, detener, dejar continuar o interrumpir la realización del resultado global”⁹.

Sin embargo, los estudios de *Roxin* tuvieron junto a la sistematización, realizada con extraordinaria diferenciación, la precisión y el afianzamiento de la teoría del dominio del hecho, un ulterior resultado, que considero más sensacional, mucho más poderoso en su potencial de desarrollo y, al estar orientado normativamente, también más moderno: el descubrimiento de los delitos de deber¹⁰ (trato los delitos de propia mano como subcategoría de éstos y no me referiré de modo

³ *Täterschaft*, p. 127.

⁴ *Täterschaft*, ps. 142 y ss.

⁵ *Täterschaft*, ps. 275 y ss.

⁶ Cfr. la exhaustiva exposición en ROXIN, *Täterschaft*, ps. 60 y ss., 68 y ss.; BLOY, *Beteiligungsformenlehre*, ps. 192 y ss.

⁷ *Strafrecht*, 11ª ed., 1969, § 15 I 1; ya ídem, *ZStW* 58 (1939, ps. 491 y ss., 543).

⁸ *Materialien zur Strafrechtsreform*, t. I, ps. 121 y ss., 128, 133, 137; BEIHEFT, *ZStW*, 1957 ps. 3 y ss., 13.

⁹ MAURACH-GÖSSEL, *Strafrecht AT*, 2ª parte, 7ª ed., 1989, § 47 n.m. 85.

¹⁰ *Täterschaft*, ps. 352 y ss., 695 y ss.

específico a ellos en lo que sigue). Existen delitos —que son los delitos especiales en sentido estricto, no sólo en cuanto a la formulación— cuyo autor no queda caracterizado por el dominio, sino por un deber que tiene como contenido una aportación positiva a otra persona o a una institución estatal, como, por ejemplo, la Administración de Justicia. Parece claro que no se trata de la configuración general de la sociedad, sino de formas especiales, esto es, de la configuración de ámbitos parciales. En estos delitos, organice el sujeto obligado positivamente mucho, poco o nada —en la medida en que pueda evitar la realización del tipo—, siempre responde como autor. Mencionaré como ejemplo la administración desleal por parte de los padres del patrimonio de sus hijos que les ha sido confiado: serán autores de la administración desleal cuando se apropien ellos mismos de manera no permitida de la fortuna de sus hijos, cuando animen a su amigo a llevar a cabo la apropiación o cuando no hagan nada a pesar de observar que el amigo se apropia del patrimonio *sua sponte*. Del mismo modo, un fiscal comete un delito de encubrimiento a título de autor cuando hace desaparecer las diligencias de investigación dirigidas contra su amigo, cuando induce o ayuda a que se produzca tal desaparición o cuando no interviene viendo cómo otro suprime el expediente.

Por lo tanto, el dominio del hecho no es el único criterio para la determinación de la autoría; junto a éste está el deber especial (y el carácter de ser cometido de propia mano, que, como se ha dicho antes, no será objeto de ulterior mención). Pero ¿cómo puede construirse un concepto unitario de autor con un dominio y un deber? A esto se suma la problemática de cómo han de integrarse los delitos de omisión en el concepto. *Roxin* ha emprendido una solución a través del concepto de la “figura central”, llenándolo de contenido mediante “un recorrido, acompañándola de cerca, a lo largo de la estructura fracturada y entrelazada de múltiples formas del objeto”¹¹, entendiendo este procedimiento como método dialéctico. Pero, ¿cómo sería si el parentesco entre delito de deber y delito de dominio fuera más estrecho, si detrás del criterio del dominio del hecho se ocultara algo normativo comparable a la infracción de deber? Transformaré la pregunta en tesis —la

¹¹ *Täterschaft*, p. 529, siguiendo la explicación de Nicolai Hartmann de la dialéctica en Hegel.

atribución normativa es de superior jerarquía que el dominio; éste en todo caso determina la cantidad de una intervención delictiva— e intentaré explicar esta tesis y hacerla plausible.

II. Comisión propia

Comienzo con el último en actuar, con el que comete él mismo o de propia mano. ¿Por qué tiene dominio? La respuesta parece ser palmaria: tiene dominio porque decide definitivamente acerca de la producción o no producción de la realización del tipo; dicho con mayor exactitud, porque sólo puede organizarse una libertad general de comportamiento si las personas al menos han de responder de las consecuencias directas, no mediadas por otros, de su conducta. Se trata, por lo tanto, del sinalagma de libertad de comportamiento y responsabilidad por las consecuencias, que constituye una configuración básica y asentada de la sociedad que abarca a *todas* las personas, y, en este sentido, una institución social que abarca a todos. Por lo tanto, al principio de la imputación no está un dominio fáctico, sino una institución, y ello no sólo en los delitos de deber, sino también en el caso de los deberes—como suelo denominarlos— en virtud de competencia por organización.

El que una persona deba responder de las consecuencias directas de su conducta no significa que todo lo causado directamente se considere también una consecuencia imputable del comportamiento; por el contrario, la causación ha de producirse a través de un comportamiento no permitido en esa medida, es decir, en lo que se refiere a esa causación. Esto está completamente fuera de discusión en los aspectos principales. Dicho con un ejemplo: quien por deseo de su vecino lleva a cabo un taladro en la casa de éste, en el lugar exacto indicado por él, y alcanza y destruye una conducción eléctrica, ha destruido directamente, pero falta un comportamiento no permitido puesto que ha actuado a riesgo del vecino.

No es admisible una inferencia que parta de la causación directa para determinar el carácter no permitido del comportamiento. Respecto de los casos que aquí interesan, referidos al sujeto que actúa en último lugar, o, como también se suele formular, de quien comete él mismo, de ello sigue que en primer lugar ha de determinarse si el último acto

genera un riesgo no permitido, y, en caso afirmativo, por razón de qué riesgo de qué causación específica. Esta determinación no parece generar mayor dificultad; debe examinarse si el comportamiento se considera negativo o indiferente en la valoración jurídica escrita o —a falta de ésta— en la valoración social consolidada y determinante, y, en su caso, por razón de qué peligros es valorado de modo negativo.

En esta determinación, sin embargo, ha de tenerse en cuenta lo siguiente: el Derecho escrito o la estructura jurídica no escrita de la sociedad no siempre atribuyen el dominio de un riesgo en todo caso al último, especialmente no lo hacen cuando éste sólo por casualidad estaría en condiciones de evitar la producción de un daño, sino que se lo atribuyen al siguiente sujeto competente, que puede ser el penúltimo o el sujeto que está en tercer lugar antes del último; en el supuesto acabado de referir, por ejemplo, el vecino. En el caso de la imputación a título de mérito, esto es del todo evidente. ¿A quién se le ocurre elogiar a quien pone un disco de música en el aparato reproductor (¡último!) por la calidad de la composición, o al camarero (o, incluso, a sí mismo —la ingestión es lo último—) por un sabroso plato? Y en la imputación a título de reproche las cosas no son distintas, y por ello la afirmación de que es autor en todo caso quien realice el tipo como último, incluso de propia mano, no aporta nada; viendo sólo el movimiento de la propia mano y el subsiguiente curso no se sabe si la mano realiza algo o sólo causa algo. ¿Quién castiga al repartidor de periódicos por un artículo que supone traición, quién al técnico del aparato reproductor por el contenido pornográfico de la película, quién al cartero por las injurias en una postal? Aunque los últimos en cada caso, el repartidor de periódicos, el técnico, el cartero, sepan de qué se trata, por haberse ocupado del contenido de las obras a comunicar, estas consecuencias directas de sus respectivos comportamientos no les atañen en nada, pues este conocimiento puede ser, en todo caso, un conocimiento casual y, por ello, sólo se obtendrían éxitos casuales si se vincularan deberes a estos conocimientos, mientras que un recurso al penúltimo o al anterior sujeto, al editor del periódico, a quien explota el cine, a quien ha escrito la postal, resuelve el problema desde la raíz.

Actuar en último lugar, comisión propia, comisión de propia mano,

todos estos conceptos, por tanto, no coinciden con la causación directa, tampoco cuando ésta es consciente, sino que ello requiere de manera adicional la atribución de la causación al ámbito de responsabilidad del causante, esto es, un elemento normativo. El dominio sin competencia no es de interés ni jurídico-penalmente ni en los demás aspectos de la vida social. Cuando no existe un deber del último de ocuparse de las consecuencias, un conocimiento que a pesar de ello concurra sólo puede ser un conocimiento casual, especial, que coloca al último en exactamente la misma posición que cualquiera tiene en caso de disponer de conocimientos casuales: en caso de que amenace una catástrofe debe procederse a la correspondiente prevención mediante la conducta adecuada —so pena de realización de un delito de omisión de socorro—; por lo demás, falta per se la concurrencia de deber alguno.

Enunciaré un ulterior ejemplo respecto de esta cuestión: un trabajador de una empresa química tiene el cometido de verter el contenido de un tanque a un río cuando se den ciertas condiciones exactamente definidas. Concurren esas condiciones, pero el trabajador sabe con base en una conversación entre dos ingenieros que escuchó de modo casual que en el tanque se hallan residuos cuyo vertido se encuentra prohibido como delito de contaminación de aguas. Si el trabajador lleva a cabo, a pesar de ello, el vertido del contenido del tanque, no es él quien comete un delito de contaminación de aguas, sino los ingenieros a quienes les incumbe la calidad del líquido. Puesto que sólo los ingenieros están en condiciones de llevar a cabo una reducción del peligro competente, más que meramente casual, sólo ellos son los afectados, en consecuencia, por el correspondiente deber.

Intentaré ofrecer un primer resumen. No resulta posible determinar la comisión propia, la comisión de propia mano, recurriendo exclusivamente al dominio, sin la atribución de conducta y consecuencia. Esto no significa que el último siempre sea autor cuando se produce la atribución (éste es el entendimiento más extendido, sin embargo, en lo que se refiere a la interpretación del Derecho Penal alemán vigente), sino sólo que, en la medida en que intervengan junto a él otras personas, al menos es partícipe en el hecho. Dicho de otro modo: hasta el momento, aquí se ha expuesto el componente normativo de la comisión directa; concurriendo este componente, en un ulterior paso

hay que fundamentar aún cuándo hay autoría y cuándo –interviniendo varios– participación. Dicho de nuevo con otra formulación: ya se intuye que el dominio es una cuestión de la medida de la calificación de la intervención, una cuestión cuantitativa, mientras que la cuestión cualitativa –¿quién responde?– no se determina en función de la concurrencia de dominio, sino en función de la atribución del comportamiento y de las consecuencias. A quien pretenda llevar a cabo una sistematización completa, además, se le impone la cuestión de cómo ha de plantearse la cuestión cuantitativa en el ámbito de los delitos de deber, ámbito en el que ésta aún no ha sido formulada. Volveremos también sobre este problema al final.

III. Codelincuencia

A) *División de trabajo*

Al abordar ahora la codelincuencia en cuanto comisión de *un* delito por parte de varias personas, en primer lugar debe analizarse, en continuación de las reflexiones acerca de la comisión de propia mano, cuándo una causación junto con otros conduce a una realización del tipo, es decir, cuándo la causación no sólo acontece, sino también resulta imputable a los “intervinientes” –quienes sólo por ello se convierten en copartícipes en sentido estricto–. La respuesta habitual cuando se inquiere por el principio fundamental de esa imputación, y con ello, por el fundamento de la pena por codelincuencia, es que se trata de la causación de la acción de ejecución, y, con ello, del resultado típico, estando aún sometida a discusión la disyuntiva de si el centro de gravedad se encuentra en la causación de la acción de ejecución o en la causación del resultado. Fuera como sea, para lo que aquí interesa ello no es decisivo; pues de igual modo que en el caso de la comisión de propia mano la mera causación no fundamenta competencia por el curso lesivo –como antes se ha expuesto–, una mera causación tampoco puede ser suficiente en el caso de la codelincuencia.

En lo que se refiere a riesgos mínimos o que de otro modo son evidentemente permitidos, ello está en el momento actual ya prácticamente fuera de discusión. Dicho con un ejemplo: quien presta a su vecino un cuchillo no se encuentra obligado a comprobar si éste pre-

tende matar a alguien. Precisamente este riesgo no permitido de la codelincuencia es probablemente el problema individual más tratado en relación con la teoría de autoría y participación en la bibliografía en lengua alemana de los últimos años¹², si bien hasta el momento sólo se ha alcanzado consenso en cuanto a que se trata de un problema.

Ha de partirse del principio, configurador de toda sociedad de libertades, de autorresponsabilidad, en el sentido de *exclusiva* autorresponsabilidad, lo que significa que todos responden de las consecuencias de su comportamiento, pero sólo, en cada caso, el sujeto que lo realiza. Para esta determinación, como antes se ha expuesto respecto de la comisión propia, no todas las consecuencias causadas son consecuencias imputables, sino sólo aquellas cuya producción debe tener en cuenta el sujeto que actúa en el rol en el que se encuentre; con ello, quedan excluidas, por ejemplo, todas las consecuencias hacia las cuales deriva otro sujeto de modo arbitrario el suceso del que responde el primero. Un ejemplo: si un juez sigue desarrollando un determinado proceso a pesar de la amenaza de unos terroristas de asesinar a un ministro si el proceso continúa, no por ello el asesinato del ministro –al menos en lo que se refiere a esta razón– se convierte en asunto del juez.

Si se parte del contenido comunicativo de una conducta, del principio de autorresponsabilidad sigue que todos han de responder del contexto de significado de su comportamiento, y que para ello no tienen por qué tener en cuenta en qué contexto coloquen otras personas de modo arbitrario esa conducta. En el ejemplo acabado de mencionar,

¹² JAKOBS, *ZStW* 89 (1977), ps. 1 y ss.; ídem, *Strafrecht AT*, 1ª ed., 1983, 24/13 y ss.; SCHUMANN, *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen*, 1986, ps. 54 y ss.; FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, 1988, ps. 295 y ss.; ROXIN, *Tröndle-Festschrift*, 1989, ps. 277 y ss.; íd., *Miyazawa-Festschrift*, 1995, ps. 501 y ss., 512 y ss.; íd., *Salger-Festschrift*, 1995, ps. 129 y ss.; MEYER-ARNDT, *Wistra*, 1989, ps. 281 y ss.; NIEDERMAIR, *ZStW* 107, 1995, ps. 507 y ss. (considerando no permitido prácticamente cualquier riesgo); WOLFF-RESKE, *Berufsbedingtes Verhalten als Problem mittelbarer Erfolgsverursachung*, 1995; SCHILD-TRAPPE, *Harmlose Gehilfenschaft*, 1995; HASSEMER, *Wistra* 1995, ps. 41 y ss., 81 y ss.; RANSIEK, *Wistra* 1997, ps. 41 y ss.; TAG, *JR* 1997, ps. 49 y ss.; OTTO, *Lenckner-Festschrift*, 1998, ps. 193 y ss. y otros; las últimas aportaciones hasta el momento son las de WOHLERS, *SchwZStr* 117 (1999), ps. 425 y ss., con ulteriores referencias; AMELUNG, *Grünwald-Festschrift*, ps. 9 y ss. (muy restrictivo a la hora de considerar que concurre un riesgo permitido).

la realización del proceso significa una manifestación del Estado de Derecho y no una actividad de fomento del homicidio de un ministro, aunque haya terroristas –pues sus atribuciones de sentido no son determinantes– que entiendan lo acontecido de otra manera. De modo completamente paralelo, en el ejemplo planteado respecto de la comisión propia, el vertido del líquido contenido en el tanque por el trabajador de la industria química no significa nada para la calidad del agua, ya que no es él quien ha de tomar decisiones al respecto, mientras que la correspondiente inactividad de los ingenieros sí tiene significación a este respecto. Parece claro que sólo puede llegar a haber codelincuencia si alguien ejecuta una conducta cuya continuación en una realización del tipo no ha de entenderse como puro arbitrio del sujeto que ejecuta, sino como inherente al comportamiento anterior, dicho de otro modo, su ejecución debe significar que no sólo ese comportamiento inicial, sino también el comportamiento de continuación realizado por el ulterior actuante, son asunto del autor y, en este sentido, deben serle atribuidos.

En la codelincuencia se trata de una modalidad especial del reparto de trabajo, concretamente, de un reparto de trabajo que vincula en vez de aislar; veamos qué significa esto: el reparto de trabajo puede producirse de tal manera que una persona deba aportar una determinada prestación a otra, debiéndose ocupar sólo de cumplir con los requisitos de esa prestación. Esto es lo que sucede en la mayoría de los casos de la vida diaria: el vendedor de un automóvil responde de la calidad de éste, pero no de la conducción a velocidad superior a la permitida o bajo la influencia de bebidas alcohólicas realizada por el adquirente (aunque quizás la prevea con seguridad, al conocer al comprador como calavera); el conductor de un taxi debe conducir con seguridad, pero no está obligado a ocuparse de lo que el cliente haga en el punto de destino; el suministrador de interruptores eléctricos ha cumplido con su deber si los aparatos funcionan perfectamente, y no es asunto suyo que el receptor los introduzca en aparatos del hogar bien o mal diseñados o quizás construya con el último interruptor un juguete eléctrico para su hijo o un artefacto explosivo contra su enemigo. Lo que hay de común entre los intervinientes en estos casos queda limitado al intercambio de prestaciones con una definición fija; por lo demás, las

personas siguen aisladas. En una sociedad altamente compleja, habituada al reparto de tareas, la limitación de lo común, acabada de esbozar, a un intercambio de prestaciones —sin considerar el ulterior desarrollo— es presupuesto de una constitución de libertades, es decir, que sigue siendo compleja; pues de lo contrario se produciría un asfixiante control y vigilancia mutuos. La libertad tiene como presupuesto la separación de roles, es decir, la interrupción de la responsabilidad en el límite del rol propio de cada uno.

