

GÜNTHER JAKOBS

Teoría de la intervención

Traductora

NURIA PASTOR MUÑOZ

Profesora de Derecho Penal de la Universidad Pompeu Fabra

Universidad Externado de Colombia
Centro de Investigación en Filosofía y Derecho

Jakobs, Günther, 1937-

Teoría de la intervención / Günther Jakobs ; traductora Nuria Pastor Muñoz. - Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Centro de Investigación en Filosofía y Derecho. 2016. Colección de Estudios ; 46
135 páginas; 21 cm.

Incluye referencias bibliográficas (páginas 121-131) e índice de voces.

ISBN: 9789587725643

1. Imputabilidad 2. Delitos 3. Dolo (Derecho penal) 4. Responsabilidad penal 5. Punibilidad 6. Derecho penal I. Pastor Muñoz, Nuria, traductora II. Universidad Externado de Colombia. Centro de Investigación en Filosofía y Derecho III. Título. IV. Serie.

343.3

SCDD 15

Catalogación en la fuente -- Universidad Externado de Colombia. Biblioteca. EAP.
Noviembre de 2016

Título original: *Theorie der Beteiligung*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2014.

ISBN 978-958-772-564-3

© 2016, 2014, GÜNTHER JAKOBS
© 2016, NURIA PASTOR MUÑOZ (Trad.)
© 2016, UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA
Calle 12 n.º 1-17 este, Bogotá
Teléfono (57-1) 342 02 88
publicaciones@uexternado.edu.co
www.uexternado.edu.co

Primera edición en español: diciembre de 2016

Diseño de cubierta: Departamento de Publicaciones

Composición: Precolombi EU-David Reyes

Impresión y encuadernación: Digiprint Editores SAS

Tiraje de 1 a 1.000 ejemplares

Impreso en Colombia

Printed in Colombia

Prohibida la reproducción o cita impresa o electrónica total o parcial de esta obra, sin autorización expresa y por escrito del Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia. Las opiniones expresadas en esta obra son responsabilidad del autor.

CONTENIDO

PRÓLOGO	9
I. INTRODUCCIÓN	
LA INTERVENCIÓN COMO FUNDAMENTO DE LA IMPUTACIÓN	11
II. DEBERES NEGATIVOS Y POSITIVOS	15
III. DEBERES NEGATIVOS	19
A. Competencia por la ejecución del hecho	19
B. Significado de la conducta de intervención	22
1. Injusto como realización del tipo	22
2. Ejecución del hecho por medio de mano ajena	31
3. Llevar adelante, transmisión "libre"	42
4. Límites de la ejecución	49
5. Significado de la conducta, prohibición de regreso	53
6. Accesoriedad estricta	63
Excurso: autoría mediata	67
7. Dolo e imprudencia	71
Adición	75
C. Ejecución entrelazada	76
D. Intervención y ejecución	80
E. Cantidad de la intervención	88
F. Peculiaridades de la intervención mediante omisión en competencia por organización	93
1. Hacer y omitir	93
2. El significado de la omisión	95
3. ¿La omisión de dificultar el hecho como intervención?	100

4. Cantidad de la intervención mediante omisión en la competencia por organización	101
G. Intervención en la omisión en competencia por organización	103
IV. DEBERES POSITIVOS	107
A. Ejecución del obligado	107
B. Intervención en la infracción de deberes positivos	110
V. RESUMEN	117
BIBLIOGRAFÍA	121
ÍNDICE DE VOCES	133

PRÓLOGO

¿Otra teoría de la intervención? ¿Acaso queda algo por decir, tras la teoría del ánimo, las teorías objetivo-formales u objetivo-materiales, las teorías del concepto extensivo o restrictivo de autor o la teoría del autor unitario junto con todas sus variantes? Es evidente que yo no solamente opino que sí hay algo que decir, sino que lo que hay que decir se puede expresar, además, de forma bastante breve.

„ La brevedad presupone *una* tesis clara, y dicha tesis reza: el injusto es únicamente una realización del tipo. De esta tesis se deriva directamente (si es que ha de ser posible la intervención, y la afirmación contraria sería un absurdo social) que la distinción entre realización del tipo de propia mano y realización del tipo por medio de mano ajena se ha de considerar un naturalismo cuya relevancia —en última instancia, muy limitada— para la imputación de la realización del tipo requiere una explicación previa. El planteamiento es, por tanto, restrictivo, pero su desarrollo es potencialmente extensivo.

Ahora bien, la brevedad también tiene un precio: hay que renunciar a la exposición crítica de otras teorías —al margen de unas pocas excepciones—. Así pues, la teoría desarrollada en este trabajo se expone sin “presentar” las teorías asentadas.

El agradecimiento, que es obligado formular en el prólogo, también será breve. Se lo debo a la editorial Mohr Siebeck y al Prof. Dr. Franz-Peter Gillig, lector jefe de Derecho de la casa

editorial, por su disposición, prontamente manifestada, para la publicación de esta obra.

GÜNTHER JAKOBS
Bonn, otoño de 2013

I. INTRODUCCIÓN: LA INTERVENCIÓN COMO FUNDAMENTO DE LA IMPUTACIÓN

El presente texto expone una teoría de la intervención en el delito, nada más. Los §§ 25 ss. StGB¹⁾ no son objeto ni de comentario ni de tratamiento monográfico, sino que únicamente se intenta responder a la pregunta de cuándo y por qué, en una sociedad moderna, liberal [*freiheitlich*], la conducta delictiva de una persona concierne en algo a otra persona. La distinción entre autoría y participación (entendida esta última como inducción o complicidad) desempeña un papel solamente marginal, a saber, en la medida en que dicha distinción "se filtra" a través de la bibliografía que se ha tenido en cuenta. La razón de esta contención radica en que, en caso contrario, existe el peligro de entumecerse en clichés de pensamiento. Seguro que hay algo de correcto en la vieja distinción entre autores y cómplices, a quienes (principalmente) se puede castigar menos, pero también es posible que sea cuestión de realizar una asignación globalizada de *cantidades* de competencia. Resumiendo: en una investigación *ab ovo* sobre la intervención, o bien surge una distinción *cualitativa* entre autoría y participación, o bien no surge.

¹⁾ Los §§ 25 ss. del Código Penal alemán se refieren a la "autoría y participación": § 25: autoría; § 26: inducción; § 27: complicidad; § 28: elementos personales especiales; § 29: punibilidad autónoma de la complicidad; § 30: tentativa de intervención; § 31: desistimiento de la tentativa de intervención [N. de la T.].

El fundamento sobre el cual se construye la presente teoría de la intervención se puede describir de manera breve y precisa: *el injusto es únicamente la realización del tipo*, y no otra cosa; así, en los delitos contra la persona el injusto empieza (cuando no son aplicables reglas especiales) con la arrogación de una esfera ajena de organización y acaba con la producción del resultado o —en caso de extensión temporal— con la finalización de este último. Cuando en la doctrina aparecen tesis formuladas en términos semejantes, no es infrecuente que dichas tesis vayan seguidas rápidamente de la observación de que las dos regulaciones legales sobre la participación (§§ 26 s. StGB) son “por tanto” causas de extensión de la pena. Si dichas regulaciones solamente extienden la *punibilidad*, queda sin responder la pregunta de cuál es entonces el *injusto* por el que hay que castigar al partícipe. Pero si dichas regulaciones extienden también el injusto, entonces se destruyen los límites del tipo; esto queda claro en seguida si se piensa que aquel sujeto que, en solitario, planea, prepara y, después, también ejecuta se ayuda *a sí mismo* antes de la ejecución y que, por tanto, si se parte de una extensión del injusto, dicho sujeto habría cometido un injusto ya antes de la ejecución. Normalmente se evita llegar a esta conclusión introduciendo en el contexto, de manera algo súbita, la *accesoriedad*. Más adelante se mostrará que la accesoriedad no viene a condicionar, definiéndolo, el injusto de los intervinientes en el estadio previo (de los intervinientes antes del inicio de la tentativa), sino que es, por su parte, una *forma de imputación* y, en concreto, la imputación de una *conducta realizada por medio de mano ajena*, a saber, de la ejecución.

La imputación no conoce contenidos que sean independientes de la estructura normativa de la sociedad, esto es, contenidos a los que fuera posible remitirse, en oposición a la sociedad. Por ejemplo, cuando el granizo ha destruido la cosecha, se puede echar a palos al chivo del pueblo, al chivo

expiatorio del proverbio; ello no tiene por qué ser incorrecto, si bien es cuestionable que, de ese modo, se pueda resolver un problema social, algo que, en cambio, probablemente sí se lograría mediante la unificación ostensible de todas las fuerzas frente a una inminente etapa de necesidad común. Ahora bien, en el mundo moderno, desencantado, una tormenta de granizo no frustra expectativa normativa alguna, puesto que no significa nada, sino que simplemente acontece. Solamente la conducta de las personas tiene significado¹, como se mostrará en la investigación que sigue. Se buscará, no solamente de vez en cuando, sino de forma constante, una respuesta a la pregunta: ¿cuándo una conducta significa intervenir [*Sich-Beteiligen*]? .

Cuando alguien interviene en el delito de otro, ello no significa necesariamente que el otro, por su parte, intervenga en la conducta de ese "alguien". La intervención puede ser un asunto unilateral que no conoce un elemento en común [*Gemeinsamkeit*] en el sentido de una reciprocidad. En el caso de la complicidad esto está fuera de discusión, pero se demostrará que, *en términos teóricos*, esta restricción a la complicidad no es sostenible. *En la práctica* las cosas pueden ser distintas: cuando una realización entrecruzada del tipo es llevada a cabo por varias personas, ello no se puede hacer sin un acuerdo previo y una posterior adaptación de uno a otro [*Sich-aufeinander-Einstellen*]. Por tanto, el elemento común como reciprocidad es posible y, en algunos ámbitos, prácticamente inevitable, pero no constituye un elemento necesario del concepto de intervención.

En una intervención se da una división (unitiva) del trabajo, lo cual significa que una persona lleva adelante la realización de la obra de otra persona, y esta otra persona

1 JAKOBS, *System*, pp. 20 y s.

se une a la prestación realizada, aun cuando, por su parte, pueda no tener conocimiento de dicha prestación, sino que considere, por ejemplo, que su situación se ha generado de forma puramente natural. Pues bien, si, como se ha afirmado *supra* respecto a la accesoriedad, también a quien, mediante su prestación, ha llevado adelante la obra de otro se le imputa dicha obra también como suya (si bien realizada por medio de mano ajena), se demuestra que el producto de la obra de varias personas no solamente se imputa proporcionalmente, esto es, según las prestaciones realizadas de propia mano en el proceso de producción, sino que también hay prestaciones de manos ajenas que se integran en aquello de lo que uno debe responder. En este sentido, esto es igual en el ámbito de los delitos que en el ámbito de lo legal, en el que una imputación en estos términos es habitual hasta rozar la trivialidad. En una teoría de la imputación, lo de propia mano y lo de mano ajena son en sí naturalismos que solamente adquieren relevancia cuando son incorporados por dicha teoría, conforme al fin *de esta última*. Ambos, lo de propia mano y lo de mano ajena, pueden ser imputados solamente en la medida en que exista un fundamento social válido, y dicho fundamento también puede faltar en la realización de propia mano, a saber, cuando el "propietario" de las manos no es garante de evitar las consecuencias de los movimientos de sus manos.

II. DEBERES NEGATIVOS Y POSITIVOS

Una investigación sobre la intervención de varias personas en un delito no debe dejar de lado la densa vinculación a preconfiguraciones sociales (esta idea se repetirá constantemente), y la primera preconfiguración atañe al contenido de la norma que define la relación del delincuente con la víctima: una norma puede fundamentar un deber *negativo*¹; este es un deber de no extender la propia esfera de organización en perjuicio del titular de otras esferas de organización y, en caso de que aquella esfera de organización amenace con extenderse o, incluso, se extienda sin intervención (adicional) del titular, un deber de asegurarla o, en caso de necesidad, también de reducirla. Así pues, en los deberes negativos no se trata solamente de la *prohibición* de lesionar a otros, sino también del *mandato* —en virtud del deber de aseguramiento en el tráfico, la asunción o la injerencia— de velar por un es-

1 Aquí se deja de lado aquel contenido de los deberes negativos que no es específico de la intervención; en especial, no se fundamenta que una realización del hecho solamente es posible mediante una conducta no permitida, esto es, mediante una conducta que está más allá del riesgo permitido, que no se realiza por cuenta y riesgo de la "víctima" y que no se encuentra en el marco del principio de confianza. Esta definición del contenido del deber se debería considerar habitual desde WELZEL, *zstw* 58, p. 516: "El sentido del Derecho no consiste en defender bienes jurídicos, concebidos como ilesos, frente a todas las actuaciones lesivas, sino en seleccionar y prohibir aquello que sea *insoportable* para una existencia éticamente ordenada de la comunidad. La prohibición de regreso sí es específica de la intervención"; al respecto, *infra* III.B.5. Aquí tampoco se expondrá la intensidad de los deberes de acción resultantes de la competencia por organización; al respecto, JAKOBS, *AT*, 15/6 ss., 12 ss.

tado inocuo de la propia esfera de organización. Los deberes negativos atañen a todos, pues todas las personas tienen que administrar (ellas mismas o con ayuda de otros) una esfera de organización. "La persona" solamente puede ser como idea en una "esfera exterior de su libertad" (Hegel²), y dicha esfera lo es tanto de derechos como de deberes.

Un deber *positivo* tiene por contenido poner en funcionamiento y mantener una institución socialmente irrenunciable³. Normalmente, no se considera infracción típica de este deber la mera desatención (un fiscal no denuncia; los padres no cuidan de su hijo), sino solamente un error que tiene efectos negativos en el ámbito que debe abarcar la institución (por falta de denuncia, se produce la prescripción [prevaricación, § 339 StGB^{III}]; por no cuidar al hijo, este enferma [lesiones, § 223 StGB^{III}] o amenaza con quedar abandonado [lesión del deber de cuidado o educación, § 171 StGB^{IV}]). Por tanto, el efecto

2 HEGEL, *Grundlinien*, § 41.

3 Al igual que en el caso de los deberes negativos, no trato los problemas que no son específicos de la intervención (*supra* nota 1), tampoco lo haré en el caso de los deberes positivos. En especial, aquí no se tratará ni la cuestión de la *intensidad* con la que el positivamente obligado se ha de esforzar en el cumplimiento del deber, ni la cuestión de ante qué clase de peligro y qué grado de peligro tiene que empezar a prestar ayuda [*Zuwendung*]; al respecto, JAKOBS, *AT* 15/6 ss., 15 s.

^{II}) § 339 *Rechtsbeugung*. Ein Richter, ein anderer Amtsträger oder ein Schiedsrichter, welcher sich bei der Leitung oder Entscheidung einer Rechtssache zugunsten oder zum Nachteil einer Partei einer Beugung des Rechts schuldig macht, wird mit Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu fünf Jahren bestraft. El § 339 StGB castiga con pena privativa de libertad de uno a cinco años al juez, otro funcionario o árbitro responsables de una prevaricación en la decisión de una cuestión jurídica a favor o en perjuicio de una parte [N. de la T.].

^{III}) § 223 *Körperverletzung*. (1) Wer eine andere Person körperlich mißhandelt oder an der Gesundheit schädigt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft. (2) Der Versuch ist strafbar. El § 223 StGB recoge el tipo de lesiones y castiga con una pena privativa de libertad de hasta cinco años o pena de multa a quien maltrate corporalmente a otro o dañe su salud. La tentativa es punible [N. de la T.].

^{IV}) § 171 *Verletzung der Fürsorge- oder Erziehungspflicht*. Wer seine Fürsorge- oder Erziehungspflicht gegenüber einer Person unter sechzehn Jahren gröblich verletzt und

negativo, por ejemplo, la lesión de la salud del niño debido a su abandono, no es —a diferencia de lo que ocurre en el caso de los deberes negativos— consecuencia del mal uso de la libertad *general* de obrar, sino de la falta de consideración (en el caso del niño) o incluso del abuso (dictado consciente de una sentencia errónea, § 339 stGB) de una posición que obliga a una protección *especial*.

No todos están obligados positivamente, sino solo el titular de un estatus especial —que abarca deberes y, con frecuencia, también derechos—, por ejemplo, como padre o madre, juez, ministro. La mayor negación de la ayuda [*Zuwendung*] es la lesión activa de aquel a quien se debe proteger. Por ello, los deberes positivos contienen los deberes negativos, si bien transformados en positivo, es decir, no como deberes de todos, sino como deberes del titular de un estatus especial. Por ejemplo, un padre que da una paliza a su hijo infringe (junto al deber negativo de cualquiera) el deber positivo de proteger a su hijo.

Todo el mundo puede coordinar o incluso unir su organización a la de otras personas, esto es, por ejemplo, distraer a la víctima a la que otro quiere hurtar. En tales divisiones del trabajo hay que decidir cómo se debe definir la relación de unos intervinientes con otros; normalmente se habla de una distinción entre autores y partícipes⁴. En cambio, el titular

dadurch den Schutzbefohlenen in die Gefahr bringt, in seiner körperlichen oder psychischen Entwicklung erheblich geschädigt zu werden, einen kriminellen Lebenswandel zu führen oder der Prostitution nachzugehen, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft. El § 171 stGB recoge el tipo de la infracción del deber de asistencia y educación y castiga con pena privativa de libertad de hasta tres años o pena de multa a quien infringe dicho deber y, de ese modo, somete al sujeto protegido al peligro de ser lesionado de manera relevante, de llevar una vida criminal o de dedicarse a la prostitución. [N. de la T.]

4 Aquí se prescinde de exponer la historia de la teoría de la autoría y la participación, así como de desglosar los conceptos de autor defendidos hoy en día, a la

de un estatus puede ciertamente recurrir a personas que le apoyen en el cumplimiento de sus tareas⁵, pero él continúa estando siempre directamente vinculado (y no por medio de la conducta de otras personas) al destinatario⁶. Por ejemplo, un padre que apoya el maltrato de su hijo, ejecuta, sin tener en cuenta la medida de su apoyo, unas lesiones en comisión activa, al igual que ejecutaría unas lesiones mediante omisión si no hubiera evitado el maltrato pese a que le era posible evitarlo. Por tanto, en el caso de la conducta del obligado especial, nunca estamos ante una intervención, sino siempre ante una competencia directa. Esto se expondrá con más precisión al final de este trabajo (*infra* IV.A).

vista de la bibliografía que existe al respecto: BLOY, *Beteiligungsform*, pp. 46 y ss. (historia), pp. 96 y ss. (estado actual); EBRAHIM-NESBAT, *Herausbildung*, pp. 23 y ss. (siglo XIX); STEIN, *Beteiligungsformenlehre*, p. 10 y ss. (estado actual); RENZIOWSKI, *Täterbegriff*, pp. 13 y ss. (estado actual); ROTSCHE, *Einheitstäterschaft*, pp. 11 y ss. (historia del concepto de autor unitario), pp. 302 y ss. (tendencias actuales sobre el autor unitario); HAAS, *Theorie*, pp. 9 y ss. (crítica de la teoría del dominio del hecho); ROXIN, *Täterschaft* (1), pp. 34 y ss. (historia anterior a la teoría del dominio del hecho), pp. 60 y ss. (historia de la teoría del dominio del hecho). Una reseña sutil sobre el desarrollo más reciente de la teoría de la autoría y la participación la ofrece el mismo, *Täterschaft*, pp. 546 y ss.; otra exposición coherente de la posición de ROXIN se encuentra en: LK-el mismo, 11.ª ed., previos al § 25 y §§ 25-27. Sobre las concretas variantes de la teoría del dominio del hecho, véase SCHILD, *Tatherrschaftslehren*, pp. 9-81; MARLIE, *Unrecht*, pp. 18-202.

- 5 Al hacerlo, se puede servir incluso de personas obligadas solamente *de forma negativa*. Por ejemplo, el canguro de confianza "que representa" a los padres está obligado, por su parte, solo de forma negativa ("asunción" como acto de organización), y no es titular de un estatus especial.
- 6 Sobre la autoría en caso de infracción de deberes positivos, por primera vez, ROXIN, *Täterschaft* (1), pp. 352 y ss. (ahora, también, el mismo, *AT* II, 25/267 ss.); desarrollado en JAKOBS, *AT*, 7/70 ss., 21/115 ss., 29/53 ss.; básicamente, SÁNCHEZ-VERA, *Pflichtdelikt*, pp. 22 y ss., pp. 51 y ss.

III. DEBERES NEGATIVOS

A. COMPETENCIA POR LA EJECUCIÓN DEL HECHO

Un hecho sin prehistoria (sin preparación del hecho) debería considerarse, también en el caso de un sujeto que actúe solo, imposible, y en una ejecución apoyada por otros no falta de por sí una prehistoria. Por ejemplo, incluso en la acción, hasta cierto punto espontánea, de meterse en el bolsillo una cuchara de plata en un restaurante de lujo, hay, antes del inicio de la ejecución, por lo menos una decisión de cometer el hecho. Normalmente antes habrá algo más que una decisión de cometer el hecho, por ejemplo, cuando, en el caso planteado, haya que distraer antes a un camarero. Si la distracción la asume una tercera persona, conforme a lo acordado o espontáneamente (por tanto, quien después ejecuta no está solo en la preparación), concurre una intervención¹; lo cual significa que la persona que ayuda es igualmente competente (aunque, quizá, de forma mitigada) por el hurto de la cuchara cometido tras la prestación de ayuda.

Pero ¿cómo hay que imputar cuando quien después ejecuta también está solo en el estadio previo y él mismo se encarga

1 Entre los *intervinientes* en un delito, se suele diferenciar terminológicamente entre *autores* (también *coautores*) y *partícipes* (*inductores* y *cómplices*); la presente investigación se concentra en la distinción de los *ejecutores* de un delito y los *intervinientes* en el estadio previo de la ejecución. Así pues, en el lugar de la separación de autores y partícipes, aparece la definición de las cantidades de competencia (*infra* III.E).

de distraer al camarero, por ejemplo, haciendo caer una taza al suelo? En tal caso, ¿se añade a la ejecución, además, una participación? No se objeta que cuando existe un fundamento de imputación más fuerte (ejecución, autoría), se puede absorber *todo*, pues por muy correcto que esto sea, antes se tiene que decidir *qué* es todo lo que se puede absorber en caso de que exista un fundamento de imputación más fuerte, esto es, en el caso principal, no se podría absorber (salvo la decisión) ninguna acción en la fase preparatoria, pero en la última variante del caso sí se podría absorber una acción de la fase preparatoria, es decir, la distracción del camarero. Ciertamente, el ejecutor se basa necesariamente en la situación dada, pero esa sola conexión no dice nada sobre si la situación está casualmente configurada de manera propicia a un delito (el mismo camarero deja caer por descuido una taza y se agacha) o si dicha situación fue configurada previamente por un partícipe o por quien después será ejecutor, y, en el último caso, la competencia por el hurto se puede fundamentar doblemente: dicha competencia existe debido a la ejecución y (quizá de forma mitigada) debido a la creación de una situación apropiada.

Esta competencia múltiple debe ser objeto de mayor aclaración: en el caso de partida y en todas las variantes que se han mencionado hasta ahora, *una* persona lleva a cabo toda la sustracción, esto es, se encuentra sola en la ejecución. Supongamos ahora que un cómplice (al que no le debería faltar la intención de apropiación) ha empujado la cuchara hasta meterla en un estuche de gafas que estaba abierto sobre la mesa, de manera que después le resulta fácil cerrar el estuche y meterlo en un bolsillo del traje. El cómplice comienza la ejecución del hurto con una relajación de la custodia [*Gewahrsamslockerung*] y, por ello, es considerado, conforme a las reglas habituales, incluso las más estrictas ("dominio funcional del hecho"), coejecutor (coautor) del hurto. Ahora bien, si no hay un cómplice que coopere, sino que es *una* so-

la persona la que sustrae de la manera descrita (esto es, con una parada intermedia del objeto del hecho en el estuche de gafas abierto), hay dos razones para ver a esta persona como ejecutor (autor): la persona ha comenzado la tentativa y también la ha terminado.

Sin lugar a dudas, sería posible dividir más la ejecución del hecho y ubicar en el estadio preparatorio una legión de intervinientes, pero conviene renunciar a tal ejemplificación, pues ya debería haber quedado claro cómo hay que argumentar: el que prepara solo y ejecuta solo es competente por todo, pero esta competencia por todo no es un bloque monolítico, sino un resumen de las competencias que resultan de diversos actos parciales. Esto no significa que, con el favorecimiento en el estadio preparatorio o con el inicio de la tentativa, exista la competencia por una realización consumada del tipo, pues, en el momento de aquellas conductas, la realización consumada del tipo todavía no existe. Pero si esta última se produce, el favorecimiento en el estadio previo y la ejecución del inicio de la tentativa constituyen, cada uno de ellos, un fundamento para imputar tal producción también debido a la realización de aquellas conductas. —En particular, una conducta en el estadio preparatorio no pertenece al injusto del delito preparado (en cambio, esto es distinto en el caso de la conducta de tentativa) y tampoco se convierte más tarde en un injusto. Injusto es, si no son de aplicación reglas especiales (y estas últimas podrían, en todo caso, constatar un injusto *especial*), únicamente la realización del tipo, como se aclarará más adelante (*infra* III.B.1-2).

Si se desplaza la atención del proceso natural —un *individuo* actúa *solo* de principio a fin— a la situación normativa —una *persona* se hace competente *una y otra vez*—², deviene

2 Sobre los conceptos de "individuo" y "persona": JAKOBS, *Norm*, pp. 9 y ss., pp. 37 y ss., y en otros lugares.

en seguida clara la posibilidad de la intervención. De entrada, solamente deviene clara la *posibilidad*, puesto que todavía habrá que aclarar cómo puede una persona devenir competente por lo producido más tarde por otra persona; con todo, nace la esperanza de que la solución no debería ser demasiado difícil si, en el caso del sujeto que actúa solo, ni siquiera se ve un problema en la competencia del ejecutor *de hoy* por el acto que realizó *ayer* consistente en crear una ocasión favorable. Por tanto, presuntamente no hay un paradigma para los que ejecutan solos y otro para los que coejecutan y otro más para otros intervinientes, sino que hay solamente *uno* para la fundamentación de competencia. Todo lo demás, esto es, un revoltijo, debería generar escepticismo.

B. SIGNIFICADO DE LA CONDUCTA DE INTERVENCIÓN

1. Injusto como realización del tipo

Quien lleva adelante un delito³⁴ será competente precisamente por este cuando dicho delito se produzca. Antes de aclarar y detallar esto, hay que exponer la teoría de la conducta delicti-

3 En lo que alcanzo, en la literatura actual los conceptos "*Delikt*" y "*Verbrechen*" se emplean como sinónimos, cuando no se hace referencia a un delito [*Verbrechen*] en sentido técnico-legal (§ 12 párr. 1 stgs). Una terminología que sigue a BINDING entiende "*Delikt*" como "la autorrealización de una voluntad -antijurídica" y "*Verbrechen*" como una "subclase" de *Delikt*, a saber, cómo el caso *punible* (*Handbuch*, pp. 500 y ss., p. 503; con detalle, Armin KAUFMANN, *Lebendiges*, pp. 17 y ss., p. 30). Aquí se entiende -con BINDING- el *Delikt* como la contradicción imputable de la norma; se habla del *Verbrechen* cuando se plantea la cuestión de la legitimidad de la norma. El límite no es especialmente nítido. (He considerado conveniente dejar en esta nota los términos originales "*Delikt*" y "*Verbrechen*", pues en la medida en que ambos se suelen traducir como "delito", solamente con los términos originales es posible comprender bien el contenido de esta nota [N. de la T.]).

4 Sobre el concepto de "llevar adelante", *infra* III.B.3.

va que subyace al presente planteamiento. Una norma es una construcción intelectual, con sentido, y, por esa razón, solamente se la puede contradecir mediante un "contrasentido". La pena tampoco puede recuperar los bienes perdidos por el delito, pero sí estabilizar la vigencia de la norma, vigencia que se ha puesto en peligro. De esto resulta la siguiente secuencia: la norma tiene como contenido que está prohibida una conducta que lesiona a otras personas. El delito, la lesión (imputable) de otro, tiene que ser descifrado en su contenido *comunicativo*, precisamente como afirmación contraria a la norma: ¡la lesión de otros es algo que puede [*darf*] ser! También el veredicto de culpabilidad es comunicación, a saber, una contradicción de la contradicción de la norma, e incluso la pena tiene (igual que el hecho) un lado comunicativo y, en concreto, del mismo contenido que el veredicto de culpabilidad. Ahora bien, la pena también tiene un lado *mudo* (al igual que el hecho *también* es violencia muda). El lado mudo de la pena es necesario porque las expectativas normativas (esto es, aquellas que en caso de defraudación no se abandonan, sino que se "saldan" mediante la imputación al defraudador) no pueden sostenerse *solo*-normativamente (¡un mundo configurado de forma *absolutamente* contrafáctica es, quizá, imaginable, pero, desde luego, en él no se puede vivir!), sino que necesitan una cimentación cognitiva, y esa cimentación la proporciona el efecto intimidador de la pena⁵.

Al respecto, se trata, a lo sumo de forma mediata, de proteger bienes jurídicos: el mantenimiento de la vigencia de la norma mediante el veredicto de culpabilidad y la pena hará, lógicamente, que no se siga erosionando el estado de los objetos ("objeto" en el sentido más amplio posible, abarcando lo material y lo inmaterial) que hay que proteger mediante la

5 JAKOBS, *Staatliche Strafe*, en especial, pp. 26 y ss., pp. 31 y ss.

norma. Sin embargo, el Derecho penal no puede restaurar los objetos que ya han sido destruidos mediante el hecho; solamente puede eliminar la puesta en peligro de la vigencia de la norma, en concreto, confirmando la norma y cimentándola cognitivamente. El verdadero bien *jurídico-penal* es la vigencia de la norma, pues esta última es lo único que el Derecho penal puede lograr directamente. Dicho sea de paso: el planteamiento que se acaba de esbozar es tan poco antipersonalista como personalista debería considerarse el planteamiento que se concentra en los bienes jurídicos; es claramente evidente que una sociedad constituida de forma liberal tiene que hacerse cargo de la vigencia de las normas que garantizan la libertad, al igual que una sociedad constituida de forma totalitaria conocerá objetos dignos de protección que se adecúen a dicha sociedad. Reivindicar la protección de bienes jurídicos solamente para sociedades liberales y desplazar la protección de la vigencia de la norma al ámbito de lo totalitario —algo que está muy extendido— es confundir la interpretación y análisis teórico-penal con el desarrollo de un programa político⁶.

