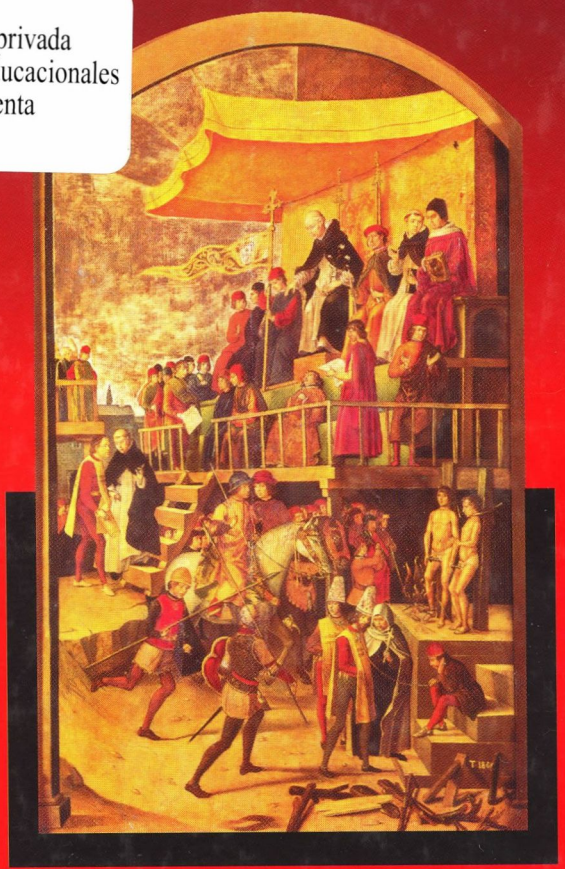
LIBRO HOMENAJE AL PROFESOR
GÜNTHER JAKOBS

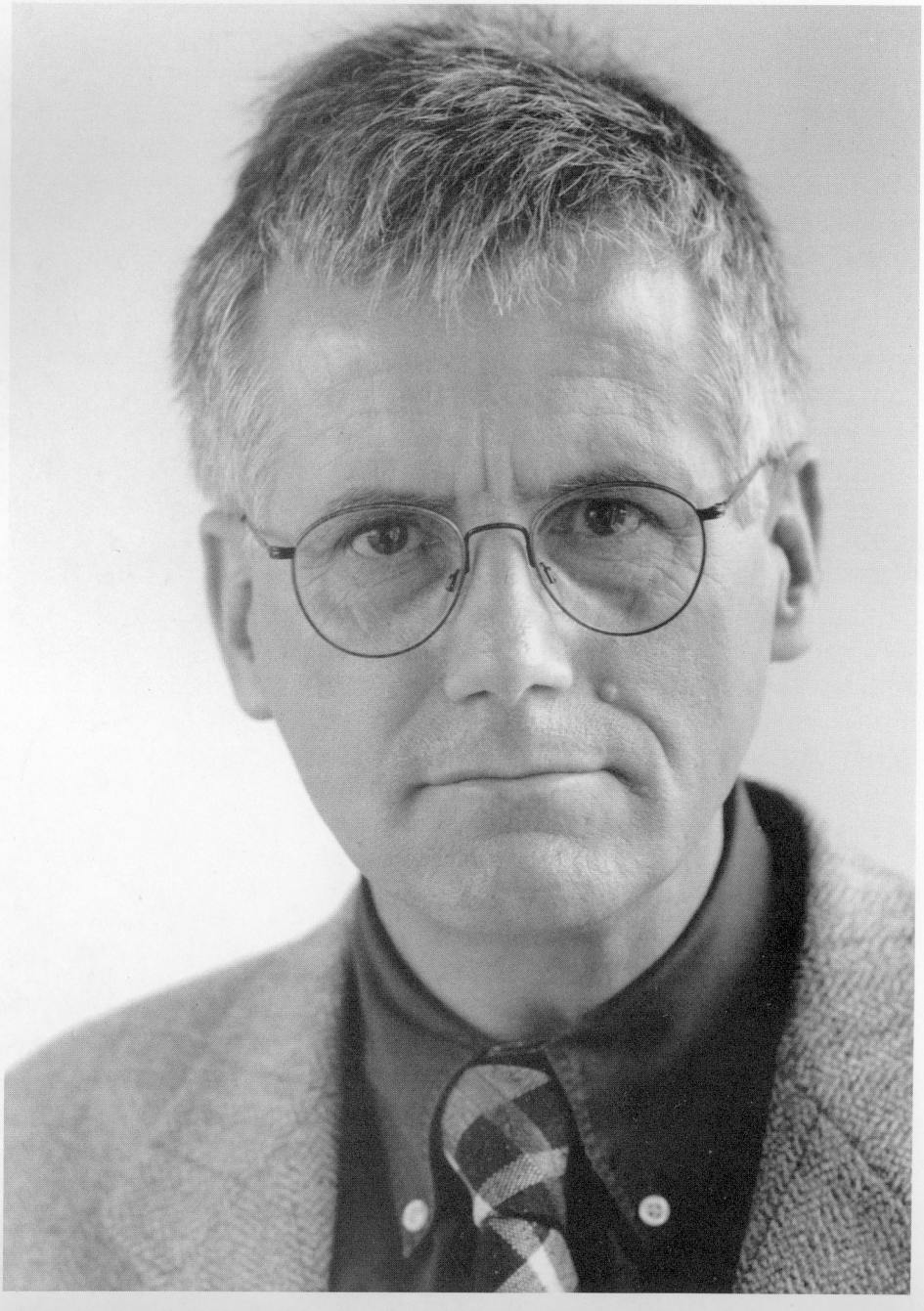
EL FUNCIONALISMO EN DERECHO PENAL

Esta es una copia privada
hecha sólo con fines educacionales
Prohibida su venta



EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT
Coordinador

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA
CENTRO DE INVESTIGACIÓN EN FILOSOFÍA Y DERECHO



Fotografía: Guy Croegaert

Profesor Doctor Günther Jakobs

EL FUNCIONALISMO EN DERECHO PENAL

LIBRO HOMENAJE AL PROFESOR GÜNTHER JAKOBS

TOMO II

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT
CARLOS GÓMEZ-JARA DÍEZ
JUAN IGNACIO PIÑA ROCHEFORT
MIGUEL POLAINO-ORTS
LAURA POZUELO PÉREZ
JOSÉ ANTONIO CARO JOHN
MARÍA ELOÍSA QUINTERO
MARIO MARAVER GÓMEZ
MARCO L. CERLETTI
ALEX VAN WEEZEL
PERCY GARCÍA CAVERO
GUILLERMO ORCE
R. JAVIER CADENAS
FERNANDO J. CÓRDOBA
LUIGI CORNACCHIA
NURIA PASTOR
RAMÓN RAGUÉS I VALLÈS
JACOBO DOPICO GÓMEZ-ALLER

Prohibida la reproducción impresa o electrónica total o parcial de esta obra. sin autorización por escrito del Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia

ISBN t. II 958-616-769-0

© UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA, 2003
Derechos exclusivos de publicación y distribución de la obra
Calle 12 n.° 1-17 Este, Bogotá - Colombia. Fax 342 4948.
www.uexternado.edu.co

Primera edición: septiembre de 2003.

Diseño de carátula: Departamento de Publicaciones
Composición: Marta Ramírez Alarcón
Fotomecánica, impresión y encuadernación: Panamericana Formas e Impresos S.A.
con un tiraje de 1.000 ejemplares.

Impreso en Colombia
Printed in Colombia

CONTENIDO

PRÓLOGO 9

PRIMERA PARTE
LOS FUNDAMENTOS 13

Distinciones teóricas en la observación del sistema jurídico penal: breves apuntes sobre la teoría de reflexión del derecho penal 15
Carlos Gómez-Jara Díez

Rol social y sistema jurídico-penal. Acerca de la incorporación de estructuras sociales en una teoría funcionalista del derecho penal 39
Juan Ignacio Piña Rochefort

Vigencia de la norma: el potencial de sentido de un concepto 61
Miguel Polaino-Orts

De nuevo sobre la denominada "expansión" del derecho penal: una relectura de los planteamientos críticos 107
Laura Pozuelo Pérez

Sobre la recepción del sistema funcional normativista de GÜNTHER JAKOBS en la jurisprudencia penal peruana 135
José Antonio Caro John

SEGUNDA PARTE
LA IMPUTACIÓN OBJETIVA 171

El delito de omisión desde una perspectiva normativista. Consideraciones en torno a la polémica sobre delitos impropios de omisión y principio de legalidad 173
María Eloísa Quintero

Riesgo permitido por legitimación histórica 207
Mario Maraver Gómez

Juicios de imputación y juicios causales 237
Marco L. Cerletti

Coautoría en delitos de organización 277
Alex van Weezel

TERCERA PARTE
PERSONAS JURÍDICAS 325

La imputación jurídico penal en el seno de la empresa 327
Percy García Cavero

Responsabilidad penal de las personas jurídicas 367
Guillermo Orce

CUARTA PARTE
JUSTIFICACIÓN Y CULPABILIDAD 387

Algunas críticas a las teorías de JAKOBS, TIMPE y ROXIN sobre el parágrafo 35 del Código Penal alemán 389
R. Javier Cadenas

Las informaciones hipotéticas 407
Fernando J. Córdoba

QUINTA PARTE
TEMAS DE PARTE ESPECIAL 427

Suicidio y eutanasia 429
Luigi Cornacchia

Consideraciones sobre la delimitación del engaño típico en el delito de estafa 453
Nuria Pastor

¿Coacciones sin violencia? Apuntes sobre el difícil encaje de la legalidad en un sistema funcional del derecho penal 481
Ramon Ragués i Vallès

Delitos cometidos por motivos discriminatorios: una aproximación desde los criterios de legitimación para la sanción penal 497
Jacobo Dopico Gómez-Aller

GÜNTHER JAKOBS es, sin duda alguna, el penalista alemán que más ha contribuido en los últimos años a la fundamentación y desarrollo de la ciencia del derecho penal. Con el esbozo en la primera edición de su tratado, como muy pocos lo han hecho, de un nuevo edificio dogmático penal desde sus cimientos hasta las más intrincadas de las elaboraciones, señaló verdaderos nuevos derroteros a la dogmática penal. Además, estampó su sello inconfundible de coherencia argumentativa, rigor y perspicacia analítica, así como de conexión con la realidad en la discusión jurídico-penal. También hoy en día sigue siendo el catedrático que, en su infatigable producción científica, entiende el derecho penal como una ciencia de la sociedad y, por ende, determinada por la realidad normativa.

Las reflexiones penales tienen siempre su punto de partida y giran en torno a la determinación de la función del derecho penal y la manera en que esta ciencia puede abarcar en su funcionamiento a la realidad social. La respuesta a la cuestión acerca de lo que debe entenderse como normativo y, por lo tanto –ya con JAKOBS–, de lo que el derecho penal debe proteger en cumplimiento de su función, sólo puede ser dada en cuanto se ofrezca para tal fin una correcta metodología y el observador posea la capacidad de hacer propio y para el derecho penal el devenir histórico de una sociedad cualquiera. Es precisamente JAKOBS quien responde a estos desafíos como ningún otro científico del derecho en los últimos tiempos. Con la aplicación de herramientas y fundamentos de sociología, filosofía y teoría del derecho, este gran penalista elabora un marco teórico argumentativo capaz de responder a las inquietudes y problemas jurídicos de cualquier sociedad occidental; así, según JAKOBS, el derecho penal se encarga de verificar la legitimidad del ordenamiento jurídico de un Estado manteniendo, por un lado, inalterada su estructura en aquellos ámbitos en los que ésta aún se conserve y, por el otro, comprendiendo los posibles nuevos cambios y modificaciones sociales, pues sólo así puede un Estado responder a la situación histórica concreta, a lo nuevo normativo sin coacción, imposición ni violencia. No sorprende entonces que las elaboraciones del profesor JAKOBS hayan tenido una gran acogida a nivel internacional. El fenómeno mundial actual de quebrantamiento y fragmentación de muchas de las expresiones sociales tradicionales exige del derecho en general y de la ciencia penal en particular respuestas claras y contundentes. La contribución de JAKOBS se convierte así en una de las herramientas más sólidas y eficaces con las que se cuenta en la investigación penal para reaccionar ante este fenómeno y, por ende, para dar respuestas apropiadas a los problemas penales en él insertos.

Con el ánimo de responder a este llamado científico y ya en una larga tradición, la Universidad Externado de Colombia, y en su seno el Centro de Investigación en Derecho y Filosofía, se complace en presentar el segundo tomo del libro homenaje a JAKOBS, *El funcionalismo en derecho penal*. Esta segunda compilación responde al afán de exponer la obra del homenajeado en relación con diferentes temas que en el interior de la dogmática penal suscitan hoy en día numerosas discusiones y ante las cuales la obra del profesor, ahora emérito, muestra su eficaz capacidad de rendimiento. Con motivo de su 65 onomástico y de su jubilación, el Centro que dirijo organizó en el mes de marzo de 2002 un seminario en homenaje al profesor JAKOBS, al cual fueron invitados como conferenciantes algunas de las personas que desde comienzos de la década de los 90 y en los últimos años han tenido contacto directo con la obra del científico de Bonn, y en el marco del cual se le otorgó además el título de profesor honorario de nuestra Universidad. Esa tradición se extiende hoy en día por todo el continente, por lo que, y para consolidar el homenaje al penalista que nos ocupa, ha sido invitado para esta segunda compilación un amplio grupo de investigadores del derecho penal en el ámbito de habla hispana, quienes en algún momento se asentaron en Bonn para disfrutar de "algo" más que las brisas frías y cálidas del Rin y de la inigualable calidad humana de JAKOBS.

La diversidad de los temas que van a ser tratados deja una vez más al descubierto que la construcción teórica de JAKOBS es hoy en día tema "obligado" de la discusión penal. La fuerza innovadora de sus aportes tanto a la parte general como a la especial, y hasta al derecho procesal penal, hace que hoy en día no puedan existir expresiones de dogmática penal que no tomen en cuenta la genialidad de sus argumentos, bien sea para apoyarse en ellos, bien para intentar un distanciamiento que en la mayoría de los casos resulta solamente una concreción de ideas marginales desde la misma perspectiva o una crítica extrasistemática. Dentro de los aquí contribuyentes, todos miembros de una joven y prometedora "generación penal", se encuentra representación de diversas nacionalidades y centros universitarios de reconocido prestigio internacional. Son ellos, de España, NURIA PASTOR MUÑOZ, LAURA POZUELO PÉREZ, RAMÓN RAGUÉS, JACOBO DOPICO GÓMEZ-ALLER, MARIO MARAVER GÓMEZ, MIGUEL POLAINO ORTS, CARLOS GÓMEZ-JARA DÍEZ; de Argentina, MARÍA ELOÍSA QUINTERO, MARCO L. CERLETTI, GUILLERMO ORCE, ROBERTO JAVIER CADENAS, FERNANDO J. CÓRDOBA; de Chile, ALEX VAN WEZEEL, LUIS IGNACIO PIÑA; de Perú, JOSÉ ANTONIO CARO JOHN, PERCY GARCÍA CAVERO; y de Italia, LUIGI CORNACCHIA. A ellos, desde aquí, nuestros más sinceros sentimientos de gratitud por contribuir a este pequeño pero sentido homenaje al científico que en las últimas décadas revolucionara la ciencia penal.

La Universidad Externado de Colombia y el Centro de Investigación en Derecho y Filosofía no sólo cumplen así con la tarea de divulgación de las nuevas tendencias penales actuales que ya desde hace unos años se emprendiera, sino que también se compromete al detallado seguimiento de la evolución dogmático-penal de la cual GÜNTHER JAKOBS seguirá siendo el protagonista indiscutible en los próximos años.

EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT
Director
Centro de Investigación en Filosofía y Derecho
Bogotá, julio de 2003

PRIMERA PARTE
LOS FUNDAMENTOS

CARLOS GÓMEZ-JARA DÍEZ*

Distinciones teóricas en la observación del sistema jurídico penal: breves apuntes sobre la teoría de reflexión del derecho penal

"Draw a distinction (!)".
GEORGE SPENCER BROWN. *Laws of Form*

INTRODUCCIÓN

En una frase que parece, en principio, pasar un tanto desapercibida en la discusión jurídico-penal habitual, señala JAKOBS: "De acuerdo con el entendimiento de la teoría de los sistemas, al que sigo en este punto, la sociedad es comunicación"[1]. Con ello se está haciendo referencia a quien en el ámbito de la teoría social ha llevado a cabo un auténtico cambio de paradigma y desplegado cierta influencia en la evolución del pensamiento del citado penalista: NIKLAS LUHMANN[2]. "Sin embargo –señala el propio JAKOBS– un conocimiento superficial de esta teoría permite advertir rápidamente que las presentes consideraciones no son en absoluto consecuentes con dicha teoría, y ello ni tan siquiera en lo que se refiere a todas las cuestiones fundamentales"[3]. El talante intelectual del destinatario de estas líneas, siempre abierto a la crítica, justifica –cuando menos– que, a diferencia de él, en lo que sigue se intente ser lo más consecuente posible con dicha teoría. Es, por tanto, nuestra intención exponer la carga conceptual que va implícita en la primera frase citada (I), en aras de, posteriormente, trazar diversas distinciones directrices que orienten el modo de observación de la teoría del derecho penal. La primera distinción (II) servirá de punto de conexión y debate con una propuesta ya efectuada al respecto, mientras que en las siguientes distinciones (III y IV) se intentará desarrollar el potencial teórico de los presupuestos aquí sentados. El último apartado (IV)

---

* Universidad Autónoma de Madrid. La elaboración de la presente contribución ha sido posible gracias a una beca del Servicio de Intercambio Académico Alemán (DAAD). El texto se corresponde básicamente con una ponencia presentada en el seminario del Prof. Dr. JESÚS MARÍA SILVA SÁNCHEZ en la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona el día 26 de febrero de 2003.

1 Cfr. JAKOBS. "¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?", MANUEL CANCIO MELIÁ (trad.), en JAKOBS y CANCIO MELIÁ. *El sistema funcionalista del derecho penal*, 2000, p. 57.

2 Para una breve y precisa introducción en lengua española al pensamiento de LUHMANN, cfr. la introducción de BERIAIN y GARCÍA BLANCO a LUHMANN. *Complejidad y modernidad. De la unidad a la diferencia*, BERIAIN y GARCÍA BLANCO (eds. y trads.), 1998. Sumamente pedagógica la obra DI GIORGI y LUHMANN. *Teoría de la sociedad*, 1993. Cfr. también IZUZQUIZA. *La sociedad sin hombres: Niklas Luhmann o la teoría como escándalo*, 1990, y, fundamental para la concepción jurídico-filosófica en este ámbito, GARCÍA AMADO. *La filosofía del derecho de Habermas y Luhmann*, 1997.

3 JAKOBS. "Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und 'alteuropäischen' Prinzipiendenken. Oder: Verabschiedung des 'alteuropäischen' Strafrechts?", en *ZStW* 107, 1995, p. 843 (citado según la traducción de CANCIO MELIÁ y FEIJÓO SÁNCHEZ. *Sociedad, norma y persona en una teoría funcional del derecho penal*, 1996, p. 16).

cerrará la contribución indicando una nueva comprensión de una materia tratada desde antiguo.

I. FUNDAMENTO CONSTRUCTIVISTA DEL NORMATIVISMO JURÍDICO-PENAL

1. Como acabamos de señalar, las presentes reflexiones parten de que la sociedad es comunicación y sólo comunicación[4]. El punto de partida escogido no es en absoluto casual: se entiende que la comunicación es la única operación genuinamente social[5]. Por ello, el concepto de comunicación se ve sometido a grandes exigencias, pero, a cambio, se derivan ricas consecuencias para el sistema que ahora nos ocupa, esto es, el jurídico. De esta manera, si se quiere tomar realmente en serio la afirmación de que la comunicación es la única operación genuinamente social, debe aceptarse que la comunicación se desarrolla autorreferencialmente[6], o, expresado de otra manera, que sólo la comunicación comunica[7]. Una fundamentación de esta afirmación puede encontrarse en la teoría matemática de la comunicación[8], y de ahí se deriva una fuerte vinculación entre la teoría de los sistemas y la teoría de la comunicación, que no puede dejarse en modo alguno de lado[9]. Una de las posibilidades de desarrollo de la

---

4 Cfr. sólo LUHMANN. *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, Bd. I, 1997 (1999), pp. 78 y ss.; ID. "The Concept of society", en *Thesis Eleven* 31 (1992), pp. 29 y ss. (hay traducción al español de BERIAIN y GARCÍA BLANCO [trads. y eds.]. LUHMANN. "El concepto de sociedad", en *Complejidad y modernidad. De la unidad a la diferencia*, 1998, pp. 51 y ss.).

5 Si se trata de sistemas sociales, entonces tiene que encontrarse una operación que resulte válida para todos los sistemas sociales, y sólo la comunicación es necesaria e inherentemente social: cfr. sólo LUHMANN. "The autopoiesis of Social Systems", en *Essays on self-reference*, 1990, pp. 6 y ss.

6 Cfr. MERTEN. *Kommunikation: Eine Begriffs- und Prozessanalyse*, 1977, pássim. Además, KRIPPENDORFF. "Eine häretische Kommunikation über Kommunikation über Realität", en *Delfin XIII* (1990), pp. 52 y ss. Cfr. también el fundamental debate entre VON FOERSTER. "Für Niklas Luhmann: Wie rekursiv ist Kommunikation", en *Teoría Sociologica* 2 (1993), pp. 61 y ss., y LUHMANN. "Antwort auf Heinz von Foerster", en *Teoría Sociológica* 2, 1993, pp. 85 y ss.

7 LUHMANN. "Was ist Kommunikation?", en *Soziologische Aufklärung VI. Die Soziologie und der Mensch*, 1995, pp. 113 y ss. Sobre ello cfr. también KARGL. "Kommunikation kommuniziert?: Kritik der rechtssoziologischen Autopoiesebegriffs", en *Rechtstheorie*, 21, 1990, pp. 352 y ss.

8 Cfr. fundamentalmente SHANON y WEAVER. *A mathematical theory of communication*, 1963, p. 68, donde –a diferencia de las teorías tradicionales de emisor/receptor/canal– se aprecia con claridad la introducción del observador en el proceso de la comunicación. Sobre la relación e importancia de esta teoría para la formación del sistema social, cfr. BAECKER. "Die Theorieform des Systems", en *Wozu Systeme?*, 2002, pp. 83 y ss.

9 En lo que al tema que nos ocupa se refiere, se trata de una teoría de la comunicación jurídica (sobre ello, cfr. ahora sólo KRAWIETZ. "Sistemas modernos jurídicos en transición. Sobre la comunicación jurídica en las teorías contemporáneas de las normas y de la acción", DANIEL GONZÁLEZ LAGIER [trad.], en *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 21, 1998, pp. 126, 129 y ss.). Por ello resulta sorprendente que PUPPE.

paradoja "sólo la comunicación comunica" consiste en trazar una distinción[10] entre participación (*Mitteilung*)[11] e información (*Information*) –distinción que denominaremos comprensión (*Verstehen*)[12]–, lo cual permite aprehender correctamente la separación entre participación y comprensión que tuvo lugar con la introducción de la escritura. Con ello se destruye la metáfora de la transmisión de la información[13] y la comunicación se convierte en un fenómeno "emergente"[14], en una construcción. Con dicha emergencia y con los sistemas[15] sociales que gracias a ella también emergen[16] resulta un problema ulte-

---

"Strafrecht als Kommunikation. Leistungen und Gefahren eines neuen Paradigmas in der Strafrechtsdogmatik" en SAMSON et ál. (eds.). *Festschrift für Gerald Grünwald*, 1999, pp. 469 y ss., no tome en cuenta esta circunstancia y contraponga a la valoración positiva del paradigma de la comunicación para la explicación de la pena una valoración negativa de la teoría de los sistemas –sin dar explicación alguna de por qué el concepto de comunicación empleado en ésta no resulta válido–. ¿No sería entonces de aplicación su propia crítica a ella misma –*mutatis mutandis*–, en el sentido de que "cuando la ciencia moderna del derecho penal toma [critica] paradigmas de la teoría de la comunicación [de la teoría de los sistemas] [...] debe conocer y tomar en consideración los fundamentos teóricos de la ciencia de la comunicación [de la teoría de los sistemas, de la cibernética de segundo orden]" (p. 494)?

10 Sobre el desarrollo de paradojas mediante distinciones, cfr. infra nota 82.

11 Coincidimos, por tanto, con BERIAIN y GARCÍA BLANCO, en LUHMANN. *Complejidad y modernidad: de la unidad a la diferencia*, cit., p. 41, nota de los traductores, en traducir *Mitteilung* por "participación", remitiéndonos a las consideraciones ahí expuestas.

12 Cfr. sobre ello fundamentalmente LUHMANN. *Soziale Systeme. Grundriss einer Allgemeinen Theorie*, 1984, pp. 203 y ss. (hay traducción al español de PAPPE y ERKER, bajo coordinación de TORRES NAFARRATE, bajo el título LUHMANN. *Sistemas sociales. Lineamientos para una teoría general*, 1998, pp. 148 y ss). En la dogmática jurídico-penal hacen referencia a ello, entre otros, LESCH. *Der Verbrechensbegriff. Grundlinien einer funktionalen Revision*, 1999, p. 211, nota 6, y HAUSCHILD. *Die positive Generalprävention und das Strafverfahren. Eine systemtheoretische Betrachtung*, 2000, pp. 73 y ss.

13 Por su parte, la información debe concebirse como la elección de una noticia de entre una cantidad de noticias igualmente posibles: SCHANON y WEAVER. *A mathematical theory of comunication*, cit., p. 7. De ahí se deduce que la información es una selección *actualizada* de otras posibilidades de selección *actualizables*. Cfr. además BAECKER. "Kommunikation im Medium der Information", en *Wozu Systeme?*, 2002, pp. 111 y ss.; ID. *Organisation als System*, 1999, pp. 59 y ss. Cfr. también LEYDESDORFF. "The possibility of a mathematical sociology of scientific communication" en *Journal of General Philosophy of Science*, 27 (1996), p. 244.

14 Cfr. BAECKER. "Die Unterscheidung zwischen Kommunikation und Bewusstsein", en KROHN y KÜPPERS (eds.). *Emergenz: Die Entstehung von Ordnung, Organisation und Bedeutung*, 1992, pp. 217 y ss.; cfr. además ID. *Organisation als System*, cit., pp. 126 y ss.

15 Cuando aquí se hace referencia a un "sistema", debe tenerse en cuenta que hoy en día, a diferencia de lo que ocurría en la época de KANT –en la cual no existía el concepto opuesto a sistema–, se dispone de un concepto adecuado para comprender al *sistema* no como unidad (como es, por cierto, habitual en la tradición jurídica: cfr., por ejemplo, COING. *Geschichte und Bedeutung des Systemsgedankens in der Rechtswissenschaft*, 1956, p. 26: "Por sistema entendemos una ordenación de conocimientos de acuerdo a un punto de vista *unitario*" [subrayado nuestro]) sino como una diferencia, más concretamente, *como la diferencia entre sistema y entorno*. Cfr. ahora sólo LUHMANN. *Sistemas sociales. Lineamientos para una teoría general*, cit., pp. 31 y ss.

16 La característica del "emerger" resulta fundamental para poder entender el concepto de autopoiesis

rior, a saber, cómo pueden diferenciarse dichos sistemas sociales entre sí y del contexto de todas las comunicaciones posibles (la sociedad).

Para la solución de dicho problema juega un papel crucial el tipo de diferenciación de la sociedad moderna, cual es la diferenciación funcional[17]. De esta manera, si se observa un *sistema función*, esto es, un sistema que se ha diferenciado para cumplir *una* determinada *función*[18], entonces debe manejarse un código binario que determine qué comunicación pertenece al propio sistema (autorreferencia) y cuál al entorno del sistema (heterorreferencia)[19]. Concretando esta formulación para el derecho, puede afirmarse que si el derecho es algo *diferente* a la sociedad, tiene que poder *diferenciarse* de ésta, lo cual acontece con la ayuda del código legal/ilegal[20]. Cada comunicación jurídica se anuda a otra comunicación jurídica y abre, por su parte, nuevas posibilidades de comunicación para subsiguientes comunicaciones jurídicas. En consecuencia, el sistema jurídico es un sistema autorreferencial, clausurado operativamente[21]: se encuentra constituido por operaciones jurídicas cuya selección viene determinada por estructuras jurídicas. En pocas palabras, el sistema jurídico es un sistema social autopoiético[22].

---

en el ámbito social: las comunicaciones son las unidades emergentes en este campo (cfr. TEUBNER. "Hyperzyklus in Recht und Organisation", en KROHN y KUPPERS [eds.]. *Selbstorganisation: Aspekte einer wissenschaftlichen Revolution*, 1990, pp. 233 y ss.; respecto al derecho cfr. también LUHMANN. *Das Recht der Gesellschaft*, [1993], 1997, p. 54. Conviene notar que JAKOBS. *Die Idee der Normativierung in der Strafrechtsdogmatik*, manuscrito, 2002, p. 3, acentúa asimismo ese "emerger").

17 Cfr. ahora sólo LUHMANN. *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, 1997, pp. 707 y ss. y 749 y ss.

18 La diferenciación funcional de un sistema exige que éste preste una única función para la cual *no* existan equivalentes funcionales: cfr. acertadamente PEÑARANDA RAMOS. "Sobre la influencia del funcionalismo y la teoría de sistemas en las actuales concepciones de la pena y del concepto de delito", en *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 23, 2000, pp. 315 y ss. Sobre la función de la pena desde un punto de vista teórico-sistémico cfr. GÓMEZ-JARA DÍEZ. "Die Strafe: eine systemtheoretische Beobachtung", manuscrito, 2002, pp. 6 y ss. y 12 y ss.

19 En este punto no entraremos en la relación entre los valores de designación (positivo) y de rechazo (negativo) del código (para esta distinción cfr. básicamente G. GÜNTHER. "Cybernetic Ontology and Transjunctional Operations", en *Beiträge zur Grundlegung einer operationsfähigen Dialektik*, Bd. I, pp. 249 y ss.) y las operaciones de autorreferencia/heterorreferencia; sobre ello cfr. LUHMANN. "Das Moderne der modernen Gesellschaft", en *Beobachtungen der Moderne*, 1992, pp. 11 y ss. (hay traducción al español de BERIAIN y GARCÍA BLANCO: LUHMANN. "Lo moderno de la sociedad moderna", en *Complejidad y modernidad: de la unidad a la diferencia*, cit., pp. 131 y ss.; cfr. especialmente pp. 141 y ss.).

20 Fundamental LUHMANN. *Das Recht der Gesellschaft*, cit., pp. 165 y ss.

21 Sobre la clausura operacional del sistema jurídico LUHMANN. *Das Recht der Gesellschaft*, pp. 38 y ss. Sobre la problemática de este concepto, ID. "Probleme mit operativer Schliessung", en *Soziologische Aufklärung VI. Die Soziologie und der Mensch*, 1995, pp. 12 y ss.

22 Fundamentalmente, LUHMANN. *Das Recht der Gesellschaft*, cit., pássim; TEUBNER. *Recht als autopoietisches System*, cit., pássim. Para visiones más resumidas que contengan las principales conclusiones, cfr. LUHMANN. "Law as a Social System", en *Northwestern University Law Review*, 83, 1988/1989, pp. 136 y ss.; ID. "Die Rückgabe des zwölften Kamels: Zum Sinn einer soziologischen Analyse des Rechts", en

2. No resulta difícil intuir que una concepción tal del sistema jurídico conlleva importantes consecuencias en el ámbito de la teoría del conocimiento. Justificando la primera parte del título de este apartado, indicamos que la corriente epistemológica en la que se encuadran las presentes reflexiones es el constructivismo. Ahora bien, conviene concretar más aún y señalar que nos movemos en el paradigma del *constructivismo operativo*[23], el cual debe ser distinguido, sobre todo en la discusión jurídico penal, del *constructivismo radical*[24]. La necesidad de distinción viene motivada por el hecho de que la visión de ambos respecto a temas capitales del derecho penal puede resultar sumamente divergente. Así, mientras que, en consonancia con lo expuesto, el constructivismo operativo considera que los sistemas sociales –por lo tanto, el Derecho entre ellos– son sistemas auto*poiéticos* (auto*producidos*), el constructivismo radical entiende que son sistemas alopoiéticos (heteroproducidos). En definitiva, mientras que en la hipótesis aquí defendida se considera que los elementos que "componen" el sistema social son las comunicaciones, la hipótesis del constructivismo radical sostiene que el sistema de la sociedad –en consonancia con las visiones más tradicionales al respecto– está compuesto por

---

TEUBNER (ed.). *Die Rückgabe des zwölften Kamels. Niklas Luhmann in der Diskussion über Gerechtigkeit*, 2000, pp. 3 y ss.; TEUBNER. "How the Law Thinks: Toward a Constructivist Epistemology of Law", en *Law & Society Review*, 23, 1989, pp. 727 y ss. (hay traducción al español de GÓMEZ-JARA DÍEZ: TEUBNER. "El derecho como sujeto epistémico: hacia una epistemología constructivista del derecho", en *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 25, 2002).

23 En efecto, LUHMANN escoge con precisión la nomenclatura de la epistemología por él fundada, puesto que con esta quiere poner el acento en el término "operación". Desde luego, la revolución que supone su concepción en el seno del constructivismo viene dada de la mano del hecho de considerar que la comunicación es la operación autopoiética propia de los sistemas sociales. De cualquier manera, el mayor interés por las cuestiones epistemológicas y la fundación del constructivismo operativo pueden observarse –principalmente– a finales de la década de los 80 y principios de los 90, fechas en las que aparecen las contribuciones: LUHMANN. *Erkenntnis als Konstruktion*, 1988; ID. "The Cognitive Program of Constructivism and a Reality that Remains Unknown", en KROHN et ál. (eds.). *Selforganization. Portrait of a Scientific Revolution*, 1990, pp. 223 y ss.; ID. *Soziologische Aufklärung v. Konstruktivistische Perspektiven*, 1990; ID. *Die Wissenschaft der Gesellschaft*, 1990 (hay traducción al español de PAPPE, ERKER y SEGURA, bajo la dirección de TORRES NAFARRATE: LUHMANN. *La ciencia de la sociedad*, 1996). Especial referencia merece la publicación en 1991 de su contribución al homenaje de HEINZ VON FOERSTER (cfr. a este respecto, LUHMANN. "Wie lassen sich sich latente Strukturen beobachten?", en WATZLAWICK y KRIEG [eds.]. *Das Auge des Beobachters - Beiträge zum Konstruktivismus. Festschrift für Heinz von Foerster*, 1991, pp. 61 y ss. (hay traducción al español de PIECHOCKI: LUHMANN. "¿Cómo se pueden observar estructuras latentes?", en WATZLAWICK y KRIEG [comps]. *El ojo del observador. Contribuciones al constructivismo*, 4.ª reimp., 2000; cfr. concretamente la nota 20).

24 Sobre el constructivismo radical cfr., en general, SCHMIDT. *Der Diskurs des radikalen Konstruktivismus*, 1987, e ID. *Kognition und Gesellschaft*, 1992. El término constructivismo es utilizado en varias disciplinas científicas, refiriendo contenidos diferentes. Cfr. por ejemplo las acepciones recogidas en VILLA. "Constructivismo y teoría del derecho", JOSEP AGUILÓ REGLA (trad.), en *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 22, 1999, p. 286, así como el desarrollo del propio autor referido a la teoría del derecho.

seres humanos[25]. En el derecho penal se cuenta en la actualidad con la importante obra de WALTER KARGL, quien ha desarrollado extensamente y de manera coherente gran parte de los presupuestos del constructivismo radical, pudiendo afirmarse que se trata de una de las obras más innovadoras de los últimos años en la literatura jurídico-penal alemana[26]. En lo que se refiere al constructivismo operativo, el desarrollo jurídico-penal más próximo –aunque no coincidente– a sus puntos de partida puede encontrarse, seguramente, en GÜNTHER JAKOBS[27].

3. Para justificar la totalidad del título de este apartado finalizamos con unas indicaciones respecto al porqué de la referencia al normativismo. Por un lado, pese a que tradicionalmente la teoría de JAKOBS se ha venido denominando "funcionalismo sistémico", parece que la terminología que más se adecua pudiera ser la de normativismo, lo cual puede afianzarse no sólo en los escritos del propio JAKOBS[28], sino en los comentarios de sus críticos[29]. Por otro lado, en un interesante trabajo reciente, PAWLIK trata de establecer una vinculación entre la

---

25 Al respecto, cfr. fundamentalmente el análisis de KARGL. "Gesellschaft ohne Subjekte oder Subjekte ohne Gesellschaft? Kritik der rechtssoziologischen Autopoiese-Kritik", en *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, 12, 1991, pp. 127 y ss. El constructivismo operativo, sin embargo, sitúa a los seres humanos en el entorno y no el sistema, lo cual otorga al ser humano –en este contexto teórico– un mayor grado de libertad: cfr. LUHMANN. "Die Tücke des Subjekts und die Frage nach dem Menschen", en *Soziologische Aufklärung VI. Die Soziologie und der Mensch*, 1995, pp. 155 y ss. (hay traducción al español de BERIAIN y GARCÍA BLANCO: LUHMANN. "La astucia del sujeto y la pregunta por el hombre", en *Complejidad y modernidad. De la unidad a la diferencia*, cit., pp. 215 y ss.). Recordemos que para la constitución del sistema ambos lados de la distinción sistema/entorno son igualmente importantes.

26 Cfr. la recensión de NEUMANN, en *ZStW*, 106, 1994, pp. 203 y ss. Ya SILVA SÁNCHEZ. *Consideraciones sobre la teoría del delito*, 1998, p. 30, hace referencia a la originalidad de la fundamentación de los planteamiento de este autor.

27 Cfr. la recensión de KARGL. "Das Recht der Gesellschaft oder das Recht der Subjekte? Anmerkugen zu den 'Rechtsphilosophischen Vorüberlegungen' von GÜNTHER JAKOBS", en *GA*, 1999, pp. 53 y ss., en especial pp. 61 y ss.

28 Así, ya en su manual hace referencia a la (re)normativización que impregna su obra: cfr. JAKOBS. *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 1991, p. VII: "En la (re) *normativización* [...] se trata de..."; p. VIII: "en la visión *normativa* desaparecen algunos problemas..." (hay traducción al español de CUELLO CONTRERAS y SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO: JAKOBS. *Derecho penal, Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, 1997). Por otro lado entendemos sumamente ilustrativo el título de su última lección de cátedra: "La idea de la normativización en la dogmática jurídico-penal" (*Die Idee der Normativierung in der Strafrechtsdogmatik*). Pudiera ser que una forma de conjugar ambos postulados sea señalando que se trata de un normativismo basado en la función de estabilización de la norma que se le asigna a la pena.

29 Cfr. últimamente, por todos, SCHÜNEMANN. "Strafrechtsdogmatik als Wissenschaft", en SCHÜNEMANN et ál. (eds.). *Festschrift für Claus Roxin*, 2001, pp. 13 y ss. También parece utilizarse esta denominación para hacer referencia a su escuela: cfr. KÜPPER. "Der gemeinsame Tatentschluß als unverzichtbares Moment der Mittäterschaft", en *ZStW*, 105, 1993, p. 295: "Neo-normativismo".

teoría de la *norma fundamental* de KELSEN[30] y la teoría de los sistemas sociales autopoiéticos, para que así ambas teorías se beneficien mutuamente[31]. Si bien la primera impresión que causa dicho emparejamiento pudiera parecer sorprendente, lo cierto es que la concepción que brinda LUHMANN sobre el sistema jurídico –sobre todo en sus trabajos de finales de los años 80 y a lo largo de los 90– conduce a un considerable acercamiento[32] a los presupuestos de la teoría positivista de quien ha sido considerado "el jurista de nuestro siglo"[33]. Evidentemente, no puede sino coincidirse con la intención de PAWLIK de vincular ambas teorías, ya que, por un lado, la teoría de la norma fundamental queda libre de su lastre ontológico y del autoaislamiento estrechamente vinculado con dicho lastre; por otro lado, la teoría de la autopoiesis jurídica se conecta a una concepción jurídico-teórica cuya clausura interna y exactitud (*Stringenz*) conceptual son ejemplares[34]. Una vez dicho esto, y sin pretender desarrollar la vinculación y el complemento mutuo entre ambas teorías[35], vamos a trazar una serie de distinciones propias de la teoría de los sistemas autopoiéticos en aras de realizar una serie de breves aportaciones para un nuevo entendimiento de una materia tratada, en principio, desde hace mucho tiempo.

II. PRIMERA DISTINCIÓN[36]: OBSERVACIÓN DE PRIMER ORDEN/OBSERVACIÓN DE SEGUNDO ORDEN

1. Siguiendo con PAWLIK, para la primera distinción que aquí vamos a emplear, constituye un buen punto de partida las reflexiones jurídico-filosóficas y teóri-

---

30 Sobre este concepto cfr. sólo KELSEN. *Reine Rechtslehre*, 1960, 2000, pp. 196 y ss.; PAWLIK. *Die Reine Rechtslehre und die Rechtstheorie H. L. A. Harts. Ein kritischer Vergleich*, 1993, pp. 167 y ss.

31 PAWLIK. "Die Lehre von der Grundnorm als eine Theorie der Beobachtung zweiter Ordnung", en *Rechtstheorie*, 25, 1994, pp. 451 y ss. Una comparación anterior puede encontrarse en DREIER. "Hans Kelsen und Niklas Luhmann: Positivität des Rechts aus rechtswissenschaftlicher und systemtheoretischer Perspektive", en *Rechtstheorie*, 14, 1983, pp. 419 y ss.

32 En este sentido, PAWLIK. "Die Lehre von der Grundnorm ", cit., p. 451. Resulta cuando menos interesante constatar la semejanza, por ejemplo, de los títulos de algunos trabajos como: LUHMANN. "Positivität als Selbstbestimmtheit des Rechts", en *Rechtstheorie*, 19, 1988, pp. 11 ss.; y KELSEN. "Die Selbstbestimmtheit des Rechts", en KLECATSKY, MARCIC y SCHAMBECK (eds.). *Die Wiener rechtstheoretischer Schule*, Bd. 2, Wien, 1968, pp. 1445 y ss.

33 WEINBERGER. *Normentheorie als Grundlage der Jurisprudenz und Ethik*, 1981, p. 179.

34 PAWLIK. "Die Lehre von der Grundnorm", cit., p. 452.

35 Como veremos más adelante, la teoría kelseniana del derecho, constituye uno de los mejores ejemplos de una autodescripción del sistema jurídico, llegando a poder considerarse una verdadera teoría de reflexión.

36 Los más avezados en el manejo de los presupuestos teóricos aquí empleados percibirán, con razón, que la primera distinción a trazar cuando se trata de sistemas sociales no es la aquí señalada, sino la existente entre operación/observación, puesto que es la que permite la extensión del concepto biológico de autopoiesis a los sistemas psíquicos y sociales, esto es, a los sistemas constituidos sobre la base del sentido (*sinnkonstituirende Systeme*). Cfr. resumidamente la voz "Operación/observación", en CORSI,

cas que sirven de base a su escrito de habilitación, puesto que ahí se encuentra una toma de posición en la cual este autor intenta diferenciarse de la teoría de JAKOBS[37] y, al mismo tiempo, se nos brinda la conexión con la corriente epistemológica que recorre las presentes reflexiones. La divergencia entre las posiciones de ambos penalistas se fundamenta en el modo de observación de la teoría del derecho penal: empleando una terminología muy propia de la teoría de los sistemas, PAWLIK sostiene que la teoría de JAKOBS consiste en una observación de *segundo orden* del derecho penal, mientras que su observación la cataloga como de *primer orden*. La distinción, que en principio pudiera parecer carente de importancia, posee sin embargo una extraordinaria relevancia, como veremos ahora mismo.

a. La concepción de PAWLIK consistiría en el desarrollo de las implicaciones jurídicamente relevantes del paradigma legitimador de la autolegislación (*Selbstgesetzgebung*) –principalmente en su variante hegeliana–, permitiendo la observación de primer orden fundamentar la vinculatoriedad jurídica como deber categórico (*kategorisches Sollen*). Es este modo de observación el que fundamenta la praxis jurídica decisoria[38]. Bajo estos presupuestos, la tarea de la *dogmática* jurídica consiste en la comprensión del material jurídico existente y su objetivo se centra en mostrar los presupuestos del decidir correcto, lo cual se orienta claramente al sistema judicial –radicando éste en el centro del sistema jurídico–[39].

b. Por el contrario, argumenta PAWLIK, la observación de segundo orden característica de JAKOBS es aquella posición que lleva a la formulación y asentamiento de la norma fundamental –en el sentido kelseniano–, a diferencia de la observación de primer orden que ya la toma como dada. En definitiva, el observador jurídico-teórico piensa en la unidad del ordenamiento jurídico como *unidad*, siendo de esta manera posible plantearse la posibilidad de la no vigencia de dicho ordenamiento: se conciben los límites del derecho vigente como *límites* y el derecho vigente como unidad[40]. desde dicho nivel de contingencia

---

ESPOSITO y BARALDI. *Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann*, ROMERO PÉREZ y VILLALOBOS (trads.) y JAVIER TORRES NAFARRATE (coord.), 1996. La opción de comenzar directamente con la siguiente distinción (observación de primer orden/observación de segundo orden) se debe fundamentalmente al intento de enlazar con reflexiones ya existentes –aunque hasta la fecha un poco desapercibidas– en el seno de la ciencia del derecho penal.

37 PAWLIK. *Das unerlaubte Verhalten beim Betrug*, 1999.

38 Ibíd., p. 61. "Un ordenamiento jurídico puede negar para sí la pretensión sobre vigencia legítima [...] sólo pagando el precio de una autocontradicción pragmática" (pp. 61 y 62).

39 Ibíd., p. 62.

40 Ibíd., pp. 62 y 63.

puede describirse la función del derecho para su entorno social, concibiéndose cualquier paradigma normativo de legitimación como contingente y, por ello, permitiendo conceptualizar los problemas que surgen allí donde las exigencias socio-funcionales no se satisfacen con el paradigma de legitimación dominante hasta la fecha[41].

Ante estas consideraciones debe señalarse, ante todo, que la introducción por parte de PAWLIK de los conceptos de observación de primer y segundo orden resulta sumamente fructífera y, en este sentido, constituye un importante paso. Sin embargo, en las consideraciones de este autor se echa de menos una definición previa del concepto de observación en sus dos variantes –es decir, una *generalización*–, en aras de proceder, con posterioridad, a una *especificación* para el caso del sistema jurídico. De hecho, como veremos inmediatamente, la idea que persigue PAWLIK no parece coincidir con la construcción de la propia teoría de los sistemas a la que apela. Por ello, en lo que sigue intentaremos obtener una ganancia teórica mayor al *operar* con la totalidad del arsenal teórico-conceptual que brinda la teoría de los sistemas en clave operativo constructivista. De esta manera, entendemos que al operar de dicha forma, la diferencia entre observación de primer y segundo orden adopta otros contornos que no hacen sino acentuar la importancia de tal distinción a la vez que posibilitar un desarrollo posterior sumamente fructífero.

2. Quizá sea conveniente comenzar resaltando la extraordinaria importancia que posee el observador, así como el tipo de operaciones que puede realizar (observación/descripción) y cómo las puede realizar (autorreferencialmente / heterorreferencialmente). En efecto, cuando uno se adentra en el seno de las teorías constructivistas, se encuentra de inmediato con el concepto de observador, cuya importancia, como decimos, difícilmente puede sobreestresarse[42]. El constructivismo operativo que nos sirve de base no constituye excepción alguna y, así, puede afirmarse que los conceptos de observación[43] y observador han ido ocupando con el paso del tiempo un lugar cada vez más importante en dicha teoría. No en vano, la clara incardinación de esta epistemología en la cibernética de segundo orden –incluso podría ser definida como la cibernética de segundo orden de los sistemas sociales[44]– tiene como consecuencia que haga

---

41 Ibíd., p. 63.

42 Cfr. BAECKER. "Die Kybernetik zweiter Ordnung", en VON FOERSTER. *Wissen und Gewissen. Versuch einer Brücke*, SCHMIDT (ed.), 1993, pp. 17 y ss.; cfr. asimismo el volumen conjunto LUHMANN et ál. *Beobachter. Konvergenz der Erkenntnistheorien?*, cit.

43 Cfr. por todos ESPOSITO. *L'operazione di osservazione*, 1993.

44 Cfr. fundamentalmente el volumen de la revista *Cybernetics & Human Knowing. A Journal of Second*

suyo el paradigma de dicha cibernética: es la ciencia de los sistemas que observan sistemas, es decir, de los observadores de segundo orden[45]. No resulta demasiado difícil adivinar que si la teoría hasta ahora esbozada se refiere principalmente a los sistemas sociales, el concepto de observador que aquí se emplea se refiere precisamente a la posibilidad de que los propios sistemas sociales sean los observadores. Por lo tanto, debe quedar claro que las reflexiones que a continuación siguen respecto a la distinción entre observación de primer y de segundo orden van referidas a la posibilidad de que el propio sistema jurídico las lleve a cabo.

3. Siguiendo la lógica de la formas de SPENCER BROWN[46] podemos señalar que toda observación consiste en trazar una distinción y señalar uno de los lados (y no el otro). La observación no depende de quién la realiza siempre que las características de diferenciar e indicar se ejecuten al unísono en un mismo paso. *En la observación de primer orden* la distinción es presupuesta para la indicación, pero *la distinción misma no es indicada*. Precisamente en este punto podemos introducir el concepto de observación de segundo orden, puesto que ésta consiste en la observación de la distinción misma[47]. Efectivamente, este segundo tipo de observación refleja la contingencia de la observación[48], puesto que en este momento *lo que es* observado depende de *quien es* observado[49] y, por lo tanto, dicha elección encierra también la distinción entre autoobservación (observación interior) y heteroobservación (observación externa) –sobre la cual nos referiremos más detenidamente en el siguiente apartado–. En este sentido, la observación de segundo orden se basa en una rigurosa reducción de la complejidad del mundo de posibles observaciones: el observar es observado y así se

---

Order Cybernetics & Cybersemiotics, 3, 1995, dedicado a NIKLAS LUHMANN; en especial el prólogo de BRIER: "su inmensa obra representa la arquitectura más comprensiva, sintética y extremadamente creativa dentro de la cibernética de segundo orden".

45 Al respecto cfr. sólo VON FOERSTER. *Observing Systems*, 1981; ID. *Der Anfang von Himmel und Erde hat keinen Namen*, [1997] 2002, pp. 25 y ss.; GLANVILLE. "An observing Science", en *Foundations of Science*, 6, 2001, pp. 45 y ss.

46 SPENCER BROWN. *Laws of form*, [1969] 1994, pp. 1, 3 y ss.

47 En este punto quizá sea interesante notar que la compresión (*Verstehen*) es la *observación de la unidad de la diferencia* entre información y participación. Cfr. LUHMANN. "Deconstruction as Second-Order Observing", en *New Literary History*, 24, 1993, p. 772.

48 Cfr. SPENCER BROWN. *Laws of form*, cit., p. 1: "Distinction is perfect contigence".

49 LUHMANN. "Kontingenz als Eigenwert der modernen Gesellschaft", en *Beobachtungen der Moderne*, cit., pp. 99 y ss. (hay traducción al español de SÁNCHEZ CAPDEQUÍ: LUHMANN. "La contingencia como atributo de la sociedad moderna", en GIDDENS, BAUMANN, LUHMANN y BECK. *Las consecuencias perversas de la modernidad*, BERIAIN [comp.], 1996, pp. 173 y ss.).

procura la mediación del mundo que se da en la diferencia entre igualdad y diferencia de las observaciones (de primer y segundo orden)[50].

La observación de segundo orden es una de las características fundamentales para la diferenciación de la sociedad moderna y, por lo tanto, para la diferenciación de sus sistemas funcionales[51]. Dado que el sistema que aquí nos ocupa es el jurídico, debe afirmarse que la diferenciación de un sistema jurídico operativamente clausurado –tal y como hemos señalado antes– presupone que el sistema puede operar en el nivel de la observación de segundo orden y, de hecho, no ocasionalmente, sino de manera continuada: todas las operaciones propias del sistema jurídico son controladas por el ya referido esquema legal/ilegal[52]. Por lo tanto, la clausura operativa del sistema jurídico en la sociedad sólo se da en el nivel del segundo orden y sólo a través de un esquematismo que únicamente puede manejarse en este nivel[53].

3. Una vez sentado esto, podemos reformular las consideraciones que efectúa PAWLIK. En efecto, este autor entiende que su esquema teórico se mueve dentro del marco que proporciona la norma fundamental, esto es, en el ámbito de la vigencia del derecho. En definitiva, no se plantea la posibilidad de que el derecho no sea vigente, sino que se opera bajo la *presuposición* del mismo. Precisamente por ello pone de manifiesto la labor de la dogmática jurídica en la ordenación del material jurídico existente –es decir, del derecho vigente (!)– en aras de una facilitación de la decisión judicial; ahora bien, la pregunta se torna: ¿podemos entender que la labor de la dogmática es una observación de primer orden a la vista del material teórico aquí empleado? La respuesta debe ser negativa y ello porque la dogmática observa distinciones jurídicas con ayuda de distinciones jurídicas y, en consecuencia, ejecuta observaciones de segundo orden. Más aún, como ya se puede deducir de la frase que acabamos de referir, se trata de observaciones *jurídicas* de observaciones *jurídicas*, *ergo*, *auto observaciones* del sistema jurídico. Desde luego, la autoobservación no consiste en una observación de primer orden, sino en la observación por parte del sistema de su propia observación y, por lo tanto, en una observación de segundo orden. En definitiva, cuando un sistema observa ya sea a otro sistema, ya sea a sí mismo,

---

50 LUHMANN. "La contingencia como atributo de la sociedad moderna", p. 178. De ahí que la reducción de la complejidad es un medio de construcción de complejidad.

51 En relación con la vinculación existente entre la observación de segundo orden y la contingencia, cfr. ibíd., pp. 176 y ss., 180 y ss.; para un resumen de su impacto en los diferentes sistemas funcionales, pp. 191 y ss.

52 LUHMANN. *Das Recht der Gesellschaft*, cit., p. 61.

53 Ibíd., p. 71.

está observando una observación y, en consecuencia, está llevando a cabo una observación de segundo orden.

Para ilustrar lo señalado con un ejemplo de sobra conocido en el ámbito de la dogmática jurídico-penal piénsese en la relación entre la distinción dolo/imprudencia y la –fundamental (?)[54]– distinción injusto/culpabilidad y las consecuencias que de ello se derivan. Así, por ejemplo, dependiendo de si la distinción dolo/imprudencia pertenece al injusto o a la culpabilidad, se obtienen importantes consecuencias en relación con el error de prohibición, las cuales derivan única y exclusivamente de la congruencia con distinciones jurídicas anteriores.

III. SEGUNDA DISTINCIÓN: AUTOOBSERVACIÓN/AUTODESCRIPCIÓN

1. Ahora bien, si, por un lado, consideramos que en las dos formas de observación antes descritas por PAWLIK se trata de observaciones de segundo orden, pero, por otro lado, advertimos que ambas están haciendo referencia a algo diferente, ¿cómo podemos resolver esta aparente oposición? Proponiendo una nueva distinción que permita *indicar* con mayor exactitud lo específico de cada uno de los dos lados: la distinción escogida es autoobservación/autodescripción. Comenzando con el primer lado de la distinción, la *autoobservación* consiste en la *clasificación de la operación singular en las estructuras y operaciones del sistema jurídico*, sobre todo la implicación o explicación de que en una comunicación se trata del código legal/ilegal. Continuando con el otro lado de la distinción, la *autodescripción se ve confrontada con la exposición de la unidad del sistema en el sistema*, ya que aquí no se trata de la seguridad continua de la capacidad de conexión de referencias entresacadas, sino de la reflexión de la unidad precisamente en el sistema que se refleja[55]. Aplicado al tema que ahora nos ocupa, atribuimos a la dogmática jurídico-penal una labor orientada fundamentalmente a la autoobservación del

---

54 Hemos escogido a propósito la distinción entre injusto y culpabilidad ya que, en los últimos trabajos de JAKOBS (cfr. por ejemplo *Sociedad, norma y persona*, cit., p. 60), dicha distinción se considera –como mucho– didáctica. Desde nuestro punto de vista, la formulación de JAKOBS puede llevar a equívocos ya que la labor de dicha distinción –como distinción dogmática que es– va mucho más allá de una mera función didáctica y se constituye como verdadero punto de apoyo para la ordenación de muchos problemas jurídicos que posteriormente puede ser utilizado en la toma de decisiones judiciales –y, en menor medida, legislativas–. La cuestión radica en que desde el punto de vista de la teoría de reflexión de JAKOBS, donde se pregunta por la *unidad* del sistema jurídico-penal que lo diferencie del resto, lo únicamente relevante es la culpabilidad. Conviene, por tanto, distinguir entre las autoobservaciones propias de la dogmática y las autodescripciones propias de las teorías de reflexión jurídico-penales.

55 LUHMANN. *Das Recht der Gesellschaft*, cit., p. 498.

derecho penal, mientras que la tarea de la teoría jurídico-penal consiste en una autodescripción del sistema jurídico-penal en forma de una teoría de reflexión (*Reflexionstheorie*) –sobre ello volveremos más adelante–. Ahora bien, una vez dicho esto, conviene tener presente que, dada la complejidad y evolución de los sistemas jurídico-penales modernos, puede observarse que las autoobservaciones adoptan la forma de textos jurídicos y, en este sentido, se puede hablar de autodescripciones jurídicas en sentido amplio. Sin embargo, *no alcanzan el nivel de la teoría de reflexión*, tarea primigenia de la autodescripción, sino que se mueven en el nivel de aplicación del código diferenciador del sistema jurídico, generando estructuras para la orientación de las operaciones propias del sistema jurídico; en definitiva, pudiera decirse que se trata de autodescripciones orientadas fundamentalmente hacia la autoobservación.

2. A la vista de esta orientación de la dogmática, resulta interesante constatar que con la diferenciación de la dogmática jurídica tiene lugar la diferenciación de una función sumamente importante en el derecho penal, como es la *función de estabilización*: sólo sobre la base de una dogmática jurídica elaborada puede trasladarse la estabilización y reestabilización del derecho de la simple vigencia de ciertas normas a su consistencia (*Konsistenz*). La dogmática garantiza que el sistema, en sus propios cambios, se acredite como sistema y, en este sentido, se ha hablado del "método sistemático"[56]. De esta manera, puede afirmarse que la dogmática ofrece una suerte de tejido de puntos fundamentales para la decisión (*Entscheidungsgesichtspunkte*)[57] –sea ésta de carácter judicial o legislativo– que permiten fundamentar la consistencia de la misma. Pudiera, quizá, parecer que dicha labor vinculada a la consistencia de las decisiones no desempeña hoy en día un papel demasiado relevante, por lo que en este sentido se puede uno preguntar: ¿tiene futuro la dogmática penal?[58]. Desde la perspec-

---

56 Cfr. ibíd., pp. 274 y ss. En relación con el razonamiento sistemático, cfr. para el derecho penal principalmente el artículo de SCHÜNEMANN. "Introducción al razonamiento sistemático en derecho penal", en *El sistema moderno de derecho penal: cuestiones fundamentales*, SILVA SÁNCHEZ (ed. y trad.), 1990, pp. 31 y ss. Ahora bien, no debe ignorarse que ello *no exige ninguna reflexión de la unidad del sistema en el sistema*, ninguna orientación al sentido global del sistema en el sistema, sino el esfuerzo de una solución consistente de problemas "similares". Sobre la investigación sistemática y su aplicación al derecho penal, cfr. HRUSCHKA. "Kann und sollte die Strafrechtswissenschaft systematisch sein?", en *JZ*, 1985, pp. 1 y ss.

57 LUHMANN. *Das Recht der Gesellschaft*, cit., p. 367.

58 El lector español reconocerá rápidamente el título de un decisivo trabajo de GIMBERNAT. "¿Tiene futuro la dogmática jurídico-penal?", en *Estudios de derecho penal*, 1976, pp. 57 y ss., al cual hizo conocida referencia WELZEL. "Zur Dogmatik im Strafrecht", en *Festschrift für Reinhart Maurach*, 1972, pp. 3 y ss. En la discusión actual cfr. también NEUMANN. "Hat die Strafrechtsdogmatik eine Zukunft?", en PRITTWITZ y MANOLEDAKIS (eds.). *Strafrechtsprobleme an der Jahrtausendwende*, 2000, pp. 119 y ss.

tiva teórica aquí adoptada no debería dudarse demasiado de dicho futuro dado que, desde estos planteamientos, la *consistencia* de la decisión se encuentra íntimamente vinculada a la *operatividad de la justicia* en el sistema jurídico penal. Efectivamente, si la justicia no es un fin *externo* al derecho penal que este debe perseguir –un ideal ético o moral–, sino que se encuentra en el *interior* del sistema, tiene que poder ser operativo, esto es, referirse a las *operaciones del sistema jurídico*. Resumidamente, y a los efectos que aquí interesan, puede señalarse que la justicia se fundamenta en la *consistencia* de la decisión: decidir igual los casos iguales y desigual los casos desiguales[59]. Nos encontramos, a fin de cuentas, con un autocontrol propiamente jurídico del sistema jurídico[60]. En definitiva, la labor de la dogmática jurídico penal se encuentra vinculada a la justicia en tanto que la posibilidad de construcción dogmática de soluciones a los diferentes problemas sirve como *índice de consistencia*[61]. Consecuentemente, a partir de los puntos de partida aquí escogidos, la dogmática tiene un "futuro" asegurado siempre que la justicia deba continuar siendo operativa en el sistema jurídico.

3. Recapitulando brevemente, acabamos de hacer referencia a un tipo de autodescripciones orientadas fundamentalmente hacia la autoobservación, y en ello hemos identificado la labor propia de la dogmática. Ahora bien, ya hemos asimismo indicado que la tarea genuina de la autodescripción no radica en la fundamentación de la decisión, sino en la representación de la unidad, función, autonomía –también indiferencia– del derecho. Como hemos señalado sumariamente al inicio de este epígrafe, dicho tipo de operaciones constituyen teorías de reflexión, y lo que las diferencia de las teorías jurídico-dogmáticas son las exigencias de referencia a la identidad del sistema que se describe y la inclusión autológica de la descripción en lo descrito[62]. En este sentido se trata de operaciones todavía *más exigentes* y también *con mayores pretensiones*: en ellas se pretende la identificación del sistema como *unidad* y la descripción de sus

---

59 Cfr. en general LUHMANN. *Das Recht der Gesellschaft*, pp. 214 y ss., 226 y ss.; cfr. también ID. "Gerechtigkeit in den Rechtssystemen der modernen Gesellschaft", en *Ausdifferenzierung des Rechts. Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, 1981, 1999, pp. 374 y ss.; cfr. la indicación que aquí se realiza: constituye una ínfima parte del problema subyacente a la justicia dentro del ordenamiento jurídico así como de las importantes aportaciones que, desde la teoría de los sistemas, se pueden efectuar al respecto. Para una visión actualizada de las mismas, cfr. las contribuciones contenidas en TEUBNER (ed.). *Die Rückgabe des zwölften Kamels. Niklas Luhmann in der Diskussion über Gerechtigkeit*, 2000.

60 Parece coincidir ART. KAUFMANN. *Theorie der Gerechtigkeit: Problemgesichtliche Betrachtungen*, 1984, p. 31.

61 LUHMANN. *Das Recht der Gesellschaft*, cit., p. 276. Cfr., extensamente, LUHMANN. *Rechtssystem und Rechtdogmatik*, 1974 (hay traducción al español de DE OTTO: LUHMANN. *Sistema jurídico y dogmática jurídica*, 1983).

62 LUHMANN. *Das Recht der Gesellschaft*, cit., p. 499.

características[63]. De hecho, el tránsito de un contexto teórico al otro, es decir, proporcionar fundamentación a las estructuras teórico-dogmáticas con base en el conocimiento adquirido gracias a la reflexión del sistema, constituye una empresa sumamente difícil, si bien en el aquí homenajeado encontramos el mejor ejemplo de que es posible[64].

En efecto, en nuestra opinión, la teoría del derecho penal desarrollada por JAKOBS constituye una auténtica teoría de reflexión del sistema del derecho penal, y precisamente a ello parece apuntar PAWLIK cuando señala que las formulaciones de JAKOBS "describen la función del derecho para su entorno social" y que observa "la unidad del ordenamiento como unidad"[65]. Más aún, precisamente por constituir una teoría de reflexión, la teoría de JAKOBS alcanza esos niveles de coherencia[66] y de comprensión global que tanto se echan de menos en la dispersión tópica característica de la producción de la ciencia penal moderna[67] –que no en la de principios de siglo–. En definitiva, resulta conveniente señalar que las teorías jurídicas orientadas a la autoobservación, propias de la dogmática jurídica, se pueden nutrir de manera muy productiva de las teorías de reflexión jurídico penales, ya que –posiblemente– éstas les permiten a aquéllas una armonización con el sistema en conjunto que difícilmente por sí solas pueden alcanzar. De ahí que, seguramente, una de las consecuencias más ricas de la obra de JAKOBS sea la extraordinaria capacidad de dar aplicación dogmática a la teoría de reflexión jurídico-penal construida por él. De entre los numerosos ejemplos que pudieran traerse a colación[68], resulta bastante ilustra-

---

63 Ibíd., pp. 53 y 54.

64 Un intento también en esta línea puede verse, por ejemplo, en MÜSSIG. "Rechts- und gesellschaftstheoretische Aspekte der objektiven Zurechnung im Strafrecht. Zu Ansätzen einer Systematisierung", manuscrito, 2002. En nuestra opinión la ya referida obra de PAWLIK. Das unerlaubte Verhalten beim Betrug, 1999, reviste –pese a la denominación que parece darle el autor– los caracteres necesarios para incluirlo en esta corriente.

65 Ibíd., pp. 62 y 63.

66 Cfr. por ejemplo las consideraciones de LAMPE. "Zur ontologischen Struktur des strafbaren Unrechts", en WEIGEND y KÜPPER (eds.). *Festschrift für Hans Joachim Hirsch*, 1999, pp. 83 y ss.

67 Cfr. GIMBERNAT. "Concurso de leyes, error y participación en el delito", en *Ensayos Penales*, 1999, pp. 375 y ss.: "tópica exasperante y caótica", "solar de problemas inconexos en el que se ha convertido la dogmática alemana".

68 El acoplamiento entre teoría de reflexión y teoría de observación en la obra de JAKOBS puede verse con claridad en los siguientes escritos de los años 90: "Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und alteuropäischen Prinzipiendenken. Oder: Verabschiedung des "alteuropäischen" Strafrechts?", en *ZStW*, 107, 1995, pp. 843 y ss. (existe traducción al español de CANCIO MELIÁ y FEIJÓO SÁNCHEZ: JAKOBS. *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*, 1996); ID. "Strafrechtliche Zurechung und die Bedingungen der Normgeltung", en NEUMANN y SCHULZ (eds.). *Verantwortung in Recht und Moral*, ARSP, Beiheft 74, 2000, pp. 57 y ss.; ID. "Die Idee der Normativierung in der Strafrechtsdogmatik", Manuscrito, 2002.

tivo la fundamentación de la menor punibilidad de la imprudencia frente al dolo. En principio, una estricta labor dogmática no debería cuestionar por qué la imprudencia está menos castigada que el dolo, sino que a la vista de las diferentes regulaciones vigentes debería intentar establecer una teoría orientada –fundamentalmente– a discernir en qué casos concurre el dolo y en cuáles la imprudencia, que después pudiera ser utilizada por un juez –principalmente– para fundamentar su decisión. La aportación de la teoría de reflexión de JAKOBS reza como sigue: el autor doloso, *a diferencia del imprudente*, realiza, mediante su hecho penal, un esbozo de un mundo que se encuentra en armonía con la visión racional del mundo de las ciencias naturales, presentando así una verdadera alternativa a la configuración actual de la sociedad; el autor imprudente presenta un esbozo del mundo que infringe unas reglas –como son las científico-naturales– caracterizadas por una capacidad de autoestabilización de la cual carecen las jurídicas: quien en una carretera de doble dirección realiza un adelantamiento sin mirar si viene algún vehículo en sentido contrario, arriesga su propia integridad física de manera evidentemente y, por lo tanto, su conducta difícilmente puede ser tenida como verdadera alternativa a la configuración social actual[69].

IV. TERCERA DISTINCIÓN: AUTODESCRIPCIÓN/HETERODESCRIPCIÓN

1. Una vez asentados en el nivel de las autodescripciones del sistema jurídico-penal, entendemos que resulta adecuado introducir una nueva distinción en tanto que de esta manera vamos a hacer referencia a un tema de cierta importancia en la discusión jurídico-penal contemporánea. Nos estamos refiriendo a la importante pregunta de hasta qué punto pueden ser utilizados los aportes de la sociología en el sistema jurídico. Ello viene motivado por el hecho de que en no pocas ocasiones puede leerse la crítica de que la teoría de los sistemas constituye un análisis sociológico, empírico, que no aporta prácticamente nada a las teorías jurídicas del derecho penal. Pues bien, en este sentido, puede afirmarse que, por

69 Cfr. JAKOBS. "Strafrechtliche Zurechnung und die Bedingungen der Normgeltung", en NEUMANN y SCHULZ (eds.). *Verantwortung in Recht und Moral*, ARSP, Beiheft 74, 2000, pp. 61 y 62. En este punto habría que especificar (cfr. ibid., p. 62, nota 7; ID. "Sobre el tratamiento de los defectos volitivos y de los defectos cognitivos" SUÁREZ GONZÁLEZ [trad.], en ID. *Estudios de derecho penal*, traducción y estudio preliminar de PEÑARANDA RAMOS, SUÁREZ GONZÁLEZ y CANCIO MELIÁ, 1997, pp. 127 y ss.; ID. "Representación del autor e imputación objetiva", traducción al español de SUÁREZ GONZÁLEZ, en ID. *Estudios de derecho penal*, cit., pp. 223 y ss.), pero ello no afecta a la fundamentación sino a las consecuencias que de ella se derivan.

lo general, el sistema jurídico poco uso puede derivar de los análisis sociológicos –empíricos– tradicionales, en tanto que éstos *no describen al sistema jurídico como un sistema que se describe a sí mismo*[70]. En este punto se intuye en qué radica la distinción autodescripciones/heterodescripciones: las primeras están constituidas por las descripciones que un sistema hace de sí mismo, mientras que las segundas son las descripciones que otros sistemas hacen del sistema jurídico[71]. La ventaja que otorga la aplicación de la teoría de los sistemas autopoiéticos a la sociología es que permite a esta disciplina efectuar heterodescripciones de un sistema que se autodescribe. Dos son las cuestiones que deben plantearse al hilo de estas reflexiones: 1.ª Las relaciones que pueden establecerse entre autodescripción y heterodescripción con respecto al sistema jurídico, y 2.ª La posición de la teoría de los sistemas en relación con ambas.

1.ª Para señalar el *quid* de la primera cuestión de manera lo más clara posible, las *autodescripciones* del sistema derecho –a diferencia de las heterodescripciones– se ven sometidas a las condiciones propias del dicho sistema –sólo así pueden ser "auto"– y, por lo tanto, *contienen necesariamente pretensiones de normatividad, de vigencia*. Las descripciones sociológicas, *por el contrario*, carecen de pretensión normativa alguna. Partiendo de que la sociología se encuadra dentro del sistema científico, las heterodescripciones que ésta realiza del sistema jurídico se vinculan al código diferenciador del sistema científico, esto es, al de verdadero/falso, mientras que las autodescripciones del sistema jurídico –ya sea en la forma laxa de teorías jurídico-dogmáticas, ya sea en forma estricta de teorías de reflexión– tienen que vincularse necesariamente al código diferenciador del sistema derecho, cual es legal/ilegal. Ello no significa, sin embargo, que las autodescripciones jurídicas no deban tener en cuenta las heterodescripciones[72]. Más bien éstas pueden proporcionar importante información[73] sobre cómo ven los otros sistemas al sistema jurídico, lo cual constituye una notable ayuda para

---

70 LUHMANN. *Das Recht der Gesellschaft*, cit., p. 542.

71 Este contenido también puede formularse con la distinción entre observador interno y observador externo del derecho, distinción que resulta corriente desde HART. *The concept of law*, 1961, pp. 55 y ss., 86 y ss.

72 Un notable ejemplo de las posibilidades de ganancias cognitivas que puede brindar a la autodescripción la toma en consideración de las heterodescripciones puede verse de manera clara en CANCIO MELIÁ. "La función del lado subjetivo del hecho", ponencia presentada el 4 de diciembre de 2002 en Madrid en el marco del proyecto "Estudio de Derecho Comparado sobre la imputación jurídico-penal en estructuras organizativas complejas, en especial en el ámbito empresarial", pp. 2, 5 y ss., 20 y ss., quien efectúa la importante oscilación entre ambos modos de descripción.

73 Información en el sentido de GREGORY BATESON de "una diferencia que crea una diferencia" (*a difference that makes a difference*); cfr. BATESON. *Steps to an Ecology of Mind: Collected Essays in Anthropology, Psychiatry*, 1972, pp. 406 y 407.

la formación de la unidad (identidad) del sistema jurídico: la identidad del sistema sólo puede formarse mediante la oscilación entre auto y heterorreferencia[74]. En otras palabras, la heterodescripciones jurídicas proporcionan información sobre cómo los otros sistemas sociales (la economía, la política, la ciencia, la religión, incluso el arte, etc.) ven al sistema jurídico, lo cual debe contrastarse con cómo se ve el sistema jurídico a sí mismo: es en este sentido en el que deben interpretarse las –por lo general, aunque con algunas excepciones– heterodescripciones sociológicas de LUHMANN. A raíz de dichas heterodescripciones el sistema jurídico puede formular una autodescripción sobre cómo *debe* ser el propio sistema jurídico, esto es, con una pretensión normativa. Las teorías de reflexión se caracterizan, como hemos visto someramente antes y como veremos con más detenimiento en el siguiente apartado, precisamente por representar la unidad del sistema *en* el sistema.

2.ª Por lo que se refiere a la posición de la teoría de los sistemas, debe distinguirse claramente entre la teoría general de sistemas –con sus desarrollos y variantes[75]– y la específica aplicación de la teoría de los sistemas a la sociología. En definitiva, *el argumentar sistémico-teóricamente no implica que se esté argumentando sociológicamente*. La teoría de los sistemas autopoiéticos constituye un material conceptual susceptible de ser aplicado a la sociología –lo cual ha sido realizado hasta sus últimas consecuencias por LUHMANN– o al derecho –lo cual ha sido realizado parcialmente, entre otros, por GÜNTHER TEUBNER[76]–. En

---

74 Sobre el concepto de identidad Cfr. LUHMANN. "Identität – was oder wie?", en *Soziologische Aufklärung V. Konstruktivistischen Perspektiven*, 1990, pp. 14 y ss. Sobre la relación entre unidad e identidad, cfr. brevemente la voz "Identidad/diferencia", en CORSI, ESPOSITO y BARALDI. *Glosario sobre la teoría Social de Niklas Luhmann*, cit. En relación con el sistema jurídico, que es el que aquí nos interesa, se da la siguiente circunstancia: la teoría del derecho tiene que encargarse de las condiciones sociales de la autonomía funcional del sistema jurídico, pudiendo ver la unidad del sistema en el sistema *sólo desde el entorno*. Ello obliga al sistema a que, con las operaciones propias de la autoobservación y la heteroobservación, tenga que *observarse como si fuera desde el exterior* (cfr. LUHMANN. *Das Recht der Gesellschaft*, p. 534, fundamental nota 86). En este sentido la autodescripción es una empresa paradójica, en tanto que trata a la descripción interna como si fuera una descripción externa que pudiera informar sobre hechos objetivos (LUHMANN. *Das Recht der Gesellschaft*, cit., p. 545). En definitiva, la autodescripción sólo puede fundamentarse circularmente, y cuando intenta romper su círculo de fundamentación a través de la externalización ello sucede como parte de la realización de la propia autodescripción (LUHMANN. *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, cit., Bd. II, p. 890).

75 La cita obligada es BERTALANFFY. *General system theory: foundations, development, application*, (1939) 1984; WIENER. *Cybernetics: or control and communication in the animal and the machine*, 1948; ASHBY. *Introduction to cybernetics*, 1956; para una visión actual de las discusiones en este campo, cfr. el volumen 1 y 2 de 1996 de la *Revue Internationale de Systémique*. Cfr. también LUHMANN. *Einführung in die Systemtheorie*, 2002, pp. 41 y ss. De lectura muy recomendada es el artículo de BAECKER. "Why systems?", en *Theory Culture & Society*, 18, 2001, pp. 59 y ss.

76 Cfr. supra nota 22, y el estudio preliminar al pensamiento de este autor por parte de MORALES DE

derecho penal, por lo que alcanzamos a ver, todavía no se ha producido una aplicación global de dicha teoría, si bien podemos encontrar en JAKOBS varios conceptos de indudable raigambre sistémico-teórica[77]. En nuestra opinión, las ganancias teóricas que pueden derivarse de los logros conceptuales que se han producido en el ámbito de la teoría de los sistemas pueden enriquecer extraordinariamente la discusión jurídica.

Para ilustrarlo nada mejor que hacer referencia a la bien conocida disputa entre las teorías de la razón (*Vernunftstheorien*) –las cuales se orientan hacia principios– y el positivismo jurídico (*Rechtspositivismus*) –el cual se orienta principalmente hacia las fuentes del derecho–: el déficit de las primeras radica en que se carece de un fundamento de vigencia (*Geltungsgrund*) para decidir entre principios confluyentes; el del segundo, en que se carece de una justificación última para aquello que es aplicado como derecho vigente[78]. Desde el punto de vista de la teoría de los sistemas se trata de las dos principales teorías de reflexión del sistema jurídico, y su dilema conceptual puede resolverse de la siguiente manera: la razón (*Vernunft*) se convierte en el *símbolo* de la *autorreferencialidad* del sistema[79], y la positividad (*Positivität*)[80] en la fórmula bajo la cual los observadores del observador se pueden poner de acuerdo en que están observando lo mismo, a saber, el correspondiente derecho vigente. De manera contraria, con la positividad se indica que todo derecho se basa en de-

---

SETIÉN RAVINA. "La racionalidad jurídica en crisis: Pierre Bordieu y Günther Teubner", en PIERRE BORDIEU y GÜNTHER TEUBNER. *La fuerza del derecho*, MORALES DE SETIÉN RAVINA (estudio preliminar y trad.), 2000, pp. 20 y ss.

77 Cfr., por ejemplo, JAKOBS. "Personalität und Exklusion im Strafrecht", en COURAKIS (ed.). *Criminal Sciences in the 21st Century, Essays in honour of Professor Dr. Spinellis*, 2001, pp. 447 y ss., haciendo expresa referencia a la teoría de los sistemas en relación con el origen del moderno concepto de exclusión, si bien en ésta se le opone el de inclusión y no el de personalidad –como señala el propio JAKOBS–. Quizá sea conveniente señalar aquí que en el sistema de la sociedad mundial (*Weltgesellschaft*) la distinción inclusión/exclusión despliega importantes efectos, llegando a observarse como una forma de "supracodificación" (cfr. LUHMANN. "Inklusion und Exklusion", en *Soziologische Aufklärung 11. Die Soziologie und der Mensch*, 1995, pp. 155 y ss. –hay traducción al español de BERIAIN y GARCÍA BLANCO [eds. y trads.]: LUHMANN. "Inclusión y exclusión", en *Complejidad y modernidad. De la unidad a la diferencia*, cit., pp. 167 y ss.–) cuya importancia tras el 11 de septiembre de 2001 se ha hecho más que patente (sobre ello cfr. BAECKER. "Diesseits von Gut und Böse", en BAECKER, KRIEG y SIMON (eds.). *Terror im System. Der 11. September und die Folgen*, 2002, pp. 201 y ss., 211). Sobre el significado de esta distinción en las concepciones de LUHMANN y LYOTARD, cfr. el excelente artículo de RASCH. "The Limit of Modernity and the Logic of Exclusion", en *Niklas Luhmann's Modernity. The Paradoxes of Differentiation*, 2000, pp. 108 y ss.

78 LUHMANN. *Das Recht der Gesellschaft*, cit., pp. 507 y ss., 519 y ss.

79 Sobre la racionalidad como una forma de "reflejar en el sistema la unidad de la diferencia entre sistema y entorno", cfr. LUHMANN. "Europäische Rationalität", en *Beobachtungen der Moderne*, 1992, pp. 51 y ss., 77 y s.

80 Cfr. el artículo ya citado de LUHMANN. "Positivität als Selbstbestimmung des Rechts", pp. 11 y ss.

cisiones que pueden ser observadas y recordadas como tales; acarreando la razón, entonces, la indicación de que, en una carga selectiva de tal calibre, deben darse razones que, al fin y al cabo, puedan fundamentarse como razonables[81].

V. LA UNIDAD DE LA DISTINCIÓN: LA TEORÍA JURÍDICO-PENAL ("STRAFRECHTSTHEORIE") COMO TEORÍA DE REFLEXIÓN DEL DERECHO PENAL

1. Con esto estamos llegando al final de nuestros breves apuntes, y nada mejor para ello que acentuar el carácter *paradójico*[82] de las teorías de reflexión: representan la unidad de una distinción. Las teorías de reflexión de los diversos sistemas función tienen varias cualidades en común: aumentan la observación de las contingencias del sistema y producen la impresión de que todo podría ser también diferente, y ello también –como ocurre en la teoría del conocimiento y en la teoría del derecho– cuando se dirigen a la búsqueda de los fundamentos necesarios. En definitiva, las teorías de reflexión son más que una recopilación de experiencias (*Erfahrungssammlungen*): incluyen perspectivas de

---

81 Cfr. sobre todo ello, en profundidad, LUHMANN. *Das Recht der Gesellschaft*, cit., pp. 507 ss., 530 y ss.

82 Este parece ser el momento adecuado para aclarar un malentendido que empieza a convertirse en reiterativo. Las paradojas contienen inmensas posibilidades de información (sobre ello cfr. sólo KRIPPENDORFF. "Paradox and information", en *Progress in Comunication Sciences*, 5, 1984, pp. 45 y ss.), por lo que no deben temerse las argumentaciones autorreferenciales. Así, SCHÜNEMANN cree estar criticando el normativismo jurídico-penal cuando tacha de círculo vicioso la circularidad de la argumentación de éste (cfr. últimamente "Strafrechtsdogmatik als Wissenschaft", en SCHÜNEMANN et ál. (eds.). *Festschrift für Claus Roxin*, 2001, pp. 13 y ss., 16 y 19), sin tener en cuenta que ya desde GÖDEL se reconoce que todo intento de escapar de la autorreferencialidad de un sistema recurriendo a metaniveles (RUSSELL, WHITEHEAD) únicamente conduce a "bucles extraños" (*strange loops*), en la terminología de HOFSTÄDTER (sobre todo ello, cfr. HOFSTÄDTER. *Gödel, Escher, Bach: An eternal golden braid*, 1979; sobre la necesidad de teorías autorreferenciales, LUHMANN. *La ciencia de la sociedad*, pp. 57 y ss. con nota 9). Es por ello que "no sólo hay que liberar al círculo vicioso de cualquier connotación peyorativa, sino incluso elevarlo a la honorable posición de círculo creativo", como señala VON FOERSTER. "Kybernetik einer Erkenntnistheorie", en *Sicht und Einsicht*, 1999, p. 66. El modo de tratar con las paradojas, tal y como señalan con acierto los lógicos y los matemáticos, es proceder a su desarrollo (*Unfoldement*, *Entfaltung*) trazando distinciones (cfr. LÖFGREN. "Unfoldement of self-reference in logic and computer science", en JESEN, MAYOH y MOLLER (eds.). *Proceedings of the 5th Scandinavian Logic Symposium*, 1979, pp. 205 y ss.; cfr. también LOUIS KAUFMANN. "Virtual logic", en *Systems Research*, 13, 1996, pp. 293 y ss.); para ello un ejemplo: JAKOBS señala que la persona viene definida por su fidelidad al Derecho; sin embargo, el autor de delito ha desobedecido la norma y pese a ello se le tiene por persona: el propio JAKOBS señala que se trata de una cuestión paradójica (cfr. "Personalität und Exklusion", p. 452; también *Norm, Person, Gesellschaft. Vorüberlegungen zu einer Rechtsphilosophie*, 1997, pp. 80 y ss., 98 y ss.). ¿La solución? Trazar una distinción entre persona formal y persona material (cfr. ID. *Norm, Person, Gesellschaft*, pp. 99 y 100).

futuro, exigen autonomía, discuten capacidades para la resolución de problemas e individualizan su sistema[83].

Merece la pena detenerse un momento en el concepto de teoría, y no sólo señalar qué significa "teoría" en el ámbito que estamos tratando ahora, sino asignarle una posición en el complejo esquema conceptual que llevamos manejando hasta el momento. Así, "teoría" significa: nuevas pretensiones de inteligibilidad, pero también una sensibilidad controlada en relación con variantes, asimismo una problematización de consistencia y una apertura para las controversias[84]. En cuanto a su posicionamiento, nos proponemos entender a la *teoría como forma de acoplamiento estructural del sistema científico con las teorías de reflexión de los sistemas función*, fungiendo aquí este acoplamiento como canalización de la irritación a través de la inclusión/exclusión de posibilidades[85]. Llegamos de esta manera al último de los conceptos que suele manejarse en la discusión jurídico-penal que trata estos temas; nos referimos a la ciencia del derecho penal (*Strafrechtswissenschaft*). Precisamente en el conocimiento (*Wissen*) que se genera por el acoplamiento estructural[86] entre las teorías de reflexión del sistema jurídico-penal y las teorías de reflexión de otros sistemas función puede identificarse una tarea primigenia de la ciencia del derecho penal. Si bien no podemos desarrollar aquí las consecuencias de una visión como esta, sí que pueden apuntarse algunas ideas al respecto, dado que no resulta demasiado difícil adivinar que van encaminadas a una de las cuestiones que más han ocupado la atención de los teóricos del derecho penal: la relativa a la cientificidad de la ciencia del derecho penal[87]. Baste con señalar que se abre un nuevo marco de posibilidades al localizar el acoplamiento *al nivel de la teoría y no del método*[88]. De hecho, puede constatarse cómo en las últimas décadas las

---

83 LUHMANN. *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, cit., p. 965.

84 Ibíd., p. 981.

85 Cfr. LUHMANN. *Das Recht der Gesellschaft*, cit., p. 543.

86 Sobre el conocimiento y su relación con el acoplamiento estructural cfr. ahora sólo LUHMANN. *La ciencia de la sociedad*, cit., pp. 121 y ss.

87 La cuestión lleva siendo discutida desde muy antiguo, por lo que en lugar de efectuar una extensa cita de autores que han escrito sobre la cuestión –y la no menos relacionada de la cientificidad de la ciencias del espíritu– haremos dos referencias de corta lectura sumamente instructivas: por un lado a ART. KAUFMANN. "Einige Bemerkungen zur Frage der Wissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft", en ART. KAUFMANN et ál. (eds.). *Festschrift für Paul Bockelmann*, 1979, pp. 67 y ss., y por otro a LUHMANN. "Complexity and Meaning", en *The science and praxis of complexity*, 1985, pp. 99 y ss (hay traducción al español de BERIAIN y GARCÍA BLANCO (eds. y trads.): LUHMANN. "Complejidad y sentido", en *Complejidad y modernidad. De la unidad a la diferencia*, cit., pp. 51 y ss.).

88 Tradicionalmente el "test" de cientificidad viene dado por la aplicación del *método* sistemático (cfr., por ejemplo, SCHÜNEMANN. "Strafrechtdogmatik als Wissenschaft", cit., pp. 2 y ss.: "sistematización del material jurídico", o HRUSCHKA. "Kann und sollte die Strafrechtswissenschaft systematisch sein?",

autodescripciones del derecho se han orientado notablemente hacia teorías de reflexión ubicadas en el sistema científico, como la lingüística, la semiótica, la hermeneútica, la sociología o la antropología[89]. En el ámbito del derecho penal nos brindan sendos ejemplos las concepciones teóricas tanto de KINDHÄUSER[90] como de KLAUS GÜNTHER[91]. Sin embargo, en la actualidad podemos ir todavía un paso más allá, al abrirse una nueva posibilidad –de la cual, probablemente, hasta la fecha no se disponía– mediante la sustitución de las referencias a los diferentes sistemas función por una referencia al sistema global (*Gesamtsystem*) de la sociedad[92]. Incluso puede que sea la única forma en la que ciencia del derecho penal sea capaz de superar las exigencias del presente: "La ciencia del derecho penal tiene que indagar el verdadero concepto de derecho penal, lo que significa destacarlo como parte del entendimiento que la sociedad tiene de sí misma"[93].

Por el momento dejaremos la cuestión aquí abierta, únicamente señalando que el mayor intento que en este sentido se ha producido en las últimas décadas viene de la mano del autor de la última frase entrecomillada en este trabajo.

---

cit., pp. 7 y ss. Sobre la distinción –fundamental en la *programación* del sistema científico– entre teoría y método, cfr. LUHMANN. *La ciencia de la sociedad*, cit., pp. 290 y ss.). Evidentemente, no pretendemos negar el acoplamiento a este nivel, sino introducir un nuevo nivel de acoplamiento. Para un desarrollo consecuente del primer nivel de acoplamiento, cfr. BLENCKMANN. *Strafrechtsdogmatik: wissenschafts-theoretisch, soziologisch, historisch*, 2002, pp. 39 y ss.

89 Cfr. LUHMANN. *Das Recht der Gesellschaft*, cit., pp. 9 y ss., 35 y ss., 504 y ss. Lo cual no impide que la orientación pueda discurrir –como ha discurrido– por las teorías de reflexión de otros sistemas función, principalmente la religión y la política; en la actualidad cobran asimismo extrema importancia las propias del sistema economía.

90 Cfr. ya su tesis doctoral (*Intentionale Handlung*, 1980) y también su habilitación (*Gefährdung als Straftat*, 1989). Siguiendo con este mismo autor merece la pena señalar la continuación de esta línea en el artículo "Rechtstreue als Schuldkategorie", en *ZStW*, 107, 1995, pp. 701 y ss. (hay traducción al español de GARCÍA CAVERO: "La fidelidad al derecho como categoría de la culpabilidad", en MIR PUIG y LUZÓN PEÑA (eds.). *Cuestiones actuales de la teoría del delito*, 1999, pp. 185 y ss.), donde fundamenta su concepción de la culpabilidad haciéndose eco del "giro lingüístico" experimentado por HABERMAS en su conocida obra *Faktizität und Geltung*, 1992, y de importantes aportaciones de KLAUS GÜNTHER.

91 Cfr. el conocido GÜNTHER. *Der Sinn für Angemessenheit: Anwendungsdiskurse in Moral und Recht*, 1988, y la lección inaugural de su cátedra en Frankfurt: "Strafrechtliche Verantwortlichkeit in der Zivilgesellschaft", 1999.

92 Cfr., fundamental, LUHMANN. *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, cit., p. 505. Evidentemente ello obliga a una complejidad –y consiguiente riqueza– teórica mucho más elevada, de la cual pueda disponer –tal vez– la teoría de los sistemas.

93 JAKOBS. *La ciencia del derecho penal ante las exigencias del presente*, TERESA MANSO PORTO (trad.), 2000, p. 9.

JUAN IGNACIO PIÑA ROCHEFORT*

Rol social y sistema jurídico-penal. Acerca de la incorporación de estructuras sociales en una teoría funcionalista del derecho penal

A MODO DE INTRODUCCIÓN

Desde hace bastante tiempo la teoría del rol –o al menos alguna declaración respecto de ella– se ha venido incorporado en la discusión sobre el estado actual del derecho penal. Si bien esta incorporación no ha sido del todo sistemática, resulta frecuente encontrar menciones respecto del "rol de determinada persona" al momento de determinar esferas de competencia y, en definitiva, su responsabilidad. Si bien no con carácter exclusivo, esta inserción se ha hecho de la mano de la teoría funcionalista del derecho penal, principalmente en la vertiente propugnada por GÜNTHER JAKOBS. Y esto no tiene nada de accidental. En una teoría que considera al derecho como una "parte" de la sociedad en operación, resulta evidente que la estructuración en roles de esa sociedad tiene un papel que desempeñar en el (sub)sistema jurídico-penal. De hecho, conceptos fundamentales de orientación funcionalista –como la propia responsabilidad por organización o la responsabilidad institucional– pueden fácilmente reconducirse a clave de roles, sin que su intercambio produzca ninguna alteración en la operación del sistema.

Sin embargo –y ésta es la motivación principal de estas notas–, es preciso reconocer que la incorporación de la teoría del rol no se ha acompañado de las adecuadas precisiones respecto de su alcance y posibilidades para el derecho penal. Por el contrario, el recurso al rol resulta sencillo y gráfico, quedando generalmente abandonado a una comprensión imprecisa y en que no se examinan los problemas fundamentales que su inserción acarrea.

Las reflexiones que siguen pretenden, simplemente, dar luz respecto de algunos de estos problemas. Específicamente, ahondar en algunos planteamientos que se encuentran ya en la obra de JAKOBS y algunos de sus discípulos, de cuya línea de pensamiento las siguientes páginas han de reconocerse tributarias. Probablemente no se consiga solventar aquí muchas de las dudas que hoy subsisten respecto de la teoría del rol; sin embargo –y por el contrario–, con el mero hecho de que se multipliquen las preguntas ya me daría por satisfecho.