B) *Vinculación a pesar de reparto de trabajo*

1. *Fundamentos*

La situación es diversa en el ámbito de aquel reparto de trabajo que produce una vinculación: en este campo, los intervinientes no sólo han de responder de sus prestaciones, sino también del ulterior desarrollo de los acontecimientos, por ejemplo, de haberle hecho posible al receptor de la prestación la realización de una determinada conducta. Un ejemplo inocuo: si tres personas adultas comparten una vivienda, y la primera regala a la segunda las notas de las piezas para piano de Schönberg, no podrá argüir contra las protestas, generadas a continuación, de la tercera persona contra el docetismo que sólo suministró las notas, y que lo demás no es asunto suyo, pues parece claro que al regalar notas debe responder también de su uso típico. La situación sería distinta si la primera persona hubiera obtenido las notas por encargo de la segunda; en tal caso, podría argumentar que las consecuencias de su favor de amistad no le atañen.

¿Cómo puede determinarse cuándo se trata de un reparto de trabajo con efecto de aislamiento y cuándo de un reparto de tareas que vincula? La respuesta en realidad no es difícil, aunque en el caso concreto pueda discutirse acerca de la determinación de los límites. El interviniente queda vinculado con quien actúa después si (y en la medida en que) su contribución no sólo ha causado esta conducta, sino también ostenta el significado objetivo de hacerla posible. Esto último es el caso cuando se encuentra en *un solo* contexto con el actuar posterior, y puede entrar en ese contexto por dos vías: en primer lugar, al colocarlo el propio interviniente en él de modo no esotérico, sino de manera

objetivamente comprensible, y, en segundo lugar, al llevar a cabo una prestación que de modo estereotipado forma parte del contexto del comportamiento subsiguiente.

En lo que se refiere a la primera modalidad, el interviniente no sólo realiza una prestación que le cuadra al sujeto que actúa a continuación, sino que el primer sujeto se ocupa de que cuadre, lo que significa que toma, hablando en términos ejemplificativos, él mismo la medida de la acción subsiguiente y la toma como punto de orientación, es decir, que determina los datos de su contribución en función del posterior desarrollo delictivo. Y es que no es lo mismo que alguien obtenga para otro un plano de la ciudad o que afirme por sí mismo que no es posible llevar a cabo un robo en una entidad bancaria sin un estudio exacto de la zona y entregue a los autores un plano de la ciudad, que alguien hable de pasada de que su vecino está ausente o que frente a la pregunta de si conoce una casa abandonada, indique la de su vecino, que alguien muestre cómo huele el ácido cianhídrico cuando se le pregunta por ello o que aconseje a un asesino que hace uso de veneno que añada sustancias que modifican el olor, etcétera; dicho a modo de resumen, no es lo mismo que alguien, sin orientarse con base en el ulterior desarrollo de carácter delictivo, ejecute una conducta de por sí neutral, que es desviada hacia lo delictivo por quien actúa a continuación, o que genere él mismo la conexión con el posterior acontecer delictivo tomándolo como punto de referencia.

Que pueda producirse un distanciamiento frente al contexto delictivo tiene como presupuesto que concurren condiciones más o menos habituales para el propio contexto de actuación, dicho de otro modo, que exista un entorno en el que todos desempeñen su papel y dejen a los demás el suyo. Si el entorno es caótico, desaparecen tales expectativas. Dicho con un ejemplo: quien vende artículos del hogar, no está obligado a suspender la venta de cuchillos a compradores que se comportan de manera normal aunque en la ciudad se produzca una manifestación no pacífica. Pero si penetran sujetos de aspecto poco recomendable en la tienda y exigen rápidamente la entrega de un cuchillo de grandes dimensiones, afirmando que les da igual el precio, ya no concurren las condiciones de la separación de roles, ya que el

comprador en esa situación no sólo aparece como comprador, sino al mismo tiempo como participante en una futura reyerta.

En el caso de la segunda de las modalidades en las que se genera algo en común, el partícipe presta una contribución que está prohibida por se por razón de su peligrosidad, al menos abstracta. Por ejemplo, entrega a personas no habilitadas para recibirlos armas o materiales radioactivos o veneno, o presta un automóvil que no cumple las condiciones de uso en el tráfico rodado, o un automóvil que sí las cumple a una persona ebria, etcétera. En estos casos, la prestación es definida por el propio Derecho en el sentido de que conlleva el riesgo de un ulterior desarrollo delictivo, y quien lleva a cabo tal prestación, en correspondencia es ubicado jurídicamente en comunidad con el ejecutante. Estas prestaciones se reconocen por el hecho de que está jurídicamente prohibido llevarlas a cabo; frecuentemente, la mera prestación, sin consideración de ulteriores desarrollos, habrá de ser castigada como delito de peligro abstracto o multada en cuanto infracción administrativa, sin que ello, sin embargo, sea más que una clarificación de la prohibición.

Mientras que en el reparto de tareas con efectos de aislamiento lo común se limita a un intercambio de prestaciones, en el caso del reparto de trabajo que vincula, lo común abarca también lo que suceda a continuación: el sujeto que ejecuta, ejecuta la obra de todos los intervinientes, no sólo la suya propia. Dicho de otro modo: los partícipes conforman junto con el ejecutor una persona colectiva cuya obra es la ejecución. Por consiguiente, la accesoriedad no debe ser entendida en el sentido de que alguien se apoya en un injusto ajeno —una así llamada teoría de la participación en el injusto, que debería castigar también al *agent provocateur*, ya que el autor principal al menos realiza un injusto de tentativa—, sino que el partícipe comete por medio de la mano del ejecutor, es decir, comete también en el acto de ejecución un injusto propio. *El partícipe responde jurídico-penalmente porque la ejecución es, a causa del reparto de trabajo vinculante, también la suya.*

Una vez que esto se ha visto con claridad, es decir, que la ejecución no es sólo ejecución de quien ejecuta —el desnudo naturalismo de la propia mano—, sino ejecución de todos, decae la razón para destacar

la ejecución por el hecho de que sólo los que ejecutan deben calificarse como autores, mientras que no deben serlo los partícipes en la fase anterior: todos los intervinientes ejecutan, con independencia de quién sea la mano que se mueva para ello.

Sin embargo, ciertamente, una contribución prestada durante la ejecución prácticamente nunca podrá ser distanciada del contexto delictivo, mientras que idéntica prestación, llevada a cabo con anterioridad, puede considerarse una prestación neutral. Como ya se ha expuesto, la separación de roles tiene como presupuesto un entorno que no sea caótico, es decir, que no se halle ya caracterizado por quebrantamientos de rol. Dicho con un ejemplo: quien presta a su vecino, cuya debilidad por los robos con fuerza en las cosas conoce, un destornillador pesado, se mantiene en su papel de ciudadano amable con sus vecinos y, por consiguiente, distanciado de los ulteriores desarrollos. La situación es distinta, sin embargo, para quien entrega a otro, que está manipulando violentamente la puerta de una casa ajena, ese mismo destornillador. En cuanto más se intensifique el quebrantamiento del rol por parte del ejecutor, menos alguien que preste una contribución podrá mantenerse en sus trece de que no se trata de nada distinto de un suceso normal. Esta constatación no tiene nada que ver con un mayor dominio en el estadio de ejecución; frente a una participación en el ámbito previo, no es que se incremente el dominio, sino que se genera con mayor facilidad responsabilidad por el ulterior desarrollo delictivo, por lo que, correspondientemente, con mayor facilidad la ejecución se convierte en propia.

Todos los intervinientes generan con su conducta una razón para que se les impute la ejecución también como ejecución suya. En esta medida, aún no se habla de la distinción entre autores y partícipes, sino sólo de la vinculación con otros, de lo común, del colectivo. Frente a la cuestión que se plantea en este punto, relativa a quién entre los intervinientes tiene el dominio del hecho, la respuesta sólo puede ser la siguiente: el colectivo. Esta respuesta no debe entenderse en el sentido de que el hecho que es dominado es el acontecer desde el primer acto preparatorio hasta la ejecución. De lo único que se trata aquí es del hecho típico, es decir, de la ejecución del hecho. Ahora bien, esta ejecución parece estar dominada exclusivamente por el sujeto

que ejecuta, y éste es el modo de ver las cosas de una extendida teoría, que en todo caso convierte a los intervinientes en la ejecución (y sólo a éstos) en autores, es decir, que quiere atribuirles el dominio del hecho en exclusiva. Esto ya en sí mismo es problemático, incluso difícilmente puede resultar coherente. Cuando son varios los que ejecutan, por ejemplo, en el robo con violencia, es *uno* el que ejerce violencia y el *otro* el que se apodera de la cosa, se afirma, tienen un dominio del hecho común, "funcional". Incluso la antigua teoría formal-objetiva hubiera afirmado la concurrencia de autoría, al existir al menos ejecución de propia mano respecto de uno o de varios de los elementos del tipo. Ahora bien, debería asumirse que en cuanto dominio ostentado de propia mano sólo hay un dominio parcial, mientras que aquellos elementos que realiza en cada caso el respectivo otro no son susceptibles de ser imputados en virtud del dominio ejercido personalmente, sino sólo en virtud de lo común, por el actuar de un colectivo. Quien no quiera limitarse a los autores únicos, no puede evitar de ningún modo la imputación de elementos de la acción de ejecución que no han sido realizados por el propio sujeto. Pero si es que existe la posibilidad de imputar a título de autor partes de la ejecución que son llevadas a cabo por parte de otro, no hay razón alguna para limitar esa imputación a título de autor a los intervinientes en la ejecución. ¿Por qué no también al jefe de la banda, que ya no interviene en la fase de ejecución?

2. *¿Posición especial de la ejecución?*

Dejaré de momento de lado la respuesta a esta última cuestión e intentaré describir con mayor exactitud el así llamado dominio de los ejecutores. En primer lugar, es innegable en cuanto dominio negativo: los sujetos que ejecutan pueden omitir la ejecución del hecho. Pero incluso en el supuesto de que no pudieran ser sustituidos por otros intervinientes, la posibilidad de omitir no fundamenta el dominio del acontecer positivo. También puede parar el hecho un cooperador imprescindible, dicho con mayor exactitud, podría parar su preparación, e incluso un sujeto que nada tiene que ver con el hecho, que podría inmiscuirse o llamar a la policía, dispone de esa capacidad. Más aún: aunque se limite la idea de la capacidad de evitar a las personas obli-

gadas a evitar, ello convertiría por inferencia en dominio del hecho la situación del menos importante de los partícipes que pueda evitar durante la ejecución o después.

El suceso que acontece positivamente es dominado por los ejecutores exactamente en aquella medida en la que lo configuren, y no lo dominan en la medida en que esté previamente configurado por parte de los demás intervinientes. Un ejemplo al respecto: alguien mata a otro en una casa con un arma de fuego; la pistola y la llave de la casa se las ha suministrado otro, quien también ha averiguado el momento adecuado para cometer el hecho. Una vez hecha la aportación del otro, queda predeterminado el marco en el que puede acontecer el hecho: cuál es la víctima que hay que matar, dónde deriva de la prestación de la llave y del arma, y el momento en el que esto ha de suceder, de la indicación del momento adecuado. El ejecutor mismo determina mediante su hecho desde un principio que es él quien ejecuta, cómo exactamente acontezca el disparo y otros aspectos, pero todo ello en un marco que se encuentra positivamente predeterminado. Quizás el sujeto que ejecuta podría variar el marco, pero no lo hace, pues aprovecha en esa medida una configuración ajena y no la domina personalmente —quizás podría dominar, pero esto se queda en hipótesis—.

Por consiguiente, si no se pregunta por quién hubiera podido evitar el hecho —puede que sean muchos los sujetos que estén en esa situación, incluso aunque se introduzca una limitación a las personas *obligadas* a evitar, y, por otro lado, si hay preparado un sustituto, ni siquiera el ejecutor hubiera podido evitar el hecho—, sino se plantea la cuestión de quién es el que ha configurado el hecho tal y como es, se obtiene como respuesta que sobre el ejecutor recae exactamente aquello que no se halla configurado ya, en cuanto marco, por los demás intervinientes. Frecuentemente, esto será mucho, y en el caso individual puede ser muy poco: el asesino al que el partícipe sólo ha comunicado cuándo está en casa la víctima, configura casi todo personalmente, pero quien no hace otra cosa que animar con un ¡salud! a la víctima de un asesinato por medio de veneno a que beba del líquido emponzoñado en una ocasión que ha sido arreglada por otros, etcétera, sólo tiene un dominio positivo limitado.

Con lo expuesto hasta ahora probablemente ya haya quedado claro

qué es lo que quería decirse antes al afirmar que es el colectivo el que domina la ejecución: los intervinientes antes de la ejecución han fijado el marco, o, cuando éste es variable, al menos lo han propuesto, y los ejecutores lo rellenan. Lo que derive de ello es la realización concreta del tipo, compuesta de marco y relleno, siendo el relleno del marco precisamente la ejecución del hecho, que se ajusta al marco y que por ello es también ejecución de aquellos que han creado el marco. En este sentido, permítaseme el ejemplo, una representación de teatro es una representación de los actores, pero también del director, del encargado del escenario, etcétera, esto es, la obra de un colectivo.

Intentaré clarificar lo dicho con otro ejemplo ajeno al Derecho Penal: después de la construcción de una planta, decisiva para la economía nacional, de producción completamente automatizada de complejos aparatos, el presidente del país pone en marcha la planta apretando un botón en el marco de un acto solemne. ¿A quién se le ocurriría designar por causa de ese pequeño movimiento de un dedo al presidente como productor principal de los aparatos, como autor de la producción? Es que el marco prefijado sólo deja margen para una configuración mínima. Ahora bien, se impone la cuestión de por qué la realización de una actividad tan secundaria es encomendada a un presidente. La respuesta se ha ofrecido ya antes: una contribución durante la ejecución, y con mayor razón la ejecución misma, significa una solidarización con las consecuencias; el presidente no declara con su movimiento del dedo que domina la producción, sino que está a favor de que se produzca y que presta una mínima contribución a ello. Cabe encontrar símbolos de significación similar también al principio de una obra común; un símbolo extrapenal es la colocación de la primera piedra; el ejemplo paralelo en Derecho Penal, la inducción.

3. *Cantidades de dominio del hecho*

La cuestión del dominio del hecho, de acuerdo con lo expuesto hasta el momento, no es otra cosa que la cuestión de la cantidad de intervención, es decir, en el caso de sujetos que intervienen en la fase previa, la cuestión de en qué medida determinan el marco de la ejecución, y, con ello, la ejecución misma, o, en el caso de los ejecutores, la cuestión acerca del margen de configuración que aún permite el

marco. Por lo tanto, sólo hay un más o menos de dominio del hecho de los intervinientes, y no una clasificación de los intervinientes en función de que exista una intervención con dominio del hecho o una intervención sin dominio del hecho. Incluso el menor de los intervinientes tiene un dominio del hecho –aunque, precisamente, sea pequeño–, un jirón del todo, en la medida en que su contribución siquiera determine en alguna medida el marco de la ejecución y con ello ésta misma –y de lo contrario no existe codelinquencia, sino sólo una tentativa de ésta–. Desde esta perspectiva, la separación entre autoría y participación (inducción y complicidad) no es una distinción entre tipos de codelinquencia claramente diferenciados, sino, por el contrario –y especialmente en la separación de autoría y complicidad– sólo es una ordenación –que no puede ser muy exacta– en función de cantidades de intervención, y, con ello, de dominio del hecho: ¿quién configura más bien lo característico y quién más bien lo accesorio? Los primeros son autores, los segundos cómplices. Dominio del hecho tienen los dos, como acaba de decirse, uno mucho y el otro poco. Brevemente: no se trata de si habrá imputación, sino de la preparación de la medición de la pena.

A la hora de llevar a cabo la necesaria cuantificación, frecuentemente sucederá que las contribuciones ubicadas en un estadio muy inicial de la fase previa, a causa de la vaguedad de los contornos del suceso que suele existir aun en esa fase, pesen menos que aquellas hechas en la ejecución, y esta última frecuentemente dejará tanto margen de maniobra que quien la lleve a cabo responderá con seguridad como autor. Pero esto no necesariamente tiene por qué ser así. Una maquinaria delictiva minuciosamente preparada, como, por ejemplo, un artefacto explosivo instalado debajo de la calzada de una calle, puede que configure prácticamente todo, y la detonación final, a realizar por medio de un mando a distancia, que quizás tiene lugar en cumplimiento de una orden y que en caso de necesidad puede ser llevada a cabo por otro sujeto, prácticamente sólo admite una configuración negativa: cabe la posibilidad de omitir (pero también se podría haber omitido la preparación de la maquinaria). Para que no se malinterprete lo dicho: no es que cada uno de los intervinientes responda de lo que él ha configurado –esto sería una responsabilidad por un fragmento

de tipo—, sino por razón de la comunidad con los demás en relación con el hecho en su conjunto, fundamentada en la configuración, lo que significa que responde de la ejecución que realiza el tipo; sólo que con mayor o menor intensidad dependiendo del peso de su aportación.