Por tanto, la secuencia decisiva reza: (1) significado de la norma, (2) significado de la contradicción (realizada), (3) significado de la confirmación (cognitivamente cimentada) de la norma. En el caso de la intervención, la norma (1) y su confirmación (3) no plantean problemas especiales; en cambio, sí que hay que analizar qué ocurre con la contradicción (2) en el caso de la intervención. Pues, ¿qué es una contradicción de la norma? La respuesta parece ser obvia: una contradicción de la norma es la realización de una conducta prohibida por la norma. Esto también es correcto *per definitionem* (y, por ello, no dice nada): si la norma prohíbe matar, entonces contradice la norma quien mata o, por lo menos, empieza a matar (en un

6 JAKOBS, *Rechtsgüterschutz?*, pp. 25 y ss.

Derecho penal de la culpabilidad, la tentativa también es una contradicción consumada de la norma⁷), y si la norma prohíbe una conducta en el estadio previo de la lesión de otra persona (por ejemplo, conducir embriagado un vehículo en el tráfico rodado, también con independencia de que exista una situación crítica), contradice la norma quien realiza la conducta del estadio previo. Ahora bien, se puede argumentar y algunos argumentan que, puesto que la parte general del Código penal prevé para los partícipes (inductores, cómplices) y coautores —sea como fuere que estos sean definidos— también (esto es, junto a los que ejecutan en sentido estricto) una amenaza de pena (§§ 25 ss. StGB), es evidente que la conducta de los partícipes también se debería entender como una infracción de la norma, esto es, como injusto *per se*⁸.

-
- 7 REY-SANFIZ, *Begriffsbestimmung*, pp. 101 y ss., pp. 110 y ss.; JAKOBS, *System*, p. 70. En un "Derecho penal de la evitación del resultado", la tentativa también se puede concebir como delito imposible; véase SAMSON, *fs Grünwald*, pp. 585 y ss.; crítico JAKOBS, *fs Samson*, pp. 43 y ss.
- 8 Habitualmente, el problema se trata bajo el título "fundamento del castigo de la participación", pero también afecta a casos de autoría, en la medida en que esta —según cómo se conciba la coautoría— puede ser fundamentada mediante una conducta del estadio previo. La solución debe estar formulada en tales términos que la accesoriedad, en cuanto vinculación normativa con el hecho principal, sea parte *genuina* de la solución. Es obvio que ello no ocurre en el caso de la denominada teoría de la participación en la culpabilidad [*Schuldteilnahmetheorie*], la cual transforma la intervención en un delito de corrupción, al estilo del § 171 StGB [infracción del deber de asistencia y educación, véase N. de la T. IV] (al respecto, JAKOBS, *AT*, 22/1), y ello tampoco ocurre, "en el otro extremo", en la teoría de la causación [*Verursachungstheorie*], conforme a la cual es el mismo interviniente, si bien por medio del ejecutor, quien ataca un bien jurídico protegido frente a él (LÜDERSSEN, *Strafgrund*, pp. 117 y ss., pp. 161 y ss.; con grandes modificaciones, el mismo, *fs Miyazawa*, pp. 449 y ss.; también, SCHMIDHÄUSER, *AT*, 14/57): "En el medio" reina una confusión lingüísticamente ornamentada. La "teoría de la causación orientada a la accesoriedad" [*akzessorietätsorientierte Verursachungstheorie*] se centra en el favorecimiento del injusto ajeno. Por ejemplo, según esta teoría, el partícipe "no tiene que" lesionar "él mismo la norma recogida en el tipo de delito", pero tiene que cooperar a la lesión de la norma, de manera que su injusto depende "en cuanto al fundamento y la medida, del injusto del hecho principal"

Sin embargo, una argumentación de tales características diluiría los límites del tipo, pues es posible que no sea solamente una persona la que, en el estadio previo, ayuda a quien después ejecuta, sino que es posible que quien después ejecuta se lleve adelante *a sí mismo* en el estadio previo, y, además, —dejando al margen algunos casos límite en los que a él solamente le queda realizar el comportamiento de ejecución—, esto es lo que ocurrirá habitualmente. Ese llevar-

(JESCHECK/WEIGEND, AT, pp. 685 y s.). O: "el fundamento interno del castigo del partícipe radica [...] en que este ha ocasionado o [...] ha favorecido un hecho socialmente insoportable, esto es, típico-antijurídico" (WELZEL, *Strafrecht*, p. 115; en un sentido semejante: MAURACH/GÖSSEL, AT 2, 50/57 s.). Esta teoría cumple la condición de contener un referente genuino a la accesoriedad. Sin embargo, el injusto ajeno, observado desde el punto de vista del interviniente en el estadio previo, puede no ser un injusto, debido, por ejemplo, a que dicho interviniente ha reconocido la falta de aptitud para generar algo más que una tentativa (agente provocador) o debido a que el bien atacado no está protegido frente a él. Ante este panorama, quedan tres caminos: (1) El interviniente ha coproducido un injusto ajeno y es castigado —castigo por un injusto *ajeno*—. (2) También el injusto ajeno es una perturbación social y se castiga por *su* coproducción —castigo por *otro* injusto—. (3) Construir criterios externos a la teoría, lo cual solamente puede hacerse a costa de la accesoriedad. La "teoría del ataque accesorio al bien jurídico" [*Theorie des akzessorischen Rechtsgutsangriffs*] sigue este tercer camino y deduce el injusto "en parte" de un ataque, propio del interviniente, al bien jurídico y "en parte" del hecho principal (ROXIN, AT II, 26/11). Ejemplos: el interviniente ataca "el bien jurídico protegido por el tipo de forma mediata, a saber, mediante la cooperación con la acción de autoría de otro" (LK-SCHÜNEMANN, previo al § 26, núm. marg. 1). Esto es denominado, con frecuencia, "teoría mixta" (ROXIN, AT II, 26/11; fundamentalmente, el mismo, *FS Stree und Wessels*, pp. 365 y ss.), esto es, mezcla de "injusto propio e injusto ajeno imputado" (SK-HOYER, previo al § 26, núm. marg. 21). Quedan en pie dos preguntas: *en primer lugar*, cuando la "parte" "ataque al bien jurídico" falla, ¿por qué no se mantiene la otra parte? *En segundo lugar*, ¿cómo se produce la imputación del injusto ajeno, la cual, después de todo, también es necesaria? En cuanto injusto ajeno, conduce a la responsabilidad por lo ajeno. Si, en cambio, mediante la imputación, dicho injusto ajeno se convierte en injusto propio del interviniente, no ha de producirse junto a ello, además, su propio ataque al bien jurídico, sino que se convierte en parte del injusto que es precisamente, propio. Las dos teorías que se han mencionado en último lugar son combinadas con no poca frecuencia: s/s-HEINE, previos al § 25, núm. marg. 17 y s.; MK-JOECKS, previos al § 26, 27, núm. marg. 16.

se-adelante-a-sí-mismo [*Sich-selbst-Voranbringen*] ya ha sido esbozado (*supra* III.A). Si esta conducta en el estadio previo se trata como conducta injusta, el injusto de la conducta típica es ampliado en el estadio previo mediante una conducta que se desplaza arbitrariamente hacia “delante”. Así, por ejemplo, la entrega de una pistola meses antes de la ejecución planeada se convertiría en el injusto de la preparación del homicidio mediante una conducta de intervención, y la recepción del arma se convertiría en el injusto del llevarse-adelante-a-sí-mismo. —Dicho sea de paso, el hecho de que el receptor del arma pueda, si así lo quiere, no utilizarla es tan irrelevante como el hecho de que quien entrega el arma tenga eventualmente la posibilidad segura de evitar su utilización. Ello es así porque, cuando se produzca la ejecución del hecho, el haberse-llevado-adelante-a-sí-mismo no se utilizará menos que el favorecimiento mediante otro.

Ahora bien, esta argumentación con base en la formulación del tipo podría ser rechazada por su carácter meramente formal: *completado con las reglas de la intervención* surge precisamente un tipo que abarca a todos los intervinientes. Pero un tipo de tales características —así la crítica— contradiría el concepto *material* de delito en los términos en los que dicho concepto ha sido desarrollado, en especial, en el marco de los delitos contra la persona: según el concepto material de delito, una planificación malvada cualquiera y su puesta en práctica mediante preparación psíquica todavía no constituye un injusto⁹, sino únicamente la irrupción en la organización de otro —sí es injusto suministrar veneno, pero no conseguir el veneno; sí lo es conseguir, por lo menos, relajar la custodia de

9 JAKOBS, *zstw* 97, pp. 756 y s. y *passim*; el mismo, *AT*, 21/8a; LESCH, *Problem*, pp. 171 y ss., y en otros lugares; con otra fundamentación (una aportación de participación no constituye por sí sola una unidad de sentido), también, BLOY, *Beteiligungsform*, pp. 206 y s.

una cosa, pero no el mero dirigirse al lugar del hecho, etc.—. Ahora bien, en no pocas ocasiones la ley se separa de lo que es correcto en un Estado de Derecho; así ocurre, por ejemplo, en lo referente a la preparación del delito (§ 30 StGB^{VI}), en las falsedades documentales en la figura de confección de un documento inauténtico (§ 267 StGB^{VII})¹⁰ y, en especial, en el caso de la protección de intereses generales, en la que —de forma evidente, por ejemplo, en el § 129a StGB^{VIII} y en los §§ 89a y s. StGB^{VIII}— una necesidad (¡legítima!) de *aseguramiento*

^{VI} § 30 Versuch der Beteiligung. (1) Wer einen anderen zu bestimmen versucht, ein Verbrechen zu begehen oder zu ihm anzustiften, wird nach den Vorschriften über den Versuch des Verbrechens bestraft. Jedoch ist die Strafe nach § 49 Abs. 1 zu mildern. § 23 Abs. 3 gilt entsprechend. (2) Ebenso wird bestraft, wer sich bereit erklärt, wer das Erbieten eines anderen annimmt oder wer mit einem anderen verabredet, ein Verbrechen zu begehen oder zu ihm anzustiften. El § 30 StGB prevé el castigo de quien intenta determinar a otro a cometer un delito o a inducir a este (pena prevista para la tentativa atenuada conforme al § 49 I); en el párrafo segundo, el precepto prevé el castigo de quien se declare dispuesto a cometer un delito o a inducir a su comisión, quien acepte el ofrecimiento de otro para hacerlo o quien se ponga de acuerdo con otro para ello [N. de la T.].

^{VII} § 267 Urkundenfälschung. (1) Wer zur Täuschung im Rechtsverkehr eine unechte Urkunde herstellt, eine echte Urkunde verfälscht oder eine unechte oder verfälschte Urkunde gebraucht, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft. (2) Der Versuch ist strafbar. [...] El § 267 StGB recoge el tipo de falsedades, que prevé el castigo con pena privativa de libertad de hasta cinco años o pena de multa de la confección de un documento inauténtico, la falsificación de un documento auténtico y la utilización de un documento inauténtico o falsificado para engañar en el tráfico jurídico [N. de la T.].

¹⁰ JAKOBS, *zstw* 97, p. 752, p. 757.

^{VIII} El art. 129a StGB tipifica la constitución de organizaciones terroristas, la pertenencia a ellas y el apoyo de tales organizaciones [N. de la T.].

^{VIII} El § 89a StGB tipifica conductas preparatorias de un hecho que pone gravemente en peligro al Estado, debiendo tal hecho constituir un delito contra la vida en los casos del § 211 o § 212 o un delito contra la libertad personal (§ 239a o 239b) y, además, ser adecuado para menoscabar la existencia o seguridad de un Estado o de una organización internacional o para eliminar o subvertir principios constitucionales de la República Federal Alemana. El precepto recoge las posibles conductas preparatorias, entre las que se cuenta, por ejemplo, el instruir o ser instruido sobre el modo de producción de armas de fuego, explosivos, etc.,

se camufla descaradamente como necesidad de *pena*¹¹. Sea como fuere, estos y otros desaciertos solamente se pueden caracterizar como errores, porque el principio está claro: el delito es la *arrogación*, que comienza con la tentativa (entendida materialmente) de una organización ajena. Aquello que se efectúe antes de la arrogación puede preparar el injusto, pero no por ello constituye ya, por su parte, un injusto.

La última afirmación podría haber sido formulada de forma precipitada: si la preparación de un injusto no es *per se* en sí un injusto, quizá sí lo es en relación con el injusto de la ejecución; con otras palabras, las preparaciones podrían constituir un injusto *suspensivamente condicionado*, concretamente condicionado por el perfeccionamiento de la arrogación de la organización. La objeción que surge, a saber, la de que una conducta se tiene que poder juzgar jurídicamente en el momento de su ejecución de manera definitiva, y no de algún modo de forma condicionada, se deja por ahora sin responder (*infra* III.B.2, texto referido a las notas 16-18), pues aquí se considera que la construcción de un injusto *suspensivamente condicionado* debe ser, ya de por sí, rechazada, y ello, concretamente, por la siguiente razón: si se produce la condición, esto es, si se lleva a cabo la arrogación de la organización, la conducta del estadio previo debería convertirse

su producción, adquisición, custodia, entrega a otros, etc. Por su parte, el § 89b StGB tipifica la conducta de establecer o mantener relaciones con organizaciones terroristas, con el fin de ser instruido en la comisión de un hecho del § 89a StGB [N. de la T.].

11. JAKOBS, en: *Straftheorie und Strafrecht*, pp. 175 y ss. Respecto al § 89a apdo. 2 núm. 4 StGB (en caso de interpretación restrictiva) afirmativamente KUBICIEL, *Wissenschaft*, pp. 227 y ss., pp. 236 y ss., con referencias detalladas; sin embargo, KUBICIEL incluye actos de preparación (por lo menos, en los delitos contra el Estado y contra las instituciones de Derecho internacional) ya como *infracciones* de deber; según la concepción que se sostiene aquí, tales actos de preparación solamente *infringen* un deber en la medida en que concurra un menoscabo *perfecto* de la seguridad pública.

en injusto punible, a cuyo respecto puede dejarse de lado la cuestión de si constituye una parte no autónoma o autónoma del injusto global. En todo caso, de ser así las cosas, la conducta del estadio previo pertenecería al injusto aunque quien la haya realizado no se haya arrogado nada al hacerlo; con otras palabras, se castigaría por la conducta del estadio previo (eventualmente, como parte no autónoma del injusto global) y, de este modo, por algo que materialmente no constituye un delito. Por tanto, seguiría produciéndose una dilución —en este caso en particular: de forma suspensivamente condicionada— de los límites del tipo.

Queda pendiente una objeción: cuando la única posibilidad de impedir un delito consiste en proceder contra la conducta de un interviniente en el estadio previo, ello debería estar permitido, y la justificación en virtud de la *legítima defensa* es en apariencia evidente; sin embargo, ello es así solo aparentemente, pues al igual que no se puede proceder en legítima defensa contra una persona que solamente prepara la propia agresión, no siendo esto posible ni siquiera cuando se trata del último momento posible de la defensa, tampoco se puede proceder contra un interviniente en el estadio previo, y concretamente en los dos casos por la misma razón: por falta de una intromisión, amenazante de manera actual, en una organización ajena, esto es, por falta de injusto (definido en términos materiales). Sin embargo, la víctima que ha sido elegida y quienes le ayudan no tienen que quedarse inactivos: existe una situación *semejante a la legítima defensa* que ha de ser tratada esencialmente conforme a las reglas del estado de necesidad defensivo¹². Por ejemplo, un interviniente empieza

12 Fundamentalmente SUPPERT, *Studien*, pp. 356 y ss.; véase, además, JAKOBS, *AT*, 12/27, con referencias. La determinación exacta de la actualidad es objeto de discusión; véase ROXIN, *AT* I, 15/21 y ss. En todo caso, no se trata de un problema específico de la intervención.

a lanzar un arma de fuego a un preso que huye, para que este último pueda disparar a sus persecutores en algún momento posterior. Debido a la concurrencia de una situación semejante a la legítima defensa, el lanzamiento puede [darf] ser evitado empleando violencia contra quien comienza a realizarlo.

2. Ejecución del hecho por medio de mano ajena

Aquí no se tiene que examinar en qué medida la realización del tipo se puede desplazar de forma legítima a un momento previo a la tentativa de un delito en sentido material. Si la realización del tipo se ubica en tal lugar (esto es, en el estadio previo, definido *en sentido material*), rigen precisamente los límites que se han fijado *al hacerlo*, y el apoyar [Zur-Hand-Gehen] o el llevarse-adelante-a-sí-mismo [Sich-Voranbringen] que tengan lugar antes de estos límites no constituyen, por su parte, injusto punible. Injusto —por lo menos, en sentido formal— es una realización del tipo junto al dar comienzo inmediatamente a ello, esto es, una conducta, desde el principio hasta el final, de quebrantamiento de la norma correspondiente, y nada más. Por tanto, hay que desprenderse completamente de la idea de que el injusto de la inducción es la causación de la decisión de cometer el hecho (no obstante, ello está fijado jurídico-positivamente en el § 30 StGB), de que el injusto del cómplice es otra manera de llevar adelante la preparación y, finalmente, de que el injusto de un coautor que no coejecuta (cuando siquiera se admita tal figura) consiste en aportaciones, que se han de valorar como iguales a la ejecución, realizadas antes de que se dé comienzo a la realización del tipo. El injusto es solamente una conducta desde que se da comienzo a la realización del tipo hasta la ejecución de dicha realización (junto con la producción de resultados, cuando esta última sea eventualmente necesaria), lo cual significa que el injusto es solamente una conducta con el significado de un quebran-

tamiento de la norma, y no una conducta con el significado de que se está preparando un quebrantamiento de la norma que va a ocurrir en un momento posterior.

Ahora bien, los intervinientes a los que se acaba de hacer referencia no realizan el tipo de propia mano y tampoco dan comienzo a ello; es más, quien previamente ha llevado adelante su propia ejecución, en el momento de llevarla a cabo todavía no era ejecutor y, cuando se produce la ejecución, el anterior llevarse-adelante-a-sí-mismo ya está concluido. Por tanto, los intervinientes responden de un injusto que no realizan de propia mano (o, en caso de llevarse-adelante-a-sí-mismos, que no realizan mediante este llevar adelante; en lo que sigue, este fenómeno —la intervención en el propio hecho— no se trata siempre por separado). Pues bien, la imputación de la conducta de otro en el trafo social cotidiano es una trivialidad: en caso de conducta neutral (ni injusta, ni loable), el Derecho civil, incluido el Derecho de sociedades, cuenta con un gran arsenal de modelos conforme a los cuales las conductas pueden ser entrelazadas válidamente de tal manera que una conducta, junto con su resultado, puede ser imputada a otro interviniente. El otro solamente —¡si bien, por lo menos!— tiene que haber puesto el fundamento para que se realice esta imputación. El ejemplo más simple lo constituiría el poder de representación otorgado mediante negocio jurídico; más complicado, si bien cualitativamente no distinto, es el caso de los entrecruzamientos de empresas. También en el caso de las prestaciones supererogatorias se produce la imputación de obras realizadas por manos ajenas. Formulando la pregunta con un ejemplo, ¿a quién se le ocurriría no imputar al fundador de una clínica los efectos beneficiosos de esta solamente por el hecho de que el fundador no ha construido de propia mano los muros y no ha realizado de propia mano las prestaciones médicas y asistenciales (si bien las ha financiado generosamente)?

Siendo así la situación en el ámbito de las actividades permitidas o loables, debería resultar sorprendente que en el ámbito de la conducta no permitida se excluyera la imputación de prestaciones de otros. Ello tampoco es así, pero el legislador y los intérpretes de la ley creen poder arreglárselas con tres o cuatro formas de intervención, pese a que el Derecho civil tiene por lo menos diez veces más. Por consiguiente, una interpretación estricta de las formas de intervención resultaría inadecuada; la variedad de posibilidades solamente se puede agotar con figuras elásticas que se definan *de forma contexto-dependiente*. Por ejemplo, sería tan inadecuado encapricharse, en el caso de la coautoría, con la exigencia de una cooperación en la ejecución, como desacertado sería, en la producción legal de objetos, buscar a los principales intervinientes en el almacén de entrega. Ahora bien, no se trata de trasladar "exactamente" al Derecho penal las formas de entrelazamiento del Derecho civil, pues el Derecho civil conoce reglas de imputación que han de ser desconocidas para el Derecho penal, debido a la falta, en este último, de juridicidad de la conducta a juzgar. Así, se considera transformador en el sentido del § 950 apdo. 1 frase 1 BGB^{IX)} al dueño de derecho de un negocio, pero no a quien fácticamente transforma; en cambio, desde el punto de vista jurídico-penal, por regla general no se puede excluir a

^{IX)} § 950 Verarbeitung. (1) Wer durch Verarbeitung oder Umbildung eines oder mehrerer Stoffe eine neue bewegliche Sache herstellt, erwirbt das Eigentum an der neuen Sache, sofern nicht der Wert der Verarbeitung oder der Umbildung erheblich geringer ist als der Wert des Stoffes. Als Verarbeitung gilt auch das Schreiben, Zeichnen, Malen, Drucken, Gravieren oder eine ähnliche Bearbeitung der Oberfläche. (2) Mit dem Erwerb des Eigentums an der neuen Sache erlöschen die an dem Stoffe bestehenden Rechte. La frase 1 del § 950 apdo. 1 BGB dispone que quien mediante procesamiento o transformación de uno o varios materiales produce una nueva cosa mueble adquiere la propiedad sobre la cosa nueva, siempre que el valor del procesamiento o transformación no sea sustancialmente menor que el valor del material.

quien fácticamente genera la pérdida de un derecho: no hay un mandato que libere al ejecutor de la responsabilidad penal.

A la vista de la regulación jurídico-positiva de la intervención, que es más bien austera, queda pendiente preguntarse cómo se pueden desarrollar reglas de imputación suficientemente detalladas. En la elaboración de una respuesta, debería resultar de ayuda la siguiente reflexión: las reglas *jurídico-civiles*, que son muy ricas en matices, no son fruto de la arbitrariedad legislativa, sino que sirven para satisfacer necesidades existentes hace tiempo y también articuladas en la sociedad, o incluso solamente copian formas de imputación desarrolladas prepositivamente. Los grandes rasgos de la imputación formal en Derecho civil fueron "incubados", antes de su positivización, como bases de una imputación informal, en todo caso, todavía no fijada, legalmente; solamente así es posible entender que el trato social practicado cotidianamente y el Derecho civil que regula explícitamente la imputación consigan estar en armonía. —En *Derecho penal* no hay más que una regulación rudimentaria, pero ello no significa que la sociedad no haya "incubado" nada; se puede averiguar, escuchando a la sociedad, cómo esta imputa hechos malos y, después, traducirlo en instituciones de imputación jurídicamente firmes. Aquello que el legislador ha hecho en Derecho civil en gran parte (no completamente; por ejemplo, la imputación, antes mencionada, del resultado de la transformación al dueño del negocio no es Derecho positivo explícito) lo debe hacer, en Derecho penal, el intérprete: la juridificación (y en este sentido: formalización) de la imputación informal que existe hace mucho como estructura social.

De nuevo hay que fijarse en la secuencia comunicativa de norma, quebrantamiento de la norma y castigo. La norma prohíbe una conducta con el significado x (matar, lesionar, dañar, etc.), el delincuente realiza una conducta con el significado x y, en el proceso de castigo, la norma es confirmada y

su vigencia es cimentada cognitivamente, lo cual margina a la conducta delictiva; ¡ningún x — sí x — en el futuro ningún x ! No se prohíbe, por ejemplo, preparar x , sino únicamente realizar x , a cuyo efecto la realización empiece con la tentativa. Una conducta en el estadio previo (anterior al inicio de la tentativa) no es (siempre que no haya reglas especiales) contraria a la norma, con independencia de quién la realice, sea este quien más tarde da comienzo a la tentativa o sea este una persona distinta¹³. Expresado de forma drástica: quien, persuadiendo con “lengua de ángel” (o, mejor dicho: “de demonio”), conduce a otro a tomar la decisión de matar a un enemigo no contradice, al hacerlo, la norma que prohíbe la comisión de homicidios. Como se ha explicado antes, cualquier otro punto de vista contradiría el concepto de un delito en sentido material y, por lo menos, diluiría los límites formales del tipo.

Ahora bien, esto no significa que una conducta en el estadio previo carezca de significado; ciertamente, dicha conducta no significa que se realiza x (que se mata), pero sí que se pone en marcha la futura realización de x (la futura realización de un homicidio), sea una realización de propia mano o una realización por medio de mano ajena. Si dicha realización futura se llega a producir, esto es, si, por lo menos, se llega a producir la tentativa de x (la tentativa de homicidio), ello ocurre en una situación de la que la persona que ha intervenido en la preparación no se puede distanciar —bajo circunstancias que en seguida se especificarán—, pues dicha persona ha creado esta situación —de forma no contraria a la norma, pero sí de forma imputable—¹⁴. El ejecutor que se encuentra con esta

13 KINDHÄUSER, *NStz* 1997, pp. 273 y ss.; véase también VOGEL, *Norm und Pflicht*, pp. 57 y ss., pp. 80 y ss.

14 A este respecto y sobre lo que sigue VAN WEEZEL, *Beteiligung*, pp. 35 y ss., pp. 44 y ss.; JAKOBS, *FS Puppe*, pp. 555 y ss.

situación no solamente realiza una obra propia, sino que, además, prosigue los actos de preparación almacenados en la situación, esto es, realiza una obra de todos —para él, de propia mano, para los otros (visto desde la perspectiva de estos), por medio de mano ajena—. En conclusión, la conducta del estadio previo no es un injusto, pero crea un fundamento para imputar el injusto de la ejecución a quien actúa en el estadio previo, también como injusto de dicho sujeto, aun cuando ese injusto sea realizado por medio de mano ajena. Quien actúa en el estadio previo todavía no debe, en el momento de la acción, responder de nada hacia fuera (como injusto), pero sí ha de responder hacia dentro (como infracción de una incumbencia, [*Obliegenheit*]): se ha colocado en la situación en la que no puede ser distanciado del injusto realizado en el futuro, pues ha llevado adelante las preparaciones necesarias para la realización de tal injusto. —Esta imputación del injusto no se produce *de forma extraordinaria*¹⁵, dado que, en la creación del fundamento de imputación (en la infracción de la incumbencia), no puede existir ningún defecto de imputación, es decir, la parte subjetiva debe concurrir de forma completa, si bien referida precisamente a la infracción de un “deber frente a sí mismo”. Quien desconozca esta ejecución por medio de mano ajena pasa por alto la fundamentación social de la intervención (¡división del trabajo!).

Si se produce por lo menos la tentativa (por medio de mano ajena), es decir, si la planificación delictiva, hasta el momento interna, se externaliza, debido a que también se trata del injusto *del interviniente*, este último debe impedir activamente las extensiones (injerencia), pero solamente a

15 Sobre el concepto de la imputación extraordinaria, HRUSCHKA, *Strafrecht*, pp. 311 y ss., pp. 313 y s., y en otros lugares; JOERDEN, *Logik*, pp. 264 y ss. Sobre la opinión de HAAS, véase *infra* II.D, nota 98.

partir de ese momento, al igual que el autor individual no tiene que detener sus acciones antes del inicio de la tentativa. Ello no implica que surja una "laguna de seguridad" para la víctima potencial, puesto que la pena para el injusto futuro ya está condicionada mediante la lesión de la incumbencia; esto es, si el interviniente en la fase previa quiere evitar el castigo, tiene todo tipo de *razones* (si bien *aún no tiene un deber*) para paralizar de forma adecuada las extensiones de su aportación (véase también, sobre la intervención por omisión, *infra* III.F.4).

En cuanto a lo ejecutado, todavía hay que precisar la norma infringida por los intervinientes y ejecutores. ¿Qué significa "no debes x (por ejemplo: matar)"? No significa "no debes causar x"¹⁶, pues una causación, por ejemplo, mediante una conducta en el ámbito del riesgo permitido, no significa "x". Tampoco se quiere decir "no debes x de propia mano", pues en tal caso se excluiría un x realizado por medio de mano ajena (el cual, según se entiende aquí, no incluye la autoría mediata; ver al respecto *infra* III.B.6), esto es, se excluiría la intervención. En una palabra: toda norma tiene que incorporar toda la imputación; de lo contrario, o se queda corta o es demasiado amplia y, por ello, conviene integrar en la norma la exigencia de susceptibilidad de imputación [*Zurechenbarkeit*]¹⁷: "no te hagas competente por la ejecución de un proyecto dirigido a x (esto es, incluida la tentativa)". En esta norma "se esconde" también la competencia en virtud de una intervención en el estadio previo, justamente como el caso en el que alguien

16 BINDING optó por la fórmula "no debéis matar en absoluto" ["*Ihr sollt überhaupt nicht töten*"] (*Normen*, vol. 1, p. 54; asimismo, VOGEL, *Norm*, pp. 49 y ss.), si bien "socializó" esta versión mediante el reconocimiento de un "riesgo moderado" (*Normen*, vol. 4, pp. 432 y ss.). Al respecto, JAKOBS, *FS Figueiredo Dias*, pp. 389 y ss.

17 Véase JAKOBS, *System*, pp. 23 y s.: se trata de la norma para el "tipo de imputación global" ["*Gesamtzurechnungstatbestand*"].

se convierte, mediante su conducta, en competente por un proyecto *x* realizado más tarde por medio de mano ajena¹⁸. Antes del inicio de la tentativa, la infracción de la norma es una infracción de la incumbencia.