I. LA TEORÍA DEL ROL

Desde sus primeras formulaciones –generalmente atribuidas a RALPH LINTON– la teoría del rol social ha sido controvertida[1]. La máxima expresión de dicha

---

* Profesor de Derecho Penal, Universidad de los Andes, Santiago de Chile.

1 Son numerosos los trabajos que se han ocupado del "rol social", tanto con esta misma denominación,

controversia probablemente pueda situarse en la publicación del ensayo de DAHRENDORF *Homo sociologicus*, de 1958[2], que significó la incorporación del concepto del *social role* de la sociología norteamericana a la discusión europea

---

como con otras tales como "*status*-rol", "estructura de rol" (*role structure*), "comportamiento de rol" (*role behavior*), "segmento de posición o de rol" (*positional or role sector*), "atributos de rol" (*role attributes*) u "*homo sociologicus*"; cfr., respecto de las expresiones generalmente utilizadas, GROSS, MASON y MCEACHERN. *Explorations on role analysis, Studies on the school superintendency role*, New York, Wiley & Sons, 1958, en especial cap. IV ("A language for role analysis"). Aunque generalmente se cita a LINTON. *The study of man: an introduction*, de 1936 (existe versión al castellano de RUBÍN DE LA BORBOLLA: "Estudio del hombre", México, Fondo de Cultura Económica, 1963) como el primero en haber usado la expresión "rol" en el sentido moderno, es posible encontrarla ya en 1933 en LUMPKIN. *The family: a study of member roles*, con formulaciones muy cercanas al entendimiento actual. Por lo demás, ya en 1926, ROBERT PARK, en su artículo "Behind our masks", en *Survey*, 56, New York, pp. 135 y 136, decía: "Todos estamos siempre y en todo lugar, más o menos conscientemente desempeñando un rol [...] Es en estos roles en que conocemos a los otros y nos conocemos a nosotros mismos". Respecto del desarrollo histórico del concepto de "rol", cfr. ARGYLE. "The concepts of role and status", en *Social Research*, 44, 1952, pp. 39 a 49; BANTON. *El rol en la vida social* GARCÍA VENTURINI (trad.), Buenos Aires, Troquel, 1971; F. L. BATES. "Position, role and status: a reformulation of concepts", en *Social Forces*, 34, 1953, pp. 313 a 321; BERGER y LUCKMANN. *La construcción social de la realidad*, pp. 95 a 104; DREITZEL. *Die gesellschaftlichen Leiden und das Leiden an der Gesellschaft*, Sttutgart, 1980, pp. 43 a 51; GRIESE, NIKLES y RÜLCKER (eds.). *Soziale Rolle, zur Vermittlung von Individuum und Gesellschaft: eine soziologisches Studien- und Arbeitsbuch*, Opladen, Leske+Budrich, 1977, pp. 57 a 119; HAUG. *Kritik der Rollentheorie und ihrer Anwendung in der bürgerlichen deutschen Soziologie*, Frankfurt, Fischer Taschenbuch, 1972, pp. 27 a 73; JOAS. *Die gegenwärtige Lage der soziologischen Rollentheorie*, Frankfurt, Athenäum, 1973, pássim; KASSEL. *Rollentheorie und Simbolischer Interaktionismus im Spannungsfeld von Subjektivität und Objektivität*, Stuttgart, HochschulVerlag, 1978, pp. 32 a 170; LEVY Jr. *The structure of society*, New Jersey, Princeton University Press, 1952, pp. 157 y ss.; LOPATA. "A restatement of the relation between role and status", en *Sociology and Social Research*, 49, 1964, pp. 58 a 68; NIYAMOTO. "The impact on research of different conceptions of role", en *Social Inquiry*, 33, 1963, pp. 114 a 123; POPITZ. *Der Begriff der sozialen Rolle als Element der soziologischen Theorie*, 2.ª ed., Tübingen, J. C. B. Mohr, 1968; RUSHING. "The role concept, assumptions and their methodological implications", en *Sociology and Social Research*, 49, 1964, pp. 46 a 57; SARBIN. "Role Theory", en LINDZEY (ed.). *Handbook of social psychology*, Cambridge, 1954, pp. 223 a 258; TENBRUCK. "Zur deutschen Rezeption der Rollentheorie", en *Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie (KZSS)*, 13, 1961, pp. 1 a 40; TURNER. *Role: sociological aspects*, en *International Encyclopedia for the social sciences (IESS)*, vol.13, pp. 552 a 557. Específicamente respecto de la sociología del derecho, cfr. LUHMANN. *Rechtssoziologie*, pp. 85, 86 y ss. y 89 y ss.; DUX. *Rechtssoziologie - Eine Einführung*, Stuttgart, 1978, pp. 52 y ss.; REHBINDER. *Rechtssoziologie*, 2.ª ed., Berlin-New York, 1989, pp. 52 y ss. y 107 y ss.; REICHARDT. *Einführung in der Soziologie für Juristen. Teoretische und methodologische Grundlagen*, Viena, 1981, pp. 111 y ss.; RÖHL. *Rechtssoziologie - ein Lehrbuch*, Köln, 1987, pp. 309 y ss.; RAISER. *Rechtssoziologie - ein Lehrbuch*, Frankfurt, 1987, pp. 220 y ss.

2 Separata *Homo sociologicus. Ein Versuch zur Geschichte, Bedeutung und Kritik der Kategorie der sozialen Rolle*, Westdeutscher Verlag, 1958. Se publicó, además, en dos partes en los cuadernos 2 y 3 del décimo año de la *KZSS* (existe versión en español: DAHRENDORF. *Homo sociologicus. Un ensayo sobre la historia, significado y crítica de la categoría del rol social*, BELLOCH ZIMERMANN (trad.), Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1973). Múltiples ediciones posteriores dan muestra de la discusión que generó el libro desde su primera publicación.

acerca de las estructuras sociales. Ya en esa época, se entendía por rol social aquel *constructo que aglutina un haz de expectativas sociales que se vinculan en una sociedad dada al comportamiento de los portadores de posiciones* (*positions* o *status*)[3]. El principio en el que se fundaba –y en el que aún hoy sigue sosteniéndose– es el de que la sociedad reconoce en cada individuo una serie de posiciones de las que emanan expectativas sociales. El cúmulo de esas expectativas sociales constituye el rol social. Así, el cumplimiento o defraudación de esas expectativas por parte del individuo no será sino la adecuación o desviación del rol social que le corresponde[4].

Desde la perspectiva inversa –y aunque ésta en caso alguno es una afirmación pacífica–, el rol es un cúmulo de orientaciones de conducta. Si bien en un principio se había hablado de *cúmulo de expectativas*, ya LUHMANN ha tratado con detalle el hecho de que las estructuras de expectativas son estructuras mediante las que se orienta la conducta de los partícipes de la vida social[5]. Ese

---

3 Cfr. DAHRENDORF. *Homo sociologicus*, cit., p. 69. Desde esta perspectiva, puede ilustrarse la diferencia entre rol y posición. La posición es (son) el (los) lugar(es) que ocupa una persona en la red de relaciones sociales, como el ser músico, marido, profesor universitario, etc. El rol es el conjunto de expectativas asociadas a esa posición. Cfr. COUTU. "Role-playing versus role-taking, an appeal for clarification", en *American Sociological Review*, 16, 1951, p. 180; NEIL J. SMELSER. *Sociology*, 5.ª ed., Nueva Jersey, Prentice Hall, 1995, p. 43; NEWCOMB, TURNER y CONVERSE. *Social psychology, the study of social interaction*, New York, Holt, Rinehart & Winston, 1965, p. 327, y SLATER. "Social bases of personality", en N. J. SMELSER. *Sociology: an introduction*, Londres, New York y Sydney, Wiley & Sons, 1967, p. 578. No acogemos aquí la distinción que practican NEWCOMB, TURNER y CONVERSE, ob. cit., pp. 324 y ss. y 340 y 341, entre *status* y *position*; cfr., al respecto, BANTON. *El rol en la vida social*, pp. 41 y 42. En contra, cfr. GOODE. *Norm commitment and conformity to role-status obligations*, pp. 246 a 258, para quien la diferencia entre *status* y *rol* radica en el grado de institucionalización. Respecto de la discusión acerca del concepto de *status* cfr., por todos, CICOUREL. *Basic and normative rules in the negotiation of status and role*, en DREITZEL (ed.). "Recent sociology n.º 2, Patterns of communicative behavior", London, McMillan, 1970, pp. 13 a 26. Por su parte, MERTON. *The role-set: problems in sociological theory*, pp. 6 y ss., propone asociar a cada posición no un rol (conjunto de expectativas), sino un conjunto de roles (*role-set*).

4 El símil con el concepto dramático del rol está dado por la analogía entre la vida social y un escenario, el conjunto de expectativas como un guión a representar y la persona como el actor. El propio SHAKESPEARE ha dado luces al respecto en la escena VII del acto segundo de su comedia *As you like it*, que no reproducimos aquí por problemas de espacio. Cfr. DAHRENDORF. *Homo sociologicus*, cit., pp. 59 a 61; así como la peculiar (y desestimable) interpretación histórica del concepto shakespereano de HAUG. *Kritik der Rollentheorie und ihrer Anwendung in der bürgerlichen deutschen Soziologie*, Frankfurt, Fischer Taschenbuch, 1972, pp. 17 y ss. Respecto de otros textos literarios que hacen mención al rol social (incluyendo a CONAN DOYLE, CERVANTES, GOETHE, MANN, e incluso la Canción de los Nibelungos), cfr. GRIESE, NIKLES y RÜLCKER (eds.). *Soziale Rolle, zur Vermittlung von Individuum und Gesellschaft: eine soziologisches Studien- und Arbeitsbuch*, pp. 143 a 163. Se echan en falta ahí, dicho sea de paso, las piezas de CALDERÓN DE LA BARCA.

5 Cfr. LUHMANN. *Soziale Systeme. Grundrib einer allgemeinen Theorie*, Frankfurt, 1984, pp. 396 y 397; ID.

cúmulo de orientaciones, igual que el guión de una obra de teatro, han de ser aprehendidos por el destinatario. En otros términos, se requiere de la existencia de un proceso comunicativo previo que dé acceso al destinatario al cúmulo de expectativas que se le dirigen. De este modo, la aceptación del rol constituye una especie de abandono de la individualidad, mediante el cual se obtiene el beneplácito de la sociedad en que se vive. De hecho, quien no se comporta conforme a su rol será socialmente considerado como un "desviado"[6]. Hasta tal punto son vinculantes los roles para sus portadores que, en determinados casos, la sociedad puede exigirlos compulsivamente mediante sanciones. Según de qué clase de rol se trate las sanciones oscilarán desde sanciones penales hasta la mera antipatía social[7].

Sin embargo, la recepción del concepto norteamericano de rol no fue en caso alguno pacífica. Dentro de la álgida discusión alemana[8], una de las más certeras críticas apareció de la mano de POPITZ, quien reconoce que parte de los problemas respecto del concepto de rol emanan de su propia utilidad y generalidad. Ello ha hecho que la noción de rol social pierda precisión[9]. Para comprender la idea de rol –continúa POPITZ– es preciso recordar que éste emana de un fenómeno observable: la regularidad de la conducta (*Verhaltensregelmäbigkeit*), con su correspondiente esfera de acciones y sanciones. Además, a esto hay que agregar que cada rol tiene un determinado lugar en la estructura de los roles, y se relaciona con otros roles. Esto es lo que se denomina sectores de roles (*Rollensektoren*): padre-hijo, médico-paciente, vendedor-comprador, etc.[10]. La realidad de los roles sólo puede ser adecuadamente entendida cuando se tienen presente estos sectores. Son ellos los que conforman normativamente

---

Introducción a la teoría de sistemas (Lecciones publicadas por Javier Torres Nafarrate), México, 1996, p. 238 y ss. Aunque naturalmente no es posible profundizar en este punto, esto ya había sido anticipado con toda claridad por PARSONS.

6 DAHRENDORF. *Homo sociologicus*, cit., p. 61.

7 Cfr. DAVIS. *Social norms*, en BIDDLE y THOMAS (eds.). "Role theory: concepts and research", New York, London y Sidney, Wiley & Sons, 1966, p. 105. Para DAHRENDORF. *Homo sociologicus*, cit., p. 75, incluso esta es la forma de explicar la diferenciación del sistema jurídico: "Al menos el gran sector del sistema jurídico, en el que los individuos actúan como portadores de posiciones en algún sentido, puede entenderse como un agregado de sanciones cuya ayuda garantiza a la sociedad la observancia de las expectativas sociales del rol". Cfr., además, SMELSER. *Sociology*, cit., p. 44, quien distingue entre reacciones formales o informales según el quebrantamiento sea de un rol formal o informal.

8 Sobre ello, abundantemente, TENBRUCK. "Zur deutschen Rezeption der Rollentheorie", en *Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie*, 13, 1961, pássim.

9 Cfr. POPITZ. *Der Begriff der sozialen Rolle*, cit., pp. 3 y 4. En el mismo sentido cfr. DREITZEL. *Die gesellschaftlichen Leiden und das Leiden an der Gesellschaft*, cit., p. 43.

10 Cfr. POPITZ. Ob. cit., p. 5. Ya tendremos oportunidad de marcar distancias con estas afirmaciones.

las prescripciones del rol. *El rol se deduce, entonces, de la normatividad y diferenciación social*[11]. No emana de la acción individual, sino que representa una objetiva condición previa de la acción social[12]. Para la conformación de los roles es preciso considerar la heterogeneidad social y así distinguir conductas de determinadas clases de individuos. Esto porque la estructura de la desigualdad social tiene un núcleo de existencia (*Kernbestand*) normativo. Así como hay normas sociales válidas para todos los miembros de la sociedad, hay otras que sólo rigen para determinadas clases de individuos[13].

Sin embargo, la afirmación de POPITZ de que los roles emanan de las regularidades de conducta (en parte cierta) resulta una simplificación excesiva. Antes de entrar en el ámbito estrictamente jurídico-penal, haremos un inciso para decir algo acerca de las fuentes de los roles.

II. EL PROBLEMA DE LAS FUENTES

Uno de los grandes problemas que ha debido sortear la teoría del rol es el problema de las fuentes. Si los roles orientan la conducta tanto de los destinatarios como de quienes interactúan con ellos, e incluso –como veremos– si el rol sirve como instrumento para enjuiciar las conductas de ambos, la pregunta por el origen de esos roles no parece ociosa. Formulada en términos simples, la cuestión consiste en determinar de dónde emanan esos roles y cómo se hacen vinculantes para los partícipes de la vida social. Naturalmente, si se habla de "rol social", lo primero que puede intuirse es que dichos roles emanan de la sociedad o, con algo más de precisión, de la operación de la sociedad. Sin embargo, con esta declaración no es mucho lo que se avanza. En primer lugar, porque una declaración de esa naturaleza haría creer que los roles emanan de la sociedad operando como un todo y ello no resuelve el problema, por la mera razón de que la sociedad nunca opera como *un todo*.

---

11 Ibíd., p. 8.

12 La cercanía de esta idea a los prerrequisitos funcionales parsonianos de la acción resulta evidente.

13 Cfr. POPITZ. *Der Begriff der sozialen Rolle*, cit., p. 9. Al entrelazar la normatividad social con la diferenciación social, puede apreciarse la consolidación posicional como un fenómeno de la diferenciación. Esta consolidación se demuestra mediante la conciencia de la vacancia (*Bewußtsein der Vakanz*). De acuerdo a esto sólo hay consolidación de una posición social cuando puede percibirse su ausencia (p. 10). Esto naturalmente va aparejado a una desindividualización normativa. Una vez que la posición se ha consolidado, se desvincula del individuo mismo que la desempeña y se puede hablar propiamente de expectativas de rol. Sin embargo, y no podemos decir más aquí, el concepto de "conciencia de la vacancia", de carácter propiamente socio-psicológico, confunde los planos en que tienen relevancia los roles: el de los sistemas psíquicos y el de los sistemas sociales.

Para solventar este problema, MERTON levantó la tesis de los grupos de referencia[14]. Según ésta, los roles sociales emanarían de una serie de grupos formados en la sociedad a los que un determinado actor "mira" antes de actuar. Desde esta perspectiva, se trataría de aquellos grupos que sirven de referencia a los actores sociales para orientar su conducta. La característica más propia de esta teoría consiste en que el actor orienta su conducta de acuerdo con aquellos grupos a los que no pertenece. En palabras simples, se trataría de aquellos grupos a los que al actor le gustaría pertenecer, de modo que intenta conducirse como lo hacen sus verdaderos integrantes.

Sin embargo, la insuficiencia de este planteamiento resulta evidente. Principalmente porque se desvía de la observación social para caer en una observación psicologizante que intenta explicar el comportamiento de los partícipes de la vida social a partir de las motivaciones de su fuero interno[15].

En la línea contraria podría situarse el planteamiento que, sin negar que los roles emanan de la (operación de la) sociedad, se pregunta por el modo en que la sociedad los produce. Desde esta perspectiva pueden obtenerse razonables rendimientos cuando se propone la observación de lo social a partir de sistemas sociales. Naturalmente no es posible detenernos detalladamente en una tipología de los sistemas sociales, pero es posible que sea suficiente distinguir sistemas de interacción, sistemas de organización y sociedades[16], e ilustrarlo con algunos ejemplos. Las *interacciones* son aquellos sistemas sociales que se denotan por la mera presencia humana. Dicha presencia ya es una fuente de comunicaciones que pueden observarse como un sistema social. Como ejemplo de ello puede citarse el ingreso en una panadería para comprar el pan, hacer la fila en el teatro o subirse a un autobús. De todas estas interacciones emanan roles (el rol de vendedor, el rol de usuario del transporte público, etc.). En este punto –y de estos simples ejemplos– es posible hacer notar una característica esencial de los roles sociales: *que sólo tienen vigencia en el sistema social que los ha diferen-*

---

14 Cfr. MERTON. "Aportaciones a la teoría de los grupos de referencia" y "Continuidades en la teoría de los grupos de referencia y la estructura social", ambos recogidos en *Teoría y estructuras sociales*, TORNER (trad.), México, Fondo de Cultura Económica, 1964, pp. 230 a 386; ID. "The role-set, problems in sociological theory", en *British Journal of Sociology*, 8, 1957, pp. 106 a 120.

15 Más que una perspectiva propiamente sociológica, la teoría de los grupos de referencia ha sido orientada por MERTON socio-psicologicamente. Cfr., en este sentido, DAHRENDORF. *Homo sociologicus*, cit., p. 86. Desde esta perspectiva, al igual que respecto de POPITZ (supra nota 13), esta teoría confunde los planos de los sistemas psíquicos y de los sistemas sociales.

16 Cfr. sobre todo esto, abundantemente, LUHMANN. *Soziologische Aufklärung*, 2, 2.ª ed., Opladen, 1982, p. 10; ID. *Soziale Systeme*, cit., pp. 551 y ss.

ciado (o validado). Mientras dicho sistema se encuentre en operación podremos apreciar un rol; una vez que el sistema se haya extinguido, el rol morirá con él (salvo que sea validado por otro sistema)[17].

Respecto de las *organizaciones* el asunto es todavía más sencillo. Si las interacciones se denotan por la mera presencia y duran cuanto dura esa presencia, no es muy difícil concluir que su existencia es precaria[18]. Es por ello que sobre la base de interacciones no es posible sobrellevar la complejidad de la sociedad (y no sólo de la moderna). En virtud de esta necesidad se diferencian sistemas sociales en que la presencia es reemplazada por la *afiliación* y por ello gozan de una mayor grado de permanencia. Aquí es muy fácil apreciar el surgimiento de roles: el rol de consejero delegado, de socio de un club de fútbol, de alumno, etc. Todas las organizaciones pueden entenderse como un complejo entramado de roles.

El problema de las sociedades como sistema es un poco más complejo y no será posible ahondar en él. Baste tener presente que la sociedad, en el plano comunicativo desde el que se observa el fenómeno social, es el cúmulo de todas las comunicaciones sociales[19]. De este modo la sociedad incorpora en su operación las comunicaciones emanadas de los sistemas sociales menores ("interacciones" y "organizaciones"). Sólo desde esta perspectiva puede entenderse que la sociedad sea un sistema social que permite la operación del resto: es un reductor de complejidad sin el cual la contingencia que deberían afrontar los otros sistemas sociales sería inabarcable[20].

Sin embargo –y subrepticiamente–, hemos deslizado una afirmación que resultará clave cuando intentemos encontrar una ubicación operativa de los roles en el sistema jurídico-penal. Hemos dicho que los roles no sólo se *diferencian* por parte de los sistemas sociales, sino que también se *validan*. Esto quiere decir que es posible que un rol emanado de un sistema social sea validado por otro y se reconozca en la operación de ese otro sistema. Un ejemplo algo burdo: que el

---

17 En cualquier caso, y aunque no es posible entrar aquí en la discusión, la capacidad de las interacciones para generar roles ha sido fuertemente discutida. Cfr., en este sentido, JOAS. *Die gegenwärtige Lage der soziologischen Rollentheorie*, p. 34, especialmente planteándolo como un reparo a la teoría parsoniana. Sobre la demostración de la capacidad de generar roles por parte de las interacciones nos hemos detenido detalladamente en nuestro trabajo, *Rol social y sistema de imputación. Consideraciones acerca de la incorporación de estructuras sociales en la operación del sistema jurídico-penal*, tesis doctoral, Pamplona, 2002, §§ 82 y ss.

18 LUHMANN. *Soziologische Aufklärung, 2*, cit., p. 33.

19 Cfr. LUHMANN. *Soziale Systeme*, cit., pp. 249 y 535.

20 Cfr. LUHMANN. *Rechtssoziologie*, cit., p. 133.

presidente del Gobierno concurra a una panadería no implica que en ella se le dará el trato de "Presidente del Gobierno" aun cuando todos los concurrentes tengan muy claro y presente que lo es. Mientras el sistema no actualice y reconozca como válido ese rol, el señor Presidente deberá hacer la fila como cualquier ciudadano y no será acreedor de ningún trato preferente. En otras palabras, mientras nadie diga: "déjale pasar, es el Presidente" y alguien lo deje pasar, el rol de Presidente ha quedado completamente fuera de la interacción.

III. EL ROL EN EL SISTEMA JURÍDICO-PENAL: LA DETERMINACIÓN DE LO PROHIBIDO

Con estos antecedentes ya podemos distinguir los dos ámbitos en que debe considerarse el rol. Por una parte, el recurso al rol resulta útil para la determinación de la conducta prohibida (o la permitida, según se mire). En este ámbito, lo único relevante es su faz externa, eminentemente social. Por otra parte, también es preciso reconocer una dimensión interna, que atiende a la desviación de la conducta del individuo respecto del rol que le toca desempeñar. Esta desviación puede recibir el tratamiento tanto de *explicación de la defraudación* (p. ej., por una deficiente socialización, por un error) como el *enlace de un modo de reacción* (sanción).

Respecto de la dimensión externa –la única que aquí nos interesa–, *la determinación de la conducta prohibida mediante el rol consiste en un baremo objetivo construido socialmente*[21]. Del mismo modo, el sistema de imputación genera una serie de estructuras para la explicación de la defraudación, en la que se considera la relación subjetiva del rol y el individuo que debe desempeñarlo, pero ello siempre según las necesidades del sistema. *Es el propio sistema el que, al momento de explicar la defraudación, determina qué explicaciones le resultan válidas (declarando qué defraudaciones no son capaces de violentar la norma: error de prohibición invencible, trastorno mental) y cuáles no (enlazando un tratamiento de reestabilización de la norma).*

Naturalmente, este proceso no se produce de un modo regular, mediante la simple aplicación de las normas positivas, sino que es producto de la propia operación del sistema. Para el sistema lo único que existe es su función, y dicha función es la que orienta su operación en todo momento. Por decirlo de algún modo, todo sistema "hipostatiza" su función y observa toda la realidad a partir de ella. Solo de este modo es posible la continua adaptación de las fronteras del

---

21 Cfr. JAKOBS. *Imputación jurídico-penal*, p. 50.

sistema a las necesidades funcionales que debe satisfacer y al momento histórico en que debe satisfacerlas[22].

A. DELITOS DE INFRACCIÓN DE DEBER, DELITOS DE ORGANIZACIÓN Y ROL SOCIAL

1. FUNDAMENTOS DE LA DISTINCIÓN

Se entiende por responsabilidad por organización aquella responsabilidad emanada de la atribución de un ámbito de organización ajeno y por medio de la que se violenta el principio básico de la convivencia humana: "no dañar al otro"[23]. Hemos afirmado que la conducta humana se orienta mediante una serie de expectativas, por ejemplo, de determinados "hechos de la naturaleza" (mojarse cuando llueve, caer luego de saltar, etc.). Estas orientaciones según los hechos de la naturaleza, sin embargo, sólo atañen a un segmento de *lo que puede acaecer*. Es por ello que, además, es preciso tener presente, a la hora de estructurar nuestro comportamiento, expectativas dirigidas al resto de los partícipes de la vida en común (no ser lesionado por la calle, no intoxicarnos al ingerir un alimento, etc.). Nuestra conducta se configura, entonces, según lo que esperamos de la naturaleza y según lo que esperamos de los otros. Ellos, a su vez, también configuran su conducta según lo que esperan de los otros y de este modo, mediante la formación de expectativas de expectativas (y así sucesivamente), se reduce la complejidad social. Sólo mediante esta reducción se permite que, cuando menos de algunas cosas, creamos estar seguros.

---

22 Cfr. JAKOBS. *Derecho penal, PG*, 1/1-3; DAHRENDORF. *Homo sociologicus*, cit., p. 69. Un ejemplo muy ilustrativo puede encontrarse en aquellas sociedades que padecen de una carencia institucionalizada de alimentos. Aun cuando en ellas el ordenamiento jurídico contemple un estado de necesidad exculpante, la operación del sistema negará la relevancia de dicha explicación de la defraudación. Si el sistema aceptara dicha explicación de la defraudación, la cantidad de casos que quedarían exculpados sería lo suficientemente considerable como para que el sistema jurídico dejara de cumplir su función de garantizar la estabilidad normativa. Estas expresiones, con todo, resultan extremadamente ambiguas. De hecho, no se dejaría de garantizar la estabilidad normativa, sino que se produciría una variación de la propia normatividad social. Si se aceptara una explicación de la defraudación como esa (dándole el carácter de cognición), se insertaría en el rol de cada partícipe el "robar para comer" como expectativa. Todos esperarían que se robase para comer y estructurarían su comportamiento sobre esta base. En este sentido, habría una desestabilización normativa temporal, mientras el proceso de institucionalización de las nuevas expectativas no produjera una (re)estructuración de conductas coherente.

23 Sobre este principio ya se pronunciaba PLATÓN en *La República*, 335d, en que, luego de una conversación con POLEMARCO y CÉFALO, SÓCRATES concluye que es propio del justo no hacer daño a nadie (según ed. de PABÓN y FERNÁNDEZ, Madrid, Galiano, 1949, t. I).

En el actual grado de complejidad social es preciso que se formen estas estructuras de expectativas para poder enfrentar el enorme caudal de posibilidades que se encuentran al acecho. Estas estructuras tienden un velo que oculta muchas de esas posibilidades (sin hacerlas desaparecer). Si a cada momento hubiera que considerar la enorme cantidad de posibilidades de conducta que tiene *Alter*, sería imposible para *Ego* siquiera moverse, pues muchas de las posibilidades consideradas implicarían que *Alter* ocupara el lugar al que *Ego* pretende moverse. En palabras simples, si comenzásemos a preguntarnos cada mañana por los controles de calidad y los ingredientes que componen cada uno de los alimentos que tomamos al desayunar, acerca de su conservación en el supermercado, la temperatura de nuestro frigorífico o la humedad de la alacena en la que han estado durante la noche, se nos pasaría el día sin que siquiera alcanzásemos a preparar el café. Por el contrario, para poder vivir es preciso contar con que "los otros", el resto de los partícipes de la vida en comunidad, se comportarán de un modo razonablemente esperado[24] (cumpliendo los controles de calidad, verificando la composición de los ingredientes, manteniendo los frigoríficos del supermercado a la temperatura adecuada, etc.). Esto implica, para seguir con el ejemplo, que cada mañana al levantarnos hacemos un exagerado alarde de confianza en "el otro"[25].

La función social del derecho penal es mantener estables esas expectativas (aunque obviamente no todas) de modo de permitir una adecuada interacción social. Esta función se comprende cuando se reconoce que la existencia de estructuras de expectativas no hace desaparecer las "otras" posibilidades, sino que simplemente las oculta. Si esas otras posibilidades se encuentran al acecho, quiere decir que en cualquier momento pueden aparecer y contradecir la estructuración realizada: en tal caso se dice que la expectativa ha sido defraudada.

Algunas de esas expectativas, por su relevancia en el ámbito social, requieren de un mecanismo de control especializado, diferenciado de otros medios de control. El derecho penal es uno de esos medios[26]. Una parcela diferenciada del sistema jurídico como sistema autopoiético mediante el cual se corrige la perturbación producida por la defraudación de algunas expectativas. Yendo algo más atrás: del cúmulo de expectativas sociales sólo un número reducido está cubierto por la protección del sistema jurídico[27]. De esas expectativas normati-

---

24 Cfr. LUHMANN. *Vertrauen, ein Mechanismus der Reduktion del Komplexität*, 2.ª ed., Stuttgart, Enke, 1973, pássim.; JAKOBS. *Derecho penal, PG*, 1/4; SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES. *Intervención omisiva, posición de garante y prohibición de sobrevaloración del aporte*, p. 195.

25 O –en otros términos– ¡en que el otro ha cumplido bien su rol!

26 Cfr. REYES ALVARADO. "Fundamentos teóricos de la imputación objetiva", en *ADPCP* 45, 1992, pp. 944 y ss.

27 Cfr. LUHMANN. *Normen in soziologischer Perspektive*, p. 47, y SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES. *Intervención omisiva, posición de garante y prohibición de sobrevaloración del aporte*, cit., p. 199.

vas sólo algunas gozan de la protección (estabilización contrafáctica) del sistema jurídico-penal; en palabras simples, si bien toda expectativa jurídico-penalmente protegida es normativa, no toda expectativa normativa estará jurídico-penalmente protegida[28].

Luego, y como ya hemos afirmado, el cúmulo de expectativas dirigidas a un individuo constituye su rol. Algunas de esas expectativas, por su relevancia social, se encuentran protegidas por el sistema jurídico-penal, de modo que, en caso de verse defraudadas, se han diferenciado especiales medidas para remediar la irritación producida. Cuando un individuo defrauda las expectativas que forman parte de su rol, se dice que contraviene su rol. Esto no quiere decir que en ese momento se produzca una reacción del sistema jurídico-penal, pues también se defraudan expectativas cuando se nos trae un café frío o cuando se retrasa un autobús. Es preciso, por tanto, atender a las expectativas a las que se refiere la defraudación, o, lo que es lo mismo, es preciso atender al preciso rol que se está desempeñando.

2. RESPONSABILIDAD POR ORGANIZACIÓN COMO DEFRAUDACIÓN DEL ROL DE "PERSONA"

No es difícil suponer que un individuo puede desempeñar una gran cantidad de roles[29] y que dichos roles emanan de los sistemas sociales en los que se participa. Sin embargo, existe un rol social que enlaza a todos los demás roles, que les sirve de sustento y que los informa: el rol de *persona*[30]. En el plano de las fuentes, resulta extremadamente difícil distinguir de dónde emanan unos y otros roles. Afirmar que emanan de los sistemas sociales en los que se participa resulta muy útil respecto de los roles específicos que desempeña una persona (gerente, socio de un club deportivo, miembro de un partido político, etc.), pero no ayuda mucho a determinar de dónde se obtiene esa construcción normativa que es el propio concepto de *persona*. En cualquier caso, cada sistema social volverá según su propia operación sobre el concepto de persona delimitándolo según sus propias normas. En un ejemplo simple: lo que se exige a una *persona* para no defraudar una determinada expectativa en el sistema del

---

28 Ídem.

29 Esto ya lo había puesto de manifiesto PARSONS al hacer notar el funcionamiento de la sociedad a partir de (sub)sistemas sociales. Cfr. PARSONS. "Psychology and sociology", en GILLIN (dir.). *For a science of social man*, New York, 1954, pp. 70 y ss.

30 No es posible ahodar aquí en los tremendos problemas que se esconden tras la afirmación de la "persona" como un "rol". Nos vemos forzados a remitirnos a lo señalado en nuestra tesis doctoral, ***Rol social y sistema de imputación***, cit., §§ 139 y ss., en que el problema ha sido abordado en forma detallada.

derecho penal puede diferir de lo que le exigiría en idéntico caso el sistema de la moral; concretando: dejar pasar arrastrado por la corriente a un niño que se ahoga y al que se podría salvar sin mayores esfuerzos y riesgos constituye una simple omisión del deber de socorro para el sistema del derecho penal; por el contrario, para el sistema de la moral puede constituir, además de ser reprensible, un acto deleznable. En ninguno de estos casos se está recurriendo a un rol especial, diferente del rol básico de *persona*, y las conclusiones a las que se llega son completamente diferentes[31].

Es por ello que la diferenciación del rol de persona, en las sociedades en que se reconoce la libertad, si bien muy difícil de precisar en términos positivos, puede caracterizarse por una expectativa básica que se le dirige en términos negativos: "ejerce tu libertad sin dañar a otros"[32]. Este principio fue reconocido ya en el derecho romano y rubricado como *neminem laedere*[33].

La conclusión de que es preciso evitar dañar a otros al ejercer la libertad no se explica como un logro evolutivo autónomo. La propia libertad es el logro evolutivo (o, en rigor, su reconocimiento), mientras que la prohibición de dañar con su ejercicio es requisito de existencia de dicha libertad. En otros términos, no ocurre que primero se haya llegado al reconocimiento de la libertad y luego se haya diferenciado una prohibición de dañar; ambas forman parte de un mismo sinalagma: no existe libertad sin responsabilidad[34].

Con la diferenciación de esta estructura (el rol de persona) se hace frente a lo que se conoce como la doble contingencia[35]. Es preciso poder ver una perso-

---

31 A esto es a lo que la TGS ha denominado "clausura operativa de los sistemas autopoiéticos". Respecto de dicha clausura en el sistema jurídico, cfr. LUHMANN. *The unity of the legal system*, p. 20; ID. *Das Recht der Gesellschaft*, cit., pp. 77 y 78, y *The self-reproduction of law and its limits*, p. 113.

32 En palabras del propio FEUERBACH. *Anti-Hobbes*, p. 13: "el uso de la libertad de un ser racional no debe contradecir el uso de la libertad de todos los demás seres racionales" (cit. por SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES. *Pflichdelikt und Beteiligung. Zugleich ein Beitrag der Einheitigkeit der Zurechnung von Tun und Unterlassen*, Berlin, 1999, p. 68). Cfr. JAKOBS. *Ingerencia y dominio del hecho*, pp. 14 y ss.; ID. *La competencia por organización en el delito de omisión*, p. 347; ID. *Derecho penal, PG*, 29/29 y ss.; SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES. Ob. cit., pp. 67 y ss.; ÍD. *Intervención omisiva, posición de garante y prohibición de sobrevaloración del aporte*, cit., p. 206. Cfr., además, las raíces griegas mencionadas en la nota 23 supra.

33 Este principio ya aparece –en su formulación jurídica– en CICERÓN. *de Oficiis I*, 7 y 28. Del mismo modo, a esto es a lo que FEUERBACH. *Lehrbuch des gemeinem Deutschen gültigen peinlichen Rechts*, § 24, se refirió como "la obligación originaria [que consiste] sólo en abstenerse". Cfr. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES. Ob. cit., pp. 67 y ss., con ulteriores referencias a PUFENDORF, KANT y SCHOPENHAUER.

34 Cfr., por todos, JAKOBS. "La imputación penal de la acción y de la omisión", en *ADPCP*, 44, 1996, p. 850, con ulteriores referencias a MERKEL y GLASER en n.° 49; ID. *Derecho penal, PG*, 28/13 y ss.

35 Se entiende por complejidad la totalidad de acontecimientos posibles. Cfr. LUHMANN. *Soziologische Aufklärung, 2*, cit., p. 115. Luego, existe complejidad cuando existe una serie de sucesos susceptibles de acaecer o no o, en otros términos, un observador se encuentra frente a un entorno complejo cuando el curso de sucesos posteriores a la observación no es necesario, sino meramente posible. Cfr., en este

na en cada individuo, al portador de un rol que administra su ámbito de organización según estándares generalizados y razonablemente esperados[36]. Sólo entonces es posible estructurar la propia conducta, cuando se sabe que la desviación por parte del *Alter* de esos estándares lo conducirá a la responsabilidad[37] y se espera ("presume") de ello algún tipo de motivación.

Desde esta perspectiva ya se pueden trazar algunas diferenciaciones. Por una parte, existen deberes generales, es decir, emanados del rol más básico que existe en la vida en sociedad: el rol de persona; y deberes emanados de otros roles especiales. A los deberes emanados de esos roles especiales, en cuanto relevantes para el sistema jurídico-penal, se puede llamar posiciones de garantía.

Luego, las defraudaciones a este rol general se verifican por la transgresión de ese "no dañar al otro". No se requiere de la presencia de roles especiales, es decir, no es preciso que existan expectativas especiales dirigidas al individuo ubicado en una determinada posición social[38].

Respecto de este tipo de responsabilidad (por organización), puede afirmarse que la expectativa defraudada (al dañar), es siempre la misma: alguien esperaba "no ser dañado", y sin embargo lo ha sido. No es posible distinguir si se trata de una expectativa de acción o de omisión, sino que simplemente se puede distinguir si la defraudación de la expectativa se ha verificado por acción u omisión[39]. Luego, la institución negativa *neminem laedere* puede verse de-

---

sentido, MORIN. *Complexity*, p. 571. Dicha contingencia se convierte en "doble contingencia" cuando los sistemas hacen depender sus selecciones considerando que existen otros sistemas también contingentes. Cfr. LUHMANN. Ob. cit., p. 171. En otros términos, esto sucede cuando un sistema, para hacer algo (elegir entre una serie de posibilidades), tiene en cuenta que existen una serie de otros sistemas que también pueden hacer algo (elegir entre distintas posibilidades). En un ejemplo simple: la doble contingencia puede apreciarse en el tráfico rodado cuando el conductor, antes de virar, considera las posibilidades de actuación que tiene el vehículo que lo antecede.

36 Cfr., por todos, JAKOBS. *Derecho penal, PG*, 1/8; SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES. *Pflichtdelikt und Beteiligung*, cit., pp. 57 y ss.

37 Cfr. JAKOBS. *La imputación penal de la acción y de la omisión*, cit., p. 861.

38 Esto, sin embargo, debe afirmarse con cautela, pues el daño al *Alter* no siempre se da en la situación de anonimato que caracteriza las interacciones cotidianas, sino que muchas veces aparece en el curso de la ejecución de una conducta (dis)conforme a un determinado rol. Es evidente que el médico negligente también *daña a otro* y que el funcionario que comete una malversación también. Ya tendremos oportunidad de distinguir con mayor precisión (aunque con bastante menos vehemencia de lo que habitualmente se postula) estas dos situaciones.

39 Cfr. JAKOBS. *La imputación penal de la acción y de la omisión*, cit., p. 861 y SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES. *Pflichtdelikt und Beteiligung*, cit., pp. 61 y 62. La tendencia ancestral de considerar al delito de acción como el paradigma de la conducta delictiva (relegando a la omisión al nivel de *pariente bastardo*) sufre un tremendo revés, puesto que la formulación sobre la base de expectativas de conducta hace afirmar que todas las acciones puedan reformularse como omisiones. En todas ellas ***no se hizo lo que se debía***. Cfr., además, JAKOBS. *Derecho penal, PG*, 28/2; SILVA SÁNCHEZ. *El delito de omisión. Concepto y sistema*, pássim,

fraudada tanto mediante acciones como mediante omisiones[40]. Esto es coherente con la afirmación de que acciones y omisiones forman parte del entorno del sistema jurídico: para el sistema jurídico lo relevante es la defraudación del deber de "no dañar", sólo a él se remite a través de su código binario propio; que la defraudación se produzca mediante una acción o una omisión solo es un asunto del entorno[41].

3. LA RESPONSABILIDAD INSTITUCIONAL COMO DEFRAUDACIÓN DE UN ROL ESPECIAL

Los mismo principios rigen para aquellas defraudaciones que se refieren a los roles especiales, si bien es preciso matizar algunos puntos. En la responsabilidad por la defraudación de las expectativas del rol especial es preciso tener presente que el hecho de que un individuo desempeñe un gran número de roles no implica que haya de desempeñarlos (todos) todo el tiempo. La conducta conforme o disconforme a las expectativas del rol ha de juzgarse conforme al rol que actualmente se está (o se debe estar) desempeñando[42]. Sólo así cobra relevancia para dicha responsabilidad el hecho de que los acontecimientos tengan lugar cuando el policía no está de servicio, el médico está de vacaciones, o el salvavidas ya ha terminado su jornada de trabajo. Los roles no operan, en este sentido, como un cúmulo de expectativas indelebles que deban asociarse, en términos de responsabilidad, a un determinado individuo[43].

---

y especialmente pp. 359 y ss.; cfr., además, ID. "Aspectos de la comisión por omisión: fundamento y formas de intervención. El ejemplo del funcionario penitenciario", en *CPC*, 38, 1989, p. 377, nota 42, quien ha hablado de "identidad estructural" entre la comisión activa y la comisión por omisión, equiparando, correctamente, el caso de quien provoca la avenida de un río sobre un pueblo y el de quien, debiendo cerrar las compuertas al producirse las crecidas, no lo hace, dando lugar a la avenida.

40 Si bien el principio *neminem laedere* puede encontrarse ampliamente extendido en los desarrollos de la filosofía del derecho, la conclusión de que su vulneración puede verificarse tanto mediante acciones como omisiones es relativamente escasa. Sobre esto (¡fundamental!), SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES. Ob. cit., pp. 67 y ss.

41 En la misma línea ibíd., p. 73. El punto de partida, ya desde HEGEL, se ha expresado al reconocer que existen mandatos que fundamentan su contenido último en una prohibición. Cfr. HEGEL. *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, § 38 (cit. según las *Sämtliche Werke. Neue kritische Ausgabe*, Hamburg, Hoffmeister, 1955, t. XII, p. 53). Luego el "no dañar" puede ser el fundamento de acciones u omisiones. Cfr. JAKOBS. *La imputación penal de la acción y la omisión*, cit., p. 849. En un ejemplo, si una persona se dirige contra un jarrón de gran valor que puede verse dañado, el imperativo emanado del "no dañar" rezará: "deténgase" (*deje* de moverse). Por el contrario, si la persona ya está, por infortunio, *ad portas* de caer sobre el jarrón, del mismo "no dañar" emanará el imperativo "sosténgase" (*muévase*).

42 En el mismo sentido, SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES. *Intervención omisiva, posición de garante y prohibición de sobrevaloración del aporte*, cit., pp. 203 y 204.

43 Hacen excepción a este principio los roles emanados de la estructura familiar, y ello corresponde a una

Sin embargo, en este punto puede trazarse una diferencia con el rol de enlace o rol básico al que hemos hecho mención: el rol de persona. A diferencia de los roles especiales que un individuo puede desempeñar, las expectativas del rol de persona sí parecen constituir un cúmulo de expectativas, si no completamente indeleble, sí mucho más fijo en el individuo que ningún otro. Hay que tener presente que no hay una desvinculación entre el desempeño de un rol especial (como el de médico, chofer, guardia jurado, etc.) y el de persona.

Con estos antecedentes puede comprenderse que JAKOBS haya sostenido que la distinción materialmente más significativa "no es, pues, la que separa comisión y omisión, sino la que atiende al fundamento de la responsabilidad: entre responsabilidad en virtud de incumbencia por la organización y responsabilidad en virtud de incumbencia institucional"[44]. Mientras la primera se funda en el sinalagma básico de responsabilidad por la libertad, es decir, por la organización del propio ámbito de movimiento de un modo inocuo para los demás, la segunda se funda en especiales relaciones reconocidas por la sociedad. Estas especiales relaciones (como las paterno-filiales o las que presentan determinados funcionarios estatales respecto de los ciudadanos), suponen la existencia de determinadas instituciones a las que la sociedad ha decidido otorgar una especial protección. De este modo, se "recorta" el ámbito de organización de aquellos que se encuentran en posiciones relacionadas con dichas instituciones, cargándolos directamente con el deber de protección.

Esto significa que comprometida la incumbencia institucional, es decir, cuando la estructuración social ha determinado que determinadas posiciones no quedan simplemente sujetas al ámbito del "no dañar en el ejercicio de la libertad propia", sino que las expectativas propias del rol exigen un deber directo de protección sobre determinada relación, nos encontramos frente a la responsabilidad institucional[45].

---

conformación evolutiva de la sociedad (que sólo se puede explicar a partir de ella). Este principio se encarna en el dicho "los padres no tienen vacaciones".

44 JAKOBS. *Derecho penal, PG*, 28/16. Además, *ahí mismo*, 7/71; ID. *La competencia por organización en el delito omisivo*, pp. 362 y ss. El primero en formular esta categoría fue ROXIN, en su conocida obra *Täterschaft und Tätherrschaft*, Gottingen, 1963, pp. 352 y ss. En ediciones posteriores (5.ª ed., Berlin y New York, 1990), pp. 651 y ss., se ha acercado, en los detalles, a la distinción de JAKOBS entre responsabilidad en virtud de organización y responsabilidad en virtud de una relación institucional.

45 Obviamente se puede admitir una cierta equivocidad en el lenguaje, toda vez que el reconocmiento social de la libertad o, más específicamente, el propio sinalagma libertad/responsabilidad es también una institución.

B. ROL SOCIAL E IMPUTACIÓN OBJETIVA

La incorporación del rol como estructura del sistema jurídico-penal, si bien sólo marginalmente se desarrolla en estos términos[46], puede reconocerse en un sinnúmero de soluciones de casos problemáticos en que la aplicación de las reglas de imputación objetiva conducen a la negación de responsabilidad por falta de "competencia del autor". Naturalmente los más claros ejemplos –o al menos los más tratados– pueden encontrarse en el ámbito de la determinación de una posición de garante[47]. Sin embargo, en lo que se refiere a la imputación objetiva, muchos casos en que se aplican estructuras como la llamada "prohibición de regreso", el "principio de confianza" o, sobre todo, del "riesgo permitido", terminan preguntándose por las prescripciones del rol[48]. En este sentido, la estructura del rol social puede entenderse como una constante que informa todas las instituciones de la imputación objetiva[49]. Su utilización, de esta forma, puede contribuir a mitigar los efectos que ha producido el tratamiento de la teoría de la imputación objetiva como una tópica[50]. En efecto, si existe una crítica frecuente a la teoría de la imputación objetiva –tanto por parte de sus detractores[51] como por parte de sus más acérrimos defensores– es la de su

---

46 Muy destacable en este sentido el trabajo de WOLFF-RESKE. *Berufsbedingtes Verhalten als Problem mittelbarer Erfolgsverursachung. Ein Beitrag zu den Grenzen der Beihilestrafbarkeit*, Baden-Baden, 1995, pássim, y especialmente pp. 129 y ss., intentando la concreción de los criterios de imputación mediante el concepto del rol.

47 En este ámbito, ibíd., pp. 133 y ss., agrega la autoría y participación y el estado de necesidad exculpante. Más escéptico, especialmente por la abstracción del concepto –y aunque más específicamente para la participación necesaria–, SOWADA. *Die "notwendige Teilnahme" als funktionales Privilegierungsmodell im Strafrecht*, Berlin, 1992, pp. 145 a 148. Respecto de las posiciones de garante, cfr. BRAMMSEN. *Die Entstehungs-voraussetzungen der Garantenpflichten*, Berlin, 1986, pp. 115 y ss.

48 En cualquier caso, y siguiendo aquí expresamente a JAKOBS, *La imputación objetiva, especialmente en el ámbito de las instituciones jurídico penales del "riesgo permitido", la "prohibición de egreso" y el "principio de confianza"*, pp. 211 y ss., esta distinción no es del todo exacta, pues la imputación objetiva (y con ella el "riesgo permitido", la "prohibición de regreso" y el "principio de confianza") no es sino una forma de determinar las posiciones de garante.

49 En idéntico sentido, LESCH. *Das Problem der sukzessiven Beihilfe*, Frankfurt y otras, 1992, pp. 281 y 282.

50 Cfr. al respecto, por todos, SILVA SÁNCHEZ. "Sobre la relevancia de la no-inmediatez en la producción del resultado", en *Estudios de derecho penal en memoria del Prof. Fernández Albor*, Santiago de Compostela, 1989, p. 677; y CANCIO MELIÁ. *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*, Mendoza, 2001, pp. 23 y ss.

51 Entre otros KAUFMANN. "'Objektive Zurechnung' beim Vorsatzdelikt?", en *FS für Jescheck*, Berlin, 1985, pp. 251 y ss.; STRUENSEE. "Der subjektive Tatbestand des Fahrlässigen Delikts", en *JZ*, 1987; ID. "Objektive Zurechnung und Fahrlässigkeit", en *GA*, 1987; HIRSCH, en *FS der Rechtswissenschaftlichen Fakultät zur 600 – JAHR – Feier der Universität zu Köln*, pp. 403 y ss.; STRUENSEE y HIRSCH. "Zur Lehre von der objektiven Zurechnung", en *FS für Lenckner*, München, 1998, pp. 119 y ss.; KÜPPER. *Grenzen*

carencia de sistematización. A esta carencia, a su vez, es a la que se atribuye la imposibilidad de otorgarle actualmente un tratamiento unitario que vaya más allá de una serie de criterios inconexos de imputación[52].

Todo esto, sin embargo, no debe llevar a renunciar a la búsqueda de un hilo conductor que atraviese todas las estructuras que componen la teoría de la imputación objetiva. Y la estructura del "rol social" puede aportar algunas luces respecto de dónde ha de buscarse ese denominador común. De hecho, si intuitivamente se buscase un concepto cuyo trasfondo aparezca en todos los problemas que se discuten bajo el rótulo de "imputación objetiva"[53], probablemente este sería el concepto de "competencia": y la relación entre competencia y el concepto de rol social resulta fácilmente visible.

Luego, la pregunta acerca de los diferentes "roles" con los que se interactúa en la vida social emana de la necesidad de determinar cuándo nos encontramos frente a una conducta que produce perturbación social[54]. En términos prácticos, por una parte, la estructuración social permite afirmar que hay determinadas funciones que corresponden a algunos y no a otros, de modo que –por ejemplo– el desempeño de tales funciones por quienes no detentan las características exigidas se estima perturbador[55]. En este sentido, si la función de mantener el orden en un momento de agitación social corresponde –incluso por medio de la fuerza– a determinados organismos de seguridad estatales, por

---

cit., pp. 90 y ss.; KORIATH. *Grundlagen strafrechtlicher Zurechnung*, Berlin, 1994, pp. 534 a 536. En España, recientemente, RUEDA MARTÍN. *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción. (Una investigación, a la vez, sobre los límites ontológicos de las valoraciones jurídico-penales en el ámbito de lo injusto)*, Barcelona, 2001, pássim.

52 En este sentido, resultan muy ilustradoras las expresiones a veces utilizadas para referirse a ella; GIMBERNAT ORDEIG. *¿Qué es la imputación objetiva?*, p. 213: un fantasma que vaga por los tipos; STRUENSEE. *Objektive Zurechnung und Fahrlässigkeit*, p. 97: un remolino que atrae violentamente y ahoga en sí todo el tipo objetivo; FRISCH. *Tatbestandmässiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, p. 8: una supercategoría dogmática heterogénea de "cuestiones de tipo sin resolver"; y un largo etcétera que ha llegado a hablar de "conceptos gaseosos" y "fórmulas mágicas". Cfr., con ulteriores referencias, CANCIO MELIÁ. *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*, p. 29, nota 14. Contrario a las críticas de falta de unidad, REYES ALVARADO. *Imputación objetiva*, p. 99, nota 39.

53 En rigor, de "imputación objetiva de comportamiento" en el sentido de JAKOBS. *La imputación objetiva en derecho penal*, pp. 89 y ss.; ID. *Derecho penal, PG*, 7/1 y ss.; o "teoría de la conducta típica", en el sentido de FRISCH. *Tatbestandmässiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, pássim; ID. *Tipo penal e imputación objetiva*, CANCIO MELIÁ, DE LA GÁNDARA VALLEJO, JAÉN VALLEJO y REYES ALVARADO (trads.), Madrid, 1995, pássim; ID. *La imputación objetiva: estado de la cuestión*, pp. 45 y ss. y 59 y ss.

54 En este sentido, JAKOBS. *La imputación objetiva en derecho penal*, cit., p. 11: "Averiguar y establecer lo que significa un determinado comportamiento desde el punto de vista social constituye el objeto de la teoría de la imputación objetiva". La vinculación con el rol se hace aquí palmaria.

55 En un ejemplo que no necesita mayor desarrollo, esto puede verse paradigmáticamente en el caso del delito de "intrusismo".

mucha que sea la necesidad de mantener el orden, no está permitido que ciudadanos civiles ejerzan dicha función. Por la otra, que aquellos a quienes corresponde dicha función no la desempeñen, la desempeñen defectuosamente o directamente la contradigan resulta igualmente perturbador. Luego hemos de volver a la idea de rol como un haz de expectativas dirigidas a quienes se encuentran en una determinada posición. La determinación de dichas posiciones, así como de las expectativas que a ellos se dirigen, son la clave para determinar cuándo se han defraudado esas expectativas sociales, de manera de afirmar la existencia de una perturbación social.

El derecho, si se concibe como una parte de la sociedad en funcionamiento, es evidente que debe hacer suya esa estructuración social y adscribir a quienes ocupan determinadas posiciones en el contexto de interacción, determinados cometidos. Desde esta perspectiva se aseguran ciertos estándares que han de ser cumplidos y, por otro lado, se hace pender la afirmación de las defraudaciones relevantes de dichos estándares[56]. Toda otra defraudación, por relevante que sea en otros ámbitos, no presenta repercusiones en la sociedad, sino que sólo puede observarse en el nivel individual. Asimismo, los límites de dichos estándares funcionan como límites de la responsabilidad. Quien se mantiene dentro de ellos no responde del curso lesivo que desencadene, aun en el caso que bien pudiese evitarlo[57].

En suma: la evolución social se caracteriza por la especialización de las funciones que han de desarrollar aquellos que forman parte del mundo en común. Con el proceso de diferenciación funcional de la sociedad, posterior a la diferenciación estratificada, ya ha habido una importante reducción de complejidad. La complejidad se ha reducido porque ya se sabe que no todo se puede esperar de todos (como en el caso de la llamada "situación originaria"[58]), sino que sólo algunas cosas competen a algunos. Cuando este principio, alguna vez citado en forma negativa como "no todo es asunto de todos" (*nicht jedes alles*

---

56 Cfr. JAKOBS. *La imputación objetiva en derecho penal*, cit., pp. 96 y ss.

57 Ibíd., pp. 102.

58 Para comprender la hipotética situación originaria es preciso imaginar el encuentro entre dos individuos, en un momento anterior a la formación del sistema social: es la primera vez que *Ego* se encuentra con *Alter* y viceversa. En ese estadio la complejidad es absoluta. Ninguno de los dos sabe qué puede esperar del otro, todo es posible. Ambos quedarán paralizados ante ese "no puedo esperar nada, porque puedo esperarlo todo", cualquier cosa puede suceder. A este ejemplo LUHMANN. *Soziale Systeme*, p. 217, denominará "punto cero de evolución" (social) (*Nullpunkt der Evolution*). Cfr., además, GARCÍA AMADO. "¿Dogmática penal sistémica? Sobre la influencia de LUHMANN en la teoría penal", en *Doxa*, 2000, p. 239.

angeht)[59], se tiene a la vista, la relevancia del rol social en la maquinaria de imputación se hace evidente.

Sin embargo –y aquí hay otro efecto del que hay que cuidarse–, la conformidad de un comportamiento con las prescripciones del rol no ha de entenderse como si de una burbuja de inimputabilidad se tratara. En otros términos, el hecho de que una determinada conducta se encuentre dentro de los contornos del rol no garantiza *eo ipso* que dicha conducta no se entenderá como una perturbación. La instrumentalización del rol es posible y ella no puede quedar cubierta por el propio rol instrumentalizado (aunque queda pendiente el punto de si estamos aquí verdaderamente frente a una conducta conforme al rol). Ejemplo: el camarero que se da cuenta, mediante especiales conocimientos, que una ensalada que ha de servir contiene un moho altamente venenoso (que pasaría desapercibido a cualquiera que careciera de dichos conocimientos) no obra dentro de su rol cuando retiene el plato esperando que llegue un cliente habitual con quien ha tenido un problema un par de días antes[60]. Si bien su conducta cuando sirve el plato al cliente se ajusta en el plano externo completamente a su función de camarero, hay en realidad una instrumentalización, pues la posibilidad de retener un plato esperando a un determinado cliente sólo puede ejercerla en virtud de su rol de camarero. Aquí hay que proponer un principio que se haga cargo de la crítica del rol como una "burbuja de inimputabilidad". El derecho (y a veces deber) de desempeñar un rol no faculta al individuo llamado a desempeñarlo a usarlo de modo de violar el *neminem laedere*. No es posible "servirse" del rol para producir daños. En este sentido, es intolerable que el camarero se sirva de su especial posición para generar un peligro jurídicamente desaprobado. Casos similares podría pensarse por miles: el cartero que desvía un sobre con una carta-bomba, el dependiente que da a probar a su enemigo un agua de colonia que sabe que le generará una reacción alérgica, el

---

59 Así JAKOBS. "Regressverbot beim Erfolgsdelikt", en *ZStW*, 89, 1977, p. 30 (hemos citado aquí la versión en castellano, "La prohibición de regreso en los delitos de resultado", en *Estudios de derecho penal*, pp. 241 y ss.). Cfr. también LESCH. *Das Problem der sukzessiven Beihilfe*, p.166; WEHRLE. *Fahrlässige Beteiligung am Vorsatzdelikt - Regressverbot?*, p. 54; SCHUMANN. *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen*, Tübingen, 1986, p. 42; STRATENWERTH. "Arbeitsteilung und ärtzliche Sorgfaltspflicht", en *FS für Eb. Schmidt*, Göttingen, 1961, p. 372. Escéptico respecto de su validez general, KAUFMANN. "'Objektive Zurechnung' beim Vorsatzdelikt?", en *Jescheck-FS*, pp. 265 a 270.

60 Abundantemente sobre este ejemplo, JAKOBS. *La imputación objetiva, especialmente en el ámbito de las instituciones jurídico penales del "riesgo permitido", la "prohibición de regreso" y el "principio de confianza"*, cit., pp. 214 y ss.; ID. *Representación del autor e imputación objetiva*, pp. 225 y 239; ID. *Derecho penal, PG*, 7/50 *in fine*; ID. *La imputación objetiva en derecho penal*, cit., pp. 136 a 141;

peón encargado de la mezcla de cemento que espera que quien hace una reparación sin las medidas de seguridad adecuadas esté bajo la mezcladora para verter su contenido sobre él, etc. Lamentablemente no podemos ahondar en esto aquí.

Por último, cabe ahora sólo anunciar, postergando cualquier tipo de desarrollo[61], la forma de cristalización de los límites del rol como límites a la imputación:

1. Si alguien se comporta conforme a las prescripciones de su rol, no puede ser responsable de los enlaces delictivos que a su conducta inocua hagan terceros. Así, el carácter conjunto (en tanto dicha conjunción sea *de facto*[62]) de una conducta no puede convertir dicha conducta inocua en un quebrantamiento del rol. Llevado a cabo el comportamiento conforme al rol, se produce una desvinculación de éste con las conductas de terceros, de modo que no se puede "regresar" a dicha conducta para adscribir responsabilidad (prohibición de regreso).

2. Si lo habitual es que el comportamiento humano se dé en la interacción cotidiana (que las conductas de *Ego* se entrelacen frecuentemente con las de *Alter*) y si la sociedad ha diferenciado la "personalidad" sobre la base del sinalagma libertad-responsabilidad, no forma parte del rol el control permanente del desempeño ajeno. La conducta conforme al rol permite confiar en que los demás se comportarán de acuerdo con las prescripciones de sus propios roles (principio de confianza). Del mismo modo, dichas interacciones distribuyen el ámbito de responsabilidad entre los roles involucrados, de modo que cada uno ha de preocuparse de su esfera no sólo en términos negativos (no dañar), sino también positivos, tomando medidas para no ser dañados (existe un ámbito de responsabilidad de la víctima).

3. No existe en ningún rol el deber de eliminar todos los riesgos existentes en su esfera de interacción (si bien el volumen de riesgos a eliminar puede variar respecto de roles específicos: posiciones de garantía). La existencia de un riesgo residual es inherente a la vida en sociedad y quien no transgrede ese residuo se comporta conforme a las prescripciones de su rol (existe un riesgo permitido)[63].

---

61 El desarrollo pormenorizado de estos principios se encuentra en nuestro trabajo citado en la nota 30.

62 Si no fuera *de facto* ya estaríamos frente a una organización.

63 Sucintamente sobre esto, JAKOBS. *La imputación objetiva en derecho penal*, cit., pp. 103 y ss.

MIGUEL POLAINO-ORTS*

Vigencia de la norma: el potencial de sentido de un concepto

Decir que el derecho penal protege la vigencia de la norma es *per se* un aserto descriptivo que, ciertamente, nada aporta al conocimiento de un sistema jurídico diferenciado en el seno de una sociedad concreta. Se trata, por así decir, de una opinión valorativamente neutra, que –si se analiza de manera aislada– nada puede prejuzgar de la constitución, estructura o funcionamiento de ese sistema en el que se construye o configura. Una opinión como la aludida es, en sí, tan vacía –tan formalista, tan aséptica, tan neutral– como afirmar genéricamente que el derecho penal protege bienes jurídicos: en ninguno de los dos planteamientos se pone de relieve qué es exactamente lo que se tutela ni en qué contexto o condiciones, esto es, bajo qué presupuestos.

Sea como fuere, la idea de la "vigencia de la norma" (*Normgeltung*), elemento esencial de la construcción de JAKOBS, ha sido sometida a severa crítica proveniente desde diversos sectores doctrinales, a menudo analizándola como postulado aislado, despojada de otros elementos con los que se imbrica y sin tener en cuenta el contexto funcionalista en que se propugna, lo cual desdibuja sensiblemente el potencial de la crítica. En las páginas que siguen pretendemos llevar a cabo una aproximación a esa doctrina funcional-normativista que propugna la vigencia de la norma como cometido del derecho penal, un acercamiento a sus planteamientos, a sus fundamentos y a sus postulados esenciales. Dicha aproximación se hará, en ocasiones, siguiendo un método *ex negativo*: analizando las críticas de posturas antagónicas o –simplemente– contradictoras de algún aspecto defendido por aquella posición doctrinal, aun sin perder de vista que el eje principal en torno al cual girarán nuestros considerandos no es otro que el concepto de vigencia de la norma antes aludido.

En concreto, se esbozará –en primer lugar– la postura funcionalista al respecto (I); a continuación se analizará brevemente en el concepto de vigencia de la norma, distinguiéndolo del de validez y señalando su relevancia en la dogmática penal (II), y se profundizará en tres líneas o cuestiones dogmáticas en las que la idea de la vigencia de la norma muestra su capacidad de rendimiento: el objeto de la protección jurídico-penal: bienes jurídicos *versus* vigencia de la norma (III), los sujetos intervinientes en la dinámica de la infracción de la

---

* Investigador en el Seminario de Filosofía del Derecho, Universidad de Bonn, Alemania. Abreviaturas empleadas: *ADPCP*: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*; *CPC*: *Cuadernos de Política Criminal*; *GA*: *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*; *RPDJP*: *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penal*; *RPJ*: *Revista del Poder Judicial*; *ZStW*: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*.

norma: individuo *versus* persona (IV), y la cuestión del método científico: análisis sistemático *versus* análisis funcional (V). Finalmente, se resumirán las conclusiones principales.

I. ESBOZO DEL SISTEMA FUNCIONALISTA: SOCIEDAD, NORMA, PERSONA; LA PENA COMO REAFIRMACIÓN DE LA VIGENCIA DE LA NORMA

En breves palabras puede resumirse la dinámica delito-pena, según la explicación funcionalista[1], de la siguiente manera: todo delito infringe una expectativa

---

1 Exposiciones generales de la concepción de JAKOBS se hallan en muchas de sus obras recientes. Además del *Tratado*, son esenciales –porque resumen con precisión el programa normativo funcionalista jakobsiano– los cinco textos siguientes: GÜNTHER JAKOBS. "Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und 'alteuropäischem' Prinzipiendenken. Oder Verabschiedung des 'alteuropäischen' Strafrechts?", *ZStW*, Band 107, Heft 4, 1995, pp. 843 a 876 (hay versión española, publicada como opúsculo, con el título *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*, MANUEL CANCIO MELIÁ y BERNARDO FEIJÓO SÁNCHEZ (trads.), Madrid, Edit. Civitas, 1996; también en la colección Cuadernos de Conferencias y Artículos n.° 13, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996); ID. *Norm, Person, Gesellschaft. Vorüberlegungen zu einer Rechtsphilosophie*, Berlin, Duncker & Humblot, 1997 (2.ª edic., 1999; no existe traducción española); ID. "Imputación jurídico-penal, desarrollo del sistema con base en las condiciones de la vigencia de la norma", JAVIER SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES (trad.), en *RPJ*, CGPJ, 3.ª época, n.° 49, primer trimestre, Madrid, 1998, pp. 297 a 319 (no se ha publicado en alemán); ID. "Strafrechtliche Zurechnung und die Bedingungen der Normgeltung", en *Verantwortung in Recht und Moral*, Referate der Tagung der deutschen Sektion der internationalen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophievom 2. Bis zum 3. Oktober 1998 in Frankfurt am Main, herausgegeben VON ULFRID NEUMANN und LORENZ SCHULZ, Stuttgart, Franz Steiner Verlag, 2000, pp. 57 a 72 (la versión española, de CARLOS GÓMEZ-JARA DÍEZ, será próximamente publicada); ID. "Die Idee der Normativierung in der Strafrechtsdogmatik", Lección de despedida leída el 17 de julio de 2002 en la Universidad de Bonn, inédita (la versión española, "La idea de la normativización en la dogmática jurídico-penal", traducción de MANUEL CANCIO MELIÁ, se ha difundido en varios centros universitarios y académicos donde su autor la leyó como conferencia. También permanece inédita la versión castellana).

Especial interés para el tema de la función del derecho penal muestra el reciente estudio de JAKOBS. "¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?, en GÜNTHER JAKOBS y MANUEL CANCIO MELIÁ. *El sistema funcionalista del derecho penal*, Lima, Grijley, 2000, pp. 43 a 60 (también en *RPDJP*, n.° 1, Lima, 2000, pp. 151 a 170). No se ha publicado en alemán.

Al margen de otros trabajos del primer JAKOBS (como su programático estudio sobre *Schuld und Prävention*) y de otros posteriores consagrados al estudio de cuestiones dogmáticas concretas (como la injerencia, la accesoriedad, la prohibición de regreso, etc.), abordan también cuestiones esenciales de su sistema, clarificando algunos puntos y desarrollando otros con mayor precisión, entre otros, los siguientes trabajos: JAKOBS. *Der strafrechtliche Handlungsbegriff. Kleine Studie*, Schriften der Juristischen Studiengesellschaft Regensburg e.V., Heft 10, München, C. H. Beck, 1992 (versión castellana: "El concepto jurídico-penal de acción", en *Estudios de derecho penal*, traducción y estudio preliminar por ENRIQUE PEÑARANDA RAMOS, CARLOS J. SUÁREZ GONZÁLEZ y MANUEL CANCIO MELIÁ, Madrid, Ediciones de la Universidad Autónoma de Madrid y Editorial Civitas, 1997, pp. 101 y ss.; también en la colección Cuadernos de Conferencias y Artículos n.° 11, Bogotá, Universidad Externado de Colom-

socialmente garantizada y consiste en el quebrantamiento de una norma jurídico-penal, esto es, en el no reconocimiento de la vigencia de una norma. Por ello, toda acción delictiva conlleva una carga de expresividad comunicativa y de simbolismo que expresa que, para el autor de tal conducta desaprobada, no rige la máxima contenida en la norma: ese autor proclama, con su acción, un mundo alternativo, contrario o diferente al esbozado en una norma jurídico-penal y, en este sentido, ese mensaje contrario a la norma supone un cuestionamiento de su vigencia por parte de tal autor, es decir, una desautorización de la vigencia de la norma. Toda vez que la sociedad se compone de normas, ello entraña, al tiempo, un cuestionamiento de la identidad de la sociedad, entendida como sistema global integrado de normas (expectativas normativas), comunicaciones entre personas, y a la que –como sistema parcial o subsistema– pertenece el derecho. La desaprobación manifestada mediante la realización de un delito ha de ser contrarrestada con la imposición de una pena al autor responsable: la pena indica que la declaración de mundo o proyecto de vida parcial expresado por ese sujeto no es válido y que la norma sigue teniendo vigencia. Por ello, la pena, igualmente dotada de un contenido comunicativo-simbólico o de una expresión de sentido social o comunicativamente relevante, marginaliza el significado del hecho delictivo aislado y supone el restablecimiento de la vigencia de la norma, quebrada con el proyecto de mundo alternativo: la pena en sí afirma que el cuestionamiento de la vigencia de la norma no es válido ni aceptable y por ello, mediante su imposición, se confirma la realidad de la norma, se reafirma que la norma sigue estando vigente, esto es, sigue conservando su efectividad general como antes de su parcial cuestionamiento. Al reafirmar la vigencia de una norma, el derecho penal reafirma simultáneamente la identidad de la sociedad, sistema global en el que el derecho se integra como subsistema.

En este esquema, esbozado a grandes trazos, la idea de la vigencia de la norma ocupa un lugar preferente, desempeña un papel rector, esencial. Aun a

---

bia, 1996); ID. *La imputación penal de la acción y la omisión*, JAVIER SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES (trad.), Cuadernos de Conferencias y Artículos n.° 12, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996; ID. "Zur Gegenwärtigen Straftheorie", en *Strafe muss sein! Muss Strafre sein? Philosophen - Juristen - Pädagogen im Gespräch*, herausgegeben von KLAUS-M. KODALLE, Würzburg, Königshausen & Neumann, 1998, pp. 29 a 40 ("Sobre la teoría de la pena", MANUEL CANCIO MELIÁ. *Revista del Poder Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, 3.ª época, n.° 47, Madrid, 1997; también en la colección Cuadernos de Conferencias y Artículos n.° 16, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998); ID. "La ciencia del derecho penal ante las exigencias del presente", TERESA MANSO PORTO (trad.), en *Estudios de derecho judicial*, n.° 20, Escuela Judicial, CGPJ, Xunta de Galicia, Escuela de verano del Poder Judicial, Galicia 1999, pp. 119 y ss. (también en la colección Cuadernos de Conferencias y Artículos n.° 24, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000).

riesgo de incurrir en un excesivo simplismo, pueden resaltarse las siguientes notas características de la concepción funcionalista de la dialéctica delito/pena:

1. *Vigencia de la norma como concepto central.* La vigencia de la norma es concepto central en la construcción funcionalista: su cuestionamiento y su restitución constituyen el principio y el fin de la prestación del sistema penal: el derecho penal lleva a cabo la prestación o el cometido de "contradecir la contradicción de las normas determinantes de la identidad de la sociedad"[2].

2. *Negación y (re)afirmación de la identidad social.* El delito es, ante todo, y en esencia, antinormatividad, quebrantamiento de la norma, y –con ello– cuestionamiento de la vigencia de la norma. La pena es la respuesta normativa a esa infracción, y tal respuesta restablece la vigencia quebrada. Delito y pena, sobre la base de una comprensión comunicativa, representan, pues, la afirmación contradictora de la norma y la respuesta que restaura, reconfigura y confirma la vigencia de la norma: en términos dialécticos, no ajenos a la teoría hegeliana, de la que la concepción de JAKOBS es también deudora, podría concebirse *la norma como la tesis, el delito como la antítesis y la pena como la síntesis.*

3. *La pena como autocomprobación.* La pena contiene *per se* un significado comunicativo concreto, al margen de otras supuestas consecuencias derivadas: "la pena no es tan sólo un medio para mantener la identidad social, sino que constituye ya ese mantenimiento mismo"[3], o, lo que es lo mismo, la vigencia de la norma no es un fin de la pena sino su esencia. Por ello, "la pena es autocomprobación"[4], lo cual es tanto como decir que integra un mecanismo estabilizador inmanente al sistema, constitutivo del propio concepto del derecho, definidor de él. Es la llamada *función manifiesta* de la pena.

4. *No exclusión de efectos individuales o sociales.* El que la pena ya significa algo en esencia no excluye que se vinculen a ella determinadas esperanzas de psicología social o individual (fines preventivos de reinserción y mejora, fidelidad al ordenamiento, etc.), que representan las denominadas *funciones latentes.* Pero con independencia de la realización de tales esperanzas la pena ya ha cumplido su cometido estabilizador[5].

5. *Autosuficiencia (autorreferencialidad) del sistema jurídico.* Consecuencia de lo anterior es que la dinámica delito/pena (quebrantamiento de la norma/estabilización normativa) es un conflicto que se resuelve con un mismo lengua-

---

2 JAKOBS. "Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und 'alteuropäischem' Prinzipiendenken", cit., pp. 843 a 876 (844); trad. cit., p. 11.

3 Ídem.

4 Ídem.

5 Ídem.

je normativo y en el seno del sistema social, esto es, es el propio sistema el que se dota de una estructura propia de creación y de recreación (modificación) del derecho.

6. *Normativización de los conceptos penales*. En este planteamiento, todos los conceptos son normativos, con lo cual se les libera de una carga de significado ontológica o naturalista, siendo creados en y para el derecho en cuanto sistema normativo.

Esta es, brevemente esbozada, la explicación funcionalista de la infracción de la norma y del cuestionamiento de su vigencia *versus* restablecimiento de la vigencia de la norma. Claro que este esquema está lleno de matices que han sido aludidos, entre líneas, no más que por referencias o suposiciones. A modo de introducción bastan los párrafos atrás escritos. En las páginas siguientes se profundizará en algún aspecto concreto.

II. CONCEPTO DE "VIGENCIA DE LA NORMA"

A. EL CONCEPTO DE VIGENCIA DEL DERECHO: ALGUNAS DELIMITACIONES

El concepto de vigencia del derecho es ciertamente multívoco. Se emplea en diversos sentidos y más como un problema filosófico[6] o de teoría general del derecho que como una cuestión de cada sector del ordenamiento jurídico en particular[7]. A lo sumo, cuando se habla de la vigencia de un ámbito jurídico concreto (vigencia del derecho penal, vigencia del derecho civil, etc.) se suele transponer los principios generales del derecho a las especificidades de cada sector determinado. A este respecto, no es infrecuente entre los teóricos generales del derecho[8] el distinguir tres conceptos distintos de validez o vigencia de la norma, a saber: validez *jurídica*, validez *fáctica* (o *sociológica* o *social*) y validez *ética* (o *moral* o *filosófica*).

---

6 Cfr., entre la literatura clásica, ARTHUR LIEBERT. *Das Problem der Geltung*, 2. Aufl., Verlag von Felix Meiner in Leipzig, 1920.

7 Recuérdense en este contexto las sugerentes aportaciones de MAX WEBER, KELSEN y HABERMAS, entre otros muchos, en las que no podems entrar aquí. Cfr. ampliamente, al respecto, sobre las aportaciones de los autores citados, WEYMA LÜBBE. *Legitimität krafi Legalität. Sinnverstehen und Institutionenanalyse bei Max Weber und seinen Kritikern*, Tübingen, J. C. B. MOHR (PAUL SIEBECK), 1991.

8 Cfr., por ejemplo, ROBERT ALEXY. *Begriff und Geltung des Rechts*, Alber-Reihe Rechts- und Sozialwissenschaft, Freiburg y München, Verlag Karl Alber, 1992, pp. 139 y ss.

1. De *validez jurídica* del derecho o de la norma jurídica se habla cuando, tras un procedimiento formal adecuado a las Constitución, una norma resulta válidamente aprobada, entrando a formar parte de un ordenamiento jurídico y desplegando desde tal momento sus efectos jurídicos. Esta validez jurídica es, pues, una validez esencialmente procedimental o formal, en tanto depende del seguimiento de un trámite parlamentario de aprobación. De una norma puede decirse, en fin, que tiene validez jurídica cuando se convierte en precepto de seguimiento o cumplimiento por parte de ciudadanos, administrados y tribunales. Suele decirse, a su vez, que la validez jurídica carece de excepciones, pues una vez aprobada obliga por igual, en los términos de sus prescripciones, a los sujetos. Así, las normas penales, con independencia de que en casos concretos no lleguen a aplicarse, despliegan *ab initio* su potencial de validez.

2. La *validez fáctica* (también llamada *sociológica* o *social*) alude a la fuerza de ley desplegada por una norma existente, es decir, designa la efectividad jurídica de una norma. Se trata de una concepción eminentemente material, y quizá por ello, con veremos en el apartado siguiente, pudiera más precisamente ser designada como *vigencia*.

3. De *validez ética* (a veces identificada como *moral* o *filosófica*) se habla cuando se pone el acento, más que en la moral social, en la cuestión de si una concreta norma, en su conjunto o en alguno de sus preceptos, resulta ética, éticamente neutral o contraria a la ética o a la moral[9].

B. VIGENCIA Y VALIDEZ

Como hemos visto en la clasificación anterior, no es infrecuente en la literatura jurídica emplear los conceptos de vigencia y de validez como sinónimos. A ambos se recurre casi indistintamente al verter al español el vocablo *Geltung* y, consecuentemente, también el de *Normgeltung*. Sin embargo, un análisis más detenido de ambas nociones nos lleva a la necesidad de distinguir nítidamente su correspondiente significado.

1. El concepto de validez es, por un lado, *más amplio* que el de vigencia: *hay normas válidas que no tienen vigencia*, o –por mejor decir– normas válidas que despliegan una vigencia limitada en el tiempo o en el espacio. Y ello debido a diversos motivos: puede ocurrir que no hayan entrado en vigor (caso de leyes

9 Cfr. KLAUS F. RÖHL. *Allgemeine Rechtslehre. Ein Lehrbuch*, 2. neu bearbeitete Aufl., Köln, Berlin, Bonn y München, Carl Heymanns Verlag KG, 2001, pp. 280 y 281.

–válidamente aprobadas– durante el periodo de *vacatio legis*), o que no respondan a expectativas sociales normativamente garantizables, esto es, que no conformen la identidad social, aun cuando no hayan sido formalmente derogadas (caso de leyes dictadas para afrontar algún problema bajo circunstancias extraordinarias, como catástrofes naturales, epidemias, terremotos, etc.: cesada las circunstancias que determinaron su aprobación, pierden su razón de ser).

2. *Validez es*, pues, *una noción formal*. Válida será, por ejemplo, la ley que ha sido aprobada conforme al proceso legalmente previsto para ello, en la Constitución o en otras leyes inferiores.

3. Por contra, la *vigencia es la validez materializada*, esto es, la validez que cumple una función (de mantenimiento o estabilización) en el seno de un sistema. Representa, pues, una noción funcionalista[10]: la norma vigente es aquella que *constituye* la identidad de la sociedad, que contribuye al mantenimiento del sistema.

C. VIGENCIA DE LA NORMA EN DERECHO PENAL

Ya la definición ofrecida de vigencia de la norma atenúa su puro entendimiento formalista. En el presente trabajo pretendemos poner de relieve el potencial de sentido que atesora la idea de vigencia de la norma[11]. La misma no puede tomarse como un planteamiento autónomo ni aislado del sistema en el que se defiende, esto es, de manera formalista con independencia de la concepción de la sociedad, de la norma y de la persona defendida por la teoría funcional-normativista, sino precisamente en el seno del sistema en el que se propugna, que lleva implícito un arsenal conceptual de considerable magnitud, y que representa algo más que une mera fascinación lingüística. Para vislumbrar someramente su contenido delimitaremos a continuación la idea de la vigencia de la norma de aquellas teorías que, con mayor o menor fortuna conceptual, se engloban bajo la rúbrica "prevención general positiva". Acto seguido se expondrá su viabilidad en algunas de las líneas dogmáticas en las que la idea de vigencia de la norma ofrece un cambio de paradigma. En apartados ulteriores se profundizará con cierto detenimiento en ellas.

---

10 Sobre el concepto de función nos ocuparemos más adelante. Cfr. apartado IV.C.2. de este mismo trabajo.

11 Cfr. JAKOBS. "Strafrechtliche Zurechnung und die Bedingungen der Normgeltung", en *Verantwortung in Recht und Moral*, Referate der Tagung der deutschen Sektion der internationalen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophievom 2. Bis zum 3. Oktober 1998 in Frankfurt am Main, herausgegeben von ULFRID NEUMANN und LORENZ SCHULZ, Stuttgart, Franz Steiner Verlag, 2000, pp. 57 a 72 (57 y ss.).

I. VIGENCIA DE LA NORMA Y PREVENCIÓN GENERAL POSITIVA

Es cierto que la postura de JAKOBS suele ser explicada como una variante –o como una nueva formulación– de la llamada "teoría de la prevención general positiva"[12], y que a dicha conceptuación no ha sido ajena la misma calificación ofrecida por este autor a su propia postura. Pero no es menos cierto que tal denominación convencional no resume ni identifica, en rigor, lo que tal doctrina funcionalista quiere significar, y que su ambigüedad terminológica determina que en su seno puedan incluirse doctrinas muy diversas entre sí, al margen de la propia formulación funcionalista de JAKOBS.

En efecto, la doctrina de la prevención general positiva, que según algunos autores se enraíza en las construcciones retribucionistas[13] (no en balde la construcción jakobsiana de la pena tiene una semejanza patente, incluso declarada por el propio JAKOBS, con la construcción hegeliana, secularmente considerada –junto a la teoría kantiana– como una de las doctrinas retribucionistas por excelencia[14]), no existe como tal doctrina unitaria, sino que engloba una serie de formulaciones de muy diverso cariz y de muy distinta orientación, teniendo por ello un valor meramente orientativo: se refiere a aquel grupo de formulaciones que aluden, en mayor o menor medida, a la colectividad, ya sea como destinataria de las normas (deberes o mandatos), ya para definir el delito como lesión de la *conscience collective* y la pena como reparación de la conciencia moral

---

12 Cfr., sobre esta cuestión, monográficamente, MERCEDES PÉREZ MANZANO. *Culpabilidad y prevención: las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena*, Madrid, Universidad Autónoma de Madrid, 1990, pássim.

13 Así, por ejemplo, ERNST AMADEUS WOLFF. "Das neuere Verständnis von Generalprävention und seine Tauglichkeit für eine Antwort auf Kriminalität", en *ZStW*, Bd. 97, 1985, pp. 786 a 830 (799 y s.); en la doctrina española, JESÚS MARÍA SILVA SÁNCHEZ. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Barcelona, José María Bosch Editor, 1992, pp. 227 y 228, quien certeramente añade que ello "no implica que sea en sí misma retributiva, sino que, por el contrario, las referidas doctrinas retributivas se habían desnaturalizado como tales, convirtiéndose en doctrinas preventivas justificativas de la pena por sus efectos sociales, aunque ciertamente no intimidatorias" (p. 228).

14 Con no poca arbitrariedad en tal valoración, a mi juicio. Apartándose del entendimiento mayoritario, SEELMAN y POLAINO NAVARRETE han encuadrado, acertadamente, la formulación hegeliana, no entre la doctrinas retributivas, sino entre las formulaciones preventivo-generales. Cfr. KURT SEELMANN. "Hegels Strafrechtstheorie in seinen 'Grundlinien der Philosophie des Rechts'", en *jus*, Heft 10, 1979, pp. 687 y ss.; ID. "Wechselseitige Anerkennung und Unrecht. Strafe als Postulat der Gerechtigkeit?", en *ARSP*, 1993, pp. 228 y ss.; ID. "Differenzen zwischen Kant und Hegel bei der Begründung staatlicher Strafe", en ID. *Anerkennungsverlust und Selbstsubsumtion. Hegels Strafitheorien*, Freiburg y München, Verlag Karl Alber, 1995, pp. 123 y ss.; MIGUEL POLAINO NAVARRETE. *Derecho penal, Parte general*, t. I, "Fundamentos científicos del derecho penal", 4.ª ed., totalmente renovada y actualizada, con la colaboración de MIGUEL POLAINO-ORTS, Barcelona, Bosch, 2001, pp. 109, 121 y ss.

de la sociedad (como en DURKHEIM[15]), ya para fomentar la protección del ético mínimo de la sociedad (como en WELZEL), ya para influir en la conciencia individual a través de una motivación psicológica, ya para reforzar la conciencia jurídica de tal comunidad, ya para suscitar el ejercicio de fidelidad al derecho[16], etc. Es decir, engloba doctrinas netamente normativas (como la de JAKOBS) junto a otras psicologicistas (como son las formulaciones centradas en la motivación individual o en el ejercicio del respeto de la moral colectiva o de los valores ético-sociales de acción, de las que se aparta expresamente el funcionalismo, para el que interesan las personas –la comunicación– y no la simple conciencia individual, incapaz de expresar sentido y comunicación[17]).

Ante tan heterogénea conjunción de formulaciones es obvio que sólo forzadamente pueda aludirse a la doctrina funcionalista de JAKOBS como exponente de la doctrina de la prevención general positiva, y –en todo caso– nada dice ni nada prejuzga en la postura funcionalista si se la califica como doctrina preventivo-general positiva. Quizá por ello un discípulo del propio JAKOBS, HEIKO LESCH[18], se haya referido críticamente a tal denominación, propugnan-

---

15 El sociólogo francés EMILE DURKHEIM (1858-1917) desarrolló una sugerente concepción que suele citarse como significativo antecedente de las doctrinas preventivo-generales de la pena. Para él, todo delito entrañaba una lesión a la "conciencia colectiva" (*conscience collective*) de la sociedad y, por ello, la pena suponía el restablecimiento de la conciencia moral quebrada. La conexión entre derecho y moral es, pues, característica de la concepción del autor francés. Entre sus obras destacan *De la division du travail social. Etude sur l'organisation des sociétés supérieures*, Paris, 1893 y "Les régles de la méthode Sociologique", en *Revue Philosophique*, n.º 37, 1894, pp. 465 a 498 y 577 a 607, y n.º 38, 1894, pp. 14 a 39 y 168 a 182; también, en un volumen, con prólogo nuevo, en Bibliotèque de philosophie contemporaine, Paris, 1895, esp. pp. 81 y ss. Cfr., sobre su concepción del delito y la pena, monográficamente, WERNER GEPHART. *Strafe und Verbrechen. Die Theorie Emile Dukheims*, Opladen, Leske + Bubrich, 1990, pássim, esp. 4 y ss., 21 y ss.; completa exposición ofrece también JENS CHRISTIAN MÜLLER-TUCKFELD. *Integrationsprävention. Studien zu einer Theorie der gesellschaftlichen Funktion des Strafrechts*, Frankfurter kriminalwissenschaftliche Studien, 61, Fankfurt am Main, Peter Lang, 1998, pp. 145 y ss., quien analiza la construcción durkheimiana como un significativo paso en la genealogía de la prevención general positiva; y una breve pero precisa referencia brinda RAFAEL ALCÁCER GUIRAO. "¿Protección de bienes jurídicos o protección de la vigencia de las normas? Consideraciones sobre el destinatario de las normas", en *RPDJP*, n.º 2, Lima, Instituto Peruano de Ciencias Penales y Editora Jurídica Grijley, 2001, pp. 51 a 75 (pp. 55 y 56).

16 Cfr., sobre esta cuestión, URS KINDHÄUSER. "Rechtstreue als Schuldkategorie", en *ZStW*, Bd. 107, 1995, pp. 701 a 733 ("La fidelidad al Derecho como categoría de la culpabilidad", PERCY GARCÍA CAVERO [trad.], en *RPDJP*, n.º 1, Lima, 2000, pp. 171 a 213).

17 Cfr. sólo JAKOBS. *La imputación penal de la acción y la omisión*, cit., p. 49: "el derecho penal no se desarrolla en la conciencia individual, sino en la comunicación".

18 Cfr. HEIKO HARTMUT LESCH. "Zur Einführung in das Strafrecht: Über den Sinn und Zweck staatlichen Strafrens", 2. Teil, en *JA*, Heft 12, 1994, pp. 596 y ss. (puede verse traducción de una versión ampliada de este trabajo: *La función de la pena*, JAVIER SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES (trad.), Cuadernos "Luis Jiménez de Asúa" n.º 4, Madrid, Dykinson, 1999, pp. 45 y ss.), quien defiende una "reconstrucción de

do una postura retributivo-funcional; y el propio JAKOBS, apartándose en sus últimos trabajos de tal calificación, ha salido al paso de esta cuestión, intentando una delimitación frente a otras modalidades de la "prevención general positiva" como la de WELZEL, afirmando que "la prevención general positiva –si es que quiere hacerse uso de ese término– no debe denominarse prevención *general* porque tuviera efectos en gran número de cabezas, sino porque garantiza lo genérico, mejor dicho, lo general, esto es, la configuración de la comunicación; por otro lado, no se trata de *prevención* porque se quiera alcanzar algo a través de la pena, sino porque ésta, como marginalización del significado del hecho en sí misma tiene como efecto la vigencia de la norma"[19].

2. VIGENCIA DE LA NORMA: UN CAMBIO DE PARADIGMA

Si tuviéramos que definir la aportación funcionalista al moderno debate en torno a la esencia de la pena podría afirmarse, sin riesgo a equivocación alguna, que la misma aporta novedosos aspectos y, en no pocas ocasiones, puntos de vista radicalmente originales. El cambio de paradigma es, pues, rasgo distintivo de la dogmática funcionalista en este aspecto. Y ese cambio de paradigma se manifiesta, además, en frentes varios, en aspectos diferentes, situados en diversos niveles de abstracción. Como hemos visto, el concepto central de la construcción gira en torno a la idea de "vigencia de la norma". Un análisis exhaustivo de todas las consecuencias dogmáticas que se derivan de ese punto de partida precisaría un espacio del que ahora carecemos. Escapa, pues, a nuestro propósito de hoy agotar la amplia gama de posibilidades que ofrece un tema tan sugerente. Pero lo que sí puede intentarse es un esbozo, más o menos completo pero –al menos– representativo, a fin de poder ofrecer una imagen veraz del potencial de sentido que aporta la idea de "vigencia de la norma"[20]. Por ello, en

---

una teoría funcional de la retribución", en la que la "pena sirve para la estabilización de expectativas" (ibíd., p. 49). Este autor rechaza que la finalidad del Derecho penal tenga un sentido real-psicológico, demostrable empíricamente, y además tacha de "poco afortunada" la denominación "prevención general positiva", pues "no se trata de [...] fines preventivos, esto es, no se trata de la evitación futura de determinadas formas de comportamientos" (ibíd., p. 50).

19 Cfr. JAKOBS. "Zur Gegenwärtigen Straftheorie", en *Strafe muss sein! Muss Strafre sein? Philosophen - Juristen - Pädagogen im Gespräch*, herausgegeben von KLAUS-M. KODALLE, Würzburg, Königshausen & Neumann, 1998, pp. 29 a 40 (39 y 40.) (MANUEL CANCIO MELIÁ [trad.]. *Sobre la teoría de la pena*, Cuadernos de Conferencias y Artículos n.° 16, Bogotá, Universidad del Externado de Colombia, 1999, p. 33).

20 Cfr. JAKOBS. "Strafrechtliche Zurechnung und die Bedingungen der Normgeltung", cit., pp. 57 a 72 (57 y ss.).

las páginas que siguen, y sobre la base del mencionado concepto esencial, nos centraremos en la mención de algunos aspectos puntuales de la presente problemática, concretamente en tres cuestiones o problemas, a saber:

1. En primer lugar, la pregunta relativa al *qué* se protege, esto es, al objeto de protección y a la naturaleza de ese objeto de tutela (ontologismo *versus* normativismo funcionalista).

2. En segundo término, la cuestión referida al *quién* infringe la norma, o sea, del sujeto en el mundo social (individuo *versus* persona).

3. Y, por último, el interrogante en torno al *cómo*, es decir, al método de estudio o análisis de las categorías o conceptos jurídico-penales en liza (análisis sistemático *versus* análisis funcional; o –también– funcionalismo tradicional *versus* funcionalismo moderno, aunque con ciertas reservas, debido a la ausencia de un criterio unívoco en torno a estos conceptos).