Por ello, no existe responsabilidad antes de la realización del tipo, incluyendo la del tipo de tentativa. La gracia de la contribución en la fase previa está precisamente en que fundamenta la pertenencia al colectivo, convirtiendo por ello la ejecución por mano ajena en ejecución propia. Esta relación suele denominarse accesoriadad cuantitativa, referida al progreso del delito, lo que, sin embargo, no debe entenderse en el sentido de que se produce una vinculación a una ejecución ajena —la responsabilidad por injusto ajeno es un concepto imposible—, sino en el sentido de que lo decisivo es el progreso del emprendimiento común, esto es, la ejecución por parte del colectivo. Incluso en el caso de una intervención en un delito especial propio, concurriendo ejecución de propia mano del sujeto obligado por el deber especial, ésta es al mismo tiempo la ejecución propia del *extraneus* (de quien no se ve afectado por el deber especial), aunque ello con la peculiaridad de que el tipo presenta al menos un elemento que sólo puede realizar la mano del *intraneus*. Dicho con un ejemplo: también de los ciudadanos normales se espera que no cometan prevaricación; pues entre los ciudadanos y los jueces no existe una diferencia de casta, sino sólo en relación con la función desempeñada dentro de una sociedad homogénea. Pero los ciudadanos normales sólo se encuentran en situación de cometer una prevaricación cuando se unen a un juez.

A la inversa, no habrá realización del tipo cuando la ejecución tiene lugar por parte de una persona que no está en condiciones de realizar el tipo, es decir, en el caso del homicidio o de las lesiones, por parte de la propia víctima competente. Por consiguiente, sin una especial disposición legal —y ésta falta en Alemania— la intervención en una autolesión llevada a cabo de modo responsable, especialmente, en un suicidio, no es injusto, porque, precisamente, falta una ejecución típica que pueda ser una ejecución propia del colectivo.

4. *Omisión*

Con la cuantificación de la cuestión del dominio del hecho, al mismo tiempo se abre la vía para resolver la problemática de la participación en la omisión y mediante omisión, en la medida en que se trate de una omisión contraria a los deberes derivados de organización, es decir, cuando el omitente sea competente en cuanto titular de un determinado ámbito de organización y no en cuanto titular de un *status* específico (no como padre, madre, policía, juez, etc.). En primer lugar, hay que preguntar si el omitente se vincula mediante su omisión, o si, por el contrario, la omisión se presenta como conducta neutral. Nadie está obligado a modificar activamente el estado actual de su organización por la sola razón de que otros quieran aprovechar ese estado para una conducta delictiva. Dicho con un ejemplo: nadie está obligado a eliminar las piedras de su jardín porque otros se dispongan a usarlas como proyectiles contra terceros que pasan por el lugar, nadie debe exigir que se le devuelva una navaja de bolsillo que ha prestado porque el receptor la quiera usar para cometer delitos de lesiones o porque la maneje de modo imprudente, etcétera. Pero cuando el estado de organización tiene el significado de fomentar una conducta delictiva, debe ser modificado; esto sucederá con frecuencia, en particular, en lo que se refiere al manejo de objetos peligrosos que no son de libre acceso. Dicho de nuevo con un ejemplo: ha de evitarse que una pistola mal guardada sea usada por otros para fines delictivos, que el automóvil propio, mal cerrado, sea conducido por un sujeto ebrio, etcétera.

Si existe la vinculación, con ello se constata una intervención en la configuración del hecho, y, si así se quiere formular, al menos un pequeño dominio por omisión. Para la determinación de la medida no hay que averiguar a continuación cuándo hubiera debido intervenir el omitente, llevando a cabo el salvamento, y, en particular, no es per se autor por omisión quien estuviera en condiciones de salvarlo todo en cuanto último en intervenir, como ya se ha expuesto antes —esto depende de casualidades en el desarrollo de los hechos—, sino hay que determinar qué es lo que lo vincula al colectivo. Si esta vinculación consiste en hacer posible el uso de una cosa peligrosa, se encuentra en la misma situación que quien hizo entrega de la cosa; si se trata de la omisión

de advertir a la víctima, se halla en la misma situación de otro que eliminó las prevenciones de la víctima escéptica, tranquilizándola, y cuando se junten varios elementos, la configuración en algún momento pasa a ser determinante, y entonces concurre coautoría por omisión, pudiendo ocurrir también que se ensamblen el actuar y el omitir de una misma persona: alguien permite que otro se haga con una pistola, no advierte a la víctima, contraviniendo su deber, a pesar de haber acordado con ella que lo haría, y además distrae mediante actos positivos a la policía, llevándola a otro lugar, etcétera.

De modo paralelo a lo que sucede en el delito de comisión, ha de evitarse denominar la omisión que no es en sí misma ejecución como injusto; es contraria a deber en el sentido de que constituye la razón para imputar la ejecución como ejecución que también pertenece al omitente. Esto, de nuevo, cabe observarlo con claridad con ayuda de las reglas de la así llamada accesoriedad cuantitativa. Dicho con un ejemplo, quien ha prometido cerrar la puerta de una nave, pero omite hacerlo para posibilitar el acceso a unos ladrones, no responde si no se produce una tentativa de robo; en tal caso, el colectivo se queda atascado en la preparación del hecho. Por consiguiente, no se plantean problemas específicos en la omisión. Más aún: con base en la posibilidad de la equiparación de comisión y omisión se percibe con especial claridad que la cuestión fundamental de la codelincuencia es la de la posición de garantía, la de una competencia, y no la de la diferenciación entre autores y partícipes. La cuestión fundamental, por lo tanto, es quién forma parte del colectivo, o, lo que es lo mismo, quién es garante, a quién le incumbe que determinadas configuraciones del mundo no acaben en una ejecución del hecho. Respecto del delito de comisión se ha mostrado que la posición de garantía, es decir, la competencia, no concurre per se ni siquiera en quien actúa en último lugar, y que no concurre cuando no le atañe que otros hayan dado una configuración al mundo en la que la última acción ha de comportar consecuencias negativas. Como ejemplo se mencionó el caso de un trabajador de una empresa de la industria química que sólo es competente respecto de la apertura y del cierre de una vía de vertido, però no de la calidad del líquido vertido. Que esta persona no sería garante en caso de estar la válvula

abierta, es decir, que no tendría el deber de cerrarla ante la salida de líquidos que son lesivos del medio ambiente, es palmario.

Si se reconoce la posibilidad de una mezcla de contribuciones activas con contribuciones por omisión y además se cambia el punto de mira del dato fáctico del dominio a la medida de la competencia, ello probablemente conducirá a una considerable facilitación de la imputación de delitos cometidos en empresas, en la medida en que la competencia se desplaza de los ejecutores a la dirección de la empresa: responsabilidad en función del rango y no en función de la medida de los movimientos de los dedos. Han de quedar fuera de consideración las cuestiones de detalle.

5. Conclusión, consideraciones complementarias

Resumo lo expuesto hasta el momento: a cualquier interviniente le incumbe en cuanto miembro del colectivo la ejecución en el marco configurado para ella. Que cometa u omita es indiferente: en todo caso, la ejecución infringe su deber, aunque sea por mano ajena. Una vez que se ha comprendido esta especialización de las reglas de imputación relativas al comportamiento común y en régimen de reparto de tareas, la ejecución pierde toda posición especial en la fundamentación de la competencia en la relación interna del colectivo. Ciertamente, la ejecución es la que constituye hacia afuera el quebrantamiento del Derecho, esto es, la arrogación de organización ajena, y por ello no hay hecho sin ejecución, o, dicho con mayor exactitud, sólo la ejecución es un hecho; pero hacia dentro sigue siendo una prestación más, aunque sea la última, junto con otras que la han precedido en el tiempo, y puede suceder que las prestaciones anteriores, dependiendo de las circunstancias, caractericen al hecho con mayor claridad de lo que lo hace el último acto. En tal caso, puede que lo adecuado sea penar al ejecutor a título de cómplice. La intervención a título de autor en una complicidad pierde su aparente carácter contradictorio una vez que se ha percibido que se trata de una prestación colectiva en la que puede ocurrir que la determinación del marco pese mucho y el último acto poco. Resulta evidente que los límites no son estáticos, como siempre sucede respecto de las cuantificaciones.

En la práctica, y esto probablemente haya contribuido a oscurecer

la cuestión, las ejecuciones de mínima relevancia son escasas¹³. ¿A quién se le pide, a pesar de no haber aportado nada hasta el momento, que ejecute el último movimiento? Para eso hay que ser, como se mencionó antes como ejemplo, presidente de un país. Pero que estas ejecuciones de relevancia mínima sean escasas no cambia en nada la cuestión decisiva, y ésta es la siguiente: ¿a quién incumbe la configuración de la ejecución en el marco que existe?, y la respuesta es que a todos los intervinientes si es que han intervenido, es decir, si han prestado una contribución que los incluye en el colectivo, uniéndola de este modo con las prestaciones de los demás. *Infracción colectiva del deber*, éste es el concepto fundamental del que aquí se trata.

Hasta el momento se ha hablado de intervención o codelincuencia, sin poner en claro, como se habrá percibido, si se trata de conductas dolosas o no dolosas; en esta medida, no hay nada que añadir: el establecimiento de un colectivo es un proceso que, como ya se esbozó antes, depende de qué significado produzca una persona mediante su conducta, y una persona produce significado y no es mera naturaleza aunque se conduzca de modo imprudente. Dicho con un ejemplo: el no custodiar en lugar cerrado un arma de fuego constituye participación mediante omisión en un homicidio por comisión aunque el titular no se haya representado nada, de modo gravemente imprudente, y ello incluso aunque quien dispara de modo igualmente imprudente pensara que no estaba cargada. No puedo abordar los detalles, ya que el recurso necesario a la teoría de la imputación objetiva, así como a la teoría del dolo, rompería cualquier marco temporal adecuado. Me limitaré por ello a la referencia de que he expuesto por escrito las cuestiones de detalle hace no demasiado tiempo¹⁴.

IV. Autoría mediata

A) *Competencia primaria por el comportamiento*

La autoría mediata, de la que me ocupo a continuación –al principio,

¹³ Y en los dos casos más conocidos de la jurisprudencia alemana en los que se trató a los ejecutores como cómplices, *RGS* 74, ps. 84 y ss. –caso de la bañera– y *BGHS* 18, ps. 87 y ss. –caso Stachinskij–, no cabe decir que se trate de ejecuciones de relevancia mínima.

¹⁴ JAKOBS, *GA* 1996, ps. 253 y ss.

dejando fuera de consideración al instrumento justificado—, no es otra cosa que una autoría directa disfrazada: el sujeto que actúa interviene en un círculo de organización ajeno, lo único que sucede es que aquello que desde la perspectiva del genotipo es mera naturaleza, se presenta desde el punto de vista fenotípico como conducta de una persona, esto es, como comportamiento del así llamado instrumento. Por consiguiente, “instrumento” es —más adelante se ofrecerá una fundamentación más exacta— naturaleza con apariencia humana, de modo que no lo es el sujeto que ocupa una posición subordinada en un aparato organizado de poder, y no lo es quien ejecuta con dolo, pero sin intención, o faltándole algún otro elemento de cualificación. El uso de un instrumento es el empleo de las fuerzas instrumentales de otra persona, pero, precisamente, de las fuerzas instrumentales *no responsables*. Dicho en términos extremos: que alguien azuce a un perro o a un sujeto ebrio contra una víctima es indiferente. Sin embargo, el paralelismo no se plantea con tanta sencillez; pues mientras un animal no puede conducirse de modo responsable, al estar excluido, en cuanto animal, por completo del círculo de las personas en Derecho, respecto del sujeto ebrio puede plantearse la cuestión de si la ebriedad no es exclusivamente asunto suyo. Por lo tanto, vuelve a aparecer un problema normativo: no es el mero uso del carácter de naturaleza del instrumento, y, en este sentido, no es un dominio lo que conduce a la autoría mediata, sino la competencia por lo hecho por el instrumento.

Ahora bien, en el caso acabado de plantear, nadie dudará de la responsabilidad del hombre de atrás; pues ha instigado al borracho, y una instigación genera en todo caso responsabilidad por las consecuencias, se trate de un hecho del que ha de responderse o de una reacción de la que no se responde. Con esto, queda formulada la primera de las tres posibles razones de la competencia respecto de un caso individual. Formulándola en términos generales, la razón es la siguiente: es competente por la *conducta* del instrumento quien presta una contribución que vaya más allá de lo socialmente adecuado, de lo neutral, llevando a cabo una aportación específica a que el instrumento ejecute una determinada conducta lesiva. Esto, a su vez, como ya se ha expuesto respecto de la intervención en el hecho de ejecutores responsables, puede suceder de dos maneras, en primer lugar, prestando

una contribución adaptada al comportamiento lesivo –así en el caso de la instigación de un sujeto ebrio– y, en segundo lugar, mediante una contribución a la que le es inherente su uso para un comportamiento lesivo, así, por ejemplo, por el hecho de dejar libremente accesible un arma que requiere de licencia (o quizás incluso está prohibida, de modo que no admite licencia) o un veneno sometido a limitaciones en su comercio (o que incluso está fuera de todo comercio), etcétera. Dicho de otro modo, quien presta una contribución que en el caso de un ejecutor responsable supondría intervención en la ejecución, es autor mediato cuando el receptor de la prestación carece de responsabilidad (recuérdese, dejando de lado al instrumento justificado).

Cabría objetar a lo expuesto que ésta es una afirmación sorprendente, puesto que no cabe siquiera comparar la situación en el caso de la codelincuencia con la que concurre en la autoría mediata: lo común, el colectivo que es el actor en la codelincuencia falta precisamente en el caso de la autoría mediata, y actor es únicamente el autor mediato. Tan cierto como es esto, tan poco cambia el hecho de que se trate de un comportamiento con el significado de conducir hacia la realización del tipo; en el caso de la codelincuencia, mediante la formación de un colectivo; en el caso de la autoría mediata, mediante el desencadenamiento, generador de un riesgo no permitido, del curso. La razón por la que se imputa la ejecución de un sujeto responsable a un partícipe como ejecución que también es suya, es idéntica al riesgo no permitido que crea aquel que no hace uso de personas responsables, sino de la naturaleza. Dicho con un ejemplo: si el propietario de una colección de armas entrega a un visitante una pistola, considerando éste, errando de modo inevitable –como el propietario sabe o ha de saber–, que el arma está descargada, el propietario es autor mediato de lo que suceda, del mismo modo que sería partícipe del hecho del visitante si el conocimiento de la peligrosidad del arma fuera asunto de éste. Para alcanzar este resultado, no se necesita la idea del dominio; por el contrario, una vez aclarada la competencia se ha aclarado todo lo necesario.

¿Cuáles son los elementos especiales en el caso de un instrumento justificado? Comenzaré con el caso básico de la ayuda para la defensa frente a riesgos que *ex post* se ven confirmados. La doctrina habitual

afirmaría que se trata de una participación en un hecho justificado, lo que no es erróneo en cuanto conclusión, pero no alcanza a identificar el núcleo de la cuestión: ya la conducta del partícipe se produce en el contexto justificante, y por ello significa a su vez una participación en la defensa frente a un ataque. Por lo tanto, no sólo falta un hecho principal antijurídico, sino falta ya una participación en tal hecho. Dicho de otro modo, quien interviene en una defensa es tan instrumento como lo es quien ejecuta la defensa.

La decisión es más intrincada cuando se mezclan justificación y error. Ejemplo: un policía que lleva a cabo una detención ajustada a Derecho, con base en una sospecha suficiente, es auxiliado por un ciudadano que sabe que la sospecha no es más que eso, una sospecha que no se ajusta a la realidad, o alguien alcanza a otro que es atacado con un arma simulada un arma de verdad, a pesar de haberse dado cuenta de que el arma con la que se lleva a cabo el ataque es simulada. En estos supuestos, en todo caso, no es instrumento el partícipe cuando su conocimiento superior forma parte de su rol, es decir, no constituye un conocimiento especial (y dejaré aquí de lado otras constelaciones de casos): cualquiera, menos el sujeto atacado, puede observar que el instrumento que se le ha colocado en el cuello no es un cuchillo, sino una regla de plástico, y a pesar de ello alguien da al atacado una pistola cargada. Esto sucede fuera del contexto justificante; quien entrega el arma de fuego no es también un instrumento, y ejecuta una acción que le vincula con el ulterior desarrollo: autoría mediata.