Cuando un interviniente en el estadio previo no puede atacar por sí mismo a un bien, pero otros intervinientes o ejecutores sí pueden, hay que hacer distinciones: (1) si se quiere liberar al interviniente en el estadio previo de la responsabilidad jurídico-penal por el estado del bien, tal meta no se alcanzaría si el injusto realizado por medio de mano ajena se le imputara a dicho interviniente como *su* injusto. Por tanto, su cooperación no debe poder ser entendida como una conducta que infringe una incumbencia. Por ejemplo, a quien solicita que le maten no se le imputará la tentativa, también como *su* injusto, tras el fracaso del hecho, sino que el injusto del otro sigue siendo, para él, un injusto *ajeno*¹⁹. (2) Las cosas son distintas cuando el interviniente en el estadio previo carece ciertamente de toda competencia²⁰ para administrar una determinada institución, pero dicha institución

18 La situación normativa es muy discutida; con detalle, sobre las opiniones sostenidas, RENZIKOWSKI, *Täterbegriff*, pp. 50 y ss., pp. 123 y ss. RENZIKOWSKI argumenta: "Una lesión (o puesta en peligro) de un bien jurídico solamente se puede imputar como obra propia a quien aparece, en la cadena infinita de causas, como último miembro que actúa de forma autónoma. *El actuar autónomo fundamenta una prohibición de regreso*". En esta concepción, la norma dirigida solamente al último no puede alcanzar a los que actúan antes que él, de manera que RENZIKOWSKI tiene que construir una norma de intervinientes (norma de partícipes) y, en concreto, como prohibición de puesta en peligro (pp. 127 y ss., pp. 129 y s.). Para poder explicar la accesoriedad, RENZIKOWSKI la separa del injusto y la vincula a la "norma de sanción" (pp. 131 y ss.). Todas estas complicaciones se pueden evitar (también) en el concepto restrictivo de autor (mejor: de injusto), cuando la norma no se pone en relación con nexos naturales ("último", "de propia mano"), sino con atribuciones.

19 LK-SCHÜNEMANN, previos al § 26, núm. marg. 2; SK-HOYER, previos al § 26, núm. marg. 16.

²⁰ En el original, aquí no "*Zuständigkeit*", sino "*Kompetenz*" [N. de la T.].

sí que ha de ser protegida también frente a él. Ciertamente, en tal caso, dicho interviniente no puede atacar de propia mano de manera eficaz, pero el ataque eficaz de una mano ajena se le puede imputar a él también como *su* injusto. De nuevo con un ejemplo: una parte del proceso no puede atacar por sí misma la neutralidad de la Administración de Justicia; ahora bien, si soborna al juez y este último pronuncia una sentencia errónea prevaricadora, se puede imputar a la parte en cuestión la prevaricación por medio de mano ajena como *su propio* (de la parte) injusto (y no que ella haya participado en el injusto del juez; en Derecho penal, la responsabilidad por el injusto ajeno queda descartada). En este caso, el ejercicio de influencia sobre el juez (dejando al margen el acto de soborno que ya se ha ejecutado con el ejercicio de dicha influencia) constituye una infracción de la incumbencia que conduce a la imputación del injusto de la prevaricación. Con otras palabras: todo el mundo puede prevaricar, si bien no todo el mundo puede hacerlo de propia mano, pues quien no es juez solamente puede hacerlo por medio de una mano ajena adecuada (sobre la intervención en el delito de infracción de deber, véase *infra* IV.B).

Conforme al concepto de intervención que se ha desarrollado en este trabajo, la ejecución siempre es una ejecución *propia* de cada interviniente, si bien es una ejecución realizada por medio de mano ajena; por tanto, es un injusto *propio* del interviniente, a cuyo respecto es, no obstante, necesario que el interviniente la haya llevado adelante *como ejecución* y no solamente como demostración inocua o como medio para poner en evidencia al ejecutor: el problema del agente provocador. Si al interviniente le falta el dolo de consumir, lo cual significa que ni siquiera tiene dolo, no infringe incumbencia alguna, pues la ejecución venidera es ciertamente ejecución para el ejecutor, pero para el interviniente en el estadio previo es únicamente la tentativa *ajena* de una ejecución: una

empresa condenada al fracaso no puede ser llevada adelante. Lo que la "teoría de la causación orientada a la accesoriedad" ["*akzessorietätsorientierte Verursachungstheorie*"]²⁰ no puede solucionar y la "teoría del ataque accesorio al bien jurídico" ["*Theorie des akzessorischen Rechtsgutsangriffs*"]²¹ solamente "logra" al precio de una impureza (la accesoriedad empaña el ataque al bien jurídico y viceversa) lo resuelve la teoría aquí desarrollada casi "de por sí": la ejecución, en cuanto ejecución del interviniente, exige *su* lado subjetivo completo²².

Anexo

Por el campo de la teoría de la intervención deambulan tres figuras que se brindan para responder las preguntas pendientes. Sin embargo, esas tres figuras no pueden penetrar en el núcleo de la teoría de la intervención, en el ámbito de su dependencia de lo social, y, por ello, aquí se mencionan más bien de paso. Se trata del "concepto" del *autor unitario*²³ y del "concepto"

20 Al respecto, *supra* III.B.1, nota 8.

21 Al respecto, *supra* III.B.1, nota 8.

22 Sobre el agente provocador, véase JAKOBS, *AT*, 23/16 ss., con referencias.

23 ROTSCH, "*Einheitstäterschaft*", ofrece un inventario completo de la teoría del autor único, y también analiza, en especial, formulaciones de tipos que se pueden entender como de autor único (pp. 192 y ss.), así como tendencias interpretativas; ello, con el resultado de la revalorización del autor unitario frente al titular del "dominio del hecho" (p. 147 y s.). En el marco de la "fundamentación de una teoría del delito normativo-funcional" que realiza ROTSCH, este autor comienza acertadamente en la "teoría normativa de la imputación objetiva, con sus parámetros flexibles de imputación" (p. 421) y disuelve la diferencia fenotípica entre comisión directa (de propia mano) e indirecta (mediada por mano ajena), intentando concebir la acción mediadora como "resultado" de la acción previa (pp. 423 y ss., pp. 424 y s.); esto es de nuevo fruto del dogma, no cuestionado, conforme al cual solamente se puede imputar el actuar de propia mano, pero exige, a cambio, derribar los límites del tipo (teoría del autor único como teoría del injusto único): la complicidad intentada podría (al igual que la inducción intentada) ser castigada (pp. 476 y ss.). Pero entonces la preparación de quien actúa solo también debería constituir un injusto, y su posterior abandono del

extensivo de autor o del concepto *restrictivo* de autor. Los tres "conceptos" o, mejor dicho, figuras intentan comprender de forma no normativa una estructura normativa de la sociedad.

La teoría del autor único²⁴ tiene como contenido que todo aquel a quien se le pueda imputar de alguna manera un acontecimiento²⁵ se encuentra en un primer nivel al igual que todos los demás destinatarios de la imputación. Eso también podría ser correcto, pero no dice nada respecto a *cuándo* algo es imputable; en esa medida, la teoría se queda en un plano abstracto. —Lo mismo acontece con el "concepto" extensivo de autor (la distinción entre formas de intervención como *res-tricción* de la punibilidad)²⁶—. Según los defensores del "concepto" restrictivo, los tipos —interpretados acertadamente de forma restrictiva!— de la Parte especial solamente abarcan lo realizado de propia mano, con lo que dichos autores incurren

plan (el cual, por cierto, también podría fracasar) debería ser valorado como *desistimiento*. La comprensión social, en especial, de la división del trabajo no se debate; al respecto, también JAKOBS, *fs Puppe*, p. 550, nota 23.

- 24 También STEIN, *Beteiligungsformenlehre*, argumenta, en cuanto al contenido, conforme a la teoría del autor único (así, acertadamente, KÜPER, *zstw* 105, p. 472): La "completa personalización del concepto de injusto" como concepto del "injusto realizado [...] por una persona determinada" presupone deberes que "solamente" pueden "ser infringidos mediante la propia (!) conducta prohibida del correspondiente destinatario del deber" (p. 88; cursiva en el original), de manera que "con la conclusión de la conducta de partícipe ya" se ha "realizado la completa culpabilidad por el hecho del delito de participación" (!; G. J.) (p. 94). Según esto, las normas correspondientes tienen diferentes "grados de urgencia" (pp. 75 y ss.) y, sin duda, la "norma de conducta del cómplice" tendría el grado menor (p. 244). Esta dilución de un acontecer social en actos individuales destruye el acontecer en cuanto acontecer social (así, también, la crítica de KÜPER, *zstw* 105, p. 482); contra la construcción de la intervención mediante el "paradigma del autor único" (KÜPER) ya HARDWIG, *IZ*, 1965, p. 668; véase, también, KINDHÄUSER, *fs Hollerbach*, p. 654; HAAS, *Theorie*, p. 115 y *passim*; JAKOBS, *fs Lampe*, p. 569, con nota 23 y *passim*).
- 25 Esta es una manera "amable" de expresarlo, pues lo común es que se hable simplemente de la causación del acontecimiento.
- 26 Crítico, GALLAS, en: GALLAS, *Beiträge*, pp. 78 y ss., pp. 82 y ss.

en contradicción con la praxis cotidiana de la imputación, la cual, desde luego, también admite la imputación de "movimientos de mano" ajenos.

En todo caso, tales planteamientos no toman en consideración la verdadera (y no solamente imaginada) estructura normativa de la sociedad. Por consiguiente, estas teorías no sirven de nada para lo que se pretende aquí. De todos modos, hay que apuntar que la teoría del autor único separa acertadamente entre la valoración de una aportación y el momento temporal en el que esta fue prestada, y que la definición restrictiva de autor (mejor dicho, definición del injusto) sigue, también acertadamente, un concepto material de delito (delito en cuanto irrupción en una organización ajena, y no ya en cuanto preparación de tal irrupción). Sin embargo, estos resultados son, cada uno en sí, solamente resultados parciales.

3. Llevar adelante, transmisión "libre"

El nexo comunicativo decisivo para la imputación existe entre norma, *conducta* y castigo, pero no entre un interviniente y el ejecutor. Ciertamente, es posible que exista comunicación entre los dos últimos, por ejemplo, en los casos usuales de inducción o de complicidad (también) psíquica, pero esta es solamente *una* de las muchas formas mediante las cuales se inicia la planificación o se lleva adelante su realización. —Ahora bien, la conducta de un interviniente en el estadio previo no tiene *per se* el significado de una contradicción de la norma, sino el significado de hacer posible una futura contradicción de la norma. Por ejemplo, la entrega de una pistola a un sujeto decidido a cometer un asesinato no tiene el significado de que aquí y ahora se asesina, sino de que próximamente puede tener lugar un asesinato. Si el receptor del arma ejecuta el hecho, entonces él lleva adelante *su* planificación (la del receptor) de la manera más fuerte posible —y,

por ello, se imputará a *él* su conducta como contradicción de la norma—; al mismo tiempo, el receptor del arma da continuidad a la situación que ha sido creada mediante la entrega del arma precisamente en aquella dirección que se tomó por medio de la entrega, a saber, en dirección a la realización del quebrantamiento de la norma llevado a cabo anteriormente, y, por ello, también al interviniente se le imputa la ejecución en cuanto ejecución por medio de mano ajena.

El concepto de llevar adelante [*Voranbringen*], que ya ha sido empleado reiteradamente, debe ser objeto de explicación: la realización de una planificación delictiva es llevada adelante cuando se realiza una prestación que debe ser realizada antes de la finalización de la ejecución (incluida la producción del resultado). También la misma ejecución, y no solamente una conducta en la fase previa, se lleva adelante. En caso de que no se produzca la prestación, tiene la misma importancia que ello implique un impedimento objetivamente dado o que ello implique un supuesto, pero psíquicamente eficiente. Por ejemplo, con un arma no cargada no se puede disparar proyectil alguno, por lo que cargar el arma es llevar adelante; y nadie intentará seriamente disparar un proyectil con un arma que (solo) supuestamente no está cargada, de modo que también quien elimina el error existente sobre el estado de carga del arma lleva adelante la realización de la planificación. —Una prestación que no influye en la realización, debido a que la meta de la prestación ya está suficientemente condicionada por circunstancias naturales, puede, por su efecto psíquico, llevar adelante el estado de la planificación, en especial, porque sin dicha prestación el proyecto habría sido interrumpido, pero objetivamente dicha prestación no lleva nada adelante²⁷.

27 En el caso de los resultados sobrecondicionados, no se plantean problemas específicos de la intervención, en especial, cuando, en caso de una votación,

Por ejemplo, la desconexión de un dispositivo de alarma que, de todos modos, no habría funcionado en el momento de la ejecución debido a un corte de luz, lleva adelante el estado de planificación si, en caso de que no se hubiera realizado la desconexión, se habría renunciado a la ejecución; ahora bien, si los ejecutores no saben nada ni del dispositivo de alarma ni de la actividad de quien lo desconecta, este último sujeto solamente ha *intentado* intervenir, puesto que no ha llevado adelante efectivamente la ejecución.

No obstante, esto no significa que una prestación no lleve adelante nada cuando, sin ella, *otra persona* habría aportado lo necesario. De lo contrario, se sesgaría cuantitativamente la imputación: a la primera persona no se le imputaría y a la segunda no se le puede imputar por falta de una prestación; en cambio, en los cursos de reserva [*Reserveverläufe*] no hay nada que imputar²⁸. De nuevo con un ejemplo, quien elimina obstáculos que, en caso de no haber sido eliminados por él, lo habrían sido por el mismo ejecutor, interviene. Sobre ello se volverá en el marco de las consideraciones sobre la intervención por omisión (*infra* III.F.3).

El ejecutor utiliza la situación creada por el interviniente, y dicha situación puede (aunque no tiene por qué) consistir en

votan a favor de un proyecto prohibido más personas de las que son necesarias para que nazca un acuerdo. En general, los votos son *actos de preparación* de la posterior realización de lo acordado como ejecución del hecho. Esta ejecución (y solamente ella es injusto) es también ejecución de los correspondientes votantes, de manera que, sin tener en cuenta el momento en que vota cada uno, todos ejecutan *al mismo tiempo*; JAKOBS, *fs Miyazawa*, pp. 419 y ss., con variantes del caso en pp. 427 y ss. Así pues, ningún injusto es perfecto antes de la conducta del otro y, en este caso, todos actúan infringiendo su incumbencia cuando llevan adelante la realización de la ejecución; JAKOBS, *AT*, 7/83a, con nota al pie 131; en las conclusiones respecto a las votaciones, también, PUPPE, *JR* 1992, pp. 32 y ss.; DENCKER, *Kausalität*, pp. 221 y ss. y *passim*. Crítico, en parte, HOYER, *fs Jakobs*, pp. 179 y ss.

28 Sobre este problema, JAKOBS, *fs Rüping*, pp. 17 y ss., pp. 21 y ss.

una información útil; más bien la situación puede representar, vista desde la perspectiva del ejecutor, un *factum brutum* mudo (que él quizá ni siquiera ha descubierto); sólo si su empleo de la situación por parte del ejecutor da continuidad al sentido que el interviniente ha otorgado a tal situación. Por ejemplo, quien ha decidido cometer asesinato busca en un armario de su desván un arma, encuentra una pistola útil que después, además, emplea, pero al encontrarla ni siquiera se imagina que dicha pistola haya sido colocada en el armario por un sujeto que apoya su plan. El asesinato con esta arma también es una continuación de la situación creada por la persona que apoya y, por ello, también es un hecho de esta última persona (por medio de mano ajena). —Es más, en el ejemplo que se acaba de exponer, el ejecutor es, después de todo, consciente de que con el arma tiene en su mano un instrumento que favorece el hecho, aun cuando no sepa que se le ha hecho llegar este instrumento, sino que parta de que la situación favorece casualmente el hecho. Pero incluso esta conciencia (la de estar en una situación favorable gracias a una casualidad) puede fallar y, en concreto, especialmente en el caso en que no se cuenta con un giro hacia lo favorable porque supuestamente ya se ha llegado a la situación óptima. De nuevo con un ejemplo: el asesino no tiene ni idea de que solamente logra cometer el hecho porque una persona, que le está ayudando a escondidas, le ha quitado de en medio a otras personas que podrían haber sido un impedimento para la comisión del hecho. El asesino ni siquiera ha sospechado vagamente la posibilidad de que existieran tales personas dispuestas a impedir el hecho; sin embargo, con su ejecución, da continuidad al comportamiento del interviniente que “impidió a los que impedían”, esto es, que le despejó el camino.

Conclusión provisional: el ejecutor realiza el injusto (la contradicción de la norma, la realización del tipo) que ya ha sido anunciado en el estadio previo. Al mismo tiempo, el ejecutor

concluye aquel curso hacia el injusto que el interviniente en el estadio previo puso en marcha o continuó. El fundamento de la imputación del injusto realizado de propia mano o realizado por medio de mano ajena es, respectivamente, el “llevar adelante” provisional (en el caso de la intervención en el estadio previo) o definitiva (en el caso de la ejecución) la planificación delictiva.

Que la intervención es una forma de división del trabajo, a saber, división del trabajo *unitiva* [*verbindende Arbeitsteilung*] (algo que todavía se ha de explicar; *infra* III.B.5), no significa que se base necesariamente en un acuerdo o en un pacto: se basa en el significado de la conducta respecto a la norma; si la conducta significa que se posibilita una contradicción de la norma, ello basta para imputar la ejecución; si la conducta no tiene dicho significado, tal déficit (que, se determina partiendo del quebrantamiento de la norma) no se puede “saltar” mediante un acuerdo. Por ejemplo, la entrega de lápiz y papel para confeccionar un plano del lugar del hecho, plano que en el momento no es necesario —bajo las condiciones hoy y aquí habituales—, no lleva adelante de manera significativa lo planteado y, por ello, la conducta consistente en exhortar expresamente, cuando se entrega el plano, a ejecutar tampoco significa que se pueda producir la ejecución; y la entrega de una pistola al sujeto decidido a cometer un asesinato significa que el hecho puede ocurrir, y ello también en el caso en que quien hace la entrega se distancie verbalmente.

En especial, el significado de la conducta de intervención no depende de si el ejecutor entiende tal significado o de si tiene siquiera conocimiento de la aportación del interviniente²⁹. Al igual que ocurre en la división del trabajo unitiva en

29 LESCH, *zstw* 105, pp. 276 y ss.; DERKSEN, GA 1993, pp. 170 y ss.; en contra, KÜPPER, *zstw* 105, pp. 295 y ss. y la opinión ampliamente dominante.

el ámbito legal, en la intervención en el delito también es posible que el ejecutor del hecho desconozca que se le apoya. De nuevo con un ejemplo: quien abre la puerta cerrada de una casa ajena declara que el dueño de la casa puede ser inmediatamente salvado o asesinado, también en el caso en que el salvador o el asesino que acuden corriendo pensarán que la puerta no estaba cerrada.

Qué es "la" ejecución y cuándo ha sido llevada adelante la realización de su planificación son cuestiones que se discutirán más adelante (*infra* III.B.4; III.C). Antes hay que ocuparse de una cuestión específica de la ejecución, a saber, la transmisión de la aportación del estadio previo a través una decisión "libre" —de la que hay que responder, pues, como decisión culpable— del ejecutor, y, según se alega, para esa traslación no existe una "explicación causal a partir de leyes estrictas"³⁰. Desde un punto de vista estricto, esto afecta a toda aportación, con excepción del último acto, pues, dejando de lado dicho último acto, la prestación realizada tiene que ser tomada por un responsable e introducida por este en el curso. Eludir lo "libre" y centrarse en "circuitos cerebrales causados" o pasar de la causalidad a la mera probabilidad constituirían procesos de la mano de los cuales no se puede resolver adecuadamente una problemática normativa³¹. En cambio, lo que hay que hacer es responder a la pregunta de qué significa en Derecho recomendar a una persona responsable la comisión de un delito o hacerle llegar material para el hecho.

La aclaración de este problema deviene más difícil por el hecho de que, en lo que respecta a la inducción, es muy común la afirmación de que con esta se causa la decisión de cometer

30 PUPPE, *zstw* 95, pp. 293 y ss.; la misma, *fs Spinellis*, p. 944; OTTO, *AT*, 6/37 y ss.

31 Con detalle sobre las soluciones planteadas —también históricamente—, HAAS, *Theorie*, pp. 65 y ss.

el hecho y, de este modo, se causa la comisión del hecho, o la afirmación respecto a la complicidad conforme a la cual la entrega de un medio irrenunciable para la comisión es una *conditio sine qua non* de la producción del resultado. Concebir tales conductas como causaciones que se han de equiparar, en cuanto causación de la muerte, al suministro subrepticio de veneno implicaría ignorar que, en la intervención, la naturaleza debe configurarse *mediante una relación social*, y no directamente. En la intervención, la configuración de una relación social (que no solo se agota en su lesión o destrucción, pues, en tal caso, debería ser tratada como naturaleza) consiste en el hacerse-competente por la ejecución del hecho de otro; con otras palabras, el interviniente se involucra en la conducta de otro. Esto también puede ocurrir recíprocamente, en especial, en la ejecución común (en coautoría), mediante conducta distinta pero coordinada de varios; en tal caso, uno de los ejecutores favorece la conducta del otro, y viceversa.

Ese involucrarse puede producirse, desde el punto de vista fenotípico, de diversos modos: el que interviene induce, esparce ideas, consigue medios adecuados para el hecho, elimina obstáculos, recluta a otros que ayudan, etc. Materialmente se trata siempre de una cosa (también en el caso de la inducción): el interviniente aporta algo que el ejecutor utiliza, esto es, razones para tomar la decisión de cometer el hecho, razones para no abandonar el hecho, etc. Al respecto, resulta indiferente si el ejecutor sabe todo lo que está utilizando: también una sugestión refinada que hace al ejecutor creer que ha sido él mismo quien ha encontrado las razones para su hecho o la eliminación "silenciosa" de algunos obstáculos cuya existencia el ejecutor ni siquiera sospecha son utilizados por ejecutor en cuanto éste ejecuta. —¿Por qué son así las cosas? La respuesta no reza que la ejecución es *causada*, pues la ejecución es una conducta "libre", responsable del

ejecutor³²; sino que la intervención *significa* que la ejecución puede ser. *Nota bene*: aquí no se ha de poner en duda que en la intervención puede aparecer una cadena causal, por ejemplo, mediante células cerebrales estimuladas eléctricamente. Lo único que se pone en duda es que esta cadena —aun cuando no se pueda renunciar a ella— proporcione el material para una exposición adecuada (lo cual significa: que armonice con la comunicación cotidiana) de la situación³³.

En este sentido, para acabar, hay que preguntarse por qué la relación del interviniente *con el ejecutor* no se ha descrito como una comunicación —¡la denominación correcta para una relación social!—. La respuesta se encuentra ya, a modo de esbozo, al inicio de este apartado (III.B.2): sí se trata de una comunicación, pero no de una comunicación entre el interviniente y el ejecutor —ese sería un acto demasiado “privado”³⁴—, sino de una comunicación del interviniente *con la norma*: esta es aquello que contradice el interviniente —por medio de mano ajena.

4. Límites de la ejecución

La pregunta relativa a los límites de la ejecución, la cual es, al mismo tiempo, ejecución del interviniente por medio de mano ajena, parece ser fácil de responder: los límites de la

32 Pawlik, *Unrecht des Bürgers*, pp. 272 y ss.; JAKOBS, *fs Lampe*, pp. 568 y ss.

33 En el mismo sentido en cuanto a la conclusión, RENZIOWSKI, *fs Puppe*, pp. 209 y ss., pp. 214 y ss.; DENCKER, *Kausalität*, pp. 39 y ss.

34 Por ello, es desafortunado que yo haya hablado, en lo referente a la relación del interviniente con el ejecutor, de una “transmisión de sentido” [*Sinnvermittlung*]: JAKOBS, *System*, pp. 78 y ss., nota 176; el mismo, *fs Herzberg*, pp. 400 y ss. Una transmisión de sentido tiene lugar en la inducción no oculta, en la complicidad abierta, etc., pero no siempre y, además, tiene que estar referida al contenido de la norma. Con todo, por lo menos la “transmisión de sentido” deja claro que, en todo caso, no se trata de simple “causalidad”.

ejecución vienen dados por los límites del tipo realizado. Ahora bien, puesto que una ejecución puede ser, al mismo tiempo, intervención en otra ejecución, hay que aclarar cuándo se pueden o incluso se deben unir varias ejecuciones en una ejecución global [*Gesamtausführung*]. Por ejemplo, la cuestión de si el homicidio de cien personas judías en un campo de concentración es “solamente” un homicidio de cien personas o es una intervención en destrucciones de millones de ellas conforme a un programa es algo que no se puede deducir únicamente a partir del acontecer exterior del hecho, y debería resultar evidente que la “decisión común de cometer el hecho”³⁵, invocada una y otra vez, no hace justicia a la problemática, pues de ese modo se desplaza la problemática a lo privado. Así, el § 7 apdo. 1 núm. 1. vstGB^{xii}) se orienta acertadamente a que un homicidio tenga lugar “en el marco de un ataque extenso o sistemático contra la población civil”, ésto es, que tenga lugar *objetivamente* en este contexto y no, por ejemplo, con la intención de adaptarse o algo semejante (*infra* III.c).

Cuando Chr. Wolff propone enrodar a los ladrones mientras los hurtos no se puedan combatir de forma efectiva mediante el ahorcamiento³⁶, hace a cada ladrón responsable —siendo coherente con un planteamiento de prevención general negativa— de los hechos de hurto venideros: todos son miembros de un “colectivo del hurto” y tienen que responder de la eliminación del peligro que surge de este colectivo. Se podría ir aún más lejos y juntar simplemente a todos los delincuentes en un colectivo, de manera que todo aquel que infrinja aunque

35 Sobre la problemática, acertadamente, LESCH, DERKSEN, como en III.B.3, nota 29; más referencias en JAKOBS, *fs Herzberg*, p. 397, nota 4.

xii) El § 7 vstGB tipifica los crímenes de lesa humanidad [N. de la T.].

36 CHR. WOLFF, *Vernünftige Gedancken*, § 344; al respecto JAKOBS, *Staatliche Strafe*, pp. 9 y s.

sea solamente *una* norma interviene en un ataque general a la estructura normativa de la sociedad. De este modo, el delincuente se hace, mediante su hecho, miembro del grupo de todos los delincuentes.

Cuando, para resolver sus problemas, una sociedad tiene que unir delincuentes de esta clase o de otra semejante, las ejecuciones singulares adquieren el sentido de intervenciones recíprocas³⁷; piénsese en los vínculos habituales que imputan de manera informal: "los fumadores", "los locos al volante", "los de extrema derecha", "los terroristas", etc. Ahora bien, tal comprensión no se puede introducir sin tener en cuenta cómo se imputa *en general*, y en general debería prevalecer la individualización de los delincuentes, y no su vinculación. Las cosas son distintas cuando varias personas trabajan, unas junto a otras, para alcanzar *una* meta, y cuando el logro del hecho de una persona también satisface —de manera más o menos completa— las aspiraciones de otras personas. Por ejemplo, dos personas que huyen en un vehículo intentan dejar atrás a un perseguidor disparando una de ellas y lanzando la otra a la calle unos pinchos para reventar neumáticos: la respectiva ejecución (supuestamente: de una tentativa de homicidio) es, al mismo tiempo, una intervención en la ejecución del otro (la denominada adición de riesgo)³⁸.

No toda secuencia en el proyecto de realización de un tipo posee límites propios; por ejemplo, no toda maniobra fallida en un proyecto de robo aparece como una tentativa junto a la consumación finalmente lograda, sino que aparece, en el acontecer consumado, como secuencia no autónoma. Ello no es, en el obrar delictivo, diferente de lo que ocurre

37 JAKOBS, *fs Herzberg*, p. 403.

38 JAKOBS, *fs Herzberg*, pp. 404 y s.; allí también sobre las consecuencias accesorias.

en el caso del obrar legal³⁹. De esto resulta, para el caso de la intervención en una secuencia de conductas que constituye una unidad, lo siguiente: si alguien interviene en un ataque, añadiendo un medio a los medios ya existentes o convirtiendo en seguro un medio que ya estaba disponible, pero que tenía efectos inciertos, su conducta significa que el ataque *global* es llevado adelante y, por consiguiente, el interviniente tiene que responder por la consumación, también en el caso de que, al final, la especificación del ataque realizada por dicho interviniente no haya servido de nada. Por ejemplo, quien al sujeto que ha decidido cometer un robo con un escoplo le proporciona una copia de la llave, si bien dicha llave no funciona, debido a que, intuyendo lo que podría ocurrir, la cerradura fue cambiada en el último segundo, de manera que al final sí que es preciso utilizar el escoplo para cometer el robo, interviene en un allanamiento de morada consumado⁴⁰. Ello no constituye una especie de responsabilidad por la consumación sin causalidad de la consumación, pues el arsenal para robar empleado causalmente, ampliado por el interviniente, se ha de entender como una globalidad que no solamente ha sido ampliada parcialmente respecto a lo que originariamente estaba disponible, sino —¡globalidad!— que ha sido modificada globalmente⁴¹.

39 Quien considere que esto no se deriva de la comprensión social de la conducta personal, sino que constituye una cómoda concesión a la praxis, no puede estar de acuerdo con las reflexiones que siguen.

40 JAKOBS, *vs Herzberg*, pp. 401 y s., con referencias en la nota 26; de otra opinión, LK-SCHÜNEMANN, § 27, núm. marg. 8.

41 Las cosas son distintas si, en el ejemplo citado, la entrega de la llave significa, según el contexto dado, que hay que renunciar al escoplo, pues en tal caso no se fundamenta una globalidad.

5. Significado de la conducta, prohibición de regreso⁴²

Hasta aquí se ha argumentado una y otra vez que una conducta con significado delictivo en el estadio previo de una realización del tipo o una conducta ejecutiva ofrecen un fundamento para imputar la ejecución. Las concreciones de la conducta que se han formulado a lo largo de dicha argumentación mostraban de manera bastante patente que la conducta tenía un significado delictivo: inducción, entrega de medios para el hecho que están claramente orientados a la comisión de delitos (pistola), ejecución o coejecución del hecho. La conducta en el estadio previo conduce a la imputación de la ejecución por medio de mano ajena, la ejecución en solitario conduce a la imputación precisamente de dicha ejecución como ejecución de propia mano, la coejecución, por consiguiente, conduce a la imputación de una ejecución que es, de forma mixta, de propia mano y por medio de mano ajena. En lo que sigue hay que determinar, por lo menos a grandes rasgos, qué es lo decisivo para el significado delictivo o no delictivo de una conducta.