III. ONTOLOGISMO VERSUS NORMATIVISMO FUNCIONALISTA

A. LA FUNCIÓN DE PROTECCIÓN DE BIENES JURÍDICOS EN EL SENO DE UNA DOGMÁTICA ONTOLOGISTA

La postura doctrinal que podríamos llamar *clásica* o *tradicional* considera que la función del derecho penal estriba en la tutela de bienes o valores jurídicos del individuo o de la comunidad esenciales o imprescindibles para el desarrollo de la vida humana en sociedad. Esta idea, casi un dogma intocable en la dogmática jurídico-penal desde la aportación de BIRNBAUM[21] en 1834 (aun con significativos antecedentes desde el Iluminismo idealista alemán[22]), se ha mantenido –y se

---

21 Cfr. JOHANN MICHAEL FRANZ BIRNBAUM. "Ueber das Erforderniß einer Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechens, mit besonderer Rücksicht auf den Begriff der Ehrenkränkung", en *Archiv des Criminalrechts*, Neue Folge, Bd. 15, Zweites Stück, Halle, Jahrgang, 1834, pp. 149 a 194; Cfr., sobre la personalidad de BIRNBAUM y su concepción del bien jurídico, KNUT AMELUNG. "J. M. F. Birbaums Lehre vom strafrechtlichen 'Güter'-Schutz als Übergang vom naturrechtlichen zum positivistischen Rechtsdenken", en *Naturrecht im 19. Jahrhundert. Kontinuität - Inhalt - Funktion - Wirkung*, herausgegeben von DIETHELM KLIPPEL, Goldbach, Keip Verlag, 1997, pp. 349 y ss.

22 Evolución histórico-dogmática en MIGUEL POLAINO NAVARRETE. *El bien jurídico en derecho penal*, Anales de la Universidad de Sevilla, n.º 19, Servicio de Publicaciones, Sevilla, 1974; ID. *El injusto típico en la teoría del delito*, MARIO A. VIERA (ed.), Corrientes (Argentina), Mave, 2000, esp. pp. 319 a 675; ID. *Derecho penal, Parte general*, t. II, "Teoría jurídica del delito", vol. I, Barcelona, Editorial Bosch, 2000; entre los autores alemanes, PETER SINA. *Die Dogmengeschichte des strafrechtlichen Begriffs "Rechtsgut"*, Basler Studien zur Rechtswissenschaft, Bd. 62, Basel, Helbing & Lichtenhahn, 1962; HANS-JOACHIM RUDOLPHI. "Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgutsbegriffs", en *Festschrift für Richard M. Honig*, Göttingen, Verlag Otto Schwartz, 1970, pp. 162 y ss.; KNUT AMELUNG. *Rechtsgüterschutz und Schutz*

mantiene aún hoy en día– como un lugar común de la doctrina penalista en la mayoría de los países, reconociéndose de manera generalizada que no sólo compete al derecho penal la tutela de bienes jurídicos, esto es, una función eminentemente preventiva de las lesiones a los mismos, sino así mismo una función legitimadora para el empleo del poder coactivo y represor del Estado mediante el ejercicio de su *ius puniendi*. Esta función preventiva y legitimadora encuentra como guía directora, al menos en algunas construcciones doctrinales, el programa de valores contenido en la Constitución de los países democráticos.

Este planteamiento tradicional fue afianzado por el finalismo, quien sobre la base de una dogmática ontológica situó las *estructuras lógico-objetivas* (o *lógico-reales*)[23] en la base misma de su construcción. De este planteamiento doctrinal, que ha dominando buena parte del devenir dogmático en el siglo XX, pueden resaltarse varios aspectos:

1. *Ontologismo penal.* El planteamiento finalista tiene lugar, como queda dicho, en el seno de una dogmática ontologicista, caracterizada por la existencia de unas estructuras ontológicas, lógico-objetivas o lógico-materiales, prejurídicas, que anteceden o preexisten a los conceptos jurídicos y que fueron la piedra de toque de la dogmática penal finalista, encabezada por WELZEL[24].

---

der Gesellschaft. Untersuchungen zum Inhalt und zum Anwendungsbereich eines Strafrechtsprinzips auf dogmengeschichtlicher Grundlage. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der "Sozialschädlichkeit" des Verbrechens, Frankfurt am Main, Athenäum Verlag, 1972; WINFRIED HASSEMER. *Theorie und Soziologie des Verbrechens. Ansätze zu einer praxisorientierten Rechtsgutslehre*, Rechtswissenschaft, Frankfurt am Main, Fischer Athenäum Taschenbücher Verlag, 1973; BERND J. A. MÜSS. *Schutz abstrakter Rechtsgüter und abstrakter Rechtsgüterschutz. Zu den materiellen Konstitutionskriterien sog. Universalrechtsgüter und deren normentheoretischem Fundament - am Beispiel der Rechtsgutbestimmung für die §§ 129, 129a und 324 StGB*, Schriften zum Strafrecht und Strafprozeßrecht 14, Frankfurt am Main, Peter Lang, 1994 (de este último autor, discípulo de JAKOBS, puede verse sobre el mismo tema y en lengua castellana, recientemente, "Desmaterialización del bien jurídico y de la política criminal. Sobre las perspectivas y los fundamentos de una teoría crítica del bien jurídico hacia el sistema", en *CDJP*, año VII, n.° 11, Buenos Aires, 2001, pp. 229 y ss. Publicado también como monografía en Colombia).

23 Los términos alemanes al respecto, que suelen emplearse como sinónimos, son *Natur der Sache* (naturaleza de las cosas) y *sachlogische Strukturen* (estructuras lógico-objetivas o lógico-reales).

24 Cfr., sobre la concepción finalista de las estructuras lógico-objetivas, GÜNTER STRATENWERTH. *Das rechtstheoretische Problem der "Natur der Sache"*, Tübingen, Verlag J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1957, pássim; JOSÉ CEREZO MIR. "La naturaleza de las cosas y su relevancia jurídica", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, julio-agosto de 1961, pp. 19 y ss.; PETER KOLB. *Der Begriff der "Natur der Sache" in der höchsrichterlichen Rechtsprechung*, Dissertation, 1963, mecanografiada; YUNGBACK KWUN. *Entwicklung und Bedeutung der Lehre von der "Natur der Sache" in der Rechtsphilosophie bei Gustav Radbruch*, Dissertation, Universität des Saarlandes, 1963; HERBERT SCHAMBECK. *Der Begriff der "Natur der Sache". Ein Beitrag zur rechtsphilosophiscen Grundlagenforschung*, Wien, Springer Verlag, 1964; ARTHUR KAUFMANN. *Analogie und "Natur der Sache". Zugleich ein Beitrag zur Lehre der Typus*, Vortrag gehalten vor der Juristischen Studiengesellschaft in Karlsruhe am 22. April 1964, Karlsruhe, Verlag C. F. Müller, 1965 (2. verbesserte

2. *Naturaleza prejurídica de las estructuras lógico-objetivas.* En segundo lugar, dichas estructuras ontológicas, como son los bienes jurídicos (vida, libertad, honor, etc.), no son creados por el derecho, sino preexistentes a él: la norma, el legislador, el juez, etc. no crean la vida humana, sino que se limitan a valorar los ataques realizados a tales bienes[25].

3. *Vinculación del legislador y del juez a las estructuras óntico-ontológicas.* Como consecuencia de ello, y en tercer lugar, el legislador está vinculado a la realidad, esto es, ha de tomar (aceptar y respetar) la realidad tal y como está configurada, sin posibilidad de crearla ni de modificarla: únicamente la convierte en objeto de su valoración. Esta vinculatoriedad de los operadores jurídicos a las estructuras lógico-objetivas, esto es, a la realidad tal y como ella se presenta, llevó a WELZEL a calificar, en alguna ocasión[26], a dichas estructuras como categorías que contenían "verdades eternas".

B. LA QUIEBRA DE LA DOGMÁTICA ONTOLOGICISTA: LA CRÍTICA FUNCIONALISTA AL CONCEPTO DE BIEN JURÍDICO

Frente a la postura tradicional de tutela de bienes jurídicos concebidos como categoría ontológicas –prejurídicas, naturalistas– el funcional-normativismo jakobsiano presenta un planteamiento radicalmente diferente que, a través de un proceso de (re)normativización de los conceptos jurídicos consistente en desdotarlos de un contenido de significado prejurídico, conduce a la "quiebra" de la dogmática penal ontologista[27]. Como punto de partida, somete a dura crí-

---

und durch ein Nachwort ergänzte Auflage, Heidelberg, R. v. Deckner & C. F. Müller, 1982); RALF DREIER. *Zum Begriff der "Natur der Sache"*, Berlin y New York, Walter de Gruyter, 1965; NICOS AR. POULANTZAS. *Nature des choses et droit. Essai sur la dialectique du fait et de la valeur*, Prèface de MICHEL VILLEY, Libraire générale de Droit et de Jurisprudence, R. Pichon et R. Durand-Auzias, 1965; ERNESTO GARZÓN VALDÉS. *Derecho y "naturaleza de las cosas". Análisis de una nueva versión del derecho natural en el pensamiento jurídico alemán contemporáneo*, tt. I y II, Dirección General de Publicaciones, Universidad Nacional de Córdoba (Argentina), 1970 y 1971 (esp., t. I, pp. 47 y ss.).

25 Cfr. HANS WELZEL. "Über Wertungen im Strafrecht. Eine prinzipielle Bemerkung zur sog. emotional-normativen Logik", *Der Gerichtsaal*, Band 103, 1933, pp. 340 y s. (luego recogido en su compilación de artículos *Abhanlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, Berlin y New York, Walter de Gruyter, 1975, pp. 23 y ss.); ID. *Das neue Bild des Strafrechtssystems. Eine Einführung in die finale Handlungslehre*, 4. Auflage, 1961 (*El nuevo sistema del derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*, versión castellana y notas de JOSÉ CEREZO MIR, Barcelona, Editorial Ariel, 1964, pp. 12 y 13).

26 Así, en la 3.ª ed. de su conocido libro titulado *Naturrecht und meteriale Gerechtigkeit. Prolegomena zu einer Rechtsphilosophie*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1957.

27 Como reconoce el propio JAKOBS ya en el prólogo a la primera edición de su *Tratado*. Cfr. JAKOBS. *Strafrecht, Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre. Lehrbuch*, Berlin y New York, Walter de Gruyter, 1983, p. V.

tica al concepto de bien jurídico entendido de manera ontológica o naturalista, pues –según afirma– todo se reduce a un problema estrictamente normativo.

En primer lugar, JAKOBS sostiene que, mientras la legitimación formal de las normas penales se consigue mediante la aprobación de las leyes conforme a la Constitución de cada Estado, materialmente dicha legitimación no puede sino residir en la idea de que las normas penales son necesarias para el mantenimiento de la identidad de un concreto Estado[28]. Precisamente por ello, afirma JAKOBS que no es posible determinar *a priori* el contenido genuino de las leyes penales, puesto que las normas son expectativas sociales y varían no sólo de una sociedad a otra, sino también a lo largo del tiempo[29]. Por ello, el legislador penal no se encuentra sometido a suerte alguna de vinculación a la realidad, sino que es la sociedad misma la que configura –crea o construye– sus expectativas, esto es, sus normas jurídicas. La vinculación se produce, pues, entre el subsistema derecho y su contexto social.

Por ello, desde esta perspectiva, los bienes jurídicos no pueden ser considerados categorías prejurídicas, ontológicas ni naturalistas, sino esencialmente, desde un aspecto normativo, como categorías creadas por el derecho, por él configuradas. JAKOBS reconoce que los bienes jurídicos admiten una definición naturalista (se tutela la vida, la salud o la propiedad porque son valoradas como individualmente fructíferos), pero tajantemente afirma que ello no puede ser rasgo definitorio ni distintivo de un sistema normativo, en tanto que los bienes jurídicos pueden resultar menoscabados, no sólo por hechos de personas responsables en un contexto normativo-social, sino también por sucesos naturales (catástrofes, enfermedad, desgaste, etc.), o incluso por hechos en los que intervienen sujetos, pero no lo hacen como personas en derecho penal, sino como individuos (por ejemplo, sin dolo ni imprudencia, o por inimputables). El objeto de tutela penal no puede ser la lesión o puesta en peligro empíricamente constatable a un bien jurídico, sino la garantía del mantenimiento de las expectativas normativas con independencia de su eventual lesión[30]. En otras pala-

---

28 JAKOBS. *Strafrecht, Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre. Lehrbuch*, 2. neubearbeitete und erweiterte Auflage, Berlin y New York, Walter de Gruyter, 1991, 2/1, p. 35 (*Derecho penal, Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, JOAQUÍN CUELLO CONTRERAS y José Luis SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO (trads.), Madrid, Marcial Pons, 1995, pp. 44 y 45).

29 Ídem.

30 Cfr. JAKOBS. "Strafrechtliche Zurechnung und die Bedingungen der Normgeltung", en cit., pp. 57 a 72 (60 y ss.). Un clarificador estudio sobre las expectativas en derecho penal ofrece JAVIER SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES. "Algunas referencias de historia de las ideas, como base de la protección de expectativas por el derecho penal", en *CPC*, n.° 71, Madrid, 2000, pp. 391 a 423 (403 y ss.).

bras, bien jurídico-penal es, en consecuencia, para JAKOBS, "la firmeza de las expectativas normativas esenciales frente a la defraudación"[31], y esta firmeza no es otra cosa que la vigencia de la norma.

Pero es que además la alusión a la vigencia de la norma se torna punto menos que imprescindible (aunque sólo fuera, si no como elemento esencial, como en la construcción jakobsiana, sí al menos como dato de imprescindible referencia) desde el momento en que se piensa en lo forzado o –aun– absurdo que resulta explicar la función del derecho penal diciendo que la misma consiste en la tutela de bienes jurídicos siendo así que los delitos precisamente ponen de manifiesto que un bien jurídico ha resultado ya lesionado o, al menos, ha corrido un riesgo jurídico-penalmente desaprobado. Es decir, ¿podría en rigor afirmarse que el derecho penal protege bienes jurídicos cuando ya se ha producido la lesión irreparable de una vida humana? ¿Cómo explicar que la función del derecho penal consiste precisamente en prevenir esas lesiones, siendo así que –al menos para ese delito concreto ya consumado– tal prevención bien ha sido ineficaz, bien ha llegado, como diría WELZEL, "demasiado tarde", esto es, en ambos casos, el derecho penal no ha servido *para nada*? ¿No consiste la posición doctrinal tradicional de defensa de bienes jurídicos en una *fictio iuris*, en tanto en cuanto la *función de protección de bienes jurídicos* que se dice que el derecho penal *efectivamente cumple* no es más que una aspiración, una meta, un ideal, y –por ello– algo ilusorio mas no real? ¿Y no es esa manifestación programática de buenos deseos y mejores intenciones ("no se debería lesionar bienes jurídicos", etc.) mucho más una aspiración (un "fin", una "finalidad") que una "función" *stricto sensu*? Y si ello es cierto, ¿no lo es también que en esa postura tradicional la referencia al bien jurídico se hace depender, en el fondo, de ciertas eventuales, hipotéticas y probables (esto es, inciertas) consecuencias futuras de psicología individual o social (pues se confían en que el individuo y la sociedad se conciencien de que "no está bien lesionar bienes jurídicos, ni cometer delitos", etc.)? ¿No hay algo más etéreo, más ambiguo, que una descripción como esa? Estos interrogantes demuestran que acaso no están del todo desencaminadas ni son francamente ociosas las propuestas doctrinales, de cuño funcional-normativista, que tienden a una superación de la manifiesta incoherencia de la postura tradicional que propugna como función del derecho penal la tutela de bienes jurídicos. A la somera revisión de algunas de esas propuestas nos dedicamos a continuación.

---

31 JAKOBS. Ob. cit.

C. LA CONCEPCIÓN FUNCIONAL-NORMATIVISTA

1. EXCURSO: ALGUNAS SOLUCIONES ECLÉCTICAS

Las cuestiones aludidas en el apartado anterior ponen de manifiesto la debilidad de la explicación ontologista, que sólo puede explicar que el injusto consiste en el menoscabo de un bien jurídico, pero no la pretendida función del derecho penal consistente en la protección de bienes jurídicos, siendo así que se hace depender de los buenos deseos de un legislador la realización de dicha función preventiva, que –además–, y las realidad abunda en nuestro supuesto, cada vez que se comete un delito se muestra a la luz del día la ineficacia de dicha prevención y con ello la ineficacia del entero sistema de un derecho penal así explicado. Además, desde la perspectiva de la protección de bienes jurídicos, tal postura llevaría inexorablemente a una desmesurada anticipación de la tutela a través de conminaciones de delitos de peligro abstracto, pues si ésta se quiere efectiva habrá de adelantarse al momento anterior a la producción del efectivo e irreparable menoscabo de los bienes, esto es, a la simple puesta en peligro de tales objeto de tutela[32].

Varias construcciones doctrinales, conscientes de lo dogmáticamente infructuosa e intrínsecamente incoherente que resulta la explicación tradicional de tutela de bienes jurídicos, han intentado salvar tan paradójica situación. En este contexto surge la propuesta funcionalista de JAKOBS, en la que nos centraremos a continuación. Sin embargo, no es ésta la única propuesta doctrinal que pretende superar una incoherencia que se muestra a clara luz en la fundamentación del injusto y en la esencia de la pena. Así, y por mencionar sólo un ejemplo –cercano, por lo demás, a JAKOBS–, aludiremos a la concepción de WELZEL. Luego nos centraremos en la postura funcionalista.

En efecto, el propio HANS WELZEL, padre del finalismo jurídico-penal, se vio obligado a introducir en su concepción la alusión a la protección de los

---

32 Cfr. JAKOBS. "¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?", en JAKOBS y CANCIO MELIÁ. *El sistema funcionalista del derecho penal*, Lima, Grijley, 2000, pp. 43 a 60 (también en *RPDJP*, n.º 1, Lima, 2000, pp. 151 a 170), quien se muestra crítico con esta tendencia moderna y sostiene que se debe "evitar que el legislador vaya amenazando con pena criminal cada vez más puestas en peligro abstractas, y de obligarle a contentarse con la penalización de consumaciones *materiales* y sus correspondientes tentativas. De hecho, la manía de la anticipación del delito es en el derecho penal moderno un problema, a cuya génesis, sin embargo, no es ajena la tesis del derecho penal como protección de bienes jurídicos: si de lo que se trata es de la protección de bienes jurídicos, entonces esta protección se querrá efectiva, y desde esta perspectiva no se entendería la renuncia a penalizar las conductas generadoras de un peligro abstracto" (pp. 52 y 161 y 162, respectivamente).

valores ético-sociales de acción mediante el derecho penal. En efecto, para WELZEL, "la tarea primaria del derecho penal no es la protección actual de bienes jurídicos [...] porque para ello [...] llega generalmente demasiado tarde. Más esencial que la protección de los concretos bienes jurídicos individuales es la tarea de mantener segura la vigencia real (cumplimiento) de los valores de acción de la actitud jurídica. Ellos son el más sólido fundamento que conlleva el Estado y la sociedad. La mera protección de bienes jurídicos sólo tiene una finalidad de prevención negativa [...] Por el contrario, la más profunda tarea del derecho penal es de naturaleza ética-social positiva"[33], y –por ello, concluye WELZEL– "la pretensión de asegurar los bienes jurídicos (o sea, la vigencia de los valores de acción) es más importante que alcanzar en el caso concreto un resultado positivo"[34].

Como puede verse, WELZEL compagina dos aspectos concretos, a saber: el mantenimiento del sistema a través de los valores éticos esenciales de la sociedad y la protección de los bienes jurídicos. Los primeros son objeto de tutela inmediata, mientras que la protección de los bienes jurídicos queda relegada, en la construcción welzeliana, a un segundo plano: sólo protegiendo los valores ético-sociales se garantiza mediatamente su indemnidad. Como puede observarse, WELZEL rechaza en parte la postura tradicional (referida únicamente a bienes jurídicos), al introducir en su concepción elementos de tutela primaria necesarios para el mantenimiento del sistema; pero, por otro lado, no desvincula

---

33 WELZEL, *Das deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung*, 11. Aufl., Berlin, Walter de Gruyter, 1969, p. 3; ya antes, por ejemplo, ID. "Über den substantiellen Begriff des Strafgesetzes", en *Probleme der Strafrechtserneuerung*, Berlin, Walter de Gruyter, 1944, pp. 101 y ss., esp. 107.

34 Ídem. Siguiéndole, en la doctrina española, su discípulo CEREZO MIR, quien escribe: "La función del derecho penal no puede limitarse [...] como ha puesto de manifiesto WELZEL a una protección actual de los bienes jurídicos, pues para ello llega generalmente demasiado tarde [...] La función del Derecho penal consiste esencialmente en el fomento del respeto a los bienes jurídicos. Para fomentar el respeto a los bienes jurídicos, el derecho penal ha de tratar de obligar a los ciudadanos en su conciencia, por su contenido valioso, de habituarles a su cumplimiento (mediante su continuidad) y de apelar, incluso, a sus intereses egoístas por medio de la coacción [...] En la selección de los bienes jurídicos tutelados por el derecho penal y especialmente en la determinación del ámbito de protección de estos bienes jurídicos desempeñan un papel decisivo las concepciones ético-sociales, jurídicas y políticas dominantes en la sociedad en un momento determinado. Las concepciones ético-sociales desempeñan un papel primordial, pues el derecho penal castiga generalmente como delito las infracciones más grave de las normas de la ética social". Cfr. JOSÉ CEREZO MIR. *Curso de derecho penal español, Parte general*, I, *Introducción*, 5.ª ed., basada en el nuevo Código Penal de 1995, Madrid, Tecnos, 1996, p. 15; en sentido semejante, ALICIA GIL GIL. "Función ético-social en el derecho penal", en *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al Profesor doctor don José Cerezo Mir*, Madrid, Edit. Tecnos, 2002, pp. 9 a 35, quien defiende la doctrina de la prevención general positiva como reafirmación de los valores ético-sociales, sin prescindir de la protección de bienes jurídicos.

este cometido de la protección de los bienes jurídicos, a los que concede una importancia secundaria. Lo que en realidad viene a hacer WELZEL es ampliar el ámbito de valores protegidos por el derecho penal (que incluiría no sólo –media-tamente– los bienes jurídicos, sino además –primariamente– los valores éticos-sociales de acción o mínimo ético: *neminem laedere*[35]), con lo cual acentúa la *fictio iuris* antes aludida de pretensión formalista de defensa de unos bienes o valores, protección entelética que queda igualmente en entredicho cada vez que se realizan injustos punibles, que ponen de manifiesto que esa función del derecho penal ni se ha realizado ni ha sido, en consecuencia, eficaz[36].

2. VIGENCIA DE LA NORMA Y FUNCIONALISMO: EL CONCEPTO DE FUNCIÓN (FUNCIÓN MANIFIESTA Y FUNCIÓN LATENTE)

Sin embargo, y al margen de otros significativos antecedentes parciales[37], no es sino con la obra de JAKOBS que la desvinculación entre sistema jurídico-penal y estructuras reales del ser encuentra su mayor y más acentuada manifestación, mediante la configuración de una sugerente concepción libre de prejuicios empiristas. Para este autor difícilmente puede explicarse la dinámica delito/pena en base a criterios ontologicistas, y por ello propugna un sistema caracterizado por un progresivo e integral proceso de desontologización, funcionalización y normativización de los conceptos e instituciones jurídico-penales, sobre la base del entendimiento del sistema del derecho penal como sistema normativo parcial, como subsistema del sistema social, y en el que los influjos

---

35 Según la concepción aplicada por RUDOLPH VON IHERING al campo del derecho y desarrollada sugerentemente por GEORG JELLINEK. *Die sozialetische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe*, Hildesheim, Georg Olms Verlagsbuchhandlung, 1967 (reprografischer Nachdruck der Ausgabe Wien 1878), pássim, esp. pp. 56 y ss., 91 y ss.

36 Otras consideraciones críticas en torno a la supuesta función ético-social del derecho penal pueden verse, recientemente, en MIGUEL POLAINO NAVARRETE. "Naturaleza del deber jurídico y función ético-social en el derecho penal", en *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo*, cit., pp. 109 a 134.

37 Varios autores, como CALLIESS, AMELUNG o HASSEMER, desde posiciones más o menos cercanas al funcionalismo, desarrollan sugerentes concepciones propias, basadas en un entendimiento dialéctico del fenómeno criminal, que permite vislumbrar de cerca la perspectiva social del actuar delictivo y que, a la postre, se separa –aunque no siempre se desvincula– de presupuestos ontologicistas. Algunas de las propuestas de estos autores guardan semejanza con el funcionalismo jakobsiano. No nos podemos detener en un análisis comparativo. Más adelante, en el texto de este mismo trabajo, añadiremos alguna referencia más precisa. Para una mayor información, puede verse, sobre el primer autor, SANTIAGO MIR PUIG. *Introducción a las bases del derecho penal*, Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1976, pp. 82 y ss., 88 y ss.; sobre el último, JENS CHRISTIAN MÜLLER-TUCKFELD. *Integrationsprävention. Studien zu einer Theorie der gesellschaftlichen Funktion des Strafrechts*, Frankfurter kriminalwissenschaftliche Studien 61, Fankfurt am Main, Peter Lang, 1998, pp. 69 y ss.

de la filosofía idealista hegeliana y de la moderna teoría luhmanniana de los sistemas sociales son más que evidentes.

El lastre de la herencia ontologista en el sistema jurídico-penal queda definitivamente superado con la concepción funcionalista. Aunque sobre esta asignación de etiquetas también habría algo que decir. Es cierto que, al igual que acontece –según vimos– con el concepto "prevención general positiva", la falta de uniformidad conceptual en torno a la noción de funcionalismo ha determinado que se designen como funcionalistas doctrinas muy diversas, lo cual lleva a desdibujar los contorno de tal denominación. Así, por ejemplo, es usual el considerar el sistema teleológico político-criminal de ROXIN y sus discípulos y seguidores como "funcionalismo moderado", frente a la posición de JAKOBS, que encarnaría el "funcionalismo radical"[38]. Dicha clasificación no deja, en realidad, de ser arbitraria, pues arbitrario es el uso que se hace del término "funcionalismo". Lo mismo puede decirse de la identificación del funcionalismo con otras propuestas de cuño racional-final o teleológico –a las que el propio ROXIN[39] atribuye el calificativo de funcionalistas– como las del mismo ROXIN, la de JAKOBS, la de SCHMIDHÄUSER o la de RUDOLPHI. O, en general, de la designación como funcionalistas de las doctrinas orientadas a los fines de la pena[40]. Una ampliación tan desmesurada del significado del significante "funcional" o "funcionalista" puede acarrear el riesgo, no sólo de desnaturalizar los límites de tal denominación, sino también –como ha resaltado, con sagacidad no exenta de un punto de ironía, GUILLERMO ORCE[41]– de llegar al extremo de tener que

---

38 Cfr. dicha clasificación, por ejemplo, en JESÚS MARÍA SILVA SÁNCHEZ. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Barcelona, José María Bosch Editor, 1992, p. 70, quien afirma que "si bien probablemente cabe calificar al funcionalismo de JAKOBS como "funcionalismo radical", mientras que el de ROXIN y su discípulos sería más bien "moderado", lo decisivo en la distinción de ambas corrientes no es, pese a todo, el aspecto metodológico, sino que aparece constituido por la concepción acerca de la misión del derecho penal".

39 Recientemente, por ejemplo, en su *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Band I, "Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre", 3. Auflage, München, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1997, § 7/23 y ss. (*Derecho penal, parte general*, t. I, "Fundamentos. La estructura de la teoría del delito", traducción española de la 2.ª ed. alemana por DIEGO-MANUEL LUZÓN PEÑA, MIGUEL DÍAZ Y GARCÍA-CONLLEDO y JAVIER DE VICENTE REMESAL, Madrid, Edit. Civitas, 1997, pp. 203 y ss.); también su discípulo BERND SCHÜNEMANN. "Einführung in das strafrechtliche Systemdenken", en ID. (hrsg.). *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, Berlin y New York, Walter de Gruyter, 1984, pp. 1 a 68 (45 y ss., 54 y ss.) (de este libro existe edición española a cargo de SILVA SÁNCHEZ, Madrid, Tecnos, 1991).

40 Como hace, por ejemplo, JOSÉ DE SOUSA E BRITO, en su trabajo "La inserción del sistema pena entre la jurisprudencia de conceptos y una (di)solución funcionalista", en traducción de M.ª TERESA CASTIÑEIRA, en *Fundamentos de un sistema europeo de derecho penal. Libro homenaje a Claus Roxin*, Barcelona, José María Bosch Editor, 1995, y resalta críticamente GUILLERMO ORCE. "A propósito de 'Culpabilidad y Prevención', de GÜNTHER JAKOBS", en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, n.º 9, *ad hoc*, Buenos Aires, Vilella Editor, pp. 271 a 296 (272).

41 Cfr. ídem.

admitir que "prácticamente todo autor que haya escrito sobre la teoría del delito y haya incluido un capítulo sobre la pena sería funcionalista", añadiendo que "sucede simplemente que eso no es funcionalismo".

En efecto, JAKOBS acepta como punto de partida el concepto de función mayoritariamente empleado por la doctrina sociológica (gracias a las aportaciones de RADCLIFFE-BROWN[42], depuradas y ampliadas por PARSONS[43] y –posteriormente– por LUHMANN), que designa con tal vocablo "las prestaciones que, desde el punto de vista de su aportación (resultan necesarias) para el mantenimiento de un sistema social"[44]. Es decir, se trata de cualquier elemento que *en sí* cumple un cometido estabilizador del sistema, y por ello –en ese sentido– resulta funcional para el mismo[45], y por ende es el punto de partida para la "valoración de la equivalencia de las diferentes soluciones de problemas"[46].

Cuando JAKOBS sitúa como punto central de su construcción la vigencia de la norma, o cuando afirma que la prestación que el derecho penal lleva a cabo en el seno del sistema consiste en "contradecir la contradicción de las normas determinantes de la identidad de la sociedad"[47], o cuando afirma que –con independencia de su quebrantamiento– la norma sigue teniendo vigencia precisamente por imponerse la pena, etc. está tratando con términos e institucio-

---

42 A. R. RADCLIFFE-BROWN. "On the Concept of Function in Social Science", en *American Anthropologist*, 37, 1935, pp. 395 a 402.

43 TALCOTT PARSONS. *Essays in Sociological Theory, pure and applied*, Glencoe, Ill., 1949, pp. 22 y 23; ID. *The social system*, Glencoe, Ill., 1951, pp. 21 y 22, para quien los sistemas son sistemas de acción dependientes entre sí, y relativamente invariables en relación al medio ambiente, o sea, son relativamente independientes de las variaciones en el ambiente. Por ello, la no vinculatoriedad del sistema jurídico a la realidad y la concepción de la pena como concepto funcional que contribuyen al mantenimiento de la estructura social.

44 Así la definición del término "función" ofrecido por NIKLAS LUHMANN, *s. v.* "Funktion IV", en *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, herausgegeben von JOACHIM RITTER, völlig neuebearbeitete Ausgabe des 'Wörterbuchs der Philosophischen Begriffe' von RUDOLF EISLER, Band 2: D-F, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1972, S. 1141-1142 (1141), y al que se remite expresamente JAKOBS. "Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und 'alteuropäischem' Prinzipiendenken. Oder Verabschiedung des 'alteuropäischen' Strafrechts?", *ZStW*, Band 107, Heft 4, 1995, pp. 843 y ss. (*Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*, MANUEL CANCIO MELIÁ y BERNARDO FEIJÓO SÁNCHEZ (trads.), Cuadernos de Conferencias y Artículos n.° 13, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996, p. 10).

45 Como resalta LUHMANN, "las ciencias sociales, en especial la sociología y la antropología, con apoyo en los métodos de investigación de la Biología, han desarrollado un concepto de función libre de finalidad: funcional es una prestación en tanto que sirve para el mantenimiento de una unidad compleja estructurada de un sistema": cfr. "Funktion und Kausalität" (1962), en ID. *Soziologische Aufklärung. Aufsätze zur Theorie sozialer Systeme*, Köln y Opladen, Westdeutscher Verlag, 1970, pp. 9 a 30 (10).

46 LUHMANN. *Zweckbegriff und Systemrationalität. Über die Funktion von Zwecken in sozialen Systemen*, Tübingen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1968, p. 123.

47 Cfr. ídem.

nes netamente funcionales, y –por ello– su doctrina merece ser calificada de funcionalista, a diferencia de otras propuestas doctrinales de cuño teleológico-racionalista o valorativo-finalista. Y con ello no hace sino acercarse al concepto de función aceptado unánimemente en el funcionalismo sociológico, tras desechar la clásica noción dominante en la época de DURKHEIM que emparentaba el concepto de función con criterios teleológicos[48]. Y ello porque –como dice LUHMANN– "una teoría sociológica de los sistemas sociales no puede definir ya más el concepto de función a través de la noción de fin, si quiere problematizar también la función de los fines"[49].

En todo caso, el concepto funcionalista de función alude a toda "prestación para el mantenimiento de un sistema", y –con ello– a la "solución de problemas sistémicos" y al "fomento de la integración o adaptación a un sistema". Y este concepto de función es aceptado por JAKOBS, quien en algún trabajo reciente también distingue –de nuevo de la mano de la doctrina sociológica[50]– entre *función manifiesta o abierta* y *función latente* de la pena[51], que encuentran diferentes destinatarios[52]. La primera alude a las consecuencias conocidas y perseguidas para la realización de determinadas condiciones del sistema; la segunda, por el contrario, a consecuencias que, aun siendo idóneas para el equilibrio del sistema, no se prevén ni se conocen con antelación.

Desde esta perspectiva, la *función manifiesta* de la pena radica, precisamente, en el efecto estabilizador que cumple la pena, esto es, en la propia reafirmación de la vigencia de la norma: se trata, pues, como apunta JAKOBS, de un *efecto confirmante*[53]. La *función latente* se identifica, por el contrario, con ciertos efec-

---

48 Cfr. LUHMANN. "Funktionale Methode und juristische Entscheidung", 1969, en ID. *Ausdifferenzierung des Rechts. Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 1999, pp. 273 a 307 (274 y 275).

49 Cfr. ibíd., p. 275.

50 Cfr., entre otros, ROBERT K. MERTON. *Social theory and social structure*, 8.ª ed., 1963, pp. 19 y ss., esp. 60 y ss.; HANS RYFFEL. *Rechtssoziologie. Eine systematische Orientierung*, Darmstadt, Luchterhand, 1974, pp. 254 y ss.

51 Crítico con tal distinción, POLAINO NAVARRETE. *Derecho penal, Parte general*, t. I, cit., pp. 201 y ss., quien –sobre criticar la "considerable imprecisión" de tales conceptos– señala que tales conceptos "no pueden concebirse por separado, siendo sólo cognitivamente separables: en la realidad, la función manifiesta (confirmación de la identidad social) únicamente puede alcanzarse mediante las funciones latentes (marginalización del acto lesivo de la norma, y otros efectos adyacentes, como la intimidación, etc.)" (p. 208).

52 Cfr. JAKOBS. "La ciencia del derecho penal ante las exigencias del presente", TERESA MANSO PORTO (trad.), en *Estudios de derecho judicial*, n.º 20, Escuela Judicial, CGPJ, Galicia, Xunta de Galicia, Escuela de verano del Poder Judicial, 1999, pp. 119 y ss., en concreto pp. 135 y ss. (también en la colección Cuadernos de Conferencias y Artículos n.º 24, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000, pp. 27 y ss.).

53 Ibíd., p. 28.

tos preventivos derivados de la pena, pero que no integran estrictamente su función integradora: se trataría, pues, de ciertos efectos asociados a la idea de *prevención general positiva* (ejercicio de la fidelidad al derecho, reforzamiento de la confianza de los ciudadanos en la norma, etc.), así como otros efectos preventivos (de prevención negativa: intimidación; de prevención especial: resocialización, etc.). En todo caso, ya la constatación y confirmación de la identidad de la sociedad constituye la *función* de la pena, y –por ello– "la sanción no tiene un fin, sino que ella misma es consecución de un fin (*Zweckerreichung*), *scil.*, la constatación de la invariable realidad de la sociedad"[54].

Desde esta perspectiva, la función manifiesta constituye el cometido del derecho penal (la estabilización y mantenimiento del sistema), y –por ello– se conecta estrechamente con la *ratio* del derecho, y con la idea de la vigencia de la normas. Las funciones latentes –y no deja de ser arbitrario el empleo, en este contexto, del término "función"– representan no más que consecuencias probables (no seguras) de psicología individual o social, pero no integran propiamente la noción de derecho, y –por ello– no forman parte del concepto de pena. O sea, con independencia de que se produzcan o no estos deseados efectos, la pena ya cumple su función integradora de reafirmación de la vigencia de la norma, que se refiere a la sociedad en su conjunto. Por ello, dice JAKOBS que la función manifiesta, o sea, "el efecto confirmatorio va destinado a *personas*, es decir, a partícipes de la comunicación que son presentados como dispuestos jurídicamente, y, ciertamente, a todos ellos"[55].

3. AUTORREFERENCIALIDAD DEL SISTEMA JURÍDICO

Sobre la base de esta comprensión netamente funcionalista, es lógico que no pueda concebirse suerte alguna de vinculación a las estructuras permanentes del ser, toda vez que la realidad no viene dada, sino que la construye el propio sistema. El derecho –dice LUHMANN– no es sino lo que el derecho diga que es derecho. De acuerdo con la teoría sistémica, el derecho –al igual que la sociedad en la que se integra– es un sistema autorreferencial y autopoiético que se integra de expresiones de sentido, de comunicaciones[56]. Que el derecho sea un

---

54 Cfr. JAKOBS. "Zur Gegenwärtigen Straftheorie", cit., pp. 29 a 40 (36); p. 25 de la trad. cit..

55 Ídem.

56 Cfr. ampliamente, al respecto, GUNTHER TEUBNER. *Recht als autopoietisches System*, Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 1989; y los varios y sugerentes trabajos compilados en *Autopoietic law: A new approach to law and society*, GUNTHER TEUBNER (ed.), Berlin y New York, Walter de Gruyter, 1988, pássim, y en *Sinn, Kommunikation und soziale Differenzierung. Beiträge zu Luhmanns Theorie sozialer Systeme*,

sistema social significa que se caracteriza por el modo operativo de autorreproducción –esto es, autopoiético– que adopta: la comunicación, la expresión de sentido. Por ello, para JAKOBS tanto la infracción de la norma como la pena reafirmadora de la vigencia de la norma son expresiones de sentido, a saber: comunicaciones (prestaciones dotadas de sentido) que expresan algo en la sociedad y coadyuvan al mantenimiento de la estructura social. En el caso de la pena, además, tal prestación desempeña el cometido de reafirmar la identidad de la sociedad, y –por ello– funcionalmente representa una prestación para el mantenimiento del sistema jurídico.

Esa capacidad del propio sistema de dotarse de un mecanismo autopoiético de producción constituye la *autorreferencialidad* del sistema jurídico, y –por ende– si se acepta que la única operación social es la comunicación ésta ha de ser autorreferencial, pues –como gráficamente afirma LUHMANN– *sólo la comunicación comunica*[57]. Ello significa que, al igual que los seres vivos pueden reproducirse por medio de células –campo éste de la biología del cual toma LUHMANN el concepto de autopoiesis[58]–, el derecho, en tanto (sub)sistema social, se dota de elementos sistemáticos propios capaces por sí mismos de configurar (crear, modificar, reproducir, etc.) su propia estructura social, creando sus propios elementos integrantes, y manteniendo sólo aquellos que resulten funcionales, esto es, necesarios para el mantenimiento de la estructura social en un tiempo determinado, y deshaciéndose de aquellos otros que entorpezcan por su disfuncionalidad la estabilización o el mantenimiento de la estructura sistémica. El derecho se concibe, en consecuencia, como un sistema opera-

---

Herausgegeben von HANS HAFERKAMP y MICHAEL SCHMID, Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 1987.

57 Cfr., sobre este particular, CARLOS GÓMEZ-JARA DÍEZ. "Die Strafe: eine Systemtheoretische Beobachtung", manuscrito, 2002, pp. 4 y ss. (en prensa), con citas a LUHMANN.

58 En efecto, el término "autopoiesis" se debe al biólogo chileno HUMBERTO MATURANA, y a su discípulo FRANCISCO VARELA, y designa originariamente el modo operativo de autorreproducción de los sistemas vivos. Dichos sistemas vivos se caracterizan por la capacidad de producir y reproducir por sí mismos los elementos que los integran, definiendo su propia unidad, su propia organización y su propia estructura. Este modo de autorreproducción es llevado a cabo por células, que son elementos integrantes de los sistemas vivos, y se realiza en el interior del mismo sistema.
Sobre este concepto, más extensamente, LUHMANN. "Autopoiesis als soziologischer Begriff", en *Sinn, Kommunikation und soziale Differenzierung. Beiträge zu Luhmanns Theorie sozialer Systeme*, Herusgegeben von HANS HAFERKAMP y MICHAEL SCHMID, Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 1987, pp. 307 a 324, así como los trabajos de SCHMID, HAFERKAMP, TEUBNER y BERGER contenidos en el mismo volumen (pp. 25 y ss., 51 y ss., 89 y ss., 129 y ss., respectivamente). Recientemente, en un sugerente libro póstumo titulado *Einführung in die Systemtheorie*, explica gráficamente LUHMANN el origen del empleo de la palabra "autopoiesis" por MATURANA. Cfr. LUHMANN. *Einführung in die Systemtheorie*, DIRK BAECKER (Hrsg.), Heidelberg, Carl-Auer-Systeme Verlag, 2002, pp. 110 y 111.

tivamente cerrado, que se rige por el código justo/injusto. La autorrefencialidad del sistema jurídico, o –en general– de cualquier sistema, implica la existencia de sistemas con "la capacidad de establecer relaciones consigo mismos, y de diferenciar estas relaciones de las relaciones con su entorno"[59]; y que tal operación de mantenimiento (*Erhaltung*), estabilización (*Stabilisierung*) o diferenciación (*Ausdifferenzierung*) se realice *dentro* del sistema o *para sí mismo* significa que "es independiente del modo de observación de otros"[60]; y ello –a su vez– representa que la unidad objeto de la autorreferencia "se debe construir y no preexiste como individuo, como substancia, como idea de la propia operación"[61]. A esta perspectiva constructivista subyace la pretensión luhmanniana de fundamentar una *ontología de la diferencia*, si se quiere denominarla así, como hace el propio LUHMANN, que se opondría a los tradicionales conceptos de ontología.

Sobre la base de esta "autosuficiencia" de la que habla JAKOBS, las operaciones de autorreproducción tienen lugar en el seno del sistema, en el plano comunicativo; de ahí que no puedan aprehenderse empíricamente: son, pues, operaciones intrasistemáticas que, aunque mantienen relaciones con el entorno y con otros sistemas, se hallan básicamente diferenciadas de ellos: si no, no serían sistemas, ni los otros entorno ni, a su vez, sistemas diversos. Precisamente por ello, el entendimiento de la función (prestación funcional) que el derecho desempeña en el sociedad se halla plenamente desvinculado de las estructuras ontológicas, que se mueven en un nivel de abstracción ciertamente distinto, y que *per se* no forman parte de la sociedad sino –en su caso– de su entorno. Es decir: *toda la realidad la construye el propio sistema, y no preexisten elementos al mismo*. Por ello, desde esta perspectiva sistémica, puede concluirse que la vigencia de la norma informa la tarea de protección del sistema jurídico en su conjunto, a la vista de las expectativas sociales descritas en las normas penales.

---

59 Cfr., por ejemplo, LUHMANN. *Soziale Systeme. Grundriß einer allgemeinen Theorie*, Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 1987, p. 31 (el primer capítulo –"System und Funktion"– de esta programática obra, esencial para comprender la teoría luhmanniana, está traducido al castellano y publicado como monografía bajo el título *Sociedad y sistema: la ambición de la teoría*, SANTIAGO LÓPEZ PETIT y DOROTHE SCHMITZ [trads.], introducción de IGNACIO IZUZQUIZA, Barcelona, Buenos Aires y México, Ediciones Paidós, I. C. E. de la Universidad Autónoma de Barcelona, 1990 [1ª. reimpr. 1997], p. 44; una traducción al castellano de la obra completa está publicada en México).

60 LUHMANN, cit., p. 58; trad. cit., p. 88.

61 Ídem.

4. ALGUNAS CRÍTICAS

Desde esta perspectiva, es plenamente coherente explicar la prestación que el derecho penal lleva a cabo en la sociedad de manera positiva, cifrando dicha prestación precisamente en el valor de reafirmación de la vigencia que la norma sigue manteniendo con independencia de su eventual lesión, o lo que es lo mismo, en el hecho de que el programa social de expectativas normativas contenidas en una norma penal sigue siendo vigente aun a pesar de que existan programas subjetivos que desautoricen su valor y su vigencia. La prestación del derecho como vigencia de la norma consiste, pues, en la protección del sistema jurídico a través de las condiciones de vigencia de la norma. Este planteamiento no está, empero, exento de consideraciones críticas. Entre ellas pueden destacarse esencialmente dos, a saber: en primer lugar, el hecho de que no deja de resultar paradójico que el derecho adopte como objeto de protección la vigencia del mismo derecho, esto es, que la prestación que lleve a cabo el sistema jurídico sea su propio mantenimiento; en segundo término, el acriticismo o neutralidad valorativa de una concepción funcionalista como la presente. Muy brevemente nos ocuparemos de estas dos objeciones.

a. ¿AUTOPROTECCIÓN DE LA NORMA?

Empecemos por la primera. Ella supone, en realidad, una crítica al sistema en su conjunto. De la exposición hasta ahora realizada queda claro el punto de partida sistémico-funcionalista de la doctrina jakobsiana. La pena, para JAKOBS, cumple una prestación esencial para el sistema, a saber: contribuye a su mantenimiento o estabilización reafirmando la vigencia de la norma. Por ello, su concepción es funcional y –asimismo– el sistema del que parte se caracteriza por la capacidad de entablar diferencias con el entorno y con otros sistemas. La autoprotección del derecho, o –si se quiere– la protección del sistema jurídico mediante la protección (mantenimiento, estabilización) de las condiciones de vigencia de la norma es esencia, pero también requisito, de la autorreferencialidad del propio sistema. Por ello, su (aparente) paradojismo se explica en esta circularidad operativa: el sistema no puede concebirse sin la estabilidad de sus normas (la sociedad es acuerdo normativo), pero no puede haber estabilidad normativa si no existe ese modo autopoiético de reproducción y estabilización.

Claro que pueden hacerse críticas de forma y de fondo a tal planteamiento funcionalista, pero ello implica atacar las bases fundamentales, los puntos de partida de tal concepción, o lo que es lo mismo, supone hablar un lenguaje radicalmente diverso, y entonces ya no es posible la comunicación. Sólo de la

manera expuesta (en su texto y contexto funcionalista) queda perfilado el concepto de vigencia de la norma en su más pura dimensión, dentro de este sistema. Se puede entender de otro modo, pero entonces se mueve uno en un nivel de abstracción diferente y, por ello, no hablamos de la misma cosa.

Por ello, cuando POLAINO NAVARRETE afirma, de manera coherente con la línea de su exposición, que "difícilmente puede tratarse (*scil.* la vigencia de la norma) de un 'fin' perseguido por la propia norma"[62], o –más enérgicamente– que "*la vigencia de la norma no puede ser nunca un 'fin' de la propia norma*: es, por supuesto, una *consecuencia* de la aplicación de la norma, pero no el fin de ésta"[63], simplemente está empleando un lenguaje diverso, que impide el entendimiento entre ambas posiciones: mientras JAKOBS habla de función en el aludido sentido de la prestación para el mantenimiento del sistema (y, en tal sentido, es plenamente coherente con su sistema el afirmar que la pena cumple la misión o consiste en reafirmar la vigencia de la norma), POLAINO habla de "función de la pena (o del derecho penal)" en el sentido más habitual entre los teóricos del derecho penal, relacionado con el "fin" o "finalidad" a que se encamina la imposición de tal pena. Desde la perspectiva del autor español, es plenamente coherente la crítica. Sólo que no cuestiona *per se* el que el mantenimiento de la vigencia de la norma sea una "función" (en sentido funcionalista) del derecho penal, sino que desde una posición teleológica (en la que "función" se equipara a los "fines de la pena") sería incoherente defender una postura como la que JAKOBS defiende en un sistema diferente.

b. ACRITICISMO HACIA LA CONSTITUCIÓN DEL SISTEMA: EN CONCRETO, FUNCIONALISMO Y AUTORITARISMO POLÍTICO

Por lo demás, la primera crítica nos lleva a la segunda. Pues, en el fondo, lo que se quiere señalar con la primera objeción es que la autoprotección del derecho resulta paradójica si no se alude también –y quizá prioritariamente– a un sistema concreto de valores. Y ello es, precisamente, el objeto general de la segunda objeción, a saber: que el funcionalismo adolece de neutralidad valorativa, en tanto se convierte al sistema (los sistémicos dirían: el sistema se convierte a sí mismo) en algo aséptico, acrítico, y en él interesa mantener el *statu quo*, la constitución o la identidad social tal como se presenta o se construye, sin posibilidad de cambio alguno. Esta crítica se basa en un malentendido o, directamente,

---

62 Cfr. POLAINO NAVARRETE. *Derecho penal, Parte general*, t. I, cit., p. 126.
63 Cfr. ídem.

en el empleo de un esquema totalmente diferente que, del mismo modo, impide arribar a comunes soluciones. El propio JAKOBS reconoce que una de las más frecuentes objeciones que suele hacerse a su doctrina es la de afirmar que "le falta un punto de partida crítico hacia el sistema"[64], y afirma que dicha objeción no carece de razón. En su recensión a un texto fundamental de JAKOBS, y refiriéndose no sólo a la concepción jakobsiana sino, igualmente, al funcionalismo de PARSONS y LUHMANN, ha formulado MIR PUIG[65] la presente crítica en los siguientes términos:

> Parten (*scil.* las doctrinas mencionadas) del sistema social existente, sin cuestionarlo, para determinar lo que es *funcional o disfuncional* para el mismo –no para un sistema social deseable–; y lo hacen sin tomar en consideración los valores materiales que caracterizan al sistema social, sino sólo su estructura *formal*. Esto último evita la admisión expresa de los valores del sistema social existente, pero es precisamente lo que excluye la alusión a alguna referencia material que permita la crítica. A mí me parece preferible una teoría social que ponga al descubierto los valores de nuestra sociedad. No basta con decir que es lícito empezar por "comprender lo que hay antes de pasar a la crítica", como hace JAKOBS. Para *comprender* completamente lo que hay no es suficiente explicar su estructura formal, dejando fuera su contenido de valores[66].

En consonancia a la crítica sobre la neutralidad valorativa o el acriticismo de un sistema funcionalista como el de JAKOBS, suele afirmarse que la concepción funcionalista peca de un excesivo "formalismo"[67] y que, en definitiva, "erige una fachada de argumentaciones circulares, (que) necesariamente ha de rellenar el vacío mediante puras decisiones"[68]. Y, a un paso de estas críticas, no es

---

64 Cfr. JAKOBS. Prólogo a la versión española de *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*, cit., p. 11.

65 Cfr. SANTIAGO MIR PUIG. Recensión a JAKOBS. *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*, en *RDPC*, 2.ª época, n.º 2, julio 1998, Madrid, UNED, 1998, pp. 445 a 455.

66 Cfr. ibíd., p. 447.

67 Así, por ejemplo, la crítica de HANS-JOACHIM HIRSCH. "Das Schuldprinzip und seine Funktion im Strafrecht", en *ZStW*, Band 106, 1994, pp. 746 y ss. (753).

68 En este sentido, p. ej., BERND SCHÜNEMANN. "Kritische Anmerkungen zur geistigen Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft", en *GA*, 5 / 1995, pp. 201 y ss. (221) (hay versión española: *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana*, Colección de Estudios n.º 7, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996, p. 48); en similar sentido, ID. "La relación entre ontologismo y normativismo en la Dogmática jurídico-penal", en *Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminología*, Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2001, pp. 643 a 663 (644 y ss., 649 y ss.), quien –en una vehemente exposición– caracteriza el pensamiento de JAKOBS como "'normativismo libre de empirismo', a diferencia del normativismo teleológico de creación roxiniana" (p. 645), lo tacha de "teoría antiempirista" (p. 646), de caer en un "mero círculo vicioso, que se ha convertido en irreconocible detrás de una terminología frecuentemente eso-

infrecuente toparse con afirmaciones del tenor de que una concepción funcionalista como la que defienden LUHMANN o JAKOBS resulta excesivamente conservadora, y que –por mor de su abstracción teórica– puede legitimar tanto sistemas democráticos como concepciones políticamente autoritarias o dictatoriales.

Brevemente nos ocupamos a continuación de las críticas anteriores. Ellas contienen, en puridad, una verdad a medias, pues metonímicamente toman la parte por el todo, despreciando el contexto global en el que se integran, con lo que se desnaturaliza en no poca medida el sentido integral de su significación. Cuando se afirma, por ejemplo, que la concepción funcionalista, al describir el delito como la rebelión contra la norma, peca de formalismo se desconoce, por un lado, que tal concepción no es más formalista que el definir la función del derecho penal como protección de bienes jurídicos, pues hasta que la sociedad (el Estado, el legislador) determine qué se debe proteger, esto es, qué bienes son dignos y merecedores de protección penal no se concreta absolutamente nada, quedando, pues, la descripción en un mismo nivel de abstracción, y –por tanto– de formalismo[69]; por otro lado, se desconoce igualmente que la norma no es una mera categoría formal, vacua o vacía, sino que tiene un sentido. Y que si existe como tal norma en la sociedad es porque existe una expectativa (*Erwartung*) que hay que proteger. Si no, no existiría la norma, ni tampoco la sociedad, que no es más que el resultado de un proceso de selección de referencias de sentido (*Sinnverweisungen*) integrada de comunicaciones.

La objeción de que la concepción funcionalista hace caer en argumentaciones circulares que han de ser rellenadas de un puro decisionismo no es menos inconsistente que la que la acusa de formalidad, y no deja de sorprender que tal crítica provenga de autores que defienden, desde posiciones más o menos naturalistas, que la función del derecho penal consiste en proteger bienes jurídicos. En primer lugar, circular es el razonamiento o la definición que relaciona dos elementos que se explican recíprocamente[70]. Desde esta perspectiva, la

---

térica para los entusiastas" (p. 647), lo que remarca su "carácter circular ya en el nivel fundamental del sistema actual de derecho penal" (p. 647), de "dejar de lado por completo en la dogmática jurídico-penal toda argumentación que pueda ser demostrable empíricamente, ya que la pena en su teoría (*scil.* la de JAKOBS) no está dirigida a fines concretos" (p. 648), etc., de modo que "el normativismo radical, tal como se nos presenta en la nueva versión del sistema penal de JAKOBS, constituye [...] un callejón sin salida en la dogmática jurídico-penal" (p. 652).

69 En el mismo sentido la réplica de JAKOBS. "Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und 'alteuropäischem' Prinzipiendenken", cit., pp. 847 y 848, nota 10; trad. cit., p. 16.

70 REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la Lengua Española*, *s. v.* "circular", 22.ª ed., Madrid, Espasa Calpe, 2001.

circularidad de las argumentaciones no parece presentar mayores problemas, no ya si se comparte, sino incluso si se admite que el punto de partida de la teoría sistémica es el concebir la sociedad como sistema operacionalmente encerrado integrado de comunicaciones, y en el que la autopoiesis es el modo autoproductivo mediante el cual se dota de una estructura social. Necesariamente habrán de presentar tales operaciones de relación la característica de la circularidad pues ponen en conexión dos o más elementos que tienen su razón de ser, precisamente, en la concurrencia del otro. En segundo término, el decisionismo de que se habla implica, de nuevo, desconocer –por una parte– que tal decisionismo aplicado a la doctrina funcionalista no es mayor que el que pudiera existir desde una posición que defienda la protección de bienes jurídicos, y –por otro lado– se obvia la propia autorreferencialidad del sistema. Es éste el que crea su propia estructura y el que lleva a cabo un proceso de selección de las expresiones de sentido, y de las comunicaciones jurídico-penalmente relevantes. Al dogmático del derecho no le compete crear la realidad, ni llenar –en consecuencia– de decisiones un vacío supuestamente producido por una descripción formal de un sistema jurídico.

Por lo demás, la argumentación de que el funcionalismo puede dejar las puertas abiertas para una supuesta justificación de cualquier sistema político, sea democrático o autoritario, es un argumento tendencioso fundado en una premisa profundamente falsa y, en consecuencia, profundamente injusta[71]. Es claro que el sistema –todo sistema– tiende, al menos como punto de partida, a su propia autoconservación, esto es, al mantenimiento de su identidad –de su constitución– tal como se configura, de su *statu quo*, y –por ello– tiende a su estabilización, pues de lo contrario no sería viable el funcionamiento de sistema alguno, que quedaría colapsado antes de su configuración y/o de su existencia. Y esta idea general puede predicarse de cualquier sistema jurídico –también de cualquier otro sistema social– con independencia de la constitución del sistema, y –por ello– con independencia de que tal o cual norma de un concreto sistema nos parezca –le parezca a un observador externo– bien o mal, adecuada o improcedente, etc. Si se analiza la sociedad medieval hallaremos motivos que repugnan a la conciencia de hoy, pero habremos de definirla tal como fue. Lo mismo sucede con un sistema esclavista como el imperante en determinadas épocas del Imperio romano. Claro que algunas de sus normas

---

71 Crítico también con esta lectura en clave política de las teorías de LUHMANN y de JAKOBS, JOSÉ ANTONIO GARCÍA AMADO. "¿Dogmática penal sistémica? Sobre la influencia de LUHMANN en la teoría penal", en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 23, Alicante, 2000, pp. 233 a 264 (236 y ss.).

(desde el *ius vitae necisque* –derecho a la vida y a la muerte– del paterfamilias hasta las penas infamantes) nos pueden parecer trasnochadas e impensables desde la conciencia jurídica de hoy. Pero tales sistemas fueron como fueron porque se dotaron de esas normas que entonces no sólo se aplicaban y conformaban la estructura social, sino que estabilizaban el sistema cuando, como consecuencia de su quebrantamiento, se imponían tales castigos crueles. Constituían a la sazón, pues, expectativas sociales normativizadas, y como tales caracterizaban a la sociedad en que se insertaban. Si no, no hubiera sido esa sociedad sino otra, mejor o peor, pero diferente.

Lógicamente en la determinación de una expectativa normativamente garantizable es esencial la variable temporal –el tiempo, concebido como la observación de la realidad por virtud de la diferencia entre pasado y futuro[72]–, pues todo sistema "se integra de elementos inestables, que sólo duran poco tiempo o que incluso –por ejemplo, las acciones– no tienen una duración propia, sino que desaparecen al tiempo de su aparición"[73]; es decir, "un sistema lo suficientemente estable se compone de elementos inestables; debe su estabilidad a sí mismo, no a sus elementos"[74]. Es lo que LUHMANN denomina *temporalización de la complejidad*[75]. Sobre esta base es evidente la continua evolución en que se halla inmerso el derecho penal, que llevó al profesor TORÍO[76] a afirmar que "la dogmática no es una ciencia en cuanto reflexión exacta, sino constitutivamente inexacta, imprecisa, flexible y abierta, referida a fines y a valores. Esto explica los cambios sincrónicos y diacrónicos del pensamiento jurídico".

Por ello, pueden explicarse los continuos procesos de incriminación y descriminalización de fenómenos sociales. Que en la España de no hace muchas décadas fuera delito el adulterio (y, es más, que discriminatoriamente fuera penado con menor gravedad el adulterio del marido, al que incluso, para más inri, se le daba un nombre diferente: amancebamiento) que el de la esposa podía describirse como acorde a la moral social de la época, en la que la familia ostentaba una primacía fehaciente. La expectativa que existía, para bien o para mal, que esta es otra cuestión, era pues que marido y mujer se comportaran como "buenos padres de familia", etc. Por eso se protegía esa expectativa. Lógicamente la sociedad cambia, porque cambia su estructura, esto es, mutan sus

---

72 Ampliamente, al respecto, LUHMANN. *Soziale Systeme*, cit., pp. 70 y ss., 253 y ss.

73 Ibíd., p. 78.

74 Ídem.

75 Ibíd., pp. 77 y ss.

76 Cfr. ÁNGEL TORÍO LÓPEZ. "Racionalidad y relatividad en las teorías jurídicas del delito", en *ADPCP*, t. XLII, fasc. II, Madrid, mayo-agosto de 1989, pp. 409 y ss.

inestables elementos y mutan con ellos las expectativas sociales normativizadas. Que esa sociedad era así, que tenía esas expectativas, es algo que no puede evitarse desde una teoría que propugna que el derecho penal protege la vigencia de la norma, pero tampoco desde un concepción en la que tutele bienes jurídicos, porque los partidarios de ésta dirían *intrasistémicamente* que ese era un bien socialmente protegible, aunque los más críticos, no describiendo sino observando *extrasistémicamente* tal sistema (o sea, no dogmática sino político-criminalmente) se manifestaran moderada o decididamente escépticos sobre la conveniencia de tal regulación. Pero de ahí a hacer responsable al observador de la composición misma del sistema hay un trecho, pues, como enseña la teoría de los sistemas, "aquel que observa algo debe distinguirse a sí mismo de aquello que observa"[77].

En resumen puede afirmarse que de la exposición anterior se desprenden, al menos, tres consecuencias importantes: 1. En primer lugar, una observación parcial (descriptiva) no puede *per se* legitimar ni deslegitimar sistema alguno; los sistemas se legitiman solos: analizando –mediante un complejo proceso de selección– las expectativas sociales que conforman esa Sociedad, y todo ello por medio de un mecanismo autopoiético de producción y reproducción, atento a las necesidades sociales; 2. En segundo término, y como consecuencia, ni el funcionalismo ni el ontologismo *per se* excluyen –porque no prejuzgan: ni quieren ni pueden hacerlo– la composición de un sistema social, incluso autoritario: tal tarea compete a la propia sociedad (que se crea a sí misma), mas no al observador de la misma. Si la actuación de un dictador de turno resulta disfuncional, será el propio sistema el que lo decida, esto es, seleccionando las expectativas que conforman la sociedad y –en su caso– poniéndose de relieve la arbitrariedad de tal o cual solución, existiendo un desfase entre sistema político y sistema jurídico; 3. Por lo demás, es claro que un observador externo puede opinar sobre la conveniencia o no de tal medida, pero ésta será una opinión extrasistémica, y no será una descripción de lo que hay, sino de lo que debe ser; en otras palabras, no será dogmática sino política criminal. Precisamente por ello, el (supuesto) acriticismo valorativo del funcionalismo no es mayor ni menor, sino plenamente compartido por el ontologismo, y en general por cualesquiera otras propuestas que se muevan en similar grado *dogmático* de abstracción, esto es, de análisis, de descripción de la realidad. Otra cuestión es la labor *polí-*

77 Cfr. LUHMANN. *Einführung in die Systemtheorie*, DIRK BAECKER (Hrsg.), Heidelberg, Carl-Auer-Systeme Verlag, 2002, p. 73: "derjenige, der etwas beobachtet, muss sich selbst von dem, was er beobachtet, unterscheiden".

tico-criminal, como observación no del sistema actual sino del deseado, o sea, no del ser sino del querer o del deber ser[78].

IV. INDIVIDUO VERSUS PERSONA

A. INTERDEPENDENCIA DEL DERECHO PENAL Y DE LA SOCIEDAD

Ya en las páginas anteriores ha quedado puesta de manifiesto la recíproca dependencia entre el sistema jurídico-penal y la sociedad en la que se integra, hasta el punto que no pueden separarse categóricamente una de otra. Como gráficamente ha escrito JAKOBS[79], "la solución de un problema social a través del derecho penal tiene lugar en todo caso por medio del sistema jurídico en cuanto sistema social parcial, y esto significa que tiene lugar dentro de la sociedad. Por lo tanto, *es imposible desgajar al derecho penal de la sociedad*; el derecho penal constituye una tarjeta de presentación de la sociedad altamente expresiva, al igual que sobre la base de otras partes de la Sociedad cabe derivar conclusiones bastante fiables sobre el derecho penal. Por ejemplo, que la máxima pena se imponga por brujería, por contar chistes sobre el *Führer* o por asesinato caracteriza a ambos, al derecho penal y a la sociedad".

Precisamente en este contexto cabe interpretar el concepto funcionalista de persona, que se contrapone al de individuo, de manera coherente con la distinción entre sistema y entorno, entre sociedad y ambiente: la persona participa en la comunicación social, expresa sentido; el individuo, no[80]. O en otras palabras, la persona –definida por su capacidad de seguimiento de la norma– puede infringir su rol de ciudadano fiel al derecho, defraudar una expectativa y poner en entredicho la vigencia de la norma; el individuo (menores de edad,

---

78 Cfr., por ejemplo, JAKOBS. "¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?", en JAKOBS y CANCIO MELIÁ. *El sistema funcionalista del derecho penal*, cit., pp. 43 a 60 (también en *RPDJP*, cit., pp. 151 a 170); cfr., así mismo, JOSÉ ANTONIO GARCÍA AMADO. "¿Dogmática penal sistémica?, cit., pp. 233 a 264 (236 y 237), quien –interpretando a JAKOBS– sostiene que "el derecho penal protege siempre la identidad básica de la sociedad, pero cómo se configure en concreto esa sociedad no depende del derecho penal, por lo que podríamos añadir que la lucha para cambiar esa configuración tiene que ser conscientemente una lucha en otra clave", e irónicamente concluye que "renunciando a describir cómo funciona un elemento de la sociedad no se transforma ese elemento, todo lo más se encubre su verdadero papel bajo un manto de piadosos deseos".

79 JAKOBS. "Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und 'alteuropäischem' Prinzipiendenken", cit., pp. 843 a 876 (846); trad. cit., p. 14.

80 Cfr., por ejemplo, JAKOBS. *Norm, Person, Gesellschaft*, cit., pp. 9 y ss.; ID. "Die Idee der Normativierung in der Strafrechtsdogmatik", cit., pp. 2 y ss.; trad. cit., pp. 2 y ss.

inimputables, etc.) se mueve en un ámbito *extrasocial*, siendo sus acciones comunicativamente irrelevantes, o sea, no son personas en derecho (penal), de manera que sus acciones no son idóneas para participar en la comunicación social, ni pueden –por ello– atacar la vigencia de la norma.

Esta visión funcionalista supone un cambio de paradigma en relación al racionalismo individualista, que concebía al individuo de manera constitutivamente anterior a lo social[81]. El funcionalismo considera que es la propia Sociedad la que crea la persona, asignándole un rol, el cumplimiento de ciertas expectativas. Veamos ahora algunos rasgos de ese cambio de paradigma, en el ejemplo de varias construcciones.

B. CAMBIO DE PARADIGMA: DEL INDIVIDUALISMO AL TRANSPERSONALISMO SOCIALMENTE INTERACTIVO

La clásica idea de la protección de bienes jurídicos pretende poner el acento de la protección jurídica en un determinado sujeto, o –al menos– en un concreto ámbito o aspecto de sujeto determinado (individual o colectivo) ejemplificado en un bien o valor de su propiedad o de su titularidad. Pero interesa, en todo caso, resaltar el preponderante papel que juega en esta construcción doctrinal el titular del bien jurídico protegido en la dinámica de la lesión delictiva: cada delito –todo delito– vulnera un bien jurídico de titularidad individual o colectiva, y –por ello– todo delito exige, además de su autor, un sujeto pasivo cuyo bien o valor resulta menoscabado o, al menos, puesto en peligro. El individualismo es, pues, centro de atención de la tutela penal, que gira en torno al eje de la esfera del individuo jurídicamente garantizada, ante los ataques (lesiones o puestas en peligro) penalmente desvalorados como injustos con que se les conmina.

Frente a esta postura individualista (el bien jurídico como emanación de la individualidad de un sujeto, sea individual o colectivo) se alza la postura funcional-normativista, que lleva a cabo una severa revisión crítica de la doctrina tradicional, representando un auténtico cambio de paradigma en lo que al cometido esencial del derecho penal se refiere. Esta perspectiva, ínsita en la construcción de JAKOBS y sus seguidores, no es patrimonio privativo de la postura defendida por el catedrático de Bonn. Antes bien, la comparten otras diversas construcciones doctrinales, desarrolladas con anterioridad a la obra principal del autor citado, desde posiciones aledañas a la sociología sistémica o funcionalista. Por citar sólo dos ejemplos, en la todavía reciente literatura alemana

---

81 Cfr. GARCÍA AMADO. "¿Dogmática penal sistémica?", cit., p. 234.

baste con la mención de las aportaciones de CALLIESS y de AMELUNG, que aportaron en los años 70 del siglo pasado sólidas propuestas que relacionaban el derecho penal con las estructura social, y todo ello en el marco de la concreta concepción alemana del Estado social y democrático de derecho.

El primero de estos autores, ROLF-PETER CALLIESS, desarrolló, en un sugerente estudio programático publicado en 1974[82], su particular concepción del fenómeno criminal y de la pena como un *proceso dialéctico* o *dialogal* (*Strafe als dialogischer Prozeß*)[83], en la cual –sin prescindir de la referencia al bien jurídico protegido[84], punto de unión entre los tres protagonistas principales en el proceso de interacción social: *Ego* (el autor del delito), *Alter* (la víctima o lesionado por la acción delictiva) y *Dritter* [tercero] (sociedad)[85]– concibe la pena "como un mecanismo social que tiende al mantenimiento y restauración de las posibilidades de comunicación y participación en la sociedad"[86], íntimamente enlazadas a las exigencias, necesidades y postulados del Estado social y democrático de Derecho consagrados en la Constitución[87]. En el fondo, lo que pretende CALLIESS es una fundición o entrelazamiento científico-social de la dogmática del derecho penal con la sociología jurídica, que abra nuevos ámbitos de solución y aporte más coherentes explicaciones en el seno de un mismo sistema social. Lógicamente en este planteamiento son evidentes los influjos de la "teoría sistémica" de LUHMANN (a la sazón catedrático de sociología en Bielefeld), a quien CALLIESS se remite expresamente en algunos de los más representativos pasajes de su obra; y no es gratuita dicha influencia si se tiene en cuenta que el propio CALLIESS era docente en la misma Universidad que el máximo representante del funcionalismo alemán al tiempo de redactar su mencionado escrito.

---

82 Cfr. ROLF-PETER CALLIESS. *Theorie der Strafe im demokratischen und sozialen Rechtsstaat. Ein Beitrag zur strafrechtsdogmatischen Grundlagen-diskussion*, Frankfurt am Main, Fischer Taschenbuch Verlag, 1973; MIR PUIG. *Introducción a las bases del derecho penal*, cit., pp. 82 y ss. (sobre la posición de CALLIESS), 88 y ss. (valiosas aportaciones personales).

83 CALLIESS dedica la mayor parte de su libro al análisis de lo que él, en efecto, denomina "proceso dialogal". Cfr. CALLIESS, *Theorie*, cit., pp. 97 a 195.

84 CALLIESS, si bien resalta –citando en tal sentido a RUDOLPHI, OTTO y SINA– la escasa claridad del concepto de bien jurídico (ibíd., p. 124, cono nota 301), concibe los bienes jurídicos como "mecanismos de comunicación estratégicos y centrales en los sistemas sociales" (ibíd., pp. 130 y ss.), al tiempo que atribuye a la pena y al derecho penal, en igual medida, "la tutela de bienes jurídicos" (ibíd., p. 124) y –con ello– a la tutela de bienes jurídicos y a la teoría de la pena una "función de legitimación" del sistema (ibíd., pp. 123 y ss.).

85 Cfr. ibíd., pp. 124 y 125.

86 Ibíd., pp. 97 y ss.

87 A este concreto aspecto dedica CALLIESS la cuarta (y última) parte de su monografía: ibíd., pp. 199 a 211.

Por su parte, KNUT AMELUNG, en una monografía de sólida fundamentación teórico-sociológica[88], desarrolló una "doctrina de la nocividad o dañosidad social", a la que ya había hecho sugerentes aportaciones décadas atrás el conocido dogmático y político-criminalista FRANZ VON LISZT. A juicio de AMELUNG, partiendo de la idea de que la sociedad es una sistema de interacciones, cuyo mantenimiento se fundamenta en la formación de estructuras y en la institucionalización de normas. Así, concibe al derecho penal como un mecanismo de control social, que desempeña la misión de garantizar la validez de las normas penales dirigidas a regular una sociedad: el ordenamiento penal sólo prohibe el actuar socialmente nocivo. Por ello, la función del derecho penal consiste en ordenar un sistema y en solucionar problemas de sistema, y las normas penales son multifuncionales.

Pero el cambio de paradigma del individualismo al transpersonalismo socialmente interactivo encuentra, de nuevo, en JAKOBS a su máximo exponente. La distinción entre sociedad y ambiente (entre sistema y entorno, entre persona e individuo), que constituye –al decir de LUHMANN– "el punto de partida de todo análisis sistémico-teórico"[89], es también aceptado por el penalista alemán como centro de su sistema. Para él, la sociedad es un sistema (social) que se integra de comunicaciones, de expresiones de sentido. La comunicación es el mecanismo autopoiético característico de la persona, que de este modo se distingue del individuo. Al derecho penal en tanto (sub)sistema social interesan las comunicaciones de aquellos sujetos (personas) que participan en la interacción social, y ello con independencia de que la comunicación sea socialmente (o sea, normativamente) defectuosa (delito), en cuyo caso se desencadena un mecanismo simbólico, la imposición de la pena, que marginaliza el significado de ese hecho aislado y restablece la vigencia de la norma.

Postulados básicos en esta construcción son, resumidamente, los siguientes: la persona se define por el cumplimiento de su rol social, esto es, por la fidelidad al derecho: en palabras de JAKOBS, "persona es a quien se le adscribe el rol de un ciudadano respetuoso con el derecho"[90], y por ello "es persona real aquel cuyo comportamiento resulta adecuado a la norma"[91]. Para ello, dos condiciones son precisas: "el comportamiento debe estar *regido* por las normas

---

88 Cfr. KNUT AMELUNG. *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft. Untersuchungen zum Inhalt und zum Anwendungsbereich eines Strafrechtsprinzips auf dogmengeschichtlicher Grundlage. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der 'Sozialschädlichkeit' des Verbrechens*, Frankfurt am Main, Athenäum Verlag, 1972, pp. 330 y ss.

89 Cfr. LUHMANN. *Soziale Systeme*, cit., p. 35; trad. cit., p. 50.

90 Cfr. JAKOBS. "Zur Gegenwärtigen Straftheorie", en *Strafe muss sein! Muss Strafre sein?*, cit., p. 32; trad. cit., p. 17.

91 JAKOBS. *Norm, Person, Gesellschaft*. cit., p. 99; también en ID. "Zur Gegenwärtigen Straftheorie", cit.

–ningún animal (entendido como parte del medio ambiente) puede ser una persona–, y debe resultar *adecuado* a la norma –ninguna persona asesina–"[92]. Si faltan estas condiciones, el sujeto no se comporta como *persona* (integrante del sistema social), sino como *individuo* (entorno del sistema): no respeta su rol, infringe la norma, realiza una *comunicación defectuosa*[93], y actúa *formalmente como persona pero substancialmente como individuo*, siendo su comportamiento materialmente equiparable a la naturaleza, al medio ambiente.

En esta construcción, el individuo se mueve en el ámbito de la naturaleza, y no denota comunicación social; por ello, mientras la persona es el fiel al derecho, porque acepta las normas como integrantes de la identidad de la sociedad, la naturaleza (el entorno, el ambiente) no delinque, porque no expresa comunicación social (caso de inimputables: niños, locos, etc.). El delito, como comunicación defectuosa, significa que el sujeto infringe su rol de persona en derecho, es decir, *materialmente* se comporta como individuo, expresando su disconformidad con una norma penal, y proponiendo un mundo alternativo, pero *formalmente* sigue siendo persona en derecho[94], y –al imponerse la pena– se restablece la vigencia de la norma, y se pone de manifiesto que ese contraproyecto social carece de validez, y que la norma sigue manteniendo su vigencia como esquema de ordenación social. Por ello, la estabilidad de la sociedad se mantiene con independencia del quebrantamiento de expectativas sociales, al margen de la infracción de la norma.

---

92 Ibíd., p. 99; sin los ejemplos, en ID. "Zur Gegenwärtigen Straftheorie", cit.

93 Cfr. JAKOBS. "Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und 'alteuropäischem' Prinzipiendenken", cit., pp. 843 a 876 (844); trad. cit., p. 11.

94 Cfr., críticamente, POLAINO NAVARRETE. *Derecho penal, Parte general*, t. I, cit., p. 52, quien afirma que "esta explicación (*scil.* la de JAKOBS) de la infracción de la norma es, a nuestro juicio, ciertamente sugerente, pero cuestionable: sobre la base de la distinción entre 'individuo' y 'persona', JAKOBS deriva dos postulados esenciales: la naturaleza (individuo) no delinque y la persona se define por su fidelidad al derecho. Ante este cuadro esquemático, surge de inmediato la duda al tratar de explicar y de fundamentar la dinámica de infracción de la norma. JAKOBS cree resolver el problema extrayendo un concepto, en cierto modo intermedio (que contradice el *tertium non datur* inicial), que compendia la 'formalidad' de la persona con la 'materialidad' del individuo: cuando alguien infringe la norma actúa formalmente como persona pero materialmente como individuo. Bien, pero esta explicación no puede satisfacer plenamente al momento de imponer la pena"; añadiendo que "contradice los dos postulados de los que parte: 1. La naturaleza –el individuo– es incapaz de comunicación, de expresar sentido, de infringir una norma y –por tanto– de sufrir una pena; y 2. La persona es fiel al derecho. La conjunción de ambos conceptos, extrayendo de cada uno de ellos un aspecto concreto, echa por la borda esos postulados, porque a la postre –y al menos en parte– ninguno de ellos es cierto en su totalidad: al final, *formalmente* la persona *no* es fiel al derecho, y *materialmente* el individuo *infringe la norma*. Ahí la distinción entre individuo y persona resulta improductiva a la hora de explicar la defraudación de una expectativa, la dinámica de la infracción de la norma. En resumen: esa distinción es una –posible– *descripción* de la estructura de la sociedad, pero de esa descripción no pueden extraerse consecuencias dogmáticas: una descripción no puede fundamentar ni legitimar el poder estatal de imponer una pena".

V. FUNCIONALISMO TRADICIONAL (ANÁLISIS SISTEMÁTICO) VERSUS FUNCIONALISMO MODERNO (ANÁLISIS FUNCIONAL)

A. GENERALIDADES SOBRE EL MÉTODO FUNCIONAL

Por último, nos ocuparemos brevemente de una cuestión ulterior, no carente de importancia no sólo teórica, relativa al método científico del funcionalismo, la cual –empero– suele ser pasada por alto a menudo por los tratadistas de esta problemática. El método funcional (también denominado problemático-funcional, de equivalentes funcionales, cibernético, o sistémico-teórico, etc.) se diferencia claramente del método clásico científico-causal del ontologismo tradicional, basado en la teoría del conocimiento. La premisa fundamental que como punto de partida se adopta es sensiblemente diversa a la que tradicionalmente se ha adoptado como base de la reflexión jurídico-penal. No se parte ya de una vinculación de ciertas estructuras del ser, ni de la sistematización de los conceptos jurídicos extrayendo (atribuyendo o reconociendo) un *sentido* a las partes de un todo, sino precisamente de una –en palabras de LUHMANN– *ontología de la diferencia*, en la que la substancia se define y se encamina en clave funcionalista, esto es, como elementos de un sistema, cuya función es la conformación de ese sistema social (en este caso, el jurídico), y –por ende– la permanente estabilización de tal sistema cuya estructura esos elementos integran.

Punto de partida del método funcional es, por un lado, que la observación funcional de los elementos del sistema se resuelve a través de la distinción entre problema y solución del problema social (jurídico) que se plantea resolver, y para ello –afirma LUHMANN– "emplea el proceso de relacionar con el fin de comprender lo existente como contingente y lo distinto como comparable"[95]; por otro lado, y como consecuencia, para resolver el problema lo que se pretende es encontrar las posibilidades de *equivalentes funcionales* entre elementos o relacionabilidad de elementos. Precisamente por ello, el método funcional *moderno*, en contraposición al que podría denominarse *tradicional*, supera la mera sistematización de los elementos en partes dotadas de un sentido, y se encamina a la fundamentación problemática por virtud de la comparación entre equivalentes funcionales. Esta diversa metodología encuentra, lógicamente, en la dogmática jurídico-penal nuevas y amplias vías teóricas de explicación de los elementos (y de las relaciones entre ellos) de un sistema, y de ella se derivan no pocas consecuencias prácticas. A continuación veremos, siquiera brevemente, alguna de ellas.

---

95 LUHMANN. *Soziale Systeme.* cit., p. 83.

B. ALGUNAS REPERCUSIONES PARA LA DOGMÁTICA JURÍDICO-PENAL

I. LA EQUIVALENCIA FUNCIONAL ENTRE DELITO Y PENA

Ya en las páginas anteriores se ha puesto de manifiesto la explicación funcionalista de la dinámica de la infracción de la norma, y la señalización de la vigencia de la norma como guía de ese procedimiento. Ello es así, esto es, una pena es adecuada para confirmar la identidad de la sociedad, en tanto que metódicamente exista una proporción o analogía entre quebrantamiento de la norma y la reacción a tal infracción. O, en otras palabras, *cuando delito y pena sean funcionalmente equivalentes.*

La pena como comunicación debe ser *análoga* al delito, concebido también como expresión de sentido, como comunicación. Analogía es la correlación entre dos o más sistemas o elementos de un sistema, y significa en este contexto *proporción*[96], es decir, *equivalencia funcional* o *identidad estructural.* Delito y pena son, en consecuencia, *estructuralmente idénticas.* Por *identidad estructural* se entiende *identidad funcional.* Al concepto de norma pertenece la posibilidad de su infracción, y al concepto de delito la posibilidad de su compensación. Norma, infracción de la norma (delito) y restablecimiento de la norma (pena) son prestaciones que pretenden desempeñar la misma función: la confirmación de la vigencia de la norma.

La identidad entre delito y pena fue definida paladinamente por HEGEL[97]:

---

96 No hablamos aquí de la analogía como la semejanza de una cosa en relación con otra. Este concepto de analogía significa la atribución a diferentes objetos de los mismos predicados. La contribución de SANTO TOMÁS DE AQUINO se ocupa del concepto de proporcionalidad. En su opinión, el concepto "proporción" designa originariamente la concreta relación entre dos cantidades según una concreta medida o correlación; el significado de este concepto es predicable de cualquier relación de perfecta integridad. En el texto, queremos únicamente subrayar la *identidad* entre lesión y lesión de la lesión. Esta idea se encuentra ya en los viejos filósofos y matemáticos griegos. Interesante es también la distinción entre "analogía de atribución" (*Attributionsanalogie*) y "analogía de proporcionalidad" (*Proportionalitätsanalogie*), de la que no nos podemos ocupar ahora. Cfr., al respecto, H. SCHWARZ, *s. v.* "Analogie", en *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, cit., Band 1: A-C, pp. 214 a 227 (222).

97 Cfr. GEORG WILHELM FRIEDRICH HEGEL. *Vorlesungen über Rechtsphilosophie 1818-1831*, Edition und Kommentar in sechs Bänden von KARL-HEINZ ILTING, Zweiter Band, *Die, Rechtsphilosophie" von 1820 mit Hegels Vorlesungsnotizen 1821-1825*, frommann-holzboog, 1974, § 101, p. 366: "Das Aufheben des Verbrechens ist insofern *Widervergeltung*, als sie dem Begriffe nach Verletzung der Verletzung ist und dem Daseyn nach das Verbrechen einen bestimmten, qualitatitiven und quantitativen Umfang, hiermit auch dessen Negation, als Daseyn, einen eben solchen hat. Diese auf dem Begriffe beruhende Identität ist aber nicht die *Gleichheit* in der specifischen, sondern in der *an sich* seyenden Beschaffenheit der Verletzung, -nach dem *Werthe* derselben" (*Fundamentos de la filosofía del derecho*, K. H. ILTING [ed.], CARLOS DÍAZ [trad.], Madrid, Libertarias y Prodhufi, 1993, p. 352).

> La superación del delito es *represalia* en la medida en que ésta, según el concepto, es vulneración de la vulneración, y, según su existencia, el delito tiene un alcance cualitativo y cuantitativo determinado, por lo cual tiene otro exactamente igual su negación en cuanto que existencia. Esta identidad que descansa en el concepto no es, sin embargo, la *igualdad* en la cualidad específica de la vulneración, sino en la cualidad que *en sí* según el *valor* de la misma.

Como el delito conlleva la lesión de la norma o de la libertad, debe la pena restablecer la vigencia de la norma. En consecuencia, la medida de la pena debe ser exactamente aquella que resulta necesaria para el concreto restablecimiento. El resto es exceso, y –por ello– disfuncional. Esta tesis de la identidad del delito y la pena constituye para HEGEL "la regla esencial sólo para lo *esencial* que ha merecido el delincuente, pero no para la forma específica de ese pago"[98].

2. CONCEPTO DOGMÁTICO DE DELITO

El concepto dogmático de delito, en su explicación funcionalista, supone también una coherente aplicación del método funcional a que nos venimos refiriendo. Ello conlleva una reformulación de no pocos de los planteamientos que, hasta entonces, venían siendo tomados punto menos que como dogmas intocables. Así, se rechaza una partición del concepto de delito en diferentes estratos valorativos (acción, tipicidad, antijuricidad, culpabilidad, punibilidad), de los que cabe extraer concretas consecuencias jurídico-penales. Tal delimitación o participación lógica no opera en el plano ontológico sino en el lógico, y tampoco –con más razón– en el plano de la interacción social. Una acción es jurídico-penalmente relevante en cuanto infracción de la norma, esto es, como manifestación de un sentido, como comunicación, pues de lo contrario sería un hecho de la naturaleza que nada explica ni aporta al derecho penal, que se mueve en distinto grado de abstracción. De ahí que desde el punto de vista normativo carezca de sentido distinguir entre acción y omisión, pues ambas han de consistir en la infracción de la norma y ambas se han de contradecir con la imposición de una sanción que confirme la vigencia de la norma.

Cfr. KURT SEELMANN. *Anerkennungsverlust und Selbstsubsumtion. Hegels Straftheorien*, Freiburg y München, Verlag Karl Alber, 1995, pp. 11 y ss.; HEIKO HARMUT LESCH. *Der Verbrechensbegriff. Grundlinien einer funktionalen Revision*, Carl Heymanns Verlag KG, Köln, Berlin, Bonn y München, 1999, pp. 95 y ss.

98 HEGEL. Ob. cit., p. cit.; "nur die Grundregel für das wesentliche, was der Verbrecher verdient hat, aber nicht für die äussere spezifische Gestalt dieses Lohns".

La discusión se sitúa, en consecuencia, en un plano netamente normativo, alejado de sujeciones naturalistas. Por ello, el concepto de acción no puede explicarse desde esta perspectiva si no es como una automanifestación –por parte del autor– de un quebrantamiento de la norma, lo cual conlleva que se considere la evitabilidad como presupuesto de la culpabilidad[99], y la culpabilidad como presupuesto de la acción. Por ello, el concepto de acción, para JAKOBS, consiste en "hacerse culpablemente responsable por la lesión de la vigencia de la norma"[100], y –por ello– la acción es un concepto funcional, construido por el derecho, libre de connotaciones naturalistas, y perfectamente coherente con la idea del aseguramiento de la vigencia de la norma.

Críticamente se ha señalado que el concepto de acción de JAKOBS "es más bien un concepto de hecho punible"[101], pues incorpora en su seno todo el programa dogmático hasta la culpabilidad. Supone, en fin, un "tipo total de culpabilidad", en palabras de PEÑARANDA RAMOS[102]. Ello nos lleva a analizar la cuestión de la separación entre injusto y culpabilidad. La acción en derecho penal sólo puede tener, desde el punto de vista comunicativo, un sentido en tanto unidad socialmente reconocida como tal. La aplicación de un método funcional conlleva rechazar cualquier partición ontológica, naturalista, etc. y extraer de ello consecuencias dogmáticas. Desde esta perspectiva, se rechaza coherentemente la separación entre injusto y culpabilidad, que concebía el delito –en palabras de RÖDIG–

---

99 Ya a mediados de los años 70 del siglo pasado consideraba JAKOBS que la "acción es un comportamiento exterior evitable". Cfr. JAKOBS. "Vermeidbares Verhalten und Strafrechtssystem", en *Festschrift für Hans Welzel zum 70 Geburtstag am 25. März 1974*, herausgegeben von GÜNTHER STRATENWERTH, ARMIN KAUFMANN, GERD GEILEN, HANS JOACHIM HIRSCH, HANS-LUDWIG SCHREIBER, GÜNTHER JAKOBS y FRITZ LOOS, Berlin y New York, Walter de Gruyter, 1974, pp. 307 y ss. ("Comportamiento evitable y sistema del derecho penal", en *Estudios de derecho penal*, traducción y estudio preliminar por ENRIQUE PEÑARANDA RAMOS, CARLOS J. SUÁREZ GONZÁLEZ y MANUEL CANCIO MELIÁ, Madrid, Ediciones de la Universidad Autónoma de Madrid y Editorial Civitas, 1997, pp. 147 y ss.).

100 Cfr. JAKOBS. *Der strafrechtliche Handlungsbegriff. Kleine Studie*, Schriften der Juristischen Studiengesellschaft Regensburg e. V., Heft 10, München, C. H. Beck, 1992, p. 44 ("El concepto jurídico-penal de acción", en *Estudios de derecho penal*, cit., p. 124).

101 Así, por ejemplo, CLAUS ROXIN. *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, I, cit., § 8/7, nota 8; trad. cit., p. 235, nota 8; también, BERND SCHÜNEMANN. "Kritische Anmerkungen zur geistigen Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft", en *GA*, 5 / 1995, pp. 201 y ss. (*Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana*, Colección de Estudios n.° 7, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996, p. 47), quien afirma que el concepto de acción de JAKOBS "carece por completo de núcleo descriptivo" y "no es otra cosa que un concepto de delito puramente normativo); ID. "La relación entre ontologismo y normativismo en la dogmática jurídico-penal", cit., pp. 643 a 663 (649 y 650).

102 Cfr. ENRIQUE PEÑARANDA RAMOS. "Sobre la influencia del funcionalismo y la teoría de sistemas en las actuales concepciones de la pena y del concepto de delito", en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.° 23, Alicante, 2000, pp. 289 a 321 (298).

como un "resultado natural sistemático", y lo dividía en dos nítidas partes que incorporaban y aglutinaban todos los elementos objetivos por un lado, y los subjetivos por otro. Esa delimitación supuso una conquista de la dogmática jurídico-penal de finales del siglo XIX (con la formulación del concepto dicotonómico o bipolar de delito de FRANZ VON LISZT y de ERNST VON BELING, más tarde adoptado también por otros autores, como GUSTAV RADBRUCH[103]), y constituye –al decir de WELZEL– "el más importante avance dogmático de las últimas dos o tres generaciones". No en balde, sobre ella se fundamenta, secularmente la llamada "segunda vía" de la consecuencias jurídico-penales, que preveía la posibilidad de imponer una sanción jurídico-penal, la medida de seguridad, al autor de injusto típico no culpable[104].

Esta tradicional distinción ontológica entre injusto y culpabilidad había significado, en definitiva, la creación de dos mundos diferenciados (*differenzierte Welten*): el mundo de los *hechos* (objetivo, externo), que describe una variación empírico-real del mundo exterior; y el mundo del *sujeto* (subjetivo, interno), que posibilita una depuración y una atribución de responsabilidad; y –con ello– las categorías injusto y culpabilidad se corresponden originariamente con la separación sistemática entre *hecho* y *autor*, es decir, entre *suceso o resultado "jurídicamente desvalorado"* y la correspondiente *responsabilidad del sujeto*[105]. Una separación tan radical como la aludida se muestra, según la moderna doctrina funcionalista, como insostenible[106]. Esta doctrina lleva a cabo una profunda revisión funcional del concepto de delito, rechazando de plano tal distinción naturalista, esto es, la secesión del concepto de delito en dos categorías sistemáticas (injusto y culpabilidad). El autor que realice injusto típico interesa al derecho penal sólo y en la medida en que infringe una norma jurídico-penal; es decir, el mundo del autor y el mundo de la norma o de la lesión del deber jurídico no pueden separarse uno del otro[107]. Brevemente, con las acertadas

---

103 Es claro que ya la clásica distinción entre *imputatio iuris* e *imputatio facti*, así como la intensa discusión sobre la naturaleza del injusto típico, que dio lugar a la formulación de las teorías subjetivas, objetivas y de los imperativos, era un nítido antecedente del sistema LISZT-BELING-RADBRUCH.

104 En la reciente literatura funcionalista se sostiene una posición contraria: si se concibe el derecho penal como un derecho penal de la culpabilidad, entonces la medida de seguridad no pertenece a él, porque la misma no se orienta a la culpabilidad, sino a la especial peligrosidad del autor. Así, JAKOBS. *Der strafrechtliche Handlungsbegriff*, cit., p. 44; trad. cit., p. 124; también, MICHAEL KÖHLER. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Berlin y Heidelberg, Springer-Verlag, 1997, pp. 55 y ss.

105 LESCH. Ob. cit., pp. 23 y ss., 75 y ss.

106 Cfr. LESCH. *Der Verbrechensbegriff. Grundlinien einer funktionalen Revision*, Köln, Berlin, Bonn y München, Carl Heymanns Verlag KG, 1999, pp. 207 y ss.