B) *Competencia por la condición de instrumento*

Baste lo anterior respecto de la competencia por el *comportamiento* de un instrumento. En el ámbito de la segunda de las razones de competencia, el autor mediato no se encuentra directamente vinculado a la conducta del instrumento, sino que debe responder de ésta porque ha organizado la *condición de instrumento* de éste, y, a través de ello, de modo mediato también la conducta. Desde un principio debería estar claro que una mera causación de la condición de instrumento no basta. Un ejemplo al respecto: intento eliminar la grave plaga de pulgón que aqueja mis flores rociándolas con agua salada, lo que mi vecino, como sé, inmediatamente imita, con la consecuencia, que yo sí he

previsto y él no, de que sus flores (o las de su arrendador), como las mías, mueren. Mientras no haya nada más en particular, mientras no haya dado al vecino garantía alguna, es asunto suyo si imita mi conducta. Ya en varias ocasiones se ha hecho referencia a la regla básica conforme a la cual la mera causación de la conducta de otro, aunque sea causalidad previsible, no basta en una sociedad de libertades para fundamentar competencia por esa conducta; de lo contrario, se generaría una situación de espionaje mutuo y un sistema de tutorización que asfixiaría toda libertad.

La competencia del hombre de atrás por causación de un defecto de imputación sólo puede generarse si la causación supone un riesgo no permitido, esto es, lesiona el derecho de la víctima de no sufrir tal configuración del mundo. Éste es el caso cuando el autor mediatamente desorienta de modo no permitido el instrumento o no revoca, de modo no permitido, una desorientación existente, o lo coloca de modo no permitido en una situación de justificación, atacándolo antijurídicamente, o lo coacciona mediante una amenaza de muerte para que realice una determinada conducta, o lo embriaga mediante engaño, etcétera; brevemente: colocándolo de modo no permitido en una situación en la que queda excluida la imputación a su persona. Quien convierte personas en naturaleza responde de lo que la naturaleza pueda hacer.

A este ámbito pertenecen los casos clásicos de autoría mediata, especialmente, aquellos del así llamado dominio por conocimientos superiores y del dominio por coacción. Pero no es decisivo el dominio, sino la competencia. ¿Qué es lo que domina aquel autor mediatamente que para impulsar sus negocios declara con dolo eventual que cierta esencia por él vendida carece totalmente de efectos nocivos? Se trata de un conglomerado de vagas posibilidades de lo que en algún momento puede generarse como consecuencia lesiva, dependiendo del arbitrio de los compradores, que no puede ser calculado. Y a pesar de ello el vendedor responde de lo que pueda producir.

Más aún, para la determinación de la autoría mediata por medio de un instrumento inmerso en error no ha de cuestionarse si éste tiene conocimientos deficientes, sino si es considerado ignorante. Es el lado normativo, no el lado psíquico (fáctico) el que resulta decisivo. Esto ocurre cuando a pesar de que el instrumento dispone de conocimientos,

no forma parte de su rol introducirlos en su actuación. Dicho con un ejemplo: un estudiante de ingeniería de puertos, canales y caminos que trabaja en las vacaciones de peón de albañil pregunta al oficial cómo ha de almacenar determinados materiales; el oficial da instrucciones precisas, que el estudiante cumple, a pesar de que sabe con base en sus estudios que el material se estropeará siendo tratado de ese modo. Sus conocimientos de estudiante no forman parte de su rol como trabajador, y en ese rol no tiene que supervisar al oficial. Por lo tanto, es considerado ignorante; la competencia corresponde al oficial, cuya condena por daños en autoría mediata fracasará, en todo caso, en el lado subjetivo del hecho. De modo completamente paralelo, en el supuesto en el que se amenaza con un peligro para los familiares del instrumento, para la exculpación de éste no es decisivo que sienta temor por el bienestar de sus familiares tanto como por el suyo propio, sino si la eliminación del riesgo es un comportamiento que pueda ser atribuido a su rol como familiar.

Los ejemplos acabados de exponer ponen en claro, eso cabe esperar, frente a quién debe conducirse de modo generador de un riesgo permitido el autor mediato: frente a la víctima. Ciertamente, en casi todos los casos en los que no ocurre que el instrumento de todos modos es la única víctima, ya que sólo se lesiona a sí mismo, al menos potencialmente es una víctima junto con otras víctimas, de manera que también frente al instrumento debe producirse una conducta que genera un riesgo no permitido. Pero en el ejemplo del estudiante que trabaja de peón, es ante todo el propietario del material a almacenar quien tiene derecho a que las personas que lo manipulen no sean informados incorrectamente, o la víctima sobre la que apunta su arma otro tiene derecho a que no se le haga creer a éste que el arma está descargada cuando en realidad sí lo está, y un médico que informa de modo deficiente a su sustituto lesiona un derecho del paciente que sufre a consecuencia de ello un tratamiento defectuoso. Resumiendo, esto no significa otra cosa que las víctimas potenciales tienen derecho a no ser atacadas por el autor mediato, aunque el ataque se produzca en el plano fenotípico por personas, con tal de que tenga lugar en cuanto al genotipo por la naturaleza.

C) *Competencia independiente de la conducta, delimitaciones*

Pasemos ahora a la tercera razón de competencia por un defecto de imputación en el ejecutor. Se trata de la competencia *independiente* de una conducta específica respecto de la protección de niños, adolescentes no responsables y personas con enfermedades o defectos psíquicos. A estas personas sólo se les puede ofrecer una integración en la sociedad si todos tienen en cuenta su situación de inferioridad, y por ello cualquiera debe tenerla en cuenta. Quien deja a unos niños una caja de fósforos, se convierte en autor mediato del incendio; quien entrega a una persona aquejada de una enfermedad mental una botella de aguardiente, responde como autor mediato de su autolesión, etcétera. No es necesario seguir explicando el panorama. Muy probablemente los detalles se vean configurados en función de las peculiaridades culturales de una sociedad, pero el núcleo de la cuestión está claro.

En el ámbito de la autoría mediata –y también en el caso de la competencia independiente de la conducta, competencia por la protección de personas desvalidas– siempre se trata de tener en cuenta un defecto de imputación concurrente en un sujeto que actúa con posterioridad. Desde esta perspectiva, no puede haber autoría mediata cuando concorra una conducta posterior plenamente responsable, puesto que sólo la causación a través de la naturaleza es una causación directa, y tampoco es necesario que esa autoría mediata exista, puesto que la producción con otras personas responsables puede constituir, a su vez, si se da un nivel suficiente de participación en la configuración, (co-)autoría. El jefe de la banda que lo es no sólo nominalmente es (co-)autor, y por ello no hay necesidad alguna de convertirlo artificialmente en autor mediato por el desvío del dominio de aparatos organizados de poder. Por mencionar el ejemplo más actual: los miembros del Consejo Nacional de Defensa de la extinta y así llamada República Democrática Alemana no fueron autores mediatos –como ha fallado el Tribunal Supremo Federal– de las muertes en la frontera de ciudadanos que huían hacia la República Federal de Alemania, sino coautores.

Finalmente, en lo que se refiere al instrumento doloso pero sin

intención y al instrumento doloso sin cualificación, estas figuras son debidas a una dogmática que ha llegado a ser sencillamente escolástica: después de que se alcanzara la conclusión de que un instrumento presenta un defecto de imputación, se constató que también en el caso de estas figuras la imputación es de algún modo deficiente, sin darse cuenta de que el defecto no hay que buscarlo en falta de personalidad de los intervinientes, sino en una formulación restrictiva del tipo. El autor que se apodera de la propiedad como instrumento del hombre de atrás que actúa con intención, esto es travestismo jurídico —todo es correcto, pero está destinado para otra cosa—. Sólo se ve superado por la pretendida autoría mediata de quien ayuda a la ejecución del suicidio, que es atípico. Y es que la competencia y la realización del tipo son dos cosas distintas.

D) *Condición parcial de instrumento*

Finalmente, respecto de la autoría mediata se abordarán constelaciones de casos en las que el instrumento no pierde por completo su cualidad de persona, por ejemplo, porque yerra de modo *evitable* acerca de la realización del tipo o del injusto correspondiente a su comportamiento, o entra en un estado de mera imputabilidad *reducida* o, siendo un instrumento coaccionado, se equivoca de modo *evitable* no viendo una salida al dilema sin intervenir en bienes ajenos, etcétera. También en el caso de una justificación *parcial*, el instrumento mantiene parte de su responsabilidad.

Excluiremos desde un principio aquellos casos en los que faltan conocimientos porque la situación no interesa a la persona por razones que jurídicamente no tienen ningún efecto de exoneración: indiferencia frente a los hechos o frente al ordenamiento jurídico. En estos casos, debería imputarse a la persona lo ejecutado por ella sin restricción alguna (lo que es el caso, de acuerdo con el Derecho Penal alemán vigente, en lo que se refiere a quien es indiferente frente al ordenamiento, pero no en el caso de quien es indiferente frente a los hechos, o, dicho con mayor precisión, indiferente frente a elementos pertenecientes al tipo; sin conocimiento actual de la realización del tipo, el Derecho Penal alemán en todo caso impone una pena por comisión imprudente, mucho más reducida, por regla general, que la que co-

responde al hecho doloso; § 16, párr. 1º StGB*). No puede decirse que se trate de un instrumento, a falta de un defecto jurídicamente relevante, y materialmente, respecto de los que intervengan junto al sujeto, concurrirá en todo caso una participación en el hecho del sujeto indiferente (participación que de acuerdo con el Derecho alemán se *denomina* autoría mediata, puesto que en el ordenamiento alemán queda excluida la participación en hechos no dolosos). Dicho con un ejemplo: quien juega con otro al fútbol en una galería comercial no es autor mediato de los inevitables daños en el escaparate de una de las tiendas aunque haya pensado en la posible consecuencia conociendo la indiferencia del otro; materialmente se trata de coautoría.

Por lo demás, es decir, fuera de la indiferencia y dentro de la imprudencia típica y de las competencias correspondientemente reducidas, no hay razón alguna por la que deba optarse por autoría mediata o por participación en el hecho de quien aún es responsable: en la medida en que en la reducción de la competencia se muestre la naturaleza, puede concurrir autoría mediata, y, al mismo tiempo, participación, en la medida en que la competencia residual admita la creación de una comunidad personal. Deben concurrir —como es natural— también los demás requisitos tanto de la autoría mediata como de la participación.

La concurrencia conjunta de autoría mediata y participación genera consecuencias dogmáticas respecto del comienzo de la tentativa. Poner en marcha la naturaleza supone comienzo de la tentativa, la colaboración con un sujeto responsable es aún una labor previa dirigida a un comienzo de tentativa por parte del colectivo. Por consiguiente, en el caso de la doble concurrencia la tentativa comenzará en dos momentos distintos, y eso, de hecho, es correcto: que actúe un sujeto con competencia reducida y que de esa reducción deba responder el autor, en esa medida, en cuanto autor mediato, se externaliza mediante la salida del sujeto de responsabilidad reducida, es decir, del sujeto par-

* El § 16 STGB dispone lo siguiente: “*Error sobre elementos del hecho.* (1) Quien en el momento de cometer el hecho desconoce una circunstancia que forma parte del tipo legal, no actúa con dolo. Queda incólume la punibilidad por comisión imprudente. (2) Quien en el momento de cometer el hecho supone erróneamente que concurren circunstancias que cumplirían el tipo de una ley más beneficiosa, sólo puede ser penado por comisión dolosa con base en esta ley más beneficiosa” (n. del t.).

cialmente instrumento, de la organización del autor mediato parcial, mientras que el emprendimiento común recién llega más tarde a ese estadio. En la práctica, el comienzo de la tentativa se determinará con base en la línea de imputación que resulte ser la más fuerte.

V. Infracción de un deber

¿Qué ha quedado del dominio del hecho? Para quien actúa solo, no es necesario; éste siempre es señor del hecho, de modo que en esa medida, el dominio del hecho sólo supone una reformulación del actuar único. El problema en este ámbito no es el del dominio del hecho, sino que el problema se formula mediante la pregunta por la competencia por el ulterior desarrollo. Esta competencia puede faltar en casos límite, concretamente, cuando el último en actuar típicamente no tenga capacidad para dominar el riesgo relevante.

La situación no es distinta en lo que se refiere a la autoría mediata. El autor mediato es siempre señor del hecho respecto de la prestación del instrumento (si bien ésta –cosa que aquí queda fuera de consideración– puede constituir a su vez una mera prestación de cómplice: complicidad mediata); por lo tanto, de nuevo se trata de una mera reformulación de la autoría mediata. Ésta es una autoría directa disfrazada, disfrazada porque la persona que actúa fenotípicamente después del autor genotípicamente es naturaleza. El problema es determinar cuándo el hombre de atrás es competente por la configuración de esa naturaleza –cuando anime específicamente a que se configure de ese modo, o cuando deba responder de esa naturaleza, o cuando, en el caso de niños, enfermos y débiles mentales, deba al menos tener en cuenta esa naturaleza–. La idea del dominio del hecho no contribuye en nada a la solución.

Cierto residuo lo encuentra el dominio del hecho en la codelinuencia: aquí existe un más o un menos de dominio del hecho, que en su conjunto sólo es poseído por el colectivo. Que en todo caso corresponda una cantidad superior a quienes ejecutan directamente, como dispone el Derecho Penal alemán de acuerdo con la interpretación más extendida, no puede asegurarse teóricamente, aunque en la práctica sea el supuesto más común. Previa a la *cuantificación* es la cuestión

de quién es interviniente y quién presta una contribución neutral que no lo vincula con el colectivo, es decir, no convierte en también suya la ejecución. La respuesta a esta cuestión decide acerca del salto *cualitativo* entre el interviniente y quien –precisamente– no interviene.

Menos el residuo acabado de mencionar, cuya justificación para el delito de comisión no pretendo poner en duda, el dominio del hecho puede ser disuelto en un concepto normativo, precisamente en el de competencia, y en el caso del delito de omisión ha de recurrirse directamente a la competencia y a la medida de ésta, ya que falta el dominio actual: el omitente podría y debería dominar el salvamento, pero no lo hace. Esta reconducción del problema a competencias y a la medida de éstas alimenta la esperanza de que el parentesco entre los delitos de dominio, que yo prefiero denominar –y ahora la razón debería ser evidente– delitos por competencia en virtud de organización, y los delitos de deber sea más estrecho que el existente entre hecho –y el dominio no es más que un dato fáctico– y deber.

Si el concepto central es el de la competencia, y el dominio sólo se refiere a cuestiones cuantitativas, entonces es prácticamente palmaria la siguiente vinculación entre los así llamados delitos de dominio y los delitos de deber:

El sinalagma de libertad de comportamiento y responsabilidad por las consecuencias, la institución elemental de cualquier sociedad de libertades, fundamenta la competencia de toda persona por que su círculo de organización no lesione a otra persona. Que la lesión se produzca a través de la persona sola, o a través de un instrumento humano, es decir, con mediación social en el plano fenotípico, pero en el plano genotípico en última instancia por ella únicamente, o, por el contrario, juntamente con otras personas, es indiferente: en todo caso, ha de responderse de la ejecución, aunque no se lleve a cabo de propia mano. Si son varias las personas que intervienen, cabe diferenciar para determinar la responsabilidad en función de la medida de la competencia, y ello, además, tanto en caso de actuar positivo como de omisión, en la medida en que la omisión derive de competencia por organización, es decir, en lo principal, como infracción del deber de aseguramiento en el tráfico, del deber derivado de asunción así como del deber derivado de injerencia.

Junto con este ámbito de los deberes negativos, es decir, de los deberes de no lesionar a otras personas mediante la configuración de la organización propia, existen deberes positivos para la mejora de la situación de otras personas o para la realización de instituciones estatales; éstos son deberes, sin embargo, que en cuanto deberes positivos tienen como presupuesto, necesariamente, un autor que desempeñe un rol especial: los padres frente a sus hijos, funcionarios, jueces y otros. La infracción de esos deberes positivos da lugar a los delitos de deber, como se esbozó al principio de esta ponencia. En los delitos de deber, la autoría no se infiere del dominio del hecho, ya que su contenido no es la usurpación de libertad ajena, al menos no lo es per se, sino la falta de cuidado por una persona o una institución del Estado, dicho de otro modo, la competencia por no mejorar su situación.

Con esto queda identificada la línea de unión: lo decisivo es la competencia; en los delitos en virtud de competencia por organización, una competencia por el empeoramiento de otra organización (infracción de un deber negativo), y en los delitos de deber, una competencia por no mejorar la situación (infracción de un deber positivo, lo que —desde luego— abarca el empeoramiento).

Los así llamados delitos de dominio son delitos comunes; por ello puede haber en ellos reparto de tareas. Los delitos de deber son delitos especiales. Puede que haya reparto de tareas, el sujeto afectado por el deber especial puede pedir sugerencias y dejarse ayudar, pero lo característico es la separación de roles: todo obligado por el deber especial y sólo él es el obligado, y quebranta su deber ya por medio de la más mínima aportación activa o por la menor omisión. Esto, desde luego, no significa que su infracción del deber siempre pese más que las aportaciones de personas externas. Dicho con un ejemplo: cuando unos *extranei* convencen a un administrador de un patrimonio, que ya está en estado de senilidad y sólo presenta una imputabilidad reducida, para que administre de modo desleal, puede ser que la competencia de aquéllos sea más intensa que la suya. Y con mayor razón puede suceder en el caso de varias infracciones de deberes especiales que conducen a una realización del tipo que entre los distintos sujetos que infringen sus respectivos deberes haya que diferenciar en una medida que se corresponda con la distinción entre autores y partícipes en los

delitos comunes. Dicho también en este caso con un ejemplo, cualquier funcionario penitenciario debe ocuparse de que los internos no se fuguen; pero si todos miran hacia otro lado, el injusto del director, autorizado a emitir instrucciones, probablemente sea *ceteris paribus* superior al del último de los subordinados. Con ello se ha dado respuesta a la cuestión planteada al principio de qué es lo que es el elemento análogo a la cuantificación en función de la medida del dominio del hecho en los así llamados delitos de dominio: la jerarquía de los obligados.