42 La teoría de la prohibición de regreso en su forma antigua servía para poner al causante imprudente por detrás el autor doloso y liberar a aquel de pena; últimamente, también en este sentido, NAUCKE, *zstw* 76, pp. 409 y ss.; después, con otra fundamentación (concepto restrictivo de autor, también para los delitos imprudentes, ello, en caso de ausencia de regulaciones de la participación para la imprudencia), RENZIKOWSKI, *Täterbegriff*, pp. 261 y ss., p. 300, p. 301, con observaciones acertadas sobre la inutilidad de esta construcción sistemática. Sobre la nueva forma, véase el texto que sigue, el cual pretende, tras varios intentos, mejorar de nuevo una solución originariamente orientada claramente en términos *subjetivos*-de sentido (JAKOBS, *zstw* 89, pp. 409 y ss.) mediante la determinación del sentido *objetivo*. La amplia bibliografía sobre el tema la recoge KUDLICH, *Unterstützung*; CARO-JOHN, *Das erlaubte Kausieren*; RACKOW, *Neutrale Handlungen*; JAKOBS, *fs Lampe*, p. 564, nota 14; LK-SCHÜNEMANN, § 27, núm. marg. 17-28. De la bibliografía antigua hay que mencionar, en especial: VON BAR, *Gesetz*, p. 750, pp. 761 y ss.; al respecto, SCHUMANN, *Handlungsunrecht*, pp. 59 y ss., p. 64. Véase, también, FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, pp. 230 y ss.

Intervención es el caso de división del trabajo en la comisión de un delito y esta última no puede ser entendida en términos completamente distintos de como se entiende la división del trabajo cotidiana permitida, si es que las conclusiones al respecto deben ser socialmente aceptables. Por una parte, la división del trabajo puede tener lugar de tal manera que, de una secuencia de prestaciones que conduce a un resultado, diversas personas tengan que realizar cada una de ellas una parte, pero no más: dichas personas hacen que su prestación llegue o pueda llegar al siguiente sujeto, y lo que este haga con ella no les atañe. Esta forma de división del trabajo se denomina aquí división del trabajo separadora [*trennende Arbeitsteilung*], pues cada uno es competente por el curso en su segmento de trabajo y permanece separado de los otros segmentos⁴³. Esta concepción, en principio liberal, de la competencia solo por el segmento propio de cada uno ya se encuentra —y ello es poco sorprendente— en Kant⁴⁴:

[...] en esta relación recíproca del albedrío no entra en consideración la materia del albedrío, esto es, el fin que cada uno pretende con el objeto que quiere; por ejemplo, no se pregunta si alguien puede o no sacar provecho de la mercancía que me compra para su propio negocio, sino que solamente se pregunta por la *forma* en la relación del albedrío mutuo, en la medida en que sea considerada como meramente *libre*, y si, de este modo, la acción de uno de los dos se puede conjugar con la libertad del otro conforme a una ley general.

43 Es posible hacer más distinciones: en caso de las "obligaciones de llevar" [*"Bringschulden"*], la prestación tiene que ser transportada a la organización del siguiente sujeto; la separación es, por tanto, menos radical que en el caso de las "obligaciones de entregar" [*"Holschulden"*], etc.

44 KANT, *Metaphysik der Sitten*, p. 337 = B 32 y s.

Por otra parte, existe la división del trabajo *unitiva*, y esta es la división del trabajo propia de una obra común: todo el que presta algo, aunque sea solamente en un segmento, se vincula de este modo con la secuencia que sigue y con su resultado, aun cuando este último solamente lo logre el siguiente sujeto.

Ejemplos de división del trabajo separadora son los negocios de intercambio de la vida diaria (véase la cita de Kant que se acaba de mencionar): se realiza, por ejemplo, a cambio de un pago, un servicio, la transmisión de la propiedad sobre una cosa, una obra, y lo que el receptor haga con lo realizado es solamente asunto suyo; puede deshacer lo realizado mediante el servicio, destruir la cosa o la obra —nada de esto atañe a quien realiza la prestación y, concretamente, tampoco en el caso en que hubiera sabido lo que iba a ocurrir a continuación—. Ejemplos de división del trabajo unitiva son las comunidades de fines que van más allá del intercambio de prestaciones, empezando con el donativo para un “buen fin” —que será realizado más tarde por otro de propia mano— y no terminando en la fundación de una sociedad por acciones para la producción de alimentos de bebé o armas de guerra.

Por consiguiente, la pregunta decisiva relativa a la división del trabajo delictiva reza hasta dónde llega el intercambio separador y dónde empieza la comunidad de fines. Para responder esta pregunta, hay que tener en cuenta dos peculiaridades de la división del trabajo delictiva.

En primer lugar, dado que en los delitos clásicos contra la persona la realización del tipo destruye directamente (y no por medio de personas responsables) derechos de una persona, dicha realización del tipo no es, en general, un acto final marginal cuya realización se suele remitir a personal subordinado (comparable con la entrega de mercancías en una empresa de producción), sino que es el signo más fuerte del obrar delictivo. Por consiguiente, la actuación como último sujeto (de nuevo: por regla general) está delictivamente configurada. Sin em-

bargo, ello solamente rige cuando el último sujeto es, además, garante de que de su conducta no surja ningún daño⁴⁵; ello puede no ser así en casos extremos, a saber, cuando el último actúa en un rol al cual no pertenecen las capacidades que son necesarias para poder evitar determinadas extensiones. El ejemplo más conocido sería el siguiente⁴⁶: un estudiante de biología que trabaja durante las vacaciones como ayudante de camarero descubre, en una de las ensaladas que tiene que servir, una hoja semejante al perejil de la que, sin embargo, sabe, gracias a los conocimientos adquiridos en sus estudios, que es venenosa. Deliberadamente, un cocinero, furioso por haber sido despedido, ha conseguido la hoja y la ha mezclado en la ensalada. El camarero ayudante sirve de forma imparable. No es lo casual del conocimiento lo que excluye el deber garantizar su utilización; los conocimientos casuales pertenecen a los conocimientos cotidianos; por ejemplo, quien casualmente ve unas gafas perdidas en un escalón, no puede (*darf*) pisar en el lugar donde las gafas se encuentran. Los *conocimientos especiales*⁴⁷, que se han de diferenciar de los conocimientos cotidianos, se caracterizan porque su adquisición presupone capacidades que no se esperan ni de todo el mundo ni del portador del rol en el que se actúa, sino que pertenecen a un rol especial (estudiante de biología) que no se da en el caso concreto. Por tanto, allí donde no existe expectativa alguna, tampoco es posible frustrar una expectativa;

45 Sobre la posición de garante, también en los delitos de comisión activa, JAKOBS, *System*, pp. 27 y ss., p. 38, pp. 85 y s., p. 89.

46 JAKOBS, *AT*, 7/49 y ss.; el mismo, *Norm*, p. 98.

47 JAKOBS, *Rechtswissenschaft*, 2010, pp. 309 y ss., con referencias. En cuanto que los conocimientos especiales del camarero ayudante no sean tenidos en cuenta jurídico-penalmente, en el caso del ejemplo el cocinero ha de ser tratado como autor mediato.

expresado de forma drástica: nadie espera de un ayudante de camarero un control biológicamente correcto de los alimentos.

La cuestión de si, en caso de que amenacen daños enormes, se tiene que responder por el socorro omitido (§ 323c StGB) depende de la comprensión de este precepto y no va a ser aquí objeto de investigación. En realidad, se tendría que sobreentender que el último no puede alegar el carácter especial de sus conocimientos cuando él los ha introducido en la situación; por ejemplo, el ayudante de camarero reserva la ensalada y se la sirve más tarde a una persona que le resulta molesta. También debe tener en cuenta sus conocimientos especiales quien tiene que garantizar *sin límites* o *en el ámbito relevante* a la víctima potencial un mundo en común, como, por ejemplo, los padres frente a sus hijos menores de edad (véase, sobre los deberes positivos, *infra* iv).

En segundo lugar hay que tener en cuenta que el significado de una conducta puede venir fijado expresamente por la ley o según la sistemática de los preceptos legales y, en concreto, (1) como delictivo o, en cambio, (2) precisamente como no delictivo. (1) Cuando la ley suprime la libre disponibilidad de "algo", normalmente de objetos corpóreos, aunque también es posible que se trate de informaciones, debido al peligro de su uso (también) delictivo, o vincula tal disponibilidad a condiciones (permiso de armas), el disponer incumpliendo los límites legales no significa que el sujeto que entrega esté proporcionando al receptor algo cuya utilización no le atañe (a quien entrega), sino que significa que quien entrega posibilita al receptor un delito. Prototipos de conducta claramente delictiva son la entrega de armas que no están disponibles de forma libre o también de venenos de acceso restringido o de materiales radioactivos. En tales supuestos, puede faltar la parte subjetiva de la intervención (la cognoscibilidad de las malas intenciones del receptor), pero la imagen objetiva muestra el posible llevar adelante [*Voranbringen*] un delito.

Por ejemplo, es posible que quien entregue a un colega que finge querer escribir una novela criminal una pistola "Luger" junto con la munición, para que este último se familiarice con el manejo del arma y pueda así narrar los detalles de forma realista, no reconozca que dicho colega planea un delito, pero *objetivamente* ha llevado adelante el proyecto.

(2) A la inversa, el Derecho puede privar a una conducta de significado delictivo en la medida en que obligue a la realización de dicha conducta. El ejemplo principal lo constituye el pago de deudas vencidas, en especial, de deudas dinerarias. Por ejemplo, ningún tribunal civil escuchará, conforme a la situación legal actual, la objeción de que, con el dinero que se le ha de entregar, el acreedor quiere financiar negocios no permitidos de armas, trata de seres humanos o pornografía infantil, incluso quizá también apoyar a una organización criminal: esto solamente puede significar que el pago puntual de las deudas dinerarias es un acto neutral, esto es, sin significado delictivo. —Una pregunta distinta, que aquí no va a ser tratada, reza cuándo cesa una obligación por supresión de su fundamento. Por ejemplo, las armas de guerra encargadas y ya pagadas no pueden ser suministradas cuando el país del receptor ha declarado la guerra al país del suministrador.

Cuando falte una determinación legal del significado —mediante una prohibición o mediante un deber—, hay que centrarse en el significado vigente en el trato social corriente. Se trata de una analogía con la definición de la conducta no permitida en el marco de la denominada imputación objetiva. Ahora bien, se trata solamente de una analogía, ya que una conducta en el estadio previo no es, por su parte, arriesgada de forma no permitida, es decir, no es injusto; por tanto, dicha conducta tampoco infringe la garantía de libertad de daños que hay que prestar a la (posterior) víctima. No obstante, dicha conducta constituye un fundamento para imputar aquella infracción de la garantía que realiza posteriormente el ejecutor

(también) a quien actúa en el estadio previo, como su propia (de este último) infracción de la garantía (por medio de mano ajena). Por consiguiente, se puede decir que el riesgo no permitido en el ámbito de la ejecución se corresponde con la infracción de la incumbencia en el ámbito del interviniente; contrariamente a la incumbencia, porque el interviniente se introduce, mediante su aportación, en el curso hacia la ejecución y, por ello, tiene que cargar con la desventaja de no poder ser distanciado de la ejecución (si esta tiene lugar). Para determinar esta infracción de la incumbencia⁴⁸ se pueden mencionar algunas "reglas básicas".

Primera regla (no hay imputación)

Quien mediante su conducta no modifica *nada* en la esfera de organización de otra persona o solamente realiza modificaciones que tiene derecho a llevar a cabo no interviene cuando la otra persona toma la mera forma de conducta como ocasión para cometer un delito. Esto es así porque, en tal caso, las esferas de organización son vinculadas arbitrariamente solo por la otra persona. Por ejemplo, si, conforme a lo esperado, unos terroristas matan a un político "porque" se está dirigiendo un proceso judicial contra un correligionario, el tribunal no ha intervenido en el asesinato. Si la madre mata al

⁴⁸ Quien tenga problemas o experimente resistencia para entender el cambio de una infracción de la incumbencia a la infracción de un deber por medio de mano ajena puede concebir al interviniente como órgano del ejecutor: tal planteamiento no genera resultados distintos de los que se han formulado aquí, pero quizá de este modo resulte más plausible que una conducta en el estado previo de la propia ejecución o de la ejecución de otro, de cuyo órgano hace las veces, ha de quedar en lo privado —presupuesto el carácter liberal de la sociedad—. La metáfora "órgano" también resulta acertada en el caso en que el ejecutor no sabe que el interviniente ha llevado adelante la realización de su planificación: con frecuencia, uno es consciente de la prestación de sus órganos.

hijo común "porque" el padre abandona la familia, el padre puede haber cometido, por su propio estatus, su *propio* delito contra el niño, pero no interviene en el hecho de la madre (véase *infra* "Adición").

Segunda regla (no hay imputación)

El significado de las prestaciones usuales de la vida cotidiana no depende de cómo piense el receptor proceder con las prestaciones realizadas, sino que se mantiene el significado usual: la prestación es neutral. Por ejemplo, la venta de un condimento para la sopa es un negocio neutral, con independencia de si el comprador quiere emplearlo para ocultar el sabor del veneno o para mejorar el sabor de la comida de los pobres que comen en un "comedor de pobres". Las prestaciones cotidianas en masa —ventas, realización de prestaciones de servicio (en especial, desplazamientos en taxi), etc.— pueden fundamentar la sospecha o incluso la seguridad de que, con lo prestado, se obrará de forma delictiva —el "veneno para ratas" empleado contra perros, el desplazamiento en taxi hecho para un traficante de drogas o el trayecto al burdel no para un cliente, sino para un traficante de seres humanos—, pero la toma en consideración de estas extensiones (que pueden ser perfectamente conocidas) conduciría a una "economía de nodrizas" que ya Goethe criticó como tumba de toda autonomía.

Tercera regla (imputación)

Al carácter usual de una prestación de la vida cotidiana pertenece también un contexto usual como configuración usual del entorno en el que se produce la prestación. La prestación pierde su neutralidad y se convierte en delictiva cuando el delito ya define el entorno. Por ejemplo, prestar una hoz en un jardín al vecino es un suceso neutral, pero deja de serlo

cuando el vecino está estrangulando a su mujer⁴⁹. —Un caso más serio: en un campo de concentración una conducta solamente sería neutral cuando, sin dicha conducta, la situación sería todavía peor. Frente a un recluso, el panadero actúa de forma neutral, pero el guarda, no, pues este último favorece la empresa global y responde por las consecuencias⁵⁰.

Cuarta regla (imputación, casos básicos, 1.ª parte)

Quien orienta su conducta *especialmente al aspecto delictivo* de la planificación de otro (por tanto, fracasa por su parte cuando el otro abandona su disposición delictiva) no puede ser distanciado de la realización de dicha planificación. Se trata de los casos “normales” de intervención⁵¹, empezando con la

49 Un ejemplo de la imputación social general: hacer producir en Bangladesh productos textiles a bajo coste parece astuto, pero se convierte en intervención en una explotación mortal cuando fábricas estáticamente mal construidas se hunden y entierran a cientos de personas (como ocurrió en la primavera de 2013).

50 Detalladamente con referencias, también respecto al caso “Demjanjuk”: KURZ, *zIS* 2013, pp. 122 y ss.

51 A este lugar y solamente a este lugar, esto es, solamente a la intervención, pertenece la figura —erróneamente— denominada del autor detrás del autor (afirmativamente: SCHROEDER, *Täter*, pp. 143 y ss.; ROXIN, *FS Lange*, pp. 160 y ss., pp. 168 y ss.; el mismo, *AT II*, 25/102 y ss.; M. K. MEYER, *Ausschluß der Autonomie*, pp. 99 y s.; NOLTENIUS, *Kriterien*, pp. 289 y ss., con referencias respectivamente, en lo esencial, en los mismos términos que en el presente trabajo: BLOY, *Beteiligungssform*, pp. 358 y ss.): la persona de cuya autoría se trata genera en el ejecutor un error sobre la identidad de la víctima, que es, a continuación, atacada, produciéndose como consecuencia su muerte (caso “Dohna”). En la situación, tal como esta es objeto de discusión, la provocación del error recibe su significado de la planificación delictiva del ejecutor y lleva adelante la realización de dicha planificación, si bien sin influir en la susceptibilidad de imputación al ejecutor (no hay autoría mediata!). Ahora bien, si la provocación del error se encuentra en un contexto en el que, sin tener en cuenta la disposición al delito, aquella es significativa (por ejemplo, se puso en camino a la posterior víctima, vestida, por razones plenamente social-adequadas, de una manera que favorecía la confusión) ni siquiera concurre una intervención, sino a lo sumo una omisión del socorro debido (§ 323c StGB).

inducción, en los que el significado de la conducta de quien interviene depende de la producción del curso delictivo. Por ejemplo, a petición del vecino, que es un ladrón versado, uno le presta un escoplo —no hay intervención, sino una amabilidad cotidiana—; en cambio, sí interviene quien al vecino, que se pone en camino, le mete el escoplo en el bolsillo, sin que el vecino se lo pida⁵². (2.^a parte): quien realiza una prestación adaptada significativamente a una planificación delictiva no puede ser distanciada de la realización de dicha planificación. Expresado de forma drástica: quien construye una bomba por encargo interviene en la preparación del atentado con explosivos, y quien hace fracasar una legítima defensa interviene en la conducta de agresión.

Quinta regla (imputación)

Quien constantemente aporta a otro prestaciones que, en sí, son cotidianas interviene en un delito en cuanto el “mosaico” resultante anuncia el curso delictivo. Por tanto, quien deja que se valgan de él como “suministrador” no será juzgado por lo que haya “suministrado” en el caso singular, sino según lo que muestra la *imagen global*. Por ejemplo, puede que, en sí, la comprobación de la ubicación de un banco y de las horas de apertura, del camino más corto hasta la autopista, de la situación del puesto de policía más próximo, etc., aparezcan como poco expresivos, pero tomados juntos, como “mosaico”, revelan la intervención en la preparación de un atraco a un banco. *Dicho a modo de tópico*: no interviene todavía quien

52 Lo relevante no es la *intención* de quien actúa, sino si su conducta se puede presentar como acto de organización que tiene sentido (no solamente basado en una mera arbitrariedad espontánea) para él, también sin tener en cuenta la planificación delictiva del otro. Si ello es así, a la intervención le falta el lado objetivo. Véase también la nota previa *in fine*.

lleva las tareas del hogar de un delincuente, pero sí quien organiza las tareas del delincuente, esto es, la logística de la preparación del delito.

Adición

Una posición de garante que obliga a construir con la víctima potencial un mundo en común (en un ámbito) conduce a un delito *propio* del garante. Porque, dado que el garante tiene que inhibir inmediatamente un curso peligroso, también le atañe el deber de no poner tal curso en marcha. En ello no concurre una intervención en el delito de otro, sino directamente un delito contra el beneficiado por la garantía (véase *supra* primera regla *in fine* e *infra* IV sobre los deberes positivos).

„Aquí se renuncia a entrar en más detalles. Quizá se puede ampliar la lista de las reglas o —aún mejor— se pueden precisar dichas reglas. De todos modos, tiene que quedar claro que lo decisivo no es el dolo o la imprudencia, esto es, circunstancias del mundo de una persona singular, sino las configuraciones mediante la sociedad.

6. Accesoriedad estricta⁵³

Si un sujeto que actúa solo prepara un delito, ello constituye un fundamento para imputarle la ejecución realizada por él más adelante (*infra* III.D), pero si interrumpe antes de la ejecución (antes del inicio de la tentativa), queda libre de pena (sin que sean necesarias las reglas del desistimiento), salvo que sean aplicables preceptos especiales: también su propia

53 Normalmente se suele hablar de accesoriedad “extrema” cuando se presupone una ejecución culpable (o una intervención culpable en la que, por su parte, tiene lugar una intervención), pero la división del trabajo entre personas *responsables* no es un caso extremo, sino el caso normal.

conducta en el estadio previo es accesorio, es decir, no es un injusto, sino un fundamento para imputar el injusto de la ejecución venidera (aun cuando, *nota bene*, también la ejecución ofrece un fundamento para la imputación). De esta manera también se puede explicar cómodamente la accesoriedad de la conducta en el estadio previo realizada por otra persona (distinta de la persona que ejecuta): dicha conducta tampoco es un injusto en sí misma, sino que constituye un fundamento para imputar la ejecución, como su propia contrariedad a la norma (si bien realizada por medio de mano ajena), como su injusto, a aquel sujeto que actúa llevando adelante en el estadio previo.

Ya se ha explicado esta imputación, como injusto propio, de un injusto realizado por mano ajena (*supra* III.B.2). Para repetirlo y aclararlo conviene decir que formalmente se trata del mismo proceso que se aplica en la imputación del *resultado* al ejecutor. También en tal caso hay *accesoriedad* respecto a un curso que, a partir de un determinado momento, deja de ser influenciable: el resultado grava *si se produce* y, si no se produce, no grava. Con otras palabras, el ejecutor, mediante la ejecución, se pone a sí mismo en una situación en la que ya no puede ser distanciado del resultado de su conducta, en caso de que dicho resultado se produzca⁵⁴. Algo semejante ocurre en la intervención en el estadio previo: mediante dicha intervención, la persona que actúa se pone en una situación en la que no puede ser distanciada de la ejecución en caso de que esta última se produzca, sino que la debe aceptar como su propio injusto. La accesoriedad es la consecuencia claramente evidente de la vinculación de dos principios que, por su parte, son también claramente evidentes, a saber, primero,

54 JAKOBS, *System*, pp. 69 y s.

que solamente la ejecución constituye un injusto y, segundo, que la intervención en un delito ha de ser posible.

En este estado de cosas, "solamente" falta decidir qué propiedades delictivas tiene que presentar aquella conducta en la que alguien interviene. Las expresiones de la ley son bastante vagas: en el caso de la comisión en común de un "hecho punible", cada comitente debe ser castigado "como autor... (coautor)" (§ 25 apdo. 2 StGB). Esta fórmula admite la coautoría imprudente. En cambio, la inducción y la complicidad solamente son posibles, según la ley, en su forma dolosa, y solamente respecto a un hecho antijurídico cometido dolosamente (§§ 26, 27 StGB). Además, cada interviniente debe ser castigado según la medida de su propia culpabilidad (§ 29 StGB). Este complejo de regulaciones, no especialmente homogéneo, se basa en esencia en la doctrina del finalismo⁵⁵, que, como es sabido, diferencia entre dolo [*Tatvorsatz*] y conciencia del injusto [*Unrechtsbewusstsein*] y adjudica al primero la acción y a la última, en cambio, la culpabilidad: según este planteamiento, la intervención solamente es posible en el caso de ejecuciones con dolo, pero no presupone una ejecución culpable (accesoriedad limitada —limitada a la exigencia de dolo—)⁵⁶.

Esta regulación es, por dos razones, simplemente errónea. En primer lugar, no se puede efectuar la separación entre el dolo y el elemento de la culpabilidad de la conciencia del injusto, pues todos los elementos del tipo se han de interpretar como configurados de manera normativa y, concretamente, con la consecuencia de que el conocimiento de su realización abarca la conciencia de comportarse injustamente. Por ejem-

55 Ya plenamente desarrollado por WELZEL, *zstw* 58, pp. 537 y ss.; sin alteración en lo que respecta a los rasgos esenciales, el mismo, *Strafrecht*, pp. 98 y ss., pp. 111 y ss.

56 Ya BGH 9, pp. 370 y ss., pp. 374 y ss.

plo, el homicidio lesiona el *derecho* a la vida de una persona, no solamente la constitución biológica de un ser humano⁵⁷. En segundo lugar, en los casos de seres humanos mentalmente enfermos se trata —y, a saber, con la formulación de Welzel— de “meros movimientos instintivos”⁵⁸, por mucho que puedan ser “ejecutados de manera extraordinariamente refinada”. Pero en los “meros movimientos instintivos” se puede intervenir tan poco como en la conducta animal o en los procesos de las máquinas, puesto que estos no significan nada. La accesoriedad limitada sufre —vista desde la perspectiva actual— del carácter irresoluto del finalismo, que ciertamente pretende, de manera acertada, definir el injusto “de forma personal”, pero se para en incorporar al injusto el poder *instrumental* de la persona y dejar en la culpabilidad aquello que es fuente de sentido⁵⁹.

57 JAKOBS, *Rechtswissenschaft*, 2010, pp. 299 y ss., con referencias. Por cierto, una constitución biológica *per se* no puede ser lesionada, sino solamente modificada.

58 WELZEL, *zstw* 58, pp. 504 y s.

59 JAKOBS, *Handlungsbegriff*, pp. 41 y ss.; el mismo, *GA* 1996, p. 268; el mismo, *GA* 1997, pp. 562 y ss.; WALTER, Kern, pp. 207 y ss.; PAWLIK, *Unrecht des Bürgers*, pp. 274 y ss. Las exigencias respecto a la conducta, respecto a la cual el interviniente tiene que responder de haberla llevado adelante [*Voranbringen*] derivan del concepto de acción definido materialmente (y no solo didácticamente). En el planteamiento de WELZEL (*supra* nota 62), esto es evidente. Sin embargo, su solución merece ser criticada: dejando totalmente de lado la imposibilidad, ya mencionada, de separar el dolo respecto al tipo y la conciencia del injusto, un concepto de acción que excluye la culpabilidad se queda encallado en lo instrumental (enérgicamente, PAWLIK, *Unrecht*, pp. 265 y ss., pp. 293 y ss.) y no puede presentar a la acción (sea esta antijurídica o no) como portadora de sentido socialmente decisivo. Por ello, el concepto de acción tiene que incorporar la culpabilidad. Sin embargo, en contra de esto se ha sostenido que este concepto de acción es un concepto de delito (SCHILD, *GA* 1995, p. 116, pp. 117 y ss. y en otros lugares); además este concepto “destruye el aumento en claridad [...] que” aporta “la función negativa de un concepto de acción previo al tipo” (LK-WALTER, previos al § 13, núm. marg. 28) y los elementos del delito absorbidos por el concepto de acción tendrían que ser reconstruidos de nuevo como conceptos auxiliares (NK-PUPPE, previos al § 13, núm. marg. 50; ROXIN, *GS Dedes*, p. 246). Al respecto hay que observar: (1) Cuando una definición naturalística de la acción se opone a una definición personal (y

A quien actúa sin culpabilidad (aunque lo haga antijurídicamente) le falta la competencia para oponer el significado de su conducta al significado de la norma; esto se deriva de la definición de la culpabilidad. Que un acontecimiento sea "dirigido" por una persona que actúa sin culpabilidad o —quizá de manera "más refinada"⁶⁰— por un ordenador constituye, ciertamente, una diferencia desde el punto de vista fenotípico, pero jurídicamente no hay, en ninguno de los dos casos, una toma de posición competente respecto a la estructura normativa de la sociedad. Por consiguiente, la intervención presupone una ejecución culpable y, en el caso de la intervención en cadena (de la intervención en una intervención, etc.), cada eslabón ha de ser juzgado como conducta que infringe de manera imputable [*zurechenbar*] la incumbencia.

Excurso: autoría mediata

No se puede admitir la objeción de que en este planteamiento se darían lagunas de punibilidad: el actuar mediante un

WELZEL quería una definición personal [nota 62], y también la quiere ROXIN [FS *Dedes*, pp. 250 y ss.]), se tiene que incorporar la culpabilidad (o, en caso de conducta permitida, su pleno carácter imputable). Sobre la conducta en el estadio previo, véase *infra* III.D), pues, de lo contrario, solamente se abarca a la persona con su poder instrumental, esto es, precisamente no como creador de significado socialmente relevante. PAWLIK (*Unrecht*, p. 266) afirma de forma plástica que la acción delictiva en WELZEL es la "conducta errónea de un ser natural técnicamente competente". Por tanto, no se trata de la didáctica de la construcción del delito (en ella, puede llamarse "acción" a muchas cosas), sino del concepto de la producción de sentido de una persona (en este sentido, en cuanto al contenido *MK-FREUND*, previo al § 13, núm. marg. 138). (2) Que para explicar un concepto se tengan que introducir conceptos auxiliares es algo que ocurre siempre que no se empieza con un factor totalmente elemental; así, por ejemplo, WELZEL no escamotea el "acto de arbitrariedad" [*Willkürakt*] y la "causalidad", sino que los integra en una totalidad (por cierto, acotada de manera demasiado general), y la acción de ROXIN como "expresión de la personalidad" tampoco se puede explicar sin conceptos auxiliares (AT I, 8/44; GS *Dedes*, pp. 250 y ss.).

60 WELZEL, como en la nota 58.

sujeto no responsable (también se está pensando en un sujeto no responsable debido a una causa de justificación, pero no en un sujeto en sí responsable que, debido a la falta de cualificación, no realiza ningún tipo) es autoría mediata, y puesto que esta última —en rigor, y no metida en un receptáculo con “casos marginales no resueltos”— precisamente *no* es un caso de intervención, sino un caso de comisión *directa* fenotípicamente enmascarado, aquí solamente será tratada con rapidez.