107 Cfr. sobre la teoría de los deberes (positivos y negativos), ampliamente, JAVIER SÁNCHEZ-VERA. *Pflichtdelikt und Beteiligung. Zugleich ein Beitrag zur Einheitlichtkeit der Zurechnung bei Tun und*

palabras de LESCH: "El *hecho* no puede separase del *autor*, y la imputación penal tampoco, pues la conexión entre hecho y autor no establece, sino que determina, *qué es realmente un hecho*". A partir de ahí puede explicarse con perfecta coherencia el delito como quebrantamiento de la norma y la pena como reafirmación de su vigencia, y por ello las tradicionales categorías del concepto dogmático del delito se configuran, no de manera prejurídica, sino por el sistema, con base en la idea de la vigencia de la norma.

CONCLUSIÓN

1. El concepto de vigencia de la norma, por sí valorativamente neutral o aséptico, presenta en el seno de la doctrina funcionalista un potencial de sentido considerable, convirtiéndose en criterio rector de toda la construcción dogmática.

2. Vigencia de la norma, a diferencia de la mera validez formal, es un concepto funcional que indica la validez materializada que cumple una función estabilizadora o integradora del sistema.

3. La denominación de "prevención general positiva", generalmente empleada para designar la concepción funcionalista de JAKOBS, alude a una noción imprecisa, ambigua y que engloba en su seno teorías muy diversas: por ello, bien debe rechazarse si se emplea para caracterizar la postura funcionalista, o bien ha de ser entendida de manera restrictiva –netamente funcional– en el sentido de que la pena garantiza lo genérico o general en la comunicación, pero no porque –accesoria y probablemente– pueda influir en un amplio número de ciudadanos.

4. El concepto de vigencia de la norma desempeña su potencial explicativo en varios ámbitos diversos, entre los que pueden destacarse: el objeto de protección jurídico penal (la propia estabilidad de la norma *versus* bien jurídico), el aspecto subjetivo (persona *versus* individuo) y el método científico del sistema del derecho penal (análisis funcional *versus* análisis sistemático). De cada uno de los aspectos se derivan consecuencias dogmáticas de subido valor.

5. La construcción normativista funcional pone al descubierto la debilidad de la dogmática ontologicista, y –en concreto– la definición de la función del derecho penal como protección de bienes jurídicos, que encuentra con algunos

---

Unterlassen, Berlin, Duncker & Humblot, 1999; ID. *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, Madrid, Marcial Pons, 2002, pp. 83 y ss., 107 y ss., y pássim; JAKOBS. "Die Idee der Normativierung in der Strafrechtsdogmatik", cit., pp. 5 y ss.

límites que relativizan sensiblemente su potencial: a. La lesión a bienes no es definitoria del derecho penal, o sea, de un orden normativo, sino compartida por fenómenos naturalistas; b. La lesión consumada de bienes es irreparable, y entonces el derecho penal ha sido ineficaz; c. Para evitar tal insuficiencia, la pena ha de vincularse a eventuales lesiones de bienes (*ne peccetur*), es decir, para que la protección sea efectiva ha de anticiparse la barrera de tutela a la puesta en peligro abstracta, lo cual es dogmáticamente inviable y político-criminalmente rechazable.

6. En consecuencia, se hace preciso aludir a la vigencia de la norma como criterio de definición del ámbito de tutela del derecho penal.

7. La postura de JAKOBS merece ser calificada de funcional porque acepta como punto de partida la noción sociológica mayoritaria de "función", que designa cualquier prestación para el mantenimiento del sistema.

8. Puede distinguirse entre "función manifiesta" y "función latente" del derecho penal: la primera es la reafirmación de la vigencia de la norma, y forma parte como tal de la esencia o razón del concepto de derecho: la pena, en tanto autocomprobación, ya significa en sí que la norma sigue vigente; la función latente engloba un conjunto de consecuencias de psicología individual o social, deseos, pretensiones o aspiraciones finalistas, que como tales son consecuencias accesorias queridas que no forman parte de la *ratio* del derecho.

9. La circularidad en la argumentación y en la fundamentación de la pena se explican por la autorreferencialidad del sistema jurídico: el propio sistema se dota de un sistema de creación y recreación de su propia estructura, que exige la relación recíproca entre sus elementos.

10. El acriticismo valorativo de la postura funcionalista es puntualmente idéntico –ni mayor ni menor– al que se presenta desde posiciones ontologicistas, y –por ello– desde la concepción que defiende la tutela de bienes jurídicos. Debe rechazarse por ello la crítica que la acusa de conservadurismo y de justificar cualquier tipo de sistema político: la descripción de un sistema, la explicación de su funcionamiento, no prejuzga el signo del programa político de una sociedad concreta. Ello es tarea política, no dogmático-penal.

11. En la distinción entre persona e individuo, correlativa a la distinción entre sistema y entorno (o sociedad y ambiente), juega un papel la idea rectora de vigencia de la norma: la persona se define porque desempeña un rol social de ciudadano fiel al derecho, esto es, porque participa en la comunicación social: sólo ella puede poner en entredicho la vigencia de la norma; el individuo no participa en la comunicación social, sino que pertenece al entorno, al ambiente, o sea, es incapaz de comunicación, por lo que no puede imponérsele una pena.

12. La idea de la vigencia de la norma informa también el método científico funcionalista, que –a diferencia del análisis sistemático– no extrae consecuencias dogmáticas de clasificaciones o particiones más o menos naturalistas, sino que atribuye un sentido al comportamiento infractor de la norma. Así, el concepto de acción incorpora el programa dogmático hasta la culpabilidad, esto es, la acción es comunicativamente relevante cuando expresa el sentido de desprecio de la vigencia de la norma. Del mismo modo, carece de sentido distinguir entre injusto y culpabilidad: no puede separarse el hecho de su autor, y sólo tal unidad tiene un significado comunicativo de desautorización parcial de la norma, cuya reafirmación es llevada a cabo por la pena.

LAURA POZUELO PÉREZ*

De nuevo sobre la denominada "expansión" del derecho penal: una relectura de los planteamientos críticos

I. EL DEBATE SOBRE LA "EXPANSIÓN" DEL DERECHO PENAL

Uno de los debates político-criminales más encendidos de los últimos tiempos ha girado en torno a la denominada "expansión del derecho penal", esto es, el fenómeno por el cual el derecho penal ha pasado, bien a intervenir en ámbitos que anteriormente no eran objeto de regulación penal, bien a ampliar los supuestos típicos en terrenos donde el derecho penal ya intervenía con anterioridad. Esta situación ha provocado en una parte de la doctrina una reacción de preocupación ante lo que podría ser una pérdida de la función de intervención mínima o de *ultima ratio* que debería caracterizar al derecho penal y, con ello, de las garantías que le son propias.

Este trabajo, sin embargo, pretende apuntar una serie de notas sobre este fenómeno expansivo, con el objeto de relativizar alguna de las críticas que le son dirigidas, tanto porque considero que sus argumentos requerirían de una mayor concreción como por el hecho de que creo que la intervención del derecho penal sí es necesaria en algunos casos que no encajarían con el supuesto núcleo mínimo de protección. Por otro lado, más allá de conclusiones en abstracto acerca de cuál debe ser el alcance del derecho penal, a menudo se echa en falta un análisis orientado a la necesidad específica de intervenir penalmente o no en determinados ámbitos, pues las razones que conducen a la tipificación penal, por ejemplo, del medio ambiente, pueden no coincidir en absoluto con las razones que llevarían a regular penalmente las infracciones urbanísticas o determinadas infracciones societarias.

Lo anterior no significa en modo alguno que se esté optando por un derecho penal ilimitado o que deban perderse las garantías que lo caracterizan dentro de un Estado de derecho[1], lo que no obsta para que pueda ser un instrumento adecuado para proteger otros intereses jurídicos, diferentes de los tradicionales.

Las principales líneas del debate sobre el fenómeno de la "expansión" del derecho penal se pueden resumir del siguiente modo:

1. Por un lado, se ha incidido en la idea de que se estaría produciendo un *abandono del núcleo de derecho penal mínimo* y una *ruptura con los principios de intervención mínima* y *ultima ratio*. Esto es, se ha criticado que el moderno derecho penal se ha ido alejando de un modelo tendente a la protección exclusiva de

---

* Profesora de Derecho Penal, Universidad Autónoma de Madrid.

1 Como indica SILVA SÁNCHEZ (*La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2.ª ed., Madrid, 2001, p. 26), existe un espacio de "expansión razonable" del derecho penal; lo rechazable es la "expansión irrazonable".

bienes altamente personales –como la vida, la integridad física, la libertad, etc.– para convertirse en un derecho penal de mayor intervención en la esfera del ciudadano, que se manifiesta en el aumento de las conductas penalmente tipificadas con el fin de proteger bienes jurídicos colectivos o supraindividuales[2]. Estos otros objetos de protección también han recibido la denominación de "intereses difusos" –en terminología de SGUBBI[3]–, dado que se les considera excesivamente amplios e indeterminados[4]. La explicación de este giro en la legislación penal se encuentra en la necesidad de atender a los requerimientos de una sociedad cada vez más compleja, caracterizada por nuevas formas de criminalidad, en su mayoría organizada y de naturaleza económica[5]. Esto ha llevado a los legisladores de diferentes países a optar tanto por la criminalización de nuevas conductas como por el adelantamiento de la barrera punitiva en determinados supuestos, con el objetivo de hacer frente a esas nuevas necesidades de protección. La doctrina que se muestra crítica con esta opción admite que,

---

2 Así, HASSEMER. "Il bene giuridico nel rapporto di tensione tra costituzione e diritto naturale", en *Dei delitti e delle pene*, P. BECCHI (trad.), 1984, p. 113; ID. "Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos", en *Pena y Estado*, E. LARRAURI PIJOÁN (trad.), 1991 (1), p. 29; ID. *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch (NK)*, Vor § 1, 3.ª ed., 1995, pp. 81 y ss.; NESTLER. "El principio de protección de bienes jurídicos y la punibilidad de la posesión de armas de fuego y de sustancias estupefacientes", en *La insostenible situación del derecho penal*, G. BENLLOCH PETIT (trad.), Granada, 2000, p. 64; SILVA SÁNCHEZ. *La expansión*, cit., p. 21.

3 "Tutela penale di interessi diffusi", *La Questione Criminale*, 1975, 439 y ss.; aunque este autor (ibíd., pp. 474 y 480) considera que pueden cohonestarse los intereses difusos con la estructura penal, y que es posible plantear una política criminal emancipada de una visión individualista-liberal.

4 En este sentido lo entiende HASSEMER (*Dei delitti e delle pene*, cit., p. 112; *Pena y Estado*, cit., p. 32; ID. "Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts", en *Zeitschrift für Rechtspolitik (ZRP)*, 1992, p. 381; ID., en *NK*, Vor § 1, 3.ª ed., p. 84, quien precisa que este tipo de bienes jurídicos universales han de estar orientados a la protección de la persona; también así, MENDOZA BUERGO. *El derecho penal en la sociedad del riesgo*, Madrid, 2001, p. 44; CANCIO MELIÁ. *Dogmática y política criminal en una teoría funcional del delito*, Conferencias sobre temas penales, Buenos Aires, 2000, pp. 123 y 126 y 127; STRATENWERTH. *Das Strafrecht in der Krise der Industriegesellschaft*, Basel, 1993, p. 12.

5 Como pone de relieve, dentro del fenómeno de la "globalización", SILVA SÁNCHEZ. *La expansión*, cit., pp. 81 y ss. También en este sentido, CORCOY BIDASOLO. "Los delitos relativos a la ordenación del territorio y el medio ambiente: una perspectiva criminológica", en CORCOY BIDASOLO y RUIDIAZ GARCÍA. *Problemas criminológicos en las sociedades complejas*, Pamplona, 2000, pp. 55 a 59; DE LA CUESTA AGUADO. "Sociedad tecnológica y derecho penal del riesgo", *Revista de Derecho y Proceso Penal (RDPP)*, 2000, n.º 4, pp. 134 a 137; MENDOZA BUERGO. *El derecho penal*, cit., p. 32; MOCCIA. "De la tutela de bienes a la tutela de funciones: entre ilusiones postmodernas y reflujos liberales", R. RAGUÉS I VALLÉS (trad.), en *Política criminal y nuevo derecho penal*, Libro homenaje a CLAUS ROXIN, Barcelona, 1997, p. 117; PAREDES CASTAÑÓN. "Responsabilidad penal y 'nuevos riesgos': el caso de los delitos contra el medio ambiente", en *Actualidad Penal (AP)*, 1997-1, p. 218; SCHÜNEMANN. "Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana", M. CANCIO MELIÁ (trad.), en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (ADPCP)*, 1996, pp. 193 y 194, 203 y 204; SGUBBI (*La Questione Criminale*, cit., p. 444), por su parte, alude a la evolución del capitalismo liberal al capitalismo organizado.

efectivamente, la complejidad de las sociedades modernas –las llamadas sociedades del riesgo–[6] requiere una respuesta adecuada, pero se muestra contraria a que sea el derecho penal quien tenga que darla, no sólo porque existen otros instrumentos jurídicos para ello, sino porque, además, se correría el peligro de estar acudiendo a una *supuesta* demanda de seguridad por parte de los ciudadanos, a menudo creada o incrementada artificialmente por los medios de comunicación[7]. De este modo, se reivindica que el derecho penal sólo intervenga cuando sea estrictamente necesario, evitándose la utilización de las normas penales como instrumentos que persiguen efectos políticos inmediatos[8]. Con ello se está apostando por un derecho penal mínimo[9].

El debate parece establecerse, entonces, entre dos modelos de derecho penal que, en realidad, constituyen dos modos distintos de comprender el Estado y sus estrategias de intervención. Estos dos polos son identificados como derecho penal liberal y derecho penal social o de prevención[10].

---

6 Término acuñado por BECK. *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Frankfurt a. M., 1986.

7 Así lo entienden autores como ALBRECHT. "El derecho penal en la intervención de la política populista", R. Robles Planas (trad.), en *La insostenible situación*, cit., pp. 473 y 474, 480 y 482; HASSEMER. *Pena y Estado*, cit., p. 33; MENDOZA BUERGO. *El Derecho penal*, cit., pp. 36 y 37, 174; MOCCIA. en *Política criminal...*, ob. cit., p. 117; SILVA SÁNCHEZ. "Nuevas tendencias político-criminales y actividad jurisprudencial del Tribunal Supremo", en *AP*, 1996, pp. 250 y 251; ID. *La expansión*, cit., pp. 22, 37 y 39, señala tanto la influencia de los medios de comunicación como de las instituciones públicas. También desconfían de la intervención del derecho penal en materias como el medio ambiente, ALBRECHT, HEINE y MEINBERG. "Umweltschutz durch Strafrecht?", en *Zeitschrift fur die gesamte Strafrechtwissenschaft*, 1984 (96), pp. 943 y ss.

8 ALBRECHT. *La insostenible situación*, cit., p. 478. Este autor (ibíd., pp. 472 y 483) califica esta excesiva intervención penal como "arma política"; HERZOG. "Nullum crimen sine periculo sociali oder Strafrecht als Fortsetzung der Sozialpolitik mit anderen Mitteln", en *Modernes Strafrecht und ultima-ratio-Prinzip*, LÜDERSSEN, NESTLER, TREMEL y WEIGEND (eds.), Frankfurt, 1990, pp. 105 a 116.

9 PRITTWITZ. "El derecho penal alemán: ¿fragmentario? ¿subsidiario? ¿ultima ratio? Reflexiones sobre la razón y límites de los principios limitadores del derecho penal", M. T. CASTIÑEIRA PALOU (trad.), en *La insostenible situación*, cit., p. 446.

10 BARATTA. "Funciones instrumentales y simbólicas del derecho penal: una discusión en la perspectiva de la Criminología crítica", en *Pena y Estado*, 1991 (1), p. 42, señala que lo característico de los bienes protegidos por el derecho penal liberal clásico es que tienen su origen en la sociedad civil, mientras que los protegidos por el Estado de la prevención son producidos por el Estado mismo, en torno a las infraestructuras, complejos administrativos y funciones relacionados con lo estatal; HASSEMER. *Pena y Estado*, cit., p. 34; ID., *ZRP*, 1992, pp. 379 y 381, alude a los conceptos del derecho penal clásico o núcleo del derecho penal (*Kernstrafrecht*); ID., en *NK*, Vor § 1, 3.ª ed., p. 83. También así, DOMÍNGUEZ LUIS, en DOMÍNGUEZ, HERNÁNDEZ, FARRÉ, GRINDA, HERVAS, SOSPEDRA y HERREROS. *Delitos relativos a la ordenación del territorio y protección del patrimonio histórico, medio ambiente y contra la seguridad colectiva (delitos de riesgo catastrófico)*, Barcelona, 1999, p. 12. PAREDES CASTAÑÓN, en *AP*, 1997, pp. 219 y 227, sin embargo, considera que puede conseguirse una solución satisfactoria a través de la combinación de las técnicas de uno y otro modelo, optando por lo que denomina una tercera vía, que combine los "sabios principios tradicionales de nuestra dogmática penal" con las figuras delictivas novedosas.

Incidiendo en esta línea de debate se ha criticado asimismo que el moderno derecho penal obedece a una *política más intervencionista, que limita en exceso la libertad del ciudadano.* Esto se traduce en la idea de que el derecho penal ha intervenido –o ha intensificado su intervención– en ámbitos cuyos problemas estarían ya resueltos por otras ramas del ordenamiento jurídico, las cuales, en comparación con el derecho penal, limitarían en menor medida la libertad del ciudadano[11]. La idea es que aquellos ámbitos están regulados de modo satisfactorio o suficiente por otras ramas jurídicas menos onerosas que el derecho penal, con lo que no se justifica entonces la intervención de éste.

2. Por otro lado, se critica también que el nuevo derecho penal esté tipificando conductas carentes de lesividad o con una lesividad irrelevante, objeción que está vinculada con la acusación de estar utilizando un *derecho penal simbólico.* Esto es, un derecho penal que, como señala HASSEMER, no estaría persiguiendo la eficacia, sino tan sólo la apariencia de eficacia, con el objetivo de alcanzar una ficticia paz social[12]. Sin embargo, el propio HASSEMER aclara que los efectos simbólicos de una determinada normativa no son en sí mismos algo reprochable[13], algo negativo, pues "también las normas dictadas para ser efectivas persiguen efectos simbólicos"[14]. Por tal razón diferencia este autor entre las funciones manifiestas y las funciones latentes del derecho penal: las primeras serían aquellas que la norma alcanza con su formulación, regulando los casos singulares en un conjunto global, es decir, la "función de protección del bien jurídico"; por

---

11 HASSEMER, en *ZRP*, 1992, pp. 379, 380 y 381; HERZOG. *Modernes Strafrecht*, cit., pp. 105 a 116; MENDOZA BUERGO. *El Derecho penal*, cit., pp. 104, 151, 182, 188 y 189; MOCCIA. *Política criminal*, cit., p. 138; MOREU CARBONELL. "Relaciones entre el derecho administrativo y el derecho penal en la protección del medio ambiente", en *Civitas. Revista de Derecho Administrativo* (*RDA*), 1995 (87), pp. 386 y 387; PRITTWITZ. *La insostenible situación*, cit., p. 446; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ. *El moderno derecho penal y la anticipación de la tutela penal*, Valladolid, 1999, p. 74; SILVA SÁNCHEZ. *La expansión*, cit., p. 65; STRATENWERTH. *Das Strafrecht*, cit., p. 21.

12 *Pena y Estado*, cit., pp. 30, 35 y 36. En esta misma línea, ALBRECHT. *La insostenible situación*, cit., p. 478, critica que este tipo de "actitud legislativa" conduce rápidamente a resultados concretos y a producir efectos políticos inmediatos que pueden parecer intervenciones político-estructurales innecesarias; ANIYAR DE CASTRO. "Sistema penal y sistema social: la criminalización y la decriminalización como funciones de un mismo proceso", en *Cuadernos de Política Criminal (CPC)*, 1981, pp. 347 y 350; BARATTA. *Pena y Estado*, cit., pp. 53 y 54; CANCIO MELIÁ. *Conferencias*, cit., pp. 125 a 131; MENDOZA BUERGO. *El derecho penal*, cit., pp. 47, 55, 157 y 158; SANTANA VEGA. "Funciones del derecho penal y bienes jurídico-penales colectivos", en *AP*, 2001, n.º 9, pp. 149 y 150; SILVA SÁNCHEZ, en *AP*, 1996, p. 251.

13 *Pena y Estado*, cit., p. 25.

14 Ibíd., p. 29. DÍEZ RIPOLLÉS. "El derecho penal simbólico y los efectos de la pena", en *AP*, 2001 (1), p. 3, señala que "al derecho penal le es consustancial el uso de los denominados efectos simbólicos". En este mismo sentido, CANCIO MELIÁ. *Conferencias*, cit., pp. 125 y 126; CORCOY BIDASOLO. *Problemas criminológicos*, cit., pp. 76 y 77; MENDOZA BUERGO. *El derecho penal*, cit., p. 58.

el contrario, las funciones latentes satisfarían la necesidad de apaciguar a la población a través del mensaje de que el Estado "está actuando". El problema del derecho penal simbólico surgiría, entonces, cuando las funciones latentes predominan sobre las manifiestas, produciéndose la imagen de apariencia de eficacia[15]. En este punto introduce HASSEMER un término que resulta muy clarificador: el "engaño"[16], a partir del cual se entiende que el problema radica en el hecho de que el legislador cree normas orientadas exclusivamente a buscar un determinado efecto de pacificación en la sociedad[17], pese a saber que no satisfarán, o no lo harán de modo suficiente, las necesidades manifiestas del derecho penal.

Con esto se han definido, a grandes rasgos, las directrices principales del debate, respecto de las cuales paso a realizar algunas observaciones. Es necesario volver a incidir en la idea de que la intervención del derecho penal en nuevos ámbitos no debe suponer en ningún caso dar carta blanca al exceso, pero ello no obsta para que alguna de las objeciones más arriba recogidas puedan ser matizadas.

II. RELECTURA DE LAS CRÍTICAS DIRIGIDAS A LA "EXPANSIÓN" DEL DERECHO PENAL

A. RESPECTO DEL DERECHO PENAL SIMBÓLICO Y LA IDEA DE "ENGAÑO"

Comenzando por las críticas dirigidas al derecho penal simbólico, entiendo que el problema reside en las normas creadas con vocación de inaplicación, y que la clave que se ha de introducir para resolver el problema es precisamente el concepto de "engaño" introducido por HASSEMER. Como punto de partida es necesario diferenciar, antes que nada, que una norma no *pueda* aplicarse y que una norma no *quiera* aplicarse. A partir de aquí se pueden distinguir diversas situaciones, que expondré de forma sintética a continuación.

Por un lado, es posible que el legislador cree conscientemente una norma de imposible aplicación –por ejemplo, por problemas técnicos–. En este caso

---

15 *Pena y Estado*, cit., pp. 29 y 30. Precisamente este problema de prevalencia de las funciones latentes sobre las manifiestas es lo que considera HASSEMER (ibíd., pp. 35 y 36) que sucede en el derecho penal moderno que se aleja del modelo liberal. En la misma línea de HASSEMER y SÁNCHEZ, GARCÍA DE PAZ. *El moderno derecho penal*, cit., pp. 96, 97 y 99.

16 HASSEMER. *Pena y Estado*, cit., pp. 30, 35 y 36.

17 ANIYAR DE CASTRO, en *CPC*, 1981, pp. 352 y 353, adjetiva, críticamente, esta situación como "decriminalización de hecho", pese a una "criminalización de derecho".

resulta claro que se produce el efecto simbólico –en el sentido más reprochable– que señala HASSEMER, pudiendo afirmarse que en esta situación habría *engaño*.

Por otro lado, en caso de que la aplicación de la norma sí sea técnicamente posible, puede suceder que el legislador desee promulgarla pero que no se aplique. Ahora bien, la consecución de una pretensión tal estaría fuera de su ámbito, pues es la administración pública en general, y la de justicia en particular, quien está obligada a perseguir la infracción y a administrar justicia. Partiendo del principio de división de poderes, estos comportamientos no pueden verse afectados por la pretensión del legislador. Esto no obsta para que, en el caso de que éste, sin embargo, supiera fehacientemente que la norma, pese a ser posible su aplicación, no se iba a aplicar, pudiera estar contribuyendo deliberadamente en un acto fraudulento de otro órgano, ya sea de la administración pública o de la judicial.

También puede ocurrir que la norma, por razones no previstas por el legislador, no llegue a aplicarse. Aquí tampoco podríamos hablar de engaño ni, por tanto, de derecho penal simbólico. El reproche que se le puede dirigir al legislador en este supuesto es el de no haber cumplido con las exigencias de una ley clara y taxativa –si es que estas son las razones de la inaplicación–, pero no estaríamos ante un engaño, sino ante una técnica legislativa inadecuada.

Por último, podríamos pensar en la situación de que el legislador sí hubiera contado de antemano con que en una determinada materia los órganos llamados a ejecutar la ley –administrativos o incluso judiciales– no cumplen de modo satisfactorio sus funciones. En este caso sí que podríamos estar ante un engaño y, por tanto, de efecto simbólico de la norma en su aspecto negativo, pues toda labor legislativa ha de ir acompañada de los mecanismos necesarios para hacer efectivo su cumplimiento. Ello se traduce en la incorporación de los medios materiales y humanos destinados a ese fin, lo que implicaría la inclusión, por ejemplo, de nuevos deberes o atribución de cargas de control o de controles externos a los órganos de persecución. En la medida en la que se cree una norma sin acompañarla de los medios para mantener su vigencia cuando se transgrede, su existencia será inútil, lo que puede constituir un fraude, de nuevo en el sentido propuesto por HASSEMER. Con esto sí que estaríamos ante un derecho penal simbólico en sentido negativo. No hay que olvidar, sin embargo, que, junto a la obligación de aportar los medios para poder aplicar una norma, el Estado cuenta ya con otros mecanismos de control cuando la aplicación de la norma es posible, y, pese a ello, no se aplica. En concreto, a través, por ejemplo, de la punición por delito de prevaricación.

Por todo ello, debe concluirse que la crítica al uso del derecho penal simbólico debe limitarse únicamente a aquellos supuestos en los que el legislador actúa *engañosamente*, dictando conscientemente una ley inaplicable –por el motivo que sea–. En los demás casos se podrá hablar de una técnica legislativa inadecuada, que también podrá ser reprochable, pero se trata ya de una cuestión independiente del fenómeno de la "expansión" del derecho penal sobre nuevos ámbitos sociales.

En todo caso, y para concluir este subepígrafe, es imprescindible señalar que, con independencia de que el legislador cree una norma con la más rechazable vocación de inaplicación, ello no prejuzga nada acerca de la necesidad de esa norma o de su eventual eficacia en caso de que llegue a aplicarse. Es decir, no es correcta la equiparación sin más de derecho penal simbólico con derecho penal innecesario. No debe confundirse necesidad con eficacia: una norma penal meramente simbólica, "engañosa" en el sentido de HASSEMER, será siempre ineficaz, lo que no significa en absoluto que no fuera necesaria la intervención penal en esa materia. Cabe afirmar, por ejemplo, que las medidas penales adoptadas contra el maltrato en el ámbito doméstico no están siendo todo lo eficaces que debieran, pero de ello no debe concluirse que haya que omitir toda medida penal en ese campo, sino que debe hacerse de otro modo. No hay que olvidar, por otra parte, que cuando una norma no se aplica, a menudo se entremezclan intereses ajenos, habitualmente de naturaleza económica o política, no siempre de fácil explicación a la luz pública, como de hecho sucede en el ámbito de las infracciones medioambientales o contra la ordenación del territorio.

B. EL ARGUMENTO DE LA MAYOR RESTRICCIÓN DE LIBERTAD: ¿INTRODUCE EL "MODERNO" DERECHO PENAL NUEVAS PROHIBICIONES O SÓLO NUEVAS SANCIONES?

Se ha recogido más arriba la afirmación de que la intervención penal en determinadas materias puede resultar rechazable porque restringe en mayor medida el ámbito de libertad del ciudadano. En mi opinión, esta observación debe ser matizada, pues entiendo que puede conducir a equívoco.

Todo ciudadano ve más limitada su libertad en la medida en la que el ordenamiento prohíbe conductas que hasta el momento eran permitidas; así sucede, por ejemplo, en el tráfico viario cuando se reduce el límite de velocidad autorizado. Esto significa que hasta ahora esos comportamientos podían ser realizados libremente, y a partir de su prohibición, no; de modo que, efectivamente, las posibilidades de elección, o, lo que es lo mismo, la libertad de elec-

ción del ciudadano al que se dirige esa norma, se han visto mermadas. La pregunta que surge a continuación es: ¿ha sido esto lo que ha sucedido con la intervención –nueva o más intensificada– del derecho penal en determinados ámbitos? En mi opinión, la respuesta es negativa. Una cosa es que el ciudadano vea más limitada su libertad porque, como he dicho, se prohíban conductas que antes estaban permitidas, y otra, bien distinta, es que la respuesta que una determinada rama del ordenamiento da ante una infracción sea más o menos restrictiva de derechos, lo que, en derecho penal, puede suponer incluso una pena privativa de libertad. Cuando el derecho penal ha tipificado nuevas conductas sólo ha variado la respuesta jurídica, puesto que las nuevas materias en las que se ha producido tipificación penal –y que serían las puestas en tela de juicio por los críticos de la "expansión" del derecho penal– en la práctica totalidad de los casos eran ya objeto de prohibición por otras ramas del ordenamiento. Es decir: ya eran conductas prohibidas. Contaminar un río o atentar gravemente contra la flora y la fauna, por ejemplo, *ya eran comportamientos prohibidos anteriormente* por el ordenamiento antes de que se sancionasen a través del Código Penal. Lo que significa que *la libertad del ciudadano ya estaba limitada* en ese sentido. Es aquí donde se produce el equívoco que indicaba más arriba: el derecho penal lo único que ha hecho es dar una respuesta jurídica distinta[18] a estos comportamientos, pero no ha invadido en mayor medida la esfera de libertad del ciudadano de lo que estaba anteriormente, ya que antes *tampoco* podía realizar ese tipo de conductas. Abundando en esta idea, hay que señalar que cuando se prohíben conductas que antes estaban permitidas se estará limitando, como ya he señalado, la esfera de libertad de todo ciudadano a quien se dirija la norma, pero cuando se trata de una respuesta jurídica distinta, más o menos gravosa, ello *sólo afecta a quien ha realizado la infracción*. Es más, en el ámbito de las sanciones no siempre la respuesta más gravosa es la penal: si ésta es una pena privativa de libertad sí que resulta, obviamente, más onerosa que la sanción administrativa, pero si, en el ámbito de las multas, el legislador penal opta por el sistema días-multa[19] la cuantía puede ser mucho menor que la impuesta por el derecho administrativo.

---

18 Respuesta que a menudo es más gravosa, puesto que produce una mayor restricción de derechos, pudiendo incluso privar de libertad.

19 Siempre que no haya impago de la multa impuesta y, por tanto, no se genere responsabilidad subsidiaria por impago de multa que, al constituir una pena privativa de libertad, sí es, naturalmente, más grave que la multa administrativa. Paradójicamente, esta situación conduce a que el infractor solvente tenga en sus manos la decisión sobre si la sanción penal es o no menos gravosa que la administrativa.

C. EL ARGUMENTO DE LA "ULTIMA RATIO"

Más arriba se ha expuesto la crítica de que el moderno derecho penal estaría poniendo en entredicho el principio de intervención mínima y de *ultima ratio*, afirmándose que la intervención del derecho penal no era necesaria, puesto que los nuevos ámbitos en los que aquella se produce ya eran regulados de modo suficiente por otras ramas del ordenamiento jurídico. En otras palabras, se indica que el conflicto de intereses ya está resuelto de forma *satisfactoria* por otra rama jurídica, con lo que no queda justificada la intervención penal.

Compartiendo esta definición sobre el papel de *ultima ratio* que debe cumplir el derecho penal dentro del ordenamiento, es necesario poner de relieve que a menudo se sustrae del debate sobre la "expansión" del derecho penal el alcance que deben tener términos como intervención *suficiente* o *satisfactoria*, que habitualmente sirven para designar la intervención de otras ramas jurídicas diferentes a la penal.

El interrogante que debe plantearse es: ¿qué significa realmente que un problema ya está resuelto de forma *suficiente* o *satisfactoria* por otra parte del ordenamiento y que, por tanto, no resulta *necesaria* la intervención del derecho penal? Sobre esta cuestión no ha habido una respuesta clara y determinante[20], con lo que el juicio sobre la legitimidad o ilegitimidad de la intervención penal a menudo se queda en la invocación de principios cuyo contenido, a efectos de señalar la efectiva ruptura que una determinada intervención penal supone de los mismos, no es especificado[21].

En respuesta hay que decir, en primer lugar, que la afirmación acerca de lo satisfactorio o insatisfactorio de una determinada intervención requiere, de modo imprescindible, un análisis concreto de la materia objeto de debate. El derecho administrativo puede estar resolviendo de modo más o menos satisfactorio un conflicto en un determinado ámbito, pero no así en otro, con lo que no bastan afirmaciones generales. En segundo lugar, no puede olvidarse que la decisión acerca de lo necesario o innecesario de intervenir administrativa o penalmente en una determinada materia no deja nunca de ser una cuestión política. Esto es, que la regulación de un ámbito social sea o no satisfactoria –o lo sea en mayor o

---

20 Algún autor, como TERRADILLOS BASOCO. "Protección penal del medio ambiente en el nuevo Código Penal español. Luces y sombras", en *Estudios Penales y Criminológicos*, 1996, t. XIX, p. 295, sí avanza en la dirección de que sólo podrá acudirse al derecho penal cuando se hayan agotado los mecanismos de *planificación*, *incentivación* y *control* con que cuenta la administración.

21 Como señala PRITTWITZ. *La insostenible situación*, cit., p. 427.

menor medida– dependerá siempre de los parámetros que se estén teniendo en cuenta desde una determinada posición político-criminal[22].

Por otro lado, y en relación también con la invocación del principio de intervención mínima, como señala acertadamente BARATTA, a menudo se produce una argumentación circular: la referencia a los bienes o intereses a los que debería circunscribirse la intervención jurídico-penal –esto es, los que responderían a ese modelo liberal o núcleo mínimo de derecho penal– se hace a partir de los bienes o intereses que *tradicionalmente* ha protegido el derecho penal[23]. Dicho de otro modo, sería como afirmar que la intervención penal debería mantenerse dentro de unos determinados límites *porque siempre ha sido así*. Y no hay que olvidar, como señala SILVA SÁNCHEZ, que ese modelo de derecho penal liberal de protección de bienes altamente personales y del patrimonio *nunca* existió como tal[24]. De hecho, cuando se apela a la insignificancia o ausencia de lesividad suficiente para una concreta tipificación penal, o a que se están protegiendo intereses universales o difusos frente a los tradicionales intereses individuales, a menudo se olvida que los códigos penales –tanto españoles como de nuestro entorno– han protegido históricamente intereses de aquella naturaleza. Ello se puede apreciar en los delitos contra el "orden socioeconómico" o contra el "orden público", por citar algunos ejemplos de las leyes penales españolas[25]. Por otro lado, respecto del argumento de la ausencia o irrelevancia de lesividad, hay que señalar que delitos de peligro abstracto han existido siempre, y a menudo han gozado de la mayor aceptación. Por ejemplo, ya en el primer Código Penal español, de 1822, se encuentra la tipificación de la falsificación de moneda. Y cuando se sanciona el haber falsificado moneda con la intención de introducirla en el mercado, aun cuando no se ha llegado a introducir efectivamente, lo que se está protegiendo es algo amplio, difuso, como es el mantenimiento del sistema monetario, pues lo contrario alteraría gravemen-

---

22 Como acertadamente ha señalado JAKOBS. *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*, Madrid, 1996, pp. 40 y 41, la "decisión acerca de si se trata de un proceso de criminalización excesivo e innecesario, o, por el contrario, de la necesaria defensa de lo nuclear es puramente política, pero no jurídico-penal".

23 *Pena y Estado*, cit., p. 42. Este autor, sin embargo, es crítico con el fenómeno expansivo del derecho penal en cuanto entiende que contradice ese principio de intervención mínima.

24 *La expansión*, cit., pp. 149 y 157. También crítico con la concepción de "derecho penal clásico" que maneja la Escuela de Frankfurt, SCHÜNEMANN, en *ADPCP*, 1996, pp. 190 y 191, quien llega a calificar la postura de esta Escuela respecto a la expansión del derecho penal moderno como "una retirada a los siglos XIX y XVIII" (ibíd., p. 205).

25 Matiza CANCIO MELIÁ. *Conferencias*, cit., p. 126, que son "pocos y marginales los supuestos de delitos que no protegen intereses 'tangibles'".

te el orden no solo económico, sino social, si desapareciera la confianza en los medios de pago[26]. Es cierto que a la concreta tipificación del delito de falsificación de moneda se le puede objetar el llevar en ocasiones a resultados insatisfactorios[27]. La falsificación de cantidades irrelevantes de moneda con la intención de introducirlas como medio de pago resulta punible, conforme al tenor literal del artículo 386 del Código Penal español, con una pena de 8 a 12 años de prisión y multa del tanto al décuplo. Aquí, sin duda, pueden darse supuestos de escasísima lesividad que no justificarían una intervención penal, pero el problema no reside en si el derecho penal debe sancionar o no la falsificación de moneda –punto sobre el que no parece haber grandes dudas–, sino en una *defectuosa técnica legislativa*. Y aquí reside una de las claves principales, en mi opinión, del debate sobre la "expansión" del derecho penal: la mayor parte de las veces el problema no reside en *si* la ley penal debe intervenir o no en determinadas materias, sino en *cómo* lo hace. Lo que resulta rechazable, y es lo que devuelve a los ciudadanos una imagen absurda del ordenamiento[28], es que se imponga una sanción semejante a quien mata un jilguero protegido que a quien contamina un río: existe un amplio acuerdo en la necesidad de proteger el medio ambiente y la flora y la fauna, pero no en cómo a menudo el legislador determina el umbral mínimo de gravedad típico o la consecuencia jurídica.

---

26 La mayor parte de la doctrina defiende que lo que se protege a través de la tipificación de la falsificación de moneda es la seguridad en el tráfico monetario o económico. Así, ARÁNGUEZ SÁNCHEZ. *La falsificación de moneda*, Barcelona, 2000, p. 20; BONÉ PINA Y SOTERAS ESCARTÍN. *De las falsedades. Comentario a los artículos 386 a 403 del Código Penal de 1995*, Barcelona, 2000, pp. 21 y 23; ECHANO BASALDÚA, en *Compendio de derecho penal. Parte especial*, BAJO FERNÁNDEZ (dir.), vol. II, Madrid, 1998, p. 755; FERNÁNDEZ PANTOJA. *Delito de falsedad en documento público, oficial y mercantil*, Madrid, 1996, p. 76; LASCURAÍN SÁNCHEZ, en RODRÍGUEZ MOURULLO y JORGE BARREIRO. *Comentarios al Código Penal*, Madrid, 1997, p. 1055, quien señala, específicamente, que con la falsificación de moneda para su ulterior introducción en el tráfico económico, "se pone en juego la credibilidad de un instrumento esencial del tráfico económico y, tras ello, la indemnidad del patrimonio individual y el propio control estatal de la política económica a través de la política monetaria".

27 La falsificación de moneda se sanciona en el artículo 386 del Código Penal español, imponiendo la pena de prisión de 8 a 12 años y multa del tanto al décuplo del valor aparente de la moneda a quien fabrique moneda falsa, a quien la introduzca, o a quien la expenda en connivencia con los falsificadores o introductores. La sanción se reducirá en uno o dos grados en caso de tenencia para su expendición o distribución, o en caso de que, una vez se conozca que es falsa, sea adquirida para ponerla en circulación.

28 De modo general acerca de los problemas de correspondencia entre la pena y los fundamentos de la infracción, FREUND. *Erfolgsdelikt und Unterlassen. Zu den Legitimationsbedingungen von Schuldspruch und Strafe*, Köln et ál., 1992, p. 110.

D. LA CUESTIÓN DE LA UTILIDAD Y LA EFICACIA

En el debate sobre la "expansión" del derecho penal se critica también que éste no responda a las exigencias de utilidad y de eficacia cuando aborda nuevos ámbitos, razón por la cual no se justificaría su intervención. Es absolutamente indudable que toda regulación, penal o no, debe responder a esas exigencias, pero también aquí nos encontramos con la necesidad de abordar el contenido de estos términos. No puede obviarse que el juicio acerca de la eficacia o ineficacia de una norma resulta complejo[29], pero entiendo que no puede hablarse de la legitimación o no de una intervención penal sin saber cuándo es *útil* o *eficaz* –o lo contrario– una concreta ley penal; y estamos otra vez ante un aspecto que se sustrae a menudo del debate acerca del fenómeno expansivo del derecho penal.

Es importante incidir, una vez más, en la idea de que no se apuesta aquí por un derecho penal ilimitado e indiscriminado, pues comparto con la corriente crítica de la "expansión" del derecho penal que, en la medida en la que la intervención penal da habitualmente una respuesta jurídica más gravosa –lo que se refleja tanto en la posibilidad de imponer una pena privativa de libertad como en el significado estigmatizador del proceso penal y de la imposición de una sanción penal–, dicha intervención debe ser lo más cuidadosa posible. Pero no hay que olvidar, como indiqué en el epígrafe anterior, que a menudo se confunde la crítica relativa a la intervención del derecho penal en determinados ámbitos con el concreto modo en el que se hace. Y esto influye decisivamente en el juicio sobre la utilidad y la eficacia de dicha intervención. Con frecuencia sucede que el legislador yerra en la técnica legislativa elegida[30], lo que puede atentar contra principios como el de legalidad –ley cierta, taxativa, precisa, etc.–, al optar por una redacción confusa e indeterminada; o el de proporcionalidad, al asignar penas desorbitadas en relación con la gravedad del hecho tipificado[31]. Pero hay que insistir en que se trata de cosas distintas: una es el *si* y otra es el *cómo*. Y la confusión entre ambas puede restar claridad al debate.

---

29 Como señala SILVA SÁNCHEZ. "Eficiencia y derecho penal", en *ADPCP*, 1996, p. 124, la dificultad se encuentra en la "determinación de los costes y beneficios que resultan de la acogida o rechazo de un determinado derecho, de un determinado valor o principio de garantía en derecho penal. Y esta determinación del 'coste (y el beneficio) de la libertad' se hace muy difícil".

30 Como señala DE LA MATA BARRANCO. *Protección penal del ambiente y accesoriedad administrativa: tratamiento penal de comportamientos perjudiciales para el ambiente amparados en una autorización administrativa ilícita*, Barcelona, 1996, p. 37, cuando afirma que, una vez aceptada la necesidad de intervención penal, ha de tenerse en cuenta la técnica de incriminación, la cual ha de atender a los principios de tipicidad, fragmentariedad, subsidiariedad e intervención mínima.

En mi opinión, la clave del problema en torno a la utilidad y eficacia de la intervención penal reside en realizar una ponderación, en la que ha de tenerse en cuenta cuál es el beneficio que proporciona la pena, cuál es el coste que comporta[32] y quién debe soportar dicho coste. Por beneficio ha de entenderse el mantenimiento de la norma protectora del bien jurídico. El coste será la sanción –mayor o menor– que se impone, obviamente, a quien, atentando contra el bien jurídico, ha puesto en peligro la vigencia de la norma que protegía a aquel. Si el derecho penal interviene en un ámbito nuevo –o, si ya era materia penal, lo hace más intensamente– ha de valorarse, por un lado, tanto el coste de la persecución de la infracción como el coste de que se estén restringiendo más derechos del infractor al incluir un procedimiento y una sanción penales y, por otro, el beneficio que se pretende obtener al prevenir determinados comportamientos. La pretensión lógica es que haya un equilibrio entre ambos parámetros[33]: entre el beneficio de la eficacia y el coste que implica toda intervención penal. Y esto no significa, como, sin embargo, ha sido señalado[34], que

---

31 Del mismo modo, cabe que la pena prevista no sea desmedida, pero acompañe a una redacción demasiado amplia o vaga de la conducta típica; ello puede conducir a que el hecho realizado, pese a ser típico, sea de muy escasa, o incluso irrelevante gravedad, con lo que también nos encontraríamos ante una desproporción entre el hecho y la sanción.

32 En este sentido, cfr. PASTOR PRIETO. "Una introducción al análisis económico del derecho", en *Hacienda Pública Española*, 1984 (89), p. 167, cuando afirma que se trata de que, en función de los objetivos perseguidos, se consiga la máxima disuasión –deseada– de comportamientos delictivos, se alcancen los máximos beneficios para las partes y se minimicen los costes sociales. También ARZT. "Probleme der Kriminalisierung und Entkriminalisierung sozialschädlichen Verhaltens", en *Kriminalistik*, 1981, p. 122, se refiere a una ponderación entre costes y beneficios entre lo que se pretende sacrificar y lo que se pretende obtener con ello, incluyendo dentro de los costes la capacidad de control del sistema (medios personales y materiales relativos a la policía, la justicia y la ejecución de las sanciones), aunque señala que es imposible que ese análisis de costes y beneficios arroje resultados exactos. En sentido parecido, CORCOY BIDASOLO. *Problemas criminológicos*, cit., p. 74; PAREDES CASTAÑÓN, en *AP*, 1997, p. 225. Cfr. también FERRAJOLI. "Derecho penal mínimo", en *Poder y control*, 1986, p. 46, cuando afirma que la comparación ha de establecerse entre el coste social de las penas, así como de los medios de prevención de delitos, y las violencias que dichos medios han de prevenir.

33 FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ. "Los límites del ius puniendi", en *ADPCP*, 1994 (47), p. 88, alude a la necesidad de que haya consonancia entre la trascendencia social del bien merecedor de tutela jurídico-penal y la severidad de las consecuencias propias y exclusivas del derecho penal.

34 ALBRECHT. *La insostenible situación*, cit., p. 476, por ejemplo, señala que el pensamiento basado en el coste-beneficio, dominante en el sistema económico, desprecia los intereses de otras esferas. También indica (ibíd., p. 478) "que las leyes penales no sirven solamente para los fines instrumentales de la efectiva persecución penal, sino que deben fortalecer los valores y las normas sociales" –en este punto no hay objeción respecto de lo que se plantea en este trabajo, pues también aquí se defiende el fortalecimiento de las normas jurídicas–, o que "un pensamiento centrado exclusivamente en la eficacia de la persecución penal quiebra cualquier barrera constitucional frente a la intervención estatal en la esfera de libertad del ciudadano" (ibíd., pp. 485). En este sentido, pero de forma menos radical, MENDOZA BUERGO. *El derecho penal*, cit., p. 77. Por su parte, PRITTWITZ. *La insostenible situación*, cit., p. 443,

en aras de esa eficacia puedan pasarse por alto los límites y garantías que deben caracterizar al derecho penal. Es decir, efectividad y respeto a los principios y garantías en los que se basa el derecho penal no sólo son perfectamente compatibles sino, además, el objetivo de cualquier norma legítima. En ocasiones, en el debate sobre la expansión del derecho penal se han entremezclado, en mi opinión, dos argumentos que no deben confundirse: por un lado, que la intervención penal en nuevas materias sea ineficaz, lo que conduce a que parte de la doctrina invoque su despenalización y, por otro, que la búsqueda de eficacia suponga una merma de garantías y principios irrenunciables. Que esto último no ha de suceder es incuestionable, tanto como el hecho de que el análisis de la eficacia de una norma y el análisis de su respeto a los principios constitucionales son cuestiones que discurren por cauces independientes.

A la hora de realizar ese balance nos encontramos, una vez más, con que todo depende de qué se entiende por *eficacia*. Y parece claro que dentro de ese concepto no ha de incluirse el mero simbolismo tranquilizador de conciencias o a la simple maniobra electoralista[35]. Más allá, el análisis de la eficacia ha de contraerse necesariamente al contenido de la concreta propuesta legislativa, es decir, la normativa sancionadora medioambiental, sobre ordenación del territorio, sobre flora y fauna, etc. Y en ese análisis, como ya he señalado, han de considerarse cuestiones como qué se está dispuesto a sacrificar y qué efectos concretos se pretenden y pueden alcanzarse.

Antes de pasar a realizar un breve análisis de la necesidad de intervención del derecho penal en determinadas materias, es necesario señalar que, en todo caso, nos encontramos ante *opciones políticas*[36], esto es, ante la elección de un determinado modelo de intervención penal, lo que significa que el debate en ningún momento puede hacerse en términos de correcto o incorrecto, dado que se parte de que ambos modelos se mantienen dentro del marco constitu-

---

indica que el cálculo no debe hacerse sólo basándose en los costes de efectividad. SILVA SÁNCHEZ. *La expansión*, cit., pp. 157, 159 y 160; ID. "Introducción. Necesidad y legitimación de la intervención penal en la tutela de la ordenación del territorio", en *Delitos contra el urbanismo y la ordenación del territorio*, Oñati, 1998, p. 35, no obstante, admite que en un derecho penal alejado del núcleo clásico de protección –que no debe operar con penas privativas de libertad– pueden flexibilizarse las garantías político-criminales. En el caso de que la pena privativa de libertad concurra con una relativización de garantías político-criminales, las reglas de imputación y los criterios procesales habla SILVA SÁNCHEZ. *La expansión*, cit., pp. 163 a 167, de "tercera velocidad del derecho penal", que acepta como algo excepcional e inevitable, como un "mal menor".

35 Como denuncian ALBRECHT. *La insostenible situación*, cit., p. 478, y MENDOZA BUERGO. *El derecho penal*, cit., pp. 89 y 90.

36 JAKOBS. *Sociedad, norma y persona*, cit., pp. 40 y 41.

cional[37]. A partir de aquí, la elección del modelo conlleva una determinada concepción de los ámbitos en los que ha de intervenir el Estado. Ello implica, en el análisis necesario sobre la eficacia de una determinada intervención penal, a efectos de declarar o negar su legitimidad, que lo que se pretende con dicha intervención y lo que se sacrifica en aras de ese fin será diferente en función del modelo del que se parta.

Lo anterior encuentra reflejo en propuestas como las de HASSEMER, que considera que determinadas materias, como el medio ambiente o determinadas infracciones socioeconómicas –que se han incorporado al derecho penal pero que, en su opinión, están más cerca del derecho administrativo o el civil– deberían integrar una especie de sector intermedio entre el derecho penal y el derecho administrativo, denominado "derecho de intervención" (*Interventionsrecht*), cuyas garantías y sanciones serían, respectivamente, menos estrictas y gravosas que las penales[38]. No obstante, como señala SILVA SÁNCHEZ, partidario en principio de esta posibilidad, es necesario precisar previamente el contenido y configuración de tal derecho intermedio[39]. El problema que, en mi opinión, presenta esta propuesta es que las no escasas dificultades que hoy por hoy existen para definir las zonas limítrofes entre el derecho administrativo sancionador y el derecho penal se verían duplicadas con la creación de un derecho intermedio, también sancionador: sería necesario delimitar, por un lado, entre el derecho administrativo sancionador y el "derecho intermedio" y, por otro, entre éste y el derecho penal.

Otra de las propuestas que es necesario destacar en este punto procede precisamente de SILVA SÁNCHEZ, quien considera que puede resultar positiva la "expansión" del derecho penal dirigida a la protección de intereses que no pertenecían a su ámbito clásico de aplicación, pero siempre y cuando se renuncie en estos supuestos a la imposición de penas privativas de libertad; entiende que estas sanciones deben reservarse, dentro del derecho penal, a la parte que corresponde al modelo liberal[40]. Con esto configura lo que denomina "derecho

---

37 En este mismo sentido, SILVA SÁNCHEZ. "¿Política criminal 'moderna'? Consideraciones a partir del ejemplo de los delitos urbanísticos en el nuevo Código penal español, en *AP*, 1998, pp. 435 y 436. Por su parte, señala MENDOZA BUERGO. *El derecho penal*, cit., pp. 191 y 192, que los dos modelos de derecho penal que entran en debate pueden considerarse compatibles con el marco fijado por la Constitución, aunque considera que hay mayor compatibilidad o armonía en el sistema que se mantiene acorde con estructura tradicional del derecho penal y que opta excepcionalmente por la expansión.

38 *ZRP*, 1992, p. 383.

39 En *AP*, 1998, pp. 447 y 448 y n. p. 133. También considera que los perfiles de esta propuesta no son muy nítidos, GÓMEZ TOMILLO. *Urbanismo*, cit., p. 11.

40 SILVA SÁNCHEZ. *La expansión*, cit., pp. 159 a 162; también en contra, ID., en *AP*, 1998, pp. 435 y 436.

penal de dos velocidades"[41]. Propone, sin embargo, también, una "tercera velocidad del derecho penal", en la que admite, como algo excepcional pero inevitable, la imposición de la pena privativa de libertad, que concurrirá con una relativización de garantías político-criminales, de las reglas de imputación y de los criterios procesales[42].

En mi opinión, sin embargo, acudir a la respuesta jurídica de la pena privativa de libertad puede resultar especialmente adecuado en determinados supuestos, y entiendo que ello no impide mantener un sistema de garantías, tanto político-criminales como procesales.

III. BREVE ANÁLISIS DE LA NECESIDAD DE INTERVENCIÓN PENAL EN DETERMINADOS ÁMBITOS: ESPECIAL REFERENCIA AL DERECHO ADMINISTRATIVO

En varios puntos de este trabajo he señalado que en el debate sobre la "expansión" del derecho penal se echan en falta análisis más concretos sobre la necesidad específica de intervenir penalmente o no en determinados ámbitos, en la medida en la que las razones para esa intervención pueden ser muy diferentes según las materias a regular. Sucede que en la práctica totalidad esos ámbitos son objeto de regulación por parte del derecho administrativo sancionador –así sucede en el caso del medio ambiente, flora y fauna, de la ordenación del territorio o de las infracciones socioecónomicas–; con lo que el derecho penal lo que hace es tipificar alguna de sus infracciones, habitualmente las más graves. Este denominador común de la "expansión" jurídico-penal que es el derecho administrativo sancionador será, como intentaré mostrar a continuación, lo que nos facilitará realizar un breve análisis sobre la necesidad o no de la intervención penal en ciertas materias.

Hemos visto más arriba que una de las críticas más generalizadas en torno a la "expansión" del derecho penal afirma que se pone en entredicho el princi-

---

Señala asimismo *La expansión*, cit., p. 152, que el problema no es tanto "la expansión del derecho penal en general, sino específicamente la expansión del derecho penal de la pena privativa de libertad".

41 Este "derecho penal de dos velocidades" se caracterizaría, según SILVA SÁNCHEZ. *La expansión*, cit., pp. 159 y ss., por imponer sanciones más próximas a las administrativas y por flexibilizar los criterios de imputación y las garantías político-criminales. Esta postura la sostiene, en concreto, respecto de los delitos contra la ordenación del territorio, donde considera no sólo que puede considerarse vulnerado el principio de proporcionalidad (ID., en *AP*, 1998, pp. 435, 436 y 447 a 449), sino que, en el cálculo de costes y beneficios entre libertad y necesidades de protección, presenta más inconvenientes que ventajas optar por una pena privativa de libertad (ID. *Delitos contra el urbanismo*, cit., pp. 15 y 16). En contra de esto último, MUÑOZ CONDE. *Derecho penal. Parte especial (DPPE)*, 14.ª ed., p. 538.

42 *La expansión*, cit., pp. 162 a 169.

pio de intervención mínima o de *ultima ratio*, ya que los conflictos que aquel pretende solucionar ya están resueltos de modo *suficiente* y *satisfactorio* por otras ramas del ordenamiento. Como también se ha indicado, estas otras ramas del ordenamiento son, principalmente, el derecho administrativo, con lo que podemos pasar a analizar qué significan aquellos adjetivos aplicados al ámbito administrativo.

Tomando como ejemplo el medio ambiente[43] nos encontramos, por un lado, con un amplio consenso social, y, por ende, doctrinal, acerca de la necesidad de proteger este bien jurídico, razón por la cual determinados atentados medioambientales están tipificados hace tiempo en el derecho administrativo sancionador[44]. Pero, por otro lado –y pese a las críticas sobre la excesiva intervención penal que se han señalado en los epígrafes anteriores– también está extendida la opinión de que la persecución e imposición de la consiguiente sanción cuando se cometen estos atentados no se produce, o no se hace con la efectividad necesaria. Es decir, en definitiva, se señala que el derecho administrativo en este ámbito no estaría resolviendo el problema de forma *suficiente* ni *satisfactoria*. En concreto, en la doctrina española se habla de una *deficiente previsión y actuación administrativa*[45]; de que las sanciones provenientes del derecho administrativo no han sido ni *suficientes* ni *eficaces* para el control de las agresiones medioambientales, y de la infrautilización de los importantes medios coercitivos con los que cuenta la administración[46].

Podemos partir, como hipótesis de trabajo, de que, efectivamente, hay un importante déficit en la persecución y sanción administrativas de las agresiones graves al medio ambiente; hipótesis que, atendiendo a los escasos fallos jurisprudenciales, es más que plausible. Abordemos, entonces, las posibles soluciones a este problema: cabría, por un lado, mantener la regulación dentro

---

43 Respecto del cual no hay que olvidar que la Constitución española de 1978 establece expresamente, en su artículo 45.3, la previsión de "sanciones penales o, en su caso, administrativas" en caso de que se atente contra la utilización racional de los recursos naturales.

44 Así, por ejemplo, las infracciones relacionadas con el vertido de residuos tóxicos se sancionaban ya en 1986 con la hoy derogada Ley 20 de 1986, del 14 de mayo, de Residuos Tóxicos y Peligrosos. Actualmente pueden mencionarse, en este ámbito, la Ley 10 de 1998, del 21 de abril, de Residuos, y la Ley 16 de 2002, del 2 de julio, de Prevención y Control Integrados de la Contaminación.

45 DE LA MATA BARRANCO. *Protección penal del ambiente*, cit., pp. 32 y 33, quien señala que se produce, incluso, un común acuerdo entre la Administración y empresas particulares.

46 RODAS MONSALVE. *Protección penal y medio ambiente*, Barcelona, 1993, p. 138. Critican también la ineficacia de la intervención administrativa en esta materia, GONZÁLEZ-RIPOLL GARZÓN. *Sociología del delito ambiental*, Córdoba, 1992, p. 49. Matizadamente, MOREU CARBONELL, en *RDA*, 1995 (87), p. 387, aunque admite que la administración no siempre actúa con la celeridad y regularidad que serían deseables, por lo que entiende que el derecho penal sí sería útil en los casos más graves (ibíd., p. 403).

del ámbito administrativo y modificar y adecuar sus mecanismos para hacer frente *satisfactoriamente* a las agresiones al medio ambiente. Esta es la postura que, coherentemente, deben sostener los críticos con la "expansión" del derecho penal y constituye, de hecho, la mejor solución: se trata, en definitiva, de que el derecho administrativo se convierta en una respuesta *suficiente* y *satisfactoria* del conflicto planteado. Pero con ello estamos todavía en el punto de partida: ¿por qué, hoy por hoy, no da el derecho administrativo español ese tipo de respuesta en ámbitos como el medioambiental? Creo que la respuesta no se encuentra en que el sistema administrativo sea en sí mejor o peor, sino en que, en su configuración actual, no cuenta con los medios de control necesarios para hacer frente a determinado tipo de infracciones.

Las agresiones más graves contra el medio ambiente –que serían las que, en principio, deben interesar al derecho penal– son, en su inmensa mayoría, cometidas por grandes estructuras empresariales. Un ejemplo lo encontramos en contaminación medioambiental –por ejemplo, vertidos de residuos tóxicos o peligrosos–. Si la sanción prevista para estas agresiones es meramente económica sucede, como ya ha señalado parte de la doctrina, que la cuantía de esa sanción se integra en sus costes de producción[47]. Esto es reflejo de la afirmación de que el precio de la sanción depende de la magnitud de la pena y de la probabilidad de que ésta se imponga[48], es decir, de las posibilidades de éxito de

---

47 FEIJÓO SÁNCHEZ. *Sanciones para empresas por delitos contra el medio ambiente. Presupuestos dogmáticos y criterios de imputación para la intervención del derecho penal contra las empresas*, Madrid, 2002, p. 46; LOZANO CUTANDA. *La tensión entre eficacia y garantías en la represión administrativa: aplicación de los principios constitucionales del orden penal en el derecho administrativo sancionador con especial referencia al principio de legalidad*, CGPJ, 1997, XI, pp. 56 y 57.

48 PASTOR PRIETO. *Sistema jurídico y economía. Una introducción al análisis económico del derecho*, Madrid, 1989, p. 170. Se está manejando una idea obvia, que, pese a ser utilizada habitualmente por el análisis económico del derecho, no es ni mucho menos exclusiva de su método. Sirva como ejemplo, siquiera anecdótico, el hecho de que una formulación semejante se encuentre ya en alguien tan alejado de un pensamiento estrictamente económico como FICHTE. *Fundamento del derecho natural según los principios de la doctrina de la ciencia*, 1796, VILLACAÑAS BERLANGA, RAMOS VALERA y ONCINA COVES (trads.), Madrid, 1994, p. 323, cuando se refiere a la "teoría del contrapeso", donde afirma: "Si no se toma del ladrón más que lo que ha sustraído, no se ha hecho más que darse el trabajo para nada. Puesto que necesariamente debía suponer que no sería descubierto, porque de otra manera no se habría dado ciertamente un tal trabajo en vano, su cálculo era el siguiente: o bien soy descubierto, o bien no lo soy. Si es la primera eventualidad la que se produce, restituyo lo que antes no me pertenecía; si es la segunda, yo he ganado. En ningún caso puedo perder. Pero si se introduce la pena de la igual pérdida, lo que pierde el criminal, en el caso de que sea descubierto, es tan grande como lo que gana en el caso de que no sea descubierto. La balanza de la probabilidad tendría, por tanto, que caer del lado del no descubrimiento para que ose a pesar de todo cometer el delito. Pero tal probabilidad no debe existir en un Estado bien gobernado".

la persecución de la infracción[49], lo cual es igual a decir que la sanción es un valor esperado para el delincuente. Prueba de ello es que las empresas potencialmente contaminantes suelen instalarse en lugares donde, o bien no existe normativa protectora del medio ambiente, como en los países empobrecidos, o bien la persecución de estas infracciones es muy lábil[50]. Si, como en España, se tipifican administrativamente determinadas agresiones al medio ambiente, pero no se persiguen ni se sancionan de forma satisfactoria, ¿cómo se produciría la quiebra de ese balance favorable al infractor? Las respuestas posibles son dos: aumentando la persecución y la certeza de la sanción o incrementando ésta. Lo más correcto sería lo primero, pues sin tener que acudir al derecho penal conseguiríamos una adecuada prevención de las infracciones: no ha de insistirse demasiado en la idea de que si las sanciones no se imponen el sistema pierde su validez, su vigencia. Esta es la opción más oportuna y, de hecho, el camino a seguir; el problema es que se trata de un camino de recorrido muy largo porque ha de enfrentarse a problemas como, por ejemplo, el de que las empresas contaminantes son con frecuencia grandes estructuras empresariales[51] y a menudo se entremezclan, indebidamente, intereses de naturaleza económica y política que dificultan una adecuada persecución de las infracciones[52].

---

49 Introduce, al hilo de esta cuestión, POSNER. *Economic Analysis of Law*, 5.ª ed., Boston y Toronto, 1998, p. 244) una idea que entiendo puede resultar problemática: señala este autor, utilizando como ejemplo de sanción las multas, que "si los costes del cobro de multas se asume que serán cero, independientemente del importe de la multa, la combinación más eficiente será una probabilidad de imposición arbitrariamente cercana a cero y una multa de importe cercano a infinito". Si de lo anterior se entiende que el potencial infractor asume que la probabilidad de imposición de la sanción, en este caso multa, será cercana a cero, ello es porque hay un claro déficit de persecución de la infracción por parte de las instancias oficiales –salvo que se trate de un error en la percepción de la realidad por parte de ese potencial infractor–. Y si la respuesta, ante ese déficit, es incrementar la sanción a un importe cercano al infinito, la crítica es sencilla: si un determinado sistema no quiere o no puede hacer frente a los costes que supone la persecución de infracción, lo que en modo alguno puede hacer, en mi opinión, es repercutirlos totalmente en el delincuente aumentando el *quantum* de la sanción a imponer hasta el infinito. En mi opinión, cabe, en principio, que el Estado repercuta costes de esta naturaleza, pero *sólo en cierta medida*. En torno a la idea de incremento de costes como estrategia político-criminal resulta especialmente clarificador el matiz que introducen MONTERO SOLER y TORRES LÓPEZ. *La economía del delito y de las penas. Un análisis crítico*, Granada, 1998, pp. 161 y ss., al señalar la relevancia de la percepción subjetiva de la probabilidad de condena por parte del potencial infractor.

50 Sobre esta cuestión, cfr. POZUELO PÉREZ. "La reparación del daño al medio ambiente", en *RDUMA*, 2002, n.º 191, pp. 146 y 147.

51 A este respecto, cfr. FEIJÓO SÁNCHEZ. *Sanciones para empresas*, cit., pp. 34 y ss., y la bibliografía allí citada.

52 Como señala SILVA SÁNCHEZ. "¿Protección penal del medio ambiente? Texto y contexto del art. 325 del Código Penal", en *La Ley*, 1997-3, p. 1719, "los supuestos de gran contaminación –en los que los intereses en juego son muy superiores– se resuelven por vías alternativas a la penal"; e indica que la eficacia del sistema se ve "condicionada por la influencia de los *lobbies* de la industria y de los grupos políticos de

Si se parte de que no es posible, al menos a corto plazo, el aumento de persecución de la infracción, la opción es, entonces, la de incrementar la sanción. Ello puede hacerse desde el derecho administrativo o desde el derecho penal. En el primer caso, nos encontramos otra vez con que esos mayores costes en la sanción son tradicionalmente de naturaleza económica –a través de la multa administrativa–. Y para una gran empresa, que obtiene grandes beneficios de esa misma naturaleza, cuando se encuentra en un entorno de gran impunidad respecto de las infracciones medioambientales, resulta que el saldo saldría prácticamente siempre a su favor[53]: se trata de una apuesta donde hay mucho que ganar y poco que perder. Si el incremento económico de la sanción no parece ser la solución más adecuada, ésta debe buscarse, entonces, en otro tipo de sanción. Esto significa que, sin abandonar el propósito de que en el futuro la respuesta satisfactoria al problema la pueda dar el derecho administrativo, hoy por hoy, mientras la situación de déficit de persecución de las infracciones administrativas medioambientales se mantenga, parece necesario intervenir penalmente a través de la introducción de unos costes[54] y de un sistema de control diferentes al del sistema administrativo[55].

Es más, dado que la respuesta administrativa no es, como he intentado demostrar, *suficiente*, ni hay visos de que pueda serlo en un plazo cercano, si no se produce intervención penal alguna se produciría una situación de desprotección del bien jurídico[56]. Por otro lado, la ventaja de una intervención penal se refle-

---

presión sobre la administración". También en este sentido, CONDE-PUMPIDO TOURÓN, en TERRADILLOS BASOCO. *El delito ecológico*, Madrid, 1992, p. 14, quien entiende que las agresiones medioambientales están relacionadas con sectores sociales privilegiados, generalmente inmunes a la intervención de la jurisdicción penal; y HORMAZABAL MALARÉE, en TERRADILLOS BASOCO. *El delito ecológico*, cit., p. 60, que denuncia la "connivencia entre la clase política y agentes económicos privados". RUTHER. "Génesis de la norma penal para la protección al medio ambiente", en *CPC*, 1985, pp. 52 y 53, por su parte, señala, por un lado, que las instancias de control tienden, normalmente, a ponerse de acuerdo con los potenciales infractores por vía de negociación y a mantener en propio interés el potencial económico de aquellos; por otro, pone de relieve el gran poder social que detentan los destinatarios de estas normas, poder que no se suele dar en los destinatarios de las normas penales "clásicas". De acuerdo con RUTHER, TERRADILLOS BASOCO, en TERRADILLOS BASOCO. *El delito ecológico*, cit., p. 100.

53 TERRADILLOS BASOCO (en ibíd., p. 101) indica la necesidad de que la cuantía de la pena de la multa se fije atendiendo a los beneficios logrados o pretendidos por la acción delictiva.

54 A favor de introducir costes penales, expresamente KUHLEN. "Handlungserfolg der strafbaren Gewässerverunreinigung", en *Goltdammer's Archiv*, 1986, p. 402.

55 A favor de la intervención penal en este ámbito, DE LA MATA BARRANCO. *Protección penal del ambiente*, cit., p. 38; RODAS MONSALVE. *Protección penal y medio ambiente*, Barcelona, 1993, p. 138.

56 En este sentido, señala DE LA MATA BARRANCO. *Protección penal del ambiente*, cit., p. 38, que renunciar al derecho penal ambiental "quizás represente una resignación prematura, fundamentada en la ineficacia de los medios actualmente desplegados en dicha tutela con carácter previo", y propugna, junto a un derecho penal respetuoso con los principios derivados del principio de necesidad de actuación

ja, además, en el hecho de que por esta vía se introduce un tercero, el juez o fiscal, es decir, un control externo, no implicado en el juego de intereses que puede darse, por ejemplo, en relación con determinadas empresas contaminantes. Como señala SILVA SÁNCHEZ, frente al "derecho administrativo [...] el derecho penal aporta su mayor neutralidad respecto a la política, así como la imparcialidad propia de lo jurisdiccional"[57].

Esto último, la posibilidad de intervención de un tercero, de un control externo no implicado de índole jurisdiccional, es especialmente relevante en otro supuesto que también ha suscitado polémica al ser objeto de tipificación penal por parte del Código Penal español de 1995: las infracciones urbanísticas. También aquí abunda la doctrina que señala la ineficacia del derecho administrativo a la hora de hacer frente a determinado tipo de ilícitos urbanísticos[58], denunciando la escasa persecución de la especulación fraudulenta del suelo[59], que ha producido efectos devastadores en nuestro territorio[60], y el fracaso del Derecho administrativo sancionador en esta materia[61]; destacando expresamente la necesidad de una intervención penal en este ámbito[62] como una demanda

---

penal, una política global adecuada, controles sociales efectivos y tipos legales determinados para los casos más graves.

57 *La expansión*, cit., p. 155.

58 Así, NARVÁEZ RODRÍGUEZ. "Los delitos sobre la ordenación del territorio: la responsabilidad penal de la Administración urbanística", en *AP*, 1997-1, p. 354, señala que la administración urbanística se muestra "carente o insuficientemente dotada de recursos preventivos o represorios con los que poder hacer frente a tales desmanes"; DOMÍNGUEZ LUIS. *Delitos relativos a la ordenación del territorio*, cit., p. 13, señala el fracaso del derecho administrativo "como medida de contención de aquellos atentados intolerables a la ordenación urbanística que han producido efectos devastadores en nuestro territorio"; también postula una intervención penal ante una ordenación del territorio, MARTÍNEZ ARRIETA. "Delito urbanístico", en *Cuadernos de Derecho Judicial* (*CDJ*), 1997 (II), p. 179.

59 LESMES SERRANO, ROMÁN GARCÍA, MILANS DEL BOSCH Y JORDÁN DE URRÍES y ORTEGA MARTÍN. *Derecho penal administrativo (Ordenación de territorio, patrimonio histórico y medio ambiente)*, Granada, 1997, p. 25.

60 DOMÍNGUEZ LUIS. *Delitos relativos a la ordenación del territorio*, cit., p. 13.

61 GÓMEZ TOMILLO. *Urbanismo*, cit., p. 2. En un sentido parecido se pronuncia la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona del 25 de abril de 2002 cuando afirma que, "Como resultado del fracaso estrepitoso del derecho administrativo Urbanístico sancionador y la realidad cada día más evidente en cuanto al fenómeno de la especulación urbanística y la comisión de verdaderas aberraciones de este tipo cometidas al amparo de conductas administrativas defraudatorias de la normativa urbanística o vacíos legislativos, el nuevo C. P. de 1995 introdujo los denominados delitos sobre la ordenación del territorio, bajo su inclusión sistemática en un título dedicado a la protección del medio ambiente y ecología en sentido amplio, en tanto que entorno del ser humano".

62 GARCÍA PLANAS. *Delito urbanístico (Delitos relativos a la ordenación del territorio)*, Valencia, 1997, p. 33. También a favor de la intervención penal en este ámbito ante la ineficacia de las soluciones administrativas, CARMONA SALGADO, en COBO DEL ROSAL (dir.). *Compendio de derecho penal español, Parte especial*, Madrid y Barcelona, 2000, p. 587; CONDE-PUMPIDO TOURÓN, en CONDE-PUMPIDO FERREIRO. *Código Penal. Doctrina y jurisprudencia*, t. I, Madrid, 1997, p. 3191; MORALES PRATS y TAMARIT SUMALLA, en QUIN-

social perceptible[63]. A este supuesto le serían extensibles todas las reflexiones que se han realizado respecto de la contaminación medioambiental: también aquí la respuesta *suficiente* del derecho administrativo, en el sentido de una mayor persecución, es imaginable sólo a largo plazo, y la posibilidad de incrementar la cuantía de las sanciones administrativas choca asimismo con que en el ámbito urbanístico los beneficios son siempre económicos y habitualmente ingentes, con lo que vuelve a suceder que el saldo sale a favor del infractor. En el supuesto del urbanismo en España se da, además, la característica especial de que quien otorga las licencias urbanísticas y quien debe controlar las infracciones contra la ordenación del territorio a menudo coinciden en la misma persona o, de no ser así, tienen un alto nivel de proximidad, situación que conduce demasiado a menudo a la corrupción y a la desestabilización de la democracia municipal. Por eso resulta especialmente necesario que, en determinados supuestos especialmente graves de infracción urbanística, se produzca la intervención penal, no sólo porque puede prever sanciones que refuercen de forma más adecuada la prohibición de atentar contra la ordenación del territorio, sino porque introducen un tercero externo, el control jurisdiccional, que en estos supuestos resulta especialmente necesario.

Tal y como planteé al principio de este trabajo, he pretendido trasladar las reflexiones sobre la "expansión" del derecho penal que realicé en los epígrafes precedentes a supuestos concretos, puesto que, como ya he señalado, de otro modo el análisis de la necesidad o no de la intervención penal en determinados ámbitos se limitaría a meras afirmaciones generales, de índole programática, no sujetas a contrastación. Se ha hecho referencia a dos materias principal-

---

TERO OLIVARES y VALLE MUÑIZ. *Comentarios al nuevo Código Penal*, Pamplona, 1996, p. 1488, quienes aluden al "fracaso de la legislación administrativa" a la hora de justificar la intervención penal en este ámbito; MUÑOZ CONDE, en *DPPE*, 12.ª ed., pp. 533 y 534; DE VICENTE MARTÍNEZ. "La responsabilidad penal de la administración pública: el parágrafo 2.º del art. 320 del Código Penal", en DE LA MATA BARRANCO (ed.). *Delitos contra el urbanismo y la ordenación del territorio*, Oñati, 1998, p. 177, que se refiere al fracaso y la ineficacia del derecho administrativo para contener la situación de desorden generalizada que ha venido caracterizando nuestro urbanismo y que ha generado el deterioro del territorio.

63 QUINTERO OLIVARES. "Infracciones urbanísticas y delitos relativos a la ordenación del territorio", en *CDJ*, 1997, XI, p. 352. También así, CONDE-PUMPIDO TOURÓN. *Código Penal*, cit., p. 3196; DE LA CUESTA ARZAMENDI. "Protección penal de la ordenación del territorio, y del ambiente (tit. XIII, L.II, PANC 1983)", en *Documentación Jurídica*, 1983, 37/4, vol. 2, p. 886; DOMÍNGUEZ LUIS. *Delitos relativos a la ordenación del territorio*, cit., p. 12. Esta demanda social llegó a plasmarse en la exposición de motivos del Código Penal español de 1995, que señaló que "se ha afrontado la antinomia existente entre el principio de intervención mínima y las crecientes necesidades de tutela en una sociedad cada vez más compleja, dando prudente acogida a nuevas formas de delincuencia", dentro de las cuales "merece destacarse la introducción de delitos contra el orden socioeconómico o la nueva regulación de los delitos contra la ordenación del territorio".

mente: el medio ambiente y la ordenación del territorio, lo que no significa, de ningún modo, que propugne la intervención penal de forma indiscriminada en esos ámbitos. Muy al contrario, como he tratado de mostrar en este epígrafe, se defiende que tal intervención responda al principio de intervención mínima y de *ultima ratio* del derecho penal, esto es, que afecte sólo a supuestos especialmente graves, como puede ser determinado tipo de contaminación ambiental, muy lesiva para el equilibrio ecológico, y determinados supuestos, también especialmente graves, de atentados contra la ordenación racional del territorio. Y ello a través de un análisis que trata de descender a los problemas concretos de estas materias, único modo de poder afirmar o negar la necesidad de intervención penal.

Para terminar, es muy importante señalar que el recurso a la estructura de costes y beneficios para el estudio que se realiza en este trabajo no significa en absoluto que se esté partiendo de un planteamiento exclusivamente de índole económica; esto es, el objetivo no es establecer, sin más, medidas que *no compensen al infractor*, puesto que no sólo estaríamos haciendo girar en exceso la cuestión en torno a intereses individuales, sino que se correría el peligro de estar haciendo una política de mera intimidación. Mucho más allá, se trata de una cuestión colectiva: el objetivo es mantener vigente un determinado sistema que preserva la indemnidad del medio ambiente como interés a proteger frente a determinadas agresiones, como por ejemplo la contaminación grave del medio ambiente. Y, hoy por hoy –y esta afirmación es válida al menos para España, pero es extensible a otros muchos países–, nos encontramos con que la *vigencia de la norma de no contaminar está puesta seriamente en peligro.* Del mismo modo, en el caso de las infracciones urbanísticas más graves, se trata de mantener la vigencia de una norma que preserva un determinado orden económico y social, pues aquellas infracciones resultan contrarias a una racional utilización del suelo, que ha de ser acorde con el interés general y ha de impedir la especulación[64].

Como señala con gran acierto JAKOBS, "se trata del reparto de recursos escasos, como la pureza del agua, del aire, del suelo", y el que actúa contra la

---

64 En este sentido, señala SÁNCHEZ MARTÍNEZ. "Alcance y límites a la cláusula agravatoria de la responsabilidad de los funcionarios en materia urbanística", en *CPC*, 1998 (65) p. 438, que se trata de "un interés general, no individual, que no es otro que el compromiso de posibilitar una ordenación racional del territorio, el adecuado reparto y distribución del suelo para sus diversos usos, y que representa un elemento indispensable, para asegurar el funcionamiento del sistema social". Parte de una perspectiva semejante BERLANGA RIBELLES. "Infracciones y delitos urbanísticos: las infracciones urbanísticas", en *CDJ*, 1997, t. XI, pp. 344 y 345. En contra de que a través de la tipificación penal de los delitos urbanísticos se protejan bienes tan generales, SILVA SÁNCHEZ, en *AP*, 1998, pp. 446 y 447.

ordenación del reparto le está *sustrayendo a la generalidad aquella parte que le corresponde*[65].

CONCLUSIONES

Como conclusiones de este trabajo habría que señalar las siguientes.

En primer lugar, el papel del derecho penal dentro del ordenamiento jurídico debe responder a los principios de intervención mínima y de *ultima ratio*; ha de rechazarse que constituya un instrumento de intervención ilimitada, incontrolada o indiscriminada, pero ello no significa que, observando estos y otros principios que le son propios, no pueda dar una respuesta adecuada a algunos de los problemas de una sociedad como la actual.

En segundo lugar, en el debate sobre la "expansión" del derecho penal es esencial diferenciar entre el *si* y el *cómo* de la intervención penal. Es decir, el análisis sobre la necesidad o no de que el legislador penal sancione penalmente determinadas conductas es independiente de cómo lo haga si finalmente decide que existe la necesidad de intervenir. A partir de este punto, los problemas ya no pertenecen a la discusión sobre la "expansión" jurídico-penal, sino a cuestiones de técnica legislativa. Si ésta es defectuosa, puede llegar a poner en entredicho determinados principios y garantías, como la seguridad jurídica, el principio de proporcionalidad o la necesidad de una ley cierta, taxativa y precisa. Esto sucede, por ejemplo, con la mala utilización del recurso a la ley penal en blanco o cuando una concreta tipificación penal no delimita de forma adecuada el umbral mínimo de gravedad, lo que puede llegar a generar importantes distorsiones. Pero se trata, como puede apreciarse, de principios y garantías que deben ser observados en *toda* regulación penal, ya sea sobre materias nuevas, ya sea sobre materias tradicionalmente tipificadas; por eso se trata de un problema independiente de la "expansión" del derecho penal.

En tercer lugar, el análisis sobre la intervención o no del derecho penal en determinadas materias no ha de limitarse a afirmaciones generales sobre la función o alcance de esta rama del ordenamiento jurídico, imprescindibles como presupuesto mínimo del debate, pero insuficientes para afirmar o negar la necesidad de intervenir en supuestos concretos. Ha de descenderse, en mi opinión, al análisis de supuestos concretos, pues sólo de este modo pueden alcanzarse soluciones satisfactorias.

---

65 *La ciencia del derecho penal ante las exigencias del presente*, T. MANSO PORTO (trad.), Bogotá, 2000, p. 26.

Por último, es necesario señalar una vez más que las distintas posturas en torno a si el derecho penal debe intervenir o no en determinados ámbitos no hacen sino reflejar diferentes maneras de entender el Estado y sus estrategias de intervención. Y, en la medida en la que en todo momento dichos modelos de intervención se mantienen dentro del marco constitucional, estamos, en definitiva, tan sólo ante una cuestión de opciones políticas.

JOSÉ ANTONIO CARO JOHN*

Sobre la recepción del sistema funcional normativista de Günther Jakobs en la jurisprudencia penal peruana

INTRODUCCIÓN

Un fenómeno que está dando lugar a las más encendidas polémicas en universidades y tribunales lo constituyen las propuestas de GÜNTHER JAKOBS en torno a la construcción de un nuevo sistema del derecho penal, asentado en fundamentos metodológicos puramente normativistas, completamente diferentes a los de otros sistemas conocidos que, con mayor o menor notoriedad, incluyen elementos ontológicos dentro de sus conceptos. Si bien estas propuestas hasta ahora no han alcanzado el nivel de lo que comúnmente se conoce como doctrina "dominante"[1], ello no niega que, sin embargo, últimamente, sobre todo en el ámbito latinoamericano, empiecen a obtener crecientes adhesiones al punto de constituir el fenómeno de moda en el derecho penal de nuestros días.

En el caso peruano no es difícil observar una creciente acogida de este sistema[2] por parte de la doctrina[3] y la jurisprudencia, aunque este hecho sea más

---

* Magister en Derecho por la Universidad de Bonn, "Becario del Servicio Alemán de Intercambio Académico (DAAD).

1 Cfr. JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ. *Estudios de derecho penal*, Lima, 2000, p. 273, quien pone de relieve que las "tesis normativistas" aún no pueden ser calificadas como dominantes debido al "eclecticismo imperante".

2 Los aportes de JAKOBS se empiezan a conocer en Perú en la década de los 90 y, desde entonces, su difusión ha crecido considerablemente; incluso en la actualidad algunos de sus trabajos recientes se encuentran en curso de publicación en diferentes revistas especializadas y colecciones monográficas. Sólo de lo ya publicado, cfr. JAKOBS. "El principio de culpabilidad", CANCIO MELIÁ (trad.), *Revista Peruana de Ciencias Penales*, n.° 2, 1993, pp. 503 y ss.; ID. "El concepto jurídico-penal de acción", CANCIO MELIÁ (trad.), *Revista Peruana de Ciencias Penales*, n.° 3, 1994, pp. 67 y ss.; ID. "Sobre el injusto del suicidio y del homicidio a petición. Estudio sobre la relación entre juridicidad y eticidad", CANCIO MELIÁ y SANCINETTI (trads.), *Revista Peruana de Ciencias Penales*, n.° 4, 1994, pp. 513 y ss.; ID. *La imputación objetiva en derecho penal*, CANCIO MELIÁ (trad.), Lima, Grijley, 1998; JAKOBS y CANCIO MELIÁ. *El sistema funcionalista del derecho penal*, Lima, Instituto Peruano de Ciencias Penales-Universidad de Piura-Editora Jurídica Grijley, 2000, que contiene tres trabajos de JAKOBS sobre el bien jurídico, la injerencia y el dominio del hecho; también JAKOBS. *Bases para una teoría funcional del derecho penal*, CANCIO MELIÁ, FEIJÓO SÁNCHEZ, PEÑARANDA RAMOS, SANCINETTI y SUÁREZ GONZÁLEZ (trads.), Lima, 2000, que reúne catorce trabajos del autor sobre diferentes institutos de su teoría de la imputación; ID. "Imputación jurídico-penal. Desarrollo del sistema con base en las condiciones de la vigencia de la norma", SÁNCHEZ-VERA (trad.), *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, n.° 1, 2000, pp. 127 y ss.; ID. "¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?", CANCIO MELIÁ (trad.), *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, n.° 1, 2000, pp. 151 y ss.; ID. "La denominada *actio libera in causa*", GONZÁLEZ RIVERO (trad.), *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, n.° 2, 2001, pp. 201 y ss.; ID. "Consumación material en los delitos de lesión contra la persona. Al mismo tiempo, una contribución a la generalización de la parte especial", CARDENAL MONTRAVETA (trad.), *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, n.° 3, 2002, pp. 223 y ss.; ID. "¿Punibilidad de las personas jurídicas?", SUÁREZ GONZÁLEZ (trad.), en GARCÍA CAVERO (coord.). *Responsabilidad penal de las personas jurídicas, órganos y representantes*, Lima, 2002, pp. 63 y ss.

3 Entre los que acogen el sistema normativista de JAKOBS de una forma manifiesta, cfr. JAVIER VILLA

evidente en el ámbito jurisprudencial. Algunos supuestos de la jurisprudencia donde se advierte la influencia del sistema funcional normativista de JAKOBS son, por ejemplo, el caso de "Rock en Río"[4], que se refirió a un homicido imprudente, en el que la solución se basó en las categorías dogmáticas conocidas como imputación objetiva e imputación a la víctima; el caso del tiroteo[5], también relacionado con un homicido imprudente, cuya problemática en cuestión fue resuelta como un supuesto de legítima defensa; y, finalmente un supuesto al que podemos denominar caso del taxista[6], donde el tribunal aplicó el instituto dogmático conocido como prohibición de regreso para fundamentar la exclusión de responsabilidad de un taxista a título de coautor del delito de robo agravado.

Como es de suponer, una reflexión en detalle de los aspectos esenciales de todas estas sentencias[7] no es posible llevarla a cabo en este trabajo; sin embargo,

---

STEIN. *Derecho penal. Parte general*, 2.ª ed., Lima, 1998; PERCY GARCÍA CAVERO. *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: criterios de imputación*, Barcelona, 1999, publicación que recoge la tesis doctoral del joven profesor peruano ante la Universidad de Navarra; ID. "La imputación objetiva en los delitos imprudentes", *Revista de Derecho*, n.° 1, Universidad de Piura, 2000, pp. 191 y ss.; ID. "El sistema funcional de imputación en la determinación de la responsabilidad penal del administrador de la empresa", *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, n.° 1, 2000, pp. 505 y ss.; ID. "Tendencias modernas en la dogmática jurídico-penal alemana", *Revista de Derecho*, n.° 2, Universidad de Piura, 2001, pp. 171 y ss.; JOSÉ ANTONIO CARO JOHN. *Causalidad e imputación: lineamientos de una dogmática jurídico-penal normativista*, tesis para obtener el título profesional de abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 1996; ID. "Algunas consideraciones sobre los delitos de infracción de deber", en *Anuario de Derecho Penal*, Lima, 2003, en prensa; adhiriéndose en algunos aspectos, REINER CHOCANO RODRÍGUEZ. "Situaciones de necesidad de las que derivan causas de justificación: estado de necesidad *agresivo* y *defensivo*", en *Anuario de Derecho Penal*, Lima, 2003, en prensa; también JULIO MAZUELOS COELLO. "El delito imprudente en el Código Penal peruano. La infracción del deber de cuidado como creación de un riesgo jurídicamente desaprobado y la previsibilidad individual", en *Anuario de Derecho penal*, Lima, 2003, en prensa. Sin embargo, un sector de la doctrina se distancia críticamente de este nuevo sistema, cfr. por todos, DINO CARLOS CARO CORIA. *Derecho penal del ambiente*, Lima, 1999, pp. 17 y ss.; ID. "¿Superación del pasado a través del derecho penal? Notas sobre la reforma del Código Penal peruano a diez años de su vigencia", *Revista Themis*, n.° 43, Lima, 2001, pp. 235 y ss., 246 y s.; también JOSÉ URQUIZO OLAECHEA. "Culpabilidad penal", en *Una visión moderna de la teoría del delito*, Lima, Dirección Nacional de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Justicia, 1998, pp. 75 y ss., y 82.

4 Corte Suprema de Justicia. Sentencia 4288-97, del 13 de abril de 1998; cfr. el texto de la sentencia en *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, n.° 1, 2000, pp. 589 y ss.; también en REINER CHOCANO RODRÍGUEZ y VÍCTOR VALLADOLID ZETA. *Jurisprudencia penal. Ejecutorias de la Corte Suprema de Justicia 1997-2001*, Lima, 2002, pp. 180 y ss.

5 Corte Suprema de Justicia. Sentencia 4986-97, del 27 de abril de 1998; cfr. el texto de la sentencia en *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, n.° 1, 2000, pp. 585 y ss.

6 Corte Suprema de Justicia. Sentencia 4166-99, del 7 de marzo de 2001; cfr. el texto de la sentencia en *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, n.° 2, 2001, pp. 693 y ss.; también en CHOCANO RODRÍGUEZ y VALLADOLID ZETA, *Jurisprudencia penal*, cit., pp. 71 y ss.

7 Sin embargo, el caso de "Rock en Río" ha motivado sugerentes comentarios de parte de la doctrina

a modo de conocer un poco más de cerca la resolución de uno de los supuestos mencionados, las líneas que siguen se ocuparán de un modo general del caso del taxista, toda vez que en él se aplica la "prohibición de regreso", que constituye uno de los temas centrales de la teoría de la imputación de JAKOBS. Precisamente, las propuestas de solución normativistas a la problemática en torno a la imputación objetiva y la prohibición de regreso es lo que ha contribuido, en cierta medida, a la fama creciente del maestro de Bonn en el ámbito hispanoamericano del derecho penal.

I. CASO DEL TAXISTA

El supuesto de hecho, así como su resolución dogmática, se resumen del modo siguiente:

– Supuesto de hecho: "conforme fluye de autos [...] ha quedado establecido a través de las pruebas aportadas al proceso que el inculpado el día de los hechos se encontraba por inmediaciones del domicilio de los agraviados realizando su labor de taxista, siendo requerido en sus servicios por un individuo que lo condujo hasta el inmueble en mención; al llegar al lugar recibió la indicación de hacer ingresar el vehículo hasta la cochera del mismo, lugar donde esperaban otros sujetos, en número de cinco aproximadamente, quienes introdujeron diversas especies en el vehículo, luego de lo cual le indicaron que iniciara la marcha, siendo intervenidos durante el trayecto por la autoridad policial". Al ser interrogado por la policía, el taxista "afirmó haberse percatado de las intenciones delictivas de los sujetos que tomaron sus servicios en el instante que lo hicieron ingresar a la cochera del inmueble, situación ante la cual refirió no haber podido hacer nada, dado que ya se encontraba adentro". Según el punto de vista del Ministerio Público, el conocimiento del taxista sobre las intenciones delictivas de los desconocidos constituyó el elemento de prueba fundamental para insistir en todas las instancias judiciales a favor de la responsabilidad penal del taxista como coautor del delito de robo agravado.

---

especializada en Perú y en el extranjero; cfr., a título de ejemplo, las anotaciones de PERCY GARCÍA CAVERO. "La imputación objetiva en los delitos imprudentes", cit., pp. 191 y ss.; JOSEPH DU PUIT. "Resoluciones judiciales sobre imputación objetiva e imprudencia", en *Anuario de Derecho penal*, Lima 2003, en prensa; asimismo, MANUEL CANCIO MELIÁ. *Conducta de la víctima e imputación objetiva en derecho penal*, 2.ª ed., Barcelona y Bogotá, José María Bosch y Universidad Externado de Colombia, 2001, pp. 381 y ss., 433 y ss., quien resalta que esta sentencia "tiene especial interés por el alto grado de penetración de la discusión dogmática".

– Resolución dogmática: la Sala Penal Suprema, luego de valorar los elementos que configuran este supuesto, confirmó la absolución de instancia, fundamentando su decisión en los siguientes considerandos[8]:

> [a] Que el punto inicial de análisis de las conductas a fin de establecer si devienen en penalmente relevantes es la determinación del rol desempeñado por el agente en el contexto de la acción; así el concepto de rol está referido a "un sistema de posiciones definidas de modo normativo, ocupado por individuos intercambiables" (cfr. JAKOBS. *La imputación objetiva en derecho penal*, MANUEL CANCIO MELIÁ [trad.], Lima, Grijley, 1998, p. 21), de modo que el quebrantamiento de los límites que nos impone dicho rol es aquello que objetivamente se imputa a su portador;
>
> [b] Que [...] ha quedado acreditado en autos que *el procesado se limitó a desempeñar su rol de taxista, el cual podríamos calificar de inocuo*, que no es equivalente *per se*, ni siquiera en el plano valorativo, al delito de robo agravado;
>
> [c] Que, de otro lado, se ha establecido en autos que el encausado en un momento determinado de desarrollo de la acción tuvo pleno conocimiento de la ilicitud de los hechos desplegados por sus contratantes, lo cual tampoco es sustento suficiente para dar lugar a alguna forma de ampliación del tipo de modo que la responsabilidad penal por el delito perpetrado pueda alcanzarle, ya que *el sólo conocimiento no puede fundamentar la antijuridicidad de su conducta*;
>
> [d] Que, dicho esto, concluimos afirmando que, si bien el encausado intervino en los hechos materia de autos, su actuación se limitó a desempeñar el rol de taxista, de modo que aun cuando el comportamiento de los demás sujetos fue quebrantador de la norma, el resultado lesivo no le es imputable en virtud a la *prohibición de regreso*, lo que determina que su conducta no pueda ser calificada como penalmente relevante, situándonos, en consecuencia, ante un supuesto de atipicidad.