He llegado al final. Como ustedes han percibido, no pongo en duda que en las infracciones de los deberes derivados de competencia por organización quepa encontrar grandes señores y figuras marginales, o, si así se quiere, señores del hecho y hombrecillos del hecho; pero dudo que eso sea algo más que una diferencia cuantitativa, del mismo modo que en el ámbito de los delitos de deber, la diferenciación en la jerarquía de sujetos de mayor rango y de menor rango sólo conduce a una diferencia cuantitativa en el deber. Quien asuma esto, puede volver a vincular los delitos comunes, es decir, los así llamados delitos de dominio, y los delitos especiales, los delitos de deber: en todo caso se trata de la fundamentación de competencias, sea por el empeoramiento de una situación, sea por no mejorarla.

DOGMÁTICA Y POLÍTICA CRIMINAL EN UNA TEORÍA FUNCIONAL DEL DELITO

por MANUEL CANCIO MELIÁ*

SUMARIO: I. Introducción. II. El estado actual de la política criminal: diagnóstico: expansión del Derecho Penal moderno. A) Introducción. B) Los fenómenos expansivos. 1. El Derecho Penal simbólico. 2. El resurgir del punitivismo. 3. Punitivismo y Derecho Penal simbólico. C) Algunas posibles causas. 1. Introducción. 2. La rehabilitación del recurso al Derecho Penal en el discurso político. 3. La “globalización”. III. Dogmática y política criminal. A) Introducción. B) La teoría de la prevención general positiva como concepción positivista. C) Algunas conclusiones: dos clases de política criminal.

I. Introducción

El fenómeno que sin duda alguna merece la calificación de *la* cuestión central dentro de las reflexiones político-criminales de los últimos años es la evolución en la legislación penal conocida desde una perspectiva crítica como *expansión del Derecho Penal*¹, un término

* Universidad Autónoma de Madrid.

¹ Vid. de momento sólo la sintética exposición de SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 1999, pássim, o la de SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, *El moderno Derecho Penal y la anticipación de la tutela penal*, 1999, pássim, por un lado —en un trabajo en el que resulta muy atractiva la síntesis de los distintos problemas actuales de la política criminal y algo descorazonadora la resignación con la que el autor asume la existencia de un Derecho Penal de dos velocidades en el futuro (un Derecho Penal clásico, con todas las garantías, cuando se prevea pena privativa de libertad, y un Derecho Penal “moderno” menos garantista, sin penas privativas de libertad), ps. 115 y 11, 128 y ss.—, y desde otra perspectiva, más amplia en el tiempo, el análisis de orientación sociológica acerca de la expansión como ley de evolución de los sistemas penales hecho por MÜLLER-TUCKFELD, *Integrationsprävention*, ps. 178 y ss., 345, por otro.

que ha utilizado recientemente *Silva Sánchez* en una monografía dedicada a caracterizar la política criminal de las sociedades post industriales. En efecto, en el momento actual puede convenirse que el fenómeno más destacado en la evolución actual de las legislaciones penales del mundo occidental está en la aparición de múltiples nuevas figuras, a veces incluso nuevos sectores de regulación, acompañada de una actividad de reforma de tipos penales ya existentes realizada a un ritmo muy superior al de épocas anteriores.

En las páginas que siguen se persigue un doble objetivo: *por un lado* (infra II) se tratará de esbozar muy brevemente los elementos más destacados de las características esenciales de esta evolución expansiva, mostrando tanto alguna de sus manifestaciones más sobresalientes como alguna de las causas que la motivan. *Por otro lado* (infra III), partiendo del panorama un tanto desolador que se ha obtenido en el punto anterior, se pretende llevar a cabo una reflexión acerca de qué es lo que la ciencia del Derecho Penal puede aportar al análisis de este fenómeno y en qué términos metodológicos: es decir, ofrecer un breve apunte acerca de cuáles son las relaciones entre dogmática jurídica y política criminal.

En todo caso, creo que puede resultar útil –ello, desde luego, para mi persona– plantear estas reflexiones precisamente en el presente foro de discusión, ya que, como es sabido, los bosques suelen percibirse mejor desde cierta distancia; en este sentido, espero que la discusión a desarrollar después de esta intervención –con las opiniones que ustedes tengan la amabilidad de manifestar– contribuya a perfilar con mayor nitidez el bosque de la política criminal europea occidental.

II. El estado actual de la política criminal: diagnóstico: expansión del Derecho Penal moderno

A) Introducción

El punto de partida del análisis del fenómeno que puede denominarse la “expansión” del ordenamiento penal ha de estar en una sencilla constatación: la actividad legislativa en materia penal desarrollada a lo largo de las dos últimas décadas en los países de nuestro entorno

ha colocado alrededor del elenco de normas penales que desde el punto de vista actual pueden parecer “clásicas”, un conjunto de tipos penales para cuya legitimación únicamente cabe hacer referencia a bienes jurídicos —si es que siquiera quiere acudirse a éstos con este propósito— de carácter vago y sólo susceptibles de una descripción a grandes trazos². Vistos desde la perspectiva de los bienes jurídicos clásicos, estos tipos penales constituyen supuestos de “criminalización en el estadio previo” a lesiones de bienes jurídicos³, cuyos marcos penales, además, se encuentran establecidos en sanciones desproporcionadamente altas, sin conexión con el “ámbito nuclear” del Derecho Penal.

Entre quienes cuestionan la legitimidad de tales preceptos penales se encuentran, en una posición destacada, los representantes de una teoría “personal” del bien jurídico⁴; autores que son los que —como grupo— quizás más atención han dedicado al análisis del fenómeno de expansión del ordenamiento penal. Desde el punto de vista de estos autores, en la evolución actual tanto del Derecho Penal material como del Derecho Penal Procesal, cabe constatar tendencias que en su conjunto hacen aparecer en el horizonte político-criminal los rasgos de un “Derecho Penal de la puesta en riesgo”⁵ de características antiliberales⁶. A través de una cada vez más densa gama de delitos de

² Cfr. sobre esto, por todos, HASSEMER, *Grundlagen*, ps. 247 y ss.

³ Cfr. JAKOBS, *ZStW* 97 (1985), p. 751.

⁴ Cfr. HASSEMER, *FS Arthur Kaufmann*, ps. 88 y ss., 92 y ss.; le siguen HERZOG, *Unsicherheit*, ps. 116 y ss. y HOHMANN, *Umweltdelikte*, ps. 58 y ss. Próximos son los puntos de partida de KARGL, *Rechtsgüterschutz durch Rechtsschutz*, en Institut für Kriminalwissenschaften Frankfurt a. M. (ed.), *Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts*, 1995 (obra colectiva recientemente traducida al español por un grupo de profesores de Derecho Penal de la Universität Pompeu Fabra [Barcelona] bajo el título *La insostenible situación del Derecho Penal*, 2000), p. 53 (ps. 58 y ss.); NESTLER, *Rechtsgüterschutz und die Strafbarkeit des Besitzes von Schusswaffen und Betäubungsmitteln*, ibídem, ps. 65 y ss.; STAEHELIN, *Lässt sich das “Untermaßverbot” mit einem liberalen Strafrecht vereinbaren?*, ibídem, p. 267 (ps. 277 y ss.); vid., de momento, por todos, el análisis crítico del potencial de esta aproximación a la teoría del bien jurídico desarrollado por MÜSSIG, *Entmaterialisierung des Rechtsguts und der Kriminalpolitik. Zu Perspektiven und Fundamenten einer systemkritischen Rechtsgutslehre*, manuscrito.

⁵ Sobre este concepto exhaustivamente HERZOG, *Unsicherheit* cit., ps. 50 y ss.

⁶ Vid. HASSEMER, *FS Arthur Kaufmann* cit., ps. 85 y ss. (p. 88); ídem, *Sozialtechnologie und Moral; Symbolik und Rechtsgüter*, en JUNG/MÜLLER-DIETZ/NEU-

manifestación y de organización, el Derecho Penal se convierte en un "Derecho Penal del enemigo"⁷.

En el contexto de tal panorama preocupante de la política criminal actual —es decir, en la consideración crítica de cuáles son las conveniencias de la legislación penal— es cada vez más frecuente oír y leer, especialmente en manifestaciones emitidas desde el mundo de la Universidad⁸, el reproche frente a ciertas normas penales de nueva aprobación de que son inadecuadas o excesivas.

B) *Los fenómenos expansivos*

Como antes se ha indicado, en primer lugar se trata de exponer muy brevemente algunas características y causas del fenómeno de la "expansión" del Derecho Penal de la actualidad. En el lado de las manifestaciones de la expansión del ordenamiento jurídico-penal, parece que lo más esencial de esta evolución puede quedar abarcado por dos fenómenos: el llamado "Derecho Penal simbólico" (infra 1) y lo que puede denominarse "resurgir del punitivismo" (infra 2). En todo caso, debe quedar claro que sólo se trata de aproximaciones fenotípicas

MANN (ed.), *Recht und Moral. Beiträge zu einer Stadortbestimmung*, ps. 329 y ss.; HERZOG, *Unsicherheit* cit., ps. 65 y ss.; ALBRECHT, *Das Strafrecht im Zugriff populistischer Politik*, en Institut für Kriminalwissenschaften Frankfurt a. M. (ed.), *Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts* cit., ps. 429 y ss.

⁷ Término acuñado por JAKOBS, *ZStW* 97 (1985) cit., p. 751 (ps. 753, 756); recientemente propone un ulterior desarrollo ídem, en: Escuela Judicial/Xunta de Galicia, *Estudios de Derecho judicial* 20, 1999, ps. 121 y ss., 137 y ss.

⁸ Aunque con ello no se quiere decir que en lo que se refiere al Derecho Penal el sistema universitario esté cumpliendo su función de análisis crítico/teórico de los fenómenos sociales que constituyen su objeto de estudio; por el contrario, cabe afirmar que la situación consiste más bien en que un sector mayoritario de la comunidad universitaria asume críticamente cualquier producción normativa nueva (esta actitud viene determinada, con toda seguridad, en parte también por la ambigüedad política que implican muchas nuevas normas penales; vid. sobre esto infra C.1), mientras que otro participa de una posición de rechazo radical que raramente se manifiesta en publicaciones. En todo caso, al menos respecto de Alemania y España, lo que parece seguro es que cabe constatar una notable pérdida de influencia de los teóricos del Derecho Penal sobre el legislador en los últimos años. Sólo así se puede explicar el proceso precipitado y políticamente frívolo de aprobación del nuevo Código Penal español de 1995 o la reciente (1998) reforma, técnicamente muy defectuosa, de amplios sectores de la Parte Especial del Código Penal alemán.

parciales de una evolución que mezcla ambos aspectos, que no aparecen de modo clínicamente “limpio” en la realidad legislativa (infra 3).

1. *El Derecho Penal simbólico*

a) Particular relevancia corresponde en este contexto, en primer lugar, a aquellos fenómenos de neo-criminalización respecto de los cuales se afirma que tan sólo cumplen efectos “simbólicos”⁹. Como ha señalado *Hassemer*, quien pone en relación al ordenamiento penal con elementos “simbólicos” puede crear la sospecha de que no toma en cuenta la dureza muy real y nada simbólica de las vivencias de quien se ve sometido a persecución penal, detenido, procesado, acusado, condenado, encerrado¹⁰. En este sentido, hay que subrayar que la idea que ronda la cabeza al común de los ciudadanos, y también al común de los juristas, es que el Derecho Penal “sirve” para algo, es decir, que cualquiera que sea la teoría de la pena que se utilice, se parte de la base que se satisface con la existencia del sistema penal un fin, que se obtiene un resultado, aunque sólo sea –en el caso de las teorías retributivas– la realización de la justicia. Sin embargo, a pesar de esa imagen de un “fin” del ordenamiento penal en el sentido de que se persigue y alcanza un objetivo concreto con la legislación y aplicación de penas en el ámbito penal, los fenómenos de carácter simbólico¹¹ forman parte de modo necesario del entramado del Derecho Penal, de modo que en realidad es incorrecto el discurso del “Derecho Penal simbólico” como fenómeno de algún modo negativo, y que habría que referirse, en todo caso, a normas con función meramente simbólica, es decir, dirigidas únicamente a “la producción en la opinión pública de la impresión tranquilizadora de un legislador

⁹ Vid. sobre esta noción, por todos, las amplias referencias y clasificaciones de VOß, *Symbolische Gesetzgebung*, pássim; cfr. también, más sucintamente, PRITTWITZ, *Strafrecht und Risiko*, ps. 253 y ss.

¹⁰ *NSiZ* 1989, ps. 553 y ss.

¹¹ Tuvo una repercusión muy destacada en el desarrollo de la discusión doctrinal en el ámbito jurídico-penal el artículo acabado de citar de *Hassemer* en *NSiZ* 1989, ps. 553 y ss.; vid. con carácter general, también en lo que se refiere a la doctrina de habla española, por todos, la exposición de SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, ps. 304 y ss., con ulteriores referencias.

atento y decidido”¹². En efecto: desde una perspectiva crítica, por ejemplo, concretamente, desde la “criminología crítica”, crítica precisamente hacia toda existencia de un sistema penal, y, en particular, desde el así llamado enfoque del *labeling approach*, se han subrayado los elementos simbólicos presentes en el ordenamiento penal: la tesis central de esta aproximación es precisamente que el crimen no es una realidad preexistente, sino que se crea en un proceso de “interacción simbólica”, se atribuye socialmente la etiqueta de “crimen”¹³. Pero también ciertas explicaciones más tradicionales, más “jurídicas” del fenómeno penal no pueden concebirse, en realidad, sin componentes de carácter que podemos denominar “simbólico”¹⁴. Entonces, ¿qué es lo que quiere decirse con la crítica al carácter simbólico, si toda la legislación penal necesariamente muestra características que podemos denominar simbólicas?

Para entender esta calificación es necesario tener en cuenta el trasfondo histórico de las legislaciones actuales, al menos en lo que es la idiosincrasia de los ideólogos (académico-críticos) de la disciplina: valgan aquí algunas palabras claves: Derecho Penal mínimo, que aún hoy se enseña como paradigma esencial del Derecho Penal moderno¹⁵, origen de éste en el Estado abstencionista-liberal... En suma, una imagen ideal: protección de la vida, de la integridad física, del patrimonio como “bienes jurídicos”. Son pocos y marginales los supuestos de delitos que no protegen intereses “tangibles” (traición, determinados intereses comunes como la seguridad del tráfico jurídico en las infracciones de falsedades).

Sin embargo, a cualquier observador mínimamente avisado no se le escapa que el fenómeno de nuestros tiempos es la inflación penal¹⁶.

¹² SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación* cit., p. 305; vid. también el texto que sigue e ídem, loc. cit., ps. 305 y ss.

¹³ Vid. por todos las referencias en VOB, *Symbolische Gesetzgebung* cit., ps. 79 y ss.

¹⁴ En particular, un entendimiento de la función de la pena que subraya los efectos “expresivos” de ésta como elemento esencial como es la prevención general positiva (vid. aquí infra III.A.3).

¹⁵ Otra cosa es que en el plano teórico no esté nada claro en qué consiste éste; vid. sólo SILVA SÁNCHEZ, *La expansión...* cit., ps. 15 y ss., con referencias.

¹⁶ Muchas “neo-criminalizaciones”, pocas descriminalizaciones; PRITTWITZ, *Strafrecht und Risiko* cit., ps. 174 y s.; SILVA SÁNCHEZ, *La expansión* cit., ps. 17 y ss.

El CP español de 1995 es un ejemplo paradigmático¹⁷. Cada vez aparecen más intereses difusos, menos tangibles. Estos “intereses” se siguen denominando bienes jurídicos (por ejemplo y de modo destacado: medio ambiente), pero evidentemente están muy alejados de lo que era la imagen original de un “bien” incluso físico. Son –valga la expresión– complicaciones derivadas de sociedades mucho más complejas, de un Estado que ya no se puede entender como mero guardián de los procesos sociales, sino que interviene en éstos. En este sentido, la norma penal no es un medio para constituir la identidad de la sociedad –es decir, para marcar los mínimos de convivencia– o para resolver un determinado problema social en términos de prevención (instrumental) del delito, sino que la aprobación de la norma en sí y su publicitación son la solución –evidentemente, aparente–. Y aquí se muestran los supuestos de Derecho Penal “meramente simbólicos” como verdadera manifestación del *esprit du temps*¹⁸.

b) A continuación, conviene considerar brevemente un ejemplo –el de determinadas infracciones destinadas a combatir “la discriminación”– del reciente Código Penal español que puede resultar una buena muestra, reveladora de alguna de las características de la “legislación simbólica”. En el ámbito del Capítulo IV del Título XXI –“delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas y al deber dar cumplimiento de la prestación social sustitutoria”– del Código Penal español de 1995, el objetivo aparente del legislador es el de proteger los derechos y libertades de los ciudadanos como elementos esenciales en el funcionamiento del sistema social diseñado por la Constitución. En este sentido, cabe señalar dos vertientes de la regulación: por un lado, se trata de combatir ciertos supuestos de uso abusivo de tales derechos y libertades (sobre todo, en la sección primera del mencionado Capítulo IV, en la que están

¹⁷ Vid. respecto del CP español sólo el diagnóstico de Rodríguez Mourullo, en su prólogo a los *Comentarios al Código Penal* por él dirigidos (p. 18): el aumento cuantitativo de figuras delictivas en el nuevo Código Penal “no obedece a ninguna línea coherente de política criminal”, y el más contundente de Gimbernat Ordeig, en su prólogo a la edición del CP (Tecnos): el CP 1995 está “influido por el renacimiento en los últimos años de la ideología de la ‘ley y el orden’, por un incremento descontrolado de nuevas figuras delictivas y por un insoportable rigor punitivo”.