Ahora bien, en el caso del delito especial se excluye la autoría mediata por medio de un no obligado especial, y la impunidad que, por esa razón, resulta en caso de que actúe un obligado especial sin culpabilidad es la solución correcta, y no, en cambio, la construcción de una intervención en el hecho de un no culpable!⁶¹ Ciertamente, los deberes especiales atañen siempre a instituciones de significado social *general* (detalladamente, *infra* IV.B, respecto a la intervención en el hecho de un sujeto positivamente obligado), de manera que no debería ser evidente que el Derecho vigente exima parcialmente al sujeto no obligado especial en caso de que coopere con un obligado (§ 28 apdo. 1 stGB)^{XIII}. ¿Por qué al inductor de una prevaricación no se le debería conminar con la misma pena que rige para el juez? Sin embargo, el significado social general no cambia en nada la incapacidad del no obligado especial de corromper *por sí mismo* eficazmente la institución a la que él ni siquiera pertenece, pues para la corrupción eficaz es necesaria la cooperación de un obligado. Con un ejemplo (del § 339 stGB): una parte que elabora la falsificación de una

61 Acertadamente, WALTER, Kern, pp. 207 y ss.

XIII) § 28 *Besondere persönliche Merkmale*. (1) *Fehlen besondere persönliche Merkmale* (§ 14 Abs. 1), *welche die Strafbarkeit des Täters begründen, beim Teilnehmer (Anstifter oder Gehilfe), so ist dessen Strafe nach § 49 Abs. 1 zu mildern*. Conforme al § 28 apdo. 1 stGB, si en el partícipe (inductor o cómplice) faltan elementos personales especiales que fundamentan la punibilidad del autor, se ha de atenuar la pena de dicho partícipe [N. de la T.].

sentencia prevaricadora desautoriza la integridad de la Administración de Justicia⁶² tan poco como dicha integridad es desautorizada cuando, por iniciativa de una parte, un juez enfermo mental escribe la sentencia: este último no puede, con sus "meros movimientos instintivos"⁶³, organizar o corromper competentemente las reglas de la institución⁶⁴.

Por lo demás, la autoría mediata no plantea dificultades: como ya se ha dicho al inicio del excurso, es, si se restringe estrictamente a los instrumentos no responsables, una autoría *directa*⁶⁵ —si bien fenotípicamente ha surgido como ajena— y caracterizada por el hecho de que el hombre de delante (que es ¡aparentemente! el ejecutor) no actúa delictivamente porque no actúa de manera dolosa ni imprudente o porque actúa de manera justificada o (si no) sin culpabilidad⁶⁶. Mediante la

62 No obstante, se puede desautorizar la capacidad de la Justicia para confeccionar sus documentos.

63 WELZEL, como en la nota 58.

64 Esta conclusión no dice nada sobre la respuesta a la pregunta de si la sentencia vale como eficaz, por razones de *seguridad* de las sentencias.

65 Muy controvertido; últimamente, de otra opinión, con referencias detalladas; HAAS, *Theorie*, pp. 80 y ss. La decisión es especialmente relevante para el inicio de la tentativa: ¿es tentativa "instalar" el instrumento (la denominada solución singular) o su uso para la realización del tipo (la denominada solución global)? A favor de la solución global se alegan principalmente dos argumentos. En primer lugar, el autor mediato debe ser tratado como si él (también) realizara de propia mano las aportaciones del instrumento al hecho (SK-HOYER, § 25, núm. marg. 147) y, entonces, actuando en lugar del instrumento, la "instalación" no puede constituir el inicio de la tentativa porque aquella no tiene lugar. Pero no se trata de suposiciones virtuales sobre quien actúa, sino de la libertad de responsabilidad dada y, en este sentido, el carácter de naturaleza del instrumento. En segundo lugar, se argumenta que el instrumento no actúa causalmente a ciegas, sino que su actuar es "hacer personal, específicamente humano, dirigido por la voluntad" (KÜPER, KZ 1983, p. 369, columna 1). Pero si ello es así, ¿por qué entonces se trata siquiera de un instrumento? El actuar es personal solamente de forma defectuosa, y en el ámbito del defecto, a lo sumo, todavía instrumental, pero en todo caso equivalente a la naturaleza.

66 Sobre la exclusión de otros casos que se discuten en la bibliografía, véase JAKOBS, AT 21/100. Según NOLTELIUS, siguiendo a KÖHLER, AT, pp. 505 y ss., la autoría

exclusión de la imputación al hombre de delante, este último no puede —tampoco en el caso de la justificación— producir sentido *delictivo*; tal sentido delictivo lo produce el *mismo* hombre de detrás.

Se debe admitir que, no obstante —como ocurre siempre que las concreciones devienen más precisas—, las posibilidades de error aumentan. Si la culpabilidad del ejecutor se convierte en condición de la intervención, en el caso de la intervención dolosa el interviniente tiene que conocer aquella culpabilidad. Pero cuando se parte de la accesoriedad limitada, tampoco se puede renunciar a este conocimiento para deslindar entre intervención y autoría mediata. La otra cara sería más importante: en el planteamiento de la accesoriedad limitada, la suposición errónea de la culpabilidad del ejecutor deja la posibilidad de una intervención en una ejecución no culpable; en cambio, en la accesoriedad estricta, solamente queda la *tentativa* de una intervención, lo cual debería ser la solución preferible, puesto que el interviniente no ha favorecido ninguna conducta con significado delictivo, sino que solamente ha comenzado a hacerlo, sin lograr el favorecimiento.

Puesto que la autoría mediata es un caso enmascarado de autocomisión [*Selbst-Begehen*], en ella no existe prohibición de regreso, sino que rigen las reglas habituales relativas a la definición de la conducta no permitida, lo cual significa, en

mediata solamente entra en consideración cuando el mediador actúa “sin conocimiento de la lesión” o supone los presupuestos *facticos* de una justificación. En los demás casos, el mediador, por ejemplo como enfermo mental o sujeto coaccionado, lesiona, pese a no existir culpabilidad, la “relación en Derecho” (“relación de reconocimiento”) con la *misma* víctima (NOLTENIUS, *Kriterien*, pp. 256 y ss., pp. 263 y ss., pp. 287 y s., pp. 288 y ss. y *passim*). Pero ¿qué significa en este contexto “lesionar”? En la medida en que la institución que excluye la culpabilidad está asegurada (dudas discutibles en el planteamiento de NOLTENIUS respecto al estado de necesidad disculpante, pp. 306 y ss.), queda un causal final *puramente instrumental*, esto es, carente de significado. Crítico con el planteamiento de KÖHLER, también, ROXIN, *AT II*, 25/178 y ss.

especial, que solamente puede haber autoría mediata cuando el hombre de detrás tiene el deber de tomar en consideración el defecto de imputación que concurre en el hombre de delante; con otras palabras, cuando el hombre de detrás, en caso de no tener en cuenta dicho defecto de imputación, se comporta arriesgadamente de forma no permitida (contrariamente a la garantía)⁶⁷. Expresado de manera drástica, quien vende a un ama de llaves dos kilos de sal, sabiendo perfectamente que esta pretende abonar con dicha sal las orquídeas de su "señorío", no comete unos daños en autoría mediata, puesto que él no está obligado a proteger al "señorío" de las consecuencias de las estupideces de su personal.

7. Dolo e imprudencia

La intervención, recapitulémoslo, es una conducta que ofrece un fundamento para imputar a un sujeto la ejecución de un hecho como su propia ejecución, aunque no ejecuta de su propia mano. Existe un fundamento cuando la conducta de intervención lleva adelante la ejecución de una manera que no cae bajo la prohibición de regreso. Por "ejecución" se entiende la realización del tipo, empezando con la tentativa de delito y acabando con la producción de la última partícula del resultado. La cuestión de si el ejecutor sabe de las prestaciones que fueron aportadas por las intervenciones es irrelevante, lo cual, no obstante, no excluye que, desde el punto de vista práctico, determinadas prestaciones se convierten en prestaciones favorecedoras solo mediante el conocimiento del ejecutor; por ejemplo, en el caso de inducciones⁶⁸ o de indicaciones útiles sobre cómo habría que proceder, etc.

⁶⁷ JAKOBS, GA 1997, pp. 559 y ss.

⁶⁸ Respecto a un caso —desde luego, rebuscado— de una inducción que surte efecto, pero que no es conocida como tal, véase *supra* III.B.3, texto previo a la nota 32.

Conforme a la concepción aquí defendida, no existen ejecuciones inevitables (véase *supra* III.B.6), por lo que si se deja fuera el problema fastidioso (y no específico de la intervención) del *dolus indirectus*, quedan las ejecuciones dolosas e imprudentes⁶⁹. Tales ejecuciones pueden ser llevadas adelante y, en concreto, de nuevo mediante una conducta de intervención dolosa o imprudente; una conducta inevitable de intervención no ofrecería fundamento alguno para imputar la ejecución. —Puesto que la intervención dolosa en una ejecución dolosa constituye, por así decirlo, el “núcleo duro” de la teoría de la intervención, queda pendiente de discutir⁷⁰: (1) la intervención imprudente en ejecuciones dolosas, (2) la intervención dolosa

69 Sobre el *dolus indirectus*, JAKOBS, *Rechtswissenschaft*, 2010, pp. 306 y ss.; el mismo, *zstw* 114, pp. 584 y ss. También la conducta imprudente crea de forma evitable (si no, no sería imprudente) un riesgo no permitido y, por consiguiente, *significa* “lesionar” (aquí no se diferencia entre imprudencia respecto al tipo e imprudencia respecto al Derecho; *supra* III.B.6, texto relativo a las notas 57-59). La imprudencia es siempre imprudencia inconsciente (JAKOBS, *AT* 9/3) y en esta se discute la posibilidad de que concurra culpabilidad (negándolo: ARTHUR KAUFMANN, *Schuldprinzip*, pp. 140 y ss., pp. 156 y ss., pp. 223 y ss.; KÖHLER, *Fahrlässigkeit*, pp. 321 y ss., pp. 373 y ss. [al respecto, JAKOBS, *AT* 9/5, nota 7]; el mismo, *AT*, pp. 172 y s.; BOCK, *zstw* 103, pp. 636 y s.). Cuando se dice que, al castigar la imprudencia inconsciente, el sujeto “es sometido a un proyecto de orden presupuesto de forma objetivista” (KÖHLER, *zstw* 114, pp. 186 y s.), se ignora que la libertad de conducta que el sujeto reclama para sí solamente es susceptible de ser organizada si cada persona libre garantiza la seguridad para el tráfico [*Verkehrssicherheit*] de su conducta, y esto no solamente significa no actuar conscientemente de forma antijurídica (una actuación con conocimiento del injusto constituye, no obstante, un quebrantamiento evidente de la garantía), sino tampoco actuar “sin ton ni son”, esto es, sin la certidumbre de moverse en el ámbito del riesgo permitido. Con ello no se están formulando pretensiones exageradas, pues en todas las situaciones estereotipadas-cotidianas, la certeza de permanecer dentro del ámbito del riesgo permitido se comprende, junto con la misma situación como propiedad de esta última. Sobre la necesidad de la garantía, véase PAWLK, *Unrecht*, pp. 367 y ss., pp. 371 y s.; próximamente, JAKOBS, “Drei Bemerkungen zum funktionalen Schuldbegriff”, en: Heger y otros (eds.), *Festschrift für Kristian Kühl*, 2014, pp. 279 y ss., pp. 287 y ss.

70 Respecto a lo que sigue: ORTO, *FS Spendel*, pp. 271 y ss.; RENZIOWSKI, *Täterbegriff*, pp. 261 y ss.; VAN WEEZEL, *Beteiligung*, pp. 69 y ss., pp. 171 y ss.; LK-SCHÜNEMANN,

en ejecuciones imprudentes y (3) la intervención imprudente en ejecuciones imprudentes. Todas estas relaciones de intervención son posibles, si bien la forma de evitabilidad en el interviniente no se refiere a una realización del tipo, sino a la infracción de una incumbencia, esto es, a la conducta que proporciona el fundamento para imputarle la ejecución.

(Respecto a 1) La intervención imprudente en una ejecución dolosa es la que plantea las menores dificultades. Ciertamente, durante mucho tiempo, esta ha sido considerada como el caso fundamental de la prohibición de regreso⁷¹, si bien ello era así solamente porque se ignoraba que la aportación de intervención tiene que presentar un tinte delictivo, y no solamente llevar adelante "de alguna manera de forma previsible" la planificación de un delito doloso. Si esta exigencia se toma en serio, queda claro que también es posible llevar adelante una ejecución imprudentemente, a saber, cuando esta aportación —en una situación que, por lo demás, no cambia en nada respecto al dolo— se ignora de forma evitable. Por ejemplo, si quien entrega el arma del hecho (arma de acceso no libre) a quien próximamente será ejecutor de un asesinato, interviene en este último, también interviene quien ignora la evidente predisposición a cometer el hecho del receptor del arma o quien —quizá sabiendo incluso de la predisposición a cometer el hecho— no tiene en cuenta que el arma que cuelga desprotegida en la guardarrope es una tentación insuperable. Tal conducta difícilmente puede concebirse como ejecución imprudente, pues el imprudente no mata directamente, sino mediatamente, esto es, por medio de mano ajena, y, por ello, concurre una intervención imprudente en un hecho doloso.

§ 25, núm. marg. 215 y ss. La exposición que se ha realizado aquí sigue, en el planteamiento, a VAN WEEZEL; por lo demás, a ninguno de los mencionados.

71 Véase *supra* III.B.5, nota 42.

—También es posible la inducción imprudente, por ejemplo, cuando un parlanchín no se da cuenta de que el lábil destinatario de su perorata toma como vinculantes las fantásticas promesas de recompensa que el parlanchín no ha formulado en serio.

(Respecto a 2) En cuanto a la intervención dolosa en ejecuciones imprudentes⁷², la ley y la doctrina usual la califican como autoría mediata, lo cual, sin embargo, no es del todo correcto. En primer lugar, hay que determinar si el que actúa dolosamente siquiera debe tener en cuenta la imprudencia del otro (y, solamente en tal caso, el otro es su instrumento). Para ello, ese sujeto que actúa dolosamente ha de tener el deber de garantizar frente a la víctima potencial que el defecto no conduzca a un daño para ella (véase *supra* III.B.6. *in fine*), lo cual ocurriría cuando él (quien actúa dolosamente) ha provocado o manipulado la falta de dolo del otro *astutamente* (infringiendo su derecho a la verdad). Por ejemplo, un cazador anima a otro a disparar a un matorral, en el cual no se esconde un venado, sino la “mujer que recoge hierbas”, conocida de los casos de cátedra. —La competencia de quien engaña por el defecto de orientación del engañado conduce a una autoría mediata, pero esto no resuelve completamente el problema, pues *en la medida en que* en el engañado queda culpabilidad (y la conducta del último ejemplo contradice la *lex artis* de la caza), este comete un hecho y la intervención *en tal hecho* es posible. La intervención y la autoría mediata se entrecruzan en una *forma mixta* siempre que en el instrumento queda culpabilidad (en esa medida, este no es *completamente* un instrumento). Al final, hay que centrarse en qué vía (autoría mediata o intervención) es la más fuerte y, especialmente en el caso de la “imprudencia de Derecho”, la vía más fuerte

72 Detalladamente, con referencias, RENZIOWSKI, *Täterbegriff*, pp. 266 y ss.

puede ser la de la intervención. Por ejemplo, si alguien muerde el anzuelo y cree la estúpida afirmación de otro conforme a la cual en el bosque estatal está permitido a cualquiera talar árboles, el fundamento de la imputación sería más la intervención en unos daños cometidos en imprudencia de Derecho que la autoría mediata por medio de un instrumento que, a lo sumo, estaría mínimamente disculpado.

(Respecto a 3) En lo que concierne a la intervención imprudente en un hecho imprudente, las cosas son como en la intervención dolosa, lo cual significa que existe una forma mixta de autoría mediata imprudente e intervención imprudente. Se han de modificar los ejemplos que se acaban de ofrecer (respecto a 2) en el sentido de que quien invita ignora, por su parte, de forma evitable la disposición al daño o la prohibición existente.

Adición

En las formas mixtas, el inicio de la tentativa se escinde: en la vía de la intervención, la tentativa comienza con la conducta de tentativa del ejecutor; en la vía de la autoría mediata (como subcaso de autocomisión que es ajeno solo fenotípicamente), empieza cuando se empuja al instrumento a su acción⁷³. —La figura de la autoría mediata por medio de la utilización de aparatos organizados de poder⁷⁴ no pertenece ni a la autoría

73 JAKOBS, GA 1997, pp. 569 y ss., con nota 43; BGH 30, pp. 363 y ss., p. 365; 40, pp. 257 y ss., pp. 268 y ss.; de otra opinión, con referencias detalladas, HAAS, *Theorie*, pp. 81 y ss. Véase también *supra* III.B.5, nota 65.

74 Sin embargo, este instituto disfruta, nacional e internacionalmente, de gran popularidad; referencias en ROXIN, GA 2012, pp. 395 y ss.; el mismo, *AT*, 25/105 y ss. Así, el Tribunal Supremo del Perú condenó al antiguo presidente Fujimori como autor mediato porque había hecho asesinar, mediante milicias, a personas molestas. No hay que reprobar al tribunal por ello, pues recurrió a una figura internacionalmente reconocida, de manera que resulta evidentemente infun-

mediata pura ni tampoco siquiera a las formas mixtas: se trata de casos de una cooperación que es imputable a todos, esto es, de intervenciones.

C. EJECUCIÓN ENTRELAZADA

La ejecución del hecho empieza con la tentativa (también cuando esta última no sea punible), puesto que en ese momento el significado de la conducta cambia de "el-tipo-va-a-ser-realizado" a "el-tipo-es-realizado". Esto también se puede fundamentar con referencia a la norma: levantar el brazo para dar el golpe mortal es contrario a la norma (aun cuando la conducta todavía pueda ser detenida), mientras que el ponerse de camino hacia el lugar de los hechos todavía no lo es. Todas las delimitaciones mecánicas o semejantes a las mecánicas ("penúltimo acto", etc.) son incorrectas: lo relevante es la comprensión *social* de las personas en el trato de unas con otras, no las reglas en la utilización de máquinas.

Ahora bien, con el inicio de la ejecución del hecho, la realización de conductas no se concentra necesariamente en *una* persona, a saber, en una persona que ejecuta sola, sino que es posible que se entrelacen las realizaciones de conductas de varios intervinientes (¡!). Normalmente se tiene en cuenta la existencia de un "plan común del hecho" o una "decisión común de cometer el hecho"⁷⁵ (y, frecuentemente, desde un

dada cualquier sospecha de que el Derecho fue especialmente adaptado a un autor mal visto. Sin embargo, ello no mejora el *standing* de la figura empleada en el sistema: los ejecutores no eran instrumentos, sino personas responsables, y la figura principal actuó solamente en el centro si se ubica dicho centro fuera de la realización del tipo. Más aportaciones sobre el tema "Fujimori" de ROXIN, SCHROEDER, JAKOBS y HERZBERG: ZIS 2009, pp. 565 y ss., pp. 569 y ss., pp. 572 y ss., pp. 576 y ss. Véase también *infra* IV.B, nota 9.

75. Para la doctrina y jurisprudencia ampliamente dominantes: LK-SCHÜNEMANN, § 25, núm. marg. 173 y ss.; s/s-HEINE, § 25, núm. marg. 70 y ss., con referencias

punto de vista práctico, sin tal plan o decisión no se producirá un entrelazamiento coordinado), que conduce —según dicho planteamiento— a una imputación recíproca de las aportaciones individuales.

Para la solución, conviene recapitular primero que también la ejecución (como la intervención en el estadio previo) es una conducta que lleva adelante la realización del plan del hecho, por cierto como injusto actualmente existente y no solo como fundamento para imputar un injusto posterior. Si varias personas ejecutan, la competencia por la ejecución común únicamente se puede construir diciendo que el ejecutor, mediante la realización de propia mano de una parte de la ejecución, crea a la vez un fundamento para que se le imputen las partes realizadas por los otros también como *su* injusto —en esa medida, realizado por medio de mano ajena—⁷⁶. Por tanto, la agrupación de aportaciones individuales a la ejecución se produce —lo cual es poco sorprendente— de manera semejante a la unión de la intervención en el estadio previo con la ejecución: se crea un fundamento para imputar un injusto cometido por medio de mano ajena, solo que ese fundamento puede (no: debe) ser, por su parte, la realización de una parte de la ejecución, esto es, ya en sí misma injusto y no “solamente” una conducta del estadio previo. Un ejemplo: una persona va a ser asesinada de esta manera: (1) se abre violentamente la puerta de su piso, después (2) se esparce gasolina y (3) inmediatamente después se prende fuego. Cada parte de esta secuencia la ha de llevar a cabo un interviniente distinto (!!).

respectivamente. SCHILD (NK-SCHILD, § 25, núm. marg. 128) califica, con razón, la decisión o plan conjunto como “en general sorprendentemente indeterminada/o”.

76 La opinión conforme a la cual la coautoría figura, según su “desvalor”, entre la autoría individual y la autoría mediata (PUPPE, *FS Spinellis*, p. 943), y ello pese al especial ímpetu del proceder en coautoría (p. 921), ignora la gracia de la imputación en caso de división del trabajo. Crítico también LAMPE, *zstw* 106, p. 704.

—Se hace volar la puerta por los aires: inicio de la tentativa para el que ejercita la violencia, pero también para los otros dos, puesto que estos últimos, mediante su disposición activada a la cooperación, han llevado adelante el proyecto en su conjunto. —Se esparce gasolina: continuación de la tentativa por el segundo coejecutor, también, por la razón ya aludida, para el tercer sujeto que está preparado, y, además, para el primer sujeto, por la misma razón y por el favorecimiento mediante la acción anterior de volar la puerta. —Se lanza la mecha a la habitación: terminación de la tentativa por el tercer coejecutor y, al mismo tiempo, para los dos que han actuado previamente, por la disposición al hecho puesta en marcha y por el injusto ya cometido por ellos mismos. A ello se añade, como fundamento de la imputación *también para el sujeto que actúa en cada caso*, su aportación anterior al inicio de la tentativa: pues el ejecutor puede llevar adelante en el estadio previo su propia ejecución (al respecto véase *supra* III.A).

Las aportaciones a la ejecución no siempre estarán construidas, unas sobre otras, de manera tan limpiamente estratificada como en el ejemplo que se acaba de exponer. Son posibles entrelazamientos muy diversos y estos no pueden ser siquiera esbozados, pues las diversas configuraciones pueden ser, al menos en términos prácticos, ilimitadas. Tampoco es necesario entrar en detalles, pues el principio de la imputación es siempre el mismo: la ejecución de un sujeto que coopera es llevada adelante por la conducta de otro en el estadio previo o por la realización de una parte de la ejecución, y viceversa. Esto no plantea especiales dificultades, por ejemplo, cuando solamente dos intervinientes pueden "tener bajo control" a una víctima o cuando la violencia que emplea el ejecutor en un robo se tiene que mantener hasta la conclusión de la sustracción, etc.

Sin embargo, siguen siendo problemáticos los límites, a los que ya se ha hecho referencia, de la unión de varias ejecu-

ciones individuales en una ejecución global (*supra* III.B.4): las personas que actúan pueden ser consideradas "luchadores en solitario", pero también —no porque lo "quieran" o porque lo hayan acordado, sino porque *socialmente* se entiende así— pueden ser vistas como parte de un todo del que, cuando se comportan como se comportan, no pueden escapar, de manera que la aportación individual de cada uno siempre se puede considerar como un llevar adelante la meta que todos (entonces: intervinientes) tienen y, con ello, como un llevar adelante los esfuerzos activos de todos. Un ejemplo más bien "convencional" lo constituyen las personas que, huyendo tras un delito, disparan a sus perseguidores, sin que exista un acuerdo. Se puede fundamentar una intervención de la siguiente manera: mediante sus *ejecuciones*, cada uno asume al mismo tiempo la realización de la planificación de los otros, como se muestra en el hecho de que, en caso de éxito, al otro no le queda nada por hacer. Por consiguiente, mediante sus ejecuciones, el sujeto interviene en las ejecuciones del otro, lo "quiera" o no. La doctrina usual intentaría apoyarse en una decisión común concluyente de cometer el hecho, pero esto solamente conduce a la proyección de la situación *objetiva* en lo subjetivo. —En caso de que los que huyen y son perseguidos sigan diferentes caminos, ya no se puede encontrar una meta común, salvo que el hecho de que se atrape aunque sea solamente a una persona conduzca a una catástrofe para todos. —Junto a esto, aparecen los casos en los que la pluma se resiste a poner siquiera por escrito los subjetivismos habituales ("¡hacemos esto juntos!" o "¡yo actúo solamente para mí!"); así, por ejemplo, en los asesinatos organizados de personas judías de los que ya se ha hecho mención, pues el significado, confirmado una y otra vez, de cada acto individual como realización parcial de un *programa* determina que se trate de

un hecho global. Por ello, cada ejecución se convierte en intervención en todas las ejecuciones que le siguen⁷⁷.

Aquí no es posible presumir límites fijos y, por ello, aún menos exponerlos. La dogmática usual de la intervención, que se entrega ostentosamente a los subjetivismos, ni siquiera sabe identificar el problema de la preconfiguración *social* del significado del hecho.

D. INTERVENCIÓN Y EJECUCIÓN

La conducta de intervención puede realizarse en el estadio previo (antes del inicio de la tentativa) y es común que ello sea así; en tal caso, no es una conducta en sí injusta, contraria a deber, sino una infracción de la *incumbencia* de mantenerse a distancia de las ejecuciones por medio de mano ajena. La infracción por quien (más adelante) ejecuta la garantía de organizar sin daño se convierte, en el caso de la infracción de la incumbencia, (también) en infracción de la garantía del interviniente y, en concreto, por medio de mano ajena. —Ahora bien, una conducta de intervención también puede ser realizada como conducta de ejecución, a saber, cuando tiene el significado de hacer posible otra conducta de ejecución que la sigue. En este caso la intervención se realiza, por su parte, ciertamente como injusto, esto es, como infracción directa de la garantía, pero a la vez también como fundamento para imputar el injusto que sigue.

Si, en esta situación, se cuestiona cuál es el peso de las aportaciones, hay que decidir de antemano *qué* es aquello cuyo peso se ha de determinar. En un contexto jurídico-penal, lo que se ha de ponderar solamente puede ser la necesidad de pena conforme a los tipos aplicables. Esta necesidad de

77 JAKOBS, *FS Lampe*, p. 568.

pena puede depender, y dependerá en el caso concreto, de numerosos factores que no se han de clasificar genuinamente en las figuras de la intervención. Así pues, en el marco de una teoría de la intervención, hay que ponderar la *necesidad de pena específica de la intervención*⁷⁸. Es evidente que, debido a la incalculable pluriformidad de la posible conducta de intervención, la necesidad de pena referida a ella arroja un recorrido sin niveles, que va desde el caso que hay que considerar más probable descendiendo hasta el caso que se ha de ponderar como el menos posible. Para simplificar la resolución de los casos concretos, se intenta construir cualidades de la conducta de intervención, ponderar *de manera general* los correspondientes grupos y, así, introducir niveles en el recorrido⁷⁹.

„ En la primera mitad del siglo XIX se intentó comúnmente decidir conforme a la cualidad de la “autoría” [*Urheberschaft*]^{xiii}⁸⁰. Feuerbach, por ejemplo, diferencia —dicho a grandes rasgos— el artífice [*Urheber*] físico (directo) del artífice [*Urheber*] intelectual (indirecto), así como del cómplice principal (que actúa igualmente de forma indirecta)⁸¹ y, por debajo de este

78 También SCHMIDHÄUSER, *AT*, 14/156 y ss.; el mismo, *Studienbuch*, 10/163 y ss., quiere limitar su “consideración de la totalidad” a los aspectos específicos de la intervención. Sin embargo, los elementos subjetivos que menciona encajan mal en ello. Mejor: LESCH, *Beihilfe*, pp. 265 y ss., pp. 284 y ss.; DENCKER, *Kausalität*, p. 249. Crítico, RENZIKOWSKI, *Täterbegriff*, pp. 21 y s.

79 Respecto a lo que sigue, JAKOBS, *AT*, 21/24 y ss., con referencias. Acertadamente crítico con las distinciones de las formas de intervención, KÜHL, *AT*, 20/8 y s. (“diferentes soluciones imaginables y argumentativamente defendibles”).

^{xiii} Aquí “autoría” (las comillas en el texto son mías) no en el sentido de *Täterschaft*, sino en el de *Urheberschaft*. Para evitar equívocos, siempre que el texto original no emplee, para la autoría, el término *Täterschaft*, sino *Urheberschaft*, se indicará este último término en alemán entre paréntesis; asimismo, se traducirá *Urheber* como “artífice” [N. de la T.]

80 EBRAIM-NESBAT, *Herausbildung*, pp. 41 y ss., en especial, sobre los autores concretos; BLOY, *Beteiligungsform*, pp. 67 y ss.

81 FEUERBACH, *Lehrbuch*, § 44.

grupo, figura el cómplice simple⁸²; esta distinción pretende escalonar la necesidad de pena según la "cualidad de eficacia [*Art der Wirksamkeit*]"⁸³. — Medio siglo más tarde, la cualidad de eficacia [*Art der Wirksamkeit*] se desmorona en la *equivalencia* de todas las condiciones y, debido a esta equivalencia, solamente es posible encontrar una cualidad especial en lo subjetivo: en forma de *animus auctoris* o, si no, de un *animus socii*⁸⁴. Esta fundamentación⁸⁵ es evidentemente deficiente⁸⁶, lo cual, no obstante, no ha impedido el triunfo de la denominada teoría subjetiva (en parte, en forma de una teoría del interés) hasta el presente. — Según la teoría objetivo-formal, se decide si se ha realizado o no de propia mano por lo menos un elemento del tipo⁸⁷, pero no queda clara la imputación de aquellos elementos de un tipo rico en elementos que no han sido realizados de propia mano⁸⁸.

La evolución desemboca, a más tardar a mediados del siglo pasado, en la *teoría del dominio del hecho*, dicho de manera más precisa, en diversas variantes de la teoría del dominio del hecho⁸⁹: el dominio del hecho aporta cualidad de autor y, sin

82 FEUERBACH, *Lehrbuch*, § 45.

83 FEUERBACH, *Lehrbuch*, §§ 112 y ss.

84 RG 2, 160 y ss., 162 y ss.; 3, 181 y ss. Sobre la jurisprudencia: FISCHER, *StGB*, previos al § 25, núm. marg. 3 y s.

85 VON BURI, *Causalität*, p. 41; el mismo, *zstw* 2, p. 246; hoy aún BAUMANN/WEBER/MITSCH, *AT* 29/59.

86 Si falta una diferencia en el tipo objetivo, el tipo subjetivo referido a aquel tampoco presenta diferencia alguna. Pero si se interpola una diferencia en el dolo, habría que fundamentar por qué ello no es posible también en el tipo objetivo.