II. SOLUCIÓN DOGMÁTICA

El caso del que se ocupa la sentencia pertenece a uno de los supuestos que en la dogmática del derecho penal contemporánea se conoce usualmente, con una diferente denominación[9], como "conductas neutrales", "conductas cotidianas",

---

8 Por razones didácticas aquí se transcribe textualmente los fundamentos de la sentencia, dividiéndolos en cuatro partes y añadiéndoles subrayados.

9 Con una terminología diferente, pero refiriéndose a la misma problemática, cfr., sólo de los tiempos recientes, MONIKA WOLFF-RESKE. *Berufsbedingtes Verhalten als Problem mittelbarer Erfolgsverursachung. Ein Beitrag zu den Grenzen der Beihilfestrafbarkeit*, Baden-Baden, 1995, pp. 129 y ss. WINFRIED HASSEMER. "Professionelle Adäquanz. Bankentypischens Verhalten und Beihilfe zur Steuer-

"conductas sin relación delictiva de sentido", "conductas adecuadas a un rol", "comportamientos estereotipados", etc. En estos supuestos se discute cuándo la realización de una conducta cotidiana –como lo es la prestación del servicio de taxi– puede significar una participación delictiva, y en qué caso plantea más bien una exclusión de responsabilidad jurídico-penal. En tanto que esta cuestión afecta a los requisitos que debe reunir una conducta para ser considerada penalmente relevente, ella constituye desde hace una buena década un tema central de la discusión en la participación delictiva[10].

A primera vista la solución dogmática en la sentencia se estructura en tres niveles de análisis. Por esta razón en este trabajo optamos por un orden expositivo siguiendo esa estructura, procurando siempre no desbordar los contornos de un trabajo informativo sobre la recepción del sistema de JAKOBS en el ámbito de la jurisprudencia penal peruana. Esos niveles son los siguientes: 1. Cuando la jurisprudencia afirma que el punto inicial de análisis de las conductas a fin de establecer si devienen en penalmente relevantes "es la determinación del rol desempeñado por el agente en el contexto de la acción", considerando al "rol" como el criterio determinante de la fundamentación o exclusión de responsabilidad penal, está dejando en claro que la relevancia o irrelevancia penal de una intervención delictiva debe resolverse en el lado *objetivo* del hecho; 2. Lo anterior se evidencia de una mejor forma cuando, después de que el Tribunal enjuicia el dato del "conocimiento" del taxista sobre la ilicitud de los planes delictivos de los autores, llega a la conclusión de que el mero "conocimiento no puede fundamentar la antijuridicidad de su conducta", con lo que se pone de

---

hinterziehung", en *wistra*, 14, 1995, pp. 41 y ss., 81 y ss. CLAUS ROXIN. "Was ist Beihilfe?", en *FS Miyazawa*, Baden-Baden, 1995, pp. 501 y ss., pp. 512 y ss.; HARALD NIEDERMAIR. "Straflose Beihilfe durch neutrale Handlungen?, en *ZStW*, 107, 1995, pp. 507 y ss.; GÜNTHER JAKOBS. "Akzessorietät. Zu den Voraussetzungen gemeinsamer Organisation", en *GA*, 1996, pp. 253 y ss., 260; MARCUS WOHLLEBEN. *Beihilfe durch äußerlich neutrale Handlungen*, München, 1996, pássim; KNUT AMELUNG. "Die 'Neutralisierung' geschäftsmäßiger Beiträge zu fremden Straftaten im Rahmen des Beihilfetatbestands", en *FS Gründwald*, Baden-Baden, 1999, pp. 9 y ss.; WOLFGANG WOHLERS. "Gehilfenschaft durch "neutrale" Handlungen - Ausschluss strafrechtlicher Verantwortlichkeit bei alltäglichem bzw. beruftypischem Verhalten", en *SchwZStr*, 117, 1999, pp. 425 y ss.; ID. "Hilfeleistung und erlaubtes Risiko - Zur Einschränkung der Strafbarkeit gemäß § 27 StGB", en *NStZ*, 2000, pp. 169 y ss. GÜNTER STRATENWERTH. *Strafrecht. Allgemeiner Teil 1. Die Straftat*, 4ª ed., Köln, Berlin, Bonn y München, 2000, n.° m. 15/70 y ss. HEIKO LESCH. "Beihilfe zur Steuerhinterziehung durch Mitarbeiter von Geldinstituten in Form des Kapitaltransfers ins Ausland", en *JR*, 2001, pp. 381 y ss.; WOLFGANG FRISCH. "Beihilfe durch neutrale Handlungen - Bermerkungen zum Strafgrund (der Unrechtskonstitution der Beihilfe)", en *FS Lüderssen*, Baden-Baden, 2002, pp. 539 y ss.; HERO SCHALL. "Strafloses Alltagsverhalten und strafbares Beihilfeunrecht", en *GS Meurer*, Berlin, 2002, pp. 103 y ss.

10 Cfr. FRISCH. "Beihilfe durch neutrale Handlungen", cit., p. 539.

relieve el rechazo hacia una solución en el terreno de lo *subjetivo*; y 3. Después de aclarar que lo decisivo en este caso es el juicio sobre lo objetivo, y no sobre lo subjetivo del hecho, considera que el resultado lesivo no le es imputable al actuante en virtud de la *prohibición de regreso*, perteneciendo los hechos, en consecuencia, a un supuesto de "atipicidad".

De un modo general, el enfoque del Tribunal Supremo es correcto. Si bien para llegar a la solución ha elegido el camino del lado objetivo del hecho, la resolución en sí misma permite conocer claramente la posición de la jurisprudencia sobre el papel de lo objetivo y lo subjetivo en el juicio de imputación en el ámbito de intervención de varias personas en un hecho. Cuando un tribunal se pronuncia con claridad en un terreno donde no siempre es tan fácil encontrar posturas y soluciones claras[11], "al margen de estar de acuerdo o en desacuerdo con ellas", no hay duda de que el paso dado representa un avance significativo, más aún cuando esta problemática para la doctrina científica se encuentra en buena parte en una situación "discutida y poco aclarada"[12].

A. EL LADO OBJETIVO DEL HECHO

La sentencia establece una delimitación de las fronteras de la participación punible en el ámbito de lo objetivo, llamando la atención en este aspecto que lo objetivo no haya sido analizado de acuerdo a alguna teoría causalista[13], sino más bien conforme a criterios pertenecientes a un derecho penal funcional-normativista[14]. El análisis de la parte objetiva del hecho de acuerdo a un esque-

---

11 De allí, con razón que WOHLERS. "Gehilfenschaft durch "neutrale" Handlungen", cit., p. 425, tras subrayar la importancia del tema, reclame que "hasta hace algunos años esta problemática había sido, o bien ignorada, o bien discutida por medio de los más o menos ejemplos estrafalarios que se presentan en las cátedras"; también ROXIN. "Was ist Beihilfe?", cit., p. 513, protesta que esta cuestión "ni siquiera sea tratada frecuentemente en los comentarios y manuales".

12 Ídem.

13 Lo que ha sido una tradición seguida por la doctrina jurisprudencial de la Corte Suprema en la época de vigencia del Código Penal de 1924, que no se interrumpe con la llegada del Código Penal de 1991, actualmente vigente, aunque en el último lustro destaque una creciente despedida de las teorías causalistas en la doctrina jurisprudencial. Cfr. por todos, FELIPE VILLAVICENCIO TERREROS. *Código Penal comentado*, 3.ª ed., Lima, 2001, aquí conforme a la 1.ª reimp. de 2002, pp. 71 y ss. DINO CARLOS CARO CORIA. *Código Penal. Actuales tendencias jurisprudenciales de la práctica penal*, Lima, 2002, pp. 131 y ss., 137 y ss.

14 Sobre el sistema funcional normativista, cfr. por todos ENRIQUE PEÑARANDA RAMOS, CARLOS SUÁREZ GONZÁLEZ y MANUEL CANCIO MELIÁ. *Un nuevo sistema del derecho penal. Consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günther Jakobs*, Lima, 1998, pássim; MIGUEL POLAINO NAVARRETE. *Derecho penal. Parte general*, t. I. "Fundamentos científicos del derecho penal", 4.ª ed., con la colaboración de MIGUEL POLAINO-ORTS, Barcelona, 2001, pp. 37 y ss.

ma de interpretación normativista empieza por fijar la relevancia penal de la conducta del actuante en la posición que él ocupa en el mundo normativo, en su rol de persona integrante de la sociedad. En cambio, el naturalismo busca explicar la relevancia penal de la conducta en la relación causal entre la subjetividad del actuante y el resultado en el mundo exterior, es decir, de algún modo, de acuerdo a la vieja y conocida fórmula: "causalidad + dolo = responsabilidad"[15], la misma que fuera iniciada por VON BURI y que, con diferentes matices, ha estado presente en los distintos modelos de la teoría del delito, como en el sistema *clásico*, también en el *neoclásico*, e inclusive en el *finalismo*[16]. Por contra, al fijar la Corte Suprema los límites de la participación punible de acuerdo a criterios normativos, se ha adherido más bien a una perspectiva distinta, a la de un derecho penal funcional normativista, que empieza por el abandono de la *causalidad* y continúa con la adopción de la *imputación* objetiva[17] como teoría que aporta las características que debe reunir una conducta para ser calificada de un modo general como imputable jurídico-penalmente[18].

Esto quiere decir que, en el ámbito de la intervención de varios agentes en un hecho, la solución a la problemática empieza por establecer qué aporte, por ser imputable objetivamente[19], alcanza el nivel de lo típico, y qué contribución, por no reunir las características de una conducta imputable objetivamente, queda fuera del tipo como un comportamiento socialmente adecuado[20]. Ahora bien,

---

15 Cfr. LESCH. "Beihilfe zur Steuerhinterziehung", cit., p. 384.

16 Sobre las particularidades de estos modelos, cfr. el magistral trabajo de JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ. "Sobre la evolución de la dogmática del derecho penal en Alemania", en *Estudios de Derecho penal*, pp. 259 y ss.; también GARCÍA CAVERO. "Tendencias modernas en la dogmática jurídico-penal alemana", cit., pp. 174 y ss.

17 Cfr. al respecto, YESID REYES ALVARADO. "Theoretische Grundlagen der objektiven Zurechnung", en *ZStW* 105, 1993, pp. 108 y ss.; ID. *Imputación objetiva*, Bogotá, 1994, pp. 49 y ss., 58 y ss.; BERND SCHÜNEMANN. "Consideraciones sobre la imputación objetiva", *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, n.° 1, 2000, pp. 409 y ss., 411 y ss.; CLAUS ROXIN. "Gedanken zur Problematik der. Zurechnung im Strafrecht", en *FS Honig*, Göttingen, 1970, pp. 133 y ss.; HEIKO H. LESCH. *Intervención delictiva e imputación objetiva*, SÁNCHEZ-VERA (trad.), Universidad Externado de Colombia, 1995, pp. 27 y ss., 95 y ss.; HANS-JOACHIM RUDOLPHI. *Causalidad e imputación objetiva*, LÓPEZ DÍAZ (trad.), Bogota, Universidad Externado de Colombia, 1998, pp. 30 y ss.; JOSÉ BERNARDO FEIJÓO SÁNCHEZ. *Imputación objetiva en derecho penal*, Lima, 2002, pp. 137 y ss., y pássim.

18 GÜNTHER JAKOBS. *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2.ª ed., Berlin y New York, 1991, n.° m. 7/4.

19 Cfr. JAKOBS. *La imputación objetiva*, cit, p. 23; ID. "Imputación jurídico-penal", cit., pp. 136 y ss. Véase también las consideraciones sobre esta cuestión de CANCIO MELIÁ. *Conducta de la víctima e imputación objetiva en derecho penal*, cit., pp. 85 y ss; CARLOS SUÁREZ GONZÁLEZ y MANUEL CANCIO MELIÁ. "La reformulación de la tipicidad a través de la teoría de la imputación objetiva", estudio preliminar a JAKOBS. *La imputación objetiva en derecho penal*, CANCIO MELIÁ (trad.), Madrid, 1996, pp. 21 y ss., 59 y ss.

20 En profundidad, MANUEL CANCIO MELIÁ. "Finale Handlungslehre und objektive Zurechnung.

cuando se hace referencia a la conducta imputable penalmente se alude necesariamente a una concepción del sujeto al que se imputa la realización delictiva. En este contexto, la conducta imputable es sólo la de una *persona* en derecho, en tanto actúa como persona portadora de un rol. La conducta imputable no se refiere al actuar de un ser humano concebido como un sistema psico-físico que se mueve conforme a su voluntad, o de acuerdo a sus representaciones, o en base al conocimiento del mundo exterior, porque estos aspectos se refieren más bien al ser humano como individuo, en cuya individualidad está provisto de una subjetividad que lo convierte en un "ser empírico"[21]. El perfil individual del sujeto, es decir, sus capacidades personales, la forma como piensa y orienta su conducta de acuerdo a su voluntad, son unos datos que *per se* no lo convierten en un sujeto imputable, porque esos datos sólo expresan un naturalismo irrelevante para la imputación jurídico-penal, en vista de no tener significado normativo.

Por esta razón es que para un esquema de interpretación funcional normativista se imputa a la persona y no al individuo; es decir, sólo la *persona* puede ser imputable jurídico-penalmente. Y la persona imputable es aquella "portadora de un rol"[22], en virtud del cual ella es titular de un ámbito de organización con derechos y deberes determinados. Va quedando claro entonces que mientras que para un esquema de interpretación naturalista el fundamento de la imputación depende de la representación consciente de una causalidad[23], para el esquema de interpretación normativista "la responsabilidad jurídico-penal tiene como fundamento el quebrantamiento de un rol"[24]. El rol es co-

---

Dogmengeschichtliche Betrachtung zur Lehre von der Sozialadäquanz", en *GA*, 1995, pp. 179 y ss., ID. "La teoría de la adecuación social en WELZEL", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, 1993, pp. 697 y ss.; CLAUS ROXIN. "Bemerkung zur sozialen Adäquanz im Strafrecht", en *FS Klug*, t. II, Köln, 1983, pp. 303 y ss.; desde una perspectiva más general, sin vincular la adecuación con la imputación objetiva, ALBIN ESER. "'Sozialadäquanz': eine überflüssige oder unverzichtbare Rechtsfigur?", en *FS Roxin*, Berlin y New York, 2001, pp. 199 y ss.

21 HEIKO HARMUT LESCH. *Der Verbrechensbegriff. Grundlinien einer funktionalen Revision*, Köln, Berlin, Bonn y München, 1999, p. 4.

22 Cfr. GÜNTHER JAKOBS. "Strafrechtliche Zurechnung und die Bedingungen der Normgeltung", en NEUMANN y SCHULZ (eds.). *Verantwortung in Recht und Moral*, Stuttgart, 2000, pp. 57 y ss.

23 Lo pone de relieve, al analizar críticamente esta cuestión en los finalistas, MARIO MARAVER GÓMEZ. "La recepción del finalismo en España: algunas consideraciones de carácter metodológico", *Revista Jurídica*, n.° 5, Universidad Autónoma de Madrid, 2001, pp. 165 y ss., y 187, donde anota que, si se quiere "partir de un concepto ontológico de acción de carácter preexistente e inmutable, la finalidad se acabaría identificando con el mero control del proceso causal y difícilmente podría tener relación con el valor o aportar alguna utilidad de carácter sistemático". Al mismo tiempo, si se pretende "dar un sentido normativo al concepto de acción, se terminará renunciando a su carácter ontológico".

24 JAKOBS. *La imputación objetiva*, cit., p. 67.

múnmente entendido como un "haz de expectativas que en una sociedad está vinculado a la conducta de los portadores de una determinada posición"[25]. Los roles fijan un estatus de la persona en la sociedad, de tal modo que en la comunicación cada persona, en virtud del rol, puede distinguir los límites entre el rol propio y el rol ajeno. Los roles fijan los contornos de las expectativas de los intervinientes en la comunicación personal. En base a esto se puede distinguir claramente, p. ej., el rol de médico, el rol de policía, o el rol de taxista, de manera que la joven paciente que acude a un hospital no espera del médico que se comporte como un masajista cuando la ausculte, del mismo modo que el ciudadano de a pie no espera de un taxista que se comporte como policía mientras lo conduce a su destino. Significa que en virtud del rol la persona tiene claramente definidos sus derechos y deberes en forma de un sinalagma de libertad de organización y responsabilidad por las consecuencias. El contenido del rol es necesariamente objetivo porque se sustrae a las particularidades individuales, a la consciencia del individuo, a sus conocimientos especiales, porque va más allá de los contactos íntimos entre individuos, refiriéndose más bien a expectativas normativas que rigen en una interacción de contactos anónimos. Como el rol no se refiere a un individuo en particular, sino a una posición que puede desempeñar cualquiera, entonces aquí tiene sentido la expresión de JAKOBS, "que se recoge en la sentencia en mención", de que el concepto de rol está referido a "un sistema de posiciones definidas de modo normativo, ocupado por individuos intercambiables"[26]. Es que en el "teatro del mundo"[27] las personas desempeñan un sinfín de roles diferentes, la mayoría de ellos sin rele-

---

25 Según la conocida definición del introductor de este término en la sociología alemana, RALF DAHRENDORF. *Homo sociologicus - Ein Versuch zur Geschichte, Bedeutung und Kritik der Kategorie der sozialen Rolle*, 15.ª ed., Opladen, 1977, pp. 32 y s., y 56; en el mismo sentido, NIKLAS LUHMANN. *Rechtssoziologie*, 3.ª ed., Opladen, 1987, p. 86, para quien "roles son haz de expectativas". El concepto de rol tiene un arraigo en el derecho penal de una forma más expresiva de lo imaginado. Por ejemplo, en la medida que el instituto dogmático de la "posición de garante" de los delitos de omisión se refiere a una *posición* determinada en el mundo del deber jurídico, en vez de en el individuo como tal, estamos hablando en el fondo, con otras palabras, de un "rol" determinado que debe cumplir el garante. Cfr. al respecto, con mayor detalle, JAVIER SÁNCHEZ-VERA. "Algunas referencias de historia de las ideas, como base de la protección de expectativas por el derecho penal", en *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 71, Madrid, 2000, pp. 391 y ss., 411 y ss.; en un sentido parecido, aunque más inclinado a tomar las posiciones de garante como "un caso de imputación objetiva conocido desde hace tiempo", cfr. JAKOBS. "Imputación jurídico-penal", cit., p. 139.

26 JAKOBS. *La imputación objetiva*, cit., p. 21.

27 Así JOHANN GOTTLIEB HEINECCIUS. *Elementa iuris naturae et gentium*, 1737, trad. bajo el título *Grundlagen des Natur- und Völkerrechts* por PETER MORTZFELD, CHISTOPH BERGFELD (ed.), Frankfurt am Main y Leipzig, 1994, parágrafo 63, cita de SÁNCHEZ-VERA. "Algunas referencias de historia de las ideas", cit., p. 412.

vancia para el derecho penal; pero, los que sí importan, de cara a la imputación jurídico-penal, son aquellos que en su ejercicio expresan una desviación de expectativas manifestada en la infracción de la norma. Una característica esencial de los roles es que al estar sustraídos al individuo se constituyen sin tomar en cuenta los criterios individuales de los hombres. Una relación entre individuos implica un contacto íntimo, de sentimientos, de gustos y pareceres, todo conforme al modelo de satisfacción/insatisfacción[28]. Si esto se convierte en regla de convivencia, la norma que va a marcar la pauta será la del individuo, o de los individuos que logran imponer a los demás su concepción particular del mundo. Mientras que en una ordenación del mundo conforme a roles la relación entre los intervinientes en ese mundo es con base en expectativas normativas que trasciende a los elementos individuales. Se trata de una comunicación entre personas, donde el sujeto que delinque vive en sociedad, en el rol de persona, y no en un mundo empírico. En lugar de que la conciencia individual predominante sea la que determine la pauta de interacción, las expectativas orientan la interacción. En esta interacción cada portador de un rol tiene el deber de mantenerse en derecho, respetando la vigencia de la norma a través del respeto de la esfera de derechos ajena, porque de esa manera contribuye al manteniemiento del orden. El policía debe dar seguridad a las personas, el médico debe curar al paciente, el empresario debe introducir en el mercado productos no nocivos para la salud, etc.

El rol más general es el de persona en derecho, lo que con una elegante claridad se resume en la famosa frase de HEGEL: "sé una persona y respeta a los demás como personas"[29], y para SÁNCHEZ-VERA el mandato jurídico "sé una persona" obliga a superar toda individualidad. Los otros no son "respetados" en su carácter de individuos, sino precisamente en su carácter de personas. Se trata, pues, del concepto "persona" como concepto fundamental del "derecho abstracto" o, lo que es lo mismo, en la evitación de conflictos en toda interacción humana. "La persona es superación de toda especialidad; ella posibilita, pues, contactos anónimos [...] El individuo se convierte en persona de una forma dialéctica, por cuanto su singularidad se ve superada por un concepto que él

---

28 Cfr. GÜNTHER JAKOBS. *Norm, Person, Gesellschaft. Vorüberlegungen zu einer Rechtsphilosophie*, 2.ª ed., Berlin, 1999, pp. 9 y ss., 59 y ss.

29 GEORG WILHELM FRIEDRICH HEGEL. *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Berlin, 1821, § 36, ed. a cargo de JOHANNES HOFFMEISTER, que incluye las anotaciones del propio HEGEL en sus manuscritos de filosofía del derecho, Hamburg, Editorial de Felix Meiner, 1955. Cuando las personas se respetan unas a otras, se configura, según HEGEL, una "sociedad civil", donde el sujeto es considerado como persona en derecho.

contiene, el de persona. La persona no es sólo un sujeto individual, sino un sujeto universal. De otra forma no sería posible la comunicación social; las expectativas serían defraudadas con demaciada frecuencia"[30]. Entonces, la característica principal del rol es la de constituir al individuo como persona en derecho, porque nadie es persona en sí mismo, sino recién cuando se "constituye" como *persona* en derecho. La persona así vista es una "estructura normativa"[31], una construcción normativa, que tiene un lugar en el sistema jurídico. Sólo así se explica que la persona sea portadora de derechos y deberes, porque ellos le son reconocidos por el sistema jurídico, en tanto persona parte del sistema. Mientras que el hombre en su humanidad natural, en virtud de su consciencia, orienta su comportamiento según el esquema satisfacción/insatisfacción, la persona orienta su comportamiento mediante el esquema del deber, en cuya observancia entra en una comunicación personal posibilitando en esa comunicación para los demás y para sí la configuración de un mundo objetivo. En este mundo objetivo las preferencias individuales, los gustos y simpatías no cuentan, sino las expectativas de seguimiento de la vigencia de las normas. En este sentido, las normas son "expectativas de comportamiento estabilizadas contrafácticamente"[32]; es decir que esas expectativas rigen y dirigen la comunicación a pesar de ser quebrantadas[33], lo que se explica del modo siguiente: la norma contiene la estructura de una sociedad, entendiéndose por sociedad "comunicación personal"[34], pero esta comunicación personal se orienta según expectativas normativas que van a constituir un ordenamiento de deberes. Esas expectativas dan contenido a la norma, posibilitando la relación entre personas. Cuando el sujeto infractor se desentiende de la expectativa, demuestra que el modelo que fija la norma no le atañe, por eso opta por comportarse según su propio modelo de conducta. Aquí la norma se infringe, pero su infracción no alcanza a quebrar su vigencia, porque ella rige aun cuando es infringida[35]. Esto es así porque la realidad de la vigencia de la norma no depende de que el infractor reconozca su vigencia: "no es su consciencia, sino la comunicación acerca

---

30 SÁNCHEZ-VERA. "Algunas referencias de historia de las ideas", cit., pp. 413 y 414.

31 Cfr. PILAR GONZÁLEZ RIVERO. *Strafrechtliche Zurechnung bei Defektzuständen. Zugleich ein Beitrag zur allgemeinen Zurechnungslehre*, Berlin, 2001, p. 117.

32 LUHMANN. *Rechtssoziologie*, cit., p. 43.

33 Cfr. GÜNTHER JAKOBS. *Sobre la génesis de la obligación jurídica*, CANCIO MELIÁ (trad.), Universidad Externado de Colombia, 1999, p. 41.

34 ID. *Norm, Person, Gesellschaft*, cit., 53.

35 Ídem.

de su hecho lo que determina la realidad"[36], y en este sentido "la norma rige, por muy anticuada y necesitada de revisión que parezca a los extraños"[37].

En el ámbito jurídico-penal el deber de la persona de respetar a los demás como personas tiene un sentido negativo y otro positivo. Se habla de un deber negativo cuando la persona tiene el deber general de "no lesionar" a los demás en sus derechos: no mates, no robes, no injuries, etc., es decir, el deber de mantener la propia organización dentro del marco de la juridicidad general[38] que vincula a todas las personas sin excepciones. Por contra, se habla de un deber positivo cuando, en determinado campo, en vez de prohibir una determinada acción, el deber obliga a su portador a realizar una prestación para el favorecimiento o fomento del mundo en común que tiene con la esfera jurídica ajena mediante una relación institucional[39]. Así, por ejemplo, los padres tienen el deber positivo de velar por los derechos de sus hijos, el policía tiene el deber positivo de brindar seguridad a las personas, el juez tiene el deber de emitir sentencias justas, etc. Quiere decir con esto que cada quien es competente para administrar su propio ámbito de organización en el marco de su deber, con independencia de que su configuración sea negativa o positiva. La persona porta el deber de no lesionar el ámbito de libertades ajenas. Este criterio rige tanto para los delitos comisivos como para los omisivos, de manera que el portador del rol tiene el deber de mantener su organización dentro del riesgo jurídico-penalmente permitido, pudiendo cumplirlo, o infringirlo, mediante una acción o una omisión.

Los únicos títulos posibles de imputación jurídico-penal sobre la persona son de autor o partícipe. En este sentido tanto el autor como el partícipe, al ser competentes respecto de la administración de su propio ámbito de organización, asumen una responsabiliad jurídico-penal en primer término por las consecuencias lesivas que broten de la administración incorrecta de tal organización. El delincuente, en tanto persona que él es, tiene derechos y también deberes. Al ser titular de derechos, forma parte del sistema jurídico, pero, al mismo tiempo, porta el deber fundamental de mantenerse en derecho. Este deber es el de no dañar a los demás en sus derechos. Si infringe este deber provoca una

---

36 JAKOBS. *Sobre la génesis de la obligación jurídica*, cit., p. 42.

37 Ídem.

38 Cfr. ID. *La imputación objetiva*, cit., p. 69; HEIKO HARMUT LESCH. *Das Problem der sukzessiven Beihilfe*, Frankfurt am Main, Bern, New York y Paris, 1992, p. 241.

39 Cfr. al respecto, JAVIER SÁNCHEZ-VERA. *Pflichtdelikt und Beteiligung. Zugleich ein Beitrag zur Einheitlichkeit der Zurechnung bei Tun und Unterlassen*, Berlin 1999, pássim; existe traducción: *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, Madrid, 2002.

desestabilización del orden jurídico del que él mismo es parte. Por eso es que si el autor lesiona a otra persona en sus derechos en el fondo se lesiona también a sí mismo, porque él también es parte del sistema jurídico. Así la imposición de una pena para él no significa la imposición de un mal, sino más bien la negación de su incorrecta administración personal. Con la pena se aclara que el esbozo del mundo del autor no marca la pauta, sino más bien lo que rige es el esbozo del mundo de la norma, porque ella contiene las expectativas de una persona en derecho. Por esta razón el derecho penal reacciona con una pena frente a la infracción de una norma para estabilizar las expectativas de todos. Tanto el delito como la pena se ubican en el plano del *significado* y no en el nivel de lo tangible, del resultado material del delito. Por esto "pena y delito son actos simbólicos, tienen un sentido simbólico-comunicador; deben ser entendidos como discurso y respuesta"[40].

Entonces el delito, o hecho punible, no es más que manifestación de la infracción de la norma. Los diferentes sucesos de relevancia penal, como el homicido, los daños en la propiedad ajena, la falsificación de documentos, etc., vistos solamente en su aspecto material, sin referencia a elementos normativos, sólo encierran una mutación en el estado de cosas en el mundo natural, fácilmente explicable en una relación causal entre una causa que lo origina y el resultado producido. Por ello es necesario un esquema de interpretación normativo para poder ver lo acontecido como algo más que un mero suceso natural. El vendedor de armas que vende una pistola sabiendo que luego será usada para matar a alguien no es responsable penalmente por la mera venta del arma, del mismo modo que el taxista tampoco es responsable del delito que cometa su cliente en el trayecto, o en el lugar de destino, aun cuando se entere en el trayecto de los planes delictivos de su cliente, salvo que se conciba la complicidad como mera causación psicológica a un hecho[41]. Un hecho tiene sentido de relevancia jurídico-penal recién cuando el infractor sobrepasa su ámbito de libertad de organización, o lo que es lo mismo cuando infringe su rol, cuyo límite es precisamente la esfera del derecho ajeno. La conocida teoría de la lesión de bienes jurídicos pierde peso porque el significado de un hecho

---

40 HEIKO H. LESCH. *Intervención delictiva e imputación objetiva*, SÁNCHEZ-VERA (trad.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1995, p. 35; ID. *La función de la pena*, SÁNCHEZ-VERA (trad.), Madrid, 1999, p. 49; asimismo, GÜNTHER JAKOBS. *Sobre la teoría de la pena*, CANCIO MELIÁ (trad.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998, pp. 21 ss.

41 Como es el caso de ROXIN. "Was ist Beihilfe?", cit., p. 505, donde señala que junto a los casos de complicidad física también existen "casos de *complicidad psíquica*, en los que el cómplice no contribuye corporalmente, sino sólo espiritualmente, a influir en la psique del autor" (subrayado en el original).

penalmente relevante se expresa sólo mediante la defraudación de una expectativa normativa y no así mediante la lesión de un bien jurídico[42]. La teoría del bien jurídico se conecta con categorías naturalísticas, que definen el delito como la producción de daños en el mundo exterior, cumpliéndole al derecho penal la misión de proteger dichos bienes frente a los ataques que planteen una merma en su configuración material[43]. Pero el error fundamental de esta concepción radica en que el objeto de protección no es contemplado en su contexto de significancia normativa sino, "tal como ya WELZEL lo dijo con acierto", en un "mundo inerte desprovisto de toda función", de tal forma que "los bienes jurídicos [se convierten] en piezas de museo que se resguardan cuidadosamente en vitrinas frente a las influencias dañosas"[44], es decir, contemplados fuera de la "realidad social del derecho"[45]. Significa que los bienes jurídicos carecen de relevancia para la determinación de la infracción de la norma en tanto que ellos no desempeñan ninguna función en la vida social. Por ejemplo, la lesión de la vida humana por sí misma *prima facie* es irrelevante jurídicamente. Esa vida humana adquiere relevancia jurídico-penal recién cuando forma parte de la norma que protege el derecho de los demás a no ser privados de la vida. Esto es así porque la vigencia de la norma[46] resulta de la correcta relación entre perso-

---

42 Más detallado MANUEL CANCIO MELIÁ. *Dogmática y política criminal en una teoría funcional del delito*, Buenos Aires, 2000, pp. 121 y ss., 140 y ss.; también PEÑARANDA RAMOS, SUÁREZ GONZÁLEZ y CANCIO MELIÁ. *Un nuevo sistema del derecho penal*, cit., pp. 41 y ss.

43 En este sentido se pronuncia la doctrina dominante; cfr. sólo de las obras generales, HANS HEINRICH JESCHECK y THOMAS WEIGEND. *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5.ª ed., Berlin, 1996, pp. 2 y 7 y ss.; CLAUS ROXIN. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, t. I, "Grundfragen der Aufbau der Verbrechenslehre", 3.ª ed., München, 1997, n.º m. 2/2-5; ID., en *Leipziger Kommentar*, 11.ª ed. (a cargo de BURKHARD JÄNKE y otros), Berlin y New York, 1993, previo al § 26, n.º m. 2; GEORG FREUND. *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Personale Straftatlehre*, Berlin y Heidelberg, 1998, n.º m. 1/11, 16 y ss.; JOHANNES WESSELS y WERNER BEULKE. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2000, n.º m. 1/6 y ss.; STRATENWERTH. *Strafrecht AT*, cit., n.º m. 2/5 y ss., 8/12; KRISTIAN KÜHL. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 4.ª ed., München, 2002, n.º m. 3/3, 4/45 y ss.

44 HANS WELZEL. "Studien zum System des Strafrechts", en *ZStW* 58, 1939, pp. 491 y ss., 514. Sobre estas cuestiones, y otras más en el pensamiento de WELZEL, cfr. MARAVER GÓMEZ. "La recepción del finalismo en España", cit., pp. 176 y ss., pássim.

45 WELZEL. "Studien zum System des Strafrechts", cit., p. 515. WELZEL señala además que en la sociedad existen bienes jurídicos sólo siempre y cuando se encuentran cumpliendo una "función": "la vida, la salud, la libertad, el patrimonio, etc., no importan en cuanto 'existen', sino en tanto su existencia cumple una función".

46 Las normas que contempla el derecho penal son diferentes a las normas de la naturaleza. En la naturaleza rige, por ejemplo, la ley de la gravedad independientemente de la mediación del hombre. Contra el quebrantamiento de esas normas no existe ninguna pena. La naturaleza es regulada por las leyes naturales. Pero no ocurre lo mismo en el derecho, donde las normas no rigen un mundo estático, sino un mundo comunicativo, un mundo de personas con determinados roles. Por eso la persona es "portadora de roles". Pero tampoco quiere decir que el mundo normativo se agota en sí mismo, porque, por

nas en la sociedad, donde cada persona desempeña un rol determinado. En esta relación el único bien jurídico-penal es "la vigencia fáctica de las normas"[47]. La inviolabilidad o la integridad de los bienes jurídicos por sí mismas expresan sólo un derecho subjetivo que fuera de los contactos sociales se halla en un "mundo museal" muerto.

De todo lo anterior se concluye que, de acuerdo al esquema de interpretación de un derecho penal funcional normativista, la determinación de la imputación jurídico-penal del comportamiento es un asunto que se dilucida en el lado objetivo del hecho. Esto es así porque "es necesario fijar de modo objetivo qué es lo que significa un comportamiento, si significa una infracción de la norma o algo inocuo. Por lo tanto, ha de desarrollarse un patrón conforme al cual puede mostrarse el significado vinculante de cualquier comportamiento. Y si se quiere que este patrón cree orden, éste no puede asumir el caos de la masa de peculiaridades subjetivas, sino que ha de orientarse sobre la base de estándares, roles, estructuras objetivas. Dicho de otro modo, los actores y los demás intervinientes no se toman como individuos con intenciones y preferencias altamente diversas, sino como aquello que deben ser desde el punto de vista del derecho: como personas. Es entre éstas donde se determina a quién le compete un curso lesivo: a un autor, a un tercero o a la víctima"[48].

B. EL LADO SUBJETIVO DEL HECHO

El lado subjetivo es analizado por el Tribunal Supremo al valorar el contexto en que el taxista en un momento determinado de desarrollo del suceso pudo percatarse de que su servicio de taxi estaba siendo utilizado por los autores para la comisión de un ilícito patrimonial. En este sentido, en los hechos probados de la

---

ejemplo, en el caso de un homicidio "el destruir una vida humana *per se* no es más que un mero hecho natural; tan sólo la presencia de una norma 'con independencia de cómo ésta esté fundamentada' convierte al sistema psico-físico 'ser humano en un ser humano que no debe ser matado sin razón'": cfr. GÜNTHER JAKOBS. *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*, CANCIO MELIÁ y FEIJÓO SÁNCHEZ (trads.), Madrid, 1996, p. 25, nota 10.

47 JAKOBS. *Strafrecht AT*, cit., n.º m. 2/25a; en el mismo sentido, ID. *Das Schuldprinzip*, Opladen, 1993, p. 37: "el derecho penal no garantiza ninguna seguridad de bienes, sino la vigencia de la norma"; ID. "Consumación material en los delitos de lesión contra la persona", cit., p. 225, donde dice que "el derecho penal garantiza la vigencia del derecho"; igualmente, ID. "¿Qué protege el derecho penal?", cit., p. 154, afirmando que "el derecho penal garantiza la vigencia de la norma, no la protección de bienes jurídicos".

48 JAKOBS. *Sociedad, norma y persona*, cit., p. 53; cfr. además, sobre este aspecto, las consideraciones de PEÑARANDA RAMOS, SUÁREZ GONZÁLEZ y CANCIO MELIÁ. *Un nuevo sistema del derecho penal*, cit., pp. 82 y ss.

sentencia se establece que el taxista llegó a conocer las intenciones delictivas de sus clientes en el momento en que éstos le pidieron, con cierta prisa, que introdujera el automóvil en la cochera, para llenarlo con diversos objetos. Pero todos estos datos, en opinión del Tribunal Supremo, son irrelevantes, llegando a rechazar la imputación subjetiva como criterio determinante de la relevancia o irrelevancia de una participación delictiva, toda vez que para la Sala Penal "el sólo conocimiento no puede fundamentar la antijuridicidad de su conducta"[49].

Una vez más se evidencia que la jurisprudencia en este ámbito ha procedido de acuerdo a una dogmática funcional normativista, para la que el juicio de imputación es un asunto de lo objetivo del hecho y no de lo subjetivo. Sin embargo, un sector de la doctrina, aquél que se distancia del funcionalismo normativista, piensa, por el contrario, que en la parte subjetiva del hecho se puede resolver perfectamente la problemática de la participación delictiva y, en especial, de la participación a través de actos de favorecimiento provenientes de conductas cotidianas, como en el presente caso del taxista. Un representante de este sector doctrinal es ROXIN[50], quien al tratar la cuestión referida a la complicidad mediante las denominadas conductas cotidianas o neutrales hace depender la punibilidad de dichas conductas del grado de conocimiento del actuante cotidiano sobre los planes delictivos del autor. De un modo general, el punto de partida en la argumentación de ROXIN es su concepción personal de la participación, como "lesión dolosa de bienes jurídicos mediante una colaboración realizada con dolo típico, diferente a la del autor, a un hecho típicamente antijurídico"[51]. En este sentido, el aporte del partícipe es punible porque produce indirectamente una lesión al bien jurídico. Esta reflexión estaría de acuerdo con la finalidad del derecho penal, que para ROXIN es la de proteger bienes jurídicos. Por ello, precisamente, ROXIN exige como presupuesto de la punibilidad la lesión de un bien jurídico[52].

Pero el planteamiento de ROXIN en la presente problemática tiene diferentes variantes. Por un lado, se refiere a la contribución no dolosa a un hecho doloso y, de otro, a la punibilidad de conductas cotidianas[53]. El caso de una

---

49 En estos términos se pronuncia la Corte Suprema en uno de los considerados de la sentencia, cfr. supra II [c].

50 CLAUS ROXIN. "Zum Strafgrunde der Teilnahme", en *FS Stree/Wessels*, Heidelberg, 1993, pp. 365 y ss.; del mismo modo en "Was ist Beihilfe?", cit., pp. 501 y ss., 512 y ss.

51 ID. *Leipziger Kommentar*, cit., previo al § 26, n.° m. 2.

52 Cfr. ID. *Strafrecht AT*, cit. n.° m. 2/2.

53 Cfr. ID. "Bemerkungen zum Regreßverbot", en *FS Tröndle*, Berlin y New York, 1989, pp. 177 y s., 185 y s., 190 y ss.; ID. "Was ist Beihilfe?", cit., 512 y ss.; ID. "Zum Strafgrunde der Teilnahme", cit., 365 y ss., 378 y ss.; ID. *Leipziger Kommentar*, § 27, n.° m. 16 y ss.

posible participación no dolosa ROXIN lo resuelve de acuerdo al criterio del fin de protección del tipo. Este es el caso, por ejemplo, de las contribuciones no dolosas a suicidios dolosos, o a autolesiones dolosas, o en general a las autopuestas en peligro que no llegan a alcanzar el nivel de lo punible porque esos sucesos no están comprendidos por la finalidad de protección del tipo, por ejemplo, de los §§ 222 y 229 StGB[54]. La delimitación de las fronteras de protección surge en este caso de la decisión legal del legislador, siendo el caso más llamativo la no punición de la participación en el suicidio. La lógica roxiniana es la siguiente: si ya la participación dolosa en un suicidio no es punible, con mayor razón el favorecimiento imprudente a un suicidio resulta impune. Sin embargo, en un momento posterior, al reflexionar este autor sobre los casos en que la contribución a un hecho es realizada mediante una conducta cotidiana, piensa que el mero alcance del tipo no resuelve esta problemática, sino que es necesario introducir otro elemento, para lo cual propone un criterio de eminente connotación subjetiva: el "favorecimiento a una reconocible propensión al hecho"[55]. Esto significa que, de un modo general, la conducta de un tercero por sí misma no se interpretaría como intolerablemente peligrosa, sino sólo "a partir del contexto reconocible de las intenciones del potencial autor doloso"[56]. Esto quiere decir que en el ámbito de las conductas cotidianas ellas pierden su inocuidad cuando el actuante cotidiano advierte, se da cuenta de que las intenciones del autor son de llevar a cabo un delito[57]. Con esto, la imputación jurídico-penal del actuante cotidiano va a depender de lo que él interprete sobre lo que hará el autor principal. Cuando el actuante interpreta que el autor se encuentra en una propensión reconocible al hecho, y no obstante ello no se detiene y continúa desarrollando su conducta favorecedora del hecho, entonces su conducta alcanza el nivel de una participación punible. En el caso conocido de los amantes[58], en el que un marido había dado muerte a su mujer con un veneno que había recibido de su amante, según el planteamiento de ROXIN la propensión

---

54 Cfr. ROXIN. "Bemerkungen zum Regreßverbot", cit., p. 185; aunque mucho antes ya lo había advertido en "Zum Schutzzweck der Norm bei fahrlässigen Delikten", en *FS Gallas*, Berlin y New York, 1973, pp. 241 y ss. Los parágrafos 222 y 229 del StGB (Código Penal alemán) se refieren a los tipos penales de homicido imprudente y lesiones corporales imprudentes respectivamente.

55 ROXIN. "Bemerkungen zum Regreßverbot", cit., p. 190.

56 Ídem.

57 Cfr. ID. "Bemerkungen zum Regreßverbot", cit., p. 197.

58 Cfr. *RGSt*, 64, pp. 371 y ss; también las interesantes anotaciones sobre este caso de WOLFGANG NAUCKE. "Über das Regreßverbot im Strafrecht", en *ZStW* 76, 1964, pp. 409 y ss., quien con base en el criterio por él denominado "actuar dominable por la voluntad" opta por la impunidad de la conducta de la amante, que para él además constituye una consecuencia práctica de la "prohibición de regreso"; en sentido similar, HELLMUTH MAYER. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Stuttgart, Berlin, Köln y Mainz, 1967, p. 74.

reconocible del hecho se daría cuando ambos, en el contexto de una relación furtiva, habrían contemplado previamente la posibilidad de la muerte de la esposa. Aun cuando el marido no se hubiese decidido a llevar a cabo el delito, se admitiría aquí una reconocible propensión al hecho. De ello afirma ROXIN, de acuerdo con la sentencia del Tribunal del Imperio alemán, la punibilidad de la amante a título de autora de un homicidio imprudente. En este contexto, no es difícil imaginar que para esta concepción también existiría una responsabilidad jurídico-penal del panadero por el hecho de vender panecillos cuando tiene motivos para pensar que el cliente va a envenenar con los panecillos a otra persona; del mismo modo, sería punible la conducta del compañero de habitación por cerrar la puerta de la casa, a pesar de contar con ello que un extraño podría entrar en la habitación para matar a su compañero[59]; y también respondería penalmente quien le avisa al socorrista en el momento exacto del auxilio que la persona que se encuentra moribunda es un correligionario de un partido extremista, por lo que el socorrista renuncia a seguir con la acción de salvamento[60], con la consiguiente muerte del herido.

En un desarrollo posterior de su concepción, al profundizar su estudio sobre la punibilidad de las conductas cotidianas, ROXIN propone una solución nítidamente subjetivista. Para esto, afirma que es necesario establecer si el actuante cotidiano al realizar el acto de favorecimiento tenía un conocimieno seguro de los planes delictivos del autor, es decir, si tenía el conocimiento de un *dolo directo*, o si, más bien, al actuar contó solo con la posibilidad de que su contribución iba a ser aprovechada para fines delictivos, es decir, si tenía el conocimiento de un *dolo eventual*.

En los casos donde el conocimiento del actuante cotidiano es el del dolo directo existe una participación sólo "siempre que la contribución tenga una *relación delictiva de sentido* inequívoca"[61]. Esto ocurre cuando el interviniente cotidiano al prestar una contribución al hecho llega a conocer con certeza los planes delictivos del autor, por ejemplo, cuando el taxista conoce que su cliente cometerá un delito en el lugar de destino[62], o que de allí recogerá el botín pro-

---

59 Véase más casos de estructura semejante en STEFAN WEHRLE. *Fahrlässige Beteiligung am Vorsatzdelikt - Regreßverbot?*, Frankfurt am Main, 1986, p. 70.

60 Supuesto de JAKOBS. *Strafrecht AT*, cit. n.° m. 24/17, aunque con una solución diferente.

61 ROXIN. "Was ist Beihilfe?", cit., pp. 513 y ss. (subrayado en el originial).

62 De un modo parecido se pronunció el Tribunal Federal Supremo en *GA*, 1981, pp. 133 y 134, en un supuesto donde un sujeto accedió a llevar en su automóvil a una conocida a Amsterdam, a pesar de su corazonada de que "el viaje podría tener alguna relación con tráfico de estupefacientes". En este caso, el Tribunal Federal Supremo encontró al procesado responsable de complicidad en el sentido del § 27

ducto de un delito[63]. Lo mismo rige para el caso mencionado del panadero y, en general, para todas las conductas cotidianas. Para este autor entonces es suficiente el conocimiento sobre la decisión del autor de cometer un delito para fundamentar una responsabilidad del actuante cotidiano a título de partícipe. Entonces bastaría con que el actuante cotidiano se represente de modo inequívoco que su contribución va a ir a parar a las manos de un tercero dispuesto a cometer un delito para dar por establecida la relación de sentido delictiva. De esta manera la conducta perdería su carácter de cotidiana, o neutral, para convertirse en una participación punible.

En los casos en que el tercero favorecedor de un hecho cuenta únicamente con la probabilidad (dolo eventual) de que el autor cometerá un delito, es decir, no tiene un conocimiento seguro de la resolución delictiva del autor, su responsabilidad se excluiría en virtud del *principio de confianza*, según el cual "todos pueden confiar en que los demás no cometerán delitos dolosos, en tanto que una "inclinación reconocible al hecho" del otro no enerve esa suposición"[64]. Así, p. ej., que el tercero se entere de los planes delictivos del autor, porque éste se lo ha contado como una simple broma, no fundamentaría en su contra ninguna responsabilidad porque no es probable que las intenciones delictivas contadas en un contexto de broma tengan que ser tomadas en serio.

El intento de una delimitación de la punibilidad de una participación en el plano subjetivo del hecho, de un modo general y en especial según las formas de dolo, no convence, y por varias razones. Según el planteamiento de ROXIN el mundo individual de la representación del actuante terminaría convirtiéndose en un factor de imputación jurídico-penal. En este sentido, la primera objeción contra este punto de vista es inevitable: ¿existe realmente una regla concreta según la cual se pueda determinar la relación de sentido subjetiva de una determinada forma de comportamiento?[65]. Además no está claro por qué la relevancia penal de una conducta de favorecimiento tiene que depender del conocimiento del tercero en la forma del dolo directo o del dolo eventual cuando, por lo general, la regla de la participación de la parte general de los códigos

---

del StGB, porque "bastó con que el procesado reconociera los elementos esenciales del hecho principal. Él no necesitó hacerse ninguna representación determinada sobre la forma en que [el autor] iniciaría, concluiría o realizaría el tráfico de estupefacientes", (p. 134).

63 Como en un supuesto del BGH: cfr. *BGHSt* 4, pp. 107 y ss.

64 ROXIN. "Was ist Beihilfe?", cit., p. 516, donde además señala que "esto se considera mayormente en la evaluación de la imprudencia, pero debe regir igualmente para la participación dolosa"; asimismo, ID. "Zum Strafgrunde der Teilnahme", cit., p. 380.

65 Cfr. en este sentido WOHLERS. "Gehilfenschaft durch 'neutrale' Handlungen", cit. p. 434; ID. "Hilfeleistung und erlaubtes Risiko", cit., p. 170.

penales no dice nada acerca de que la valoración del aporte del partícipe se tenga que conectar con alguna forma de dolo[66]. Más aún, si nos remitimos a las regulaciones comunes del dolo en los códigos penales, tanto el dolo directo como el dolo eventual tienen frecuentemente la misma penalidad. Con esto, según el planteamiento de este autor, nada impediría declarar punible a título de partícipación tanto la conducta del vendedor de un destornillador[67] por escuchar de los labios del comprador su intención de llevar a cabo un hurto con rotura de obstáculos, sin hacer nada para impedirlo, como el comportamiento de una pareja de esposos por frecuentar un restaurante donde acostumbran cenar y gastar mucho dinero, aun sabiendo que el dueño del restaurante es un evasor de impuestos.

En este punto, la discusión de la presente problemática en el ámbito de lo subjetivo se acerca de alguna forma a la perspectiva del finalismo que hacía gravitar la imputación jurídico-penal en lo subjetivo del hecho, esto es, en la "resolución de voluntad" del autor[68], de manera que "el sentido que el autor le conceda a su hecho es el substrato de valoración del juicio sobre el injusto"[69]. Pero esta fundamentación de la imputación penal en lo subjetivo es incorrecta porque la relevancia de una acción para el derecho penal no depende en lo absoluto del sentido que dé un autor a su propio hecho, porque la representación personal de un suceso puede ser arbitraria –y de hecho lo es–, y no puede

---

66 Al respecto, THOMAS WEIGEND. "Grenzen strafbarer Beihilfe", en *FS Nishihara*, Baden-Baden, 1998, pp. 197 y ss., y 199.

67 En cambio, GÜNTHER JAKOBS. "Regreßverbot beim Erfolgsdelikt. Zugleich eine Untersuchung zum Grund der Strafrechtlichen Haftung für Begehung", en *ZStW*, 89, 1977, pp. 1 y ss., y 20, piensa que la mera venta de un destornillador no genera responsabilidad jurídico-penal porque "nadie espera que no se va a producir un robo por el hecho de que quien lo quiera llevar a cabo no disponga de un vulgar destornillador".

68 Sobre este aspecto del finalismo, cfr.a su fundador WELZEL. *Das deutsche Strafrecht*, 11.ª ed., Berlin, 1969, pp. 33 y ss., 100 y ss.; también a sus conspicuos defensores en los tiempos actuales, JOACHIM HANS HIRSCH. "Die Entwicklung der Strafrechtsdogmatik nach Welzel", en *FS der Rechtswissenschaftlichen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Universität zu Köln*, Köln, Berlin, Bonn y München 1988, pp. 399 y ss.; GEORG KÜPPER. "Der gemeinsame Tatentschluß als unversichtbares Moment der Mittäterschaft", en: *ZStW*, 105, 1993, pp. 295 y ss. Sobre sus aspectos problemáticos, cfr. JAKOBS. *Der strafrechtliche Handlungsbegriff*, München, 1992, pp. 20 y ss.; ID. "Bemerkungen zur objektiven Zurechnung", en: *FS Hirsch*, Berlin y New York, 1999, pp. 45 y ss., 49 y ss.; REYES ALVARADO. *Imputación objetiva*, cit., p. 58; WOLFGANG FRISCH. *Tipo penal e imputación objetiva*, CANCIO MELIÁ, DE LA GÁNDARA VALLEJO, JAÉN VALLEJO y REYES ALVARADO (trads.), Madrid, 1995, pp. 72 y ss.; HEIKO H. LESCH. "Gemeinsamer Tatentschluß als Voraussetzung der Mittäterschaft?", en *JA*, 2000, pp. 73 y ss., 74 y s.; MARAVER GÓMEZ. "La recepción del finalismo en España", cit., pp. 182 y ss.

69 ARMIN KAUFMANN. "Zum Stande der Lehre vom personalen Unrecht", en *FS Welzel*, Berlin y New York, 1974, pp. 393 y ss. y 403.

constituir una medida para la imputación de un hecho. Lo relevante no es lo que un autor piensa o quiere en una situación, sino cómo se comporta en la administración de su rol.

Lo más problemático de la concepción subjetivista se aprecia en las actividades cotidianas de reparto de productos, ya que cada repartidor estaría obligado a conocer las verdaderas intenciones de sus compradores respecto del uso de los productos. Con esto, en toda actividad de reparto los intervenientes tendrían la obligación de convertirse en expertos o adivinos sobre las reales intenciones de sus compradores. Entonces no queda claro por qué en el ámbito de las actividades comerciales cotidianas la punibilidad de la participación tenga que depender del conocimiento sobre los planes delictivos de terceros: "si en todo contacto social todos hubiesen de considerar todas las consecuencias posibles desde el punto de vista cognitivo, la sociedad quedaría paralizada. No se construiría ni se matricularía ningún automóvil, no se produciría ni se serviría alcohol, etc., y ello hasta el extremo de que a la hora de pagar sus deudas todo el mundo debería prestar atención a que el acreedor no planease realizar algo ilícito con el dinero recibido. En conclusión, la interacción social se vería asfixiada por funciones de supervisión y otras auxiliares"[70]. Por el contrario, la relevancia jurídico-penal de un comportamiento se determina en el contexto objetivo de la acción, en el rol del agente, de modo que la relación delictiva de sentido no es un asunto de lo subjetivo, sino de lo objetivo del hecho. Esto es así porque si el derecho penal se corresponde con un Estado que garantiza la vigencia de libertades la garantía mediante el derecho penal no tiene que comenzar por el control de lo interno de la persona, sino por la realización de la conducta en el mundo de lo externo[71].

De otra parte, el peligro de la proximidad con un derecho penal de autor es evidente cuando esta teoría exige una relación psicológica entre la intervención del tercero y el hecho principal. De este modo los caracteres anímicos resulta-

---

70 JAKOBS. *La imputación objetiva*, cit., p. 19.

71 Cfr. GÜNTHER JAKOBS. "Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung", en *ZStW*, 97, 1985, pp. 751 y ss. y 762: "Un comportamiento que sólo llama la atención cuando se conoce el ámbito de lo interno del autor nunca puede ser considerado como delito, puesto que, de lo contrario, lo interno sería el único fundamento de la pena"; también WOLFGANG FRISCH. *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, Heidelberg, 1988, pp. 283 y ss. y 298; ID. "La imputación objetiva: estado de la cuestión", ROBLES PLANAS (trad.), en ROXIN, JAKOBS, SCHÜNEMANN, FRISCH, KÖHLER. *Sobre el estado de la teoría del delito (Seminario en la Universitat Pompeu Fabra)*, Madrid, 2000, pp. 19 y ss., 53 y ss.; LESCH. *Der Verbrechensbegriff*, cit., p. 8; WOLFGANG WOHLERS. "Gehilfenschaft durch 'neutrale' Handlungen", cit., p. 434; JOACHIM VOGEL. *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten*, Berlin, 1993, pp. 67 y ss.; URS KINDHÄUSER. *Gefährdung als Straftat*, Frankfurt am Main, 1989, pp. 18 y ss., 67 y ss.

rían penalizados, cuestión que recuerda a la punición de la culpabilidad por el carácter[72]. Contra este punto de vista se afirma enfáticamente que la punición de la contribución a un delito no radica en penalizar determinados elementos del ánimo, porque por esta vía cualquier oficio cotidiano podría ser considerado rápidamente típico, sólo por aparecer vinculado a las intenciones de un autor[73], las que son difíciles de intepretar, porque se trata de consideraciones inseguras, "inseguras porque se adhieren mucho a lo subjetivo, porque el jurista penalista no es muy instruido en ellas y porque, además, con frecuencia no está suficientemente disponible el material que es necesario para tales consideraciones"[74]. Por consiguiente, la relación de sentido delictiva de una acción no puede deducirse del lado subjetivo del hecho. Es un absurdo reconocer que la conducta adquiera una relación de sentido delictiva por el sólo hecho de que su actuante sepa que mediante su actuación inocua está contribuyendo de alguna forma a posibilitar o favorecer un delito ajeno. Por contra, existe una relación delictiva de sentido cuando la acción tiene el sentido de hacer posible o de facilitar un comportamiento delictivo de un tercero, en cuya valoración es irrelevante la verdadera disposición psíquica de la voluntad del autor[75]. Por esta razón, "la relación delictiva de sentido es más bien un dato objetivo que se da cuando la acción en su característica sólo tiene el sentido de hacer posible o facilitar un comportamiento delictivo ajeno"[76]. La cuestión es que detrás de

---

72 Cfr. el estudio crítico de los elementos conocidos como "derecho penal de autor" (*Gesinnungsstrafrecht*) y "culpabilidad por el carácter" (*Charakterschuld*) de EBERHARD SCHMIDHÄUSER. *Gesinnungsmerkmale im Strafrecht*, Tübingen, 1958, pássim; ID. "Gesinnungsethik und Gesinnungsstrafrecht", en *FS Gallas*, Berlin y New York, 1973, pp. 81 y ss. Véase además el refinado estudio sobre el pensamiento de *Schmidhäuser* a cargo de MIGUEL POLAINO-ORTS. "Notas sobre la vida y la obra científica del profesor EBERHARD SCHMIDHÄUSER (1920-2002)", *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, n.° 3, 2002, pp. 11 y ss.

73 Al respecto WOLFGANG FRISCH. "Zum tatbestandsmäßigen Verhalten der Strafvereitelung-OLG, Suttgart, NJW, 1981, 1569", en *JuS* 1983, pp. 915 y ss. y 917, donde se ocupa del comentario a una sentencia del Tribunal Superior del *Land* de Stuttgart, en cuyo supuesto una persona había alquilado a otra una habitación por más de un año, aun sabiendo que el inquilino era buscado mediante una orden de arresto. El juez penal absolvió al dueño de la habitación al considerar que "no está prohibido brindar una habitación a una persona requisitoriada" (p. 915).

74 NAUCKE. "Über das Regreßverbot im Strafrecht", cit., p. 426.

75 Cfr. FRISCH. *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, cit., p. 287: "la consideración que a la vista se muestra algo más precisa en estos casos es que la cualificación misma de las acciones correspondiente con una relación de sentido delictiva *no* depende de elementos subjetivistas"; asimismo, ID. "Straftat und Straftatsystem", en WOLTER y FREUND (ed.). *Straftat, Strafzumessung und Strafprozeß im gesamten Strafrechtssystem*, Heidelberg, 1996, pp. 135 y ss., 182 y ss.; de esta misma obra colectiva también cfr. BJÖRN BURKHARDT. "Tatbestandsmäßiges Verhalten und ex-ante-Betrachtung, Zugleich ein Beitrag wider die 'Verwirrung' zwischen dem Subjektiven und dem Objektiven", pp. 99 y ss., 103 y ss.; LESCH. "Gemeinsamer Tatentschluß als Voraussetzung der Mittäterschaft?", cit., p. 75.

76 FRISCH. *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, cit., p. 284; ID. "Fazinierendes, Berechtiges und Problematisches

una solución subjetiva se esconde una concepción del sujeto que delinque como un individuo, como un ser empírico provisto de un sistema psico-físico que actúa movido por la voluntad, cuando lo correcto es que deba ser visto como *persona*[77], esto es, "como una construcción concebida de forma específicamente normativa"[78]. Por esta razón es comprensible que para los partidarios de una imputación subjetiva[79] baste una *relación psicológica* entre la voluntad y el resultado, quedando fuera de dicho juicio la *relación normativa* basada en la infracción de un deber.

Desde la perspectiva de un esquema de interpretación funcional normativista lo objetivo se entiende vinculado al concepto de rol. En este contexto no convence entonces porqué el sentido penalmente relevante de un suceso tenga que determinarse de acuerdo a la finalidad de actuación del autor y no conforme a la adecuación a un rol por parte de la conducta del actuante cotidiano. No convence porqué el actuante cotidiano va a estar obligado a soportar que la relevancia penal de su conducta tenga que depender del sentido delictivo de la conducta que le dé otro, en este caso, el autor, y no de su comportamiento adecuado al rol. En este sentido no le falta razón a LESCH[80] cuando anota: "¿Porqué el panadero (así como el vendedor de cuchillos) en vez de anunciar, por ejemplo: 'aquí vendo panecillos (o cuchillos)', debe estar obligado a decir: 'participo en un delito de daños de bienes ajenos (por evenenamiento de los patos), o en un homicidio (por envenamiento del marido, o por tomar parte en una riña a cuchilladas)'? ¿Porqué el 'sentido objetivo' de una conducta adecuada a un rol tiene que depender de la existencia de una 'relación arbitraria condicionada por el autor doloso', calculada por el conocimiento especial del primer actuante [= actuante cotidiano], cuando éste no es garante de dicha existencia?"[81].

En suma, siempre que se intente establecer la delimitación de la relevancia penal de una intervención a partir de criterios subjetivos la propuesta teórica subyacente termina siendo un topos en la teoría de la participación, distante de

---

der Lehre von der objektiven Zurechnung des Erfolgs", en *FS Roxin*, Berlin y New York 2001, pp. 213 y ss., 222 y ss.

77 Cfr. LESCH. *Der Verbrechensbegriff*, cit., p. 4.

78 HANS KELSEN. *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, Tübingen, 1911, p. 142; en el mismo sentido, ID. *Reine Rechtslehre*, 2.ª ed., Wien, 1960, pp. 176 y ss.

79 Como, en efecto, lo es por ejemplo para MICHAEL KOHLER. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Berlin y Heidelberg, 1997, pp. 117, 349 361 y ss.; ID. "Der Begriff der Zurechnung", en *FS Hirsch*, Berlin y New York, 1999, pp. 65 y ss., 74 y ss.; el mismo trabajo se recoge de modo esencial en su ponencia "La imputación subjetiva: Estado de la cuestión", en ROXIN y JAKOBS et ál. *Sobre el estado de la teoría del delito*, cit., pp. 69 y ss., 83 y ss.

80 Cfr. LESCH. *Der Verbrechensbegriff*, cit., p. 261.

81 ROXIN. "Bemerkungen zum Regreßverbot", cit., p. 191.

una teoría general de la imputación jurídico-penal. Todo indica que el planteamiento de ROXIN, que comienza con una no tan clara subjetivización de los criterios determinantes de la participación mediante la "propensión o inclinación cognoscible al hecho", que luego avanza hacia una decisiva subjetivización de dichos criterios según el grado de conocimiento (dolo directo o dolo eventual) del actuante cotidiano, resulta "perfectamente manipulable y que, por ello, no es válido como criterio rector para ofrecer soluciones en este ámbito"[82].

C. LA PROHIBICIÓN DE REGRESO

En uno de los considerandos de la sentencia[83], después de establecer que el taxista se limitó a desempeñar su rol, el juzgador afirma que los hechos no le son imputables al taxista por regir para él una prohibición de regreso, lo que determinaría que su conducta no pueda ser calificada como penalmente relevante. Pues estas consideraciones fuerzan a echar una mirada en torno al significado de esta categoría dogmática.

Se habla de una "prohibición de regreso" usualmente como la teoría que afirma que la participación imprudente en un hecho principal doloso es impune[84].

Según la formulación original de FRANK[85], la prohibición de regreso surgió como un correctivo de la teoría de equivalencia de las condiciones, en especial en los casos donde un tercero intervenía imprudentemente en un suceso causal creado por un autor doloso: "hay condiciones que no son causa y por consiguiente no fundamentan la responsabilidad del autor. En consecuencia [...] rige una prohibición de regreso en el sentido de que las condiciones que se ubican más allá de una determinada situación no pueden ser vistas como causa: no son causa aque-

---

82 FEIJÓO SÁNCHEZ. *Imputación objetiva*, cit., p. 387.

83 Cfr. supra II [d].

84 Significativo al respecto FRISCH. *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, cit., pp. 233 y ss.; WEHRLE. *Fahrlässige Beteiligung am Vorsatzdelikt*, cit., pássim; KATJA DIEL. *Das Regreßverbot als allgemeine Tatbestandsgrenze im Strafrecht*, Frankfurt am Main, 1997, pássim; LESCH. *Das Problem der sukzessiven Beihilfe*, cit., pp. 162 y ss., 278 y ss.; JAKOBS. "Regreßverbot beim Erfolgsdelikt", cit., pp. 1 y ss. NAUCKE. "Über das Regreßverbot im Strafrecht", cit., pp. 409 y ss.; HARRO OTTO. "Kausaldiagnose und Erfolgzurechnung im Strafrecht", en *FS Maurach*, Karlsruhe 1972, pp. 91 y ss.; ROXIN. "Bemerkung zum Regreßverbot", cit., pp. 177 y ss.; JOACHIM HRUSCHKA. "Regreßverbot, Anstiftung und die Konsequenzen", en *ZStW*, 110, 1998, pp. 581 y ss. REYES ALVARADO. *Imputación objetiva*, cit., pp. 330 y ss.; RICARDO ROBLES PLANAS. "Participación en el delito e imprudencia", en *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, n.° 1, 2000, pp. 302 y ss.; FEIJÓO SÁNCHEZ. *Imputación objetiva*, cit., pp. 339 y ss.

85 El concepto "prohibición de regreso" (*Regreßverbot*) fue introducido en el derecho penal por REINHARD FRANK en su famosa obra *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich nebst dem Einführungsgesetz*, 16.ª ed., 1925, pp. 16 y ss., pero la versión más acabada del concepto se encuentra en la 18.ª ed., Tübingen, 1931, pp. 14 y ss.

llas condiciones previas a una condición que libre y consciente (de forma dolosa y culpable) condujo a la producción del resultado. Quien haya colocado una semejante condición previa sólo puede ser responsable como partícipe, y esto por supuesto únicamente cuando concurran los presupuestos de la participación"[86]. En el pensamiento de FRANK la intervención imprudente pertenece a lo que él denomina "condiciones previas" que no llegan a alcanzar el nivel de una "causa" del resultado por no poseer el requisito de una causación libre. La causación libre vendría a ser un elemento propio de una condición dolosa, que tiene en la consciencia la característica esencial que va a definir su configuración. Esta cuestión se ve con mejor claridad en un ejemplo del mismo autor[87] que se refiere a un supuesto en que un cazador deja su escopeta de un modo imprudente en el recibidor de una taberna, hecho que es aprovechado por un tercero para matar dolosamente a otro. Para este pensamiento el aporte causal del cazador no es punible a título de participación porque es el tercero el que manipula el arma de forma "dolosa y culpable". FRANK no llega a negar la relación de causalidad entre la intervención imprudente del tercero y el resultado producido dolosamente por el autor. La cuestión que a él más bien le interesa afirmar es que existe una relación de causalidad, pero que en ella las condiciones previas no son "causas" del resultado. Por consiguiente, quien crea una condición previa no responde jamás como autor, aunque sí podría responder como partícipe doloso, siempre que concurran los presupuestos legales de la partipación; pero la participación imprudente queda excluida de plano.

De esta manera la tradicional prohibición de regreso de FRANK representa el punto de inicio de una teoría normativa o valorativa en el ámbito de la parti-

---

86 Ibíd., p. 14; importante en este punto es HRUSCHKA. "Regreßverbot, Anstiftung und die Konsequenzen", cit., pp. 586 y ss.

87 Este supuesto se asemeja a otro de la jurisprudencia del *RGSt* 34, pp. 91 y ss. Más casos prácticos en conexión con la tradicional prohibición de regreso en WEHRLE. *Fahrlässige Beteiligung am Vorsatzdelikt*, cit., pp. 1 y ss., 33 y ss; también en REYES ALVARADO. *Imputación objetiva*, cit., 318 y ss., 330 y ss.; así mismo la sentencia del RGSt 61 (pp. 318 y ss.) en la que el dueño de una fábrica alquiló a uno de sus trabajadores el ático de dicho recinto, aun sabiendo que por su mal estado no soportaría el peligro de un incendio. Poco después un tercero, aprovechándose de esta situación, incendió dolosamente la vivienda, pereciendo el trabajador y su familia. También véase la jurisprudencia de BGHSt 7 (pp. 268 y ss.) donde a causa de una fuerte discusión el marido abandonó a su esposa, a pesar de tener él la corazonada de que ella daría muerte al hijo de ambos a causa del rompimiento de la relación sentimental. Efectivamente la madre dio muerte al menor envenenándolo con cianuro de potasio. También es ilustrativo un caso de la jurisprudencia penal suiza (BGE 105 IV, pp. 330 y ss.), en el que la propietaria de un rancho comentó en son de broma a un conocido que sería mejor si la casa se "demoliera con el fuego"; luego, ante el asombro de la propietaria, un día después el conocido prendió fuego a la casa de campo.

cipación, aunque ciertamente no tan consecuente con los postulados de una teoría normativa porque, por un lado, reconoce correctamente que el problema no se refiere a la interrupción de un nexo causal, sino a una prohibición de atribución de responsabilidad; pero, por otro lado, hace depender el criterio delimitador de responsabilidad de la forma como actúe el interviniente, dolosa o imprudente. No obstante, de lo que no cabe duda es de que hasta antes de su aparición la relevancia o irrelevancia de una participación era explicada solamente con base en elementos causales naturalistas. Por ejemplo, la denominada teoría de la interrupción del nexo causal[88] se había esforzado por fijar un límite a la equivalencia causal de todas las condiciones en torno a un suceso, pero dentro del mismo contexto naturalista, apelando al dolo como criterio interruptor del *regressus ad infinitum* de la cadena causal. Con esto el padre del asesino ya no sería responsable de los delitos cometidos por su hijo porque obró sin dolo al engendrarlo; por lo tanto, se interrumpía el nexo de causalidad entre su intervención y el resultado de muerte causado por su hijo. En este contexto FRANK con la prohibición de regreso hace notar que más importante que discutir si la causalidad se tiene que interrumpir es determinar si dentro de la misma relación de causalidad existen motivos para prohibir el regreso de responsabilidad a intervinientes lejanos, desprovistos de los elementos que configuran una autoría y participación dolosa.

La fórmula de la prohibición de regreso ha recibido posteriormente un desarrollo significativo[89], pero siempre con el común denomidador de la exclusión de la participación imprudente en un delito doloso[90]. Pero, de alguna forma se advierte un reconocimiento legal de la prohibición de regreso en la regulación de la participación del Código Penal alemán de 1975, cuyo texto legal en los parágrafos 26 (inducción) y 27 (complicidad) exige como presupuesto para su configuración que la contribución del partícipe sea *dolosa*. Este aspecto de la problemática ha condicionado también en cierto modo algunas decisiones de la jurisprudencia alemana, la que en los casos de intervenciones no dolosas en delitos dolosos, a falta de una regulación expresa que castigue la

---

88 Por todos, CARL LUDWIG BAR. *Die Lehre vom Causalzusammenhange im Rechte, besonders im Strafrechte*, Leipzig, 1871, reimpresión de Aalen, 1971, pp. 3 y ss., 56 y ss., pássim.

89 Un estudio puntual sobre las diferentes vías de argumentación que ha recibido la prohibición de regreso en su desarrollo histórico puede verse en REYES ALVARADO. *Imputación objetiva*, cit., pp. 320 y ss.

90 No obstante, un autor crítico, como lo es FEIJÓO SÁNCHEZ. *Imputación objetiva*, cit., p. 358, anota, con mucha razón, que las consideraciones de este común denominador "no son más que redundancias, argumentaciones circulares sobre la misma idea": la exclusión de la participación imprudente en un delito doloso.

participación imprudente, opta por la sanción de estas formas de comportamiento a título de autoría imprudente[91].

Pero hasta aquí la exposición sobre la tradicional prohibición de regreso. El desarrollo logrado en los últimos tiempos por la teoría de la imputación objetiva en el marco de una concepción funcional normativista del derecho penal ha propiciado también un desarrollo, "aunque creo que lo más correcto sería hablar de una reformulación", del instituto conocido como "prohibición de regreso". En esta nueva formulación de la prohibición de regreso sólo ha quedado el nombre, que se conserva en razón de su valor histórico como teoría delimitadora de la relevancia e irrelevancia penal de una intervención delictiva. Así pues, a ella ya no le atañe la cuestión de fijar la relevancia de una participación delictiva en el ámbito de una "condición previa" y una "causa"; tampoco es asunto de la prohibición de regreso la exclusión de la participación imprudente en un delito doloso, cuestión que conduce inevitablemente a concebir este instituto dogmático como un topos dentro de la teoría general de la participación delictiva. Ahora su función sería más bien la de establecer los límites generales de la imputación jurídico-penal[92].

Como la imputación objetiva se ocupa de la determinación de las características objetivas generales de un comportamiento imputable penalmente[93], en los casos de intervención plural de personas en un hecho precisa de unos instrumentos de conceptos para explicar cómo funciona la determinación de los elementos de responsabilidad. Pues esos instrumentos de conceptos son la *prohibición de regreso* y la *participación delitiva* en sentido general.

La prohibición de regreso ocupa el primer momento de la imputación objetiva, correspondiéndole la función de fijar qué comportamiento se mantuvo en el marco del rol y qué comportamiento infringió la norma. La infracción de una norma, expresada mediante la lesión de una organización ajena, indica que el portador del rol administró su ámbito de organización con la realización de

---

91 De esta manera ha procedido el Tribunal del Imperio Alemán, por ejemplo, en el "caso de los amantes", en el que un marido envenenó a su mujer después de haber recibido el veneno de su amante. Como no pudo probarse en el proceso que la amante había obrado dolosamente, pero como existía la probabilidad de que ella de alguna forma pudo haber previsto el empleo del veneno de modo delictivo, el Tribunal la condenó como autora de un delito imprudente de homicidio, no así como partícipe, porque la regla de la participación del Código Penal no contemplaba la participación imprudente: cfr. RGSt 64, pp. 371 y ss.

92 Así LESCH. *Das Problem der sukzessiven Beihilfe*, cit., pp. 278 y ss.; JAKOBS. "Akzessorietät. Zu den Voraussetzungen gemeinsamer Organisation", cit, pp. 257 y ss.

93 Cfr. JAKOBS. *Strafrecht. AT*, cit, n.° m. 7/4, 7/4a.

un riesgo no permitido[94]. El riesgo no permitido en este caso se concreta en la desviación de un rol y no en la ponderación de bienes, porque la ponderación de bienes se encuentra en una relación estrecha con el dogma de la protección de bienes jurídicos que procura establecer el riesgo permitido como resultado de un cálculo de costes y beneficios, donde el beneficio se constituiría por la libertad de comportamiento que se obtiene con la permisión de riesgos y los costes serían la pérdida de aquellos bienes a cuya destrucción conduce el riesgo[95]. Por contra, existe un riesgo no permitido[96] cuando: 1. El comportamiento infringe una norma establecida legalmente por el Código Penal; 2. El comportamiento desborda una regulación legal de un determinado sector del ordenamiento jurídico, p. ej., las normas administrativas, las normas del tráfico rodado, las normas sanitarias, etc.; 3. El comportamiento infringe una norma que no necesariamente tiene una regulación jurídica, pero que rige en determinados ámbitos sociales por gozar de legitimidad histórica; estos ámbitos además no precisan de una regulación legal porque las actividades de por medio están sujetas a permantente evolución, p. ej., la *lex artis* u otras normas referidas a asociaciones profesionales; y, 4. En determinados ámbitos de la vida donde no existe ningún tipo de regulación jurídica, cuando el comportamiento de ese sector infringe el estándar de una persona prudente perteneciente a ese ámbito.

Con esto en el primer momento de la imputación objetiva la imputación rige por igual para todos los intervinientes: "la imputación es, por consiguiente, idéntica para la autoría y la participación. Tanto el autor como el partícipe tienen que responder en común como colectivo por la realización típica"[97]. Lo que significa que en este primer momento todos los intervinientes en el hecho son por igual candidatos para el título de la imputación. A la prohibición de regreso le corresponde la explicación de quien, al administrar su ámbito de organización, ha obrado imputablemente mediante la realización de un riesgo no permitido. La delimitación de los ámbitos de competencia personal permite distinguir cuál es el *propio*, cuál el *ajeno*, y cuál el *común*, en una actuación conjunta de varias personas en un hecho.

---

94 Cfr. LESCH. *Der Verbrechensbegriff*, cit., 237; JAKOBS. *Strafrecht. AT*, n.° m. 7/35 y ss.; MARIO MARAVER GÓMEZ. *Riesgo permitido por legitimación histórica*, contribución que se publica dentro de este Libro homenaje, pássim.

95 Cfr. JAKOBS. *La imputación objetiva*, cit., p. 43.

96 Cfr. por todos, Ibíd., pp 48 y 49; también FRISCH. *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, cit., pp. 90 ss.; ID. *Tipo penal e imputación objetiva*, cit., pp. 96 y ss.; MARAVER GÓMEZ. *Riesgo permitido por legitimación histórica*, cit., pássim .

97 LESCH. *Das Problem der sukzessiven Beihilfe*, cit., p. 278.

El segundo momento de la imputación objetiva corresponde a la teoría general de la participación delictiva. Después de que las intervenciones atraviecen el filtro de la prohibición de regreso para saber cuál comportamiento es imputable y cuál no, corresponde a la teoría de la participación delictiva adjudicar al comportamiento imputable un título concreto de imputación: autor o partícipe[98].

Entonces, la prohibición de regreso no tiene que ver ni con la fundamentación de la responsabilidad ni con su exclusión[99], ella solamente fija los límites generales entre el comportamiento imputable y no imputable. Que antes del tipo todos los intervinientes sean tomados por igual como candidatos a la imputación significa que el hecho es interpretado conforme a un esquema de imputación normativo y no conforme a las representaciones individuales del actuante. Asimismo, que la asignación del título de imputación corresponda a un momento posterior demuestra que la prohibición de regreso no es un topos de la teoría de la participación; ella, como instituto de la imputación objetiva, entra en funcionamiento en un momento anterior, cuando todo interviniente de un hecho es sólo candidato al título de autor o partícipe.

En este sentido, el presente caso del taxista se ubica en el grupo de concreción del riesgo no permitido referido a los ámbitos de la vida donde no existe regulación jurídica, fijándose la delimitación de los ámbitos de responsabilidad a partir del estándar de comportamiento de una persona prudente en ese ámbito, es decir, a partir del rol correspondiente al de un taxista prudente. La actividad de un taxista se corresponde con un modelo claramente estereotipado en la sociedad. Si su organización es utilizada por sus clientes incluyéndola éstos en sus planes delictivos, no responderá penalmente porque su prestación o contribución al hecho fue realizada en el marco de su rol. Quiere decir que en un sentido jurídico-penal no hay una relación normativa válida para fundamentar la responsabilidad penal entre un comportamiento adecuado a un rol y delito. Pero las cosas parecen complicarse cuando el portador del rol presta su aporte aun sabiendo de los planes delictivos de terceros, que en este caso se da cuando el taxista se "percató de las intenciones delictivas de los sujetos que tomaron sus servicios en el instante que lo hicieron ingresar a la cochera del inmueble"[100] para cargar las cosas robadas. El dato del conocimiento del actuante

---

98 Sin embargo, que la adjudicación del título concreto de imputación, de autor o partícipe, debe hacerse atendiendo a criterios cualitativos o cuantitativos, es una cuestión que en este trabajo queda abierta.

99 Aunque para JAKOBS la prohibición de regreso funcionaría además como una teoría que en vez de fundamentar la responsabilidad la excluye, cfr. JAKOBS. "Akzessorietät. Zu den Voraussetzungen gemeinsamer Organisation", cit., p. 263.

100 Así el supuesto de hecho de la sentencia, cfr. supra II.

cotidiano se convierte en un problema para delimitar su cuota personal inocua, adecuada a su rol, de la responsabilidad de la actividad global. Entonces la cuestión que surge es: ¿quebranta el actuante cotidiano su rol cuando, tras conocer el contexto delictivo, no lo evita? ¿Es más: está obligado a evitarlo? Si el rol del taxista es de brindar seguridad y comodidad a su cliente durante el viaje, llevándolo puntualmente a su destino, entonces porqué va a estar obligado a conocer, a preocuparse por los planes, nombres, direcciones y otros aspectos de la vida privada de sus clientes. Al menos en las sociedades de nuestro tiempo nadie espera ni exige de un taxista estas cosas. Entonces si quien actúa dentro de su rol no está obligado a conocer otros aspectos situados más allá del mismo, ¿porqué tiene que estar obligado a evitar los cursos lesivos que forman parte de esos aspectos ajenos a su rol? El portador de un rol está obligado sólo a evitar aquello que forma parte del rol[101].

Por tanto, lo conjuntamente organizado en este caso no tiene el sentido de una organización delictiva *conjunta*[102]. Así como a nadie se le ocurriría pensar que el taxista tendría que participar de las ganancias de su cliente, porque éste es un pianista famoso que va a ofrecer un concierto en el lugar de destino, del mismo modo no se le puede hacer partícipe de las malas obras que lleve a cabo su cliente en el punto de destino. Tanto las buenas obras como las malas obras que lleve a cabo el cliente no tienen el sentido de una organización delictiva conjunta para el taxista. Del mismo modo han de resolverse los problemas con estructuras similares de los supuestos paradigmáticos de los negocios de la vida cotidiana, como el expendio de alcohol, de la venta de comida, de la venta de pan, de la reproducción de llaves, etc. En todos estos supuestos, siempre que los actuantes cotidianos actúen en el marco de sus roles, no responderán penalmente por el delito que cometan sus clientes con el producto vendido, toda vez que no existe una relación normativa válida para la imputación entre su oficio y la organización delictiva ajena[103].

---

101 Cfr. JAKOBS. *La imputación objetiva*, cit., p. 76.

102 Sobre los presupuestos de una organización conjunta son interesantes los aportes de ROLAND DERKSEN. "Heimliche Unterstützung fremder Tatbegehung als Mittäterschaft. Zugleich ein Beitrag zur Strktur der Mittäterschaft", en *GA* 1993, pp. 163 y ss., 169 y s.; LESCH. "Gemeinsamer Tatentschluß als Voraussetzung der Mittäterschaft?", pp. 77 y s.; y URS KINDHÄUSER. "Handlungs- und normtheoretische Grundfragen der Mittäterschaft", en *FS Hollerbach*, Berlin, 2001, pp. 627 y ss., 634 y ss.

103 No cabe duda que con estos criterios también puede resolverse el famoso *caso del burdel* (*RGSt* 39, pp. 44 y ss.) de la jurisprudencia alemana, en el que un repartidor de vinos, que durante cierto tiempo había repartido vino a un burdel, fue condenado como cómplice de proxenetismo, porque según el punto de vista del Tribunal la entrega de esta bebida había incrementado la frecuencia de visitantes a dicho lugar, situación que era "conocida" por el repartidor. Desde la perspectiva de la prohibición de

Entonces, en virtud de la prohibición de regreso, el comportamiento del taxista no es imputable penalmente porque al no formar ninguna comunidad delictiva con los autores se mantiene dentro del marco de su rol. Su prestación es irrelevante jurídico-penalmente; por tanto, no tiene sentido avanzar más allá para saber si su comportamiento aún podría reunir las características del título de autor o partícipe. Está claro que si el autor se aprovecha de una actuación ajena, "de una adecuada a un rol", para sus fines delictivos, ello no obliga al titular del rol a informarse sobre los desenlaces posteriores del curso lesivo, ni tampoco le obliga a evitarlo, no al menos en su rol. Lo que el autor planee hacer con la prestación cotidiana no es asunto del actuante cotidiano, porque "no todo es asunto de todos"[104]. El hecho delictivo tampoco es asunto suyo inclusive si al desempeñar su rol tuvo conocimiento de los planes delictivos del autor, o que éste iba a utilizar su prestación inocua para cometer un delito. Tal como quedó delineado antes[105]: si las capacidades y conocimientos especiales no pertenecen al rol, entonces está demás pretender extraer de ellas la fundamentación de un deber de evitación de resultados[106].

Pero que el derecho penal espere del portador de un rol que se comporte en todo tiempo en el marco del rol no significa en lo absoluto que el actuante al desempeñar dicho rol no esté obligado a realizar una prestación determinada en situaciones especiales, en razón de un deber mínimo de solidaridad[107] que le impone el deber de impedir o neutralizar una situación lesiva, pero no en razón de su rol estereotipado, sino en el rol general de persona, el de una persona en derecho. Esto se explica porque detrás de cada rol especial hay un rol general subyacente: el médico, el policía, el juez y el albañil también son personas. Por ejemplo, en la medida que se lo permita su capacidad individual, así como el contexto actual de actuación, el panadero a quien el cliente le ha comentado

---

regreso en esbozo, el repartidor no respondería penalmente porque el reparto de vinos no tiene el sentido de una organización delictiva *conjunta*, con independencia de lo subjetivo que persiga el autor, en este caso, el dueño del burdel.

104 JAKOBS. "Regreßverbot beim Erfolgsdelikt", cit., 30.

105 Cfr. supra II, [1].

106 Con mayor amplitud LESCH. *Der Verbrechensbegriff*, cit., pp. 258 y ss.

107 Importante al respecto JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ. "Zur Gestaltung des strafrechtlich missbilligten Risikos beim Zusammenwirken mehrerer Personen", en ESER y HUBER (eds.). *Einzelverantwortung und Mitverantwortung im Strafrecht*, 1998, pp. 205 y ss. y 209; ID. "Entre la omisión de socorro y la comisión por omisión. Las estructuras de los arts. 195.3 y 196 del Código Penal", en *Problemas específicos de la apliación del Código Penal*, Manuales de formación contianada, 1999, pp. 153 y ss., 155 y ss.; JAKOBS. *Strafrecht AT*, cit., n.° m. 2/46 y ss., 28/13 y ss.; PAWLIK. "Unterlassene Hilfeleistung: Zuständigkeitsbegründung und systematische Struktur", *en GA* 1995, pp. 360 y ss.; KURT SEELMANN. "'Unterlassene Hilfeleistung' oder: Was darf das Strafrecht?", en *JuS*, 1995, pp. 281 y ss.

que envenenará los panes para matar a su suegra tiene el deber de hacer algo para evitar esa muerte. Bastará con que advierta a la víctima potencial mediante una llamada telefónica, o con que dé aviso a la policía, en tanto le fuera posible, pero lo que no se le puede exigir es que cierre su negocio para ir personalmente a dar aviso a la mujer, puesto que el panadero no está obligado a convertirse en guardián de la vecindad. Del mismo modo, el taxista que se comporta correctamente en su rol durante el viaje tiene el deber de hacer algo para evitar el delito en el trayecto o al llegar al lugar de destino, bien avisando a la policía, o realizando cualquier tipo de prestación que signifique impedir el delito que pretende cometer el cliente. Pero todo esto no en su rol de taxista, sino en su rol de persona, en tanto le sea posible llevarlo a cabo. Quien en estos casos omita la posibilidad de impedir o neutralizar un curso lesivo iniciado infringe el deber de solidaridad que fundamentaría una responsabilidad por omisión. Los delitos más comunes que podrían configurarse son el de omisión del deber de socorro o auxilio y el de omisión del deber de denunciar o perseguir un delito.

Queda claro que las personas que viven en una sociedad donde rigen normas, al participar del mismo mundo normativo con los demás, tienen que cumplir deberes mínimos de solidaridad. El deber de solidaridad se deriva de la posición del actuante en la sociedad como ciudadano, como persona. Es más, de la forma como la persona se comporte solidariamente también va a depender el correcto cumplimiento de su rol. Así como una persona está obligada a administrar su propia organización sin lesionar la organización ajena (prohibición), del mismo modo la otra persona está obligada a reducir o neutralizar el peligro en que se encuentre la propia organización (mandato). Además el deber de solidaridad no se fundamenta en la concreta amenaza de un bien individual[108], sino en el deber que surge de la vida en sociedad, donde cada persona es titular de una determinada posición de deber y de un ámbito de libertad. Lo que quiere decir que el efectivo cumplimiento de un rol presupone una relación solidaria en virtud de la comunidad entre las personas[109].

---

108 En este sentido, Silva Sánchez. "Entre la omisión de socorro y la comisión por omisión", cit., p. 158; pero esta opinión no siempre es compartida por la doctrina dominante, cfr. sólo a título de ejemplo, Seelmann. "Unterlassene Hilfeleistung", cit., p. 283, quien va más lejos: "se reconoce la 'solidaridad humana' como bien jurídico del § 323 c StGB –omisión de socorro–"; Peter Cramer y Sternberg-Detlev Lieben, en Schönke y Schröder. *Strafgesetzbuch Kommentar*, 26.ª ed., München, 2001, pp. 2467 y ss., con una amplia referencia a la literatura.

109 Cfr. Jakobs. *Beteiligung bei Herrschaftsdelikten und Pflichtdelikten*, Bonn, 1993, manuscrito, pp. 3 y ss.

CONSIDERACIONES FINALES

Luego del somero análisis de la resolución judicial del caso del taxista se aprecia que la jurisprudencia penal de la Corte Suprema peruana ha tocado algunos aspectos esenciales de la actual discusión dogmática sobre los criterios que deben ser considerados como relevantes o irrelevantes para la determinación de la participación delictiva en los casos de intervención plural de personas en un hecho.

En este contexto, el juzgador ha optado por fijar los contornos que separan a un comportamiento punible de otro no punible mediante un criterio objetivo, como lo es la delimitación de los ámbitos de competencia de la persona como portadora de un rol. En este sentido, el comportamiento de un taxista, de prestar un servicio de taxi a unos desconocidos que luego lo utilizan para sus fines delictivos, según el juicio de valor del Tribunal Supremo, no reviste relevancia jurídico-penal; por tanto, no le es imputable penalmente el hecho, porque de ese modo el taxista actúa en el marco de su rol, donde su aporte mediante el servicio de taxi tiene el significado de una actividad cotidiana, neutra en sí misma, que al desempeñarlo correctamente no adquiere sentido delictivo.

La solución objetiva del Tribunal Supremo se hace más evidente cuando toma posición sobre lo subjetivo en el juicio de imputación. De acuerdo con esto, si el taxista en algún momento de desarrollo de los hechos pudo darse cuenta de que su servicio estaba siendo aprovechado por sus clientes de acuerdo a un plan delictivo, es decir, si llegó a tener el conocimiento de que su obrar estaba favoreciendo un delito, tampoco responde penalmente, en vista de que "el sólo conocimiento no puede fundamentar la antijuridicidad de su conducta". De manera que el dato del "conocimiento" del interviniente cotidiano sobre el contexto delictivo no desempeña ningún papel en la determinación de la relevancia o irrelevancia penal de su intervención, en tanto obre en el marco de su rol.

En consecuencia, la resolución judicial del caso del taxista demuestra que las propuestas del sistema funcional normativista tienen un potencial dogmático perfectamente aplicable a los casos de la vida práctica.

SEGUNDA PARTE
LA IMPUTACIÓN OBJETIVA

MARÍA ELOÍSA QUINTERO*

El delito de omisión desde una perspectiva normativista. Consideraciones en torno a la polémica sobre delitos impropios de omisión y principio de legalidad

La doctrina penal ha distinguido tradicionalmente entre dos formas básicas de manifestación de la conducta humana penalmente relevante: la acción y la omisión. Ambas representaban dos mundos diferentes de infracción de la norma: uno basado en un movimiento corporal que causaba un resultado (los elementos esenciales eran, pues, acción, resultado y una relación de causalidad entre ambos elementos) y otro en una inactividad que devenía penalmente relevante no por tratarse de una omisión genérica (simple no hacer) sino precisamente por omitir hacer algo a lo que la ley obligaba. En todo caso, ambos estadios aparecían nítidamente diferenciados, y a uno de ellos –la acción– se había prestado, desde antiguo, una importancia dogmática muy superior al otro –la omisión–, hasta el punto de considerarse a esta última como un "añadido", como algo "secundario" o "accesorio", razón por la cual se traspolaban a la omisión los avances dogmáticos realizados en el seno del concepto de acción. Quizá por ello, uno de los penalistas que en el siglo pasado con más detenimiento, profundidad y precisión se ocupó de la dogmática de los delitos de omisión, ARMIN KAUFMANN[1], afirmó que los delitos omisivos se regían por una suerte de "principio de la inversión", pues a la omisión se aplicaban *ex negativo* gran parte de los criterios empleados para la acción. Y todavía recientemente el penalista español ENRIQUE GIMBERNAT[2] ha afirmado que la dogmática de los delitos de omisión se halla mucho menos evolucionada que la construida en torno al concepto de acción, lo cual es tanto como decir que la primera sigue siendo deudora de la segunda.