¹⁸ En el mismo sentido HASSEMER, *NSZ* 1989 cit., p. 556.

situadas las infracciones que se van a considerar aquí a continuación). Pues el uso abusivo de estos derechos puede tener efectos perturbadores de gran intensidad, ya que los derechos y libertades constitucionales no sólo están destinados a garantizar una esfera de actuación del ciudadano, sino también tienen una vertiente institucional, o, dicho de otro modo, de configuración social, es decir, que están destinados a “institucionalizar un espacio de interrelación”¹⁹. Por otra parte, el capítulo recoge también infracciones en las que se protegen estos derechos frente a determinados ataques; ocupan aquí una posición destacada los delitos contra la libertad de conciencia y los sentimientos religiosos (sección segunda)²⁰. Concretamente, como se acaba de decir, en la sección primera del Capítulo IV –“de los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas garantizados por la Constitución”– se recogen sobre todo determinados comportamientos que suponen un uso abusivo de los derechos reconocidos por la Constitución.

Por un lado, se incluyen aquí las infracciones en las que determinadas conductas de los ciudadanos suponen un ejercicio abusivo de sus libertades (en este caso, de la general de obrar y de expresión, sobre todo) por ser de carácter *discriminatorio*. La vertiente institucional –es decir, la configuración del sistema que aquí se trata de proteger– es en este caso, como es claro, el principio de igualdad consagrado por el artículo 14 de la Constitución española. Por otro lado, quedan recogidas en esta sección las clásicas infracciones relacionadas con (el ejercicio abusivo de) las libertades de reunión, manifestación y asociación. Las novedades del nuevo Código son especialmente notables en lo que se refiere al primer grupo de infracciones. En este sentido, se produce, por un lado, una notable ampliación de

¹⁹ BUSTOS RAMÍREZ, *PE*, p. 311.

²⁰ Partiendo de esta panorámica, dicho sea de paso, no es muy claro –a menos que se trate de razones retóricas (por entrar en el título de los delitos “contra la Constitución”)– por qué razón el legislador ha ubicado en el capítulo la sección tercera (delitos contra el deber de cumplimiento de la prestación social sustitutoria), que contiene infracciones que están relacionadas con el sistema militar, y no con el abuso o con ataques en relación con los derechos y libertades de los que se ocupa el resto del capítulo; vid. sobre esto sólo CANCIO MELIÁ, en RODRÍGUEZ MOURULLO/JORGE BARREIRO, *ComCP*, ps. 1306 y ss.

las conductas incriminadas²¹. Por otro lado, se amplía el catálogo de elementos protegidos frente a la discriminación.

Se trata de tres infracciones²² que abarcan distintos aspectos del fenómeno de la discriminación: en el artículo 510 del CP se reprime la incitación a la violencia, a la discriminación y al odio frente a colectivos definidos por una raza, ideología, sexo, orientación sexual, etcétera; en los artículos 511 y 512 del CP se castigan supuestos con-

²¹ Vid. a continuación en el texto. Entre los elementos que han llevado a la ampliación sin duda alguna tienen particular relevancia las tendencias presentes en los países de nuestro entorno, vid. sólo LAURENZO COPELLO, *EPCr XIX* (1996), ps. 223 y ss. y la completa información contenida en BORJA JIMÉNEZ, *Violencia y criminalidad racista*, ps. 17 y ss.

²² *Art. 510.* 1. Los que provocaren a la discriminación, al odio o a la violencia contra grupos o asociaciones, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, enfermedad o minusvalía, serán castigados con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses.

2. Serán castigados con la misma pena los que, con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad, difundieren informaciones injuriosas sobre grupos o asociaciones en relación a su ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, enfermedad o minusvalía.

Art. 511. 1. Incurrirá en la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años el particular encargado de un servicio público que deniegue a una persona una prestación a la que tenga derecho por razón de su ideología, religión o creencias, su pertenencia a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía.

2. Las mismas penas serán aplicables cuando los hechos se cometan contra una asociación, fundación, sociedad o corporación o contra sus miembros por razón de su ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros o de alguno de ellos a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía.

3. Los funcionarios públicos que cometan alguno de los hechos previstos en este artículo, incurrirán en las mismas penas en su mitad superior y en la de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a cuatro años.

Art. 512. Los que en el ejercicio de sus actividades profesionales o empresariales denegaren a una persona una prestación a la que tenga derecho por razón de su ideología, religión o creencias, su pertenencia a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía, incurrirán en la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de profesión, oficio, industria o comercio, por un período de uno a cuatro años.

cretos de discriminación efectiva: denegación de prestaciones públicas (art. 511) o privadas (art. 512) por motivos discriminatorios²³.

Un breve análisis de estas figuras delictivas lleva a una doble conclusión²⁴ en lo que aquí interesa:

Por un lado, parece claro que en cierta medida puede estimarse que los preceptos de los artículos 511 y 512 CPesp son *Derecho Penal (meramente) simbólico*. En efecto, las dificultades de aplicación que ambas figuras presentan –por un lado, en el caso del artículo 512 CPesp, la determinación del servicio al que el sujeto discriminado “tiene derecho”, por otro, en ambas figuras, la configuración subjetiva de la finalidad discriminatoria– las hacen en gran medida –probablemente, excluyendo el supuesto de las prestaciones públicas– inaplicables. Entonces, tratándose de normas que recogen en algún aspecto actuaciones potencialmente graves –cuya incriminación, entonces, y desde la perspectiva aquí adoptada, podría resultar legítima–, se trata de preceptos sólo destinados a cumplir una función de tranquilización por su mera existencia en el Código Penal.

Por otro lado, alguna de las modalidades típicas del artículo 510 CPesp supone una neo-criminalización de meras manifestaciones de opinión, es decir, es un típico supuesto de expansión (ilegítima) del ordenamiento. Aun abogando por una interpretación restrictiva de la conducta típica, especialmente del número primero del artículo 510 CPesp, la valoración que merece el precepto no puede ser positiva²⁵.

²³ Cfr. respecto de lo que sigue, sucintamente, CANCIO MELIÁ, en RODRÍGUEZ MOURULLO *et al.*, *Comentarios al Código Penal* cit., ps. 1273 y ss.; vid. los recientes estudios de LAURENZO COPELLO, *EPCr XIX* (1996) cit., ps. 250 y ss.; BERNAL DEL CASTILLO, *La discriminación*, ps. 73 y ss.; BORJA JIMÉNEZ, *Violencia y criminalidad racista* cit., ps. 285 y ss. y *pássim*, y el exhaustivo análisis de LANDA GOROSTIZA, *La intervención penal frente a la xenofobia: problemática general con especial referencia al “delito de provocación” del artículo 510 del Código Penal*, 1999, *pássim*.

²⁴ En la misma línea respecto de estas infracciones vid. LANDA GOROSTIZA, en ASÚA BATARRITA, *Delitos contra la administración pública*, ps. 379 y ss., 383, 386 y ss.; ídem, *La intervención penal...* cit.

²⁵ Vid. también, por ejemplo, LAURENZO COPELLO, *EPCr XIX* (1996) cit., ps. 263 y ss.; sobre la situación paralela del art. 607.2 CP –que esta autora califica de aún más insatisfactoria– cfr. por todos ídem, loc. cit., ps. 265 y ss. y FEIJÓO SÁNCHEZ, L. L. 1998 (15.12.), ps. 4 y ss., ambos con ulteriores referencias.

Pues está claro –como reconocía la Exposición de Motivos a la LO 4/1995 respecto de la introducción del antecesor artículo 165 ter CP TR 1973– que el legislador pretende responder de algún modo a los sucesos de violencia urbana de signo racista o de ultraderecha que se han producido en los últimos años en toda Europa. La cuestión es si es el Derecho Penal el que debe hacer aquí las veces de educador social reprimiendo la expresión de determinadas “ideas” –ciertamente lamentables–.

En este sentido, en efecto, parece que el precepto pretende más bien crear o proteger cierto “clima” ideológico, que anticipar la barrera de punición respecto de hechos futuros, especialmente en la modalidad de la provocación al “odio”, y es evidente que no es mediante la tipificación penal como se consigue este objetivo²⁶. Por otro lado, cabe formular serias dudas, ya desde un principio, acerca de que ese objetivo dote de legitimidad, en un sistema de libertades, al medio –la incriminación penal– elegido²⁷.

2. *El resurgir del punitivismo*

a) Sin embargo, reconducir los fenómenos de “expansión” que aquí interesan de modo global sólo a estos supuestos de promulgación de normas penales meramente simbólicas no atendería al verdadero alcance de la evolución en este sentido. Pues el recurso al Derecho Penal no sólo aparece como instrumento para producir tranquilidad

²⁶ Cfr. la crítica formulada en España en términos similares por el Grupo de Estudios de Política Criminal en su *Manifiesto sobre diversidad cultural y política criminal* del 30-3-96.

²⁷ En el Derecho Comparado, en contra de la legitimidad de los preceptos análogos del Código Penal alemán, cfr. sólo la contundente crítica de JAKOBS, *ZStW* 97 (1985) cit., ps. 751 y ss.; téngase en cuenta, de todos modos, que en el caso del ordenamiento alemán la cláusula que refiere estas conductas a la perturbación del orden público permitiría una selección de las conductas en cuestión en función de la gravedad social de las mismas. Aun así, han surgido también en ese país voces que –más allá de las consideraciones de Jakobs acabadas de citar– ponen en duda la adecuación del ordenamiento penal en este contexto: vid., por ejemplo, SCHUMANN, *StV* 1993, ps. 324 y ss.; AMELUNG, *ZStW* 92 (1980), ps. 55 y ss. Ante el consenso político que concitan estas normas en el caso alemán resulta significativo que el antecedente de la infracción está en el delito de “provocación a la lucha de clases”; vid. *LK*¹¹-v. BUBNOFF, comentario previo a los § 125 y ss.

mediante el mero acto de promulgación de normas evidentemente destinadas a no ser aplicadas, sino que, en segundo lugar, también existen procesos de criminalización “a la antigua usanza”, es decir, la introducción de normas penales nuevas con la intención de promover su efectiva aplicación con toda decisión, es decir, procesos que conducen a normas penales nuevas que sí son aplicadas²⁸ o al endurecimiento de las penas para normas ya existentes. De este modo, se invierte el proceso habido en los movimientos de reforma de las últimas décadas —en España, después de 1978— en el que fueron desapareciendo diversas infracciones —recuérdese sólo la situación del Derecho Penal en materia de conductas de significado sexual— que ya no se consideraban legítimas.

b) En este sentido, parece evidente que la tendencia actual del legislador es la de reaccionar con “decisión” en el marco de la “lucha” contra la criminalidad, es decir, con un incremento de las penas previstas en determinados sectores del Derecho Penal. Un ejemplo, de nuevo tomado del Código Penal español, lo constituyen las infracciones relativas al tráfico de drogas tóxicas o estupefacientes y sustancias psicotrópicas: la regulación contenida en el texto de 1995 *duplica* la pena²⁹ prevista en la regulación anterior³⁰, de modo que la venta de una dosis de cocaína —considerada una sustancia que produce “grave daño a la salud”, lo que da lugar a la aplicación de un tipo cualificado— supone una pena de tres a nueve años de privación de libertad (frente a, aproximadamente, uno a cuatro años en el anterior Código), potencialmente superior, por ejemplo, a la correspondiente a un homicidio por imprudencia grave (uno a cuatro años) o a un delito de aborto doloso sin consentimiento de la madre (cuatro a ocho años) en los términos previstos en el mismo “Código Penal de la democracia” apoyado parlamentariamente por la izquierda política³¹.

²⁸ Si bien puede observarse que en muchos casos se produce una aplicación selectiva.

²⁹ Teniendo en cuenta el cambio en el régimen de cumplimiento de las penas privativas de libertad; en el anterior Código (texto refundido de 1973) el cumplimiento efectivo solía situarse en la mitad de la extensión nominal de la pena.

³⁰ Cfr. arts. 368, CP esp. 1995 y 344 CP TR 1973.

³¹ Sobre esta problemática en el caso español cfr. últimamente por todos, GÓNZALEZ ZORRILLA, en LARRAURI PIJOAN (dir.)/CGPJ (ed.), *Política criminal*, 1999, ps. 233

En este mismo contexto, una consideración de la evolución habida en los últimos años en los Estados Unidos puede ser reveladora de cuál es —o mejor dicho: de lo lejos que se puede llegar hasta alcanzar— el punto de llegada de esta escalada: mediante la legislación de *three strikes* puede llegar a suceder que un autor que bajo aplicación del Código Penal español ni siquiera ingresara en prisión³², en algunos Estados de los EE. UU. sufra cadena perpetua, entendida ésta además en sentido estricto (hasta la muerte del condenado)³³.

3. Punitivismo y Derecho Penal simbólico

Con lo expuesto hasta el momento ya queda claro que ambos fenómenos aquí seleccionados no son, en realidad, susceptibles de ser separados nítidamente. Así, por ejemplo, si se introduce una legislación radicalmente punitivista en materia de drogas, ello tiene una inmediata incidencia en las estadísticas de persecución criminal (es decir, no se trata de normas meramente simbólicas de acuerdo con el entendimiento habitual), y a pesar de ello es evidente que un elemento esencial de la motivación del legislador a la hora de aprobar esa legislación está en los efectos “simbólicos” obtenidos mediante su mera promulgación. Y a la inversa, también parece que normas que en principio cabría catalogar de “meramente simbólicas” pueden llegar a dar lugar a un proceso penal “real”³⁴.

y ss. y DE LA CUESTA ARZAMENDI, en BERISTAIN IPIÑA (dir.)/CGPJ (ed.), *Política criminal comparada, hoy y mañana*, 1999, ps. 87 y ss., ambos con ulteriores referencias; en cuanto a la enorme relevancia que corresponde en la realidad del sistema de administración de justicia y penitenciario a estas infracciones, cfr. sólo los datos relacionados respecto del caso español en RDPCr 4 (1999), ps. 881, 892 y ss.

³² Por ejemplo: un delito de robo del art. 242.3 junto con uno de lesiones del art. 147.2 y otro de quebrantamiento de condena del art. 468 CP.

³³ Cfr. sólo BECKETT, *Making crime pay. Law and order in contemporary american politics*, 1997, ps. 89 y ss., 96; respecto del caso del Estado de California vid., por ejemplo, los datos recogidos en <http://www.facts1.com>.

³⁴ En este sentido, respecto del art. 510 del CP español al que antes se hacía referencia —junto con el art. 607.2 CP, que contiene una infracción que penaliza la conducta de “difusión por cualquier medio de ideas o doctrinas que nieguen o justifiquen” los delitos de genocidio— ya se ha producido una primera condena —en primera instancia—, de un sujeto filonazi, propietario de una librería en la que *vendía libros* de esa orientación, de cinco años de pena privativa de libertad (concurso real entre ambas infracciones; S. Juzgado de lo Penal N° 3 de Barcelona del 16-11-98).

Lo que sucede es que, en realidad, la denominación “Derecho Penal simbólico” no hace referencia a un grupo bien definido de infracciones penales³⁵ caracterizadas por su inaplicación, por la falta de incidencia real en la “solución” en términos instrumentales. Tan sólo identifica la especial importancia otorgada por el legislador³⁶ a los aspectos de comunicación política a corto plazo en la aprobación de las correspondientes normas. Y estos efectos incluso pueden llegar a estar integrados en estrategias mercado-técnicas de conservación del poder político³⁷, llegando hasta la génesis consciente en la población de determinadas actitudes en relación con los fenómenos penales que después son “satisfechas” por las fuerzas políticas.

C) *Algunas posibles causas*

1. *Introducción*

Como es natural, son muchas las circunstancias que cabe identificar como relacionadas de algún modo con los fenómenos legislativos acabados de esbozar. En particular, habría que tener en cuenta la atomización de muchos referentes de control social informal³⁸, y el papel correspondiente en este contexto a los medios de comunicación de masas como agentes que exigen no sólo atención a casos concretos “vendibles” en términos de audiencia/ediciones, sino también a la hora de reclamar que determinados conflictos sean resueltos

³⁵ En particular, no parece adecuado contentarse con la determinación del concepto de Derecho Penal simbólico como legislación penal mendaz en el sentido de que sólo simularía la obtención de determinados resultados; vid. sobre esto Díez Ripollés, *El Derecho Penal simbólico y los efectos de la pena*, manuscrito inédito de la ponencia presentada al congreso “Crítica y justificación del Derecho Penal en el cambio de siglo. El análisis crítico de la escuela de Frankfurt”, Universidad de Castilla-La Mancha, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Toledo, 13/15-4-2000, ps. 14 y ss., con referencias.