87 M. E. MAYER, *AT*, pp. 402 y ss.; VON HIPPEL, *Strafrecht* 2, pp. 452 y ss.; ZU DORNA, *Aufbau*, pp. 59 y ss.

88 La afirmación de que la teoría objetivo-formal no puede abarcar la autoría mediata (así, por ejemplo, ROXIN, *Täterschaft* [1], p. 36; BLOY, *Beteiligung*, p. 118) no es cierta cuando se entiende la autoría mediata — como se hace aquí — de manera estricta y, por consiguiente, se puede concebir como autoría directa enmascarada; véase ya *supra* III.B.6, excursus.

89 Exposición detallada en SCHILD, *Tatherrschaftslehren*, pp. 9-81; MARLIE, *Unrecht*, pp. 18-202.

dominio del hecho, "solamente" queda la participación. De entrada, se deja de lado qué hay que entender por "hecho" en el dominio del hecho. Si el "dominio" se entiende como poder de decidir, solo o con otros sujetos dispuestos, sobre el curso de una parte del acontecer en el mundo, entonces también quien actúa en prohibición de regreso puede tener dominio del hecho, al igual que cada interviniente insustituible, así como un sujeto que pasa casualmente por el camino y podía efectivamente intervenir impidiendo⁹⁰. *De los naturalismos no se puede derivar ninguna imputación*. Esto es sabido y, por ello, el autor es desnaturalizado cuidadosamente de señor del hecho (*Tatherr*) a "figura central"⁹¹ —lo central de la figura se puede cargar normativamente de manera más sencilla que el dominio del señor del hecho—. Puesto que, al atar la figura central al acontecer típico, se descentraliza al jefe de la banda que actúa desde la sombra, hay que encontrar una solución *ad hoc* para los casos más extremos y, concretamente, a través de la construcción de una autoría mediata por medio del uso de un aparato organizado de poder. Entre tanto, este complemento mediante una figura jurídica adicional se ha impuesto ampliamente, en especial, también en el ámbito internacional, lo cual, no obstante, confirma menos la construcción que las conclusiones: evidentemente, las figuras centrales también actúan en el ámbito *previo* al acontecer típico (véase al respecto *supra* III.B.7, nota 74 e *infra* IV.B., nota 9).

Pero ¿qué significa en este contexto "actuar"?⁹² Una concepción del actuar como movimiento del cuerpo o de sus

90 KINDHÄUSER, *nstz* 1997, p. 274; el mismo, *fs Hollerbach*, p. 632; HAAS, *Theorie*, p. 25, p. 147.

91 ROXIN, *Täterschaft* (1), pp. 25 y ss., pp. 578 y ss.

92 En este punto la cuestión es la susceptibilidad de imputación de la conducta del estadio previo. Sobre la relación entre accesoriedad y concepto de acción, véase *supra* III.B.6, nota 59.

miembros sería absolutamente inadecuada; un concepto no normativo de tales características no tiene cabida en una teoría de la imputación, por lo menos no si “no está cargado”. Lo contrario, un actuar como conducta *injusta* imputable, no se da en el estadio previo. Pero ya en el estadio previo la conducta tiene una forma normativamente acuñada: es una *infracción de una incumbencia* que fundamenta una posterior imputación del injusto. Así pues, se puede hablar perfectamente de un interviniente que actúa en el estadio previo, esto es, que actúa de manera susceptible de imputación, pero acción injusta lo es solamente la ejecución, la cual, no obstante, también se puede realizar por medio de mano ajena. Con ello, en la ejecución se encuentra quien ejecuta de propia mano con los intervinientes, los cuales, debido a su conducta en el estadio previo, también son competentes *por la ejecución*, y no está resuelta de antemano la cuestión de cuál de los ejecutores —de propia mano o por medio de mano ajena— es una figura central, a saber, del acontecer *típico*.

Ahora está preparado el material para responder a la pregunta, ya planteada, relativa al concepto del hecho: es posible quedarse con el hecho entendido como acontecer típico⁹³.

93 Así, en especial, ROXIN, *AT* II, 25/5, 188 y s., y en otros lugares; el mismo, *Täterschaft* (1), pp. 294 y ss.; RUDOLPHI, *FS Bockelmann*, pp. 369 y ss., pp. 372 y ss.; LK-SCHÜNEMANN, §25, núm. marg. 182 y ss., pero no de manera totalmente clara, núm. marg. 183 (¿inicio de la tentativa en el acto de llevar a la víctima al lugar de los hechos?). La jurisprudencia no sigue esta teoría; referencias en FISCHER, *StGB*, § 25, núm. marg. 11 y ss., 13 y ss. FREUND, *AT* 10/164 considera que el concepto de hecho es un problema de la Parte especial. Sin embargo, ¡los principios de la interpretación de la Parte especial se han de poder desarrollar en la Parte general! M. HEINRICH, *Rechtsgutszugriff*, alterna entre el concepto estricto de hecho y el concepto amplio de hecho, según el grupo de casos: los autores, así como los partícipes, toman, según HEINRICH, una “decisión de enemistad con el bien jurídico” (pp. 177 y ss.), el autor por un “ataque” propio “al bien jurídico”, el partícipe por uno ajeno (p. 178), esto es, este último por una conducta “que afecta al tipo” solamente de forma mediata. Esto se corresponde con un concepto estricto de hecho. En cambio, según HEINRICH, en la coautoría existe una

También sería inocuo desarrollar un segundo concepto de hecho, más amplio, conforme al cual el hecho también abarca todo el acontecer de preparación, para examinar, con ayuda de este concepto, quién lleva "la voz cantante" en este ámbito amplio, esto es, quién se destaca, en cuanto a su capacidad de generar efectos, como señor del hecho o figura central⁹⁴, pues de la medida del efecto de la conducta del estadio previo en la ejecución se sigue la medida de la imputación. Por tanto, los resultados a los que llega el concepto amplio de hecho y aquellos a los que llega el concepto estricto de hecho son iguales⁹⁵. Solamente queda descartada una cosa, a saber,

"unión de decisión" (pp. 285 y ss.), es decir, una "decisión 'común' contraria al llamamiento" (p. 289); esto es, en términos prácticos, una conducta del estadio "previo. Para toda "persona con poder de tomar una decisión orientada al tipo constituyente de la unión de decisión fundamentadora de la autoría" basta, para la coautoría, que dicha persona "simplemente esté presente en la ejecución" (p. 290). Sin embargo, el punto esencial de lo que es susceptible de imputación [das *Zurechenbare*] no lo debería constituir la "presencia", sino la co-construcción de la unión de decisión, esto es, una conducta del estadio previo (concepto amplio de hecho), que, no obstante, tiene que ser mantenida de manera visible hasta la ejecución -de ahí la "presencia"- . Si la presencia más bien molesta, por ejemplo, en aquella manipulación, en un cuarto pequeño, de un ordenador ajeno que ha de ser realizada únicamente por especialistas, se hace evidente la necesidad de un concepto amplio de hecho. Del concepto amplio de hecho se sigue plenamente la afirmación de autoría en caso de "utilización de la disposición al hecho que es propia de una organización" (pp. 271 y ss.). También habría que explicar que esta disposición tiene *jurídicamente* el efecto de una disminución de la responsabilidad; de lo contrario, la dinámica de grupos ocupa el lugar de la imputación.

94 La teoría del dominio del hecho ha practicado ampliamente en cuanto al contenido el concepto amplio de hecho. En especial, WELZEL, *Strafrecht*, p. 110, pretende tratar a "quien objetivamente solamente prepara o ayuda" como coautor cuando dicho sujeto "es portador de la decisión común de cometer el hecho" y compensa "el *minus* en la cointervención objetiva en la realización del tipo [...] mediante el *plus* de la especial cointervención en la planificación del delito". Esto es: dominio de un hecho concebido *ampliamente*; en términos comparables, STRATENWERTH/KUHLEN, *AT*, 12/93 y s. Lo mismo ocurre en el "dominio de la configuración" en el sentido de JAKOBS, *AT*, 21/47 y ss., 50 y s.

95 Críticos con la teoría del dominio del hecho, en especial, HAAS, *Theorie*, pp. 40 y ss.; FREUND, *AT*, 10/423 ss.

el centrarse, al llevar a cabo la ponderación, en la diferencia entre lo de propia mano y lo de mano ajena, esto es, el ocultar, tras una distinción naturalística, la realidad social de la institución "división del trabajo".

Esta exposición (todavía ha de tener lugar su aplicación para responder a la pregunta relativa a la *medida* de la imputación) podría resultar sorprendente y, por ello, se ha de explicar. El injusto penal no se produce suficientemente mediante movimientos corporales, tampoco mediante movimientos corporales finales o mediante la no evitación de la producción de resultados, etc., sino única y exclusivamente mediante aquella realización del tipo que sea susceptible de imputación. La idea, encarnada a partir del autor único (que ejecuta solo), conforme a la cual la realización del tipo se ha de producir de propia mano se basa en una visión naturalística: la realización de propia mano no es un concepto de la imputación; por lo menos, no es un concepto genuino de la imputación⁹⁶. Ahora bien, puesto que, con el injusto, no solamente se perturba una relación jurídica ideada, sino externamente existente (por ejemplo, en el mundo de los cuerpos), debe ser posible imputar a cada interviniente una modificación de este lado externo. Una realización de propia mano del tipo representa, por su carácter drástico, una modificación imponente (que, sin embargo, no sirve ni siquiera en los casos normales de coautoría, *supra* III.C; con la omisión, que todavía se ha de analizar, tampoco encaja especialmente bien, *infra* III.F.1), pero no pertenece al concepto de la conducta susceptible de imputación, sino que comprende únicamente un fenotipo.

Que la ley, la doctrina y una tradición de siglos mantengan "corto" el estadio de la ejecución (con ello se quiere decir: que

96. Sobre los denominados delitos de propia mano: LK-SCHÜNEMANN, § 25, núm. marg. 45 y ss.; JAKOBS, AT, 21/19 y ss., con referencias, respectivamente.

lo mantengan próximo a la consumación) encuentra solamente una razón superficial en la suposición de que, con la ejecución, empieza la hora de los principales responsables; la razón es más bien que el ámbito previo a la ejecución debería poder quedar en la esfera de lo privado —con excepciones que son, por cierto, penosas (§ 30 StGB por la cuantía de pena, §§ 89a s. StGB, §§ 129 ss. StGB^{xiv)})—. En ello la frase de Ulpiano *cogitationis poenam nemo patitur*⁹⁷ se entiende de forma no naturalística; la *cogitatio* no es solamente un proceso en la cabeza, o quizá además en el cuerpo, de manera que todo lo que supere el límite de la piel pueda ser castigado. El límite se tiene que trazar conforme a la comprensión *social* de aquello que no debería ser castigado, y esto último es la conducta interna en el sentido de conducta *privada*⁹⁸, a la que también perte-

xiv) Cfr. contenido de estos preceptos en las N. de la T. v), vii) y viii).

97 Dig. 48, 19, 18.

98 Debido a esta fundamentación normativa del inicio del injusto solo con la ejecución, en Derecho penal está de más el intento de derivar un injusto de participación no a partir del tipo realizado en la ejecución, sino de consideraciones generales, como hace por ejemplo HAAS (*Theorie*, pp. 143 y ss., p. 149 y *passim*): la participación es (así HAAS) un abuso de derecho (conforme a la idea jurídica del § 226 BGB [*Schikaneverbot. Die Ausübung eines Rechts ist unzulässig, wenn sie nur den Zweck haben kann, einem anderen Schaden zuzufügen.* Conforme al § 266 BGB, el ejercicio de un derecho es inadmisibles cuando solamente puede tener el fin de infligir un daño a otro —N. de la T.—]). Esto no sirve desde luego en lo que respecta al derecho del uso interno de la propia organización; también el § 226 BGB se debe interpretar en el contexto del ordenamiento jurídico. Por tanto, en el planteamiento de HAAS, el partícipe comete un injusto *propio* (sí bien, normativamente dependiente del injusto del ejecutor), que se le imputa de manera *ordinaria* (p. 138), aunque dicho injusto no puede ser castigado antes del inicio de la ejecución. En el planteamiento de HAAS, tiene también lugar una imputación ordinaria respecto al ejecutor (pp. 64 y s., p. 80). En cambio, a los coautores y a los autores mediatos se les imputa *extraordinariamente*: según HAAS, estos no perturban por sí mismos la posición jurídica protegida por el tipo, pues ellos mismos no actúan sobre la esfera jurídica de la víctima (pp. 80 y ss., pp. 112 y ss., pp. 148 y s.), pero ofrecen, mediante su conducta, un fundamento para imputar el injusto del ejecutor, como si “hubieran realizado ellos mismos esta conducta del hombre de delante” (p. 148, p. 87). Los fundamentos de esta imputación

necen, seguro, contactos sociales con otras personas. Aquí no hay que decidir cuestiones de detalle⁹⁹, pues sea por dónde fuere que discurra exactamente el límite entre lo privado y lo no privado, en todo caso dicho límite no tiene la función de diferenciar entre intervinientes principales e intervinientes secundarios. —Ello no cambia en nada por la accesoriedad, la cual es, en el sistema aquí propuesto, absolutamente evidente—. Ahora bien, no se puede partir de la interpretación usual conforme a la cual el *injusto* del estadio previo (injusto que no existe) se apoya en el injusto de la ejecución, sino que hay que concebir la ejecución también como ejecución del interviniente del estadio previo, la cual se imputa a este último también como su propia ejecución (por medio de mano ajena), debido a la infracción de su incumbencia de mantenerse en una situación en la que pueda ser distanciado de la ejecución.

E. CANTIDAD DE LA INTERVENCIÓN

Tal como se acaba de exponer, no es posible desarrollar, *dentro de la imputación*, niveles de imputación; en especial, la distinción entre ejecución de propia mano y ejecución por medio de mano ajena no sirve para definir nivel alguno, puesto que tal distinción remite a un fenómeno naturalístico y, por ello, no se puede interpretar desde la especificidad de la intervención,

extraordinaria son la incursión en la libertad de decisión del hombre de delante (autoría mediata en su concepción habitual; en este sentido, sobre la imputación extraordinaria, ya JOERDEN, *Strukturen*, pp. 62 y ss.), como el mandato (la coautoría se convierte en un mandato recíproco, pp. 112 y ss.) y orden [*Befehl*]. HAAS denomina a todo el ámbito de la imputación extraordinaria "autoría mediata". Sin embargo, conforme a la concepción aquí defendida, la autoría mediata no es un caso de intervención (*supra* III.B.6, excurso) y, por ello, se puede "agrupar" con la coautoría solo terminológicamente, pero no conceptualmente.

99 Véase JAKOBS, *zstw* 97, pp. 754 y s. y constantemente; véase, en especial, la cita de ZACHARIA, p. 762.

ni siquiera desde la especificidad de la imputación. Ahora bien, no está excluido fundamentar niveles *desde fuera de la imputación*, por ejemplo, teniendo en cuenta las necesidades político-criminales, si bien ello ya no se debería llevar a cabo en una teoría de la imputación.

Con todo, esto no significa que todas las intervenciones tengan la misma importancia; una "solución" de tales características sería absolutamente abstracta; por tanto, pasaría por alto que un delito tiene lugar en una sociedad que cotidianamente valora (también en el sentido de 'determina el peso de') prestaciones, a saber, prestaciones neutrales, como deseadas o indeseadas, pero no con clasificaciones fijadas de forma inamovible, sino con la toma en consideración, que es posible casi ilimitadamente, de aspectos que refuerzan la imputación y aspectos que reducen la imputación. Esto se debe aclarar con algunos grupos de ejemplos relativos a la imputación *específica de la intervención*; un desarrollo completo pasaría por integrar una teoría de la determinación de la pena relativa a la intervención y, por ello, no se puede llevar a cabo en este lugar¹⁰⁰.

100 Por eso, respecto a aquel interviniente en la preparación que abandona antes de la ejecución basta realizar unas consideraciones breves. Con frecuencia, el problema se agudiza cuando se plantea la pregunta de si, en un caso de tales características, la autoría se reduce a participación, lo cual, no obstante, debido a que aquí se parte de una mera diferencia cuantitativa, se puede reducir a la pregunta: ¿cuánta cantidad existe ya? Debería quedar claro que, tras haber prestado un *quantum* muy elevado, el mero hecho de que no se produzcan otras aportaciones esperadas excluye, ciertamente, un incremento, pero no altera la sólida susceptibilidad de imputación de la ejecución futura. Expresado de forma drástica: el jefe de la banda que, debido a una gripe o a la vivencia de un despertar interior o a su despiste, no coordina telefónicamente la ejecución (algo que su banda supera fácilmente) será tratado teniendo en cuenta las prestaciones que ya haya realizado (a las que también pertenece el llevar adelante mediante la aceptación de la coordinación), y, si el delito en perspectiva es un robo, una eventual desaparición del ánimo de apropiación no conduce a negar dicho ánimo respecto al momento en el que fueron efectuadas las prestaciones

En términos globales, la cuestión es que una prestación es imputada de manera más fuerte, positiva o negativamente, cuanto más significativa sea para el éxito de un proyecto llevado a cabo por varias personas¹⁰¹; dicho de manera más precisa, cuanto más sea entendida como significativa.

Cuando se trata del último acto (la ejecución) con el cual (con la cual) una organización concluye sus prestaciones, se pueden mencionar como ejemplos de susceptibilidad de imputación fuerte: la conducta del cirujano en una operación ingeniosa, la conducta del solista en un concierto, la conducción de un pequeño barco en una tormenta. A este lugar también pertenece, en el caso básico, la ejecución o la coejecución de un delito, pues con ella el delito sale del espacio privado y entra en el espacio social público. —Ahora bien, cuanto más lleve el último acto la marca “¡Esto lo puede hacer cualquiera!”, más se debilita su susceptibilidad de imputación. Piénsese en el suministro de bienes producidos, en la reproducción de disquetes, en la conducción de un automóvil en una calle normal hacia un lugar conocido. Esto también rige cuando se trata de un delito. Por ejemplo, cuando una primera persona averigua cuándo es seguro que no hay nadie en la casa de campo de un comerciante rico, consigue, además, una llave adecuada para abrir la puerta de la casa y comunica la combinación de la caja fuerte, con lo cual una segunda persona va “serenamente” a la casa, la abre, vacía la caja fuerte e incluso disfruta tranquilamente del bar, el robo revela una planifica-

ya realizadas. Detalladamente, con referencias, ROXIN, *FS Frisch*, pp. 613 y ss. Ahora bien, ROXIN está vinculado a la teoría conforme a la cual solamente se puede entender como coautor a un sujeto que coopera en la ejecución; debido a su reconocimiento de la autoría mediata por medio de utilización de un aparato organizado de poder, ROXIN no podría resolver de otra manera el ejemplo del jefe de la banda que se acaba de exponer: autoría.

101 LESCH, *Beihilfe*, pp. 284 y ss.

ción ingeniosa frente a la cual la ejecución aparece más bien como apéndice: ¡como figura principal del acontecer típico (¡!) se impone la persona que actúa en el estadio previo!¹⁰²

Las prestaciones en el estadio previo a la ejecución se imputan de manera más intensa cuanto más demuestran capacidades especiales (que no se encuentran en todas partes): los planes complejos de un ingeniero, la producción de las obras más exquisitas por manos maestras, la superación de una logística altamente compleja, la dirección astuta de una empresa en tiempos de una crisis económica. Esto se puede trasladar, en cierta medida sin quiebras, a las acciones en el estadio previo delictivo: los planes del ingeniero atañen a un avión no tripulado de combate *para* terroristas, se producen cajas de cambios maestras con las que se pueden desconectar, *para un atentado terrorista*, los semáforos de una gran ciudad, etc.

La primera prestación o una prestación muy temprana se imputará de manera más fuerte cuanto más sea de esperar, gracias a ella, un curso fluido: la constitución de una sociedad de acciones a la que se incorporan patentes lucrativas, la donación de una suma copiosa para construir una clínica en un país necesitado; la alternativa delictiva: la infiltración de un agente en la Cancillería Federal.

Todavía se ha de explicar cómo el *quantum* de las prestaciones del estadio previo entra en la ejecución, y esta aclaración no puede faltar, pues solamente la ejecución es injusto, el cual, no obstante (también), puede ser imputado al interviniente en el estadio previo como ejecución por medio de mano ajena. —No todos los esfuerzos realizados en el estadio previo se pueden comprobar en la ejecución: lo que se muestra ca-

102 Esto es aún más cierto cuando el delito está caracterizado por una personalidad y el último acto no posee en sí mismo esta característica. Por ejemplo, alguien firma una carta de negocios injuriosa que después la secretaria, enterada de ello, expide.

rente de consecuencias o incluso contraproducente no pasa a la ejecución y se queda en un mero intento de intervención. Ahora bien, aquellas prestaciones que muestran un callejón sin salida en la planificación y, de este modo, posibilitan que la ejecución emprenda un camino eficaz logran llevar adelante la ejecución. Al final, en la ejecución solamente se pueden comprobar las prestaciones del estadio previo que llevaron adelante la realización del acontecer de la planificación.

Ningún ejecutor "escribe en un papel en blanco"¹⁰³, sino que el mundo en el que actúa está siempre previamente configurado socialmente, también cuando el ejecutor procede en solitario (el ejecutor no encuentra a su víctima como una nada en la nada, sino como persona en una ciudad en una concreta esquina de la calle). Nadie escapa a esta esquematización generada por el mundo social dado, haya o no intervinientes en el estadio previo que cooperen. Además, *en el plano práctico* nadie vive en un mundo solo-natural; por ejemplo, el campo de tiro entre autor y víctima está libre, pero ello solamente es así porque el bosque que estaba allí antes fue talado hace poco. Por tanto, todo autor actúa en un mundo que también ha sido configurado por otros. Esto da la clave de la transformación de la conducta del estadio previo en la ejecución: aquella conducta del estadio previo que efectivamente lleva adelante configura las condiciones bajo las cuales puede tener lugar la ejecución. *Intervención es co-configuración de la ejecución*, sin que con ello se haya decidido qué es aquello que configura de manera más intensa, si lo es la preparación o lo es la ejecución.

103 Respecto a lo que sigue, JAKOBS, *fs Lampe*, pp. 566 y ss.

F. PECULIARIDADES DE LA INTERVENCIÓN MEDIANTE OMISIÓN EN COMPETENCIA POR ORGANIZACIÓN

1. Hacer y omitir

Cuando en lo que sigue se hable de una omisión, con ello se hace referencia —todavía en el marco del tratamiento de los deberes *negativos*— únicamente a la omisión en competencia por organización, esto es, a mandatos de acción que obligan a no dejar “que se desborde” la propia organización o a revocar los “desbordamientos” ya acaecidos; los deberes *positivos* con el contenido de un ayuda a otros, fundamentada institucionalmente, se tratarán después (*infra* IV). Todos los mandatos de acción fundamentados negativamente se han de poder reconducir a que el titular de una esfera de organización, mediante su titularidad, excluye a otros de la administración de tal esfera y, por eso, por su parte —¿quién si no?— tiene que velar por la inocuidad de dicha esfera. El mandato principal reza que hay que mantener la propia esfera de organización *segura para el tráfico*; junto a este mandato aparecen los deberes —genótipicamente idénticos¹⁰⁴— de revocar los cursos peligrosos que ya hayan salido de la propia esfera (*injerencia*) y de mantener los aseguramientos asumidos (*asunción*)¹⁰⁵. —Que, en el estadio previo de una ejecución, el mandato sirve al cumplimiento de una *incumbencia* es algo que todavía se ha de aclarar.

Un hacer (una actividad) se puede construir, en términos prácticos, en parte también como un omitir en competencia *por organización*. Así, por ejemplo, desde hace décadas, uno

104 Por tanto, se trata de deberes que, al final, son reconducibles a un concepto.

105 JAKOBS, AT, 29/38 y ss., 46 y ss.; el mismo, *Zurechnung von Tun und Unterlassen*, pp. 19 y ss.

puede ahorrarse el acelerar en un vehículo, en la medida en que utilice un sistema automático de velocidad, últimamente uno también puede ahorrarse el frenar, utilizando un sistema automático de freno, y ello con resultados equivalentes: cuando se accione el pie del acelerador (hacer), el enemigo que cruza la calle será arrollado de la misma manera que si se renuncia a desactivar el sistema automático de velocidad (omisión), y cuando se desactive el sistema automático de freno (hacer), igual que en el caso de que se renuncie a frenar (omisión)¹⁰⁶. Ya por esta razón no hay que esperar que en la omisión en competencia por organización se abra un nuevo mundo de la imputación¹⁰⁷. Por ejemplo, la exhortación al conductor de un vehículo a que pise el acelerador en una situación determinada no será valorada de diferente manera que la exhortación a no desactivar, en esa situación, el sistema automático de velocidad.

Pero las máquinas automáticas cambiantes han de ser, antes, descubiertas, construidas y conectadas, lo cual ocurre en gran medida mediante actividades. Además, hay actividades que no se pueden transformar; así, en especial, todas las actividades formativas¹⁰⁸, desde aprender a andar hasta la lectura comprensiva de Hegel o Einstein, así como todas las actividades creativas; por ejemplo, la concepción de una "lógica" o de una "teoría de la relatividad". En una palabra, en general, el mundo adquiere una nueva forma mediante la actividad, y cuando el representante más famoso de la teoría del trabajo de la propiedad, Locke, atribuye al patrón lo que ha producido su "siervo"¹⁰⁹, este último es solamente su siervo

106 PHILIPPS, *Handlungsspielraum*, pp. 140 y ss. y en otros lugares.

107 De otra opinión, ARMIN KAUFMANN, *Dogmatik*, constantemente.

108 Esto se considera, en parte, doloroso y ha conducido al deseo de que se pueda inventar un "embudo de Nürnberg".

109 LOCKE, *Two Treaties*, segundo tratado, § 28.

porque el patrón lo ha incorporado activamente en su organización¹¹⁰. Por tanto, la comparabilidad de acción y omisión en competencia por organización se limita al fundamento de la responsabilidad, pero no existe para cada actividad un omitir equivalente y *en la práctica* domina indudablemente la actividad.

2. El significado de la omisión

La traslación de lo que se ha desarrollado hasta el momento en materia de intervención a la cuestión de la intervención *mediante* omisión, limitada tal traslación a una omisión en competencia por organización, no plantea mayores dificultades, si se respeta estrictamente que, en el estadio previo de una ejecución de un hecho, no acaece ningún injusto, sino que solamente es injusto la ejecución misma (empezando con la tentativa y acabando con la completa producción del resultado típico¹¹¹). Así como cuando se concibe la preparación *activa* como injusto, se diluyen los límites del tipo (*supra* III.B.1, 2), estos también se diluyen cuando una preparación mediante *omisión* es adjudicada, como contraria a la garantía, al injusto. Más bien, el omitente en el estadio previo se pone a sí mismo, mediante la infracción de la incumbencia, en la situación de no poder ser distanciado de la ejecución futura —de propia mano o por medio de mano ajena—: esta ejecución será, debido a que él la ha llevado adelante, también *su* ejecución. Con otras palabras, la competencia por organización en la omisión en el estadio previo equivale, en el caso de la acción en el estadio previo, a una conducta cuyo significado es el de llevar adelante la realización de la ejecución o, visto desde el

110 Respecto al § 950 apdo. 1 frase 1 BGB, ya *supra* III.B.2.

111 Sobre su imputación, JAKOBS, *System*, pp. 69 y s.

otro lado, una omisión en el estadio previo sin competencia por organización tiene la posición de una actividad que cae dentro de la prohibición de regreso (división del trabajo separadora, *supra* III.B.5). Por ejemplo, el poseedor de un arma de fuego de acceso no libre la custodia mal (injerencia que genera incumbencia), de manera que una persona que ha decidido cometer un homicidio se puede apoderar del arma; al (anterior) propietario le atañe la incumbencia (no: deber) de impedir, de alguna manera idónea, la ejecución del homicidio y, si ello no ocurre, la ejecución —¡si se produce!— se convertirá en su ejecución (por medio de mano ajena). Solamente a partir del inicio de la ejecución nace un *deber* de impedir. Si la ejecución no se produce, no ha habido un intento de, por ejemplo, matar mediante omisión, sino un intento de intervenir en un homicidio (conforme al Derecho vigente, en caso de complicidad, de forma impune).

Las reglas, mencionadas respecto a la intervención mediante acción, para la definición del límite entre incumbencia y prohibición de regreso (*supra* III.B.5) se pueden trasladar a la omisión¹¹². Pormenores:

Primera regla (no hay imputación)

No existe una incumbencia de incidir sobre el desarrollo interno de la propia esfera de organización solamente por el hecho de que otro tome el *estado* (no: *output*; al respecto, a continuación, la segunda regla) de tal esfera de organización como ocasión para cometer un delito. Por ejemplo, nadie tiene que detener el aumento vertiginoso de su patrimonio en acciones solamente por el hecho de que un envidioso menos

112 Debido a la diferencia práctica, que se ha esbozado aquí al principio, existente entre acción y omisión, algunas traslaciones resultan algo "forzadas".

exitoso tome eso como ocasión para dar una paliza al asesor financiero común a ambos.

Segunda regla (no hay imputación)

Tampoco se ha de detener un *output* socialmente adecuado de la organización cuando otras personas lo utilizan delictivamente, si bien ello es así solamente (*tercera regla* [imputación]) cuando el contexto también sea adecuado. Ejemplo, el dueño de una tienda de artículos de menaje puede permitir que sus empleados vendan cuchillos y hachas, también cuando en el pueblo vecino tiene lugar una manifestación violenta, pero ya no puede seguir permitiéndolo cuando los manifestantes, que están peleándose delante de la tienda, entran a comprar.