Esta distinción categorial, tan radical, que separa la acción de la omisión parte, lógicamente, de un planteamiento ontologicista basado en la diferencia óntica, material entre ambos conceptos: mientras que la acción se integra de movimientos corporales, esto es, de actividad positiva, la omisión consiste precisamente en una inactividad, en la ausencia de movimiento corporal. Esta cuestión originó tradicionalmente el debate en torno a si esa inactividad había de

---

* Doctoranda de la Universidad Austral, Buenos Aires; investigadora en derecho penal; coordinadora académica del Instituto Iberoamericano de Derecho Penal de México D. F.

1 ARMIN KAUFMANN. *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, Göttingen, Verlag Otto Schwartz, 1959, pp. 57 y ss.

2 ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG. "La omisión impropia en la dogmática penal alemana. Una exposición", en *Ensayos penales*, Madrid, Tecnos, 1999, pp. 262 y ss.; también JOSÉ CEREZO MIR. *Curso de derecho penal español, Parte general*, II, *Teoría jurídica del delito*, I, 5.ª ed., basada en el nuevo Código Penal de 1995, Madrid, Tecnos, 1997, p. 45, sostiene que la distinción entre acción y omisión escinde el sistema en dos.

surtir efectos penales, y en su caso, en qué supuestos y con qué condiciones. Por un lado, se debatía sobre la aceptación del viejo principio "de la nada, nada surge" (*ex nihilo, nihil fit*); por otro lado, se debatió ampliamente sobre la intrincada cuestión de la relación de causalidad entre la nada que, desde el punto de vista ontológico, representa la omisión y el resultado producido, hablándose en tal sentido, por numerosos autores, de una supuesta causalidad hipotética de la omisión respecto del resultado; finalmente, se distinguieron, en el seno del concepto de omisión, dos clases o tipos de omisiones penalmente relevantes: la omisión propia y la omisión impropia o comisión por omisión. En la primera de ellas –omisión propia– se hace responsable a un sujeto por una simple inactividad, sin imputarle resultado material alguno (ejemplo paradigmático: omisión del deber de socorro, deber que corresponde a cualquier ciudadano por igual), mientras que en la segunda concurre un especial deber de garantía que hace del sujeto omitente garante del resultado, esto es, le sitúa en una posición de garantía (*Garantenstellung*), que le individualiza y distingue del resto de ciudadanos, imputándosele el resultado material como si materialmente lo hubiera causado (padre que deja morir al hijo menor por inanición).

No pocos de estos puntos –clásicos, tradicionales– de partida han sido puestos en entredicho desde la postura funcionalista, representada modernamente por GÜNTHER JAKOBS. En este trabajo nos vamos a ocupar, someramente, de algunos aspectos esenciales del delito de omisión desde esta perspectiva normativista, y nos centraremos, con cierto detenimiento, en la cuestión de la supuesta contradicción entre omisión impropia (o comisión por omisión) y el principio de legalidad.

I. EL DELITO DE OMISIÓN EN LA DOGMÁTICA PENAL

A. LINEAMIENTOS GENERALES Y BREVE PERSPECTIVA HISTÓRICA

A raíz de la postura liberal de la época, y la sobrevaloración de la punición de los delitos de omisión que realizaban algunos ordenamientos del siglo XVIII[3], se plantearon en la doctrina dos interrogantes: 1. Qué legitima al Estado para imponer mandatos que favorezcan a otro, o al bienestar común; 2. Cuándo una omisión impropia debe ser punida como una acción.

---

3 Tal es el caso del derecho penal prusiano, 1794.

Sin duda fue FEUERBACH quien, como principal exponente, encaminó la discusión sobre el fundamento de la punición de los delitos omisivos por los rieles que aún hoy la doctrina recorre. Así, siguiendo a KANT en el intento de separar el derecho de la moral, realiza el siguiente análisis: el fin del derecho penal –nos dice– es la tutela tanto de los derechos del Estado como así también de los derechos de los súbditos. El hecho punible es la violación del derecho. Toda norma prohibitiva se remite en última instancia a lo que él llama "la obligación originaria del ciudadano", la cual prescribe no dañar; ésta a su vez consiste en evitar que se emprendan violaciones *activas* del derecho. Por ello, concluye, para dar fundamento a las normas que contienen "mandatos" se debe buscar un "fundamento jurídico especial"[4]. En otras palabras, las violaciones del derecho *activas* se encuentran en su conjunto prohibidas por la "*obligación originaria*"; pero si el Estado quiere imponer a sus súbditos la obligación de realizar acciones que salven o eviten daños ("mandato") debe contar con un "fundamento jurídico especial" pues una obligación con carácter de eticidad no basta[5]. Dicho con un ejemplo: el Estado prohíbe a sus súbditos que se apoderen ilegítimamente de los bienes ajenos; si se quiere imponer el deber de evitar que se produzcan esos apoderamientos por parte de otros (mandatos), el Estado debe apoyarse en un fundamento jurídico especial; estos serían para FEUERBACH: la ley y el contrato.

Esta idea de derecho, que se basa claramente en una concepción kantiana, contiene a su vez un postulado negativo: no se debe perturbar al otro según la ley general de libertad. El mandato jurídico supremo es respetar al otro como persona, es decir no transgredir la igualdad y dignidad personal de alguien frente a todos. Es lo que FRIES[6] llamó "deberes originarios negativos de omisión". De esta manera se radicalizó la postura de FEUERBACH.

Por otro lado HEGEL, quien compartía la idea de los "deberes originarios negativos de omisión", afirmó que en verdad *sólo hay prohibiciones jurídicas*, pues los mandatos tienen en su contenido último una prohibición: no lesionar

---

4 Cfr. ANSELM RITTER V. FEUERBACH. *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen Peinlichen Rechts*, mit vielen Anmerkungen und Zusatzparagraphen und mit einer vergleichenden Darstellung der Fortbildung des Strafrechts durch die neuen Gesetzgebungen herausgegeben von Dr. C. J. A. MITTERMAIER, Vierzehnte sehr vermehrte und völlig umgearbeitete Originalausgabe, Giessen, Georg Friedrich Heyer's Verlag, 1847, §§ 23 y 24.

5 Lo contrario sucedía en el Código Penal prusiano. Allí el hombre estaba no sólo moralmente –como lo sostenían los liberales– sino jurídicamente obligado a servir a los otros con su propiedad, trabajo, ayuda y ejemplo. Sostenían que todos debemos cuidar que el otro no omita hacer lo provechoso, ni realice lo reprochable.

6 FRIES. *Philosophische Rechtslehre und Kritik aller positiven Gesetzgebung*, 1803, p. 13.

la personalidad y lo que se deriva de ella[7]. *El mandato jurídico*, nos dice HEGEL, *es una prohibición*. En otras palabras, negaba la existencia de fundamentos jurídicos especiales que fundamenten exclusivamente la punición de los delitos omisivos. Para él los binomios prohibición-mandato, acción-omisión, se equiparaban a la distinción entre derecho y moral. Pero no por ello dejaba de reconocer la existencia de mandatos, aunque sólo sea en el penúltimo peldaño de su análisis.

Sintetizando podemos afirmar que en el desarrollo dogmático del concepto de omisión los grandes desafíos fueron su delimitación conceptual como así la fundamentación de su punición. Realizando un breve repaso histórico podemos decir que en la elaboración conceptual se adoptaron históricamente diferentes métodos. Se utilizó una perspectiva *causalista naturalista*[8]; pero el método naturalista, incapaz de advertir los cometidos de sentido de los fenómenos y de distinguir cualitativamente las diferencias entre acción y omisión, llevó a parte de la doctrina a elaborar un método *valorativo* característico de la concepción neokantiana. Luego, el progresivo juridicismo en la elaboración conceptual dio paso a la reacción ontológica y fenomenológica determinada por el *finalismo*; así se estudió la acción y omisión como "categorías inmanentes a la realidad, de estructuras lógico-objetivas que se aprehenden mediante un método de conocimiento directo (el fenomenológico)"[9]. En la actualidad el debate se halla entablado entre quienes sostienen un concepto *ontológico* de omisión, y aquellos que postulan un concepto predominantemente *normativo*[10] de omisión; y entre las posturas que elaboran un concepto de omisión a partir de consideraciones jurídicas hay quienes determinan que su contenido es predominantemente avalorado, normativo social, jurídico[11].

---

7 Cfr. GEORG WILHELM FRIEDRICH HEGEL. *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 1820, § 36.

8 KARL BINDING. *Die Normen und ihre Übertretung*, t. II, 1914, p. 516, expresa que en la omisión no se produce modificación causal del mundo exterior, no se causa como en la acción un resultado aunque más no sea "vibraciones en el aire".

9 Un análisis detallado en JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ. *El delito de omisión. Concepto y sistema*, Barcelona, Librería Bosch, 1986, pp. 14 y ss., y pássim.

10 Cfr. HANS-HEINRICH JESCHECK y THOMAS WEIGEND. *Lehrbuch des Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 5. Auflage, Berlin, Duncker & Humblot, 1996, pp. 221 y ss.

11 Exposición histórica y desarrollo de su propio concepto jurídico-penal de acción ("concepto personal de acción") en CLAUS ROXIN. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Band I, "Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre", 3. Aufl., München, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1997, § 8/1 y ss., § 8/42 y ss. (*Derecho penal. Parte general*, t. I, "Fundamentos. La estructura de la teoría del delito", traducción de la 2.ª ed. alemana por DIEGO-MANUEL LUZÓN PEÑA, MIGUEL DÍAZ Y GARCÍA-CONLLEDO y JAVIER DE VICENTE REMESAL, Madrid, Edit. Civitas, 1997, pp. 233 y ss., 252 y ss.

Adhiriendo a las posturas de aquellos autores que pregonan la equivalencia entre acción y omisión, y para adelantar una conclusión de la cual partimos, señalamos que al derecho penal le interesan aquellas conductas (omisivas o comisivas) en las que el autor se convierte, "de manera individualmente evitable, en la razón determinante de un resultado"[12].

B. LA PERSPECTIVA FUNCIONALISTA

La doctrina funcionalista, sobre la base de algunas construcciones anteriores, rechaza claramente la distinción tradicional entre acción y omisión. Afirma GÜNTHER JAKOBS que las diferencias entre *acción* y *omisión* son *fenotípicas*, no *genotípicas*, y en ello coincido plenamente; toda diferenciación –aparentemente compleja y netamente ontológica– entre comisión y acción en el ámbito de organización de un sujeto resulta superflua frente al principal cometido consistente en determinar si se infringió o no un deber jurídico. Volviendo a los ejemplos, se puede imponer a un empleado el deber de "no dañar" prohibiéndole abrir las compuertas del sector expuesto a radiación en caso que haya un sujeto o cosas en las inmediaciones (norma prohibitiva); o, por el contrario, si el mecanismo es automático, el deber del empleado puede consistir en interrumpir la apertura en caso de advertir la presencia de alguna persona a fin de que ésta no se vea afectada (mandato)[13].

Como vemos, desde esta perspectiva no resulta relevante que el delito sea cometido por violación de un mandato o una prohibición, es decir por omisión o por comisión; el fundamento último de punición radica en que el autor tiene a su cargo un ámbito de organización, y si quiere ser libre dentro de él debe responder por las consecuencias dañosas que genere; es decir: libertad de organizar *versus* responsabilidad por las consecuencias. En una sociedad libre y organizada que reconoce y protege los derechos de sus miembros se les impone a ellos, como contrapartida, el deber de responder por las consecuencias lesivas derivadas de su actuar, siempre que dicho resultado penalmente reprobado sea

---

12 En este sentido, GÜNTHER JAKOBS. *Der strafrechtliche Handlungsbegriff. Kleine Studie*, Schriften der Juristischen Studiengesellschaft Regensburg e. V., Heft 10, München, C. H. Beck, 1992 (MANUEL CANCIO MELIÁ [trad.]. *El concepto jurídico-penal de acción*, Cuadernos de Conferencias y Artículos n.° 11, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996, p. 33).

13 La Corte Constitucional de Colombia en sentencia SU-1184 del 13 de noviembre de 2001, M. P.: EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT, acogió los fundamentos de la imputación de JAKOBS. Un análisis de esta decisión puede verse en JORGE FERNANDO PERDOMO. "El Estado como garante", en *Anuario de Derecho Constitucional*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 239 y ss.

individualmente evitable en la razón determinante de dicho resultado, estableciendo lo que es o no determinante por un sistema social (y no físico-natural, o meramente final) de interpretación. Ello fundamenta la punición tanto en casos de acción como de omisión; lo relevante para el derecho penal no es cómo se realiza la conducta desde una óptica naturalista (por acción o por omisión) sino el deber jurídico que se infringe (deberes negativos o deberes positivos[14]). Es decir, "los derechos y deberes de las personas pueden representarse como relaciones negativas (no perturbadoras) o positivas (de auxilio). Para la determinación del deber la diferenciación entre un hacer o un omitir es más bien marginal"[15]. Por ello desechamos las posturas que manejan conceptos naturales o finales de acción (y omisión) y afirmamos la equivalencia existente entre acción y omisión siempre que se produzca la lesión de deberes positivos o negativos; negamos que el delito de omisión revele un injusto de menor entidad.

Para concluir, traemos a colación una pequeña reflexión: pensemos en una conducta cotidiana y corriente como la conducción de un automóvil. Es innegable que el conductor ejecuta continua y sucesivamente acciones y omisiones como: acelerar, colocar la luz de giro, doblar, no doblar, frenar o dejar que el auto ruede. Las normas de tránsito imponen a todo conductor diversos mandatos y prohibiciones. Supongamos que se produce una colisión y el conductor de dicho vehículo causa lesiones a un peatón. ¿Debemos tener en cuenta al realizar un juicio de imputación si el conductor omitió frenar o aceleró, si dobló cuando estaba prohibido doblar o lo omitió? Es decir, a los fines de establecer si existe responsabilidad penal por parte del conductor, ¿es relevante si actuó u omitió, si infringió un mandato o una prohibición?, ¿es diferente el fundamento último de responsabilidad en cada uno de esos supuestos? Indudablemente problemas tan cotidianos tienen que resolverse de manera más sencilla[16].

---

14 Cfr., *in extenso*, GÜNTHER JAKOBS. *Die strafrechtliche Zurechnung von Tun und Unterlassen*, Nordrhein-Westfälische Akademie der Wissenschanften Vorträge G344, Opladen, Westdeutscher Verlag, 1996, pp. 19 y ss., 30 y ss. (JAVIER SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES [trad.]. *La imputación penal de la acción y la omisión*, Cuadernos de Conferencias y Artículos n.° 12, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996, pp. 27 y ss., 45 y ss.); JAVIER SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES. *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, Madrid, Marcial Pons, 2002, pp. 83 y ss., 93 y ss.

15 Cfr. GÜNTHER JAKOBS. "La idea de la normativización en la dogmática jurídico-penal", MANUEL CANCIO MELIÁ (trad.), manuscrito inédito, 2002 (se trata de la versión española del trabajo "Die Idee der Normativierung in der Strafrechtsdogmatik", también inédito, que constituyó la última lección como catedrático en activo leída el 17 de julio de 2002 en la Universidad de Bonn).

16 GÜNTHER JAKOBS. *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre. Lehrbuch*, 2. neubearbeitete und erweiterte Auflage, Berlin, Walter de Gruyter, 1991, § 6/35 y ss. (JOAQUÍN CUELLO CONTRERAS y JOSÉ LUIS SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO [trads.]. *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, Madrid, Marcial Pons, 1995, pp. 178 y ss.).

II. DELITOS OMISIVOS Y PRINCIPIO DE LEGALIDAD

A. INTRODUCCIÓN

Pese a la evidente equivalencia entre acción y omisión en algunos supuestos, más allá de existir entre ellos una diferencia fenotípica y no genotípica, y al margen de los fundamentos de punición que brevemente se expuso, los debates de la jurisprudencia y la doctrina no desaparecieron. Un sector doctrinal sigue adscribiéndose a concepciones ontológicas de acción (y omisión) y atribuyendo al delito y a la pena distintos contenidos y fundamentos. Afortunadamente para el desarrollo del diálogo y debate dogmático, no existe ni existirá unanimidad al respecto. Por ello, con relación a la punición de delitos impropios de omisión, quedan aún escollos por sortear. Uno de los debates tradicionales a propósito de la omisión impropia es el relativo a su propia constitucionalidad, esto es, a verificar si resulta o no adecuada al principio de legalidad. Brevemente presentamos la problemática. A continuación nos centraremos, en primer lugar, en los conceptos de norma, de principios generales, y en el significado originario y actual del principio de legalidad; en segundo lugar expondremos sintéticamente las distintas propuestas o formulaciones legales que han adoptado en sus ordenamientos algunos países; en tercer lugar tomaremos en consideración las posturas de autores que sostienen que la comisión por omisión infringe el principio de legalidad, para luego presentar nuestra postura al respecto.

B. NORMAS Y PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO

Al estudiar los delitos de omisión surgen, entre otros, tres grandes interrogantes: 1. ¿Difiere la omisión, como conducta jurídico-penalmente relevante, de la acción?; 2. ¿El fundamento último de imputación es otro en supuestos de omisión?; y 3. Al punir conductas que describiríamos como supuestos de comisión por omisión, ¿se está violando alguna garantía constitucional? Las primeras dos preguntas han sido tratadas y –desde nuestra perspectiva– contestadas en el desarrollo del presente artículo. Intentaremos ahora echar luz sobre el tercer interrogante.

El debate se entabla –aparentemente– entre los tipos penales descriptos en la parte especial y el principio constitucional y legal que conocemos como principio de legalidad. Vemos que desde esta perspectiva la contradicción se establece entre algunas *normas* del derecho penal (descripciones típicas de la parte especial de nuestros códigos) y un *principio general del derecho*.

Pero hablar de conceptos como *normas* y *principios*, más aún, intentar dilucidar la relación existente entre ellos, es una tarea que requiere reparos. Existen posturas encontradas[17], y las diferencias conceptuales que se advierten devienen de las diferentes concepciones iusfilosóficas de las que se parte[18]. Por ello, creemos necesario dedicar unos breves párrafos al respecto. ¿Qué entendemos por principio?, ¿qué lugar juegan los principios en nuestro ordenamiento?

Buscando una definición con la cual podríamos comulgar, encontramos las palabras del Estagirita, quien en su libro *Metafísica*[19] nos decía: "principio" es aquello de donde algo es, deviene, o se conoce como eso; lo que, trasladado al campo jurídico sería: principio de derecho es aquello de donde algo es, deviene o se conoce como derecho; podría decirse: origen.

Hoy en día un sector de la doctrina reivindica cada vez más el papel de los principios generales en el ordenamiento jurídico. En las últimas décadas del siglo pasado ha adquirido relevancia en el campo de la filosofía del derecho la idea de los principios jurídicos como integrativos del ordenamiento legal, pero diferenciado de las reglas o normas jurídicas. Indudablemente fue RONALD DWORKIN quien, arremetiendo contra la teoría por entonces dominante en el mundo anglosajón (el derecho como "sistema de normas" de HART) contribuyó en forma particular a la revalorización de los principios, esos estándares que no son normas pero que sin embargo operan en la dilucidación de derechos y deberes[20]. En su cruzada contra el positivismo logra DWORKIN romper el juridicismo típico del sistema kelseniano, reivindicando notablemente los de-

---

17 Para un detallado análisis de las distintas corrientes y autores enrolados en cada una de ellas ver RODOLFO VIGO. "Los principios generales del derecho", en *Doctrina*, 1996-III, p. 86.

18 a. Los juristas positivistas reconocen la existencia de principios generales de derecho, pero sólo en el campo del campo del derecho positivo. Así se cristalizaron numerosos principios generales de derecho en los códigos de comienzo de siglo. No advierten diferencia sustancial entre norma y principio, a no ser –dicen– que los segundos contienen postulados de carácter general, y no así las primeras.
b. Los cientificistas, partiendo de un derecho que no está dado por principios naturales, morales o de derecho natural sino que es "puesto" por el jurista del momento, ven en los principios generales de derecho el fruto de elaboración de los científicos del derecho. De ahí que tampoco pueda hablarse bajo esta concepción de diferencias sustanciales, esenciales, entre norma y principio.
c. Por el contrario, todos aquellos que reconocen que el derecho no sólo es ley positiva, sino que va más allá (iusnaturalistas clásicos, realistas, dworquinianos, entre otros) marcan la diferencia entre norma y principio general.
d. Pero el grupo más numeroso de juristas, sintetizando los aportes de la doctrina positivista y metapositivistas, admite la existencia de principios generales de derecho tanto en el derecho positivo como fuera de éste.

19 ARISTÓTELES. *Metafísica*, lib. V, c. I

20 RONALD DWORKIN. *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1984, pp. 100 a 103.

rechos individuales. Según el autor citado, "se considera a un principio como jurídico si se encuentra en la teoría más comprensible del derecho que pueda servirnos como justificación de las reglas jurídicas explícitas, institucionales y sustantivas, de la jurisdicción en cuestión"[21].

No aceptamos las concepciones de este autor: no obstante, y dado el objeto del presente trabajo, considerábamos necesario poner en claro qué relación y alcance se atribuye a los principios del derecho, en especial el principio de legalidad.

Sin duda la tarea reivindicatoria encarada por varios autores, entre ellos DWORKIN, ha resultado tan necesaria como provechosa. Nuestro ordenamiento no se compone solamente de normas, sino también de principios. Pero no es objeto del presente trabajo estudiar los mismos con detenimiento; nos permitiremos simplemente analizar uno de ellos, aquel principio que está en pugna –según algunos autores– con la punición de las omisiones impropias; pues solamente contando con un claro entendimiento del contenido y alcance del principio de legalidad podremos valorar si el mismo se ve resquebrajado, vulnerado, violado.

C. CONTENIDO Y ALCANCE DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Se sabe que las formulaciones latinas *nulla poena sine lege (scripta, stricta, praevia, certa)*, *nulla poena sine crimine*[22], *nullum crimine sine poena legali* se remontan a las aportaciones del ilustre jurista alemán FEUERBACH[23]; pero más allá de los antecedentes lejanos[24], la formulación doctrinal del principio es considerada

---

21 Cit. por RODOLFO VIGO. *Perspectivas iusfilosóficas contemporáneas*, Buenos Aires, Edit. Abeledo-Perrot, 1991, p. 176.

22 El término "crimen" debe entenderse aquí en el sentido de "hecho punible" y no en su significación específica de "delito grave".

23 FEUERBACH. *Revision der Gründsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, Parte I, 1799.

24 Cfr., especialmente, HANS-LUDWG SCHREIBER. *Gesetz und Richter. Zur geschichtlichen Entwicklung des Satzes nullum crimen, nulla poena sine lege*, Frankfurt am Main, Alfred Metzner Verlag, 1976, pássim. También, con precisión, MIGUEL POLAINO NAVARRETE. *Derecho penal, Parte general*, t. I, "Fundamentos científicos del derecho penal", 4.ª ed., renovada y actualizada con la colaboración de MIGUEL POLAINO-ORTS, Barcelona, Bosch, 2001, pp. 392 y ss.; CLAUS ROXIN. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Band I, "Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre", 3. Aufl., München, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1997, § 5/12 y ss. (*Derecho penal. Parte general*, t. I, "Fundamentos. La estructura de la teoría del delito", traducción de la 2.ª edición alemana por DIEGO-MANUEL LUZÓN PEÑA, MIGUEL DÍAZ Y GARCÍA-CONLLEDO y JAVIER DE VICENTE REMESAL, Madrid, Edit. Civitas, 1997, p. 141 y ss.), dice que el derecho romano y el derecho medieval románico preveían ya en cierta medida prohibiciones de retroactividad, pero era absolutamente usual castigar conforme al derecho consuetudinario o al arbitrio judicial.

mérito del italiano CESARE BECCARIA[25]. Fue BECCARIA quien, en un contexto socio-político determinado, esbozó las primeras formulaciones del principio de legalidad de nuestro Estado de derecho[26]. Dicho autor reacciona contra el sistema de aplicación de justicia de la época, uniéndose a las voces que por entonces clamaban por la reforma de la legislación penal y una humanización en la aplicación de justicia[27].

BECCARIA funda el derecho de castigar (la potestad punitiva del Estado) en el contrato social[28]; y postula la necesidad de determinar por ley el hecho reprochable –con su consiguiente sanción– para desterrar así la arbitrariedad, injusticia e irracionalidad judicial: "sólo las leyes pueden decretar las penas de los delitos"[29]. "El soberano, que representa a la misma sociedad, puede únicamente formar leyes generales que obliguen a todos los miembros"[30].

Por otro lado, FEUERBACH formula el principio de legalidad como pieza clave para su teoría de la pena. Afirma el autor que la pena tiene una función intimidatoria, ejerce una "coacción psicológica" que aparta al ciudadano de la comisión del delito. Pero para que la pena desarrolle dicha función es preciso que el delito y la pena misma estén descriptos en la ley, pues sólo así el ciudadano puede conocerla y por ende –conforme entiende el autor– verse impelido a respetarla. Es decir, la ley penal debe preceder a la acción delictiva porque de esta manera puede la pena cumplir su función preventiva. "Por lo tanto las transgresiones se impiden si cada ciudadano sabe con certeza que la transgresión será seguida de un mal mayor que comprendería a la no satisfacción de la

---

25 Cfr. CESARE BECCARIA. *De los delitos y de las penas*, JUAN ANTONIO DE LAS CASAS (trad.), Barcelona, Edit. Altaya, 1994.

26 En ese sentido ROXIN. *Strafrecht*, cit., p. 145; También JAKOBS y GONZALO RODRÍGUEZ MOURULLO. "El principio de legalidad y arbitrio judicial", en *AFDUAM*, 1997, p. 279.

27 No fue el primero en advertir las falencias del sistema, pero ninguno de los que habían escrito sobre los abusos jurídicos lo había hecho de un modo tan coherente y sobre todo en una coyuntura histórico-cultural tan propicia, lo cual explica la trascendencia de su libro y, con él, de sus ideas.

28 Explica que la sociedad surge del contrato entre los hombres aislados; contrato necesario para la convivencia entre los hombres donde la ley es lo único que garantiza a cada hombre que no se avasalle su libertad, más allá de lo que cada uno de ellos sacrificó –"al bien de cada uno"– al agruparse en sociedad. Así escribe BECCARIA: "Las leyes son las condiciones con que los hombres aislados e independientes se unieron en sociedad; cansados de vivir en un continuo estado de guerra, y de gozar una libertad que les era inútil en la incertidumbre de conservarla, sacrificaron por eso una parte de ella para gozar la restante en segura tranquilidad. La suma de todos esas porciones de libertad, sacrificadas al bien de cada uno, forma la soberanía de una Nación".

29 BECCARIA. Ob. cit., p. 29.

30 Ibíd., p. 30.

necesidad mediante la acción"[31]; y aclaraba FEUERBACH: "la conexión del mal con el delito tiene que ser amenazada en una ley"[32].

Indudablemente ambos autores realizan su aporte al desarrollo doctrinario del principio de legalidad, pero amparados cada uno de ellos en fundamentos distintos. Es decir, mientras BECCARIA explica el origen del derecho de castigar y la sujeción a la ley como la herramienta necesaria para no caer en la arbitrariedad, FEUERBACH destaca la relevancia del principio de legalidad al momento de elaborar su teoría de la pena. Ello es así porque los contextos socioculturales como también los conceptos que manejaron dichos autores no eran coincidentes. BECCARIA escribe en una época en que la arbitrariedad y la inseguridad jurídica que se vivía preparó un cambio que fue finalmente propugnado por los grandes pensadores de fines del siglo XVII y del XVIII. Pero en realidad aún "no estaba en primer plano entre dichos pensadores proteger al ciudadano de la arbitrariedad del Estado –dice ROXIN–, sino que se quería –en primer lugar– darles a los gobernantes del absolutismo ilustrado la posibilidad de imponer su voluntad del modo más amplio posible frente a los jueces"[33]. Es decir, quien tenía la potestad de crear la ley e interpretarla era el soberano –o los legisladores, en representación del pueblo–, pero la ley estaba principalmente dirigida a los jueces[34], sobre ellos pesaba el principio de sujeción con todo su esplendor, si bien todos se deben someter a la ley: soberano, ciudadanos y jueces. Ello fue sostenido por los pensadores iluministas del siglo XVIII y revolucionarios franceses. El juez es la *bouche qui prononce les paroles de la loi*[35]. "Un Estado de derecho debe proteger al individuo no sólo mediante el derecho penal, sino también del derecho penal"[36].

En la actualidad estamos lejos de dichas consideraciones: el Antiguo Régimen ha sido derrocado; los jueces en el Estado de derecho imparten justicia con sujeción al derecho vigente, pero se reconoce a ellos potestad interpretativa y creadora de derecho. Por ello la perspectiva "antigua" que analizaba la problemática confrontando Antiguo Régimen (arbitrariedad) *versus* Estado de derecho (principio de legalidad) es sustituida hoy por un enfoque que ARAGÓN

---

31 Cfr. PAUL JOHANN ANSELM FEUERBACH. *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, Erster Theil, Erfurt in der henningsschen Buchhandlung, 1799, p. 45.

32 Cfr. ibíd., p. 49.

33 Cfr. ROXIN. *Strafrecht*, cit., p. 142.

34 Contrario al pensamiento de FEUERBACH.

35 MONTESQUIEU. *Del espíritu de la leyes*, ed. de Weigand, Reclam-Heft n.° 8953.

36 ROXIN. Ob. cit., p. 137.

REYES llama "moderno"[37], propio de un Estado constitucional del derecho. Podría decirse "sin exageración alguna que los principales problemas que existen en la vinculación de los jueces a la ley derivan de que también están vinculados a la Constitución"[38].

D. ¿COMISIÓN POR OMISIÓN VERSUS PRINCIPIO DE LEGALIDAD?

Como señalamos anteriormente, la principal preocupación de algunos dogmáticos es la relación existente entre el principio de legalidad y la punición de las llamadas omisiones impropias. Recordemos que la comisión por omisión alude a los supuestos omisivos en los que el omitente se halla en una especial posición de deber, que le hace garante del resultado. La cuestión puede plantearse con un ejemplo claro: un padre omite alimentar al hijo menor, de manera que este muere por inanición. Los códigos penales incriminan el homicidio (o el subtipo agravado de infanticidio), generalmente aludiendo a conductas activas y a relaciones materiales de causalidad entre la acción homicida y el resultado "muerte". Toda acción que produzca tal resultado será subsumible en el tipo correspondiente. ¿Pero qué sucede si la acción se produce mediante omisión? ¿Puede subsumirse sin más en el tipo en cuestión o se precisa de una cláusula legal –general o específica– que equipare esa omisión a la acción tipificada y, de

---

37 ARAGÓN REYES. *El juez*, cit., p. 180.

38 Ídem. A mediados del siglo pasado se abandona en Europa la idea de Constitución como herramienta o norma política y comienza a considerarse a la Carta Magna como norma suprema del ordenamiento. Es verdad que ya desde las primeras décadas del siglo XX algunos juristas reconocen no sólo el carácter jurídico de la Constitución sino también su consagración como norma suprema; hacia 1920 surgen en Europa (Austria, España, Checoslovaquia) los tribunales constitucionales. Pero el sistema europeo de la época era, a veces con leves variaciones, el sistema kelseniano: la Constitución era sólo aplicable por el Tribunal Constitucional, mientras el juez ordinario no debía aplicar la Constitución sino la ley. Es recién tras la Segunda Guerra Mundial cuando algunos países entienden que en el Estado de derecho todos los poderes públicos se encuentran sometidos a la Constitución, y bajo ella a todas las normas jurídicas. Comienza a vislumbrarse así el Estado constitucional de derecho; el modelo europeo de justicia constitucional se separa del sistema kelseniano y va asemejándose al modelo norteamericano. Así se acepta la idea de Constitución no sólo como norma jurídica que vincula a todos los poderes del Estado, sino también como fuente inmediata de derechos individuales, y al mismo tiempo aplicable por todos los jueces. Ello deriva en un modelo de justicia que condena a los jueces a un doble sometimiento: a la Constitución, la cual han de respetar y no pueden dejar de aplicar, y a la ley, la cual también los vincula y de la que no pueden disponer.
Esta doble sujeción a la Constitución y a la ley sin duda fue el gran logro de nuestro Estado de derecho, pero al mismo tiempo generó muchas complejidades teóricas y prácticas en los sistemas europeos; he aquí dónde adquiere relevancia como gran marco rector el "moderno" principio de legalidad.

ese modo, poder sancionar la omisión como la acción? Si no se contiene cláusula legal de equivalencia, ¿se infringe por ello el principio de legalidad? Esto es, ¿la aplicación de las normas de la parte especial para supuestos de comisión por omisión u omisión impropia contradice el principio constitucional?

Algunos autores han señalado la conveniencia de que exista un mecanismo legal que establezca claramente tal equivalencia, pues de lo contrario no podría equipararse la omisión a la acción ni –en consecuencia– sancionarse la comisión por omisión sin infringir el principio de legalidad de los delitos y de las penas, en concreto, las garantías de *lex stricta* y *lex certa* implícitas en él, así como la seguridad jurídica.

En este sentido, en la doctrina argentina, se han manifestado recientemente SANCINETTI y ZAFFARONI. Para el primero de los autores citados, la exigencia de *lex certa* impediría, en principio, que conductas omisivas puedan convertirse en activas, y concederles idéntico tratamiento jurídico-penal[39]. Así, por un lado, tras citar el antecedente de TIRAQUELLUS aludido por SCHAFFSTEIN, sostiene que "desde luego contra la invocación de una larga tradición cultural como un argumento en favor de la posibilidad de interpretar todo tipo comisivo como omisivo vale la protesta de que, tras la consagración del principio *nullum crimen sine lege sub specie lex stricta*, no sería posible convalidar la punición de omisiones como si fueran acciones, sobre la base de una doctrina consuetudinaria"[40], aunque –por otro lado– sostiene que "el estado actual de la dogmática sobre el delito de omisión permite generar tantas dudas sobre la legitimidad de penar una omisión bajo la descripción legal de un verbo de causación que, al menos desde la puridad de los principios, es preferible establecer legalmente una cláusula de conversión. Lo contrario lleva, o bien a una interpretación analógica de los tipos penales, o bien a la admisión de una causalidad en la omisión que no se puede defender"[41]. Pero, aclara el autor, la inexistencia de "cláusulas de conversión" en legislaciones como las nuestras no provoca una laguna de punibilidad; sólo lleva a que la aplicación sea restringida y se cuestione la misma desde lo constitucional.

Mucho más enérgico y radical se muestra el segundo de los autores citados, ZAFFARONI, quien vehemente ha defendido la "inconstitucionalidad de los ti-

---

39 Cfr. MARCELO A. SANCINETTI. "Exigencias mínimas de la dogmática del hecho punible en la parte general de los códigos penales", en EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT (coord.). *El funcionalismo en derecho penal. Libro homenaje al profesor Günther Jakobs*, t. I, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 133 y ss., esp. 165 y ss.

40 Ídem.

41 Cfr. ídem.

pos omisivos impropios no escritos"[42]. A su juicio, "habiendo tipos omisivos impropios escritos, no se explica la razón por la cual deba existir una fórmula general para elaborar analógicamente los que no han sido escritos"[43], por lo que concluye que, aunque "en la ley argentina no existe ni siquiera la fórmula general de equivalencia que habilita la construcción analógica de los tipos no escritos [...] de existir, ella misma sería inconstitucional frente a la general prohibición de la analogía *in malam partem*"[44].

Otros autores[45] consideran innecesaria la introducción de una cláusula de equivalencia como la que contiene el parágrafo 11 del Código Penal español, o el parágrafo 13 del Código Penal alemán. Sostienen que no fue necesaria su incorporación en las legislaciones que hoy ya incorporaron un articulado general en su parte especial, como así tampoco recomiendan su formulación en legislaciones que carecen de postulado general alguno[46].

---

42 Cfr. EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, ALEJANDRO ALAGIA y ALEJANDRO SLOKAR. *Derecho penal, Parte general*, 2.ª ed., Buenos Aires, Ediar, 2002, pp. 577 y ss.

43 Ibíd., p. 581.

44 Ídem.

45 A favor de una cláusula general de equivalencia entre acción y comisión por omisión, en la doctrina española, entre otros, ÁNGEL TORÍO LÓPEZ. "Límites político-criminales del delito de comisión por omisión", en *ADPCP*, 1984, pp. 693 y ss.; CARLOS MARÍA ROMEO CASABONA. "Límites de los delitos de comisión por omisión", en ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG, BERND SCHÜNEMANN y JÜRGEN WOLTER (ed.). *Omisión e imputación objetiva en derecho penal. Jornadas hispano-alemanas de derecho penal en homenaje al profesor Claus Roxin con motivo de su investidura como doctor "honoris causa" por la Universidad Complutense de Madrid*, Madrid, Universidad Complutense, Centro de Estudios Judiciales, Ministerio de Justicia e Interior, 1994, pp. 33 y ss., esp. 44 y ss., 48 y 49; JOSÉ CEREZO MIR. *Curso de derecho penal español, Parte general*, III, *Teoría jurídica del delito*, 2, Madrid, Tecnos, 2001, p. 261.
En cambio, SILVA SÁNCHEZ considera innecesaria la introducción de una cláusula de equivalencia, como la contenida en el artículo 11 del C. P. español de 1995, debido a la "identidad estructural" entre acción y omisión impropia, y aun reputa tal cláusula inconveniente, porque podría llevar a "consecuencias extensivas de la punibilidad". Cfr. JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ. "La regulación de la 'comisión por omisión' (art. 11)", en ID. *El nuevo Código Penal: cinco cuestiones fundamentales*, Barcelona, J. M. Bosch Editor, 1997, pp. 51 y ss. (64); ya antes en *El delito de omisión. Concepto y sistema*, Barcelona, Librería Bosch, 1986, p. 369.

46 Un análisis, sobre la forma como ha evolucionado el principio de legalidad a partir de los replanteamientos del finalismo y el funcionalismo en el sistema penal puede verse en EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT, salvamento de voto (voto particular) a la sentencia de la Corte Constitucional de Colombia C-333 del 29 de mayo de 2001, M. P.: RODRIGO ESCOBAR GIL. Un análisis de esta decisión puede verse en FERNANDO VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ. "El principio de legalidad y la colaboración reglamentaria de la administración. Los tipos penales en blanco", en *Anuario de Derecho Constitucional*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 327 y ss.

E. REGULACIÓN POSITIVA DE LA COMISIÓN POR OMISIÓN: ALGUNOS SISTEMAS

Si analizamos la parte especial de algunos de nuestros códigos no podemos sino concluir que se sanciona en los mismos casi exclusivamente conductas comisivas: los tipos delictivos describen en su mayoría las conductas *prohibidas* y sólo excepcionalmente contienen *mandatos* en lugar de prohibiciones. Así, prescribe el Código Penal argentino "el que entrare en morada o casa de negocio ajena..." (art. 150), "(el) que matare a otro..." (art. 79), "al que por un acto cualquiera, hiciere incierto, alterare o suprimiere el estado civil de otro..." (art. 139); si realizamos una lectura no normativa de ellos parecen requerir exclusivamente de una conducta activa que concrete el tipo. Pese a ello, la jurisprudencia ha entendido en muchos casos que ciertas conductas omisivas violaban de igual manera la prohibición contenida (es decir, eran equivalentes a su versión comisiva) pese a que el tipo penal respectivo describía –aparentemente– el hecho en su versión activa.

De esta forma la dogmática del delito omisivo ha ido creciendo, y con ella el número de supuestos penalmente relevantes. Se plantearon serios problemas de tipicidad, seguridad jurídica y política criminal. Así, no sólo fue necesario redefinir conceptos como "acción", "ilícito penal", "tipicidad", y especificar el fundamento mismo de la responsabilidad omisiva, sino que obligó a los científicos del derecho a replantear el fundamento mismo de la potestad punitiva del Estado. Así las cosas, uno de los desafíos más importantes fue y es responder a la objeción de un sector de la doctrina que entiende que la punición de delitos de omisión impropia atenta contra el principio de legalidad.

Los códigos penales del primer cuarto del siglo XX describían en sus tipos las *acciones delictivas* que se reputaban prohibidas y no contenían postulado alguno de carácter general que autorizara la punición de las versiones omisivas de los delitos comisivos. Sin embargo, la jurisprudencia debió encontrar una solución dogmáticamente satisfactoria para los supuestos de comisión omisiva. Frente a ello, parte de la doctrina ponía en duda la legitimidad de la punición de los delitos de omisión impropia y reclamaba bien la incorporación de una cláusula expresa que prevea la exigencia de responsabilidad en estos supuestos (como –con el paso del tiempo– hicieron los legisladores penales de Italia[47],

47 Artículo 40 del Código Penal italiano de 1930, en su párrafo segundo, dispone: "No impedir un resultado, teniéndose la obligación de hacerlo, equivale a causarlo".

Alemania[48], España[49], Portugal[50], Austria[51] o Paraguay[52]), bien la adopción de un sistema de *numerus clausus* de tipificación expresa de los delitos omisivos propios e impropios en el articulado de la parte especial.

Parece claro que con la adopción de una cláusula general de equivalencia entre acción y omisión se disipan, al menos formalmente, las dudas de legalidad que existían sobre la punibilidad de la comisión por omisión en ausencia de una prescripción equiparativa como la señalada. Pero desde el punto de vista material se sigue discutiendo aún si tal sistema puso fin a las objeciones que planteaba la punición de la omisiones impropias o si, por el contrario, las consideraciones críticas constitucionales siguen vigentes. La discusión se intensifica –a nuestro modo de ver injustificadamente– en aquellos países cuyos códigos

---

48 El § 13 del Código Penal alemán, bajo la rúbrica "comisión por omisión", declara expresamente:
"1. Quien omite impedir un resultado perteneciente al tipo de una ley penal es sólo punible conforme a tal ley si jurídicamente debía responder de que este resultado no se produciría, y si la omisión corresponde a la realización de tipo mediante un obrar activo.
"2. La pena puede ser atenuada según el § 49, párrafo 1".
Esta fórmula se encuentra entre las llamadas "pluricategoriales", atento a que utiliza dos niveles de equiparación: la existencia de un deber jurídico y que la lesión del mandato de evitación del resultado se corresponda con la lesión de la prohibición de provocarlo.

49 El artículo 11 del Código Penal español de 1995 reza como sigue:
"Los delitos o faltas que consistan en la producción de un resultado se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del actor, equivalga, según el sentido del texto de la ley, a su causación. A tal efecto se equiparará la omisión a la acción:
"A. Cuando exista una especial obligación legal o contractual de actuar".
"B. Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente".

50 Artículo 10.° del Código Penal portugués de 1994, bajo la rúbrica "Comisión por acción y por omisión":
"1. Cuando un tipo legal de delito comprenda un resultado determinado, el hecho no sólo abarca la acción adecuada para producirlo, sino también la omisión de la acción adecuada para evitarlo, salvo que sea otra la intención de la ley".
"2. La comisión de un resultado por omisión sólo es punible cuando sobre el omitente recaiga un deber jurídico que personalmente le obligue a evitar ese resultado.
"3. En el caso previsto en el número anterior, la pena podrá ser atenuada de modo especial".

51 § 2 del Código Penal austríaco:
"Cuando la ley castigue la producción de un determinado resultado, será también punible quien omita evitarlo no obstante estar obligado a ello en virtud de un especial deber que le impone el sistema legal vigente y siempre que la omisión de evitar dicho resultado sea equivalente a la realización de los elementos de un hecho comisivo penado por la ley".

52 Artículo 15 del Código Penal paraguayo de 1997 ("Omisión de evitar un resultado"):
"Al que omita impedir un resultado descrito en el tipo legal de un hecho punible de acción, se aplicará la sanción prevista para éste sólo cuando:
"1. Exista un mandato jurídico que obligue al omitente a impedir tal resultado; y
"2. Este mandato tenga la finalidad de proteger el bien jurídico amenazado de manera tan específica y directa que la omisión resulte, generalmente, tan grave como la producción activa del resultado".

penales no han incorporado una cláusula de equiparación entre acción y omisión[53].

El Código Penal colombiano (Ley 599 de 2000) introdujo un precepto que regula los delitos de comisión por omisión:

> Artículo 25 (Acción y omisión).
>
> La conducta punible puede ser realizada por acción u omisión.
>
> Quien tuviere un deber jurídico perteneciente a una descripción típica y no lo llevare a cabo, estando en posibilidad de hacerlo, quedará sujeto a la norma contemplada en la respectiva norma penal. A tal efecto se requiere que el agente tenga a su cargo la protección en concreto del bien jurídico protegido o que se le haya encomendado como garante la vigilancia de una determinada fuente de riesgo, conforme a la Constitución y a la ley.
>
> Son constitutivas de posiciones de garantía las siguientes situaciones:
>
> 1. Cuando se asuma voluntariamente la protección real de una persona o de una fuente de riesgo, dentro del propio ámbito de dominio.
>
> 2. Cuando exista una estrecha comunidad de vida entre personas.
>
> 3. Cuando se emprenda la realización de una actividad riesgosa por varias personas.
>
> 4. Cuando se haya creado precedentemente una situación antijurídica de riesgo próximo para el bien jurídico correspondiente.
>
> Parágrafo. Los numerales 1, 2, 3 y 4 sólo se tendrán en cuenta en relación con las conductas punibles delictuales que atenten contra la vida y la integridad personal, la libertad individual, y la libertad y formación sexuales.

Con la incorporación de dicho artículo el legislador colombiano buscó salvaguardar de reparos constitucionales la punibilidad de delitos de comisión por omisión. A nuestro modo de ver, el articulo 25 del Codigo Penal colombiano no contiene una "cláusula de equivalencia" como la regulan algunas legislaciones[54]. En su artículo 25 la legislación colombiana no remarca la necesidad de que la

---

53 Tal es el caso de la República Argentina; la mayoría de los códigos penales de los Estados Unidos Mexicanos, así como el Código Penal de Francia, entre otros.

54 Es el caso de Alemania, España, entre otros (ver notas 40 a 45).

conducta omisiva sea equivalente a la acción descripta en el tipo penal; sino que contiene una remisión legal a los efectos de aplicar a dichos supuestos de comisión por omisión la pena contemplada en el tipo penal activo de referencia; párrafo seguido realiza una enumeración taxativa de las circunstancias particulares que deben fundamentar posiciones de garante.

Por otro lado, cabe destacar el contenido de los artículos 9.° y 10.° del citado código. El artículo 9.°[55] en su primera parte parece consagrar en el derecho penal colombiano la moderna teoría de la imputación objetiva; pero acto seguido, en el artículo 10.°[56] se circunscriben las posiciones de garante exclusivamente a "la Constitución Política o en la ley", cerrando aquí la posibilidad de reconocer nuevas fuentes, omitiendo incluso mencionar criterios fundamentales de la imputación objetiva[57].

En síntesis, existen legislaciones que carecen de cláusula alguna que regule estos supuestos (Argentina); otras han optado por dedicar algún apartado especial a los delitos de omisión en su parte general (Colombia), llegando algunos ordenamientos (España, Alemania, Portugal, entre otros) a consagrar una cláusula de equivalenciaa la espera de disipar cuestionamientos. Pese a ello, la discusión sobre la conveniencia de su incorporación sigue vigente. Y la problemática se acentúa día a día, dado que hoy más que nunca resultan indiscutibles las palabras de WELZEL: el ámbito de punición de los delitos de omisión está en expansión como "una mancha de aceite"[58].

---

55 Artículo 9.° del C. P. (conducta punible): "Para que la conducta sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y culpable. La causalidad por sí sola no basta para la imputación jurídica del resultado".

56 Artículo 10.° (tipicidad) del Código Penal colombiano de 2000:
"La ley penal definirá de manera inequívoca, expresa y clara las características básicas estructurales del tipo penal.
"En los tipos de omisión también el deber tendrá que estar consagrado y delimitado claramente en la Constitución Política o en la ley".

57 Lo expuesto deja al descubierto las contradicciones sistemáticas en que ha incurrido el legislador en la elaboración del nuevo código (Ley 599 de 2000). Un examen detallado en EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT. "Zur Frage des Einflusses der Lehre von der objektiven Zurechnung auf das neue Strafgesetzbuch", ponencia presentada en el congreso de antiguos becarios de la fundación Alexander von Humbold, Bamberg, 2000, publicada en *Krise des Strafrechts und der Kriminalwissenschaften?*, Herausgegeben von HANS JOACHIM HIRSCH, Berlin, Duncker & Humblot, 2001 pp. 201 y ss.; en el mismo sentido JORGE FERNANDO PERDOMO TORRES. *El delito de comisión por omisión en el nuevo Código Penal colombiano*, Cuadernos de Conferencias y Artículos n.° 26, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001, p. 36.

58 HANS WELZEL. "Comentario a la sentencia OLG Karlsruhe de 15.10.1959", en *JZ* 1960, pp. 178 a 180 (179).

F. TOMA DE POSTURA RESPECTO DE LA REGULACIÓN POSITIVA DE LA COMISIÓN POR OMISIÓN

No creemos que sea necesaria la incorporación de una cláusula general que regule la equivalencia entre acción y omisión para que la punición de los delitos de omisión impropia pueda ser llevada adelante por nuestros jueces sin que se atente contra uno de los principios constitucionales pilares de nuestro Estado de derecho: el principio de legalidad. Sin lugar a dudas, de existir la misma, o de optar por su consagración expresa en el derecho, se morigerarían las objeciones constitucionales planteadas por un sector de la doctrina; por ello sostenemos que sería recomendable –tal vez– desde una perspectiva formal, pero en absoluto necesario desde lo material. Dada la identidad normativa de los delitos de omisión impropia y acción, considero innecesaria la introducción de una cláusula general de equivalencia como la que contiene el parágrafo 13 del Código Penal alemán, o el artículo 11 del Código Penal español. Siendo relevante desde la perspectiva social penal la conducta como comportamiento de sentido, y por ende comunicativamente relevante, resulta obsoleto exigir mediante cláusula general que las versiones activas de comisión de un delito puedan ser convertidas a versiones omisivas –o viceversa– para luego poder hablar sin reparos respecto de la punibilidad de las mismas.

Por esa razón, tampoco nos parece apropiada la nomenclatura "cláusula de conversión", ya que la misma, más allá de expresar un claro sentido ontologicista, deviene innecesaria en atención a que, como lo expresáramos, no resulta indispensable que se practique la "conversión" de los delitos omisivos en comisivos para formular imputación; más bien, y de optar por la incorporación de una regulación de los delitos de omisión, sostenemos que resultaría más apropiada la designación empleada desde antaño: "cláusula de equivalencia".

Mas allá de ello, restaría destacar otras dos consideraciones. En primer lugar, sostenemos que la interpretación que muchas veces se practica del concepto "resultado" en aquellos países que contemplan la cláusula de equivalencia no es la más acertada. Existe en doctrina una interpretación restringida de "resultado"; se entiende a éste como el acontecer temporal y espacial que sucede a consecuencia de una acción y que se vislumbra en la lesión de un bien jurídico tutelado, o su concreta puesta en peligro. Pero nosotros, acorde a la noción normativista que defendemos, entendemos que al hablar de resultado se hace referencia a todo aquello que puede ser evitado (estando obligado a hacerlo), pues la acción, como "expresión de sentido [...] consiste en la causación individuamente evitable, esto es, dolosa o individualmente imprudente, de de-

terminadas consecuencias"[59]. Siendo ello así, y partiendo de la segunda interpretación, se puede entender que quedan contemplados en la respectiva cláusula general tanto los llamados delitos de resultado como los delitos de mera actividad (lo que no se puede deducir de la antes detallada interpretación restringida del concepto de resultado).

En segundo lugar, no entendemos por qué se consagra la reducción de pena como medida facultativa en la mayoría de las formulaciones legales que *ut supra* se detallaron. Es decir, si se concluye que es innegable la equivalencia normativa de ambos supuestos –acción y omisión– carece de sentido contemplar una disminución de la pena para éstos últimos; la opinión contraria sería conculcatoria del principio de igualdad ante la ley ya que a supuestos normativamente equivalentes se les atribuiría consecuencias jurídicas diferentes.

III. ARGUMENTOS QUE AVALAN LA FALTA DE LESIÓN DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Ahora, con base en las conclusiones parciales a las que se ha abordado, resta aclarar si los delitos impropios de omisión atentan o no contra el principio de legalidad, y –en concreto– contra la exigencia de *lex stricta*. No nos parece que exista tal contradicción. A continuación intentaremos fundamentar nuestro parecer.

A. LA NORMATIVIZACIÓN DEL CONCEPTO DE OMISIÓN: LA EQUIVALENCIA FUNCIONAL ENTRE ACCIÓN Y OMISIÓN

Una supuesta contradicción entre omisión impropia y principio de legalidad penal sólo puede propugnarse desde una dogmática anclada en el ontologicismo tradicional, en el que las categorías del ser se hallaban en el centro de la discusión dogmática, el operador jurídico se veía limitado y condicionado por la naturaleza de las cosas, y se trazaba una nítida separación entre acción y omisión, entendidas ambas como conceptos prejurídicos, ontológicos; consistente la primera en la realización activa de una conducta y la segunda en la inactividad de una conducta debida. Este entendimiento fue la piedra angular de la dogmática penal durante más de un siglo, desde el causalismo clásico del siglo XIX hasta el postfinalismo, que llega hasta nuestros días.

Es sabido que la dogmática funcionalista, merced al impulso de GÜNTHER JAKOBS, ha operado una profunda y radical *normativización* de todos los con-

---

59 Cfr. GÜNTHER JAKOBS. *Der strafrechtliche Handlungsbegriff*, cit., trad. cit., pp. 26 y ss.

ceptos jurídico-penales. Los mismos ya no se hallan condicionados por su aspecto o esencia objetiva (ontológica), sino que son conceptos creados *ad hoc* por la norma, y que se entienden, en consecuencia, de manera eminentemente funcional y normativista. Como se ha afirmado, "se opera con categorías normativas que no se encuentran en la realidad (no preexisten al derecho), sino que las crea el propio sistema jurídico para aplicarlas *funcionalmente* a la resolución de los concretos problemas que puedan presentarse"[60]. O, en palabras del propio JAKOBS: "El derecho genera por sí mismo el contexto normativo; especialmente, éste no queda preconfigurado por la naturaleza. Esta es la idea de la normativización. Sin embargo, si se pretende que el derecho mantenga su capacidad de conexión en la vida cotidiana, no puede contradecir de manera radical las constataciones cotidianas consolidadas"[61].

Lógicamente tal proceso de normativización de los conceptos penales se observa, y muy claramente, en el ejemplo de la acción y la omisión. En el sistema de JAKOBS estos elementos se hallan despojados de toda carga naturalista, de manera que lo relevante desde el punto de vista jurídico-penal es si el sujeto ha infringido su rol de ciudadano fiel al derecho, defraudando con ello una expectativa normativamente garantizada, esto es, quebrantando la norma. Cómo se realice la infracción de deber en que consiste el delito (mediante violentos hachazos u omitiendo alimentar a un bebé) es perfectamente indiferente. Lo que importa es que el autor, con su conducta, ha infringido la norma que, pudiendo hacerlo, debía haber acatado. O sea, la conducta humana deviene penalmente relevante no porque se integre de concretos actos materiales o de la omisión de una conducta debida, sino precisamente porque se adscribe a una determinada conducta (acción u omisión) un *sentido*: para JAKOBS[62], la acción es expresión de sentido que comunica el no reconocimiento de la vigencia de la norma (*Sinnausdruck als Nicht-Annerkennung der Normgeltung*), o sea, realización de una conducta comunicativamente relevante que expresa voluntad contraria a la norma. El cuestionamiento de la vigencia de la norma es independiente de que la conducta se realice mediante acción o mediante omisión.

La normativización del concepto jurídico-penal de acción lleva consigo una radical escisión con relación al entendimiento dogmático anterior, y de ahí pueden extraerse diversas consecuencias en extremo sugerentes; en principio, y en

---

60 Cfr. MIGUEL POLAINO NAVARRETE. *Derecho penal, Parte general*, t. I, "Fundamentos científicos del Derecho penal", 4.ª ed., renovada y actualizada, con la colaboración de MIGUEL POLAINO-ORTS, Barcelona, Bosch, 2001, p. 205.

61 Cfr. JAKOBS. "La idea de la normativización en la dogmática jurídico-penal", cit.

62 Cfr. JAKOBS. *Der strafrechtliche Handlungsbegriff*, cit., trad. cit., pp. 23 y ss., esp. 37 y ss.

atención al objeto (interés) del presente trabajo, podemos afirmar que, siendo que para la determinación de la infracción del deber (contradicción de la norma) resulta irrelevante la diferenciación entre "hacer" y "omitir", la tarea de quien aplica el derecho no debe recaer exclusivamente en intentar analizar ontológicamente el hecho investigado, para luego –tras realizar una lectura descriptiva de los tipos de la parte especial– llevar adelante la subsunción en el tipo penal de referencia y, de tratarse de un caso de omisión impropia, aplicar la pena contemplada para el delito activo, siempre que exista en su legislación un precepto de los llamados "cláusula de conversión" o "cláusula general de equivalencia". Por el contrario, siendo que lo relevante al momento de analizar un comportamiento es la significación social –normativo penal– del mismo, poco importa si el deber se infringió por acción o por omisión; lo importante es determinar si existe contradicción a la norma (infracción de deber), es decir, si infringe lo establecido en nuestro derecho penal. De ser así, y de estar prohibida/exigida la conducta por un determinado tipo penal, no habría argumento para afirmar que la punición de los delitos de comisión por omisión se realiza atentando contra el principio de legalidad; lo contrario implicaría reconocer cuestionamientos de índole constitucional (ver infra E).

B. EL SIGNIFICADO SOCIAL DE LA OMISIÓN: LA CONDUCTA HUMANA COMO EXPRESIÓN DE SENTIDO COMUNICATIVAMENTE RELEVANTE

La normativización de los conceptos penales, como los de acción y omisión, corre pareja al reconocimiento de un concreto aspecto social en la conducta humana. Como hemos visto en el apartado anterior, esa conducta humana deviene penalmente relevante en cuanto es expresión de sentido, esto es, en cuanto es comunicación. Éste es el punto de partida de la teoría de los sistemas sociales, representada en la moderna sociología alemana por NIKLAS LUHMANN, y acogido por el funcionalismo normativo de JAKOBS. La sociedad, como sistema de interacciones personales, se compone de comunicaciones, de expresiones de sentido. Ello quiere decir que es el propio sistema, esto es, la propia sociedad la que atribuye o adscribe a una determinada conducta un contenido de significado simbólico, que expresa un sentido. Es claro que ya una postura como la aludida ha de rechazar expresamente cualquier suerte de vinculación a estructuras ontológicas o prejurídicas. La conducta humana significará, pues, lo que la sociedad –el sistema– quiera que signifique, o sea, se le adscribirá el sentido que las necesidades del sistema, en función de las expectativas sociales, crean preciso.

Y este mecanismo de atribución de un sentido se halla, como fácilmente puede suponerse, libre de connotaciones naturalistas. Desde un aspecto ontológico, es cierto que la acción es un algo, y la omisión, nada, y –por ello– puede decirse, como ya hicieran RADBRUCH[63] y MEZGER[64], que representan "A" y "no-A". Ello, insistimos, desde el punto de vista ontológico. Pero desde la perspectiva funcionalista, o –mejor– constructivista, se *construye* el significado que se atribuye a la acción y a la omisión, pudiendo ambos coincidir, como sucede en la omisión impropia. Es, en efecto, como ha señalado POLAINO NAVARRETE[65], un proceso de ficción jurídica, o lo que es lo mismo, un proceso de creación normativa. Por ello, no existe obstáculo alguno para que se atribuya un mismo sentido a la acción y a la omisión impropia, que son idénticas, no sólo estructuralmente, sino desde el punto de vista del significado normativo. Y, por ello, pueden y deben equipararse normativamente, sin necesidad de que la ley establezca expresamente la equivalencia de la omisión a la acción, pues estructuralmente y en tanto expresiones de sentido portan el mismo significado.

C. INTERPRETACIÓN DE LOS TIPOS PENALES

En tercer lugar, y aun al margen de si se adscriba uno a la concepción funcionalista detallada en los puntos anteriores, resulta innegable que las figuras delictivas descriptas en los códigos penales no remiten a una realidad puramente naturalística, aislada o independiente de la realidad, sino precisamente a una realidad dotada de significado social[66], que ha de ser interpretada de manera lógicamente coherente con el resto de los tipos penales. Así, cuando jurídicamente se dice que merece ser penado quien ha matado[67] o adulterado el agua potable[68], no se quiere significar que el presupuesto único y necesario para que

---

63 Cfr. GUSTAV RADBRUCH. *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem. Zugleich ein Beitrag zue Lehre von der rechtswissenschaftlichen Systematik*, Berlin, J. Guttentag, Verlagsbuch-Handlung, 1904, pp. 87ff.°5 y ss.

64 Cfr. EDMUND MEZGER. *Tratado de derecho penal*, traducción y notas de JOSÉ ARTURO RODRÍGUEZ MUÑOZ, t. I, nueva ed., revisada y puesta al día, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1955, pp. 189 y 190.

65 Cfr. MIGUEL POLAINO NAVARRETE. *Derecho penal, Parte general*, t. II, "Teoría jurídica del delito", vol. I, Barcelona, Bosch, 2000, pp. 277 y 278.

66 En este sentido MANUEL COBO DEL ROSAL y TOMÁS SALVADOR VIVES ANTÓN. *Derecho penal, Parte general*, 3.ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 1991, p. 303 (hay 5.ª ed., 1999).

67 Artículo 79 del Código Penal argentino: "Se aplicará reclusión o prisión de 8 a 25 años, al que matare a otro, siempre que en este código no se estableciere otra pena".

68 Artículo 200 del Código Penal argentino: "Será reprimido con reclusión o prisión de 3 a 10 años, el que envenenare o adulterare, de un modo peligroso para la salud, aguas potables o sustancias alimen-

pueda subsumirse un comportamiento determinado en una concreta tipificación es que el autor haya realizado una acción de la que, como consecuencia, se derive directamente la muerte o contaminación (por ejemplo, clavar un puñal; arrojar de propia mano residuos tóxicos al curso de un río, respectivamente), sino que se está especificando en dichos tipos penales, ante todo, un criterio de imputación de un resultado a una conducta humana dotada de un significado social normativamente disvalioso. O sea, lo que el legislador pretende, en la configuración de los tipos penales, es señalar que el resultado lesivo (muerte, contaminación) es imputable objetivamente a una conducta (así puede y debe explicarse que se haya de penar a la madre que mata dejando de alimentar al lactante que tiene a cargo; o al funcionario, que incumpliendo sus deber permite que el fabricante realice la contaminación de las aguas vertiendo material tóxico a las mismas).

Los tipos penales deben ser interpretados a la luz de criterios restrictivos conforme a los principios generales de derecho, sin que dicha interpretación, aunque extensiva, deje de respetar el "sentido literal posible"[69]. Se trata, en definitiva, de un problema de interpretación, argumentación, justificación o determinación jurídica. Los supuestos de omisión impropia se hallan contemplados en los tipos penales de referencia. Incluso en los supuestos de mayor sencillez el intérprete parte de una hipótesis previa del fin de la regulación. Esta dependencia del entendimiento de la ley con respecto a las hipótesis previas de aquello que persigue la regulación es inevitable; pero el hecho de no poder sustraerse de dicho círculo hermenéutico no quiere decir que todas las hipótesis previas de fines de la regulación tengan el mismo valor y que la interpretación se agote en enumerar un panorama de especificaciones de los conceptos de clases, ordenados en las hipótesis previas. Por ello concluimos remarcando la legitimidad de los delitos de omisión impropia o comisión por omisión. Los supuestos de omisión impropia no son sino las versiones omisivas de delitos expresamente tipificados (literalmente descriptos) como conductas activas, e imputables al autor cuando se dan los presupuestos que determinan la equivalencia jurídica entre la acción y la omisión: 1. La existencia de un deber jurídico en el autor; 2. Que la lesión del mandato de evitación del resultado se corresponda con la lesión de la prohibición de provocarlo.

---

ticias o medicinales, destinadas al uso público o al consumo de colectividad de personas.
"Si el hecho fuere seguido de la muerte de alguna persona, la pena será de 10 a 25 años de reclusión o prisión".

69 SANTIAGO MIR PUIG. *Derecho penal. Parte general*, 3.ª ed., Barcelona, PPU, 1990, p. 329.

En síntesis, la interpretación que proponemos no es una tarea "hercúlea"[70]; tampoco se incita a la violación de la prohibición de la analogía, ni se quiere abordar una solución digna de la escuela del derecho libre, sino antes bien lo contrario.

Además, la doctrina ha trazado muy precisamente la distinción entre integración e interpretación de los tipos penales. Así, ha señalado POLAINO NAVARRETE que la integración supone una creación sustancial por parte del operador jurídico (es, pues, integración del contenido sustancial de una norma), mientras que la interpretación "se circunscribe a la aclaración del significado regulativo, esto es, a la *determinación del sentido de la norma (voluntas legis)*"[71]. El –comúnmente denominado– proceso de "equiparación" de la omisión a la acción no es tanto un proceso de integración cuanto un mecanismo de interpretación, porque acción y omisión impropia presentan una igualdad de sentido y una identidad que ya se contiene en la *voluntas legis*. Es decir, cuando se considera equivalente desde el punto de vista normativo la acción del padre de matar y la omisión del mismo sujeto de alimentar al hijo menor de edad no se realiza propiamente un proceso analógico de integración (con lo que se rechazaría la opinión de algún autor[72], en el sentido de que constituye analogía *in malam partem*) sino que tal parificación constituye un criterio hermenéutico de interpretación del tipo penal de homicidio, pues el sentido de esta norma engloba *ab initio*, en su mismo significado, ambas conductas, activa y omisiva[73].

D. CUMPLIMIENTO DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Esta solución, lejos de infringir el principio de legalidad, resulta acorde a él. Al suponer la omisión la referencia a una determinada acción no se vulnera el principio de legalidad, dado que en la omisión impropia el núcleo del injusto penal está dado ya por el tipo legal de referencia[74]. Es decir, existiendo un tipo

---

70 DWORKIN sostiene que la tarea del juez es encontrar entre las normas, directrices y principios "la respuesta correcta", esa única respuesta correcta que el ordenamiento contiene para cada caso, realizando una explicación del derecho explícito y dando una "justificación moral" de ese derecho. Esa tarea requiere de un juez dotado de gran erudición, perspicacia, y aptitudes sobrehumanas; por esa razón se lo llama "Hércules".

71 Cfr. M. POLAINO NAVARRETE. *Derecho penal, Parte general*, t. I, cit., p. 418.

72 En este sentido, la opinión de ZAFFARONI, aludida *ut supra*.

73 POLAINO NAVARRETE. *Derecho penal, Parte general*, t. I, cit.

74 JUAN BUSTOS RAMÍREZ. *Manual de derecho penal español. Parte general*, 3.ª ed., Barcelona, Ariel, 1990, pp. 242 y ss.; en el mismo sentido, aunque con fundamentos diferentes, JUAN CÓRDOBA RODA. "Comentario al art. 1. 1", en JUAN CÓRDOBA RODA y GONZALO RODRÍGUEZ MOURULLO. *Comentarios al*

penal que contemple, aunque en su versión comisiva, la determinación de un resultado, no se puede afirmar que la punición de la versión omisiva vulnere el principio de legalidad sino, por el contrario, que resulta adecuada a él[75].

La doctrina penalista ha determinado, además, en qué supuestos la conducta omisiva equivale a la activa; es decir cuando hay "identidad estructural (y material) en el plano normativo"[76]. La jurisprudencia y doctrina de distintos países, aún antes de incorporar la llamada cláusula de equivalencia o "cláusula de conversión" en la parte general ya sostenían que la equivalencia entre omisión y acción se da: 1. Si con la conducta omisiva se determina un resultado que está penalmente tipificado mediante un obrar activo, y 2. Quien omite impedir el resultado está jurídicamente obligado a impedir el mismo.

Se ha discutido mucho sobre la conveniencia de la incorporación de una cláusula general de equivalencia en los códigos penales: ¿es necesaria una regulación expresa de la comisión por omisión en nuestros códigos penales?; dicha regulación, ¿debe ser practicada mediante un sistema de cláusula única en la parte general?; ¿o lo más atinado sería la creación de *numerus clausus* de tipos específicos de comisión por omisión en los tipos delictivos que se estime procedente?[77].

Es claro que la tendencia dominante en los códigos del siglo pasado fue la adscripción al sistema de regulación expresa mediante cláusula general; así el Código Penal alemán, austríaco, español, portugués, italiano, entre otros (todos ellos, a excepción del italiano, influenciados claramente por el §13 StGB

Código Penal, t. I (arts. 1.° a 22), Barcelona, Edit. Ariel, Esplugues de Llobregat, 1972, p. 8, y MANUEL COBO DEL ROSAL y TOMÁS SALVADOR VIVES ANTÓN. *Derecho penal, Parte general*, 3.ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 1991, p. 330.

75 En sentido contrario, ARMIN KAUFMANN. "Methodische Probleme der Gleichstellung des Unterlassens mit der Begehung", en *jus*, 1961, pp. 173 y ss., esp. 176, quien rechaza que a través de una interpretación del lenguaje de los tipos de la parte especial pueda obtenerse un marco que englobe tanto la conducta activa como la omisiva; considera imposible que la comisión activa y omisiva se vea englobada en una única descripción típica, y ya que lo clásico es incluir la comisión en los tipos penales, por razones estructurales la comisión por omisión queda fuera del tipo penal, independientemente de poder considerarla incluida con una interpretación amplia del texto. En la misma línea, ya antes, GERALD GRÜNDWALD. *Das unechte Unterlassungsdelikt. Seine Abweichungen vom Handslungsdelikt*, Göttingen, Dissertation, 1956, pp. 67 a 70; GUSTAV RADBRUCH. *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem. Zugleich ein Beitrag zue Lehre von der rechtswissenschaftlichen Systematik*, Berlin, J. Guttentag, Verlagsbuch-Handlung, 1904, pp. 142 a 144. Cfr., también, ampliamente, WOLFGANG SCHÖNE. *Unterlassene Erfolgsabwendungen und Strafgesetz. Zur gesetzlichen Regelung unechter Unterlassungsdelikte*, Köln, Berlin, Bonn y München, Carl Heymanns Verlag KG, 1974, pássim.

76 JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ. *El delito de omisión. Concepto y sistema*, Barcelona, Librería Bosch, 1986, p. 371.

77 Cfr. SUSANA HUERTA TOCILDO. "Las posiciones de garantía en el tipo de comisión por omisión", en *eadem. Problemas fundamentales de los delitos de omisión*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1987, pp. 163 y ss.

alemán). No obstante, y aún antes de consagrar dicho articulado, hay quienes entendían que no eran necesarias ni la tipificación expresa (*numerus clausus*) en la parte especial de los distintos códigos penales ni la incorporación de la cláusula única y genérica en la parte general[78] pues de forma alguna se vulnera el principio de legalidad. Pero la posición mayoritaria de entonces expresaba que era aconsejable la introducción de una cláusula que expresamente reconociese y determinase las bases de punición[79].

Muchos códigos carecen hoy en día de dicha regulación y por ende lo antes planteado es tema actual de discusión (tal es el caso de Argentina; y desde cierto aspecto, Colombia). Sigue siendo de peso (dentro de aquellos autores que reconocen que puede haber equivalencia entre acción y omisión en algunos supuestos) la postura que pugna por la incorporación de una cláusula de equivalencia, pues lo contrario podría llevar a una interpretación analógica y a una lesión de la *lex stricta*[80]. No obstante sostenemos que, si bien sería plausible su incorporación en el articulado del Código argentino desde el punto de vista material, no resulta necesario desde el aspecto formal pues, aunque la norma no declare expresamente la equiparación, la expresión del sentido atribuido a la acción y a la omisión es idéntica, como idénticos son, desde el plano normativo, los deberes que infringe el autor de tales conductas.

E. EXIGENCIA DE RESPETO AL PRINCIPIO DE IGUALDAD

Por ello, si existe una identidad de significado normativo entre acción y omisión impropia, y una comunidad de expectativas defraudadas y de deberes quebrantados, se desprende que haya de concederse un mismo tratamiento a esa acción y a esa omisión, de modo que tal proceder pueda ser acorde al principio de igualdad.

---

78 En España, ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG. "Causalidad, omisión e imprudencia", en *ADPCP*, Madrid, 1994, pp. 5 y ss. (también en ID. *Ensayos penales*, Madrid, Tecnos, 1999, pp. 189 y 190, y en *El derecho penal hoy. Homenaje al profesor David Baigún*, JULIO B. J. MAIER y ALBERTO M. BINDER [eds.], Buenos Aires, 1995, pp. 187 y ss.); JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ. "La regulación de la 'comisión por omisión' (art. 11)", en ID. *El nuevo Código Penal: cinco cuestiones fundamentales*, Barcelona, J. M. Bosch Editor, 1997, pp. 51 y ss. (58); DIEGO-MANUEL LUZÓN PEÑA. "La participación por omisión en la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo", en *Poder Judicial*, n.º 2, Madrid, 1986, p. 79.

79 Cfr. JOSÉ MANUEL GÓMEZ BENÍTEZ. *Teoría jurídica del delito. Derecho penal. Parte general*, Madrid, Edit. Civitas, 1984, pp. 587 y ss.

80 En este sentido, MARCELO A. SANCINETTI. "Exigencias mínimas de la dogmática del hecho punible en la parte general de los códigos penales", en EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT (coord.). *El funcionalismo en derecho penal. Libro homenaje al profesor Günther Jakobs*, t. I, cit., pp. 133 y ss., esp. 166 y 167. Señala el autor que la ausencia de una cláusula de conversión no provoca una laguna de punibilidad, sino genera que se restrinja y se cuestione dicho acto desde el punto de vista constitucional.

Es decir, atendiendo al sentido comunicativamente relevante que tienen las conductas prohibidas por la norma, en virtud de la equivalencia dada entre supuestos de omisión impropia y la acción típica descripta en la parte especial, y sobre la base de que ambos supuestos están contenidos en el tipo legal de referencia, sostenemos que negar la legitimidad de la punición de los delitos de omisión impropia equivaldría a atentar contra el principio de igualdad, pues a supuestos que son fenotípicamente diferentes pero dogmática y típicamente (o sea, normativamente) equivalentes se les estaría atribuyendo consecuencias jurídicas diferentes, siendo que ambas conductas importan una contradicción a la misma norma (el uno en versión comisiva, el otro en su versión omisiva). Hago mías las palabras de GÜNTHER JAKOBS cuando, refiriéndose en general a la necesidad de interpretación, expresa: "sólo cabe abandonar un entendimiento ordinario a favor de un entendimiento general cuando la regulación, de lo contrario, llega a ser arbitraria porque grupos de supuestos del mismo rango se tratan desigualmente [...] especialmente si se dan en la práctica con la misma frecuencia"[81].

F. LA LIBERTAD DEL JUEZ

Por lo demás, ha de destarcarse la necesidad de abandonar la idea histórica de un juez con facultades muy limitadas (considerado como *bouche qui prononce les paroles de la loi*, en la conocida expresión del Barón de MONTESQUIEU[82]), como consecuencia de una concepción de la división de poderes basada en la distinción entre interpretación y aplicación de la ley, en la que la interpretación del derecho se identifica evidentemente con su creación, y era por ende facultad exclusiva del legislador. Con acierto expresaba el Tribunal Constitucional español a propósito de la figura de delito continuado –figura no contemplada en la ley por entonces–: "ni la garantía criminal ni la penal pueden ser entendidas sin embargo de forma tan mecánica que anulen la libertad del juez para resolver, mientras no cree nuevas figuras delictivas ni aplique penas no previstas en el ordenamiento"[83].

Pero para llegar a estas conclusiones hay que abandonar toda idea exegética –positivista dogmática– racional que nos obligue a realizar una interpretación literal de la ley; debemos recordar que en la actualidad lo que motiva la

---

81 JAKOBS. *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre. Lehrbuch*, 2, cit., § 4/40, trad. cit., p. 105.

82 MONTESQUIEU. *Del espíritu de la leyes*, ed. de Weigand, Reclam-Heft n.° 8953.

83 Tribunal Constitucional español. Sentencia 89/83.

positivización de las conductas prohibidas no es exclusivamente controlar la actividad punitiva de los jueces para evitar que se instauren principios y valores del Antiguo Régimen. A la luz del Estado constitucional de derecho, lejos estamos de exigir la positivización estricta de cada supuesto fáctico bajo dicha motivación; nuestras normas contemplan con claridad cuál es la conducta prohibida (privar de la vida a otro, apropiarse de lo ajeno); es decir, nuestros tipos penales ponen de relieve las conductas comunicativamente relevantes que contradicen la norma, al mismo tiempo que indican lo protegido (frente al tipo de homicidio, por ejemplo, la norma indica "está prohibido matar", y a quien se le pueda atribuir dicho resultado disvalioso será penado con tantos años de prisión; en otras palabras, "se prohíbe disponer de la vida ajena", "se protege la vida", pues "la vida es un bien valioso para esta sociedad").

Y ello es así porque si el juez está vinculado no sólo al orden legal sino a todo el orden jurídico la aplicación de la ley no se puede desentender de la significación que la misma tenga respecto de los valores fundamentales del orden jurídico de una sociedad determinada, en particular igualdad y justicia.

G. AUSENCIA DE INDETERMINACIÓN DE LA COMISIÓN POR OMISIÓN

Por otro lado, y para terminar, los casos de comisión por omisión no presentan mayor indeterminación que distintos supuestos contemplados en el ordenamiento penal. En función del estándar alcanzable en la parte especial al describir las infracciones no sólo serían indeterminados hasta el grado de la inconstitucionalidad amplios sectores de la determinación de las consecuencias jurídicas, sino también los principales preceptos de la teoría de la imputación de la parte general[84]: así, y por citar meros ejemplos, los conceptos de dolo, culpa, autor, error de prohibición.

Vemos que la exigencia de taxatividad (*lex stricta*) tiene hoy en día otra significación. Así, al determinar el comportamiento delictivo la regla es describir con menor precisión los elementos generales del delito que los de cada delito individual de la parte especial[85]. De esta manera, los presupuestos generales de la imputación –incluidos los presupuestos generales de la omisión impropia, el dolo, la imprudencia, la justificación y participación en parte, entre otros–

---

84 JAKOBS. *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre. Lehrbuch*, 2, cit., § 4/2, trad. cit., p. 79.

85 Ídem.

cuando están formulados en la ley, no lo están de modo tan detallado, y no por ello se atenta contra el principio de legalidad. Es que muchas veces la deliberada falta de precisión obedece a otras razones: en primer lugar, es necesario que las reglas dejen un espacio para la formación progresiva del derecho a través de la dogmática y la jurisprudencia; en segundo lugar, también la elaboración científica de la teoría de la imputación, tradicionalmente muy intensa, ha hecho que el legislador se abstenga de algunas determinaciones. En relación a los delitos de omisión se ha dicho: lo más respetuoso del principio de legalidad es no incluir en el Código Penal una cláusula de equivalencia de la omisión especifica a la acción típica[86].

No obstante, y señalando una vez más que la punición de delitos de comisión por omisión no vulnera el principio de legalidad, sostenemos que la introducción en nuestros códigos de una cláusula general que establezca expresamente la punibilidad de los delitos cometidos por omisión favorece sin duda la generación de una tipicidad hermenéutica productiva y facilita el asentamiento jurisprudencial del instituto; asimismo se salvan en parte algunas objeciones practicadas por la doctrina y la tarea del jurista resulta más pacífica. Pero, más allá de las ventajas formales que la incorporación de un articulado como el referido puede propiciar, remarcamos una vez más que materialmente resulta innecesaria así como funcional y normativamente sobreabundante.

RESUMEN DE CONCLUSIONES

1. La conducta humana penalmente relevante es infracción de un deber positivo o negativo. Dicha infracción puede hacerse a través de una acción o por medio de una omisión, pero esta distinción es secundaria o accesoria.

2. El sistema atribuye a la conducta un concreto significado, un simbolismo, una expresión de sentido, que lógicamente coincide en la omisión impropia y la acción que lesionen el mismo deber, esto es, que defrauden idénticas expectativas.

3. Es una interpretación posible, esto es, acorde a la letra y al espíritu de la ley el identificar el sentido de una omisión con el de una acción. Se trata de un mecanismo de interpretación, y no propiamente de una fuente de integración: es hermenéutica, no analogía *in malam partem*, con lo que no se lesiona el prin-

86 José Manuel Gómez Benítez. *Teoría jurídica del delito. Derecho penal. Parte general*, Madrid, Edit. Civitas, 1984, pp. 587 y ss.

cipio de legalidad, pues el legislador no crea *ex novo* el sentido de una omisión que ya, sistémicamente, tiene idéntico sentido que una concreta acción.

4. Al suponer la omisión la referencia a una acción determinada no se vulnera el principio de legalidad, ya que en la omisión impropia el núcleo del injusto penal está dado ya por el tipo legal de referencia.

5. La identidad estructural, valorativa y normativa, entre acción y omisión impropia exige un mismo tratamiento jurídico-penal, de acuerdo con el principio de legalidad. Ambas modalidades de conducta, productoras de un idéntico resultado material, han de recibir pareja regulación penal, a efectos de satisfacer plenamente las exigencias implícitas al principio de legalidad.

6. La solución propuesta resulta, pues, acorde al principio de igualdad, ya que el mismo exige un idéntico tratamiento a conductas (acción y omisión impropia) que presentan identidad normativa de significado.

7. Por último, debe rechazarse que la punición de la comisión por omisión sea más indeterminada que otros conceptos jurídico-penales. Si bien quizá con la incorporación de una cláusula legal (general o específica) de equivalencia emtre la omisión impropia y la acción se logre atenuar las dudas sobre la legalidad de la punición de la omisión impropia, dicha regulación no sería necesaria ni precisa si se concibe tal identidad funcional de significado como un concepto normativo, máxime si tenemos también en cuenta que el legislador no define ni regula otros conceptos penales, tales como dolo o imputación, y no por ello devienen contradictores del principio de legalidad.

MARIO MARAVER GÓMEZ*

Riesgo permitido por legitimación histórica

En su *Tratado* sobre la parte general del derecho penal, dentro del apartado dedicado a la fundamentación del riesgo permitido, JAKOBS afirma que existen riesgos permitidos por legitimación histórica[1]. Se trata de una afirmación que, si bien no ha sido objeto de especial atención por parte de la doctrina, responde a una concepción del riesgo permitido que, al menos en sus fundamentos teóricos, se aparta considerablemente de la tesis mayoritaria.

El presente trabajo pretende llamar la atención sobre esa legitimación histórica del riesgo para, a partir de la misma, realizar algunas consideraciones acerca del riesgo permitido y de su relación con la doctrina de la adecuación social. A estos efectos, primero se explicará el concepto de legitimación histórica empleado por JAKOBS (I). A continuación, se expondrán las líneas básicas del riesgo permitido (II) y de la adecuación social (III), con objeto de establecer una comparación entre ambas instituciones (IV). Finalmente, se hará una valoración de la afirmación realizada por JAKOBS, señalando la relación entre los riesgos permitidos por legitimación histórica y otra clase de riesgos permitidos (V).

Las conclusiones a las que se llega son las siguientes: 1. El riesgo permitido por legitimación histórica es un riesgo socialmente adecuado; 2. Todos los supuestos de riesgo permitido son supuestos de adecuación social; 3. La adecuación social hace referencia a una forma de concebir el tipo penal que presta mayor atención a la necesaria e intrínseca relación entre el ordenamiento jurídico y la sociedad; 4. La ponderación empleada para determinar el riesgo permitido sólo tiene sentido a partir de una relación con los valores socialmente adecuados; 5. Los riesgos permitidos por legitimación histórica no presentan ninguna diferencia cualitativa con respecto a cualquier otro tipo de riesgo permitido; todos los riesgos que no resultan típicamente desaprobados son también, en alguna medida, riesgos permitidos por legitimación histórica.

I

En la fundamentación del riesgo permitido, JAKOBS toma como punto de partida la tensión existente entre seguridad y libertad de actuación: cuanto mayores son las expectativas de seguridad, dice JAKOBS, menor es el número de actividad-

---

* Becario F. P. I. de la Comunidad de Madrid. Área de Derecho Penal de la Universidad Autónoma de Madrid.

1 JAKOBS. *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2.ª ed., Berlín y Nueva York, 1991 (reimp. 1993), 7/36 (= *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, traducción de CUELLO CONTRERAS y SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, Madrid, 1995).

des permitidas. La libertad de actuación, tanto de los terceros como de uno mismo, se ve ampliada cuando se acepta un determinado riesgo como riesgo permitido. En esa medida, para establecer un cierto grado de contacto social es necesario aceptar posibles defraudaciones de las expectativas de seguridad. Si se quisiera impedir, por ejemplo, cualquier posibilidad de que un vehículo pusiera en peligro la vida de un peatón, no cabría esperar que, llegado el caso, un médico tomara su vehículo para ir a visitar a un enfermo. La fundamentación del riesgo permitido se basa, por tanto, según JAKOBS, en una ponderación de intereses como la que tiene lugar en el estado de necesidad. El riesgo será permitido cuando en atención a los posibles perjuicios y beneficios puedan encontrarse intereses jurídicamente reconocidos[2].

Ahora bien, aunque JAKOBS sostiene que el fundamento último del riesgo permitido obedece a una ponderación de intereses, advierte que en la mayor parte de los riesgos que se consideran permitidos no es posible apelar a un saldo coste-beneficio. Ello es así, dice JAKOBS, porque no existe un modelo de sociedad que pueda servir de referencia. Así, por ejemplo, a la hora de decidir la utilidad que comporta la parte no industrial del tráfico viario no es posible hacer una comparación con una sociedad imaginaria en la que no esté presente ese tipo de tráfico. Por esa razón, junto al riesgo permitido por ponderación se encuentra un riesgo permitido por legitimación histórica; lo que significa que hay determinados riesgos que sobrevienen históricamente y que son aceptados como socialmente adecuados[3]. Aclara JAKOBS, sin embargo, que no se trata propiamente de que la historia legitime los riesgos, sino de que el acuerdo existente sugiere que la cuestión acerca de la legitimación fue ya resuelta con anterioridad[4].

Así pues, los riesgos permitidos por legitimación histórica son aquellos en los que la ponderación ya viene dada por la sociedad. La sociedad va aceptando una serie de riesgos y estableciendo un determinado contexto normal de

---

2 JAKOBS. *AT*, 7/35.

3 JAKOBS. *AT*, 7/36. Reconocen también una posible legitimación histórica del riesgo LÜBBE. "'Erlaubtes Risiko'. Zur Legitimationsstruktur eines Zurechnungsausschließungsgrunds", en *Deutsche Zeitschrift für Philosophie (Dtsch. Z. Philos.)* 43, (1995), 6, pp. 951 a 963 (961); BACIGALUPO ZAPATER. *Principios de derecho penal, Parte general*, 5.ª ed., Madrid, 1998, p. 190; LESCH. *Der Verbrechensbegriff. Grundlinien einer funktionalen Revision*, Köln y otras, 1999, pp. 227 a 231; y FEIJÓO SÁNCHEZ. *Resultado lesivo e imprudencia*, Barcelona, 2001, pp. 280 y ss. (y Bogotá, 2003), quienes entienden que en muchos casos no es posible, efectivamente, obtener ese saldo coste-beneficio. En sentido parecido, cfr. MALAMUD GOTI. "El riesgo permitido en el derecho penal", en *Doctrina penal (DP)*, 1978, pp. 736 y ss., 738 y 742, quien señala igualmente que muchas veces es difícil justificar el riesgo permitido comparando la seguridad y los beneficios sociales y que, en realidad, lo que predomina es la *normalidad* de la situación; una normalidad entendida como conformidad con los cánones ético-sociales.

4 JAKOBS. *AT*, 7/36, nota 63.

interacción. Con el reconocimiento de ese contexto normal de interacción, la sociedad se va configurando a sí misma, de manera que cuestionarse la fundamentación de estos riesgos supondría también, según JAKOBS, plantearse la fundamentación de la concreta configuración de la sociedad[5]. Dado que para JAKOBS no es posible que esa fundamentación se lleve a cabo, debe reconocerse que todos los riesgos inherentes a la configuración social son riesgos permitidos. No se niega con ello que la sociedad pueda ir sufriendo transformaciones –muchas de ellas mediante normas jurídicas–, pero se reconoce que la configuración social no parte originariamente del derecho. El derecho acompaña el proceso de configuración, lo perfila, pero "por regla general lo socialmente adecuado precede al derecho"[6]. Lo socialmente adecuado, concluye JAKOBS, "no queda legitimado por la referencia al derecho, sino que se legitima de manera histórica, es decir, por su propia evolución"[7].

De lo dicho se desprende que un riesgo permitido por legitimación histórica no es otra cosa que un riesgo socialmente adecuado. Con ello no se niega el punto de partida basado en la ponderación, sino que, simplemente, se precisan los términos de esa ponderación. Conviene, sin embargo, hacer una aclaración: la ponderación de la que dice partir JAKOBS no puede basarse, en realidad, en una opción entre libertad y seguridad. No es cierto que el reconocimiento de un riesgo como riesgo permitido suponga una ampliación de la libertad. Eso sería como decir que en caso de que todos los riesgos estuvieran permitidos existiría una total libertad. Más bien se trata de escoger entre unos determinados riesgos y un determinado tipo de libertad, y esa elección atiende a una serie de intereses que van más allá de un mayor o menor grado de libertad o de un mayor o menor grado de seguridad[8]. La delimitación del riesgo permitido sigue siendo, de todos modos, una ponderación[9]: se permite o no un tipo de riesgo a partir de una ponderación o valoración del mismo en atención a los efectos positivos o negativos de la actividad que implica ese riesgo. Es en ese sentido en el que debe entenderse la ponderación de intereses que toma JAKOBS como punto de partida; una ponderación de intereses semejante, ciertamente,

---

5 JAKOBS. *La imputación objetiva en derecho penal*, trad. CANCIO MELIÁ, Madrid, 1996, pp. 118 a 120.

6 Ibíd., p. 121.

7 Ibíd., p. 122.

8 Cfr., en este sentido, la crítica de LÜBBE, en *Dtsch. Z. Philos.*, cit., pp. 955 a 956. Esta autora pone como ejemplo la permisión de fumar en las aulas: con respecto a los no fumadores no podría decirse que dicha permisión supone un aumento de su libertad. En realidad, todo riesgo permitido, sostiene LÜBBE, puede verse a su vez como una restricción de la libertad, de un cierto tipo de libertad.

9 Ibíd., p. 960.

a la que tiene lugar en el estado de necesidad. Así, el propio JAKOBS llama la atención sobre el hecho de que la permisión del riesgo no depende de una mayor o menor magnitud de riesgo –y, por tanto, tampoco de una mayor o menor seguridad–, sino de un determinado tipo de comportamiento[10]. Ello guarda relación con la idea, destacada también por JAKOBS, de que los bienes jurídicos no pueden concebirse como objetos estáticos que deban ser protegidos. Los bienes jurídicos existen en un contexto de interacción social en el que se encuentran necesariamente expuestos a diferentes tipos de peligros, de modo que el derecho penal no puede proteger bienes jurídicos estáticos, sino sólo estabilizar ciertas expectativas de conducta. Únicamente a partir de esta idea, dice JAKOBS, es posible reconocer que existen riesgos permitidos por legitimación histórica[11].

No obstante, siendo esto así, no cabe decir, como hace JAKOBS, que junto a los riesgos permitidos por ponderación existen riesgos permitidos por legitimación histórica, pues en estos últimos también se produce necesariamente una ponderación. Lo que hay que hacer es explicar en qué medida lo aceptado histórica y socialmente condiciona esa ponderación. Como se ha visto, el riesgo permitido por legitimación histórica es aquel en el que la cuestión acerca de la legitimación ha sido resuelta por parte de la sociedad. Es la sociedad, en estos casos, la que decide acerca de la ponderación. Esto no debe entenderse en el sentido de que la valoración social impide una decisión posterior por parte del derecho, pues es propio del derecho ir modificando muchas de las valoraciones sociales existentes acerca de lo que debe o no debe hacerse. Lo que sucede, realmente, es que el reconocimiento social de un determinado riesgo informa ya acerca de la valoración actual del mismo y el derecho, en tanto que tal reconocimiento no sea puesto en duda, lo toma como referencia[12]. Ello es así porque cuando la sociedad se configura definiendo un cierto contexto de interacción, resulta difícil atender a otro tipo de sociedad con otros criterios de valoración. Así, por ejemplo, si se intenta hacer una ponderación entre el valor que tiene el utilizar el vehículo para dar un paseo y el valor de la vida o la integridad física

---

10 JAKOBS. *AT*, 7/45; ID. *La imputación objetiva*, cit., p. 129. El experto conductor que conduce ligeramente ebrio puede entrañar menor grado de riesgo que el conductor novato, pero no por ello su conducta dejar de crear un riesgo no permitido.

11 JAKOBS. *AT*, 7/37, n. 65. Para la crítica a la concepción del bien jurídico como un bien estático se remite aquí JAKOBS a las tesis de WELZEL, reconociendo con ello la relación entre el riesgo permitido y la adecuación social. Así ya, JAKOBS. "Das Fahrlässigkeitsdelikt", *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)*, 86 (1974), suplemento, pp. 6 a 45, 11 a 13 (= "El delito imprudente", CANCIO MELIÁ [trad.], en JAKOBS. *Estudios de derecho penal*, Madrid, 1997, pp. 167 y ss.).