³⁶ Que es lo que ahora interesa; pero, por supuesto, cabría identificar –y muchos– supuestos de “aplicación simbólica” de normas penales.

³⁷ Cfr. sólo las referencias de estas prácticas respecto del ámbito anglosajón en BECKETT, *Making crime pay...* cit., pássim, y VON HIRSCH, en LÜDERSEN (ed.), *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse?*, t. V, 1998, ps. 31 y ss.

³⁸ Cfr. sobre esto, por ejemplo, Díez Ripollés, *Claves de Razón Práctica* 85 (1998), ps. 48 y ss.; ídem, *El Derecho Penal simbólico...* cit., p. 2.

por el ordenamiento jurídico, y, *sit venia verbo*, ya que estamos, por medio del Derecho Penal. También merece una especial atención, sin duda –y en mayor medida en sociedades como las nuestras– lo que *Silva Sánchez* llama el “factor colateral” del “desprecio por las formas”³⁹, junto con aquellas explicaciones, que son válidas respecto de algunas de las modalidades de legislación penal que aquí interesan, que buscan, desde una perspectiva más clásica, la razón de la actuación del legislador en las relaciones de poder existentes entre determinados grupos sociales.

En lo que sigue, sólo se abordan muy brevemente dos factores que se han seleccionado porque son quizás los más “modernos” (sin ningún tipo de carga positiva), los más llamativos frente a la situación existente en momentos históricos anteriores.

2. *La rehabilitación del recurso al Derecho Penal en el discurso político*

Estos procesos de criminalización, en muchas ocasiones se producen con coordinadas políticas distintas al reparto de roles tradicional que podría resumirse en la siguiente fórmula: izquierda política-demandas de descriminalización/derecha política-demandas de criminalización⁴⁰. En este sentido, estamos, como se verá a continuación, ante un fenómeno que supera, con mucho, el tradicional “populismo” en la legislación penal.

Respecto de la izquierda política resulta especialmente llamativo el cambio de actitud: de una línea que identificaba la criminalización de determinadas conductas como mecanismos de represión para el man-

³⁹ *La expansión*, ps. 55 y ss.

⁴⁰ Así, por ejemplo, subraya Schumann respecto de las infracciones en la órbita de manifestaciones neonazis que existe un consenso izquierda-derecha a la hora de reclamar la intervención del Derecho Penal (*StV* 1993 cit., p. 324). Vid. en este sentido, por lo demás, las consideraciones sobre las demandas de criminalización de la socialdemocracia europea en SILVA SÁNCHEZ, *La expansión...* cit., ps. 50 y ss.; se trata de una situación en la que cualquier colectivo tiene “sus” pretensiones frente a la legislación penal: cfr. la exposición sintomática de ALBRECHT, en Institut für Kriminalwissenschaften Frankfurt am Main (ed.), *Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts* cit., p. 429; respecto de la persecución de fines de llamada moral haciendo uso de la legislación penal, sólo VOß, *Symbolische Gesetzgebung* cit., ps. 28 y ss.

tenimiento del sistema económico-político de dominación⁴¹ a una línea que descubre las pretensiones de neo-criminalización específicamente de izquierdas⁴²: delitos de discriminación, delitos en los que las víctimas son mujeres maltratadas, etcétera⁴³.

Sin embargo, el cuadro estaría incompleto sin hacer referencia a un cambio de actitud también en la derecha política: en el contexto de la evolución de las posiciones de estas fuerzas, también en materia de política criminal, nadie quiere ser “conservador”, sino igual de “progresista” (o más) que todos los demás grupos. En este sentido, la derecha política —en particular, me refiero a la situación en España— ha descubierto que la aprobación de normas penales es una vía para adquirir matices políticos “progresistas”⁴⁴. Igual que la izquierda política ha descubierto lo rentable que puede resultar el discurso de *law and order*, antes monopolizado por la derecha, la derecha política se suma, cuando puede, al orden del día político-criminal que cabría suponer, en principio, perteneciente a la izquierda —una situación que genera una escalada en la que ya nadie está en disposición de discutir de verdad cuestiones de política criminal en el ámbito parlamentario y en la que la demanda indiscriminada de mayores y más efectivas penas ya no es un tabú político para nadie—.

3. La “globalización”

Una de las causas que suele citarse como determinante de los fenómenos expansivos es la así llamada “globalización”. Aquí sólo se mencionan

⁴¹ Vid. SILVA SÁNCHEZ, *La expansión...* cit., p. 47 con nota 71; movimiento paralelo en las ciencias penales: la criminología crítica con pretensiones abolicionistas; vid. sólo la panorámica trazada por SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación* cit., ps. 18 y ss.

⁴² *Go and tell a worker robbed of his week's wages or a raped woman that crime doesn't exist*, frase significativa del criminólogo Young, citada por SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación* cit., p. 23, nota 36.

⁴³ Vid. sobre esto, con particular referencia a la socialdemocracia europea, SILVA SÁNCHEZ, *La expansión* cit., ps. 47 y ss., con ulteriores referencias.

⁴⁴ Sólo así se explica que haya sido precisamente la derecha política, en el gobierno, la que haya impulsado y aprobado una modificación del delito de acoso sexual, regulado en el art. 184 CPesp, que supone una vuelta de tuerca incalificable sobre la regulación desquiciada introducida en el CPesp de 1995 (es decir, dicho sea de paso, que este sector del Código, el relativo a la libertad sexual, ha sido reformado a los tres años de haber entrado en vigor; un “desprecio por las formas” realmente notable).

brevemente los dos elementos que cabe identificar como las dos vías por las que puede generar efectos sobre el ordenamiento penal la internacionalización de muchos aspectos de la vida social moderna:

a) Por un lado, a través de múltiples vías formales e informales (a través de organismos internacionales y los correspondientes convenios y a través del intercambio de información, fundamentalmente) los ordenamientos penales nacionales cada vez se vuelven más porosos a la incorporación de elementos jurídico-penales provenientes de tradiciones distintas. Mientras que el establecimiento de un verdadero orden penal internacional (o mejor dicho: de un embrión de tal orden) aún se encuentra estancado, la importación de ideas y posterior incorporación por parte del legislador nacional goza de buena salud. Sólo así, por ejemplo, se entiende la existencia en el ordenamiento español de un delito que castigue la negación del genocidio (art. 607.2, CPesp), una infracción cuyo origen alemán es tan evidente que no ha de subrayarse de modo especial.

b) Por otro lado, y con mayor proyección de futuro de lo que quizás quepa imaginar en el momento actual, los procesos de integración económica regional conducirán, en alguna medida, a procesos no de importación, sino de verdadera integración. En el caso de Alemania y España, como es natural, el punto de referencia está en la Unión Europea. Ese proceso de armonización de los ordenamientos penales europeos que ya se vislumbra puede verse, especialmente desde la perspectiva del sistema dogmático de imputación de influencia alemana, con mayor o menor optimismo⁴⁵ o pesimismo⁴⁶ en cuanto al carácter

⁴⁵ Puede citarse como representante de tal actitud, por todos, a TIEDEMANN, *FS Lenckner*, ps. 433 y ss.; especialmente sintomático de esta orientación es el título por él elegido para sus consideraciones en *GA* 1998, ps. 107 y ss.: *La re-europeización del Derecho penal frente al nacionalismo de la teoría (alemana) del Derecho penal*.

⁴⁶ En esta línea, por ejemplo, SILVA SÁNCHEZ, *La expansión...* cit., ps. 64 y ss., 67; especialmente significativas son las manifestaciones de Weigend recogidas en ZIESCHANG, *ZStW* 110 (1998), ps. 524 y ss., en el sentido de que por un lado, los planteamientos introducidos por parte de los ordenamientos de influencia alemana supondrán recortes esenciales a determinadas garantías frente al poder punitivo del Estado —es decir, constituirán un programa de mínimos desde esta perspectiva— y, a pesar de ello, por otro, serán objeto de decidida oposición por parte de los ordenamientos pertenecientes a tradiciones distintas.

más o menos represivo o garantista del ordenamiento común que resultará de esta evolución –sobre esto se volverá a continuación–. De lo que nadie duda es de que tal proceso es inevitable⁴⁷. También existe consenso acerca de que el elemento central, el mecanismo más delicado del sistema de imputación, la Parte General, deberá ser incluida en la armonización⁴⁸; incluso se afirma que es precisamente la Parte General el sector en el que con mayor facilidad se podrá ir elaborando reglas comunes europeas, al ser ésta “de modo muy especial una herencia común europea”⁴⁹, más alejada de las particularidades nacionales⁵⁰ que se expresan de modo preferente en la configuración de los diversos tipos de la Parte Especial.

Pues bien: si se hace un mínimo análisis de a qué conduciría en términos de política criminal tal proceso de unificación (limitado a los países miembros de la UE), la conclusión es clara: como algunos han señalado ya⁵¹, cualquier ordenamiento europeo común será más expansivo que los nacionales propios. Parece que no resulta demasiado aventurado al menos formular un pronóstico en este sentido: en caso de conflicto, se igualará el standard de prohibición por arriba; en efecto, el mismo fenómeno⁵² se producirá con regularidad, tanto en Parte Especial como en Parte General⁵³: se llegará, finalmente, a un punto en

⁴⁷ Por todos en este sentido, SIEBER, en DELMAS-MARTY (ed.), *Corpus Juris*, p. 3; SILVA SÁNCHEZ, *La expansión...* cit., p. 64.

⁴⁸ También de acuerdo SILVA SÁNCHEZ, *La expansión...* cit., ps. 72 y ss.

⁴⁹ TIEDEMANN, *La armonización*, p. 20; idem, en ARROYO ZAPATERO/TIEDEMANN (ed.), *Estudios de Derecho Penal económico*, 1994, p. 243; vid. también VOGEL, *JZ* 1995, ps. 333 y ss.; más allá de la conveniencia, afirma la necesidad de tal armonización en síntesis TIEDEMANN, *ZStW* 110 (1998), p. 500 y de modo especialmente decidido en su argumentación recogida en ZIESCHANG, *ZStW* 110 (1998) cit., ps. 525 y ss.

⁵⁰ Respecto de la situación en la UE y los argumentos a favor de una PG común del Derecho sancionatorio europeo, vid. sólo NIETO MARTÍN, *Fraudes comunitarios*, ps. 82 y ss., con ulteriores referencias.

⁵¹ Cfr. sólo SILVA SÁNCHEZ, *La expansión...* cit., ps. 64 y ss., 67; WEIGEND, en ZIESCHANG, *ZStW* 110 (1998) cit., ps. 524 y ss.

⁵² Con sujetos-Estado cambiantes en lo que se refiere a la posición de “ordenamiento de máxima garantía-mínima expansión”; así, puede que el Derecho Penal sexual danés sea menos “expansionista” que el italiano, etc., siendo en cambio más garantista la regulación de la tentativa italiana que la danesa.

⁵³ Cfr. el análisis sobre la cuestión concreta de cuál podría ser una regulación común europea de la tentativa CANCIO MELIÁ, *RCCP* 5 (2000).

el que ningún Estado implicado tenga la sensación de sacrificar ámbitos de punibilidad “necesarios”.

III. Dogmática y política criminal

Para finalizar, quisiera aprovechar la exposición que antecede para llevar a cabo algunas brevísimas reflexiones sobre qué significa la política criminal para el sistema dogmático del Derecho Penal, y, en particular –como se impone por el contexto en el que nos encontramos– para formular algunas tesis acerca de las relaciones del sistema funcional del Derecho Penal elaborado por *Günther Jakobs* con la política criminal.

A) *Introducción*

Procede ahora, en primer lugar, plantear una cuestión: al hacerse una descripción crítica como la acabada de ofrecer, ¿qué es lo que se está haciendo? Es decir, la actividad de observación de ese estado de la legislación penal, ¿qué es? ¿Se trata sólo de la manifestación de determinadas opiniones o preferencias personales, de política, en última instancia, o se trata de una actividad relacionada con un estudio científico del Derecho Penal?

Como es evidente, con este planteamiento a lo que se está aludiendo es a la antigua cuestión de qué es lo que es la dogmática, y, en lo que aquí nos interesa, de cuáles son las relaciones entre dogmática jurídico-penal y política criminal. Es sabido que respecto de esta cuestión –por supuesto, inabarcable, al menos en el presente marco– existe un consenso esencial en torno a la idea de que la dogmática no es una actividad limitada a la explicación del funcionamiento de un determinado sistema legal, sino que tiene siempre un componente creador del Derecho⁵⁴.

Concretamente, en materia de Derecho Penal, esta orientación se manifiesta en la existencia de un consenso generalizado en torno a que el sistema dogmático no existe, en realidad, sin ser rellenado por

⁵⁴ Vid. por todos la exposición de MIR PUIG, en *El Derecho Penal en el Estado social y democrático de derecho*, 1994, ps. 11 y ss.

aspectos político-criminales. Al menos desde el escrito de *Roxin, Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*⁵⁵, puede decirse –simplificando, como es natural, enormemente– que forma parte del consenso general la idea de que la ciencia del Derecho Penal no se ocupa de una triste exégesis de un texto positivo mejor o peor, sino que, por el contrario, vive más bien en el esplendoroso mundo de la determinación del Derecho Penal *justo*. Tan satisfactoria situación se obtiene, en lo fundamental, por dos vías metodológicas: una, general, es la ya mencionada y conocida “orientación del sistema a las consecuencias” encabezada fundamentalmente por *Roxin*; otra, más concreta, es el postulamiento –éste, como es sabido, encabezado por *Hassemer* y sus seguidores reunidos en la Escuela de Frankfurt– de la teoría del bien jurídico como guardián crítico siempre dispuesto a comprobar la justicia del Derecho Penal de cada momento.

B) *La teoría de la prevención general positiva como concepción positivista*

1. Frente a este consenso generalizado, *Jakobs* –como es habitual en él– ha ido desarrollando sobre esta cuestión central puntos de vista que no coinciden, desde luego, con los de la mayoría. Sin embargo, como se observará, las discrepancias existentes no son tan radicales como podría hacer creer alguna que otra formulación.

Conviene ahora esbozar muy brevemente los rasgos básicos de la posición de *Jakobs*: en las últimas décadas se ha ido generando una corriente de pensamiento que pretende ofrecer una explicación-fundamentación⁵⁶ unitaria, no antinómica –a diferencia de lo que sucede en las eternas tensiones de las diversas teorías de la pena– del sistema penal, con profundas repercusiones, como es natural, en todos los sectores de las ciencias penales: la teoría de la prevención general positiva. Si bien lo cierto es que estamos plenamente inmersos en una época⁵⁷

⁵⁵ 1ª ed., 1970.

⁵⁶ Como se verá en lo que sigue, precisamente la cuestión de que esta concepción ofrezca una “fundamentación” (legitimadora) o sólo una “explicación” (descriptiva) es una de las cuestiones a analizar.

⁵⁷ Lo que, por otra parte, no significa que no puedan encontrarse muy variadas concepciones que con toda razón pueden calificarse de precursoras de la actual pre-

en la que llevan de modo muy nítido la iniciativa en la discusión teorías de este corte⁵⁸, la discusión se ha polarizado en los últimos años sobre todo en relación con la propuesta en este contexto planteada por *Jakobs* y parece que es probable que ello en parte se deba a determinadas consideraciones relativas a la política criminal en el marco de su sistema.

En la concepción de *Jakobs*, el Derecho Penal obtiene su legitimación material de su necesidad para garantizar la vigencia de las expectativas normativas esenciales (aquellas de las que depende la propia configuración o identidad de la sociedad) frente a aquellas conductas que expresan un significado contrario a la norma correspondiente y ponen a ésta, por tanto, en cuestión como modelo general de orientación en el contacto social⁵⁹. La pena es entendida como respuesta frente al quebrantamiento de la norma. Resulta evidente que una concepción de la función de la pena que se mueve en estos niveles de abstracción⁶⁰ es necesariamente formal. Ya al comienzo de la exposición de su concepción sobre el fin de la pena en el Tratado advierte que su atención se dirige, en primer lugar, a establecer cuáles son los rasgos comunes que permiten hablar de pena, de su concepto, en los más diversos ordenamientos, pese a las enormes diferencias que pueden existir en su configuración concreta de unos a otros en función del tipo de sociedad de que en cada caso se trate y de la forma en que en ella se entienda el Derecho. Y, en segundo lugar, su propósito de-

vención general positiva; cfr. por todos la exhaustiva reconstrucción histórica en este sentido —con particular referencia a la obra de Durkheim— presentada últimamente por MÜLLER-TUCKFELD, *Integrationsprävention* cit., *pássim*.

⁵⁸ Vid. a título de ejemplo las referencias de Mir Puig a las obras de Amelung, Roxin, Calliess y a la suya propia como aproximaciones que comparten el mismo punto de partida en la función social del Derecho penal (RDPCr 2 [1998], p. 446); el punto de partida de estas aproximaciones está, más concretamente, en la consideración funcional a partir de la *pena*, vid. VIVES ANTÓN, *Fundamentos*, p. 435 con nota 12.