Cuarta regla (imputación: casos fundamentales, 1.^a parte)

Quien ajusta su conducta *de forma especial a lo delictivo* de la planificación de otro no puede ser distanciado de la realización de dicha planificación. Por ejemplo, una vez llegado al destino, el conductor de un vehículo no desbloquea las puertas y, de esta manera, posibilita a un pasajero acosar sexualmente a una pasajera¹¹³. Se puede hablar de la infracción de una incumbencia de aseguramiento en el tráfico. —(2.^a parte): quien organiza de tal manera que surge un riesgo *especial* de la realización de planificación delictiva o quien ha asumido el control de un riesgo de planificación tiene la incumbencia de impedir la ejecución. Es fácil construir ejemplos de asunción

113 El conductor no es garante de la integridad de la conducta del pasajero (sin embargo, de otra opinión, BCH 16, pp. 155 y ss.), pero, cuando orienta su organización a la planificación delictiva, actúa infringiendo su incumbencia. Si ello no acontece, esto es, si no desbloquea las puertas porque teme que se produzca un atraco, no tiene lugar la intervención. Véase *supra* III.B.5. nota 52.

o injerencia (omisión de la reclamación del arma transmitida de forma no permitida). Ahora bien, aquí también se incluye la responsabilidad del superior *de hecho* conforme al artículo 28 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional^{xv)} por hechos de los subordinados *de hecho*¹¹⁴. Además hay que

^{xv)} El art. 28 del Estatuto de Roma. Responsabilidad de los jefes y otros superiores. Además de otras causales de responsabilidad penal de conformidad con el presente Estatuto por crímenes de la competencia de la Corte:

a) El jefe militar o el que actúe efectivamente como jefe militar será penalmente responsable por los crímenes de la competencia de la Corte que hubieren sido cometidos por fuerzas bajo su mando y control efectivo, o su autoridad y control efectivo, según sea el caso, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esas fuerzas cuando:

i) Hubiere sabido o, en razón de las circunstancias del momento, hubiere debido saber que las fuerzas estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos; y

ii) No hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento.

b) En lo que respecta a las relaciones entre superior y subordinado distintas de las señaladas en el apartado a), el superior será penalmente responsable por los crímenes de la competencia de la Corte que hubieren sido cometidos por subordinados bajo su autoridad y control efectivo, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esos subordinados, cuando:

i) Hubiere tenido conocimiento o deliberadamente hubiere hecho caso omiso de información que indicase claramente que los subordinados estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos;

ii) Los crímenes guardaren relación con actividades bajo su responsabilidad y control efectivo; y 17

iii) No hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento [N. de la T.]

114 La incumbencia existe, en todo caso, debido al dominio de un peligro especial y, si el superior ha formado la unidad, además también por injerencia. En el precepto, los superiores de Derecho y los superiores de hecho son equiparados de manera bastante desprotegida. Sin embargo, ello solamente se puede entender como equiparación en cuanto a las consecuencias, no en cuanto a la fundamentación de la responsabilidad: seguro que el Estatuto no concede al superior de una asociación paramilitar un estatus con poder de mando *jurídico-internacional*.

mencionar la responsabilidad del interviniente en un hecho delictivo por el peligro *especial* de un exceso de un cointerviniente¹¹⁵.

Quinta regla (imputación)

Cuando una sola conducta no es significativa como infracción de la incumbencia, sí puede serlo la suma de varias realizaciones de conductas. Por ejemplo, quien, en el seno de su organización, omite, contra el uso consolidado, el cerrar el portal por la noche, de manera que el acceso a la casa de su vecino resulta más fácil para un ladrón, coloca, además, una alfombra que amortigua el ruido de las pisadas (¡acción!) y, de manera insólita, no enciende una luz, ha adaptado su organización, mediante acción y omisión, a la conducta delictiva. Aunque cada conducta pueda ser, considerada en sí misma, socialmente adecuada, todas las conductas consideradas juntas indican una adaptación de la organización a la futura ejecución del robo; por consiguiente, la organización está configurada contrariamente a la incumbencia y, con el comienzo de la ejecución del robo, se convertirá en contraria a la garantía: la posición de garantía resulta de la falta de aseguramiento en el tráfico de la propia organización.

115 BGH *NStZ*, 1985, p. 24; *NStZ*, 1992, pp. 31 y s.; con comentario en contra de NEUMANN, JR, 1993, pp. 161 y ss.; véase también BGH *NStZ*, 1998, pp. 31 y s.; con detalle, JAKOBS, *FS Bundesgerichtshof*, pp. 44 y ss.

*Adición*¹¹⁶

Los deberes positivos siguen sus propias reglas (véase al respecto *infra* IV).

3. ¿La omisión de dificultar el hecho como intervención?

En la intervención mediante actividad se abordó brevemente y se respondió de forma afirmativa la cuestión de si también la realización de una aportación (por ejemplo, la eliminación de un impedimento para el hecho) que, de lo contrario, habría sido realizada por otra persona o por el mismo ejecutor puede constituir la infracción de una incumbencia (véase *supra* III.B.3, texto relativo a la nota 35). En la omisión, la pregunta correspondiente reza si —*ceteris paribus*— puede constituir una infracción de la incumbencia el no colocar esos impedimentos de cuya superación no hay que dudar. Contra una respuesta afirmativa al respecto, se alega que lo que tiene sentido es que no exista un deber (*recte*: no puede infringir la incumbencia) de realizar esfuerzos que, vistos ya desde la perspectiva

116 *Excurso*: también es posible la autoría mediata —si se entiende correctamente en sentido estricto: no es un caso de intervención; al respecto *supra* III.B.6, *excurso*— por omisión en competencia por organización, a saber, cuando el omitente se ha convertido, mediante una organización antijurídica o una organización que crea un riesgo especial o mediante asunción, en competente por el defecto de imputación que concurre en el ejecutor. Por ejemplo, un abogado hace caso omiso del § 284 apdo. 2 StGB (conforme a este precepto, se castiga a quien organiza públicamente, sin permiso de la autoridad, juegos de azar, y el apartado 2 del § 284 dispone que se entiende “organizado públicamente” aquel juego de azar “en asociaciones o en sociedades cerradas en los que se suelen organizar habitualmente juegos de azar” [N. de la T.]) y da al presidente de una asociación la información de que los juegos de azar en sociedades cerradas no son juegos organizados públicamente. Poco después, el abogado descubre su error, pero no hace nada, y el presidente de la asociación organiza juegos que, como era de esperar, muy pronto tienen lugar de forma habitual.

ex ante, resultan inútiles¹¹⁷. Esta afirmación es correcta en el sentido de que las circunstancias que son irrelevantes para la imputación no tienen, en un contexto normativo, "utilidad" alguna, dicho de manera más precisa: no tienen ninguna función. Poniendo un ejemplo, que el portero cierre o no un ala de una puerta de entrada que tiene tres alas de las que, sin embargo, solamente se puede cerrar una, es algo que resulta irrelevante para la imputación a los ladrones que entran.

En cambio, las cosas son distintas cuando la superación de una protección frente al robo intensifica la susceptibilidad de imputación de la conducta, pero no se llega a producir la imputación intensificada porque la protección, debido a que era superable, ni siquiera se colocó. En tal caso, falta, para el robo concreto, una amenaza de pena *agravada*, esto es, un determinado *quantum* de cimentación cognitiva de la garantía normativa de la propiedad, y, al igual que una garantía normativa no decae por el hecho de que sea seguro que va a ser quebrantada, tampoco decae su agravación por el hecho de que esta no habría conseguido nada *en el plano fáctico*. En las consideraciones hipotéticas, las garantías normativas se mantienen siempre, pues, de lo contrario, se "perdería" la susceptibilidad de imputación¹¹⁸. Por tanto, un no-dificultar relevante para la imputación infringe la incumbencia.

4. Cantidad de la intervención mediante omisión en la competencia por organización

Puesto que a la doctrina común le resulta ajeno concebir la intervención en el estadio previo como infracción de una in-

117 Así, especialmente, ARMIN KAUFMANN, *Dogmatik*, p. 293; con detalle sobre el problema, JAKOBS, *fs Rüpzig*, pp. 21 y ss., pp. 24 y ss.

118 JAKOBS, *AT*, 7/93.

cumbencia, debido a que aquella doctrina parte, sobre todo en la omisión, de una contrariedad a deber, las contradicciones son de esperar¹¹⁹. En parte se deduce, de la lesión de un deber de *garante*, la "autoría", lo cual no pocas veces se cimenta con obviedades sobre la infracción de deberes *positivos* (la distinción de las clases de deberes no es habitual en la doctrina común); en cambio, en parte se deduce, partiendo del hecho de que la "complicidad" prestada activamente fundamenta, en virtud de injerencia, un deber de garante (más exactamente: incumbencia) de impedir la ejecución, una (en general) menor importancia de la posición de garantía en el marco de la intervención. A ello se añaden reflexiones adicionales contradictorias sobre la importancia de la conducta que se tiene que realizar para evitar la ejecución.

La solución de estas confusiones aparece cuando se atiende al *fundamento* de la responsabilidad: el fundamento de la responsabilidad en el caso del hacer activo es el *organizar activo* contrario a la garantía; en la omisión, el fundamento de la responsabilidad (aquí solamente: en la competencia por organización) es el *estado* contrario a la garantía en que se encuentra la organización. Este estado tiene justo la misma importancia que tiene su causación activa. Por ejemplo, la no reclamación del arma que se ha prestado a un sujeto no autorizado (o la no evitación de la ejecución de otra manera) tiene la misma importancia que la entrega del arma; el no cerrar una puerta tiene la misma importancia que el abrirla, etc. De ello se deduce que la posición de garante, antes mencionada, en virtud de injerencia tras una conducta activa de complicidad (que solamente fundamenta un deber cuando se inicia la

119 Exposición detallada en VOGEL, *Norm*, pp. 275 y ss., pp. 380 y s.; LK-SCHÖNEMANN, § 25, núm. marg. 205 y s., 207 y ss.; S/S-HEINE, previos a los §§ 25 y ss., núm. marg. 100 y ss.

tentativa, antes es solamente la infracción de la incumbencia; véase *supra* III.B.2 y III.F.2) no plantea absolutamente ningún problema, ni el más mínimo: su infracción tiene precisamente el peso de la complicidad¹²⁰.

Puesto que tanto en el organizar activo como en la omisión en competencia por organización se trata, en todo caso, de la responsabilidad por la infracción de deberes de garante *negativos*, también se pueden añadir más realizaciones de conductas cuando concurre en parte un hacer y en parte un omitir. También con un ejemplo¹²¹: quien, pese a la asunción garantizadora, no cierra una puerta, abre activamente otra, etc., y, de este modo, hace posible una ejecución, puede configurar en conjunto la ejecución como el mismo ejecutor, esto es, en el lenguaje usual, puede ser "coautor".

G. INTERVENCIÓN EN LA OMISIÓN EN COMPETENCIA POR ORGANIZACIÓN

Como se ha explicado al principio del apartado anterior, en este lugar también se trata solamente de la omisión en competencia por organización, pero a partir de ahora la omisión constituye la ejecución: una omisión como infracción de un *deber* de garante (de aseguramiento en el tráfico, en virtud de injerencia, en virtud de asunción), no una incumbencia. —En el caso de la intervención en una acción [*Tun*], la ejecución (también) se le imputa al interviniente porque este último ha llevado adelante la realización de la planificación, y ello puede ocurrir fenotípicamente de dos maneras: mediante

120 Coincide en la conclusión RENZIKOWSKI, *Täterbegriff*, pp. 141 y 146, quien, sin embargo, afirma que en el estadio previo ya existe un *deber* (y lo limita a la retirada de la aportación, en lugar de exigir y considerar suficiente *cualquier* paralización de los efectos).

121 Véase ya el ejemplo mencionado *supra* III.F.2, relativo a la quinta regla.

(co)configuración de la situación típica (por ejemplo, que un sujeto armado se encuentre frente a la víctima) y mediante (co)configuración de la motivación del ejecutor (por ejemplo, mediante inducción). Las cosas no son distintas en el caso de la intervención en la omisión: el interviniente puede (co) configurar la situación típica (por ejemplo, que una víctima esté amenazada por la organización de otra persona) o la motivación del garante (por ejemplo, mediante la inducción¹²² a la omisión).

Al respecto, ningún ejercicio de influencia directo sobre la motivación presenta peculiaridad alguna; si se aconseja, se "imbuje" un motivo para la acción o uno para omitir, o si se refuerza tal motivo cuando este se tambalea, es algo que solamente se diferencia en el fenotipo, tal como se explicó al principio del apartado anterior a propósito de la intercambiabilidad, según el ámbito, de la acción y la omisión (*supra* III.F.1). Pero también en lo que atañe a la situación típica en el sentido usual, esto es, la situación "externa", hay, ciertamente, diferencias prácticas, pero no diferencias de principio. Con relación a las diferencias prácticas: puesto que el omitente ha de ser garante en virtud de una competencia por organización, a la intervención en la omisión le quedan solamente los casos en los que el interviniente "sirve" perfectamente —*sit venia verbo*— al garante la ocasión para la omisión (esto es, la situación típica). Por ejemplo, el competente por el reparto de las tareas de cuidado¹²³ asigna a un cuidador (que, en el presente ejemplo, ha de ser solamente garante en virtud de

122 Aquí se puede hablar de la *des-instigación* [*Abstiftung*] del plan de evitar la amenaza o del impedimento de siquiera tomar en consideración la evitación; en ello insiste especialmente ARMIN KAUFMANN, *Dogmatik*, pp. 190 y ss.; sin embargo, el uso metafórico de los conceptos propio del ámbito de la comisión no debería generar confusión seria alguna.

123 Este puede estar, además, obligado positivamente y, normalmente, lo estará.

asunción) un determinado "caso" de cuidado y, concretamente, con la esperanza de que el cuidador no cumpla con su deber, etc. —Quien quiera puede construir el caso de tal manera que esta asignación tenga lugar mediante una omisión, por ejemplo, cuando un superior no corrige la decisión errónea de un subordinado (intervención en la omisión mediante omisión). Pero ello nos aleja de la vida real (algo que, no obstante, de todos modos ya habría ocurrido hace tiempo), pues en las situaciones de dependencia personalmente planificables, la sociedad genera deberes *positivos*¹²⁴.

124 *Excurso:* respecto a la autoría mediata por medio de un instrumento omitente, se ha de modificar el caso formulado *supra* III.F.2, nota 123, diciendo que el presidente de la asociación omite el poner fin a la posibilidad de jugar que ya existía.

el derecho a un fallo imparcial y el derecho al cuidado de los padres⁴. Estos derechos existen con independencia del trato del obligado con su esfera *general* (que compete a cualquiera) de organización; el derecho a un fallo imparcial no depende de la libertad *general* de obrar del juez, y el derecho de un niño enfermo a que los padres lo lleven al médico no depende de si los padres han organizado la necesidad de tal intervención o si la enfermedad "cayó del cielo". —Estos deberes positivos, ya esbozados al principio, han de ser tratados ahora de manera algo más profunda, limitándonos a los problemas de la intervención—.

El contenido de un deber positivo consiste en ocuparse de una institución y, con ello, de los destinatarios de esta. El deber se basa en un estatus del obligado —estatus adquirido libremente o impuesto—, que amplía su relación con el beneficiario más allá de lo solo-negativo:

El obligado tiene que garantizar que los cursos lesivos, sea donde fuere que estos tengan su origen, no tengan efectos en la esfera de organización del beneficiario o, incluso, que la situación de esta esfera mejore⁵. Este deber se puede limitar a determinados ámbitos de la organización del beneficiario —por ejemplo, un médico tiene que responder de la salud de su paciente, pero no de su patrimonio; el juez tiene que responder de la Administración de Justicia, pero no de la seguridad externa, de esta última ha de responder la policía,

4 Sobre la problemática de la fundamentación en el planteamiento de KANT: PAWLIK, *Unrecht des Bürgers*, pp. 164 y s. Una fundamentación esencialmente referida a la organización la ofrece FREUND, *Erfolgsdelikt*, pp. 273 y ss.

5 Normalmente, la no producción de una mejora solamente se incluye cuando se puede concebir como la continuación de un daño. No eliminar los dolores o la enfermedad que continúan, etc. Véase, no obstante, también §§ 179 y s. StGB. Una declaración de un testigo ante el tribunal puede ser forzada (§ 70 StPO; el testigo es un funcionario *ad hoc* obligado positivamente), pero la negación de la declaración no es *per se* un delito.

etc.— o, en cambio, abarcar toda la esfera de organización; prototipos de lo último son los deberes de los padres frente a sus hijos menores. Al respecto se trata siempre de deberes que —a diferencia de los deberes solo-negativos— no afectan a cualquiera. Estos *deberes especiales* están vinculados a *derechos especiales* del obligado, cuando el beneficiario no es libre de salir de la relación de ayuda.

El deber de ayudar se infringe de la manera más radical cuando el obligado lesiona *activamente* la organización del beneficiario; tal incursión no solamente infringe el deber negativo que atañe a todos —el obligado positivamente no se ha librado de este deber negativo— sino, además, el deber positivo, si se produce el daño en el ámbito de protección de dicho deber. Con otras palabras, el estatus positivo hace especiales a los deberes negativos, sin eliminarlos en cuanto deberes negativos. En lo relativo a la vía negativa de responsabilidad, rigen las reglas de la intervención generales (esto es, vinculantes para todos) expuestas hasta ahora (respecto a III); por ejemplo, la madre que entrega al padre o a una tercera persona un palo para dar una paliza al niño infringe la incumbencia de permanecer en una situación en la que pueda ser distanciada de las lesiones venideras.

Sin embargo, *así* se deja fuera lo especial de los deberes positivos: el deber no mediado (no conducido por medio de la conducta de otras personas) de ayudar. Este deber se solapa con el deber negativo, aísla (hace especial) al obligado dentro de la esfera de quienes actúan en división del trabajo y lo convierte (en el ámbito de estos) en el único competente. El obligado positivamente realiza, mediante su conducta, un injusto propio separado del injusto de los demás, y no interviene *en cuanto tal* en la ejecución de otros: ya en el momento de la infracción de su deber concurre la tentativa de infligir un daño al beneficiario. Por ejemplo, que un padre no impida que una persona lesione a su hijo o que induzca o ayude a

que se produzca tal hecho son conductas que se han de juzgar igual que su omisión en caso de que un animal ataque a su hijo o también su acción de azuzar activamente al animal: en todo caso ya concurren unas lesiones, por lo menos en grado de tentativa, esto es, un injusto, y no solamente, por ejemplo, en las dos primeras variantes del caso, la infracción de una incumbencia en el estadio previo de la ejecución por medio de otro. *En el ámbito de los deberes positivos no hay intervención, sino solamente ejecución*⁶. Incluso cuando varios obligados lesionan sus respectivos deberes, cada uno actúa para él (lo cual se suele caracterizar como autoría accesoria). Por ejemplo, si tres jueces de una sala firman una sentencia prevaricadora, cada uno de ellos comete su propia prevaricación. —En caso de conducta *imprudente* de los obligados positivamente, rigen los principios mencionados.

B. Intervención en la infracción de deberes positivos

Por tanto, para el campo de la intervención queda el “llevar adelante”, por parte de un obligado negativamente, un hecho de un obligado positivamente. La pregunta que aquí es esencial reza si al que no es obligado positivo (al *extraneus*) le “atañe” siquiera en algo el deber positivo del otro (del *intra-neus*), y para darle una respuesta hay que determinar por qué se generan deberes positivos. Las personas pueden, en una sociedad liberal, determinar por sí solas el estado de sus organizaciones, siempre y cuando cuiden de que otros no sufran daño alguno. Por ello, el sinalagma de libertad de conducta y responsabilidad por las consecuencias constituye una ins-

6 Fundamentalmente ROXIN, *Täterschaft* (1), pp. 352 y ss.; en el mismo sentido, en lo que respecta a la conclusión, SÁNCHEZ-VERA, *Pflichtdelikt*, pp. 158 y ss.; JAKOBS, *AT*, 21/115 y ss.; véase, también, RENZIKOWSKI, *Täterbegriff*, pp. 146 y ss., p. 152.

titución que caracteriza la sociedad. Ahora bien, las personas solamente pueden desempeñar sin miedo su rol como libres cuando pueden estar seguros de que, en determinados casos de necesidad especial, se puede recabar ayuda. Por ejemplo, una sociedad que se reproduce tiene que regular el cuidado de los niños menores de edad, así como el de los ancianos; una sociedad que intercambia mercancías y dinero tiene que velar, en el ámbito del intercambio, por la aplicabilidad del Derecho, etc. Por consiguiente, junto a la institución "libertad de conducta y responsabilidad por las consecuencias", surgen otras instituciones que marcan en términos comparables y que, por ello, son igualmente irrenunciables. Es muy evidente que el alcance exacto solamente se puede definir de manera imprecisa, al igual que también los contornos de los deberes negativos se pueden definir solamente de manera imprecisa (¿alcance del riesgo permitido, del actuar por su cuenta y riesgo, del principio de confianza, de la prohibición de regreso?). Como instituciones positivas se pueden mencionar la relación padres-hijo; además, la unión de hecho jurídicamente reconocida cuya existencia no es meramente formal, así como las instituciones administradas estatalmente de la seguridad⁷ y —¡elemental!— de la aplicación del Derecho, por ejemplo, mediante los tribunales⁸; en especial, todo cargo público superior tiene que impedir los delitos en el ejercicio del cargo que hayan sido planeados por sus subordinados (§ 357 StGB)^{9,XVI}. Esto no se tiene que detallar aquí y puede

7 O su sustituto no estatal —bomberos voluntarios, clínica privada de urgencias—, que no puede ser abandonado a deshora ("confianza especial").

8 JAKOBS, AT 29/57 y ss.

9 Aquí pertenece también el caso "Fujimori", ya mencionado *supra* (III.B.7, nota 74): quien es presidente de un Estado y, además, jefe del poder militar tiene que impedir los delitos de las fuerzas armadas, y lesiona este deber de la manera más radical si induce a esos hechos. Puesto que Fujimori indujo a las milicias a matar a personas molestas, una referencia a su posición de deber habría bastado

ser controvertido en el caso concreto, pues lo decisivo consta, a saber, la irrenunciabilidad *social*, esto es, *general* de las instituciones relevantes. Así pues, no se trata de dar preferencia a determinadas personas o grupos, no se trata de un Derecho especial de castas aisladas o de partes aisladas de la sociedad, sino de la estructura normativa marcante de *una y solamente una* sociedad y, en lo que se refiere a esta cualidad, las instituciones "atañen" precisamente a todos. Ciertamente, no todos pueden corromper de propia mano las instituciones, pero, desde luego, sí pueden hacerlo mediante una mano ajena apropiada (véase *supra* III.B.2)¹⁰.

para fundamentar su autoría; al respecto, JAKOBS, *zts*, 2009, pp. 572 y ss., pp. 574 y s. Quien tenga problemas con los deberes positivos, podría haber afirmado una simple coautoría. Detalladamente sobre la sentencia AMBOS, *zts* 2009, pp. 552 y ss. La responsabilidad del superior de Derecho conforme al art. 28 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional se basa en el estatus jurídico, por ello, delito de infracción de un deber. Sobre los superiores de hecho, véase *supra* III.F.2, nota 114 y texto al respecto.

xvi) § 357 *Verleitung eines Untergebenen zu einer Straftat*. (1) *Ein Vorgesetzter, welcher seine Untergebenen zu einer rechtswidrigen Tat im Amt verleitet oder zu verleiten unternimmt oder eine solche rechtswidrige Tat seiner Untergebenen geschehen läßt, hat die für diese rechtswidrige Tat angedrohte Strafe verwirkt*. (2) *Dieselbe Bestimmung findet auf einen Amtsträger Anwendung, welchem eine Aufsicht oder Kontrolle über die Dienstgeschäfte eines anderen Amtsträgers übertragen ist, sofern die von diesem letzteren Amtsträger begangene rechtswidrige Tat die zur Aufsicht oder Kontrolle gehörenden Geschäfte betrifft*. El § 357 stGB prevé el castigo del superior que induce a sus subordinados a cometer un delito en su cargo, así como del superior que permite que esa clase de delito sea cometida por sus subordinados [N. de la T.].

10 Por ello el § 28 apdo. 1 stGB no extiende la punibilidad a sujetos no obligados especiales, sino que reduce su punibilidad; decididamente en contra, LANGER, *Sonderstrafat*, p. 393 y *passim*. A diferencia de lo que sugiere la teoría del bien jurídico, en el caso de los deberes positivos, *en lo que atañe al funcionamiento de la institución*, no se trata de bienes que existían ya antes del hecho, sino de bienes que se han de producir y continuar. Por consiguiente, el hecho no se puede entender como lesión de un bien jurídico *existente*. Por ejemplo, si un juez dicta una sentencia prevaricadora, no se lesiona una Administración de Justicia correcta existente, sino que, en el caso que hay que resolver, dicha Administración de Justicia correcta nunca ha existido (JAKOBS, *Rechtsgüterschutz?*, p. 18; el mismo, *rs Frisch*, p. 85); si los padres dejan desatendido a su hijo en caso de enfermedad

El *quantum* de ese "atañer" como medida de la susceptibilidad de imputación al *extraneus* lo determina el Derecho vigente de manera notablemente insegura¹¹: en el caso de los deberes que fundamentan la pena (por ejemplo, los deberes de un juez cuando lleva una cuestión jurídica, § 339 StGB), el Derecho fija una susceptibilidad de imputación reducida (§ 28 apdo. 1 StGB), mientras que en los deberes que determinan un aumento de la pena *aparentemente* excluye la susceptibilidad de imputación (!) (§ 28 apdo. 2 StGB)^{xvii}.

La susceptibilidad de fundamentar la reducción de la imputación en el caso de los deberes especiales fundadores es dudosa: ¿por qué en caso de cooperación a la corrupción de una institución generalmente irrenunciable se ha de conceder una "rebaja de pena" a aquel que puede atacar a la institución, ciertamente no desde dentro, pero sí mediante sujetos internos a ella, y la sociedad en la que dicho sujeto vive necesita esta institución? Después de todo, la regulación debería resultar defendible, puesto que las cuestiones internas pueden ser

grave, de manera que el niño muere, no existen unos "padres" [Elternschaft] que funcionen. Una institución que funciona puede ser destruida por un *extraneus* (se impide que se forme un tribunal; "roban" el hijo a sus padres), pero esto no corrompe a la institución, puesto que el *extraneus* ciertamente puede despreciarla, pero no la puede administrar mal: el *extraneus* solamente —jaunque, por lo menos!— puede llegar a una institución especial a través de un *intraneus*.

11 KÜPER, *fs Jakobs*, pp. 311 y ss.; STRATENWERTH/KUHLEN, AT, 12/192.

^{xvii} § 28 *Besondere persönliche Merkmale*. (1) *Fehlen besondere persönliche Merkmale* (§ 14 Abs. 1), *welche die Strafbarkeit des Täters begründen, beim Teilnehmer (Anstifter oder Gehilfe), so ist dessen Strafe nach § 49 Abs. 1 zu mildern*. (2) *Bestimmt das Gesetz, daß besondere persönliche Merkmale die Strafe schärfen, mildern oder ausschließen, so gilt das nur für den Beteiligten (Täter oder Teilnehmer), bei dem sie vorliegen*. Conforme al § 28 StGB, si en el partícipe (inductor o cómplice) faltan elementos personales especiales que fundamentan la punibilidad del autor, se ha de atenuar la pena de dicho partícipe (apdo. 1). Cuando la ley prevea que determinados elementos personales agravan la pena, la atenúan o la excluyen, ello solamente rige para los intervinientes (autores o partícipes) en quienes dichos elementos concurren (apdo. 1) [N. de la T.].

ajenas para el *extraneus* y este último no se encuentra en la situación de poder administrar, con efectos jurídicos, dichas cuestiones internas, aun cuando en sí todo ciudadano tiene que respetar la configuración legítima de su sociedad (véase *supra* III.B.6, excurso).

En cambio, no se puede fundamentar la exclusión de la imputación en el caso de los deberes especiales que aumentan la pena, puesto que ello no se puede conciliar con el significado social general de la institución. Además, entre tanto se puede considerar superada esa manera de entender la regulación (exclusión de la imputación): como ya se ha explicado, los deberes positivos hacen especiales también a los negativos, de manera que el aparente aumento de injusto del delito general mediante la infracción de, además, un deber positivo se presenta, si se observa detenidamente, como fundamentación de un injusto homogéneo de la infracción de un deber positivo¹². Con otras palabras, no existen deberes positivos que solamente se construyan sobre deberes negativos, sino que los deberes positivos transforman también la "base", convirtiéndola en positiva. Por ejemplo, en las lesiones en el ejercicio del cargo (§ 340 StGB)^{XVIII} o en la coacción a declarar (§ 343 StGB)^{XIX} se trata totalmente de delitos de funcionarios,

12 Así, por primera vez y con una fundamentación detallada SÁNCHEZ-VERA, *Pflichtdelikt*, pp. 180 y ss.

^{XVIII} § 340 Körperverletzung im Amt. (1) Ein Amtsträger, der während der Ausübung seines Dienstes oder in Beziehung auf seinen Dienst eine Körperverletzung begeht oder begehen läßt, wird mit Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren bestraft. In minder schweren Fällen ist die Strafe Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe. (2) Der Versuch ist strafbar. (3) Die §§ 224 bis 229 gelten für Straftaten nach Absatz 1 Satz 1 entsprechend. El § 340 StGB castiga con pena privativa de libertad de tres meses a cinco años al funcionario [Amtsträger] que en el ejercicio de su cargo o en relación con este comete unas lesiones [N. de la T.].

^{XIX} § 343 Aussageerpressung. (1) Wer als Amtsträger, der zur Mitwirkung an 1. einem Strafverfahren, einem Verfahren zur Anordnung einer behördlichen Verwahrung,

de manera que un *extraneus* también responde por la infracción de los deberes del cargo en la que interviene, aunque responde de forma atenuada (§ 28 apdo. 1 stGB).