12 LÜBBE, en *Dtsch. Z. Philos.*, cit., p. 961.

de los peatones o conductores que pueden encontrarse en el camino, parece imposible aceptar que el riesgo de utilizar el vehículo sea un riesgo permitido. Si se piensa, no obstante, que existe un interés general en no tener que realizar una concreta ponderación cada vez que se va a conducir un vehículo y que conforme a ese interés la sociedad ha ido reconociendo ese tipo de riesgo, se entiende que efectivamente sea aceptado como un riesgo permitido[13]. Para llegar a una solución distinta habría que cuestionar la configuración de la sociedad y prescindir de esa valoración social ya existente.

Por esta razón se puede hablar de riesgo permitido en los distintos ejemplos que pone JAKOBS para justificar su idea del riesgo permitido por legitimación histórica: desde el tráfico rodado de particulares en días festivos hasta las medidas de seguridad adoptadas en los puestos de trabajo, pasando por ciertas restricciones a la libertad de los hijos necesarias para su educación[14]. Junto a estos ejemplos, también podría hacerse alusión a todos aquellos riesgos relacionados con las fiestas populares: encierros taurinos, fuegos artificiales, etc. En todos estos casos, sin atender a las valoraciones sociales históricamente producidas no podría comprenderse la ponderación que justifica la permisión del riesgo.

II

El riesgo permitido es una institución dogmática utilizada en la teoría jurídica del delito para negar la responsabilidad penal. Se basa en la idea de que existen actividades que no pueden ser objeto de reproche penal a pesar de ser adecuadas para la producción del resultado típicamente desaprobado. La doctrina, tras descartar la posibilidad de apelar en estos casos a una falta de relación causal[15], decidió buscar la solución en el ámbito del delito imprudente. Con el tiempo, se fue entendiendo que la mera previsibilidad del resultado no podía servir para fundamentar la responsabilidad por imprudencia y que, en esa medida, no toda acción peligrosa podía ser considerada imprudente. Junto a la previsibilidad del resultado se hacía necesaria la infracción de un deber y, de

---

13 Ibíd., pp. 957 a 960.

14 JAKOBS. *La imputación objetiva*, cit., p. 120.

15 Cfr., no obstante, v. BAR. *Die Lehre vom Kausalzusammenhang im Recht, besonders im Strafrecht*, Leipzig, 1871, reimp. 1971, pp. 12 a 16. Este autor, del que se dice que fue el primero en tratar el problema del riesgo permitido, entendía que las acciones que se corresponden con la "regla de la vida" no pueden ser causa, sino sólo condición del resultado; ello con independencia de que el resultado sea previsible o incluso probable. De esa forma, los riesgos que responden a las exigencias de la vida tampoco serían causa del resultado.

ese modo, se reconocía la posibilidad de distinguir entre riesgos permitidos y no permitidos[16]. A partir de ese momento, el riesgo permitido sufrió una evolución semejante a la del deber de cuidado y recibió una u otra ubicación sistemática en atención a la concreta concepción del delito imprudente que se tomaba como referencia. Hubo también autores, sin embargo, para los que el riesgo permitido representaba una causa de justificación de carácter general que excluía la antijuridicidad de la conducta[17]. Ello explica la gran confusión sistemática que durante mucho tiempo ha caracterizado a esta figura. Su tratamiento ha sido desarrollado en el plano de la tipicidad, en el de la antijuridicidad y en el de la culpabilidad[18]. Incluso hay quien ha señalado que se trata de una institución relacionada con diferentes elementos de la teoría jurídica del delito[19]. No es de extrañar, por tanto, que se haya llegado a negar por completo la relevancia de esta figura[20] o que, al menos, se le haya querido privar de contenido material[21]. En cualquier caso, a medida que se han ido destacando sus diferencias con las causas de justificación y se ha ido reconociendo que el desvalor de

---

16 Sobre la relación entre la responsabilidad por el riesgo y la doctrina del delito imprudente, cfr., por ejemplo, REHBERG. *Zur Lehre vom "Erlaubten Risiko"*, Zurich, 1962, pp. 18 a 21; PREUSS. *Untersuchungen zum erlaubten Risiko im Strafrecht*, Berlin, 1974, pp. 31 y 32.

17 Sobre la diferente ubicación sistemática del riesgo permitido desde un punto de vista histórico, cfr. REHBERG. Ob. cit., pp. 21 a 41; MECKEL. *Die strafrechtliche Haftung für riskante Verhaltensweisen*, tesis doctoral, Wiesbaden, 1968, pp. 6 a 17; PREUSS. Ob. cit., pp. 32 a 55; SCHÜRER-MOHR. *Erlaubte Risiken, Grundfragen des 'erlaubten Risikos' im Bereich der Fahrlässigkeitsdogmatik*, Frankfurt a. M., 1998, pp. 30 a 37.

18 También ha sido ubicado en la llamada "responsabilidad por el hecho", que vendría a ser un plano intermedio, propuesto por MAURACH, situado entre la antijuridicidad y la culpabilidad. Así, REHBERG. Ob. cit., pp. 152 y 153, 170 y ss. Este autor, después de negar cualquier relevancia al riesgo permitido en el delito doloso con el argumento de la tentativa inidónea, indica que dentro del delito imprudente tampoco puede tener cabida ni en el plano de la antijuridicidad ni en el de la culpabilidad. Por una parte, dado que en el delito imprudente es determinante el desvalor del resultado, el riesgo permitido no puede excluir la tipicidad, y, dado que lo que se permite es la acción peligrosa y no la producción del resultado, tampoco puede tratarse de una causa de justificación. Por otra parte, en la medida en que no supone un reproche sobre el autor, no puede tampoco ser tratado en el plano de la culpabilidad. En un sentido semejante, ROEDER. *Die Einhaltung des sozialadäquaten Risikos und ihr systematischer Standort im Verbrechensaufbau*, Berlin, 1969, pp. 74 y 75, quien, sin embargo, relaciona el riesgo permitido con la inimputabilidad.

19 PREUSS. Ob. cit., p. 186.

20 KIENAPFEL. *Das erlaubte Risiko im Strafrecht, Zur Lehre vom sozialen Handlungsbegriff*, Frankfurt a. M., 1966, pp. 9 a 11, 22, 28 y 29, sostiene que el riesgo permitido no tiene ningún valor ni sistemático, ni teórico, ni práctico, pues se refiere a casos que pueden ser resueltos mediante categorías tradicionales: el concepto normativo de acción, la interpretación del tipo, las concretas causas de justificación y el concepto de imprudencia. Según KIENAPFEL, se trata de una cláusula general llamativa pero criticable, porque tras un mínimo examen se revela como una figura vacía.

21 Cfr., en este sentido, MAIWALD. "Zur Leistungsfähigkeit des Begriffs 'erlaubtes Risiko' für die

la acción del delito imprudente tiene su sitio en el plano de la tipicidad, ha ganado aceptación la idea de que el riesgo permitido constituye un criterio para determinar el deber de cuidado dentro del tipo del delito imprudente. Por otra parte, la moderna doctrina de la imputación objetiva ha planteado la posibilidad de que el riesgo permitido ya no sólo sea un criterio delimitador del deber de cuidado, sino también un instrumento con el que fundamentar la imputación del resultado tanto en los delitos dolosos como en los delitos imprudentes[22]. Actualmente, es en este punto donde se producen las principales discrepancias relativas a la ubicación sistemática del riesgo permitido, pero entrar en ese debate es algo que excedería por completo las pretensiones de este trabajo[23]. Baste, por tanto,

---

Strafrechtssystematik", en VOGLER y otros (eds.). *Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck (FS-Jescheck)*, Berlin, 1985, 405 y ss., pp. 420 a 425 (= *De la capacidad de rendimiento del concepto de "riesgo permitido" para la sistemática del derecho penal*, SANCINETTI [trad.], Cuadernos de Conferencias y Artículos n.º 6, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996). Señala este autor que el riesgo permitido no es ni un principio material ni una figura independiente, pero reconoce que, si bien es cierto que su contenido se puede extraer de otras categorías dogmáticas, tiene una función sistemática que hace inoportuno renunciar a él, pues hace alusión a casos de conductas peligrosas en los que se excluye el desvalor de la acción, tanto en los delitos dolosos como en los imprudentes.

22 Con el tiempo, la doctrina ha ido negando la distinción entre los criterios relativos a la infracción de un deber objetivo de cuidado y los manejados por la doctrina de la imputación objetiva. Así, por ejemplo, desde distintas perspectivas, GIMBERNAT ORDEIG. *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, Madrid, 1990, pp. 107 a 110, 140 y ss.; ROXIN. *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Band I, "Grundlagen Aufbau der Verbrechenslehre", 3.ª ed., Munich, 1997, 11/44 y 24/12 (hay traducción de la 2.ª edición: *Derecho penal, Parte general*, t. I, "Fundamentos: La estructura de la teoría del delito", LUZÓN PEÑA, DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO y DE VICENTE REMESAL [trads.], Madrid, 1997); RUDOLPHI, en HORN y SAMSON. *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 6.ª ed., Neuwied y otras, 1994, previo al § 1, nn. mm. 38 y 57 (= *Causalidad e imputación objetiva*, LÓPEZ DÍAZ [trad.], Bogotá, 1998); GÓMEZ BENÍTEZ. *Teoría jurídica del delito, Derecho penal, Parte general*, Madrid, 1984 (reimp. 1992), pp. 186 y ss., 189; MARTÍNEZ ESCAMILLA. *La imputación objetiva del resultado*, Madrid, 1992, p. 351; JAKOBS. *AT*, 7/4 y 7/40; REYES ALVARADO. *Imputación objetiva*, Bogotá, 1994, pp. 96 y ss.; BACIGALUPO ZAPATER. *PG*, pp. 245 y ss.; CRAMER y STERNBERG-LIEBEN, en SCHÖNKE y SCHÖDER. *Strafgesetzbuch Kommentar*, 26.ª ed., § 15, n. m. 116; SCHROEDER. en *Leipziger Kommentar, Grosskommentar*, 11.ª ed., Berlin y New York, 1994, § 16, n. m. 157; WESSELS/BEULKE. *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Die Straftat und ihr Aufbau*, 31.ª ed., Heidelberg, 2001, 6/179; OTTO. *Grundkurs, Strafrecht, Allgemeine Strafrechtslehre*, 6.ª ed., Berlin, New York, 2000, 10/2 y 10/11; STRATENWERTH. *Strafrecht, Allgemeiner Teil I, Die Straftat*, 4.ª ed., Colonia, Berlin y Bonn, 2000, 8/25 y 8/32 (hay traducción española de la 2ª edición: *Derecho penal. Parte General* I. *El hecho punible*, trad. ROMERO, Madrid, 1982).

23 Con respecto a la posibilidad de aplicar el criterio del riesgo permitido a los delitos dolosos, cfr., por ejemplo, MECKEL. *Die strafrechtliche Haftung für riskante Verhaltensweisen*, pp. 22 y 23; MAIWALD. *FS-Jescheck*, pp. 422 y 423; PAREDES CASTAÑÓN. *El riesgo permitido en derecho penal (Régimen jurídico-penal de las actividades peligrosas)*, Madrid, 1995, pp. 120 y 121; y, en parte, PREUSS. *Untersuchungen zum erlaubten Risiko*, cit., pp. 211 a 215 y 228, quien concede al dolo una importancia muy limitada. Reducen, en cambio, el ámbito de aplicación del riesgo permitido al delito imprudente, REHBERG. *Zur Lehre vom "Erlaubten Risiko"*, cit., pp. 86 a 90; ROEDER. *Die Einhaltung des sozialadäquaten Risikos*, cit., p. 40;

señalar que, con carácter general, el riesgo permitido se utiliza para determinar el deber de cuidado y limitar con ello el alcance del tipo.

El riesgo permitido impide que determinadas conductas tengan cabida dentro del tipo penal a pesar de que produzcan o puedan producir un resultado desaprobado. En concreto, se entiende que mediante la conducta amparada por el riesgo permitido no se puede llegar a realizar el tipo porque no se produce el desvalor de la acción. A partir de ahí, si se tiene en cuenta que la mayor parte de las conductas penalmente relevantes, en especial en los delitos de resultado, son conductas peligrosas, se comprende que la pregunta acerca de la tipicidad de la conducta se convierta, a menudo, en una pregunta acerca del riesgo permitido[24]. En la medida en que se trata, en todo caso, de realizar una interpretación del tipo para saber qué conductas están prohibidas, cabría decir que la determinación del riesgo permitido lleva implícita una determinada concepción del tipo[25]. Sin embargo, no es en este sentido tan amplio en el que viene estudiándose el concepto de riesgo permitido. Dentro de este concepto,

---

CORCOY BIDASOLO. *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, Barcelona, 1989, pp. 308 y ss.; SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO. *Teoría del delito imprudente (Doctrina general y regulación legal)*, Madrid, 1991, pp. 151 y ss.; KINDHÄUSER. "Erlaubtes Risiko und Sorgfaltswidrigkeit. Zur Struktur strafrechtlicher Fahrlässigkeitshaftung", en *Goltdammer's Archiv für Strafrecht (GA)*, 1994, pp. 197 y ss., pp. 221 a 223; FEIJÓO SÁNCHEZ. *Resultado lesivo e imprudencia*, cit., pp. 276 y 277; SCHÜRER-MOHR. *Erlaubte Risiken*, cit., p. 28.

24 La creación de un riesgo desaprobado o no permitido se convierte de ese forma en una figura central de la teoría de la imputación objetiva o del tipo objetivo. Para algunos, constituye un criterio necesario para la imputación objetiva del resultado. Así, por ejemplo, ROXIN. *AT*, 11/44; ID. "Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht", en *Festschrift für Richard M. Honig (FS-Honig)*, Göttingen, 1970, pp. 133 y ss., pássim. (= "Reflexiones sobre la problemática de la imputación", en ID. *Problemas básicos del derecho penal*, LUZÓN PEÑA [trad.], Madrid, 1976, pp. 313 a 139). Para otros es el elemento fundamental de la tipicidad de la conducta. Así, FRISCH. *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, Heidelberg, 1988, pp. 33 y ss., 43 y 44; ID. *Tipo penal e imputación objetiva* CANCIO MELIÁ y otros (trads.), Madrid, 1995, pp. 95 y ss. Cfr., también, LESCH. *Der Verbrechensbegriff*, cit., pp. 227 y ss., quien, desde una perspectiva diferente y con un contenido mucho más amplio, lo convierte también en criterio fundamental para la determinación de la responsabilidad penal.

25 Así, claramente, FRISCH. *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, cit., pp. 70 y ss. Después de separar el problema de la imputación del resultado y el de la determinación de la conducta típica, este autor señala unos parámetros generales de determinación de la conducta típica que coinciden con los del riesgo permitido. Se produce así un distanciamiento con la teoría tradicional de la imputación objetiva en la que el riesgo permitido sirve básicamente para la imputación del resultado y, posteriormente, dentro del criterio del alcance del tipo, se establecen otras pautas para desvalorar la conducta. En una línea semejante a la de FRISCH se encuentran las tesis de JAKOBS, quien separa también entre imputación de la conducta e imputación del resultado. Sin embargo, dentro de la imputación de la conducta, JAKOBS reserva el criterio del riesgo permitido para supuestos en los que no existe un comportamiento relevante de terceras personas o de la víctima. Cfr. JAKOBS. *La imputación objetiva*, cit., pp. 71 y ss. Por lo que se refiere a la doctrina española, cfr. TORÍO LÓPEZ. "Naturaleza y ámbito de la teoría de la imputación objetiva", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (ADPCP)*, 1986, 33 y ss., p. 35; ID. "Fin de

la doctrina no trata, normalmente, todos los criterios que permiten excluir el carácter típico de una conducta peligrosa. Más allá, como es lógico, de los que afectan estrictamente a la imputación del resultado, existen también criterios que están relacionados, por ejemplo, con la intervención de terceras personas y que, si bien pueden responder a una fundamentación común, reciben por lo general un tratamiento diferenciado.

La pregunta ahora es cómo se fundamenta ese riesgo permitido capaz de excluir la tipicidad de la conducta. A este respecto, en lo único que parece existir acuerdo es en el hecho de que hay determinadas actividades que no pueden estar prohibidas a pesar de que parezcan, en un principio, subsumibles dentro del tipo penal. Se entiende que de no ser así se estaría actuando en contra de los intereses del legislador, de las circunstancias de la vida y de las exigencias del tráfico[26]. En esa misma línea, se ha dicho que se trata de actividades permitidas por el ordenamiento jurídico en su conjunto: por la ley, los reglamentos, la costumbre y los usos del tráfico, y que al estar permitidas no pueden estar penalmente prohibidas porque se atentaría contra el principio de unidad del ordenamiento[27].

No obstante, al margen de esta idea inicial por la que se reconoce que hay actividades peligrosas que no pueden estar prohibidas, se aprecian diferencias en lo relativo al valor que debe tener la actividad y a la forma en la que ésta deber ser valorada. Con respecto al valor de la actividad, unos exigen que sea imprescindible[28] o socialmente útil[29], otros entienden que lo determinante es garantizar una

---

protección y ámbito de protección de la norma", en *Estudios Penales y Criminológicos (EPCr)*, t. X, 1987, pp. 381 y ss., 384 a 386. Según este autor, la tipicidad no se concibe como un juicio lógico, sino como un juicio teleológico en el que la acción típica es aquella generalmente peligrosa para el bien jurídico; lo que provoca, a su juicio, que criterios como la creación de un riesgo típicamente relevante no sólo sirvan para la atribución de un resultado, sino también para determinar la tipicidad en otros ámbitos como los delitos de mera actividad, la tentativa, la participación, etc. Sobre las particularidades que presentan estas concepciones en relación con la tradicional teoría de la imputación objetiva, cfr. SUÁREZ GONZÁLEZ y CANCIO MELIÁ. "Estudio preliminar", en JAKOBS. *La imputación objetiva*, cit., pp. 50 y ss.

26 KIENAPFEL. *Das erlaubte Risiko*, cit. p. 11.

27 REHBERG. *Zur Lehre vom "Erlaubten Risiko"*, cit. pp. 46 y 47.

28 BINDING. *Die Normen und ihre Übertretungen, IV, Die Fahrlässigkeit*, Leipzig, 1919, p. 443.

29 JESCHECK y WEIGEND. *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 5.ª ed., Berlin, 1996, pp. 580 a 581; CRAMER y STERNBERG-LIEBEN, en SCHÖNKE y SCHRÖDER, § 15, n. m. 146; CORCOY BIDASOLO. *El delito imprudente*, cit. pp. 319 y ss.; ROEDER. *Die Einhaltung des sozialadäquaten Risikos*, cit. p. 31; PREUSS. *Untersuchungen zum erlaubten Risiko*, cit. pp. 127 a 129. Este último autor distingue, realmente, cuatro tipos de riesgo permitido y reserva el fundamento de la utilidad social sólo para el primero de ellos, que es donde trata propiamente los supuestos generalmente relacionados con esta institución. Los otros casos a los que alude se refieren a la falta de previsibilidad, a las actuaciones de salvamento arriesgadas y al consentimiento por parte de la víctima (pp. 22 a 25).

cierta libertad de actuación[30] y, finalmente, hay quienes apelan no ya a una especial valoración de la conducta, sino, simplemente, a un reconocimiento o aceptación de la misma[31]. Por lo que se refiere a la forma de valorar la conducta, se suele acudir a una ponderación entre el valor de la acción peligrosa y el bien jurídico amenazado[32]. En esa ponderación se incluyen, sin embargo, infinidad de parámetros. Así, por lo pronto, se considera necesario comparar no sólo la finalidad social de la acción y el bien jurídico amenazado, sino también el alcance y la probabilidad tanto del resultado deseado, como de la posible lesión del bien jurídico[33]. A partir de ahí, la doctrina va incluyendo muy diferentes criterios que atienden, por ejemplo, a la posibilidad de lograr la misma finalidad con un menor riesgo, a los gastos necesarios para la exclusión del riesgo, a la posibilidad de reparar el daño, a la disponibilidad de medidas de seguridad, a la costumbre, a la valoración social o, incluso, a la finalidad subjetiva de la acción[34].

---

30 FRISCH. *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, cit. p. 70; SCHÜRER-MOHR. *Erlaubte Risiken*, cit. pp. 48 y ss. A juicio de SCHÜRER-MOHR, la delimitación de la responsabilidad por la conducta peligrosa debe atender a una fundamentación jurídico-liberal del injusto en la que se reconozca al individuo como sujeto libre y razonable. A este respecto, entiende que sólo cabe hablar de una verdadera autodeterminación del individuo cuando esta autodeterminación es razonable, esto es, cuando es susceptible de aprobación por parte de los demás. Ello supone fundamentar el injusto a partir de una idea de justicia según la cual sólo pueden aceptarse aquellos riesgos que el autor estaría dispuesto a aceptar para la consecución de sus propios intereses. De esa forma, permitir el riesgo significaría, a su vez, actuar en interés de la persona puesta en peligro, ya que implicaría una ampliación de su propia libertad de actuación. Lo que legitima la intervención estatal es, en definitiva, según esta tesis, la búsqueda de la mayor libertad posible de los individuos.

31 Así, hablan de riesgo tolerable BURGSTALLER. *Das Fahrlässigkeitsdelikt im Strafrecht*, Viena, 1974, p. 39; y MARTÍNEZ ESCAMILLA. *La imputación objetiva del resultado*, p. 123; y de riesgo normal de la vida STRATENWERTH. *AT*, 8/28 y ss., y MALAMUD GOTI. *DP*, 1978, pp. 742 a 745.

32 Se da a entender, por lo general, que el grado de peligro soportable es mayor cuanto mayor es la cit., valoración social de la conducta. Cfr., por ejemplo, ROEDER. *Die Einhaltung des sozialadäquaten Risikos*, p. 31; ROXIN. *AT*, 24/37; SCHROEDER. *LK*, § 16, n. m. 162; CRAMER y STERNBERG-LIEBEN, en SCHÖNKE y SCHRÖDER, § 15, n. m. 116; SCHÜNEMANN. "Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte", en *Juristische Arbeitsblätter (JA)*, 1975, pp. 575 y ss. Este último autor, tras explicar que se trata de realizar una ponderación de intereses entre la acción peligrosa y la indemnidad del bien jurídico amenazado, propone una clasificación del posible valor de la acción peligrosa y del grado de peligro que en atención a la misma podría estar permitido. Así, de menor o mayor valoración, distingue entre acciones lujosas, socialmente acostumbradas, socialmente útiles y socialmente necesarias. Crítico con esta clasificación, FEIJÓO SÁNCHEZ. *Resultado lesivo e imprudencia*, cit., pp. 269 y 270, n. 800. Para una exposición detallada sobre la forma en la que puede realizarse la ponderación, cfr. PAREDES CASTAÑÓN. *El riesgo permitido*, cit., pp. 483 y ss.

33 Así, ENGISCH. *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit*, Berlin, 1930, pp. 286 a 289, destacando la necesidad de realizar una ponderación global en atención a todos esos elementos y reconociendo que la ponderación es insegura porque los valores son relativos.

34 Cfr., por ejemplo, ROXIN. *AT*, 24/38; REHBERG. *Zur Lehre vom "Erlaubten Risiko"*, cit., pp.204 y 206; MECKEL. *Die strafrechtliche Haftung für riskante Verhaltensweisen*, pp. 22 y 23; BURGSTALLER. *Das Fahrlässigkeitsdelikt*, cit., pp. 54 a 58; SCHÜNEMANN. *JA*, 1975, p. 576.

Detrás de todas estas propuestas de fundamentación del riesgo permitido se encuentra una valoración de la conducta peligrosa. Sin embargo, hay que tener en cuenta que lo que se pretende, en última instancia, es considerar la conducta permitida. Eso significa que basta con que resulte suficientemente valorada como para no ser objeto de prohibición. No es necesario que resulte socialmente útil o que reporte una mayor libertad para los individuos. Hay actividades peligrosas que no merecen estar prohibidas y que no parecen ser especialmente útiles para la sociedad. La posibilidad de enviar a los hijos a un campamento en la montaña o dejarlos ir solos al colegio son actividades peligrosas que, a primera vista, no tienen ninguna utilidad social. Se podría decir que, en estos casos, lo que es útil socialmente es permitir a los padres actuar libremente ante sus hijos, pero de esa forma se estaría privando de significado al concepto de utilidad social[35]. También es criticable el argumento basado en la libertad. Como se vio en el apartado anterior, la existencia de un riesgo permitido supone, realmente, una discriminación en favor de un tipo concreto de libertad. No toda libertad es igualmente valorada. No se pone en duda, por ejemplo, que la libertad de los padres ante los hijos ha de tener necesariamente unos límites. Por otra parte, tampoco convence la tesis que parte de una concepción ideal de la libertad basada en la autonomía y en la justicia. No se trata de criticar aquí lo plausible o factible que puede resultar tomar como criterio un presunto consenso o una presunta aceptación general de los individuos, sino de saber en qué medida ello sirve para la interpretación de la norma penal. En ese sentido, cabría plantearse si ese criterio no implica también la necesidad de cuestionar las propias normas que regulan las actividades peligrosas, puesto que nada garantiza que tales normas sean adoptadas, a su vez, conforme a esos ideales de justicia. Siguiendo ese criterio, el riesgo de vender a los niños material pirotécnico podría llegar a ser valorado con independencia de que estuviera o no prohibido por otro tipo de normas. No se entiende por qué habría que distinguir entre la validez de las normas y la de las valoraciones sociales. Ni unas ni otras responden necesariamente a una concreta idea de justicia. Las actividades pueden estar permitidas por muy diferentes razones, y esas razones pueden ir cambiando con el paso del tiempo. La pregunta no es cómo debe ser valorado un riesgo, sino cómo es efectivamente valorado, tanto por las nor-

35 Lo socialmente útil se correspondería con lo socialmente valorado. En tal caso, podría hablarse de utilidad social, pero teniendo presente que no se trata del concepto de utilidad social que tradicionalmente se utiliza en este contexto, que más bien hace referencia a una valoración en términos económicos.

mas como por la propia sociedad. De esa forma, lo determinante no es que la conducta peligrosa sea especialmente útil o que aumente la libertad de los individuos sino, únicamente, que sea reconocida como una conducta permitida. Las razones por las que se acepta un riesgo o se establece un concreto deber de cuidado son de lo más variadas y pueden incluir todos los criterios antes mencionados en relación con la ponderación de la que suele hablar la doctrina[36]. Es necesario, por supuesto, analizar ese tipo de razones y, a partir de las mismas, intentar establecer criterios generales, pero teniendo presente que el punto de partida se encuentra en las valoraciones efectivamente reconocidas por el derecho y la sociedad. No se pueden establecer de antemano los concretos parámetros o criterios con los que realizar la ponderación o valoración de la conducta peligrosa.

Por esa razón, una buena manera de determinar el riesgo permitido y delimitar el deber de cuidado es tomar como referencia aquellas regulaciones extrapenales con las que se pretende precisamente reconocer un cierto tipo de riesgo y mantenerlo dentro de unos límites. La doctrina sostiene que estas regulaciones no pueden ser totalmente determinantes[37], pero ello se deberá, en su caso, a una necesidad de concreción, no a la posibilidad de cuestionar su validez como criterio de referencia[38]. Es posible que la norma que regula una determinada actividad no abarque todos los riesgos que entraña la actividad, pero será cuestión entonces de ver en qué medida el supuesto analizado es alcanzado o no por la regulación[39]. Así, por ejemplo, si el encargado de una montaña rusa ha llevado a cabo la revisión y puesta a punto estipulada y, sin embargo, se produce un fallo técnico que provoca un accidente, parece difícil hablar de riesgo no permitido. Distinto es el caso cuando el accidente se produce por no suspender la actividad ante las circunstancias meteorológicas adversas o por permitir la entrada a una persona que, dada su poca estatura, no podía ser bien sujetada[40]. En estos últimos casos, el cumplimiento de la norma no

---

36 Destaca también el carácter complejo de los factores que explican la permisión del riesgo, FEIJÓO SÁNCHEZ. *Resultado lesivo e imprudencia*, cit., p. 275.

37 BINDING. *Die Normen, II*, cit., p. 447; ENGISCH. *Vorsatz und Fahrlässigkeit*, cit., pp. 360 y ss.; BURGSTALLER. *Das Fahrlässigkeitsdelikt*, cit., pp. 45 y 46; JESCHECK y WEIGEND. *AT*, p. 582; CRAMER y STERNBERG-LIEBEN, en SCHÖNKE y SCHRÖDER, § 15, n. m. 135; SCHÜRER-MOHR. *Erlaubte Risiken*, cit., pp. 178 a 180.

38 Son criticables, en ese sentido, las tesis de REHBERG. *Zur Lehre vom "Erlaubten Risiko"*, cit., pp. 218 a 224, y MECKEL. *Die strafrechtliche Haftung für riskante Verhaltensweisen*, cit., pp. 73 a 80, por limitar de manera considerable la importancia de las normas especiales.

39 BOHNERT. "Fahrlässigkeitsvorwurf und Sondernormen", en *Juristische Rundschau (JR)*, 1982, pp. 6 y ss., pp. 9 a 11.

40 Problemas de este tipo son los que puede presentar la falta de concreción de la norma reguladora de la

resulta determinante porque el riesgo producido es distinto del riesgo que se pretendía evitar con la norma, pero eso no significa que la norma pierda su virtualidad como criterio de referencia. Existen más dificultades, sin embargo, cuando la normativa no es de carácter jurídico y, simplemente, se corresponde con las reglas técnicas o con las llamadas reglas del tráfico. En tales casos puede ponerse en duda cuáles son los verdaderos intereses a los que responden las regulaciones o, directamente, considerarse insuficientes los parámetros adoptados[41]. De nuevo, lo determinante es que esa regulación resulte jurídica o socialmente aprobada, bien por otras regulaciones jurídicas que la traten como apropiada para controlar el riesgo, bien porque se desprenda de la sociedad un reconocimiento semejante[42]. Cuando ello sea así pueden seguir siendo una referencia importante para la determinación del riesgo permitido, del mismo modo que las regulaciones jurídicas –al margen, por supuesto, de sus propios problemas de concreción en los términos antes apuntados–[43]. De esa forma, por ejemplo, las reglas de la *lex artis* en la actividad médica pueden resultar perfectamente válidas para establecer el riesgo permitido. Hay que tener en cuenta, no obstante, que, dado que en ningún caso la regulación existente es completa, son

---

actividad peligrosa. Son casos en los que el cumplimiento de la norma no es suficiente para excluir la responsabilidad. Cuando, en cambio, lo que sucede es que se incumple la norma jurídica, los problemas son distintos. Las situaciones especiales del caso concreto pueden suponer que la acción esté justificada, pero por lo general no dejan de ser conductas típicas. La excepción se produce sólo en aquellos casos en los que la prohibición guarda relación con un diferente tipo de riesgo. Cfr. JAKOBS. *AT*, 7/43.

41 LENCKNER. "Technische Normen und Fahrlässigkeit", en BOCKELMANN et ál. (eds.). *Festschrift für Karl Engisch (FS-Engisch)*, Frankfurt a. M., 1969, pp. 490 y ss., 495 a 498; BURGSTALLER. *Das Fahrlässigkeitsdelikt*, cit., pp. 50 a 54; SCHÜNEMANN. "Die Regeln der Technik im Strafrecht", en KÜPPER et ál (eds.). *Festschrift für Karl Lackner (FS-Lackner)*, Berlin y New York, 1987, pp. 367 y ss., 375 y ss.; SCHÜRER-MOHR. *Erlaubte Risiken*, cit., pp. 186 a 195; PAREDES CASTAÑÓN. *El riesgo permitido*, p. cit., 330.

42 Cuando ese reconocimiento existe de acuerdo con una interpretación general del ordenamiento y de las valoraciones sociales, la regulación sigue siendo determinante para la aceptación del riesgo permitido. No se puede someter esa regulación a una ponderación de intereses que no atienda al efectivo reconocimiento de esa regulación. No se comparten aquí, por tanto, tesis como las de LENCKNER, en *FS-Engisch*, pp. 500 y 501, que acaban sometiendo estas regulaciones a una ponderación independiente.

43 Cfr. FRISCH. *Tatbestandsmaßiges Verhalten*, cit., pp. 101 a 114. Aunque este autor llama la atención sobre la insuficiente naturaleza jurídica de estas regulaciones y advierte de la necesidad de someterlas a una ponderación para ver si resultan adecuadas, termina reconociendo que son regulaciones funcionalmente equivalentes a las normas estatales desde el momento en que son generalmente aceptadas en atención a los procesos seguidos para su aprobación o a la confianza que generan cuando responden a una ética especial como la que caracteriza a la actividad médica. El derecho penal, dice FRISCH, no puede realizar su propia ponderación porque no puede ignorar las normas de conducta existentes. Que esas normas de conducta del orden primario puedan resultar insuficientes no significa que el derecho penal, como orden secundario, deba corregir esas normas, sino que hay que cambiar el orden primario.

necesarios criterios de concreción. Esos criterios pueden buscarse también en la aceptación o valoración social de la conducta. Los mismos criterios que sirven para saber si una regulación es o no apropiada para determinar el nivel de riesgo son también los que pueden servir para su concreción, lo que implica valorar si la conducta peligrosa es abarcada o no por la norma reguladora de la actividad. Finalmente, hay que acudir a ese reconocimiento cuando se quiere determinar el riesgo permitido o el deber de cuidado y no existe ninguna regulación concreta que sirva de referencia. Se trata, en definitiva, de saber cuándo la conducta se sale del orden jurídico-socialmente establecido[44]; es decir, de averiguar las expectativas de conducta existentes con respecto a una persona en un concreto contexto de actuación, unas expectativas que se corresponden con un determinado rol social[45] y que permiten, en última instancia, fundamentar una posición de garante ante la situación de riesgo[46].

III

La teoría de la adecuación social quiso también ser una forma de delimitar el alcance del tipo y concretar el deber general de cuidado. Dicha teoría fue formulada por WELZEL en el contexto de una crítica a la concepción del injusto basada en la mera lesión de los bienes jurídicos[47]. A juicio de WELZEL, el principal defecto de esta concepción del injusto consiste en ver los bienes jurídicos no en la realidad social, sino en un mundo inerte y afuncional. Desde esa concepción, los bienes jurídicos se presentan como piezas de museo conservadas en vitrinas y expuestas, únicamente, a la mirada del espectador[48]. Para WELZEL, en cambio, la realidad social del derecho demuestra que los bienes jurídicos sólo existen en la

---

44 Cfr. MALAMUD GOTI. *DP*, 1978, pp. 744 a 746; FEIJÓO SÁNCHEZ. *Resultado lesivo e imprudencia*, cit., p. 269.

45 Cfr. GALLAS. "Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen", en *ZStW* 67, 1955, pp. 1 y ss., 4; KRAUSS. "Erfolgsunwert und Handlungsunwert im Unrecht", en *ZStW* 76, 1964, pp. 19 y ss., 43 a 46; BURGSTALLER. *Das Fahrlässsigkeitsdelikt*, cit., pp. 54 a 58

46 JAKOBS. *AT*, 7/49 y ss. Sobre la relación entre las expectativas ligadas al rol social y la posición de garante como criterio determinante del injusto, cfr., también, MAIHOFER. "Der Unrechtsvorwurf. Gedanken zu einer personalen Unrechtslehre", en HOHENLEITNER et ál (eds.). *Festschrift für Theodor Rittler (FS-Rittler)*, Aalen, 1957, pp. 141 y ss., 144.

47 WELZEL. "Studien zum System des Strafrechts", en *ZStW* 58, 1939, pp. 491 y ss., en especial 511 y ss. Para una exposición de la teoría de la adecuación social desde la perspectiva seguida en este trabajo, cfr. MARAVER GÓMEZ. "La recepción del finalismo en España: algunas consideraciones de carácter metodológico", *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid (RJUAM)*, n.º 5, 2001, pp. 165 y ss., 182 a 184 y 201 a 208.

48 WELZEL. "Studien", cit., p. 514.

medida en que son una función, es decir, en la medida en que actúan en la vida social sometidos a efectos recíprocos[49]. Si el derecho prohibiera toda afección de los bienes jurídicos, la vida en sociedad se detendría y tendríamos un mundo de museo consagrado a la contemplación. Por esa razón, entiende WELZEL que el derecho lo que hace es escoger entre las distintas funciones en las que se muestra el bien jurídico para prohibir aquella que es incompatible con la existencia moralmente ordenada de la comunidad. En ese sentido, lo que se protege son sólo determinadas formas de afección de los bienes jurídicos[50]. En concreto, dice WELZEL, no pueden estar prohibidas aquellas acciones que se mueven dentro del orden de la vida históricamente establecido, es decir, aquellas acciones que resultan socialmente adecuadas[51]. La adecuación social constituye así una forma de excluir la tipicidad de la conducta[52].

Antes de pasar a valorar esta teoría, conviene destacar que son dos los aspectos que resultan relevantes. Por una parte, la idea de que no puede prohibirse cualquier afección del bien jurídico y, por otra, la referencia al orden de la vida históricamente establecido. El primer aspecto no presenta especiales diferencias con el riesgo permitido, mientras que el segundo contiene una propuesta de fundamentación: la razón por la que no es típica la conducta es porque no atenta contra los valores histórico-socialmente establecidos. Ello se comprende a partir del carácter histórico y dinámico otorgado por WELZEL a los bienes jurídicos. Según WELZEL, el estudio del derecho debe empezar negando la escisión entre los planos del ser y del deber ser, para dejar claro que sólo el derecho positivo puede ser verdadero derecho. WELZEL niega todo orden esencial universal o, al menos, la posibilidad del ser humano de representarse dicho orden. El derecho no puede reflejar un orden absoluto o universal porque ello sólo es posible en un plano teórico que prescinda por completo de una realidad caracterizada por la facticidad y la contigencia. El objeto permanente de estudio, dice WELZEL, habrá que buscarlo, únicamente, en las estructuras lógico-objetivas que se encuentran en el objeto de la regulación[53]. Por otra parte,

---

49 Ibíd., p. 515.

50 Ibíd., p. 516.

51 Ibíd., p. 517.

52 Ibíd., pp. 526 a 530.

53 Cfr. WELZEL. *Derecho natural y justicia material*, GONZÁLEZ VICÉN (trad.), Madrid, 1957, pp. 254 a 259. Es sabido, sin embargo, que esta tensión entre lo lógico-real y lo histórico-social fue resuelta finalmente por WELZEL en favor de lo lógico-real. Eso motivó que la propia teoría de la adecuación social fuera progresivamente perdiendo significado. Sobre ello, cfr. ROXIN. "Zur Kritik der Finalen Handlungslehre", en *ZStW* 74, 1962, pp. 515 y ss., 537 y ss. (= "Contribución a la crítica de la teoría final de la acción", en ID. ***Problemas básicos del derecho penal***, cit., pp. 84 a 127); CANCIO MELIÁ. "La

WELZEL aboga por una concepción del derecho penal de naturaleza positiva y ético-social opuesta al carácter negativo-preventivo de la concepción basada en la mera protección de los bienes jurídicos. Incide, por ese motivo, en el sustrato ético-social de las normas penales y sostiene que, en la medida en que los bienes jurídicos derivan de los valores éticos fundamentales de la sociedad, la misión del derecho penal debe ser mantener o reforzar la vigencia de esos valores[54]. De esta forma, la adecuación social se muestra como una forma de subrayar el carácter histórico y dinámico de los bienes jurídicos y buscar el sentido del tipo penal en la relación con los diferentes valores ético-sociales. Los tipos no estarían referidos a la producción de resultados lesivos, sino a la vulneración de órdenes valorativos definidos en función de su totalidad social[55]. WELZEL llama la atención sobre ese elemento valorativo para explicar que la adecuación social va más allá de lo que es adecuado a las costumbres del tráfico, pues lo que es ajustado al tráfico tiene, a su juicio, un carácter eminentemente fáctico. La adecuación social, dice WELZEL, no es sólo un concepto funcional, sino también un concepto valorativo. Lo que domina la vida social y funcional no son simplemente las actividades tal y como se presentan *de facto*, sino los órdenes históricos que se forman y perfeccionan con la relación entre la existencia objetiva de la vida y las valoraciones con las que la comunidad responde a esa existencia. Sólo con la aceptación de esa parte normativo-valorativa, concluye WELZEL, la adecuación social constituye un principio inmanente de la configuración del derecho[56].

No obstante, a medida que WELZEL fue dando mayor importancia al sentido final de la acción, la relación de la adecuación social con los elementos valorativos del tipo se fue debilitando. Poco a poco, WELZEL reducía el papel de la adecuación social en la interpretación del tipo penal e introducía algunas modificaciones de carácter sistemático. Así, durante un tiempo, la adecuación social pasaba a formar parte de la antijuridicidad definiéndose como una causa de justificación de carácter consuetudinario[57]. Algunos dicen que ello se debió

---

teoría de la adecuación social en WELZEL", en *ADPCP*, 1993, pp. 697 y ss., 715 y ss.; MARAVER GÓMEZ, en *RJUAM* 5, 2001, pp. 202 a 205.

54 WELZEL. *Derecho penal. Parte general*, FONTÁN y FRIKER (trad.), Buenos Aires, 1956, pp. 3 a 13.

55 WELZEL. *PG*, 1956, pp. 63 y ss.

56 WELZEL. "Studien", cit., p. 517, n. 38.

57 Concretamente, entre la 4.ª y la 8.ª ed. de su manual (1954-1963). Ello fue criticado por SCHAFFSTEIN. "Soziale Adäquanz und Tatbestandslehre", en *ZStW* 72, 1960, pp. 369 y ss., 391 y ss., por entender que la adecuación social implicaba la imposibilidad de diferenciar entre tipicidad y antijuridicidad. También fue criticado por HIRSCH. "Soziale Adäquanz und Unrechtslehre", en *ZStW* 74, 1962, pp. 78 y ss., 81 a 87; y por CEREZO MIR, recensión a SCHAFFSTEIN. "Soziale Adäquanz und Tatbestandslehre", en

a que WELZEL dejó de concebir la tipicidad como *ratio essendi* de la antijuridicidad para verla como mero indicio de la misma, es decir, como *ratio cognoscendi*[58]. Otros entienden que lo determinante fue que WELZEL quisiera tratar el error sobre la adecuación social como un error de prohibición y no como un error de tipo[59]. Lo cierto es, sin embargo, que todo ello responde al mayor protagonismo otorgado a la dirección final de la acción en la fundamentación del injusto[60]. El sentido valorativo de la acción se buscaba básicamente en la dirección final y el tipo se convertía en una mera selección de acciones con sentido valorativo. Tiempo después, WELZEL volvió a ubicar la adecuación social en el plano de la tipicidad, pero para entonces la adecuación social ya no era más que una *falsilla* de los tipos penales y no respondía a una concepción ético-social del derecho penal. Las acciones socialmente adecuadas pasaban a ser aquellas acciones realizadas dentro de los límites normales de la libertad de acción social[61]. La adecuación social acababa teniendo, por tanto, un carácter más fáctico que normativo. Lo determinante era lo generalmente aceptado y no ya la interrelación de los valores incluidos en los tipos penales[62]. Paralelamente, su ámbito de aplicación quedaba reducido a los delitos imprudentes. En los delitos dolosos, dado que el sentido de la valoración dependería del propio sentido que la finalidad otorgaba a la acción, no era necesaria ni la adecuación social ni la configuración ético-social del tipo. Así, algunos de los supuestos que WELZEL había considerado penalmente irrelevantes por ser socialmente adecuados empezaban a ser analizados desde el punto de vista subjetivo[63]. Por otra parte, el resto de los autores

---

ZStW 72, 1960, en *ADPCP*, 1961, pp.351 y 352; ID. nota 11 a la traducción de WELZEL. *El nuevo sistema del derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*, Barcelona, 1964, p. 53; quienes señalan que para WELZEL el tipo no era una configuración conceptual del objeto de la valoración, sino una valoración extraída de la realidad social.

58 SCHAFFSTEIN, en *ZStW* 72, 1960, p. 372; ROEDER. *Die Einhaltung des sozialadäquaten Risikos*, pp. 16 a 19; MARTÍNEZ ESCAMILLA. *La imputación objetiva del resultado*, cit., p. 147.

59 GALLAS, en *ZStW* 67, 1955, pp. 22 a 24; KLUG. "Sozialkongruenz und Sozialadäquanz im Strafrechtssystem", en BOCKELMANN et ál (eds.). *Festschrift für Eberhard Schmidt (FS-Eb. Schmidt)*, Göttingen, 1961 (reimp. 1971), pp. 249 y ss., 253 a 255.

60 SCHAFFSTEIN , en *ZStW* 72, 1960, p. 371; CEREZO MIR, en *ADPCP*, 1961, p. 351; ROXIN, en *ZStW* 74, 1962, pp. 540 y 541; CANCIO MELIÁ, en *ADPCP*, 1993, pp. 724 a 728.

61 WELZEL. *El nuevo sistema del derecho penal*, pp. 53 y ss.; ID. *Das deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung*, 11.ª ed., Berlin y otras, 1969, pp. 55 y ss. (= *Derecho penal alemán. Parte general*, 11.ª ed., BUSTOS y YÁNEZ [trad.], Santiago de Chile, 1970, pp. 83 y ss.).

62 Cfr. CANCIO MELIÁ, en *ADPCP*, 1993, 713 y 714; PETERS. "Sozialadäquanz und Legalitätsprinzip", en STRATENWERTH et ál (eds.). *Festschrift für Hans Welzel (FS-Welzel)*, Berlin y New York, 1974, pp. 415 y ss., 419 y 420 y 427.

63 Así, por ejemplo, en el caso de quien envía a otro al bosque en plena tormenta con objeto de que sea alcanzado por un rayo, WELZEL ya no habla de un comportamiento socialmente adecuado (en *ZStW* 58, 1939, p. 51) sino de un comportamiento que no realiza el tipo por falta de dolo (*Das deutsche Strafrecht*, pp. 66 y 67).

finalistas fue adoptando esos mismos planteamientos, de manera que la teoría de la adecuación social acabó perdiendo por completo la importancia que había tenido en un primer momento.

Por lo demás, tampoco puede decirse que la teoría de la adecuación social haya tenido una gran aceptación entre la doctrina. Ello puede haberse debido a diferentes razones: en primer lugar, a esa transformación teórica y sistemática a la que fue sometida por parte del propio WELZEL; en segundo lugar, a su carácter ambiguo o impreciso y, en tercer lugar, a los reparos existentes ante la referencia a lo social[64]. Las principales críticas que se han hecho a esta teoría de la adecuación social se encuentran, de alguna manera, relacionadas con esas mismas razones. Algunos autores, siguiendo el camino ya iniciado por WELZEL, han optado por restar importancia a esta teoría reduciendo su ámbito de aplicación y asignándole un papel secundario frente a otras categorías dogmáticas; otros han hecho hincapié en su difícil relación con el principio de legalidad; y, por último, otros han dirigido sus críticas a la posibilidad de tomar como referencia la aceptación social de la conducta.

Por lo que se refiere a la primera de esas críticas, hay que tener en cuenta que la teoría de la adecuación social se presenta inicialmente como una teoría general para excluir el carácter típico de toda clase de conductas, incluidas aquellas que venían siendo estudiadas en el ámbito del riesgo permitido. Para WELZEL, efectivamente, el riesgo permitido no es más que un caso especial de adecuación social que se diferencia del resto simplemente por el grado de peligro al que se ve expuesto el bien jurídico[65]. La doctrina, sin embargo, se ha mostrado reacia a reconocer ese alcance general de la adecuación social y ha procurado restarle importancia reduciendo en exceso su ámbito de aplicación y dando preferencia a otra serie de criterios[66]. Se ha llegado a decir, incluso, que

---

64 Reconoce, también, estos tres tipos de razones ROLDÁN BARBERO. *Adecuación social y teoría jurídica del delito*, Córdoba, 1992, pp. 42 y ss.

65 WELZEL, en *ZStW* 58, 1939, p. 518.

66 Cfr., por ejemplo, HIRSCH, en *ZStW* 74, 1962, pp. 89 y ss., quien acaba definiendo la adecuación social como un marginal criterio de interpretación en casos de insuficiente descripción de los elementos típicos (ibíd., pp. 119 a 123, 132); no se trataría, por tanto, más que una interpretación restrictiva del tipo de carácter teleológico semejante a la que se produce en muchos tipos de delitos, por lo que no resultaría necesario insistir en el concepto de adecuación social (ibíd., pp. 126 y ss.). Esta idea ha sido criticada por entenderse que la interpretación propuesta por la teoría de la adecuación social va en realidad más allá de una interpretación en sentido estricto o tradicional desde el momento que no se limita al tenor literal o la descripción formal. La adecuación social, en ese sentido, no podría identificarse con los criterios tradicionales de interpretación. Cfr., a este respecto, SCHAFFSTEIN, en *ZStW* 72, 1960, pp. 375 a 377; KLUG, en *FS-Eb. Schmidt*, pp. 250 a 256; MORALES PRATS. "Adecuación social y tutela penal del honor", en *Cuadernos de Política Criminal (CPC)*, 1988, pp. 663 y ss., 673; ROLDÁN BARBERO. *Adecuación social*, cit., pp. 127 y ss.

los métodos de delimitación del tipo desarrollados por la doctrina harían completamente innecesario acudir a un criterio como el de la adecuación social[67]. No obstante, el hecho de que la simple referencia a la adecuación social no sirva para explicar de manera precisa todas las razones por las que una determinada conducta resulta permitida no significa que esta teoría pueda ser reservada a un pequeño grupo de casos y tampoco que deba ser ignorada a la hora de fundamentar los concretos criterios de delimitación del tipo. Cuando se concede relevancia a la adecuación social sólo en un tipo de casos, se viene a decir que en los demás casos no se tiene en cuenta la adecuación social y que, por tanto, puede haber conductas socialmente no adecuadas que, sin embargo, estén permitidas por otro tipo de motivos. Así, por ejemplo, podría llegar a hablarse de riesgos permitidos no socialmente adecuados[68]. De acuerdo con la definición originaria de WELZEL, eso supondría que hay conductas permitidas que, sin embargo, atentan contra los órdenes histórico-socialmente establecidos, lo que sólo tendría sentido si esos órdenes no jugaran ningún papel a la hora de interpretar los tipos penales o existiera entre ellos una mera relación de superposición. En ese caso, se vería la adecuación social como un criterio de referencia añadido basado en la realidad social y carente de significado normativo-valorativo. Sin embargo, como se ha visto, la concepción de la adecuación social defendida inicialmente por WELZEL parte de una plena relación entre el tipo

---

67 En este sentido, ROXIN. "Bemerkungen zur sozialen Adäquanz im Strafrecht", en KOHLMANN (ed.). *Festschrift für Ulrich Klug (FS-Klug)*, Köln, 1983, pp., 303 y ss., 310 a 313. Según este autor, si se observan los casos tratados dentro de la adecuación social y se excluyen los que están relacionados propiamente con las causas de justificación, quedan sólo dos tipos de casos: los casos de riesgo permitido y los de acciones insignificantes o generalmente aceptadas. A su juicio, los primeros merecen ser tratados dentro del criterio de la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado utilizado por la teoría de la imputación objetiva, mientras que los segundos se resolverían mediante una reducción teleológica del ámbito de protección del tipo. Crítico con esta tesis, MIR PUIG. *Derecho penal, Parte general*, 6.ª ed., Barcelona, 2002, 19/48, n. 37, quien señala que la adecuación social puede seguir siendo un criterio delimitador del tipo aunque sistemáticamente se ubique en el marco de la teoría general de la imputación objetiva. Cfr., también, ESER. "'Sozialadäquanz': eine überflüssige oder unverzichtbare Rechtsfigur? - Überlegungen anhand sozialüblicher Vorteilsgewährungen –", en SCHÜNEMANN et ál (eds.). *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag (FS-Roxin)*, Berlin y New York, 2001, pp. 199 y ss., 208 a 211, quien sostiene que la reducción teleológica del tipo propuesta por ROXIN es insuficiente para acabar con la adecuación social porque carece de los criterios materiales con los que ésta cuenta para fundamentar la atipicidad de la conducta.

68 Así HIRSCH, en *ZStW* 74, 1962, pp. 95 y 96, poniendo como ejemplo la puesta en peligro de los marineros de un barco contrabandista. De la misma opinión, PREUSS. *Untersuchungen zum erlaubten Risiko*, cit., p. 96, SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO. *Teoría del delito imprudente*, cit., pp. 135 a 137; CUELLO CONTRERAS. *El derecho penal español, Parte general*, 3.ª ed., Madrid, 2002, pp. 572 y 573; y CEREZO MIR. *Curso de derecho penal español, Parte general II, Teoría jurídica del delito*, 6.ª ed., 2.ª reimp., Madrid, 2000, pp. 169 y 170, n. 47.

penal y los órdenes éticos-sociales: la razón por la que las acciones socialmente adecuadas no están prohibidas es porque el tipo penal prohíbe la vulneración de órdenes ético-sociales. Cuando se le niega toda relevancia a la adecuación social y se atiende únicamente a otra serie de criterios, se olvida que lo que pretende esta teoría es dar una fundamentación general para la interpretación del tipo. En ese sentido, no necesariamente ha de resultar incompatible la teoría de la adecuación social con otros criterios desarrollados para delimitar el alcance del tipo[69].

Entre las razones que han llevado a la doctrina a optar por otros criterios de delimitación del tipo se encuentra el carácter ambiguo e impreciso que le ha sido criticado al criterio de la adecuación social. Se ha dicho, efectivamente, que se trata de una especie de eslogan sin contenido claro, impreciso, difícilmente determinable y de poca utilidad para la interpretación del tipo. Todo ello podría conducir a una inseguridad en la interpretación de los tipos contraria al principio de legalidad[70]. A este respecto, cabe decir, por una parte, que semejante grado de imprecisión podría predicarse de otros criterios utilizados para la delimitación del tipo[71], incluido el riesgo permitido. Por otra parte, que nada impide que la adecuación social pueda ser concretada en otra serie de criterios más precisos, ya que lo único que pretende es ofrecer una fundamentación general para la interpretación de los tipos penales en atención a la necesaria relación entre las normas penales y las valoraciones sociales. Finalmente, que la adecuación social no hace referencia a una realidad social separada del

---

69 La doctrina de la adecuación social se podría relacionar, por tanto, con una teoría general del tipo, de modo que si se quisiera diluir dentro de la imputación objetiva como pretende ROXIN se tendría que partir de una concepción amplia de la misma que fuera de aplicación en todo tipo de delitos, tanto de resultado como de mera actividad. Se trataría de una imputación objetiva entendida como teoría del tipo objetivo y distinta, por tanto, de la que viene siendo generalmente utilizada para la imputación del resultado. Cfr. supra n. 25. Llama la atención sobre este aspecto MORALES PRATS. *CPC*, 1988, pp. 676 a 679, quien, sin embargo, reserva la imputación objetiva para los delitos de resultado y concede a la adecuación social un carácter independiente en delitos de mera actividad como el delito de injurias.

70 ROXIN, en *FS- Klug*, p. 304; HIRSCH, en *ZStW* 74, 1962, pp. 134 y 135; ROEDER. *Die Einhaltung des sozialadäquaten Risikos*, cit., pp. 25 y 26, MECKEL. *Die strafrechtliche Haftung für riskante Verhaltensweisen*, cit., pp. 61 y 62; RODRÍGUEZ MOURULLO. *Derecho penal. Parte general*, Madrid, 1978, p. 263; GÓMEZ BENÍTEZ. *El ejercicio legítimo de cargo*, Madrid, 1980, pp. 219 y ss.; ID. *PG*, p. 165; PAREDES CASTAÑÓN. *El riesgo permitido*, cit., p. 86; SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO. *Teoría del delito imprudente*, cit., p. 133; CUELLO CONTRERAS. *PG*, p. 572; MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN. *Derecho penal, Parte general*, 5.ª ed., Valencia, 2002, p. 247.

71 Cfr., en este sentido, SCHAFFSTEIN, en *ZStW* 72, 1960, pp. 376 y 377; ESER, en *FS-Roxin*, pp. 208 y 209. A juicio de ESER, cuando se apela simplemente a una interpretación teleológica del tipo no se obtiene una mayor seguridad jurídica, porque detrás de esa interpretación se encuentran necesariamente los mismos criterios materiales en los que se basa la teoría de la adecuación social.

derecho, sino que debe interpretarse también a partir de las propias normas jurídicas[72].

Muchos de los reparos con los que ha contado la teoría de la adecuación social son debidos precisamente al especial énfasis puesto en la relación con las valoraciones sociales[73]. A tales reparos puede haber contribuido el desarrollo que tuvo esta teoría dentro de la propia obra de WELZEL[74]. Como se ha visto, desde el momento en que la adecuación social empezaba a definirse como un ámbito *normal* de libertad de acción social, perdía su componente normativo y permitía identificar lo socialmente adecuado con lo socialmente acostumbrado. Desde ese punto de vista, la conducta que fuera usual o corriente podía dejar de ser una conducta típica. Así, por ejemplo, la costumbre de conducir infringiendo el límite de velocidad podría llegar a verse como un caso de riesgo permitido. No obstante, eso era lo que pretendía evitar inicialmente WELZEL cuando insistía en el carácter valorativo y normativo de la adecuación social. Por eso, los autores partidarios de esta teoría han aclarado que no se trata de que la conducta sea normal, sino de que responda a un modelo de conducta socialmente reconocido[75]. Aun así, se ha criticado que el carácter normativo que de esa forma se estaría atribuyendo a la adecuación social sería en todo caso independiente del ordenamiento jurídico y que, por tanto, podría ponerse en duda su verdadera relevancia jurídica[76]. Si esa normatividad de carácter social

---

72 Cfr., en sentido parecido, MORALES PRATS, en *CPC*, 1988, pp. 671 y 672, quien ante esta crítica relativa a la "incertidumbre dogmática e inseguridad jurídica" que implica la adecuación social, sostiene que ello sólo es así "en la medida en que se vincule a conceptos generales y prejurídicos de acción", señalando que la adecuación social puede ser, sin embargo, un adecuado elemento del juicio de tipicidad si la valoración se realiza *desde la perspectiva del bien jurídico protegido*, entendiendo que "el objeto jurídico de protección se asienta en una *red articulada de principios y valores* que es expresión del orden social y político definido en la Constitución" (con cursiva en el original). Cfr., sin embargo, BUSTOS RAMÍREZ y HORMAZÁBAL MALAREE. "Significación social y tipicidad", *EPCr* V, 1980-1981, pp. 10 y ss., 30, quienes critican también la vaguedad e imprecisión del concepto de adecuación social y entienden que el problema se encuentra precisamente en su carácter prejurídico e, incluso, ontológico.

73 Así, por ejemplo, REYES ALVARADO. *Imputación objetiva*, cit., pp. 98 y 99, destacando la "distorsión producida por el componente ético-social". Cfr., también, RODRÍGUEZ MOURULLO. *PG*, p. 265, quien tras criticar esa referencia al elemento social, explica que no se trata de "excluir *a priori* la existencia de un derecho 'extralegislativo', sino de recordar que incluso en este caso se trata de derecho y no de simple socialidad", lo que, en realidad, se corresponde con la relación entre derecho y sociedad reconocida inicialmente por WELZEL.

74 Gran parte de las críticas realizadas a la adecuación social se dirigen realmente a la última concepción de la adecuación social mantenida por WELZEL, en la que no está clara la relación general entre las normas jurídicas y las valoraciones sociales.

75 ZIPF. "Rechtskonformes und Sozialadäquates Verhalten im Strafrecht", en *ZStW 82*, 1970, pp. 633 y ss., 633; ESER, en *FS-Roxin*, pp. 209 y 210 y 212.

76 PAREDES CASTAÑÓN. *El riesgo permitido*, cit., pp. 321 y 322.

no contara con una asunción unánime podría verse como una ilegítima imposición de un sistema de valores que dejaría la delimitación entre lo lícito y lo ilícito en manos de una determinada visión política y social o de una determinada "moral social dominante"[77]. Ahora bien, este tipo de críticas sólo se entiende si se parte de una escisión entre la valoración social y el ordenamiento jurídico. Frente a ello, hay que tener en cuenta que, con independencia de lo difícil que pudiera ser interpretar esas valoraciones sociales al margen de su relación con el derecho, no es cierto que la teoría de la adecuación social conduzca necesariamente a esa escisión[78]. La teoría de la adecuación social responde a la idea de que los tipos penales no pretenden evitar toda lesión del bien jurídico, sino sólo aquella lesión que se produce infringiendo los órdenes ético-sociales establecidos. Dentro de esos órdenes ético-sociales es necesario atender a las distintas normas jurídicas y a la forma en que tales normas forman parte de la realidad social[79]. Lo determinante es que esas normas y esas valoraciones son las que van configurando el bien jurídico y su grado de protección, dando preferencia así a su desarrollo histórico-social y negando la existencia de criterios previos de valoración[80]. Por esa razón, la adecuación social puede resultar válida como criterio para la delimitación del tipo en toda clase de conductas. En el ámbito del derecho penal, toda conducta no socialmente adecuada es una conducta penalmente típica porque la adecuación social pretende ser un criterio general de interpretación del tipo[81]. Sucede, sin embargo, que los ejemplos que se ponen para destacar la importancia de la adecuación social son casos en los que la única explicación posible para rechazar la tipicidad de la

---

77 PAREDES CASTAÑÓN. *El riesgo permitido*, cit., pp. 327 y 328.

78 Reconoce esa relación MORALES PRATS, en *CPC*, 1988, pp. 669 y 670, cuando ve en la adecuación social una "*expresión del orden político y social* definido en la Constitución" (con cursiva en el original). Destaca también el carácter jurídico de la adecuación social, MIR PUIG. *PG*, 19/48, entendiendo que se trata de una forma de interpretar la norma penal que responde a las exigencias de un derecho penal democrático que pretenda evitar contradicciones entre las valoraciones jurídicas y las valoraciones sociales.

79 Por esa razón podría criticarse la distinción realizada por ZIPF, en *ZStW 82*, 1970, pp. 638 y ss., entre la coincidencia con normas de conducta jurídicamente establecidas (*rechtskonformes Verhalten*) y la coincidencia con normas de conducta socialmente reconocidas (*sozialadäquates Verhalten*), pues reproduce también esa misma escisión.

80 Cfr., sin embargo, PAREDES CASTAÑÓN. *El riesgo permitido*, p. 328, n. 100.

81 De esta forma se podría decir que la conducta típica es una conducta socialmente inadecuada y que la conducta no típica es una conducta socialmente adecuada. A esa conclusión llegan también MAURACH, GÖSSEL y ZIPF. *Strafrecht, Allgemeiner Teil, II*, 7.ª ed., Heidelberg, 1989, 43/39; y GÓMEZ BENÍTEZ. *El ejercicio legítimo de cargo*, pp. 213 y ss. En sentido crítico, SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO. *Teoría del delito imprudente*, cit., p. 135; y PAREDES CASTAÑÓN. *El riesgo permitido*, cit., pp. 328 a 330; diciendo que ello respondería a una concepción tautológica que haría inútil el criterio de la adecuación social como criterio de interpretación.

conducta guardan relación con las valoraciones sociales. Así, por ejemplo, el que el curanderismo rural no sea un delito de intrusismo[82] o que el contagio de una gripe no sea un delito de lesiones difícilmente puede explicarse sin atención a la práctica social. No obstante, eso no significa que la valoración o los usos sociales se impongan al ordenamiento, sino que a partir de una interpretación general del ordenamiento y de su relación con las valoraciones sociales no cabe considerar prohibida la conducta. Si hubiera una norma que prohibiera esa concreta actividad de curanderismo o que impidiera asistir a determinados sitios cuando se tiene gripe habría que tener presente esa norma para la interpretación del tipo. Así también, el vender material pirotécnico puede pasar a ser una conducta no socialmente adecuada o un riesgo no permitido desde el momento en que cambie la normativa, con independencia de que durante muchos años hubiera estado autorizado. El reconocimiento y la valoración social se ven condicionados por las reglas y las normas jurídicas existentes. Si se entiende que eso implica conceder importancia a la adecuación social únicamente para excluir la responsabilidad en determinados casos, se niega esa relación valorativa que impregna a todo el ordenamiento jurídico. De hecho, es esa relación con las valoraciones sociales la que permite reconocer unas expectativas de conducta con las que poder delimitar el deber de cuidado cuando no existe ningún tipo de regulación[83]. Por otra parte, la adecuación social no sólo opera cuando no hay normas concretas que regulan la actividad, sino que es necesaria para interpretar cualquier regulación. Toda regulación se produce en un determinado contexto social y ese contexto debe ser tenido en cuenta para su interpretación. Sólo así se explica que el conducir para dar un paseo, a pesar del riesgo inútil que pueda conllevar para otros participantes del tráfico, se considere un supuesto incluido dentro de la norma que permite realizar esa actividad y, por tanto, se vea como una conducta permitida. Si las normas jurídicas o las valoraciones sociales tuvieran que ser sometidas a criterios previamente determinados al margen del desarrollo histórico-social, sería difícil explicar por qué casos como ese entran dentro del riesgo permitido.

En resumen, la teoría de la adecuación social, en su formulación originaria, se presenta como una teoría idónea para delimitar el alcance del tipo y concretar el deber de cuidado[84]. Con esta teoría se le atribuye al ordenamiento jurídi-

---

82 El ejemplo es de ROLDÁN BARBERO. *Adecuación social*, cit., p. 112.

83 Teniendo en cuenta, sin embargo, que en estos casos tampoco pueden fijarse las expectativas sin tomar como referencia el ordenamiento jurídico en su conjunto.

84 Destaca esa relación entre adecuación social y deber de cuidado, KRAUSS, en *ZStW 76*, 1964, pp. 47 y 48,

co una posición en el orden histórico-socialmente establecido y se evidencia la interdependencia entre el derecho y otros reguladores sociales[85]. Supone, por otra parte, un criterio general de interpretación de los tipos penales, de manera que puede tener validez tanto en los delitos de actividad como en los delitos de resultado[86]. No es incompatible con otra serie de criterios manejados por la doctrina en la medida en que ofrece, únicamente, una fundamentación general. Dentro de la adecuación social podrían estudiarse, por tanto, todos los casos de riesgo permitido e, incluso, los generalmente tratados con respecto a la delimitación de ámbitos de responsabilidad. La aportación de esta teoría consiste en demostrar la necesidad de interpretar las normas penales a partir de su relación con los valores jurídico-socialmente reconocidos.

IV

Conforme a todo lo dicho, resulta difícil establecer diferencias de carácter material entre la adecuación social y el riesgo permitido. De hecho, podría decirse que la adecuación social no es más que una forma de intentar fundamentar el riesgo permitido[87]. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que la teoría de la adecuación social aspira a ser un criterio general de interpretación del tipo, por lo que, en realidad, no se agota en los casos de riesgo permitido[88]. En ese sentido, se encuentra más cerca de esa concepción amplia de riesgo permitido con la que se pretende determinar el carácter típico de toda clase de conductas. Como criterio general de interpretación del tipo, la adecuación social afecta a todo tipo de delitos, tanto de resultado como de mera actividad. Incluso podría tomarse como punto de partida para fundamentar la posición de garante en los

---

para quien "socialmente adecuada es toda conducta que se corresponde con el cuidado objetivo exigido en el tráfico". En sentido parecido, BURGSTALLER. *Das Fahrlässigkeitsdelikt*, cit., pp. 39 a 41, quien sostiene que "sólo es contraria al cuidado objetivo la peligrosidad no adecuada socialmente". Cfr., también, MAURACH, GÖSSEL y ZIPF. *AT II*, 43/39 y 43/58, quienes identifican la conducta cuidadosa con la conducta socialmente adecuada; y GÓMEZ BENÍTEZ. *PG*, p. 166; ID. *El ejercicio legítimo de cargo*, cit., pp. 209 y ss.; quien destaca la conexión e interdependencia entre la adecuación social, el riesgo permitido y la observancia del deber objetivo de cuidado.

85 ZIPF, en *ZStW 82*, 1970, pp. 653 y 654. De esta forma se consigue que las descripciones jurídico-formales se adapten a las transformaciones sociales y que, en general, no se produzcan contradicciones entre las valoraciones jurídicas y las valoraciones sociales. Cfr., también, ROLDÁN BARBERO. *Adecuación social*, cit., pp. 113 a 115; MIR PUIG. *PG*, 19/48.

86 Cfr. ROLDÁN BARBERO. *Adecuación social*, cit., p. 114, con más referencias.

87 Cfr. MAIWALD, en *FS-Jescheck*, pp. 408 y 409; PAREDES CASTAÑÓN. *El riesgo permitido*, cit., p. 83; SCHÜRER-MOHR. *Erlaubte Risiken*, cit., pp. 78 a 80.

88 MAIWALD, en *FS-Jescheck*, p. 408.

delitos impropios de omisión o para delimitar los ámbitos de responsabilidad en los casos en que intervienen varias personas. En la medida en que no se refiere exclusivamente a la creación de un riesgo desaprobado, no limita su campo de aplicación. Ahora bien, hay que reconocer que la mayor parte de los criterios utilizados para la delimitación del tipo penal han venido siendo desarrollados en el contexto de la teoría de la imputación objetiva. Por esa razón, no resultaría apropiado ni acudir directamente al criterio de la adecuación social ni renunciar a la nomenclatura tradicional[89]. Es preferible reservar la teoría de la adecuación social para desarrollar una teoría general del tipo y fundamentar los criterios comúnmente manejados. En todo caso, debe quedar claro que, más allá del plano de abstracción o de las diferencias terminológicas, no se produce ninguna contradicción entre la adecuación social y el riesgo permitido.

Si se llama la atención sobre la teoría de la adecuación social es porque es importante reconocer el papel que juegan las valoraciones sociales en la determinación del riesgo permitido. Por un lado, ello es importante porque supone hacer hincapié en el hecho de que no se prohíbe la producción de un resultado, sino una concreta forma de producir el resultado. Partiendo de ahí, lo determinante no es tanto que el desvalor inicial que entraña el riesgo se vea justificado por una especial utilidad, como que la actividad peligrosa se lleve a cabo dentro de los cauces socialmente reconocidos. En ese sentido, la creación de un riesgo no permitido se corresponde con la infracción de un deber de cuidado o, en general, con la defraudación de una expectativa de conducta. Reconociendo la existencia de un orden social con un determinado contexto de interacción en el que los bienes jurídicos son sometidos necesariamente a distintos tipos de peligros, el que algo esté o no permitido dependerá de que se cumpla con ese orden establecido. Por otro lado, destacar el papel de las valoraciones sociales en la interpretación del tipo conlleva reconocer que la forma en la que los bienes jurídicos son valorados y protegidos responde a muy diferentes razones que van cambiando con el paso del tiempo. El contexto de interacción social, con sus correspondientes expectativas de conducta, es resultado de una evolución histórica. Las razones por las que una sociedad se va configurando de una u otra forma ni están predeterminadas ni permanecen inmutables, de manera que al determinar las expectativas de conducta –y con ello el riesgo permitido– no se puede partir de unos concretos criterios de ponderación. En la ponderación es necesario atender a los valores socialmente reconocidos. Eso no signifi-

89 Así también, REYES ALVARADO. *Imputación objetiva*, cit., pp. 89 y 90.

ca establecer criterios de valoración al margen del derecho, sino reconocer que el derecho comprende esas valoraciones sociales o, si se prefiere, que las normas jurídicas no pueden por sí solas definir las expectativas de conducta. La norma jurídica constituye también una valoración que se relaciona con el resto de las valoraciones sociales, y al realizar la interpretación de la norma habrá que analizar esa relación. Ello supone, por lo pronto, que no puede haber valoraciones sociales que contradigan las normas jurídicas necesarias para la interpretación del tipo penal, pero también que la propia interpretación de esas normas se lleva a cabo en atención a su reconocimiento social, que a su vez puede estar condicionado por otra clase de normas. Si se realizara, en cambio, una ponderación atendiendo a criterios predeterminados se tendría que someter cada una de las actividades a una valoración independiente fuera del contexto en el que son realizadas y, por tanto, al margen de ese orden histórico-social que define la forma en la que son protegidos los bienes jurídicos. Así pues, sólo desde este punto de vista puede decirse que existen riesgos permitidos por legitimación histórica. La existencia de este tipo de riesgos implica el reconocimiento de una directa relación entre el riesgo permitido y la teoría de la adecuación social.

V

Para valorar el alcance de la afirmación realizada por JAKOBS, queda por ver cuáles son las particularidades que presentan, realmente, los riesgos permitidos por legitimación histórica. Como se explicó en su momento, con esta denominación se hace referencia a aquellos riesgos que se encuentran permitidos debido a su aceptación social. Se aclaraba, en ese sentido, que no se trata propiamente de que la historia los legitime, sino de que el acuerdo existente sugiere que la cuestión acerca de su legitimación se encuentra ya resuelta con anterioridad. En estos casos, la ponderación necesaria para determinar si el riesgo debe o no estar permitido se realiza en función de la valoración que recibe por parte de la sociedad. Como se ha visto en el apartado dedicado a la teoría de la adecuación social, eso no significa que la valoración social se imponga al derecho, sino que no existe ningún criterio de ponderación predeterminado. Se quiere hacer ver, en definitiva, que el derecho tiene una naturaleza histórica y que, en esa medida, debe ser interpretado a partir de su relación con la sociedad. Por esa razón, no puede prohibirse toda producción de un resultado ni todo riesgo de producción de un resultado, sino sólo aquellos riesgos que se salen del orden histórico-socialmente establecido. Así pues, un riesgo permitido por legitimación histórica es un riesgo socialmente adecuado, es decir,

un riesgo que no puede estar prohibido porque no se encuentra fuera de ese orden establecido. La legitimación histórica hace referencia a la ausencia de un criterio general de fundamentación situado al margen de las valoraciones sociales, es decir, al margen de los valores que conforman la sociedad.

Esto significa, igualmente, que todo riesgo socialmente adecuado es un riesgo permitido por legitimación histórica, de modo que habrá que reconocer que no existen riesgos permitidos que no estén históricamente legitimados. No hay ningún riesgo permitido que no dependa de las valoraciones sociales o que pueda fundamentarse con un criterio general de ponderación. Se podría pensar que el riesgo permitido por legitimación histórica se reserva para los casos en los que no hay ninguna norma jurídica que regule el riesgo, es decir, para los casos en los que la legitimación no puede buscarse directamente en el derecho sino sólo en la sociedad. Sin embargo, eso significaría establecer una separación entre derecho y sociedad que no se corresponde con la teoría de la adecuación social aquí destacada. Ello supondría, además, aceptar que hay casos en los que la valoración social se impone al derecho, cuando de lo que se trata es de interpretar al derecho mediante su relación con la sociedad. Por otra parte, hay que tener en cuenta que las normas jurídicas que regulan el riesgo son, igualmente, normas de carácter histórico que no responden a un criterio de ponderación predeterminado y que, por tanto, tampoco pueden ser fundamentadas al margen de las valoraciones sociales. La interpretación de estas normas debe realizarse a partir de su relación con el orden histórico-socialmente establecido y no a partir de una ponderación independiente que les pueda servir de fundamento. De hecho, los ejemplos que pone JAKOBS de riesgos permitidos por legitimación histórica son también riesgos que parten de una regulación jurídica cuya fundamentación no puede entenderse sin su reconocimiento social. En el ejemplo de quien conduce para dar un paseo fracasaría cualquier fundamentación que no tuviera presente el interés social en no tener que hacer concretas ponderaciones cada vez que se va a utilizar un vehículo. La única particularidad de los casos de riesgo permitido por legitimación histórica podría ser lo evidente que resulta en algunos casos esa necesaria referencia social, pero hacer una distinción por esa razón crearía confusión acerca de la fundamentación del riesgo permitido. En todo caso, no sería una diferencia cualitativa. Por todo ello, ante la afirmación de JAKOBS de que junto a los riesgos permitidos por ponderación existen riesgos permitidos por legitimación histórica, habría que decir no sólo que todo riesgo permitido responde a una ponderación, sino que, además, todo riesgo permitido es un riesgo permitido por legitimación histórica.

MARCO L. CERLETTI*

Juicios de imputación y juicios causales

Se teme que negar la existencia de una relación causal entre la omisión y el resultado deba conducir a la negación de toda posibilidad de imputar resultados. En su *Tratado de derecho penal*, el homenajeado responde a esa idea con este pensamiento: "La observación correcta, sin embargo, se desarrolla inversamente: los principios de la imputación deciden si, y cuánto, es necesaria la causalidad"[1]. Si bien esta sentencia contiene un enunciado de alcance general, aparece recién en la exposición del delito de omisión, una forma delictiva que habitualmente recibe un trato secundario en comparación con la figura que suele ocupar el centro de la discusión: el delito (doloso) de comisión. En una contribución posterior, el profesor JAKOBS insiste en la cuestión con estas palabras: "Dado que jurídico-penalmente no se trata genuinamente de causalidad, sino de imputación, dado, por lo tanto, que la causalidad aparece como un derivado de la imputación, se debe determinar aquí, según la misión de la imputación, qué es necesario de la causalidad"[2]. Pese a que esta frase puede ser entendida sin dificultad como una reformulación de la anterior, fue ella (y no la primera) la que motivó alguna reacción en la literatura alemana: FRIEDRICH DENCKER sostuvo que ella implica la "renuncia a una definición de un elemento esencial de los tipos penales y [su] reemplazo por un juicio discrecional sobre qué aparece como necesario de punición (quién, y con qué parámetro, determina la 'necesidad', permanece sin respuesta)", concluyendo que esa expresión pone las cosas "de cabeza"[3].

Esa crítica responde a la tendencia intuitiva y permanente de asociar "imputación de resultados" con "causalidad", y consecuentemente, de reconocerle a esta última el fundamento habilitante de toda imputación de resultados: puede haber causalidad sin imputación, pero no a la inversa. Ese pensamiento, arraigado en la dogmática penal alemana, y en las influenciadas por ella, parece entrar en conflicto con los pasajes citados. En este trabajo se tratará de verificar si el sistema de imputación de GÜNTHER JAKOBS está montado "de cabeza", es decir, si en verdad propone variaciones lingüísticas "discrecionales" para dar vueltas alrededor de un problema sin resolverlo; o bien si la imputación se construye sobre diversos criterios, independientes de los juicios de causalidad.

---

* Universidad de Buenos Aires (actualmente becario para investigación doctoral del Servicio Alemán de Intercambio Académico en el Seminario de Filosofía del Derecho de la Universidad de Bonn, República Federal de Alemania).

1 GÜNTHER JAKOBS. *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2. Auflage, Berlin y New York, 1991, 29/15, traducción de JOAQUÍN CUELLO CONTRERAS y JOSÉ LUIS SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, Madrid, 1995, p. 959.

2 "Strafrechtliche Haftung durch Mitwirkung an Abstimmungen", en *Festschrift für Koichi Miyazawa*, Baden-Baden, 1995, p. 421.

3 *Kausalität und Gesamttat*, Berlin, 1996, p. 11, nota 3 a.

La pregunta central es: *¿cuál es la relación que existe entre los juicios de causalidad y los juicios de imputación?* Para concretar el alcance de la pregunta, es preciso aclarar sus términos (los "juicios de causalidad" y los "juicios de imputación"). Por "juicio de causalidad" se entiende aquí a aquellos juicios que vinculan acontecimientos según el principio de causalidad, que sostiene que ciertos acontecimientos son consecuencia de otros anteriores y, a su vez, pueden originar (ser causa de) otros posteriores[4]. El principio de causalidad[5] debe distinguirse de los criterios de causalidad, éstos constituyen solamente el contenido material con el que se pretende establecer esa relación "causa-efecto", y pueden variar sin que se altere el principio de causalidad en sí, es decir, sin que se afecte esa forma de interpretar el mundo: un suceso proviene de otro y puede dar lugar a otro[6]. Por "juicio de imputación" se entiende al juicio normativo (es decir, el que se efectúa y se discute en la ciencia del derecho) según el cual un acontecimiento determinado (el "resultado") se considera vinculado con otro comportamiento determinado (la "conducta típica"; se deja de lado, de momento, si ésta consiste en una comisión o en una omisión)[7]. Estos juicios

---

4 Por lo tanto representan, en el sentido en el que aquí se utilizará el término, *explicaciones causales*: se trata de "una explicación deductivo-nomológica, para la cual al menos se necesita una ley de correlación determinista y cuantitativa, cuyo acontecimiento-antecedente no sea posterior al acontecimiento-explanando" (STEGMÜLLER. *Probleme und Resultate der Wissenschaftstheorie und Analytischen Philosophie*, Bd. I, "Erklärung, Begründung, Kausalität", 2.ª ed., Berlin y otras, 1983, p. 535).

5 En términos más estrictos, el principio de causalidad, en su formulación histórica ("cada acontecimiento tiene una causa") se reformula en la expresión "para cada acontecimiento existe una explicación causal adecuada" (ibíd. nota 4, p. 539): los "criterios de causalidad" son los que permiten establecer (o no) esa explicación.

6 Los criterios de causalidad derivan, en todo caso, de la discusión acerca de cuál es el contenido de las leyes causales-deterministas y cuándo puede sostenerse su validez. La vigencia de un criterio u otro no altera el punto de partida axiomático, contenido en la enunciación del principio de causalidad.

7 Éste es el sentido que se le otorga en general al término "imputación" cuando la discusión sobre él se desarrolla en el ámbito de la teoría del delito y, en particular, en el nivel de la tipicidad bajo el rótulo "imputación objetiva" (a modo de ejemplo, ROXIN. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 3.ª ed., München, 1997, § 11/1, 11/39 y ss., trad. de la 2.ª ed. por DIEGO-MANUEL LUZÓN PEÑA, MIGUEL DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO y JAVIER DE VICENTE REMESAL, sin cambios sustanciales sobre el punto; STRATENWERTH. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 4.ª ed., Köln, 2000, § 8/15; OTTO. *Grundkurs Strafrecht*, 6.ª ed., Berlin y otras, 2000, § 6/5; HRUSCHKA. *Strukturen der Zurechnung*, Berlin y New York, 1976, p. 1/2 –con nota 3–). No debe pasarse por alto, sin embargo, que el mismo término se refiere a veces en la ciencia del derecho a un fenómeno distinto: la atribución, en el sentido de la asignación normativa de una consecuencia, de una sanción a un antecedente o conjunto de condiciones (HANS KELSEN. *Reine Rechtslehre*, Viena, 1960, pp. 79/80, traducción de ROBERTO VERNENGO, México D. F., 1979, pp. 90 y 91). Desde esta perspectiva, la "imputación penal" describe un vínculo que se establece entre la pena y los sucesos designados como "delito", y no al vínculo entre esos sucesos entre sí (por ejemplo, entre resultado y conducta). Ambos significados suelen convivir entremezclados, pero no debe perderse de vista que el primero (el que habla sobre la "relación entre elementos del antecedente") es un derivado lógico del segundo (el que establece que la imputación genuinamente se da entre sanción y antecedente): dado

también se establecen según criterios de imputación, los que son portadores de los parámetros de vinculación (más adelante –apartados II y III – se ahondará en esta cuestión).

Para responder a la pregunta de este trabajo, he elegido como método exponer separadamente los tres modelos de relación entre ambos juicios que aparecen como lógicamente posibles: reducir todo juicio de imputación a un juicio de causalidad (apartado I), mantener a ambos juicios separados pero al de imputación vinculado (condicionado) por el de causalidad (apartado II), y por último, declarar a ambos juicios autónomos y subordinar el de causalidad al de imputación (apartado III). Este orden de exposición no se corresponde metodológicamente ni con la sucesión cronológica de teorías específicas sobre el tema ni con un ordenamiento según modelos de imputación generales (causalismo, finalismo, etc.). Escoger una de esas guías llevaría a complejidades y distorsiones perjudiciales: los modelos de relaciones anunciados (como se verá) ni se limitan a un período histórico determinado ni se corresponden enteramente con una escuela de pensamiento particular. Otro obstáculo para una exposición cronológica o "por escuelas" estriba en el hecho de que la discusión acerca de las sutilezas de cada teoría penal suele desplazar a un segundo plano (o incluso suprimir) la enunciación de alguno de los modelos que se explicarán seguidamente; muchas veces se da por sentado que alguno de ellos es el prioritario, sin analizar ni mencionar las otras alternativas.

I

1. *Primera relación posible: el juicio de imputación es equivalente al juicio de causalidad.* Si se desarrollara de manera consecuente este punto de partida, la solución a todas las cuestiones vinculadas a la imputación de resultados se remitiría a la dilucidación de las relaciones de causalidad entre aquellos elementos sobre cuya vinculación se pregunte. El resultado de muerte de un atropellado se imputaría (o no) a la conducción descuidada de un tercero según si ésta ha sido causa de ese atropellamiento, o bien el resultado de lesión de un tercero se imputaría a la conducta de un boxeador según haya sido él (o no) quien ocasionó esa lesión mediante algún acto propio, y así sucesivamente. Por correspondencia axiomática, la identidad entre ambos juicios debería ser absoluta: todo juicio de imputación coincidiría con un juicio de causalidad (serían *el mismo juicio*).

---

que la relación entre pena y delito es una de imputación (una asignación normativa), también lo es la selección normativa de aquello que constituirá el antecedente (en derecho penal, el "delito").

2. Existen tres objeciones a esta reducción. La primera será presentada a continuación y las dos restantes, para facilitar la exposición, más adelante (apartados II.2 y II.3). La primera objeción es la imposibilidad de poner límites a la extensión de la imputación penal: por la naturaleza misma del principio causal, la cadena de acontecimientos vinculados es extensa, y no hay manera de establecer la prioridad de uno sobre otro. Es decir: todo acontecimiento *X* es fruto de varias causas, las que a su vez tienen sus propias causas, causas que se transforman así también en causas del acontecimiento *X*. Ésta es una idea que subyace en la teoría de la condición conforme a la ley (natural), la que sigue rigiendo como parámetro causal dominante en la ciencia penal[8]. En un ejemplo muy simplificado, es causa de la muerte de *A* el disparo que *B* le efectuó con un arma de fuego, pero también la propia decisión de *A* de concurrir al lugar del hecho en ese momento (aportó la "presencia de la víctima"), también el proceso fabril que produjo el arma que *B* utilizó (aportó el arma), y hasta la propia conducta de los padres de *A* y de *B*, que los procrearon (aportaron al autor y a la víctima). La cadena de sucesos puede ser ampliada hacia atrás en el tiempo, y extendida a lo ancho en el abanico de elementos que tienen relevancia en el producto final, así como también ciertos hechos pueden ser descompuestos en una cadena de actos parciales intermedios (por ejemplo, todo el proceso de producción del arma que utilizó *B*). Cada uno de esos acontecimientos ingresa en la explicación causal de la muerte de *A*, sobre todos ellos puede efectuarse un juicio causal positivo, lo que implica (en este modelo de relación que se expone) que sobre todos ellos es posible efectuar un juicio de imputación positivo.

Podría intentarse salvar de esta objeción al modelo que se expone (juicios de imputación = juicios de causalidad) sosteniendo que, como la relación de imputación se establece entre hechos que son típicamente relevantes, bastaría con aislar de toda la cadena de sucesos aquellos que carecen de relevancia típica (por ejemplo, el acto de procrear a *A* y *B* por parte de sus padres). Pero si se es consecuente con el punto de partida del modelo bajo análisis, este recurso que-

---

8 Reconocido es que el planteamiento mejor logrado de esta teoría se halla en ENGISCH. *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände*, Tübingen, 1931, pp. 21 y ss. Como ejemplo de su vigencia en lo que respecta a juicios de causalidad, JAKOBS (nota 1), 7/12; ROXIN (nota 7), 11/14; OTTO (nota 7), 6/31 y ss.; KÜHL. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 4.ª ed., München, 2002, § 4/6, 4/8, 4/22. La "infinitud" de condiciones de un acontecimiento se relaciona básicamente con la denominada *teoría de la equivalencia de las condiciones*. La teoría de la *condición conforme a la ley natural* se distingue de aquella por pretender ser, precisamente, sólo un reflejo de un concepto meramente naturalista de causalidad, pero no plantea nada distinto respecto de la infinitud de condiciones y su equivalencia entre sí (al respecto, KÜHL. Ob. cit., 4/22, sobre la causalidad de cada condición ante la pluralidad de condiciones, ya ENGISCH. Ob. cit., pp. 32 y ss.).

da vedado, dado que conduce a resultados que lo contradicen abiertamente: los juicios de imputación podrían ser distintos de los juicios de causalidad. En el ejemplo del párrafo anterior: si se excluyen del juicio de imputación las conductas de los padres de *A* y de *B*, existiría sobre ellos un juicio de imputación negativo y uno de causalidad positivo, la identidad estaría quebrada y el modelo de relación sería abandonado.

Por lo tanto, la aplicación llana de esta reducción no refleja el concepto de imputación que se pretende en la ciencia jurídico-penal, y resulta por ello inútil. Esto no significa que se trate de un modelo imposible (es posible, sólo que no convence), ni que el criterio de la equivalencia de las condiciones sea errado (podría serlo, pero no porque no sirva para circunscribir a la imputación jurídico-penal).

3. La constatación de la inutilidad de reducir juicios de imputación a juicios de causalidad no condujo necesariamente al abandono de este modelo. Han existido[9] y existen hoy[10] juristas que entienden que la imputación de resultados se reduce a la determinación de una relación causal, pero que encuentran como alternativa a la reducción incondicional el fundir ambas formas de razonamiento en una intermedia, entendida como un juicio de "causalidad ju-

---

9 Respecto de la "causalidad adecuada", VON KRIES. "Über die Begriffe der Wahrscheinlichkeit und Möglichkeit und ihre Bedeutung im Strafrechte", en *ZStW*, 9 (1889), pp. 528 y ss. (531 y 532); fue el sostenedor más lúcido de una teoría de la causalidad relevante (en el sentido de *jurídicamente* relevante), MEZGER. *Strafrecht, ein Lehrbuch*, 2.ª ed., München, 1933, pp. 111 y ss., en especial 111, 116 y 122 y ss.; reiteró con posterioridad el mismo planteamiento en su *Strafrecht, ein Studienbuch*, 18.ª ed., München, 1983 (a partir de la 6.ª ed., continuación de HERMANN BLEI), § 25 completo.

10 LARS RÖH. *Die kausale Erklärung überbedingter Erfolge im Strafrecht*, Frankfurt y otras, 1995, pp. 51 y ss., deliberadamente pretende obtener un modelo de explicación causal que contenga en sí todos los criterios de imputación objetiva, de tal manera que el producto positivo de ese juicio sea al mismo tiempo y sin más un juicio de imputación positivo y, a la inversa, un producto negativo al mismo tiempo un juicio negativo. El método escogido para ello es ir incorporando en el silogismo nomológico-deductivo (dados los sucesos S1, S2, S3... x, según las leyes causales L1, L2, L3... x, se deduce el acontecimiento A) cada uno de los criterios de imputación normativa de modo tal que sean excluidos de él todos aquellos hechos que según esos criterios resulten irrelevantes (ob. cit., pp. 60 y ss.), pero siempre de modo tal que el silogismo final obtenido refleje en sus condiciones aquello jurídicamente relevante y que, al mismo tiempo, todo lo que no esté presente en ellas no merezca ninguna atención (con claridad en sus conclusiones, ob. cit., pp. 203 y ss.). Independientemente de las críticas que corresponden a esta "fusión de juicios" (cfr. supra en el texto), el modelo que propone RÖH fracasa ya en su aplicabilidad, en tanto deviene en un ordenamiento casuístico de 4 condiciones de adecuación para la comisión, 4 para la omisión, 2 condiciones pragmáticas para la comisión, 2 para la omisión, 11 reglas para la comisión y 11 reglas para la omisión, más 2 reglas para la interrupción de cursos salvadores; todo (tácitamente) según cuánto se pretenda excluir normativamente. Es decir: el número y contenido de las reglas de explicación "causal" termina dependiendo de los criterios de relevancia normativa, los que a su vez aparecen dispersos en un contexto de explicación pseudo-causal.

rídica" o "causalidad relevante" o "causalidad adecuada". Estas teorías no renuncian a la identidad entre "juicio de causalidad" y "juicio de imputación", pero pretenden superar las insatisfactorias consecuencias antes referidas alterando el criterio de causalidad (parámetro de causalidad), abandonando parcialmente el terreno del mero juicio naturalista (el concepto de causalidad mecánica, propio del modelo de las ciencias naturales) y reemplazándolo o complementándolo con un criterio "de adecuación" o "jurídico-penal". A partir de este criterio de causalidad "combinado" se busca llegar a resultados consecuentes (juicio de causalidad positivo = imputación positiva; juicio de causalidad negativo = imputación negativa), sin atarse al escrutinio del ojo de otras ciencias, siempre indiferente a las necesidades del jurista penal.

De esta manera, en el ejemplo que se viene utilizando, no existiría relación de causalidad entre los padres de *A* (o de *B*) y la muerte de *A*, al menos, no existiría "causalidad relevante" o "causalidad jurídico-penal" o "causalidad adecuada" entre ambos acontecimientos. En esta línea de pensamiento se encuentra el clásico caso del sobrino que envía al tío[11] a pasear por el bosque con la esperanza de que un rayo lo alcance para heredarlo luego de su muerte (lo que efectivamente ocurre): la conducta del sobrino no sería una "causa adecuada" de la muerte del tío.

Pero una combinación "causal / normativa" como la expuesta también está destinada al fracaso. En primer término, no ha sido posible encontrar un criterio de "adecuación" que pueda combinarse con el "juicio causal" y que brinde soluciones siempre satisfactorias. Los autores que han defendido un criterio de "causalidad adecuada" no han podido brindar más precisión que la exigencia de "cierta probabilidad" en la sucesión de un curso causal a partir de cierta conducta, pero no han podido precisar cuál debería ser esa posibilidad, ni sobre la base de qué parámetro determinarla[12].