⁵⁹ Cfr. JAKOBS, *AT*², 1/4 y ss.; 1/14, y 2/1.

⁶⁰ Así dice Lüderssen (al criticar la falta de base empírica de la teoría de la prevención general positiva) que “esta no es una decisión a favor de más o menos funcionalismo o más o menos pensamiento europeo tradicional vinculado a principios, sino una decisión a favor de un grado especialmente alto de abstracción...” (*ZStW* 107 [1995], p. 903).

clarado consiste en desarrollar ese análisis conceptual *para el Derecho vigente*, esto es, para el Código Penal de la República Federal de Alemania⁶¹.

2. Dicho esto en unas pocas frases, ya están identificados los puntos de crítica: *por un lado*, tal concepción parece pecar de un excesivo “sociologicismo”⁶², de una excesiva servidumbre frente a la constatación de la situación existente. En correspondencia con ello, *Müssig*, un discípulo de *Jakobs*, ha podido decir que “la teoría de la prevención general positiva”, que ambos defienden, “es un modelo formal o positivista en la medida en que da por supuesta, es decir, no convierte en el tema a tratar, la configuración concreta de la sociedad”⁶³. O, en este mismo sentido, *Müller-Tuckfeld*, un discípulo de *Hassemer*, basa todo su análisis de la prevención general positiva en la pretensión de separar “dos cuestiones: la cuestión de la función de la pena y del Derecho Penal en el sentido del análisis de sus condiciones sociales y la cuestión de la legitimación de la pena y del Derecho Penal”⁶⁴.

En segundo lugar, puede formularse una crítica de orden metodológico: con independencia de que sea lo correcto limitarse a una constatación del sistema de imputación en cuestión, ¿sobre qué bases metodológicas puede en realidad determinarse lo que es la “identidad de la sociedad” en la que se fundamentan todas las normas penales? ¿No sucederá que lo que se introduce en el análisis es lo que el propio intérprete (es decir, en este caso *Jakobs*) piensa que es la “identidad normativa” de la sociedad?⁶⁵

¿Quiere esto decir, como frecuentemente se achaca a *Jakobs*, que con ello se venga a legitimar todo aquello que resulte funcional al

⁶¹ Cfr. JAKOBS, *AT*² cit., 1/3.

⁶² Vid. sólo SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación cit.*, p. 70.

⁶³ Cfr. MÜSSIG, *Schutz abstrakter Rechtsgüter und abstrakter Rechtsgüterschutz*, p. 238.

⁶⁴ MÜLLER-TUCKFELD, *Integrationsprävention cit.*, p. 8.

⁶⁵ Cfr. sólo la argumentación en este sentido desarrollada por SILVA SÁNCHEZ, *Retos científicos y retos políticos de la ciencia del Derecho Penal*, manuscrito inédito de la ponencia presentada al congreso “Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo. El análisis crítico de la escuela de Frankfurt”, Universidad de Castilla-La Mancha, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Toledo, 13/15-4-2000, ps. 124 y ss., con referencias.

mantenimiento de un sistema social dado, con total independencia de las características que el mismo presente?⁶⁶ O ¿que la teoría de la prevención general positiva puede, de este modo, contribuir a la justificación tanto de ordenamientos jurídicos que respetan las garantías propias del Estado de Derecho, como de regímenes injustos, autoritarios o dictatoriales⁶⁷ o, incluso⁶⁸, más de estos últimos que de los primeros?

3. *Jakobs* en alguna ocasión se ha manifestado respecto de tales suposiciones. En relación con algunas críticas orientadas al carácter formal de su planteamiento⁶⁹ y a la necesidad, por tanto, de rellenarlo luego con decisiones⁷⁰, ha advertido que ciertamente se necesita ese complemento para su aplicación a una sociedad concreta, pero que en esa misma necesidad se encuentra cualquier concepción que se mueva en igual nivel de abstracción: así, si se afirma, por ejemplo, que el Derecho Penal protege bienes jurídicos, se incurre en idéntico “formalismo” hasta que no se determine qué es un bien jurídico en esa concreta sociedad⁷¹. En este mismo contexto y en el de la réplica

⁶⁶ Así, por ejemplo, SCHÜNEMANN, en: ídem (ed.), *El sistema moderno del Derecho Penal: cuestiones fundamentales*: “en la práctica [...] un principio normativo derivado de la teoría de los sistemas acaba cayendo en una apología del sistema de que se trate en cada caso” (en referencia a la posición de *Jakobs* en materia de culpabilidad).

⁶⁷ Vid. en esta línea, ZACZYK, *Das Unrecht der versuchten Tat*, p. 56; *AK-Hassemer*, n.m. 254 antes del § 1; y *AK-Schild*, n.m. 73 antes de los § 20 y 21.

⁶⁸ Así ZAFFARONI, en FERNÁNDEZ-ALBOR, ps. 747 y ss., especialmente 759 y ss., donde se pretende demostrar, nada menos, que “la versión alemana (sc. del funcionalismo sistémico) se acerca peligrosamente a un equivalente central de la llamada «doctrina de la seguridad nacional»” y “que sus consecuencias jurídico-penales (en alusión a las establecidas en la obra de *Jakobs*, pero también en la de Amelung y Roxin) llevan al ocaso del llamado «Derecho Penal liberal»”.

⁶⁹ Según Hirsch (*ZStW* 106 [1994], p. 753), el formalismo de la concepción de *Jakobs* conduce a que las normas *deban* ser protegidas como un fin en sí mismas, para lograr su mantenimiento con independencia de su contenido.

⁷⁰ Cfr. Schünemann (*GA* 1995, ps. 220 y ss.), quien considera que el método normativista de *Jakobs*, al remitir para la interpretación de los conceptos penales únicamente a su funcionalidad respecto del sistema positivo, conduce al establecimiento de enteras cadenas de círculos viciosos en la argumentación y, en definitiva, a un puro decisionismo.

⁷¹ Cfr. JAKOBS, *ZStW* 107 (1995), ps. 847 y ss., nota 10.

a la crítica de ambivalencia o relativismo de su modelo de análisis funcional, ha señalado, por lo demás, que de acuerdo con él, en efecto, no se puede negar que el orden más injusto, en la medida en que efectivamente funcione, podría encajar en las descripciones por él mismo realizadas⁷² y que el punto de vista escogido, que trata de comprender el fenómeno de “la normatividad en sí”, no garantiza que las normas de las que se trate sean “normas en sentido enfático”, es decir, normas legítimas⁷³. Pero de ahí a suponer que, en su concepción, la funcionalidad de un determinado elemento del sistema (por ejemplo la pena orientada a la prevención general positiva) para el mantenimiento del correspondiente sistema social fundamente ya su legitimidad media una gran distancia, contra cuyo desconocimiento también previene expresamente *Jakobs*. El punto de vista que mantiene no ahorra ni desplaza las cuestiones de legitimación, pero, a su juicio, éstas no pueden ser resueltas en el plano interno del Derecho Penal: el Derecho Penal no vale más que el orden social que contribuye a mantener y, por lo tanto, sólo puede extraer su legitimidad en última instancia de la existencia de normas legítimas⁷⁴. En esta misma línea ha señalado *Müssig* que la cuestión acerca de los criterios de legitimación material de las normas penales desbordaría el cauce formal (y positivista) de la prevención general positiva y remitiría al análisis de los criterios materiales de identidad de una determinada sociedad⁷⁵. En la imagen que ambos parecen querer transmitir de la dogmática jurídico-penal, tal análisis no corresponde, sin embargo, al “intérprete” del Derecho Penal. Para éste “no se trata del Derecho Penal de una sociedad deseable, sino del Derecho Penal de aquella

⁷² *AT*² cit. 1/20, nota 24 (respecto de las críticas de Zaczyk y Schild).

⁷³ *ZStW* 107 (1995) cit., p. 848, nota 10.

⁷⁴ Cfr. en este sentido, por ejemplo, *JAKOBS*, *AT*² cit., 1/1 y ss., 1/8, y especialmente 1/18 (el modelo defendido “presupone que el orden social merece los costes que se imponen al infractor de la norma”), 1/20 (“la pena sólo puede ser legitimada por el valor del Ordenamiento para cuyo mantenimiento se castiga”), y 1/24 (la prevención puede quedar limitada por la atribución de un rango superior a otros fines, ya que “la profilaxis de delitos no es el fin más elevado”). Vid. también ídem, *ZStW* 107 (1995) cit., ps. 25 y ss., 33 y ss. y 37.

⁷⁵ Cfr. *MÜSSIG*, *Schutz abstrakter Rechtsgüter und abstrakter Rechtsgüterschutz* cit., ps. 137, 142 y ss., 157 y ss., 165 y ss., 230 y ss.

sociedad que el sistema jurídico ha generado por diferenciación”. La decisión sobre el alcance de los procesos de criminalización sería una “tarea puramente política, no jurídico-penal” en la que a la ciencia del Derecho Penal sólo correspondería determinar cuáles son los efectos de la regulación legal y su correspondencia o no con las valoraciones establecidas⁷⁶.

La impresión que así se obtiene de la orientación metodológica de *Jakobs* no se ve totalmente confirmada, sin embargo, ni siquiera cuando su exposición se mantiene en el elevado nivel de abstracción que corresponde a la definición de la prevención general positiva. Las deducciones no se obtienen aquí siempre a partir de una descripción neutralmente valorativa del fenómeno de la normatividad en sí, ni del sentido y funcionamiento de la pena, según su propio concepto, en cualquier sociedad imaginable. Las conclusiones obtenidas se deben también, en parte, a la anunciada concreción del análisis a las particulares condiciones del Derecho vigente en Alemania, pero tomado no sólo en su calidad de Derecho positivo, sino también de ordenamiento legítimo, produciéndose de este modo una cierta síntesis entre una justificación funcional o final y una legitimación racional o valorativa⁷⁷. En esta medida, parece claro que es imposible, aun en el marco de una perspectiva positivista como ésta, sustraer una consideración dogmática a este contenido mínimo de prescriptividad que comporta la asunción de los elementos normativos básicos del ordenamiento político en cuestión.

C) *Algunas conclusiones: dos clases de política criminal*

De las consideraciones anteriores cabe extraer algunas conclusio-

⁷⁶ Cfr. JAKOBS, *ZStW* 107 (1995) cit., p. 855, apoyándose en el punto de vista de Max Weber para justificar esta visión de la ciencia del Derecho. Sobre esta pretensión metodológica de separar tajantemente dogmática y política criminal, vid. SUÁREZ GONZÁLEZ/CANCIO MELIÁ, en: JAKOBS, *La imputación objetiva en Derecho Penal*, 1996, ps. 79 y ss. (con nota 167).

⁷⁷ Cfr. en este sentido *AK-Schild*, n.m. 73 antes de los § 20 y 21. Vid. también ídem, *GA* 1995, ps. 101 y ss., 119. Sobre la referencia de la concepción de *Jakobs* al sistema social y jurídico-político vigente en Alemania, cfr. también SUÁREZ GONZÁLEZ/CANCIO MELIÁ, en JAKOBS, *La imputación objetiva en Derecho Penal* cit., p. 80, nota 166.

nes. Parece claro que determinados contenidos que suelen asignarse a consideraciones de carácter político-criminal en realidad responden a su inserción en un determinado sistema jurídico-político⁷⁸. Y dentro de ese marco es en el que se mueve una política criminal menor, una política criminal que persigue el establecimiento de un sistema jurídico-penal internamente coherente, para lo cual pueden servir diversos instrumentos jurídicos y sociológicos. En esta medida, hay política criminal en el *micro-plano* en un sistema funcional como el de *Jakobs*. En este sentido, por ejemplo, por plantear un supuesto perteneciente a la dogmática de la Parte General, parece claro que –dentro del sistema en funcionamiento– la determinación de hasta dónde llega la autorresponsabilidad de la víctima, al menos en los casos límite, no viene prefijado por las coordenadas del sistema. Y la opción por una u otra determinación de la correspondiente institución dogmática –y, consecuentemente, la solución en uno u otro sentido del caso– sólo puede obtenerse por medio de una observación de los datos del sistema que incorpora tantos elementos de valoración que es, en última instancia, política criminal.

Pero lo que no se puede hacer –como ha mostrado *Jakobs*– es pretender colocar en el contexto del análisis dogmático las críticas en el macro-plano que van más allá de la propia identidad de la sociedad. Eso es política⁷⁹. Con independencia de la valoración política, a efectos sanitarios, desde el punto de vista internacional, en cuanto a las consecuencias culturales que el observador pueda tener respecto del tratamiento actual en el mundo occidental del fenómeno de las sustancias estupefacientes, no podrá negar que forma parte de la identidad de nuestras sociedades la demonización del uso de determinadas sustancias. Y pretender decir que ello es ilegítimo *jurídicamente hablando* no parece adecuado.

En todo caso, quisiera, para concluir, subrayar que se trata de

⁷⁸ Cfr. en esta línea FEIJÓO SÁNCHEZ, *El injusto penal y su prevención ante el nuevo Código penal de 1995*, 1997, ps. 64 y ss.

⁷⁹ Otra cuestión que cabría abordar es la de si precisamente la concepción positivista de la prevención general positiva generaría un mayor potencial crítico para esa actividad de política criminal, al destapar muchas latencias con ayuda de un superior potencial crítico.

un problema metodológico. Sólo se está discutiendo acerca de en qué medida se integra la actividad de análisis crítico dentro del conjunto de la ciencia del Derecho Penal, y, en particular, en relación con la dogmática. En contra de lo que puede parecer a veces que piensan algunos, no existen determinadas opciones teóricas que garanticen mejores resultados político-criminales o una determinada orientación política a secas. Y si no que pregunten a los redactores del Código Penal español, que encontraron *bienes jurídicos* hasta debajo de las piedras con los que crear nuevas infracciones o justificar nuevas penas.

ÍNDICE SUMARIO

ÍNDICE GENERAL	7
PRESENTACIÓN.....	9
ABREVIATURAS	15

SOBRE LA GÉNESIS DE LA OBLIGACIÓN JURÍDICA

por GÜNTHER JAKOBS

I. Concepto de obligación	17
II. El contrato como fuente.....	19
III. Formulación de lo general por el individuo: el imperativo categórico de Kant.....	23
IV. Establecimiento de un poder mediante contrato (Hobbes)	30
V. Unión en lo general (Rousseau).....	34
VI. Insuficiencia de cualquier contractualismo	36
VII. La obligación como relación entre personas	38
VIII. Resumen.....	48

TEORÍA Y PRAXIS DE LA INJERENCIA

por GÜNTHER JAKOBS

I. Teoría de la injerencia, primera parte.....	49
A) Relaciones positivas y negativas	49

B)	El sinalagma de libertad de comportamiento y responsabilidad por las consecuencias.	51
C)	La injerencia como creación de un riesgo especial	55
II.	Praxis de la injerencia.	57
A)	La continuación de la jurisprudencia del "Reichsgericht"	57
B)	Complicidad en falso testimonio	59
C)	La responsabilidad del empresario de hostelería	63
D)	Comportamientos en el tráfico rodado	69
E)	Responsabilidad por el producto	73
F)	Participación	76
III.	Teoría de la injerencia, segunda parte	79
A)	De nuevo: creación de un riesgo especial.	79
B)	Injerencia en el delito de comisión	85
C)	Conclusión	86

EL OCASO DEL DOMINIO DEL HECHO

Una contribución a la normativización de los conceptos jurídicos

por GÜNTHER JAKOBS

I.	Tesis	87
II.	Comisión propia	90
III.	Codelincuencia	93
A)	División de trabajo	93
B)	Vinculación a pesar de reparto de trabajo.	96
1.	Fundamentos.	96
2.	¿Posición especial de la ejecución?	100
3.	Cantidades de dominio del hecho.	102
4.	Omisión	105
5.	Conclusión, consideraciones complementarias	107
IV.	Autoría mediata	108
A)	Competencia primaria por el comportamiento.	108
B)	Competencia por la condición de instrumento	111
C)	Competencia independiente de la conducta, delimitaciones ...	114
D)	Condición parcial de instrumento.	115
V.	Infracción de un deber	117

DOGMÁTICA Y POLÍTICA CRIMINAL EN UNA TEORÍA FUNCIONAL DEL DELITO

por MANUEL CANCIO MELIÁ

I. Introducción	121
II. El estado actual de la política criminal: diagnóstico:	
expansión del Derecho Penal moderno	122
A) Introducción	122
B) Los fenómenos expansivos	124
1. El Derecho Penal simbólico	125
2. El resurgir del punitivismo	131
3. Punitivismo y Derecho Penal simbólico	133
C) Algunas posibles causas	134
1. Introducción	134
2. La rehabilitación del recurso al Derecho Penal en el discurso político	135
3. La “globalización”	136
III. Dogmática y política criminal	139
A) Introducción	139
B) La teoría de la prevención general positiva como concepción positivista	140
C) Algunas conclusiones: dos clases de política criminal	145

LA COMPOSICIÓN Y DIAGRAMACIÓN SE REALIZÓ EN
RUBINZAL - CULZONI EDITORES Y SE TERMINÓ DE IMPRIMIR
EL 23 DE DICIEMBRE DE 2004 EN LOS TALLERES GRÁFICOS
DE IMPRENTA LUX S. A., H. YRIGOYEN 2463, SANTA FE