El obligado positivamente infringe su deber siempre él mismo y no por medio de otros. Esto conduce a avanzar la ejecución al momento de la conducta del obligado especial; este momento puede ser lejano a la ejecución de la lesión de un deber negativo. Por ejemplo, el marido que encarga a un "asesino a sueldo"^{xx)} el asesinato de su mujer y, con ello, deja el asunto en manos de otro, ya comete por ello (no solamente la infracción de una incumbencia, sino) la tentativa de un homicidio (así como también concurriría una tentativa si el marido no impidiera que una persona que actúa independientemente de él mate a su mujer). ¡En ese injusto puede intervenir un *extraneus*! Así pues, si en el caso expuesto, la propuesta de asesinato proviene del asesino a sueldo, el cual se ofrece para el hecho, dicho asesino a sueldo es ya, antes de comenzar con su hecho, interviniente en la tentativa del obligado especial (lo cual, no obstante, no excluye el desistimiento). —La doctrina común no se pronuncia sobre esta problemática.

2. einem Bußgeldverfahren oder

3. einem Disziplinarverfahren oder einem ehrengerichtlichen oder berufsgerichtlichen Verfahren berufen ist, einen anderen körperlich mißhandelt, gegen ihn sonst Gewalt anwendet, ihm Gewalt androht oder ihn seelisch quält, um ihn zu nötigen, in dem Verfahren etwas auszusagen oder zu erklären oder dies zu unterlassen, wird mit Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu zehn Jahren bestraft.

(2) In minder schweren Fällen ist die Strafe Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren.

El § 343 stGB tipifica la conducta del funcionario que, en cuanto tal, en un proceso (penal, de multa, disciplinario, etc.) emplea violencia contra un sujeto para forzarle a hacer una determinada declaración o a omitirla. La pena prevista es de privación de libertad de uno a diez años, siendo esta susceptible de atenuación en casos menos graves [N. de la T.].

^{xx)} El autor emplea el término "bravo", esto es "*gedungener Mörder*", como el título de la ópera de Saverio Mercadante "Il Bravo", que versa precisamente sobre un asesino a sueldo [N. de la T.].

V. RESUMEN

1.º Los deberes *negativos* se encuentran en un sinalagma respecto a la libertad de organización: ninguna persona puede configurar su esfera de organización de tal manera que, de este modo, sean menoscabados derechos de otras personas, y si la esfera de organización, sin intervención actual del titular, adopta una configuración que es incompatible con la existencia de los derechos de otras personas, el titular de la esfera tiene que llevarla a una configuración no peligrosa. — Los deberes *positivos* tienen como contenido el producir una institución adicional socialmente irrenunciable, mantenerla y, de esta forma, asistir también, ayudándoles, a los destinatarios cuando, independientemente de la organización del obligado, un daño amenaza (II).

2.º Un ejecutor puede intervenir, cuando prepara el hecho, en su propia ejecución (III.A).

3.º Injusto es únicamente la ejecución del hecho (la realización del tipo, desde el inicio de la tentativa hasta la conclusión de la producción del resultado); cualquier otro punto de vista disuelve los límites del tipo (III.B.1).

4.º Un ejecutor que no lo es de propia mano puede ejecutar por medio de mano ajena cuando es (co)competente por la mano ajena, esto es, cuando ha infringido la norma de no hacerse competente por la ejecución por medio de mano ajena; antes del inicio de la tentativa, esta norma regula una *incumbencia* del interviniente (III.B.2).

5.º Un interviniente se convierte en competente por una ejecución por mano ajena cuando ha llevado adelante dicha

ejecución, lo cual significa que ha realizado una prestación que es necesaria para poder realizar la ejecución. Que el ejecutor sepa de la prestación es algo indiferente, pues, en todo caso, el interviniente se incorpora a la ejecución (III.B.3).

6.º Si una ejecución constituye un injusto autónomo o si constituye una parte de un todo junto a otras ejecuciones es algo que no se rige por el opinar y querer de varios ejecutores ("decisión conjunta de cometer el hecho"), sino según la comprensión *social* (III.B.4 y III.C).

7.º Así como la ejecución tiene el *significado* de una contradicción de la norma, la intervención *significa* que puede producirse una ejecución. Si falta tal significado (aunque *de facto* sea llevada adelante la ejecución), concurre una *prohibición de regreso*. El ámbito de la prohibición de regreso se puede delimitar mediante reglas (III.B.5).

8.º La intervención en una ejecución solamente es posible cuando concurre una conducta culpable del ejecutor: *accesoriedad estricta*. La autoría mediata concebida estrictamente no es un caso de intervención (III.B.6).

9.º Junto a (1) la intervención dolosa en una ejecución dolosa, aparecen (2) la intervención imprudente en una ejecución dolosa, (3) la intervención dolosa en una ejecución imprudente y (4) la intervención imprudente en una ejecución imprudente (III.B.7).

10.º La necesidad de pena correspondiente a la intervención puede alcanzar y superar la medida de la necesidad de pena correspondiente a la ejecución (III.D).

11.º La *cantidad* de la intervención no cuenta con niveles internos a la imputación (III.E).

12.º En una intervención *mediante* omisión en competencia por organización (esto es, en caso de deberes negativos, *supra* 1.º) no existe, antes del inicio de la ejecución, un deber de garante, sino que el omitente infringe la incumbencia de no hacerse competente por la ejecución por medio de mano

ajena (III.F.2). Las reglas, mencionadas para la comisión activa, para la determinación del *significado* de la conducta (*supra* 7.º) se pueden trasladar a las omisiones en competencia por organización (III.F.2). También la determinación de la *cantidad* de intervención se produce de manera paralela (III.F.4).

13.º La intervención en la omisión en competencia por organización es posible y, por lo menos teóricamente, no está limitada a ejercicios de influencia psíquica (III.G).

14.º Las personas *positivamente* obligadas (*supra* 1.º) siempre ejecutan ellas mismas, esto es, son competentes de manera directa (independientemente de la conducta de otras personas, en especial, también con independencia de la accesoriedad) (IV.A).

15.º Una persona externa puede intervenir en la infracción de un deber positivo, puesto que las instituciones que hay que organizar son de significado *general-social*. Si a un delito general se le añade la lesión de un deber positivo, agravando tal delito, surge un delito especial *puro* en el que los externos pueden intervenir (IV.B).

BIBLIOGRAFÍA

Mientras en las siguientes entradas no se diga nada sobre el modo de cita, en las notas al pie las monografías se citan con su título o una parte característica de dicho título, los artículos con el nombre breve de la revista, del libro homenaje (FS), del libro en memoria (GS) o de la obra colectiva.

AMBOS, KAI, "Politische und rechtliche Hintergründe des Urteils gegen den ehem. peruanischen Präsidenten Alberto Fujimori", ZIS 2009, pp. 552 y ss.

VON BAR, LUDWIG, *Gesetz und Schuld im Strafrecht*, t. 2, 1907.

BAUMANN, JÜRGEN/WEBER, ULRICH/MITSCH, WOLFGANG, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 11.ª ed., 2003 (citado: AT).

BINDING, KARL, *Handbuch des Strafrechts*, t. 1, 1885.

BINDING, KARL, *Die Normen und ihre Übertretung. Eine Untersuchung über die rechtmäßige Handlung und die Arten des Delikts*, t. 1, *Normen und Strafgesetze*, 4ª ed., 1922 (reimpr. 1965); t. 4, *Die Fahrlässigkeit*, 1919 (reimpresión 1965).

BLOY, RENÉ, *Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht*, 1985.

BOCK, MICHAEL, "Ideen und Schimären im Strafrecht. Rechtssoziologische Anmerkungen zur Dogmatik der positiven Generalprävention", *zstw* 103 (1991), pp. 636 y ss.

VON BURI, M., "Über Kausalität und Teinahme", *zstw* 2 (1882), pp. 233 y ss.

VON BURI, M., *Die Causalität und ihre strafrechtlichen Beziehungen*, 1885.

CARO-JOHN, JOSÉ ANTONIO, *Das erlaubte Kausieren verbotener Taten — Regressverbot*, 2007.

DENCKER, FRIEDRICH, *Kausalität und Gesamttat*, 1996.

DERKSEN, ROLAND, "Unterstützung fremder Tatbegehung", *GA* 1993, pp. 163 y ss.

ZU DOHNA, ALEXANDER, *Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 4.^a ed., 1950.

EBRAHIM-NESBAT, SHAHRYAR, *Die Herausbildung der strafrechtlichen Teilnahmeformen im 19. Jahrhundert*, 2006.

VON FEUERBACH, ANSELM, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, 11.^a ed., 1832 (citado: *Lehrbuch*).

FISCHER, THOMAS, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 60.^a ed., 2013 (citado: *StGB*).

FREUND, GEORG, *Erfolgsdelikt und Unterlassen. Zu den Legitimationsbedingungen von Schuldspruch und Strafe*, 1992.

FREUND, GEORG, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Personale Straftatlehre*, 2.^a ed., 2009 (citado: *AT*).

FRISCH, WOLFGANG, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, 1988.

GALLAS, WILHELM, "Täterschaft und Teilnahme", en: GALLAS, WILHELM, *Beiträge zur Verbrechenslehre*, 1968, pp. 78 y ss.

HAAS, VOLKER, *Die Theorie der Tatherrschaft und ihre Grundlagen. Zur Notwendigkeit einer Revision der Beteiligungslehre*, 2008.

HARDWIG, WERNER, "Über den Begriff der Täterschaft", *Jz* 1965, pp. 667 y ss.

HEINRICH, MANFRED, *Rechtsgutszugriff und Entscheidungsträgerschaft*, 2002.

HEGEL, GEORG WILHELM FRIEDRICH, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 1820/21 (edición de la obra Moldenhauer und Michel, t. 7, 1970).

VON HIPPEL, ROBERT, *Deutsches Strafrecht*, t. 2, *Das Verbrechen. Allgemeine Lehren*, 1930 (reimpr. 1971) (citado: *Strafrecht* 2).

HOYER, ANDREAS, "Überbedingte Erfolge", en: PAWLIK y otros (eds.), *Festschrift für Günther Jakobs*, 2002, pp. 175 y ss.

HRUSCHKA, JOACHIM, *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode*, 2.^a ed., 1988 (citado: *Strafrecht*).

JAKOBS, GÜNTHER, "Regreßverbot beim Erfolgsdelikt", *zstw* 89 (1977), pp. 409 y ss.

JAKOBS, GÜNTHER, "Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung", *zstw* 97 (1985), pp. 751 y ss.

JAKOBS, GÜNTHER, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2.^a ed., 1991 (citado: AT).

JAKOBS, GÜNTHER, *Der strafrechtliche Handlungsbegriff. Kleine Studie*, 1992.

JAKOBS, GÜNTHER, "Strafrechtliche Haftung durch Mitwirkung an Abstimmungen", en: KÜHNE (ed.), *Festschrift für Koichi Miyazawa*, 1995, pp. 419 y ss.

- JAKOBS, GÜNTHER, "Akzessorietät. Zu den Voraussetzungen gemeinsamer Organisation", GA 1995, pp. 253 y ss.
- JAKOBS, GÜNTHER, "Objektive Zurechnung bei mittelbarer Täterschaft durch ein vorsatzloses Werkzeug", GA 1997, pp. 553 y ss.
- JAKOBS, GÜNTHER, "Die Ingerenz in die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs", en: ROXIN y otros (eds.), *50 Jahre Bundesgerichtshof*, t. IV, 2000, pp. 29 y ss.
- JAKOBS, GÜNTHER, "Gleichgültigkeit als dolus indirectus", zstw 114 (2002), pp. 584 y ss.
- JAKOBS, GÜNTHER, "Beteiligung", en: DÖLLING (ed.), *Jus humanum. Grundlagen des Rechts und Strafrecht. Festschrift für Ernst-Joachim Lampe*, 2003, pp. 561 y ss.
- JAKOBS, GÜNTHER, *Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck*, 2004.
- JAKOBS, GÜNTHER, *Norm, Person, Gesellschaft*, 3.^a ed., 2008.
- JAKOBS, GÜNTHER, "Natürlicher Zusammenhang versus gesellschaftliche Bedeutung", en: STEINBERG (ed.), *Recht und Macht. Festschrift für Hinrich Rüping*, 2008, pp. 17 y ss.
- JAKOBS, GÜNTHER, "Beteiligung durch Chancen- und Risikoaddition", en: PUTZKE y otros (eds.), *Strafrecht zwischen System und Telos. Festschrift für Rolf Dietrich Herzberg*, 2008, pp. 395 y ss.
- JAKOBS, GÜNTHER, "Bindings Normen und die Gesellschaft", en: *Festschrift für Figueiredo Dias*, t. 1, Coimbra, 2009, pp. 387 y ss.
- JAKOBS, GÜNTHER, "Zur Täterschaft des Angeklagten Alberto Fujimori Fujimori", zis 2009, pp. 572 y ss.
- JAKOBS, GÜNTHER, "Zur Theorie des Feindstrafrechts", en: ROSENAU y otros (eds.), *Straftheorie und Strafgerechtigkeit*, 2010, pp. 167 y ss.

- JAKOBS, GÜNTHER, "Erfolgsunwert und Rationalität", en: JOECKS y otros (eds.), *Festschrift für Erich Samson*, 2010, pp. 43 y ss.
- JAKOBS, GÜNTHER, "Altes und Neues zum strafrechtlichen Vorsatzbegriff", *Rechtswissenschaft*, 2010, pp. 283 y ss.
- JAKOBS, GÜNTHER, "Mittäterschaft als Beteiligung", en: PAEFFGEN y otros (eds.), *Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion. Festschrift für Ingeborg Puppe*, 2011, pp. 547 y ss.
- JAKOBS, GÜNTHER, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, 2012.
- JAKOBS, GÜNTHER, *Rechtsgüterschutz? Zur Legitimation des Strafrechts*, 2012.
- JAKOBS, GÜNTHER, "Recht und Gut – Versuch einer strafrechtlichen Begriffsbildung", en: FREUND y otros (eds.), *Grundlagen und Dogmatik des gesamten Strafrechtssystems. Festschrift für Wolfgang Frisch*, 2013, pp. 81 y ss.
- JESCHECK, HANS-HEINRICH/WEIGEND, THOMAS, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 5.ª ed., 1996 (citado: AT).
- JOERDEN, JAN C., *Strukturen des strafrechtlichen Verantwortlichkeitsbegriffs. Relationen und ihre Verkettungen*, 1988.
- JOERDEN, JAN C., *Logik im Recht. Grundlagen und Anwendungsbeispiele*, 2010.
- KANT, IMMANUEL, *Die Metaphysik der Sitten. Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, 2.ª ed., 1798 (edición de la obra Weischedel, t. 4, 1956, reimpr. 1963, pp. 303 y ss.).
- KAUFMANN, ARMIN, *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*, 1954.
- KAUFMANN, ARMIN, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, 1959.

- KAUFMANN, ARMIN, *Das Schuldprinzip. Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung*, 2.^a ed., 1976.
- KINDHÄUSER, URS, "Urteilsanmerkung", *nstz* 1997, pp. 273 y ss.
- KINDHÄUSER, URS, "Handlungs- und normtheoretische Grundfragen der Mittäterschaft", en: BOHNERT y otros (eds.), *Verfassung – Philosophie – Kirche. Festschrift für Alexander Hollerbach*, 2001, pp. 627 y ss.
- KÖHLER, MICHAEL, *Die bewußte Fahrlässigkeit. Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung*, 1982.
- KÖHLER, MICHAEL, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 1997 (citado: AT).
- KÖHLER, MICHAEL, "Buchbesprechung", *zstw* 114 (2002), pp. 183 y ss.
- KUBICIEL, MICHAEL, *Die Wissenschaft vom Besonderen Teil des Strafrechts. Ihre Aufgaben, ihre Methoden*, 2013.
- KUDLICH, HANS, *Die Unterstützung fremder Straftaten durch berufsbedingtes Verhalten*, 2004.
- KÜHL, KRISTIAN, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 6.^a ed., 2008 (citado: AT).
- KÜPER, WILFRIED, "Versuchsbeginn bei mittelbarer Täterschaft", *JZ* 1983, pp. 361 y ss.
- KÜPER, WILFRIED, "Ein neues Bild der Lehre von Täterschaft und Teilnahme. Die Beteiligungsformenlehre Ulrich Steins", *zstw* 105 (1993), pp. 445 y ss.
- KÜPER, GEORG, "Der gemeinsame Tatentschluss als unverzichtbares Moment der Mittäterschaft", *zstw* 105 (1993), pp. 295 y ss.
- KURZ, THILO, "Paradigmenwechsel bei der Strafverfolgung des Personals in den deutschen Vernichtungslagern?", *zIS* 2013, pp. 122 y ss.

LAMPE, ERNST-JOACHIM, "Systemunrecht und Unrechtssysteme", *zstw* 106 (1994), pp. 683 y ss.

LANGER, WINRICH, *Die Sonderstraftat. Eine gesamtsystematische Grundlegung der Lehre vom Verbrechen*, 2.^a ed., 2007 (1.^a ed. con el título *Das Sonderverbrechen*).

Leipziger Kommentar, JÄHNKE y otros (eds.), *Strafgesetzbuch*, t. 1, 11.^a ed., 2003 (citado: LK-autor, con indicación de la edición); LAUPHÜTTE y otros (eds.), *Strafgesetzbuch*, t. 1, 12.^a ed., 2007 (citado: LK-autor).

LESCH, HEIKO HARTMUT, *Das Problem der sukzessiven Beihilfe*, 1992.

LESCH, HEIKO HARTMUT, "Die Begründung mittäterschaftlicher Haftung als Moment der objektiven Zurechnung" *zstw* 105 (1993), pp. 271 y ss.

LESCH, HEIKO HARTMUT, *Der Verbrechensbegriff. Grundlinien einer funktionalen Revision*, 1999.

LOCKE, JOHN, *Two Treatises of Government*, 1690 (edición von Eucher, 4.^a ed., 1989).

LÜDERSEN, KLAUS, *Zum Strafgrund der Teilnahme*, 1967.

LÜDERSEN, KLAUS, "Der Typus des Teilnehmertatbestandes", en: KÜHNE (ed.), *Festschrift für Koichi Miyazawa*, 1995, pp. 449 y ss.

MARLIE, MARCUS, *Unrecht und Beteiligung. Zur Kritik des Tatherrschchaftsbegriffs*, 2009.

MAURACH, REINHART/GÖSSEL, KARL HEINZ/ZIPF, HEINZ, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, t. 2, *Erscheinungsformen des Verbrechens und Rechtsfolgen der Tat*, 7.^a ed., 1989 (citado: AT 2).

- MAYER, MAX ERNST, *Der Allgemeine Teil des deutschen Strafrechts*, 2.^a ed., 1923 (citado: AT).
- MEYER, MARIA KATHARINA, *Ausschluß der Autonomie durch Irrtum. Ein Beitrag zu mittelbarer Täterschaft und Einwilligung*, 1984.
- Münchener Kommentar*, JOECKS y otros (eds.), *Strafgesetzbuch*, t. 1, 2.^a ed., 2011. (citado: MK-autor).
- NAUCKE, WOLFGANG, "Über das Regreßverbot im Strafrecht", *ZStW* 76 (1964), pp. 409 y ss.
- NEUMANN, ULF, "Urteilsanmerkung", *JR* 1993, pp. 161 y ss.
- NOLTENIUS, BETTINA, *Kriterien der Abgrenzung von Anstiftung und mittelbarer Täterschaft. Ein Beitrag auf der Grundlage einer personalen Handlungslehre*, 2003.
- Nomos Kommentar*, KINDHÄUSER y otros (eds.), *Strafgesetzbuch*, t. 1, 3.^a ed., 2010 (citado: NK-autor).
- OTTO, HARRO, "Täterschaft und Teilnahme im Fahrlässigkeitsbereich", en: SEEBODE (ed.), *Festschrift für Günther Spendel*, 1992, pp. 271 y ss.
- OTTO, HARRO, *Grundkurs Strafrecht. Allgemeine Strafrechtslehre*, 7.^a ed., 2004 (citado: AT).
- PAWLIK, MICHAEL, *Das Unrecht des Bürgers. Grundlinien der allgemeinen Verbrechenslehre*, 2012.
- PHILIPPS, LOTHAR, *Der Handlungsspielraum. Untersuchungen über das Verhältnis von Norm und Handlung im Strafrecht*, 1974.
- PUPPE, INGEBORG, "Zurechnung und Wahrscheinlichkeit. Zur Analyse des Risikoerhöhungsprinzips", *zstw* 95 (1983), pp. 287 y ss.

- PUPPE, INGEBORG, "Urteilsanmerkung", JR 1992, pp. 30 y ss.
- PUPPE, INGEBORG, "Der gemeinsame Tatentschluss der Mittäter", en: COURAKIS (ed.), *Die Strafrechtswissenschaft im 21. Jahrhundert. Festschrift für Dionysios Spinellis*, Athen, 2001, pp. 915 y ss.
- RACKOW, PETER, *Neutrale Handlungen als Problem des Strafrechts*, 2007.
- RENZIKOWSKI, JOACHIM, *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung*, 1997.
- RENZIKOWSKI, JOACHIM, "Ist psychische Kausalität dem Begriff nach möglich?", en: PAEFFGEN y otros (eds.), *Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion. Festschrift für Ingeborg Puppe*, 2011, pp. 201 y ss.
- REY-SANFIZ, LUIS, *Die Begriffsbestimmung des Versuchs und ihre Auswirkungen auf den Versuchsbeginn*, 2006.
- ROTSCH, THOMAS, "Einheitstäterschaft" statt Tatherrschaft. Zur Abkehr von einem differenzierenden Beteiligungsformensystem in einer normativ-funktionalen Straftatlehre, 2009.
- ROXIN, CLAUS, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 1963. (citado: *Täterschaft* [1]; 8.ª ed., 2006.
- ROXIN, CLAUS, "Bemerkungen zum ,Täter hinter dem Täter'", en: WARDA y otros (eds.), *Festschrift für Richard Lange*, 1976, pp. 147 y ss.
- ROXIN, CLAUS, "Zum Strafgrund der Teilnahme", en: KÜPER y otros (eds.), *Beiträge zur Rechtswissenschaft. Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels*, 1993, pp. 365 y ss.
- ROXIN, CLAUS, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, t. 1, *Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 4.ª ed., 2006 (citado: AT I); t. 2, *Besondere Erscheinungsformen der Straftat*, 2003 (citado: AT II).

ROXIN, CLAUDIUS, "Zur neuesten Diskussion über die Organisationsherrschaft", GA 2012, pp. 395 y ss.

ROXIN, CLAUDIUS, "Der im Vorbereitungsstadium ausscheidende Mittäter", en: FREUND y otros (eds.), *Grundlagen und Dogmatik des gesamten Strafrechtssystems. Festschrift für Wolfgang Frisch*, 2013, pp. 613 y ss.

ROXIN, CLAUDIUS, "Zum Stand der Handlungslehre im deutschen Strafrecht. Eine Bilanz", en: COURAKIS (ed.), *Profesor Dr. Christos Dedes in Memoriam*, Athen, 2013, pp. 243 y ss.

RUDOLPHI, HANS-JOACHIM, "Zur Tatbestandsbezogenheit des Tatherrschaftsbegriffs bei der Mittäterschaft", en: ARTHUR KAUFMANN y otros (eds.), *Festschrift für Paul Bockelmann*, 1979, pp. 369 y ss.

SAMSON, ERICH, "Das Verhältnis von Erfolgsunwert und Handlungsunwert im Strafrecht", en: SAMSON, ERICH y otros (eds.), *Festschrift für Gerald Grünwald*, 1999, pp. 585 y ss.

SÁNCHEZ-VERA, JAVIER, *Pflichtdelikt und Beteiligung. Zugleich ein Beitrag zur Einheitlichkeit der Zurechnung bei Tun und Unterlassen*, 1999.

SCHILD, WOLFGANG, "Strafrechtsdogmatik als Handlungslehre ohne Handlungsbegriff", GA 1995, pp. 101 y ss.

SCHILD, WOLFGANG, *Tatherrschaftslehren*, 2009.

SCHMIDHÄUSER, EBERHARD, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Lehrbuch*, 2.^a ed., 1975 (citado: AT).

SCHMIDHÄUSER, EBERHARD, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Studienbuch*, 2.^a ed., 1984 (citado: Studienbuch).

SCHÖNKE/SCHRÖDER, ESER (redacción conjunta), *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 28.^a ed., 2010 (citado: s/s-autor).

SCHROEDER, FRIEDRICH-CHRISTIAN, *Der Täter hinter dem Täter*, 1965.

SCHUMMAN, HERIBERT, *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen*, 1986.

STRATENWERTH, GÜNTHER/KUHLEN, LOTHAR, *Strafrecht Allgemeiner Teil I*, 6.^a ed., 2011 (citado: AT).

SUPPERT, HARTMUT, *Studien zur Notwehr und notwehrrähnlichen Lage*, 1973.

Systematischer Kommentar, WOLTER (ed.), *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, t. 1, 8.^a ed., estado: entrega 137.^a (citado: SK-autor).

STEIN, ULRICH, *Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre*, 1988.

VOGEL, JOACHIM, *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten*, 1993.

WALTER, TONIO, *Der Kern des Strafrechts. Die allgemeine Lehre vom Verbrechen und die Lehre vom Irrtum*, 2006.

VAN WEEZEL, ALEX, *Beteiligung bei Fahrlässigkeit. Ein Beitrag zur Verhaltenszurechnung bei gemeinsamen Handeln*, 2006.

WELZEL, HANS, "Studien zum System des Strafrechts", *zstw* 58 (1939), pp. 491 y ss.

WELZEL, HANS, *Das deutsche Strafrecht*, 11.^a ed., 1969 (citado: *Strafrecht*).

WOLFF, CHRISTIAN, *Vernünfftige Gedancken von dem gesellschaftlichen Leben der Menschen und insonderheit dem gemeinen Wesen*, 1736 (reimp. 1975).

ÍNDICE DE VOCES

- Acción y omisión (intercambia-
bilidad) 93 y ss
- Adición de riesgo 51
- Agente provocador 25 nota al
pie 8, 39
- Accesoriedad 25 nota al pie 8
 - como clase de imputación 12
 - estricta (extrema) 63-67
- Autor detrás del autor 61 nota
al pie 51
- Autoría, mediata 37, 67-71
 - utilizando aparatos organiza-
dos de poder 75 nota al pie
74, 83
 - formas mixtas con la interven-
ción 74 y s.
 - tentativa 69 nota al pie 65
 - tentativa en las formas mixtas
75 y s.
- Bien del Derecho penal 24
- Cantidad de la intervención
88-92
 - en omisión en competencia por
organización 101-103
- Concepto de acción, solo-ins-
trumental 66 nota al pie 59
- Conceptos de autor 40-42, 81-84
- Concepto de hecho (amplio,
estricto) 83 y s. nota al pie
93 y s.
- Conocimientos especiales 55-57
- Deberes, negativos 15, 19-107
- Deberes, positivos 16 y s., 107-
115
 - estatus del obligad, 17, 108
 - competencia directa del obli-
gado 17 y s., 109 y s., 114 y s.
 - tentativa 115
- Decisión de cometer el hecho,
común 49 y s., 76 y s.
 - conforme al Código penal in-
ternacional 49 y s.
- Delito (concepto material) 27 y s.
- Derecho civil (paralelismos en
la imputación) 35 y s.
- División del trabajo
 - separadora 55-59
 - unitiva 13 y s., 46 y s., 55-59,
85 y s.
- Ejecución
 - concepto 76
 - como injusto único 11, 22, 31 y
s., 45 y ss.
 - de propia mano 13 y s., 86.

- por medio de mano ajena 11, 13 y s., 31-40
- como globalidad 49-52, 76-80, 80-89
- como parte destacada 55-57
- Elementos del tipo (normatividad) 65 y s.
- Esfera de organización 15 y s., 59 y ss.
- Estructura de la sociedad, normativa 12 y s., 107 y ss.
- constitución mediante instituciones especiales 107 y s.
- Finalismo 65 y s.
- Imprudencia, inconsciente 72
 - nota al pie 69
- Imputación, extraordinaria 36, 86 nota al pie 98
- Imputación del resultado 64 y s.
- Infracción de la incumbencia 35 y s., 38 y s., 59 nota al pie 48, 63 y s., 80 y ss.
- Instituciones, generales y especiales 107 y s.
- Intervención (mediante acción)
 - en la propia ejecución 19 y s., 26 y s.
 - mediante sustitución de una prestación ajena 44
 - en una conducta "libre" 47
 - formulación de la norma 37 y s.
 - como comunicación 49
 - como relación social 48
 - teorías "tradicionales" 25 y ss.
 - nota al pie 8; véase también "autoría"
 - imprudente en una ejecución dolosa 72 y s.
 - imprudente en una ejecución imprudente 75
 - dolosa en una ejecución imprudente 74 y s.
- Intervención en la infracción de deberes positivos 110-115
- en caso de delitos especiales "impropios" 115
- Intervención en la omisión en competencia por organización 103-105
- Intervención mediante omisión en competencia por organización 93-99
 - intercambiabilidad de acción y omisión 93-95
 - significado, reglas generales 96-99
 - en caso de omisión de dificultar el hecho 100 y s.
 - "*Delikt*" y "*Verbrechen*" 22 nota al pie 3
- Legítima defensa y situación semejante 30 y s.
- Llevar adelante 42-49, 43 y s., 91 y ss.
- Mano, propia, ajena (véase "ejecución")

Necesidad de pena, específica de la intervención 80 y s	Secuencia de significado (de norma, hecho y pena) 34 y s.
Protección de bienes jurídicos; véase también "bien del Derecho penal" 24, 112 nota al pie 10	Significado de la conducta 12 y s. - dependiente del contexto 60 y s., 97 - en la intervención 22-31, 42 y s., 44 y s., 49, 53 y s.
Prohibición de regreso 53-62, 95-99 - en caso de deberes positivos 110	- reglas generales para su determinación 59-63, 96 y s. - definición legal 55-59 - en la omisión 96 y s. - en el estadio previo a la ejecución 35 y s., 53 y s.
Realización del tipo; véase "ejecución"	Superior, de facto (art. 28 Estatuto de Roma) 98
Resultado, sobrecondicionado 43	



Editado por el Departamento de Publicaciones
de la Universidad Externado de Colombia
en diciembre de 2016

Se compuso en caracteres Palatino de 11 puntos
y se imprimió sobre Holmen Book Cream de 60 gramos
Bogotá (Colombia)

Post tenebras spero lucem