Respecto de quienes se inclinan por una causalidad "jurídica", "jurídicamente relevante", o "referida al resultado" (y con cualquier otro aditamento normativo pensable) terminan deformando el juicio de causalidad y reemplazándolo por un juicio normativo de apariencia causal. La combinación de dos formas de juicio distintas en una única que lleve parte de las dos ofrece como producto un razonamiento bastardo, que no es ni lo uno ni lo otro[13], y con ello

---

11 El caso fue configurado, originalmente, al revés: al respecto, SCHÜNEMANN. "Über die objketive Zurechnung", en *GA*, 1999, pp. 207 y ss. (209/210 y nota 15); versión original por HONIG. "Kausalität und objektive Zurechnung", en: *Festgabe für Frank*, Band I, Tübingen, 1930, pp. 174 y ss. (186).

12 Una crítica completa sobre la teoría de la adecuación se halla en ENGISCH. *Die Kausalität*, cit., pp. 41 y ss.

13 En esa dirección dirige sus críticas ROXIN. *Strafrecht*, cit., 11/36-38.

no es nada. En efecto, el principio de causalidad implica la interpretación del mundo como una sucesión de acontecimientos interconectados entre sí. La discusión acerca de los criterios de causalidad se limita únicamente a tratar de desentrañar cuál es la relación (de fuerzas, de materias, cuántica o cósmica) que los conecta, y de qué manera. La imputación jurídico-penal, sin embargo, no pretende "explicar el mundo", sino describir un proceso social de atribución (de acontecimientos, de penas, de premios, etc.). Demostrada la imposibilidad de reducir uno al otro (al menos, como se vio en primer lugar, de reducir la imputación a la causalidad), la solución que busque obtener un criterio único intermedio choca con la propia funcionalidad distinta de cada forma de razonamiento: a. Un criterio de "causalidad adecuada" o de "causalidad relevante" no es propiamente un criterio de causalidad, no explica el mundo ni puede explicarlo, el injerto de complementos "normativos" o "de adecuación" no complementa su punto de partida sino que lo arrasa; b. Desde el punto de vista de la imputación, tampoco responde a algún criterio genuino de atribución (la imputación quedaría reducida a la "causalidad relevante"), sino que más bien lo supone en esa propia "causalidad", con lo que el círculo vicioso resulta evidente; lo "jurídicamente" relevante de una causalidad se obtiene de la imputación, la que a su vez se construye desde la causalidad. Obtener un concepto único, intermedio, de "causalidad relevante", "adecuada", "jurídico-penal", se revela como una tarea contradictoria, infructuosa y condenada al fracaso.

A modo de digresión: ¿qué llevó y lleva aún hoy a pretender obtener un concepto único de causalidad e imputación? Dada la variedad de autores y posiciones jurídicas que procedieron con estos criterios, sería injusto e impreciso atribuir a todos los mismos motivos expresos para optar por este camino. Sin embargo, no creo ser arbitrario señalando que hay algo que usualmente no se hace expreso pero subyace en todos estos esquemas: el antiguo paradigma del positivismo naturalista, según el cual sólo es *objetivamente*[14] verdadero lo que puede ser "científicamente" fundamentado (en el sentido de las ciencias naturales). El juicio de causalidad, por provenir del ámbito de las ciencias "duras", "experimentales", goza de una presunción de veracidad de la que no goza ningún otro. En efecto, las leyes jurídicas mutan, las ideas mutan, nuestras opiniones mutan, pero las manzanas se siguen cayendo y proclamando la vigencia de la ley de gravedad. Este prejuicio[15] lleva a la necesidad de obtener un criterio

14 "Objetivamente" significa en este punto "relativo al objeto en sí y no a nuestro modo de pensar o sentir".

15 Las "leyes naturales" se corresponden, a su vez, con sistemas de interpretación de fenómenos natura-

de imputación capaz de ser sostenido con "objetividad", que cuente con un respaldo "científico", o al menos, y en última instancia, que pueda ser defendido como una "realidad ontológica"[16]. Su peso se refleja, a mi juicio, en la deliberada elección de la denominación de estas teorías: *causalidad* adecuada, *causalidad* relevante, *causalidad* jurídico penal; aunque ninguno de estos criterios pretenda "explicar el mundo", sino, y a lo sumo, brindar las relaciones de vínculos jurídicamente relevantes, todos mantienen la denominación de *causalidad*. Pareciera que si el juicio de imputación no reviste una "apariencia" causal se abandona el campo de lo *asegurable*[17].

Pero si se advierte que estas formas de interpretación distintas no pueden reducirse una a la otra (corresponden a explicaciones de fenómenos distintos, lo que no significa necesariamente que no tengan *ninguna* relación entre sí) y, por lo tanto, que tampoco pueden fusionarse en una única, sólo queda espacio para discutir, a lo sumo, si es posible (y necesaria) una relación entre ellas, y en ese caso, cuál y de qué manera. Para esto no hace falta únicamente la percepción de esta necesidad, sino también desprenderse de cualquier prejuicio (más o menos inconsciente) acerca de la supuesta "superioridad" o "mayor autoridad" de los juicios de causalidad sobre los juicios de imputación: cada uno responde a fines específicos distintos y tiene valor en sí mismo, su propia forma de objetividad, de "cientificidad", su propia fortaleza y flaqueza, y la solidez

---

les, y por ello también "cambian" o son "reformadas" no solamente cuando variaciones experimentales sugieren la necesidad de correcciones dentro de un mismo paradigma, sino también cuando el propio sistema de interpretación es abandonado y reemplazado por otro (lo que puede producirse también por influencias filosóficas, no experimentales). Para una exposición breve pero completa sobre saltos paradigmáticos en el campo de la física y su influencia sobre el concepto naturalista de causalidad, MAIWALD. *Kausalität und Strafrecht*, Göttingen, 1980, pp. 13 y ss.

16 WELZEL. *Das deutsche Strafrecht*, 11.ª ed., Berlin, 1969, p. 43: "También el derecho debe partir de ese concepto causal 'ontológico'; no existe ninguna especial causalidad jurídica (¡pero probablemente no son todos los cursos causales relevantes!)". Desde ya, sostener un concepto de causalidad como una realidad "ontológica" no implica directamente el prejuicio naturalista de un concepto causal experimental, pero sí un prejuicio derivado de aquel: el de que juicios de imputación autónomos son más débiles (menos defendibles) que juicios experimentales o, al menos, metafísicos. Recientemente ha insistido en una fundamentación ontológica del juicio de imputación (en idéntica relación que WELZEL), pero desplazando "causalidad" por "determinabilidad", PÉREZ BARBERÁ. "Kausalität und Determiniertheit", en *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft*, Bd. 114 (2002), pp. 600 y ss., en particular, p. 620, traducción de CRISTOPH GRAMMER en *Nuevas formulaciones de las ciencias penales*, Libro homenaje al Prof. CLAUS ROXIN, Córdoba, 2001.

17 De opinión similar, MICHAEL LING. *Die Unterbrechung des Kausalzusammenhanges durch willentliches Dazwischentreten eines Dritten*, Berlin, 1996, pp. 199 y ss., en particular 204 y 205. El mismo autor realiza una breve pero valiosa contraposición entre el concepto de causalidad naturalista y el concepto de causalidad metafísico, y en particular, sobre la imposición del primero en la ciencia del derecho (ob. cit., pp. 28 y ss.).

de cada uno se agota en él mismo y no puede "salvar" la del otro. Con esto queda superada la primera posibilidad lógica de relacionar juicios de imputación y juicios de causalidad: la reducción resulta inútil; la equiparación, imposible.

II

1. *Segunda relación posible: el juicio de causalidad sirve de fundamento y precede al de imputación, que se construye sobre los resultados del primero.* Esta es una forma de relación muy extendida y que goza en la actualidad de una mayor aceptación[18]. Su estructura es la siguiente: la imputación representa la selección normativa (es decir, según criterios jurídicos) de un resultado y una conducta vinculados causalmente entre sí; en el orden secuencial y mnemotécnico correcto, primero se obtiene la relación de causalidad entre comportamiento y resultado y luego (con ésta de presupuesto) se procede al juicio de imputación. En el ejemplo del apartado anterior, las relaciones de causalidad resultarían positivas en la mayor parte de los acontecimientos ya descriptos (la procreación de *A* y de *B*, la producción del arma, la concurrencia de *A* al lugar del hecho en el momento indicado, el disparo de *B*), y permitirían separarlas de otros acontecimientos sobre los cuales no es posible establecer vinculación causal alguna con la muerte de *A* (sólo por mencionar algunos: la conducta de *C* que en el momento del hecho paseaba por el parque cercano, la conducta de *D* que dos días antes envió una postal a un amigo de *A*, la conducta de *E* que en ese instante realizaba su trabajo en su oficina como todos los días). El juicio de imputación puede ocuparse únicamente de aquellos acontecimientos causalmente vinculados con el resultado, representa un segundo paso dentro de un proceso encadenado y opera, necesariamente, sobre la base de criterios distintos de los aplicados en el juicio de causalidad. Este modelo contrasta claramente con el anterior: se quiebra la identidad entre juicio de causalidad y de imputación, y con ello surge de manera inevitable la necesidad de buscar y enunciar criterios

---

18 Las siguientes referencias sirven de ejemplo: KÜHL. *Strafrecht*, cit., 4/36 y ss.; ROXIN. *Strafrecht*, cit., 11/1-2; OTTO. *Grundkurs*, cit., 6/43; DENCKER (nota 3), pp. 11 y ss.; ERB. *Rechtsmäßiges Alternativverhalten und seine Auswirkungen auf die Erfolgszurechnung im Strafrecht*, Berlin, 1991, pp. 256 y ss. (quien hace expresa además la exigencia de una "estructura paralela" de la relación también en la omisión, p. 258). JAKOBS. *Strafrecht*, cit., 7/29, al igual que KÖHLER. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Berlín y otras, 1997, p. 138, también parecerían escoger esta explicación de la relación entre causalidad e imputación en el ámbito del delito de comisión, lo que, como se verá luego (apartado III) es aparente, sólo posible desde una mirada muy parcial y fuera del sistema.

normativos (estrictamente jurídico-penales) de selección de hechos, dado que la selección causal preliminar sólo opera como un filtro genérico.

Esta forma de proceder (como la anterior) también ha sido aplicada en diferentes épocas y por escuelas distintas[19]. Sin embargo, es posible considerar que la discusión más extensa y desarrollada se ha dado de la mano de la denominada "imputación objetiva", planteamiento que ha gobernado las discusiones sobre la subsunción típica objetiva (y la conformación misma del tipo objetivo) por lo menos en los últimos 30 años, y cuyos resultados se han extendido a otras áreas de la teoría del delito. Bajo "imputación objetiva", cabe advertir, no suele hablarse siempre de lo mismo: no hay uniformidad sobre lo que debe entenderse por ella, ni sobre sus contenidos, ni siquiera sobre su necesidad. Esto dificulta referirse a ella como "una" idea o "una" teoría. Pero es posible (y pido para esto que se me conceda un inevitable mínimo de arbitrariedad) resumir su presentación mayoritaria de la siguiente manera.

Una vez obtenido el abanico de hechos vinculados con el resultado (estricto juicio de causalidad, naturalista) se aplican criterios de selección que separan acontecimientos típicamente irrelevantes de acontecimientos que ingresan en la prohibición del tipo (juicio de imputación). En este paso, se verifica si esos acontecimientos representan *la creación o elevación de un riesgo reprobado* sobre el bien jurídico afectado; además, se verifica si ese riesgo no permitido debía ser administrado o neutralizado por la propia víctima (*competencia de la víctima*), o por un tercero (*prohibición de regreso*, *principio de confianza*); se pregunta asimismo si el resultado producido ingresa dentro del *fin de protección de la norma* que funda la reprobación del riesgo, y por último, si ese resultado es la *realización del riesgo reprobado*[20]. Lo expuesto es el mayor campo de coincidencia (aunque no de unanimidad) posible; en cuestiones que van más allá de esto (por ejemplo, si hay o no, y cuál, un orden metodológico para anteponer alguno de estos criterios a los otros; o el contenido y alcance de cada criterio en particular) reina la dispersión argumental. La idea rectora pareciera ser que la

---

19 Pueden designarse a WELZEL como ejemplo del finalismo clásico (*Das deutsche Strafrecht*, cit., p. 43), a STRATENWERTH como ejemplo de una continuación del finalismo afín a la imputación objetiva, *Strafrecht*, cit., 8/25, y a HONIG (quien fue el primero en aplicar el concepto de *imputación objetiva* en derecho penal) como ejemplo de un sistema causalista ("Kausalität", pássim).

20 Como ejemplos de las diversas formas de ordenar y analizar los contenidos de los criterios de imputación objetiva: ROXIN. *Strafrecht*, cit., 11/39 y ss.; OTTO. *Grunkurs*, cit., 6/43 y ss.; JAKOBS. *Strafrecht*, cit., 7/35; y FRISCH. *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, Heidelberg, 1998, quien deliberadamente divide entre criterios normativos que acotan o definen la tipicidad de conductas (pp. 69 y ss.) y criterios normativos que especifican la relación entre conducta y resultado (pp. 507 y ss.).

subsunción típica (al menos, la de los delitos de resultado) no se contenta con la mera causación, sino que precisa de un juicio de atribución de la conducta al tipo, y de atribución del resultado (más que como hecho, como lesión del bien jurídico) a esa conducta típica. El objeto de esta contribución no demanda mayores precisiones sobre el tema, basta con retener esto último: la discusión que se suscita sobre y dentro de la imputación objetiva es la discusión acerca de cuáles son los parámetros estrictamente normativos de selección y relación de acontecimientos.

Desde el punto de vista de la lógica argumental, este modelo de relación entre juicios de causalidad y juicios de imputación luce como la superación de la opción expuesta en el primer apartado. Las relaciones de causalidad brindan el material sobre el cual operan los juicios de imputación, garantizando de esta manera dos niveles de análisis independientes, restando margen de arbitrariedad a los juicios normativos, y dotando de sentido jurídico a las genéricas relaciones naturales. Pero es aquí donde surge un problema, el que, de haber sido expuesto en el primer apartado, hubiera representado el segundo problema irresoluble para aquella relación (juicio de imputación = juicio de causalidad), y que se revela como el primero para ésta: se trata de la (cuasi-)causalidad de la omisión[21].

2. La discusión acerca de la causalidad o no de la omisión (es decir, acerca de si el "no hacer algo" es un suceso sobre el cual pueda establecerse una relación de causalidad) se ha dado y se sigue dando en la dogmática jurídico-penal, sin soluciones definitivas. Lo que a mi juicio impide esta superación es cierta tensión que se vuelve insostenible: la certeza íntima de la imposibilidad de establecer una relación de causalidad (de características idénticas a la que se da en los hechos "de comisión") por un lado; y, por otro, la necesidad de que precisamente exista alguna relación de causalidad, para mantener de ese modo la coherencia con el modelo del que se parte en la comisión (relaciones causales iniciales que brindan la base fáctica de la que se sirve la imputación). Consecuentemente, si se reconociera que la omisión no es un suceso que "cause" resultados, entonces se impediría el juicio de imputación (que es sólo un segundo paso derivado del primero); y la única salida sería abandonar el modelo:

---

21 Emparentado a este mismo problema (y discutido con argumentos similares) se encuentra el de la interrupción de cursos salvadores; por todos los manuales; JAKOBS. *Strafrecht*, cit., 7/24 y ss.; ROXIN *Strafrecht*, cit., 11/32; como reciente monografía específica sobre el problema: HAAS. *Kausalität und Rechtsgutsverletzung. Ein Beitrag zu den Grundlangen strafrechtlicher Erfolgshaftung am Beispiel des Abbruchs rettender Kausalverläufe*, Berlin, 2002.

abandonar la idea de que entre juicio de causalidad y juicio de imputación deba haber alguna relación (para el modelo del apartado I, abandonar la idea de que juicio de imputación sea equivalente a juicio de causalidad). Las soluciones que se dan a este dilema con el fin de mantener este modelo son dos: a. En un caso, se afirma lisa y llanamente que la omisión es un suceso tan causal como la comisión, es decir, se niega la existencia de cualquier problema en este punto y se trata al "no hacer algo" como un suceso enteramente equivalente al "hacer algo"; b. En otro caso, se reconoce que la relación de causalidad como tal se encuentra ausente en los casos de omisión, pero al mismo tiempo se declara la posibilidad de establecer todavía una relación de "cuasi-causalidad", según la cual un "no hacer" no es en sentido estricto "causa" de un resultado pero sí causa de su "no-impedimento" (lo que lo transforma en su "cuasi-causa"). Con este último intento se elude el problema estrictamente causal pero se mantiene el modelo de relación entre juicios de (cuasi-)causalidad como preliminares y juicios de imputación como selecciones finales posteriores. Ambos intentos son golpes en el aire.

El intento de sostener la causalidad de la omisión (como una condición para un resultado) sólo puede cumplir alguna función metafórica, pero resulta lógicamente insostenible y contradictorio con la propia distinción entre "hechos causales" y "no causales" de un resultado. Hoy[22] se encuentra como defensa de esta postura a la tesis de la "condición negativa"[23]: dado un acontecimiento determinado (muerte de *A*), resultan causas (condiciones) de su existencia tanto aquellos acontecimientos que deben estar presentes para que ese acontecimiento tenga lugar (disparo de *B*, condición "positiva") como aquellos acontecimientos que *no* deben estar presentes para que ese resultado no sea impedido (que *C*, circunstancialmente presente en el hecho, no impida que *B* dispare, condición "negativa"). Para constatar la contradicción lógica de esta idea no hace falta discutir en concreto sobre diversos criterios de determinación de la causalidad en sí, específicamente, sobre si "causa" es cualquier "condición suficiente" de un resultado, o una "condición necesaria", o un "elemento suficiente de una condición mínima", y otros juegos lógicos posibles: basta con

---

22 Sobre los intentos de una fundamentación estrictamente causal de la omisión en el pasado, PERDOMO TORRES. *La problemática de la posición de garante en los delitos de comisión por omisión*, Bogotá, 2001, pp. 31 y ss.

23 PUPPE, por primera vez en el año 1980 ("Der Erfolg und seine kausale Erklärung im Strafrecht", en ZStW, 92, 1980, pp. 899 y ss.) e invariablemente hasta hoy (*Nomos-Kommentar zum Strafgesetzbuch* –1998–, antes del § 13/105 y ss.).

advertir que la suma de condiciones "positivas" y "negativas" arroja por resultado todo el universo posible de acontecimientos, y no meramente un conjunto de condiciones que puede ser opuesto a otro conjunto de acontecimientos que no contendría condiciones "positivas" ni "negativas".

En el mismo ejemplo: si *B* dispara sobre *A*, y *C* (que estaba presente en ese momento y podía intervenir sobre el comportamiento de *B*) no hace nada, los partidarios de una "condición negativa" deberían sostener que la conducta de *B* es condición positiva, y la de *C* condición negativa (sin adentrarnos aún en consideraciones normativas, es decir, en la discusión acerca de si *C* estaba obligado a intervenir y en qué medida). La conducta de *D* (que en ese momento no se hallaba en el lugar del hecho, sino observando a 100 metros) debería ser señalada como un acontecimiento que ni es condición positiva ni negativa (en ese instante no pudo hacer nada). La conclusión respecto de *D* es falsa: es verdad que *en ese instante* no pudo hacer nada, pero hubiera bastado que un minuto antes se dirigiera al lugar del hecho para que estuviera en las mismas condiciones que *C* de intervenir en la conducta de *B*. Consecuentemente, la conducta de *D* (al menos, la de no concurrir a tiempo al lugar del hecho) *sí* es condición negativa de que *A* haya muerto (nuevamente, queda de momento fuera de discusión si *D* tenía alguna obligación de intervenir en el acontecimiento, o si siquiera tenía representación de esa posibilidad[24]). Lo que puede decirse de *D* se puede decir de *E*, de *F* y, en general, de cualquier ser humano: llevando hasta la exageración el argumento, un habitante de otro continente es también condición "negativa" de la muerte de *A*, ya que no importa cuán ajeno sea al hecho, siempre será posible imaginar un modo en el que él hubiera podido intervenir, impidiendo el acontecimiento. Téngase en cuenta, además, que el abanico de condiciones siempre puede extenderse para abarcar también aquellas condiciones "positivas" de ciertas "condiciones negativas": manteniendo la exageración, el recién nacido que "entretuvo" al equipo médico que participó de su nacimiento y que perdió, por ello, su última chance de intervenir en la

---

24 Esto no es ningún artilugio argumental, sino que responde a la lógica de los juicios de causalidad: en los estrictos juicios de causalidad sobre condiciones "positivas" resultan igualmente irrelevantes las representaciones subjetivas y marcos de relevancia jurídicos. En el mismo ejemplo del texto: en la innegable relación de causalidad entre la procreación de B por sus padres y la muerte de A tampoco resulta relevante para establecer el nexo estrictamente naturalista saber si los padres de B se representaron o no que su hijo iba a matar a alguien años después, ni la existencia o no de algún tipo de obligación jurídica que los vinculara con A. Para el modelo que aquí se expone, el juicio de causalidad es preliminar e independiente al de imputación, y se determina con parámetros estrictamente naturalistas (si se reconoce que el juicio de causalidad tiene componentes de determinación normativa, entonces, como se vio en el apartado I, deja ya de ser un estricto juicio causal).

muerte de *A*, sería, desde el estricto juicio causal, también una causa de esa muerte.

Una teoría de la "condición negativa" es sencillamente la negación de la posibilidad de distinguir entre causas y no causas, implica la mera afirmación (no falsa, pero estéril) de que el universo es como es (es decir, de que *todo* tuvo que haberse dado como se dio, para que *todo* sea hoy como es[25]). Un juicio de causalidad de ese alcance perdería, en el modelo de relación que ahora se expone, toda utilidad: como toda persona podría ser vista (de alguna manera) como prestador de una condición positiva o negativa de todo acontecimiento, no habría limitación preliminar alguna para los juicios de imputación, éstos podrían intentarse "libremente" sobre cualquier hecho. Esta última consecuencia (como se verá luego, apartado III) no es necesariamente incorrecta o indeseable, pero sí es la negación, a su vez, del modelo de relación que ahora se expone: el juicio de imputación podría construirse con total independencia del juicio de causalidad (sin relación con él), porque este último siempre resultaría positivo.

La línea rectora "juicio de causalidad como preselección de los juicios de imputación" pretende ser salvada, en el ámbito de la omisión, con el segundo de los intentos de construir una relación de causalidad en la omisión: el que se conforma con una relación de "cuasi-causalidad". Esta relación de "cuasi-causalidad" asume que el juicio causal entre conducta omisiva y resultado es negativo[26], pero busca en su lugar la posibilidad de un juicio alternativo, un juicio de evitación, que se construye preguntándose ya no si la conducta omisiva es "causa" (condición "positiva") del resultado, sino si la conducta mandada habría sido causa de otro acontecimiento que habría evitado el resultado producido. Este juicio de evitación es de tipo contrafáctico (es decir, un juicio hipotético sobre algo que no sucedió), y, a diferencia del juicio estrictamente causal (sobre el cual, en principio, siempre puede aspirarse a la certeza), conlleva siempre un margen de duda más o menos alto, según las circunstancias específicas de cada caso. Este intento superaría el fracaso lógico de sostener una relación causal positiva entre omisión y resultado, pero resultaría adecuado

---

25 Crítico sobre el concepto de "condición negativa", JAKOBS. *Strafrecht*, cit., 7/25 y 29/16.

26 MAIWALD. *Kausalität*, cit., p. 79; ERB. *Rechtsmäßiges*, cit., p. 250; DENCKER. *Kausalität*, cit., pp. 45 y sig.; STRATENWERTH (nota 7), 13/53; KÜHL. *Strafrecht*, cit., 18/35 y ss.; llamativamente contradictorio pero ejemplificativo al respecto, BURGSTALLER. *Das Fahrlässigkeitsdelikt im Strafrecht. Unter besonderer Berücksichtigung der Praxis in Verkehrssachen*, Viena, 1974, quien por un lado rechaza cualquier intento de imputación sin causalidad, pero por otro, y en referencia a la omisión, defiende la posibilidad de imputar argumentando que, si bien allí no hay causalidad en sentido naturalista, no se trata de *esa* causalidad, sino de la *jurídica* (la que conduce a una "constatación de una relación de sentido socialmente significante" [!]: pp. 81 y ss.).

para mantener un criterio que cumpla la función de "filtro" inicial (naturalista) para los juicios de imputación, que de este modo sólo se intentarían entre hechos que estén vinculados causal o cuasi-causalmente con un resultado típico. La solución es, sin embargo, apenas aparente.

Por un lado, de la misma manera en que se criticó la idea de "condición negativa", se puede demostrar aquí que siempre es posible construir un juicio de "cuasi-causalidad" entre todos los seres humanos y un acontecimiento determinado; de alguna manera siempre podrá afirmarse que una persona pudo intervenir directamente en un hecho o bien que algún comportamiento suyo fue "causa" de que alguien no interviniera en él. La idea de "cuasi-causalidad" evita meramente las objeciones externas de la idea de "condición negativa", pero no aporta mejores resultados lógicos: si no se es "causal" de algo, se es "cuasi-causal" de lo mismo, sólo es cuestión de ubicar la pregunta en el momento adecuado. Este intento es apenas argumentalmente más sofisticado que el anterior, pero revela igualmente la inaplicabilidad del modelo que aquí tiene exposición.

3. No es sólo esto, sin embargo, lo que se opone a un modelo como el que ahora se expone; existe todavía otra objeción (a mi juicio, definitiva, y que sería la tercera contra el modelo expuesto en el primer apartado: "juicios de imputación = juicios de causalidad"). Ella se dirige principalmente contra el prejuicio (a veces tácito, a veces expreso[27]) según el cual los juicios de causalidad son "neutros" (especialmente, independientes de todo juicio normativo), condición que resulta esencial para mantener el modelo que ahora se expone: los juicios de causalidad (o cuasi-causalidad) pueden mantener la función de ser "filtros preliminares" de los juicios de imputación en tanto y en cuanto puedan demostrarse independientes de éstos.

Pero, en primer lugar, los juicios de causalidad son juicios lógicos[28] (como los de imputación), y se establecen sobre términos definidos, es decir, ellos precisan de términos (extremos del nexo), y no son ellos los que (a la inversa) arrojan como resultado esos términos. Los criterios de causalidad (cualquiera de ellos: condición "suficiente", "necesaria", elemento suficiente de una condición mínima, etc.) brindan un parámetro de referencia para verificar si entre dos elementos *ya determinados* existe una vinculación que se le corresponda o

---

27 ERB. Ob. cit., p. 45 (utiliza literalmente la expresión *wertfrei*, que se puede traducir al castellano como libre de valoración, o no valorativo), estimación de neutralidad que sostiene también en el juicio cuasi-causal propio de la omisión (pp. 250 a 252 y 258).

28 Claro al respecto ya MEZGER *Strafrecht*, cit., p. 111.

no (juicio de causalidad). Los juicios de causalidad no tienen por función determinar *cuáles* son esos elementos (ni pueden hacerlo), sino que, a partir de premisas y datos que les son brindados, responden únicamente la pregunta acerca de la relación entre ellos (de manera, por lo demás, positiva o negativa: hay relación o no la hay, es decir, el silogismo deductivo resulta verdadero o falso).

Por lo tanto, al juicio de causalidad (igual que al de cuasi-causalidad) lo precede una (pre-)selección de acontecimientos sobre los cuales luego se pregunta (según el parámetro causal que se escoja) si están relacionados o no. Obviamente, esa pre-selección se efectúa, a su vez, según algún criterio, sobre el cual debe tomarse posición. Los criterios que permiten la delimitación y selección de acontecimientos relevantes para la imputación jurídico-penal no pueden ser sino criterios normativos, porque ese (*y no otro*) es el interés que persigue esa selección. La "selección interesada" de la realidad (y con ello la concepción de lo seleccionado como "realidad" para una ciencia, como "su" realidad) es, en verdad, lo característico de toda ciencia social (en verdad, *de toda ciencia*). Esto, lejos de ser una excentricidad posmoderna, es una ganancia que se remonta ya a MAX WEBER, quien expresamente destacó que cualquier juicio vinculante parte de una pre-selección valorativa[29].

Este paso previo, sin embargo, es sistemáticamente ignorado por toda la discusión dogmática sobre "causalidad", "imputación objetiva", "relación de antijuridicidad" y demás, con lo que los criterios de esa pre-selección quedan sin tratarse, y ella se realiza en la práctica de manera más o menos intuitiva.

---

29 "Die 'Objektivität' sozialwissenschaftlicher und sozialpolitischer Erkenntnis", en *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*, 2.ª ed., Tübingen, 1951, pp. 146 y ss., originalmente publicado en *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, t. 19, 1904, pp. 22 y ss. Sobre la base de citas literales de este texto, me permito reconstrucción sucinta de la posición de WEBER al respecto: "La realidad empírica es para nosotros 'cultura', porque, y en tanto, la relacionamos con ideas valorativas; comprende aquellos elementos de la realidad que se vuelven significativos para nosotros a través de aquella relación, y sólo esos" (p. 175). "El número y especie de causas que han determinado algún acontecimiento individual es siempre infinito, y no existe absolutamente ninguna característica en las cosas mismas para seleccionar una parte de ellas como la única que entra en cuenta. Un caos de 'juicios existenciales' sobre incontables percepciones singulares sería lo único que alcanzaría un intento de reconocer seriamente y sin presupuestos la realidad" (p. 177). "En ese caos aporta orden sólo la circunstancia de que en cada caso sólo una parte de la realidad individual tiene interés y significado para nosotros, porque sólo ella está en relación con las ideas valorativas culturales con las que nos acercamos a la realidad [...] *un regreso causal comprensivo de algún fenómeno concreto desde su completa realidad es no sólo prácticamente imposible, sino sencillamente un absurdo*. Sólo escogemos aquellas causas a las que le son imputables elementos, esenciales en el caso particular, de un suceso: la cuestión causal [...] es cuestión de imputación" (p. 178, bastardilla propia).

Véase en una variante ampliada del ejemplo hasta ahora utilizado: si la escena del caso se describe como el hallazgo del cuerpo de *A* sin vida, con un orificio en su cabeza, rodeado de un charco de sangre, mientras la televisión muestra un partido de fútbol, y un libro se encuentra abierto a la altura de sus páginas 215 y 216, un observador en el rol de jurista especializado en derecho penal selecciona (según su intuición normativa) como dato relevante la muerte de *A* y la denomina "resultado" (es decir, le otorga el valor de ser uno de los términos de la relación causal que pretende establecer o comprobar). En ese rol no se le ocurriría, en principio, denominar "resultado" a la imagen del televisor que muestra un "Bayern München: 0 - Hamburg: 2", o bien al dato fáctico "libro abierto por la mitad". Pero, en verdad, nada lo impide: el acontecimiento "Bayern München: 0 - Hamburg: 2" es uno que tiene sus causas, algunas de las cuales, para los más fanáticos, podrían lucir incluso como un crimen (por ejemplo, la desastrosa actuación del guardameta, responsable de los dos goles en contra). Lo cierto es que no le interesa analizar las prestaciones deportivas bávaras, ni hacer un estudio sobre lo que lee el consumidor medio, sino únicamente verificar si el caso ofrece alguna posibilidad de efectuar alguna subsunción típica; es por ello que "interesadamente" se conforma con el dato de la muerte y aquellos otros que aparecen relacionados con ella. Dicho de otra manera: sin ubicar a la subsunción como meta (como interés de esa pre-selección) no es posible dar prioridad a uno u otro dato fáctico.

Pero esta preselección intuitiva (*intuitiva* en tanto habitualmente no se discute el qué ni el cómo de ella), desde ya, no se agota allí. La subsunción típica de un delito de resultado requiere no sólo el dato "resultado", sino, y con más razón, un comportamiento, en particular, el de alguien distinto al de la víctima, que esté en alguna relación con aquél. En el mismo ejemplo, a poco de investigar lo sucedido hacia atrás aparecen innumerables acontecimientos (*B* disparó sobre *A*, el director técnico del Bayern München dispuso que jugara el cuestionado guardameta y no otro, la editorial *X* imprimió en 1750 el libro que luego apareció en el lugar del hecho, *A* sostuvo un *affaire* con la mujer de *B*, *C* sugirió a *A* que tuviera un *affaire* con la mujer de *B*, etc.), de los cuales, también intuitivamente, se selecciona como relevante el acto por el cual *B* disparó apuntando a la cabeza de *A*.

Recién con esta preselección en la mano (muerte de *A* por orificio de bala en la cabeza, disparo de *B* hacia *A* apuntando a la cabeza) surge la pregunta acerca de si entre estos acontecimientos existe o no una "relación causal" (o, llegado el caso, "cuasi-causal"). Sólo con dos términos ya individualizados adquiere sentido la pregunta por cualquier relación (incluso la posterior de la imputación): previo a ello, toda relación es posible. Dicho a la inversa: los jui-

cios de causalidad no brindan los extremos de la relación, sino que los extremos de la relación (ya dados) permiten la *construcción* de los juicios de causalidad (es decir, permiten la pregunta acerca de la existencia de la relación). En el mismo ejemplo que se viene utilizando, un periodista deportivo ignorará todo lo referente al homicidio y se concentrará en la crónica del partido que se jugaba en ese momento, un coleccionista de libros tal vez se interese por la existencia de ese libro y por el modo en que llegó hasta ese lugar: estas selecciones de acontecimientos no son menos válidas que la que efectúan los juristas, son funcionales (o no) al interés de quien las efectúa[30].

La discrecionalidad de la selección no se refleja únicamente en los acontecimientos que se seleccionan, sino también en la delimitación que se efectúa de los mismos. En otro ejemplo: el soldado *A* muere a raíz de un complejo proceso biológico (que puede subdividirse en varios subprocesos), provocado por la acción del soldado del ejército enemigo *B* (que le disparó en el pecho). Ese acto sucedió gracias a que tanto a *A* como a *B* se les ordenó patrullar cierta zona del frente en cierto momento. El servicio de *A* en ese lugar como soldado, a su vez, se explica porque el ejército de su nación lo enroló en una determinada tropa y le asignó cierto destino (aunque esto último se debió a un error administrativo del funcionario *C*, quien en realidad debió asignar a *A* otro destino en el frente). Todo esto sucedió en el marco de una guerra provocada por el reclamo de soberanía de la nación de *A* sobre un territorio en poder de la nación de *B*, el que derivó en una escalada diplomática y, finalmente, en la invasión por parte de la nación de *B* a la nación de *A*, la que, en su defensa, movilizó tropas desde todos sus rincones y enroló a ciudadanos para el combate. Desde el punto de vista de la medicina, tal vez sólo resulte interesante la muerte de *A* como ejemplo de ciertos procesos infecciosos provocados por heridas que no son atendidas a tiempo, en ese caso, los "hechos" del caso serán los diversos procesos biológicos encadenados a partir de la herida (el caso se contraerá a ese universo fáctico). Desde el punto de vista de una eventual subsunción de homicidio (dejando de lado, de momento, la situación de guerra), serán "hechos" (universo fáctico) del caso el disparo de *B* y la muerte de *A* (los procesos biológicos en cuestión estarán integrados dentro del "hecho" muerte). Algunos analistas elegirán como "hecho" el número general de muertes en el frente (entre ellas, la de *A*, es decir, la de *A* será sólo una parte de este "hecho"), y como comporta-

30 Ilustrativo sobre esta cuestión: JAKOBS. *La imputación objetiva en el derecho penal*, Bogotá, 1994, pp. 86 y 87.

miento a vincular la decisión de los gobernantes de la nación de *B* acerca de atacar la nación de *A*, o la propia actitud intransigente de los gobernantes de la nación de *A* en llevar sus demandas hasta las últimas consecuencias (todos los actos intermedios, como el disparo de *B* sobre *A*, no serán "hechos" sino parte de alguno de estos "hechos globales"; el error administrativo que llevó a *A* a estar allí y no en otro lado será, desde este punto de vista global, irrelevante). De esa manera, resultará perfectamente lícito formular el juicio "la impericia de los gobernantes de ambas naciones llevó a la muerte de 10.000 jóvenes en el frente" (aunque cada muerte en sí pueda descomponerse en varios "hechos"). Con esto queda claro que la noción misma de "hecho" (los "hechos del caso"), en concreto, la determinación de su contenido y alcance material (vale decir, su determinación cualitativa y cuantitativa) depende también del interés de quien selecciona. No hay "hechos" en sí mismos, como unidades "irreductibles" o "apriorísticas" de acontecimientos.

Todo este proceso tiene lugar de manera preliminar a cualquier pregunta acerca de un "juicio de causalidad": nuestro "interés jurídico" (aplicado al menos intuitivamente) nos lleva a considerar como resultados hechos que *en principio* aparecen con chances de ser subsumidos como tales por algún tipo penal, y a considerar conductas relevantes comportamientos que *en principio* aparecen como de interés para un proceso de subsunción[31]. Recién sobre estos hechos preseleccionados se establece la pregunta acerca de la existencia o no de juicio causal y, más adelante, de un juicio de imputación. Es en la omisión donde queda más expuesta esta forma de proceder: si bien, desde un punto de vista más abstracto, cualquiera puede intervenir de algún modo en cualquier acontecimiento, la pregunta por la cuasi-causalidad en general se plantea específicamente entre resultados y hechos de personas a las que, a su vez, se las considera potenciales portadores de una posición de garante. De este modo, estos juicios de cuasi-causalidad terminan funcionando, en realidad, como *adelantos (más o menos completos) de juicios de imputación.* En el análisis de la comisión no sucede nada distinto, su mayor parecido externo con el juicio de causalidad estricto crea la engañosa

31 Esta intuición opera también, a su vez, con adelantos de juicio de causalidad: cuando se selecciona, ante la constatación de la muerte por un orificio de bala en la cabeza, como posible hecho típico el disparo de un arma de fuego por parte de alguien, se parte de que otros acontecimientos compatibles con el resultado muerte en abstracto pero no con la muerte del caso (p. ej., el disparo de una flecha) no terminarán siendo relevantes, puesto que no superarán el juicio de causalidad (que se da por necesario, es este presupuesto el que hace posible tal proceder). Que también esta intuición conduce a resultados errados lo muestran el problema de la tentativa: la mera "intuición" causal conduciría a desatender hechos que son típicamente subsumibles.

sensación de que uno procede desprovisto de toda "valoración jurídica" previa, de estar filtrando "objetivamente"[32] lo relevante de lo irrelevante, pero, en verdad, ya la propia selección de los términos a relacionar responde a la aplicación preliminar de un criterio de selección normativo.

Este proceder no necesariamente debe ser considerado como equivocado (al respecto, ver enseguida en el apartado III), pero sí es definitivamente incompatible con los modelos de relación entre juicios de causalidad y juicios de imputación que se han esbozado hasta ahora: el "juicio de causalidad" no es uno neutro, preliminar e independiente del "juicio de imputación", no es posible sin ciertas selecciones previas, (pre-)selecciones que no se pueden obtener (no de manera útil para la subsunción) de criterios independientes de los criterios de subsunción (de imputación, normativos). La idea de que existen juicios de causalidad que ingresan al sistema de análisis de la teoría del delito como insumos externos irreductibles (es decir, que se obtienen sin aplicar en ellos todavía ningún instrumento de ese sistema de análisis) es engañosa, encubre en realidad una tácita aplicación preliminar de al menos parte de ese sistema. Que quede claro: esto no significa que no sean posibles juicios de causalidad sin criterios normativos, estos son efectivamente posibles y habituales; son formulados, en general, por todos los miembros de la sociedad en sus diversas actividades, sobre la base de preselecciones acordes con el ámbito en el que se produce el juicio. Pero sí implica que los juicios causales que pueden llegar a ser relevantes para la imputación no pueden ser preliminares a ella (ni condicionarla): la subsunción (como descripción del proceso de imputación) condiciona (por lo menos) la configuración de los juicios de causalidad y, desde el punto de vista metodológico, los precede (expresa o tácita-/intuitivamente). La idea opuesta, que subyace al modelo que se expone y le da sentido, se revela así como aparente e irreal.

4. Para finalizar este apartado, cabe decir que esta última objeción (que se aplica, como he dicho, también al modelo "juicio de imputación = juicio de causalidad") se erige asimismo contra variantes que combinen los dos modelos hasta ahora expuestos. Es lo que sucede cuando se procede bajo la forma de razonar propia de este apartado ("juicio de causalidad preliminar + juicio de imputación"), pero declarando que ese primer juicio de causalidad no se efectúa según algún parámetro "externo" al derecho penal, sino según algún criterio de "causalidad adecuada", "causalidad jurídica" o similar[33]: la combinación

---

32 Nuevamente en el sentido de la nota 14.

33 Esto equivaldría a decir que primero se obtiene un "juicio de causalidad jurídica o relevante" (el que

de modelos imperfectos no da por resultado un modelo perfecto, sino la potenciación de las imperfecciones de los dos modelos.

III

1. *Tercera relación posible: juicios de imputación autónomos, y juicios de causalidad como una eventual derivación.* Esta exposición comenzó exhibiendo una posibilidad extrema, es decir, la concentración de todo juicio de imputación (en el fondo, de todo juicio normativo) en un juicio de causalidad (lo que implica la remisión de todo proceso de imputación a las determinaciones de otras cien-

---

lleva de por sí el margen de arbitrariedad señalado en el apartado I, más la aplicación también subrepticia de preselecciones normativas señaladas en el apartado II), sobre el cual "recién" luego se monta un análisis normativo: con esta forma de proceder no se llega necesariamente a resultados equivocados, sino que, en todo caso, se disfraza como "juicio causal" una parte de un procedimiento que es, en realidad, enteramente normativo, sin describirlo y sin explicar bajo qué criterios opera. Procede de esta manera hoy en día PUPPE. *Der Erfolg*, cit., pp. 863 y ss., en especial 863, quien reconoce que la constatación causal que precisa la imputación (y por ende, la ciencia jurídica) no necesariamente debe coincidir con la estricta constatación naturalista (ibíd., pp. 864 y 865). Critica a partir de allí a las teorías desarrolladas hasta el presente, que se orientan (a su modo de ver) en la búsqueda de *condiciones necesarias* (ibíd., pp. 868 y ss.), teorías que no pueden superar el problema de la denominada *causalidad alternativa* (cuando un resultado podría haberse producido de todas maneras por la acción de otros factores presentes en el caso, por ejemplo, el muerto por envenenamiento podría haber muerto, incluso en el mismo momento, por un terremoto u otro accidente ya condicionado para suceder en ese instante). Propone en su lugar el criterio (emparentado a los desarrollos del filósofo australiano JOHN LESLIE MACKIE. *The cement of the universe: A study of causation*, Oxford, 1974) según el cual la conducta del autor debe ser un elemento necesario de una de la condición mínima suficiente (ob. cit., pp. 875 y ss.; crítico con la compatibilidad absoluta del modelo de MACKIE con el derecho penal, y en particular, con las desviaciones de PUPPE respecto de ese modelo, MARTIN BINNS. *Inus-Bedingung und strafrechtlicher Kausalbegriff*, Baden-Baden, 2001, pp. 42 y s., 70 y ss., 79 y ss.). PUPPE reconoce que para la determinación de una ley causal de esas características requiere necesariamente de una determinación precisa de aquello que se define como resultado (ob. cit., pp. 878 y ss.), una determinación que no puede llegar de la mano del usual criterio del "resultado en su forma concreta" (al que tacha de arbitrario, ibíd., 870 y ss.), sino de su determinación como "modificación" o "diferencias de estados" que puedan interpretarse como perjuicios al bien jurídico. De esta manera, PUPPE cree poder desprenderse de las ambigüedades de los criterios causales presentes y, al mismo tiempo, resolver la cuestión acerca de qué "explicación causal" resulta jurídicamente relevante, en una fusión (al menos, con fines jurídico-penales) de causalidad con imputación. Pero el juicio de imputación no concluye en esta instancia, ésta sólo ofrece una primera selección que debe ser luego complementada con otras selecciones ya estrictamente normativas (ibíd., pp. 909 y ss.). PUPPE ha repetido esta idea sistemáticamente en sus escritos posteriores sin variaciones: "Kausalität", en *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht*, 107 (1990), 104; también en su aporte al *Nomos-Kommentar*, cit., antes del artículo 13, n.° m. 96 y ss.; y hoy nuevamente en su *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Baden-Baden, 2002, 2/53-56 y 2/62-70. Sigue en lo central sus planteamientos, OSNABRÜGGE. *Die Beihilfe und ihr Erfolg*, Berlin, 2002, pp. 93, 98 y ss., 116, 145 y s., 159 y ss., y por todo, las conclusiones en las pp. 261 y ss. ERB, desde su concepción juicios de causalidad como juicios "neutros", critica a PUPPE por "normativizar" el juicio de causalidad preliminar (ob. cit., pp. 34 y ss.).

cias ajenas al derecho); y ha continuado, en un movimiento pendular, con el estudio de posibilidad intermedia, es decir, la configuración de una relación de interdependencia entre ambos juicios. Creo haber demostrado hasta ahora la inutilidad para la ciencia penal de un modelo de relación que prescinda de criterios normativos, o de uno que pretenda limitarlos "externamente" según criterios no-normativos.

El fin de este desplazamiento conduce a analizar ahora una tercera posibilidad: desprenderse de los "juicios de causalidad" como elementos determinantes (apartado I) o co-determinantes (apartado II) de un criterio de subsunción, y ubicar el fundamento de la subsunción en criterios específicamente normativos. Según este modelo de relación, ya no se trata de que los juicios de imputación deban coincidir o montarse sobre juicios de causalidad, sino que sencillamente están más allá de ellos. Los juicios de causalidad, por cierto, siguen siendo (según sus parámetros, p. ej., parámetros de las ciencias naturales) válidos o inválidos, pero ya no obligan *per se* a nada. El juicio de imputación se constituye autónomamente.

Este modelo de relación obliga a buscar y a declarar la validez de criterios de selección y de vinculación independientes de los criterios de causalidad, al menos en el sentido de que ya no tienen que coincidir o superponerse necesariamente con ellos. No hay en esto una autorización a la arbitrariedad: el derecho penal no es un sistema que se desarrolle en el plano de un mundo abstracto e inconexo, sino que se inserta en una determinada realidad social, que es producto de cierto contexto cultural en sentido amplio, es decir, incluyendo posturas filosóficas, sociológicas, políticas, religiosas, y demás. El derecho penal de cierta sociedad se corresponde con sus reglas de interpretación del mundo (en particular, con la interpretación de los actos sociales). Esas reglas de interpretación pueden valerse, en determinados contextos, de reglas o conceptos de las ciencias naturales, pero no se limitan ni se reducen a ellas. De la misma manera, los juicios de atribución sociales pueden coincidir parcialmente con ciertos juicios causales, pero su construcción no parte de ellos sino de la semántica social, es decir, de aquello que se considera socialmente determinante para atribuir a personas comportamientos, consecuencias, y determinados *status*[34].

La interpretación acerca de qué parámetros de atribución rigen en una sociedad y, en particular, cuáles de esos parámetros son tomados por el derecho,

---

34 JAKOBS. *La idea de normativización en la dogmática jurídico penal*, MANUEL CANCIO MELIÁ (trad.) del manuscrito alemán, México, Barra Nacional de Abogados de México –A. C.–, 2002, pp. 33 y ss., y conclusión en p. 38.

no es sencilla ni evidente, pero esa interpretación no es menos válida que la interpretación que los científicos de las ciencias "duras" efectúan acerca de qué es lo que explica determinados fenómenos. En uno y otro caso se trata de rastrear lo que no se tiene dado de antemano, y en ambos, en definitiva, de *interpretar* la percepción de una realidad. En la búsqueda de criterios de imputación las propias normas del sistema jurídico brindan abundante material para comprender de qué esquema de semántica social se parte (aunque el rastreo no se agote en ellas). Los criterios de atribución pueden remitirse parcialmente a otros sistemas de interpretación, en la medida en que les resulte funcional, pero esta remisión no es ni obligatoria ni se impone, sino deliberada (es decir, es una remisión *desde* la propia imputación), y por ello subordinada (*según* la imputación). *Qué, y cuánto, se requiere, es una determinación que se debe realizar desde la imputación.*

Pero antes de cualquier "consulta" a otro ámbito científico (es decir, antes de la configuración del juicio de atribución) debe resolverse la discusión acerca de *quién* y *por qué* puede ser responsable de *qué* suceso. Criterios como el de la *elevación o creación de un riesgo prohibido*, o el del *fin de la protección de la norma* (cuando es aplicado como algo más que una genérica invocación teleológica y pretende cumplir una función delimitadora concreta en el proceso de subsunción), dejan de ser meros criterios de "corrección" o "filtración" de sucesos causales (o cuasi-causales), y pasan a constituir fundamentos de responsabilidad (o de su exclusión). Lo mismo sucede con criterios tales como la *prohibición de regreso*, o el *principio de confianza*, o *la competencia o comportamiento precedente de la víctima*. Éste es el sentido que ya tiene la discusión acerca de las *posiciones de garante*, discusión que, en principio, se halla acotada a la omisión (algo que, precisamente desde esta perspectiva, puede ponerse hoy en duda[35]). En efecto, los criterios normativos que determinan los alcances de las posiciones de garante no se limitan simplemente a "filtrar" procesos causales sino que, por el contrario, fundamentan la subsunción típica. Recién luego de este paso (que arroja como producto el *quién*, el *qué* y el *cómo*) se hace posible configurar el juicio de evitación concreto del caso. Esto *ya* es así en la discusión sobre la omisión[36], y no es distinto en la comisión.

---

35 JAKOBS. *Stratfrehct*, cit., 7/56 y ss.; sobre su fundamentación de toda responsabilidad penal en la defraudación de un deber derivado de una institución (en sentido amplio): *Die strafrechtliche Zurechnung von Tun und Unterlassung*, Opladen, 1996, pássim (sobre el fundamento también "institucional" de los delitos de organización –no dañar al prójimo–, en particular pp. 19 y ss., traducción de JAVIER SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLEZ, Bogotá, 1996, pp. 27 y ss.)

36 A modo de ejemplo, sirva el modelo de ordenamiento de pasos propuesto por OTTO. *Grundkurs*, cit., 9/104: a. Constatación de la lesión del bien jurídico, b. Posibilidad de actuación (mero juicio sobre la posi-

Esta perspectiva no impregna únicamente la discusión acerca de los fundamentos de responsabilidad (tipicidad del comportamiento), sino también la discusión concreta acerca de la imputación de resultados. Se trata de lo que hasta ahora ha sido discutido en el ámbito de la imprudencia como "nexo de antijuridicidad" o "relación de contrariedad al deber"[37], y que se discute modernamente bajo el rótulo de "realización de riesgos": cuándo debe ser interpretado (entendido, asumido) un resultado como el requisito típico exigido en los delitos de resultado junto a la conducta típica. Esta cuestión deja de ser, desde este punto de partida, una discusión complementaria al juicio de causalidad, y pasa a ser la discusión acerca de qué clase de relación exige el tipo penal entre resultado y conducta típicos, y según ella, qué datos causales (recién entonces, y no de modo "preliminar") se requerirán, si es que alguno es requerido. La inversión no es un mero juego de palabras: aquí no se trata de "recortar" juicios de causalidad según selecciones normativas, sino de seleccionar normativamente acontecimientos y relaciones (entre muchas posibles[38]) entre esos acontecimientos[39].

La determinación normativa del juicio de relación no se limita únicamente a la definición de sus términos, sino también a la configuración de la relación en sí, es decir, a la adopción de ciertos parámetros para su establecimiento. Esto vuelve estéril una discusión "jurídica" acerca de si existe "en realidad" (léase, *desde las ciencias naturales*) causalidad psíquica o no; o acerca de si existen "áreas determinadas" o "indeterminadas" (siempre, *desde las ciencias natu-*

---

bilidad de actuar), c. Posición de garante, d. *Juicio de realización del peligro que el autor debía evitar o disminuir* (juicio que incluye aquí la relación de cuasi-causalidad entre conducta mandada y resultado, 9/98 y ss.).

37 La cuestión terminológica y el contenido material del problema se puede ver ya en: ULSENHEIMER. *Das Verhältnis zwischen Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei den Fahrlässigkeitsdelikten*, Bonn, 1965, pp. 146 y ss.; conectando con la teoría de la imputación objetiva, BURGSTALLER. *Das Fahrlässigkeitsdelikt*, cit., pp. 96 y ss.

38 Las relaciones de causalidad entre determinados acontecimientos (en el sentido en que aquí se aplica este término: vinculación causal positiva según un esquema de explicación causal, cfr. nota 4) son sólo algunas de las relaciones posibles: se puede construir entre ellos relaciones de *evitabilidad*, relaciones de *afinidad* (por ejemplo, según pertenezcan o no a cierto conjunto de una determinada clasificación), relaciones de *magnitud*, y otras muchas. Una vez más: cuál de todas ellas interesa no es un determinación *dada* a la imputación, sino que se decide *desde* ella.

39 KELSEN. *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, Tübingen, 1911, p. 72, ya advertía sobre la amplitud posible de la imputación: "La conexión efectuada en razón de una norma entre un tipo del ser [*Seintatbestand*] y un sujeto es la imputación. Ella es una conexión de elementos completamente singular, enteramente independiente y distinta de la teleológica y de la causal", y concluía de modo radical (loc. cit.): "La norma, por principio, puede exigir todo, también cosas que se encuentren sólo en una muy lejana relación causal o también en absolutamente ninguna relación con movimientos corporales del sujeto de la norma".

rales), que deban por tanto resolverse con criterios "causales" o "estadísticos", y toda otra discusión similar[40]. Se trata de investigar y determinar *cuáles son los parámetros de imputación social sobre los cuales se acoplan los parámetros de imputación jurídica*; se trata de reconocer cuáles son los parámetros de atribución y también, a su vez, de qué paradigmas parten estos. Ejemplo: cuando, en el lenguaje informal, se dice que una madre "mató" a su hijo, porque no lo alimentó durante más de una semana, se declara que el juicio de atribución se construye sobre la *evitabilidad* de la consecuencia reprochada a partir de una conducta *exigible* (parámetro social de atribución[41]), pero se declara también y al mismo tiempo que uno de los paradigmas de constatación de esa evitabilidad se halla en las reglas naturalistas de la biología. En ese caso, el juicio de atribución requerido se configura así según los esquemas sociales de asignación de responsabilidad (la madre *debe* alimentar a sus hijos, *debe* evitar, *en el marco de sus posibilidades*, que mueran de inanición), y se remite en su constatación a determinados contextos científicos (el paradigma vigente en las ciencias naturalistas acerca del mantenimiento biológico de una persona). Pero ambas determinaciones (la configuración del juicio y la remisión a algún paradigma para su constatación) son producto del propio criterio de atribución social. No es otra cosa lo que termina refiriendo MAIWALD cuando concede expresamente que la "*ingenua representación de la realidad física de los hombres en general*" no coincide con el desarrollo científico-naturalista, pero, al mismo tiempo, afirma que ella (como parámetro) es suficiente para el jurista, porque "*se corresponde con el pensar y el hacer de la vida social*"[42]. Esto es lo que se dice cuando se afirma que la imputación determina el *qué* de la causalidad.

La subordinación de lo naturalista (y, en general, de cualquier otro enfoque científico) a la imputación llega más lejos. Cuando en el lenguaje informal se dice que la arenga de un determinado director técnico a un equipo deportivo fue "crucial" en el triunfo obtenido por éste, se constituye también una *imputación* (el resultado deportivo es atribuido *también* al director técnico), cuyo parámetro dudosamente pueda considerarse ubicado en algún confuso concepto de causalidad psíquica. Lo mismo sucede cuando una persona sugiere a

---

40 Sobre esta discusión, por todos: PUPPE. *Strafrecht*, cit., 2/22 y ss.

41 La discusión expresa acerca de si éste u otro es el parámetro social de atribución excede los límites de esta contribución y representa, precisamente, una de las tareas genuinas que la dogmática penal debería sostener en lugar de discutir inútilmente sobre conceptos que le son ajenos y de dudosa necesidad, como aquellos que se elaboran en las ciencias naturales para dar así respuestas a su propia misión.

42 *Kausalität*, cit., p. 87.

un amigo alguna actividad ("te sentirías mejor si practicaras algún deporte"), cosa que el amigo ejecuta y por lo cual luego le atribuye sus resultados ("gracias, desde que juego tenis dos veces por semana me siento más saludable", o bien, "¡qué ocurrencia la tuya! Empecé a practicar tenis y me doblé el tobillo"). ¿Es el mejor estado de salud o la lesión una "consecuencia causal" de la sugerencia? Mejor: *¿importa eso?* Ese uso del lenguaje informal revela que, en la semántica social, el "dar estímulos" para un determinado acto, cuando esos estímulos son tenidos en cuenta por el estimulado, representa (a veces) un motivo suficiente para establecer una vinculación entre conducta del motivador y acto posterior del estimulado (de manera opuesta, también se reprocha muchas veces que los aconsejados no hayan tenido en cuenta consejos). Esta interpretación de la realidad (naturalistamente sostenible o no, *eso es precisamente indistinto*) pasa a ser relevante para la construcción de los *juicios de evitación* sobre los cuales se montan los juicios de atribución, cuando se trata de verificar vinculaciones entre relaciones de personas[43]. *Esto se quiere decir cuando se afirma que la imputación decide no sólo "qué" causalidad debe existir para imputar resultados, sino también "si" ella es necesaria*[44].

En conclusión, resulta claro que, desde esta perspectiva, la causalidad es sólo un posible instrumento de la imputación, y como tal, su uso, según el contexto, puede o no ser funcional, en todo caso, nunca obligatorio. Se trata, tomando una imagen de JOHANN FICHTE, de que "monto el caballo sin pedirle autorización y sin querer, a su vez, ser montado por él"[45]. El jurista penal, que pretendió originariamente montar sobre la causalidad para construir un sistema de imputación, pareciera haberse transformado en nuestros días en un ex-

---

43 Excede el objeto de este trabajo el investigar cuál es el criterio de atribución social de comportamientos intersubjetivos, valga en todo caso, en lo aquí pertinente, que es un error permanente el dar por sentado que ese criterio sea la causalidad.

44 Por esto mismo la eventual ganancia conceptual de PÉREZ BARBERÁ. "Kausalität", cit. en cuanto desplaza como criterio la *causalidad* por la *determinabilidad* (lo que lo acerca a la solución correcta; determinación de la *evitabilidad*), se pierde irremediablemente en cuanto se aferra a la idea de un condicionamiento de la imputación a través de realidades ontológicas o naturalistas. Respecto de sus críticas a la "causalidad normativista" (ibíd., pp. 622, 624, con nota 91): por un lado, interpreta erróneamente que JAKOBS pretende "normativizar la causalidad" (ibíd., nota 92), ya que lo querido es la *normativización* de la *imputación*; por otro, no pueden prosperar, dado que tienen por supuesto aquello que precisamente debe ser discutido, es decir, si el derecho está atado a categorías "ontológicas".

45 Frase tomada de una carta dirigida a KARL L. REINHOLD (29 de agosto de 1795), en REINHART LAUTH y HANS JACOB (eds.). *J. G. Fichte-Gesamtausgabe der Bayerischen Akademie der Wissenschaften*, Stuttgart-Bad Cannstatt 1970, Bd. III.2, pp. 384 y ss. (386): "Ich reite das Pferd, ohne es um Erlaubnis zu fragen, und ohne von ihm wiederum geritten seyn zu wollen; warum bin ich doch bei dem Pferdeverleiher bedenklicher".

hausto jinete que es cabalgado por ella y a la que sumisamente pide autorización para emitir cualquier juicio. La reconstrucción de un orden metodológico correcto debe comenzar, por lo tanto, volviendo a poner en su lugar respectivamente al jinete y a su(s) caballo(s).

2. Para quien desconfíe de la trascendencia real de este enfoque, y en particular de su trascendencia para la subsunción de los delitos de comisión, permítaseme una muestra: la discusión alrededor de la denominada *teoría de la elevación del riesgo*[46]. Según esta teoría, la imputación de un resultado a un comportamiento que ha elevado el riesgo fracasa si se demuestra que la conducta alternativa conforme a derecho (es decir, que la conducta equivalente a la tratada pero configurada de tal modo que no hubiera elevado el riesgo sobre el bien jurídico más allá de lo tolerado) no habría evitado *con probabilidad rayana a la certeza* el resultado producido. El fundamento de esta conclusión reside en que el fin político-criminal que proscribía el comportamiento pierde su sentido si la evitación era fácticamente imposible[47]. Pero si esta evitación surge como *dudosa*, entonces el resultado debe ser de todas maneras imputado al comportamiento típico: el *sentido político-criminal* de su prohibición no se habría perdido.

Contra esta tesis suele argumentarse que este proceder implica una forma encubierta de eludir el *in dubio pro reo* en materia de determinación procesal de los hechos de un caso[48] (obviamente, en contra del acusado). Se responde desde la teoría de la elevación del riesgo que no hay lesión a ninguna garantía procesal, porque *las dudas no recaen sobre los hechos del caso*, sino única y exclusivamente sobre el *sentido político-criminal* de mantener o no la exigencia normativa de una conducta alternativa a la realizada. Esta aseveración (la duda recae sobre una circunstancia *normativa* y no *fáctica*) parte de sostener que *la relación de causalidad ya ha sido constatada*[49], es decir, que la base fáctica del caso ya está agotada, y sólo resta un margen de discusión estrictamente normativo. Esto revela la afinidad de esta teoría con el modelo expuesto en el apartado II: el juicio de causalidad inicial (como ya se ha señalado, más o menos abstracto e intuitivo) sirve de base fáctica al caso (las discusiones "fácticas" se limitan al él), y toda discusión posterior se da únicamente en el terreno normativo. Desde

---

46 Por todos, ROXIN. *Strafrecht*, cit., 11/76 y ss.; SCHÜNEMANN. "Über...", cit., pp. 218 y 219.

47 Ibíd., pp. 218 y 219.

48 Por todos, JAKOBS. *Strafrecht*, cit., 8/98 y ss. Para una crítica estrictamente normativa (es decir, que prescinde de la objeción atinente al *in dubio pro reo*, FRISCH. pp. 439 y 540, y 543 y ss.).

49 Exactamente en esos términos, SCHÜNEMANN. Ob. cit., p. 219, quien, con cierta ironía provocativa, califica por ello a la solución de JAKOBS como "naturalista" (además de emparentarla, como si fuera lo mismo y en otra muestra de ironía provocativa, con la de PUPPE). Al respecto, cfr. infra nota 54.

esa posición, cualquier discusión acerca de cuestiones fácticas es puramente "naturalista" y tiene lugar en ese paso preliminar.

Pero si se toma nota de que un juicio causal "preliminar" no es una determinación neutra desprovista de valoraciones normativas[50], sino que él mismo se constituye a partir de los insumos que los criterios normativos que dan fundamento a la responsabilidad determinan como relevantes (ergo, de que no es "preliminar" al campo normativo), se percibe rápidamente que la base fáctica de la que parte la teoría de la elevación del riesgo es ya producto de una decisión normativa. La teoría de la elevación del riesgo se contenta en los casos de duda (como producto de una decisión normativa) con un juicio meramente causal (es decir, con el mero dato de la causalidad). ¿Es esta la base fáctica de la que precisa la imputación? Es decir: ¿alcanza esta base fáctica para sostener una imputación *legítima* (consecuente con los criterios de los que dice partir)? ¿O esta (pre-)selección representa una decisión (normativa) de imputar pena a una persona sin pruebas suficientes?

Toda esta confusión se evita si se ubica en el centro de la discusión a la imputación y, por ende, a la determinación de los hechos que ella precisa. Desde allí, la pregunta acerca de qué hubiera sucedido con el resultado si el autor hubiera procedido según era exigido jurídicamente es ella misma una acerca de un *dato fáctico* que se considera *relevante* para un juicio de imputación[51]. Por lo

---

50 Me remito en esto a las observaciones del apartado II.3.

51 Si se ubica como parámetro de imputación al *principio de evitabilidad* (dejemos de lado, de momento, si este presupuesto es correcto, demos por sentado, en todo caso, que para quienes participan de esta discusión es relevante, por ello sí coinciden sus soluciones en los casos en los que la no-evitación era segura), lo que pasa a ser objeto de imputación es el *no evitar* y no el *causar*, por ende, los datos fácticos que se vuelven relevantes *desde* ese parámetro dejan de ser los meros juicios de causalidad, y pasan a ser los *juicios de evitación*, los que efectivamente se construyen sobre datos fácticos (y para los cuales puede ser necesario la aplicación de criterios causales). Los datos fácticos que exigen los juicios de evitación, por supuesto, son distintos a los datos fácticos que exigen los meros juicios de causalidad. En un ejemplo: circunscribiendo metodológicamente el universo de datos de un caso a uno según el cual el niño resulta lesionado al ser embestido por un ciclista que paseaba distraído por el parque (ante la mirada indiferente del padre del niño), el juicio de causalidad requerirá como datos fácticos aquellos correspondientes a los movimientos del niño y del ciclista, mientras que el juicio de evitación requerirá como datos fácticos tanto aquellos como los relativos a la posible intervención del padre en la cuestión. En la medida en que todos estos datos estén dados, mientras que el juicio de causalidad se limitará a establecer una relación positiva entre el ciclista y el niño, el juicio de evitación lo hará entre el niño por un lado, y el ciclista *y* el padre por otro. Cuál de los dos juicios resulta relevante (o si no resulta relevante ninguno, o si resulta relevante otro), así cómo cuánto deba ampliarse o circunscribirse el universo de datos del caso, es una decisión tomada *desde* la imputación. Escéptico respecto de la evitabilidad, pero convencido de que la solución correcta parte de un concepto de responsabilidad independiente de la causalidad (y de que ella es una relación a determinar *desde* la imputación): HAAS, *Kausalität*, cit., pp. 183 y 184, 215 y 216 y 219.

tanto, si el juicio de imputación precisa (para su comprobación) de cierto dato fáctico (por ejemplo: que el resultado era evitable para el autor si hubiera obrado conforme se le exigía normativamente en el contexto en el que actuó), y ese dato fáctico aparece como dudoso, sólo entran en juego las reglas de determinación de los hechos de un caso en materia procesal, vale decir, el principio *in dubio pro reo*, con prescindencia de cualquier necesidad *político-criminal* (mejor, *pese* a ella). Esta decisión es una *enteramente normativa* acerca de qué base fáctica se requiere para poder imputar[52].

Así se vuelve evidente que la determinación de la base fáctica de los delitos de comisión, al igual que en la omisión, se construye *según* y *desde* la imputación, y no la precede[53]. Cuando SCHÜNEMANN argumenta, a favor de la teoría de la elevación del riesgo, que el juicio que ella propone es uno con base en razones de *política criminal*, mientras que la solución opuesta (*in dubio pro reo*) responde a una interpretación *naturalista*, pasa imperdonablemente por alto que el principio *in dubio pro reo* también representa, precisamente, una decisión *político-criminal*: la de no imputar pena a personas sin tener acreditados con cierto grado de certeza los datos fácticos que se les atribuyen. Por lo tanto, la polémica entre partidarios de la solución del *in dubio pro reo* y de la solución de la *teoría de la elevación del riesgo* no es (como erróneamente interpreta SCHÜNEMANN) una entre juristas "político-criminales" (a su modo, "normativistas") y juristas "naturalistas", sino una entre partidarios de un cierto sistema político-criminal y partidarios de otro cierto sistema político-criminal (específicamente, entre partidarios de aplicar ciertas reglas *normativas* y partidarios de aplicar otras reglas igualmente *normativas*)[54]. En mi opinión, es más

---

52 Esto sirve, a la vez, de ejemplo acerca de la debilidad de los argumentos "político-criminales" en la fundamentación dogmática: toda decisión jurídica se corresponde a un programa "político-criminal". Si la invocación de razones "político-criminales" refiere a valoraciones *fuera* del sistema de imputación, se alude en el fondo a concepciones políticas del propio intérprete o de terceros; si refiere a valoraciones que se deducen *de la interpretación del sistema jurídico*, entonces se refiere a la propia imputación (pero entonces se obtienen desde la dogmática y no a la inversa). La ciencia jurídica se ocupa, precisamente, de deducir del conjunto de normas cuál es el programa político-criminal de una sociedad, y esta deducción proviene (en el plano normativo) precisamente de *todas* las normas que de alguna manera influyen en una decisión penal.

53 Que el dato fáctico "B, quien circulaba a exceso de velocidad, atropelló a A" sea cierto, no aporta nada a la descripción fáctica que la imputación precisa (y define). Nuevamente: si lo relevante es la evitabilidad (y, además, no *cualquier evitabilidad* posible, sino una específica exigida por el derecho), el simple dato "B causó la muerte de A" resulta anecdótico y no dice nada de ella, lo que se vuelve relevante es, en todo caso, *si B podría haber evitado el atropellamiento a una velocidad permitida*: éste es el dato fáctico relevante para la subsunción en los delitos de comisión, no la mera vinculación causal positiva.

54 Así visto, lo único "irónico" es que SCHÜNEMANN quiera calificar de "naturalistas" a quienes pretenden subordinar la determinación de los datos fácticos a la imputación, mientras que él se conforma a

consecuente con un programa político-criminal garantista la solución que opta por aplicar las reglas del *in dubio pro reo* que el programa político-criminal de la *teoría de la elevación del riesgo*.

Con este ejemplo he pretendido demostrar hasta qué punto puede conducir la engañosa percepción (propia del modelo expuesto en el aparato II) de que el juicio de causalidad preliminar es "meramente" fáctico y neutro, y el segundo un recorte normativo de él. Los juicios de imputación (en tanto pretenden ser juicios de responsabilidad sobre hechos de la realidad) se construyen sobre datos fácticos, esto está fuera de discusión; pero la decisión acerca de cuáles son esos datos fácticos no es una dada de manera preliminar, sino que deriva precisamente de los criterios de imputación.

3. Por último, es pertinente dejar sentado que la inversión en la relación de subordinación entre imputación y causalidad (al igual que sus modelos opuestos) no es un fenómeno aislado en la historia, ni limitado a una escuela de pensamiento. Ha habido y hay intentos de construir una teoría del delito que prescinden de limitaciones naturalistas y subordinaciones pre-jurídicas, y que se concentran en el concepto de imputación.

En su escrito de habilitación como profesor[55], WERNER HARDWIG sostuvo con decisión que el concepto central del derecho (penal) era la imputación, y que, a su vez, ésta se determinaba a partir de criterios propios y autónomos y no como una consecuencia del "dogma causal". Ante la evidencia del fracaso del dogma causal en el ámbito de la omisión[56], HARDWIG postuló la necesidad de ubicar en el centro de la discusión dogmática al concepto de imputación, que no debía guardar ninguna identidad con el principio de causalidad[57]. Ese principio *general* de imputación (es decir, aplicable a *todas* las formas delictivas) fue ubicado en la *no evitabilidad de un acontecimiento cuya evitación era normativamente exigida*, de donde surge como primer paso metodológico la constatación del deber jurídico de evitación (y sus cuestiones derivadas), y como segundo paso la constatación de un juicio de evitación del/los acontecimiento/s (y sus cuestiones derivadas)[58]. Este

---

aceptar como dato fáctico una relación causal más abstracta (y así, más *naturalista*). No se trata sino de otro caso de un jinete montado por su caballo.

55 *Die Zurechnung. Ein Zentralproblem des Strafrechts*, Hamburg, 1957.

56 Ibíd., pp. 72 y ss.

57 Ibíd., p. 114, y no sólo por la inidoneidad del principio causal para resolver los problemas de imputación, sino también ante la evidencia de que existen delitos cuyo reproche se halla en la realización de una mera actividad o de una mera omisión: la existencia de imputación también en esos casos demostraba que no podía ser la causalidad el principio fundamentador de la imputación (ibíd., pp. 111 y ss.).

58 Ibíd., pp. 126 y ss. El "acontecimiento" a evitar es distinto según la forma delictiva concreta (es decir, según la exigencia normativa concreta): podía ser una "mera actividad", una "mera omisión", una "actividad en relación a un resultado" o una "omisión en relación a un resultado" (donde el entramado

segundo paso implica la aplicación de un "principio de selección", con el que precisamente se extrae de la realidad "físico-naturalista" el contorno fáctico de los acontecimientos y relaciones causales o cuasi-causales que resultan relevantes. Este "principio de selección" se constituye a partir de un *deber jurídico de gobernar* un hecho[59]. Es decir: a partir del *deber jurídico* y de su contenido, surge qué y cómo debía evitarse (o prevenirse, para el caso de la omisión[60]); la relevancia de cualquier determinación fáctica (incluido cualquier juicio causal) queda remitida a la contestación de estas preguntas. El punto de vista de HARDWIG mereció algún desarrollo concreto por parte de su discípulo HANS JÜRGEN KAHRS[61], quien, también a partir de la negación de la idoneidad del principio causal para fundamentar responsabilidad penal[62], defendió su reemplazo por el *principio de evitabilidad*, cuyo contenido sólo puede ser determinado, a su vez, a partir del derecho[63], obteniendo de este modo un criterio de imputación expresamente válido para la comisión y la omisión indistintamente: "Al autor se le imputa un resultado, cuando él no lo ha evitado, pese a que le era enteramente evitable y estaba obligado a ello"[64]. Pese a la lucidez y profundidad de su aporte, el punto de partida sistemático de HARDWIG y KAHRS no recibió acogida en la discusión dogmática posterior, y permaneció desde entonces en un injusto segundo plano.

En la actualidad, juristas que construyen su teoría del delito como una deducción de la obra de KANT pueden ser clasificados también dentro de la perspectiva de este apartado. La que podría denominarse como "Escuela de Frankfurt"[65] parte (con fundamento en una interpretación kantiana ortodoxa)

---

de evitabilidad se constituía sobre dos acontecimientos: la acción u omisión, y el resultado, ibíd., pp. 164 y ss.).

59 HARDWIG. Ob. cit., pp. 143 y 144; el "principio de selección" queda así presentado como una "causalidad final anudada normativamente". Nótese, por lo demás, que el criterio de selección no es la mera *capacidad fáctica de gobernar* un suceso, sino y antes bien, *el deber de gobernarlo* (ibíd., p. 151).

60 Ibíd., pp. 154 y ss.

61 *Das Vermeidbarkeitsprinzip und die conditio-sine-qua-non-Formel im Strafrecht*, Hamburg, 1968.

62 Ibíd., pp. 19 y ss.

63 "La caracterización 'evitabilidad en sentido jurídico' remite a esa relación inseparable entre mandato y evitabilidad. El mero poder-evitar fáctico no tiene para la imputación ningún significado propio" (ibíd., 61, p. 37).

64 Ibíd., p. 41.

65 Pueden ser indicados como pertenecientes a esta línea de pensamiento al profesor emérito de la universidad de esa ciudad, ERNST AMADEUS WOLFF (en lo atinente al tema de esta contribución, *Kausalität von Tun und Unterlassen*, Heidelberg, 1965), y a quienes se habilitaron como profesores o promovieron su doctorado bajo su influencia: MICHAEL KÖHLER. *Die bewußte Fahrlässigkeit*, Heidelberg, 1982; RAINER ZACZYK. *Das Unrecht der versuchten Tat*, Berlin, 1989; MICHAEL KAHLO, en lo atinente a esta contribución, *Das Problem des Pflichtwidrigkeitszusammenhanges bei den unechten Unterlassungsdelikten*, Berlín, 1990; ID. *Unterlassung als Kriminaldelikt*, Frankfurt a. M., 2001, y HOLGER MATT, en lo atinente a esta contribución, *Kausalität aus Freiheit*, Baden-Baden, 1994.

de una estricta separación entre el *principio de causalidad de la naturaleza* (entendido como criterio físico-mecánico de interpretación de la realidad) y el *principio de la autonomía práctica* (entendido como el criterio de interpretación moral de esa misma realidad)[66]. De este modo, los juicios que se pueden establecer según cada uno de estos principios mantienen también una validez distinta, y, así, los juicios causales naturalistas sólo tienen sentido como la interpretación de los fenómenos naturales: el comportamiento humano, en ellos, es un mero factor más en una interminable cadena de acontecimientos. En cambio, los juicios de vinculación morales (y, más adelante, los juicios de responsabilidad jurídica) no se identifican con los anteriores[67], sino que se construyen a partir de un concepto de actuar personal-autónomo, que representa una "forma, fundamentada en la voluntad autónoma de un sujeto, de modificación, con sentido, de la realidad a través de un valerse [*Indienstnahme*] de sus regularidades estructurales"[68].

Un suceso, o bien se explica desde la perspectiva naturalista, o bien desde la perspectiva objetivo-práctica[69]. Desde esta última perspectiva, los criterios de relevancia de una conducta se obtienen a partir de los principios objetivos que rigen la *voluntad autónoma de un sujeto*. En función de esa determinación, la conexión entre acontecimientos se obtiene a partir de una relación de finalidad entre el acto de voluntad seleccionado y aquel resultado cuya vinculación interesa: en la medida en que se pueda interpretar un comportamiento (autóno-mamente juzgado como relevante), a su vez, como un "valerse de las relaciones naturales" dirigido al acaecimiento de un suceso reprobado (por esto, "valerse de" en sentido *final*), puede *imputarse* ese resultado al comportamiento en cuestión (como emanación de una "causalidad desde la libertad" –*Kausali-tät aus Freiheit*–)[70].

---

66 KAHLO. *Unterlassung*, cit., pp. 195 y 196; ID. *Das Problem*, cit., p. 296. En KANT. *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, en Werkausgabe, WILHELM WEISCHEDEL (ed.), Frankfurt a. M., 1968, Bd. VII, p. 97 de la 1.ª ed., 98 de la 2.ª, resulta claro que el *principio de causalidad* es sólo una referencia a la conexión entre dos acontecimientos, y que ese principio recibe dos parámetros distintos según se aplique al reconocimiento de la realidad de los entes irracionales (carentes de voluntad, donde entonces la característica de esa causalidad reside en la necesidad de la sucesión de uno hecho tras otro, propia de las leyes naturales) o a la realidad de los entes racionales (con voluntad, donde entonces la característica de esa causalidad es la libertad, entendida como el obrar según la representación de leyes prácticas, y donde la vinculación es estrictamente moral y no "natural").

67 KAHLO. *Unterlassung*, cit., p. 239.

68 Ibíd., p. 235.

69 Y aquí la conjunción "o" debe entenderse en sentido disyuntivo (de allí que elija como traducción la expresión "o bien... o bien" en lugar de la literal "o... o"): "*Sólo se pueden pensar dos clases de causalidad, en consideración de aquello sucede, o bien* [entweder] *según la naturaleza, o bien* [oder] *desde la libertad*" (KANT. *Kritik der reinen Vernunft*, en Werkausgabe, cit., Bd. III, p. 532 de la 1.ª ed., 560 de la 2.ª).

70 *Causalidad desde la libertad* es la afirmación de que el hombre puede ser designado como "causa" desde

Desde esta concepción, la relevancia jurídica (como especie del juicio moral) del dato fáctico de la causalidad (o cuasi-causalidad, o cualquier otro), es decir, su necesidad, contenido y alcance, aparece condicionada y determinada por el juicio final de imputación. Dicho de otra manera: el juicio de imputación no parte ni surge ni puede originarse en el juicio naturalista. Para esta corriente de pensamiento esto se revela como evidente en la construcción de la imputación en los delitos de omisión[71], pero el mismo orden lógico (juicio normativo, conforme a la ley práctica[72], como juicio de imputación, juicios naturalistas como instrumentos auxiliares en función de aquellos) se extiende coherentemente a los delitos de comisión[73].

Por último, y a modo de excursus, estimo que también debería ser éste el camino que una corriente de pensamiento subjetivista (en el sentido de una fundamentación personal del ilícito) debería adoptar para la construcción de su sistema. Es cierto que el subjetivismo histórico, a partir de su rechazo de toda relevancia del resultado en el ilícito, ha resistido con vehemencia la discu-

---

el punto de vista moral, es decir, más allá de su real influencia físico-mecánica, y es, por lo tanto y por ello, un juicio de imputación: "Imputación (*imputatio*) en sentido moral es el juicio por el cual alguien es considerado como autor [*Urheber*] (*causa libera*) de una acción, la que entonces se designa como hecho [*Tat*] (*factum*) y está bajo leyes, juicio que sería una imputación de fuerza jurídica (*imputatio iudicaria s. valida*) si lleva a la vez consigo las consecuencias jurídicas de ese hecho, si no, sólo una imputación enjuiciadora (*imputatio diiudicatoria*)" (KANT. Die Metaphysik der Sitten, en Werkausgabe, cit., Bd. VIII, p. 29 de la 1.ª ed., p. 30 de la 2.ª).

71 KÖHLER. *Strafrecht*, cit., p. 207 ("El delito de omisión y sus elementos conceptuales se constituyen, por lo tanto, a través de un deber de hacer presupuesto"); KAHLO. *Unterlassung*, cit., pp. 250 y ss.; categórico, MATT: "Por ello es el deber de garante el elemento constitutivo de un *causar por omisión* (en el sentido de *causalidad desde la libertad*) y consecuentemente también debe investigarse como primer elemento de una comprobación acorde a un sistema de hecho penal y dirigida a la constatación de un resultado jurídico-penalmente relevante (según la parte especial del código penal). Sin constatación de una posición de garante (como relación jurídico-fundamental [e] intersubjetiva de dependencia y confianza), y del deber de garante de allí surgido en su alcance típico, un sistema del hecho penal no puede obtener con éxito una descripción detallada del hacer jurídico-penalmente mandado (y por lo tanto del reproche jurídico-penal), ni puede ser constatada la posibilidad físico-real de ese hacer (prescripto) para el autor, y con ello tampoco es subsumible la denominada (cuasi-)causalidad de un *causar por omisión*" (la bastardilla es destacado en el original: *Kausalität*, cit., pp. 208 y 209).

72 En sentido kantiano, las leyes prácticas son aquellas que se dirigen a la determinación de la voluntad de los entes racionales (como sujetos que actúan según la representación de leyes –morales o éticas– y no meramente como consecuencia de leyes –naturales–), son independientes y preliminares (*a priori*) a toda experiencia o "ley empírica" (KANT. *Grundlegung*, cit., pp. 13 y 14), y se corresponden más bien al plano de lo que "debe ser" y no al de lo que "es" (ibíd., p. 58).

73 WOLFF. *Kausalität*, cit., p. 55 (haciendo expreso un significado homogéneo del "ocasionar" [*Bewirken*] tanto para el hacer como el no hacer); KÖHLER. *Strafrecht*, cit., p. 140 ("Pero también para la actuación por acción promueve el estrechamiento objetivo y terminológico ['causa'] el malentendido acerca de que, con el condicionamiento de una consecuencia, estaría ya indicado un fundamento de imputación suficiente. Para ello, más bien, debe ser integrada [miteinbezogen] la causa-fin de la subjetividad actuante").

sión sobre, y a partir de, la imputación objetiva[74], sobre todo en la creencia de que muchos de los problemas que allí se plantean se resuelven en el propio tipo subjetivo[75] (el que, por lo demás, constituye en sí mismo el ilícito). Esta percepción se refuerza (con justicia) ante la evidencia de que muchos esfuerzos de la imputación objetiva parecen estar orientados meramente a "purificar" o "perfeccionar" los juicios de causalidad entre resultado y conducta[76], problema que sólo parecería adquirir verdadera relevancia si el resultado es realmente un elemento del ilícito.

Pero, en cuanto se advierte, desde la perspectiva del modelo que ahora se expone, que la discusión que los criterios de imputación objetiva plantean se puede entender directamente como la discusión acerca de la relevancia jurídica de ciertos comportamientos (es decir, de su tipicidad en sí), entonces no surge ninguna dificultad para su incorporación en el sistema subjetivista. Aun definiendo al ilícito sólo como el disvalor de acto, constituido por las representaciones del autor acerca de lo que hace y no por el hacer "real", sólo podrán ser consideradas ilícitas aquellas representaciones que recaigan sobre hechos *cuya subsunción típica sea posible*[77]. Supondría un espejismo intelectual creer que el concepto de dolo *per se* resuelve todos los problemas de imputación, cuando

---

74 KAUFMANN. "'Objektive Zurechnung' beim Vorsatzdelikt?", en *Festschrift für Heinz-Heinrich Jescheck*, Berlin, 1985, pp. 251 y ss.; STRUENSEE. "Der sujektive Tatbestand des fahrlässigen Delikts", en *Juristenzeitung*, 1987, pp. 53 y ss.; ID. "Objektive Zurechnung und Fahrlässigkeit", en *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 1987, pp. 97 y ss.; ID. "Verursachungsvorsatz und Wahnkausalität", en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 102 (1990), pp. 21 y ss.

75 Expresamente en ese sentido, STRUENSEE. *Objektive*, cit., p. 99; ID. *Verursachungsvorsatz*, cit., pp. 26 y ss.; ya en general, KAUFMANN. Ob. cit., pp. 260 y ss.

76 Ibíd., pp. 256 y ss.

77 Estrictamente en ese sentido, SANCINETTI. "La concepción subjetiva del ilícito en su relación con la teoría de la imputación objetiva", en *Subjetivismo e imputación objetiva en derecho penal*, Buenos Aires, 1997, pp. 85 y ss. Al respecto, y contra la opinión de SANCINETTI (ibíd., p. 101), mantengo mi opinión acerca de que todos los criterios que se discuten bajo la imputación objetiva son relevantes para una teoría subjetivista con excepción de los criterios específicos de la realización de riesgos o *imputación de resultados en sentido estricto* (CERLETTI. "La realización de riesgos prohibidos", en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Buenos Aires, 1997, n.° 6, pp. 231 y 232, con nota 59), salvo en el caso de los delitos imprudentes (cfr. infra nota 78), pero en este caso sólo porque incluso los subjetivistas asignan en el ámbito de la imprudencia una función al resultado (al menos, como condición objetiva de punibilidad). DEGENER. *Die Lehre vom Schutzzweck der Norm*, Baden-Baden, 2001, mantiene la posición subjetivista histórica en el rechazo a la imputación objetiva (criticando, por un lado, la distinción entre causalidad e imputación, calificándola de "trivial" –pp. 97 y 98, con notas 344 y 345–, y proponiendo, por otro, un criterio de adecuación para la vinculación entre acción y resultado –pp. 188 y ss.–), pero al mismo tiempo acepta la incorporación de la discusión sobre ciertos criterios como una discusión acerca de la determinación de la conducta típica (en términos de *intereses y contra-intereses*, pp. 99 y ss.), así como su relevancia para la existencia de dolo (y para el subjetivismo en sí, pp. 134 y 135).

resulta evidente que su conformación se obtiene a partir de la congruencia entre representaciones subjetivas y un *tipo de referencia*[78] (es decir que el marco de referencia, y con ello el contenido del dolo, es esencialmente *derivado* de la imputación[79]). Por lo demás, la sola prescindencia del resultado en el ilícito debería ser suficiente para abandonar toda referencia a la causalidad como fundamento de la imputación, y para concentrarse exclusivamente en criterios de relevancia normativa de comportamientos (el "contenido subjetivo" jurídico-penalmente relevante no puede ser la *mera* representación del hecho causal o cuasi-causal –y sus momentos de azar–, sino la representación del hecho *jurídico-penalmente imputable*).

Con esto queda concluida la exposición de los tres modelos de relación posibles entre "juicios de imputación" y "juicios de causalidad". En este último apar-

---

78 Este especismo es constante: tomemos el conocido caso del conductor de un camión que trata de superar a un ciclista ebrio a una distancia menor de la reglamentaria (de modo tal que éste termina efectuando una oscilación brusca, cae y muere aplastado por las ruedas del vehículo de transporte, oscilación que, dada su ebriedad, se habría producido de igual manera y con el mismo desenlace aun cuando el conductor del camión hubiera utilizado la distancia reglamentaria). STRUENSEE. *Objektive*, cit., p. 99, afirma que la muerte no le es imputable al autor porque la ebriedad no le era reconocible (es decir, porque el resultado producido no se hallaba dentro del tipo subjetivo de la imprudencia cometida), y que toda consideración a algún criterio de imputación objetiva es por ello superflua. Pero en verdad sólo está invirtiendo el razonamiento. Existen dos subsunciones paralelas: por un lado, *un cierto* tipo objetivo (correspondiente a la imprudencia que incluye la posibilidad de comportamientos peligrosos de la víctima que deben ser tenidos en cuenta), que en el caso se halla completo pero sobre el cual, como señala correctamente STRUENSEE, no existe una representación (evitabilidad subjetiva) completa. Pero, *por otro lado*, existe *un cierto* tipo subjetivo completo (mera imprudencia al reducir la distancia de superación) y que queda en el ámbito de la mera tentativa imprudente (impune según el derecho positivo) porque la conducta que objetivamente se le corresponde (el conductor *efectivamente* superó al ciclista dejando una distancia menor a la reglamentaria) no se encuentra conectado con el resultado respectivo (porque el que efectivamente sucedió *no se corresponde normativamente* con esa mera imprudencia). Sin un criterio (normativo) de relación entre comportamiento y resultado, STRUENSEE no podría descartar esta segunda subsunción, porque los elementos exigidos (conducta contraria al deber, representación del actuar contrario al deber, y resultado conectado causalmente) estarían presentes. Si, a su vez, pretendiera desligarse ese resultado de la imprudencia afirmando su *inadecuación*, entonces se cae en las objeciones ya presentadas a los modelos de los apartados I y II. Por lo tanto, de esta segunda subsunción sólo se puede salir afirmando que no alcanza la mera vinculación causal del resultado, sino que (*a partir de una exigencia normativa*) tiene que ser uno que se vuelva evitable mediante el actuar conforme al deber de cuidado respectivo (el que no incluye el tener en cuenta la ebriedad del ciclista, porque esta no está incorporada a este síndrome de riesgo), y como ello no es así (el superar respetando la distancia mínima *no evitaba* el resultado) la representación de ese síndrome de riesgo *resulta irrelevante* (es la representación del síndrome de riesgo que objetivamente no está vinculado al resultado acaecido). Por supuesto, todo esto sería diferente si el resultado no cumpliera tampoco ninguna función en este caso (pero sólo respecto de los criterios de realización de riesgos, no sobre aquellos respectivos a la delimitación de la conducta típica). Tiende a la misma inversión argumental DEGENER. *Die Lehre*, cit., pp. 216 y ss.

79 Con sencillez y maestría sobre este punto: KELSEN, *Hanptprobleme*, cit., pp. 76 y ss.

tado creo haber demostrado que una relación que ubique en el centro a los juicios de imputación y en la periferia (subordinados) a los juicios de causalidad no sólo es posible, sino que ofrece amplias y diversas posibilidades de desarrollo. También creo haber mostrado que esta perspectiva es la que resulta más acorde con la elaboración de una ciencia jurídico-penal, ya que es la que ubica en un primer plano y libre de "pseudo-limitaciones" a la discusión por los fundamentos de la responsabilidad penal y sus criterios derivados. Adentrarse ya en esta cuestión específica supera ampliamente el objeto de este homenaje y representa, en todo caso, uno de los desafíos más prometedores y con más sentido que puede emprender la dogmática penal en los años venideros.

EPÍLOGO

Esta contribución ha pretendido, en primer lugar, llamar la atención sobre una cuestión que se halla entrelazada en las disputas habituales acerca de la imputación de resultados, y en general, acerca de la relación entre conducta y resultado en la subsunción típica de los delitos de resultados. Con ello he pretendido también poner de manifiesto que esta verdadera discusión central sobre el concepto de imputación (y de subsunción) está lejos de resolverse: existen modelos de relación contrapuestos que se han aplicado y se siguen utilizando, sin que exista un debate específicamente concentrado sobre ellos; más bien, se da por sentado algún punto de partida, y, en lo que es peor, se da también por sobreentendido que ese es el punto de partida de todos, con lo que se pierde de vista la verdadera dimensión del problema. Sólo desde ese "dar por obvio" aquello sobre lo que se discute se puede concebir la objeción que DENCKER formula a la tesis del homenajeado y que sirviera de introducción a esta contribución.

En segundo lugar, esta contribución ha pretendido mostrar algunas flaquezas argumentales de las posiciones que hasta ahora han gozado de la simpatía mayoritaria, con el fin de hacer ver también que la opción por alguno de los modelos de relación expuestos no resulta obvia, y menos todavía indiscutible. Puede haber buenos motivos para sostener a cualquiera de ellos (esta exposición no ha querido ser exhaustiva ni agotar toda la discusión posible, misión materialmente imposible en la longitud de este trabajo), pero es un error metodológico grave dar por sentado que el tema ya está resuelto, o que pueden hallarse en él respuestas evidentes.

Por lo demás, también se ha buscado mostrar que el punto de partida del homenajeado no puede ser interpretado como una "discrecional" inversión de

términos fruto de su propia y "devoradora" imaginación[80], sino que se corresponde más bien con una determinada forma de concebir y ver al derecho (y en especial, a la ciencia del derecho), que no es privativa de una única filosofía del derecho o escuela jurídica. Sí es verdad que el tema aquí escogido es uno en el cual el homenajeado ha procurado precisamente el desarrollo de un concepto normativo de dogmática penal[81], pero no puede ser tomado ni entendido como un aporte aislado, ni como una consecuencia necesaria únicamente deducible de su visión del sistema.

La invocación del homenajeado a ubicar a la causalidad como "un derivado de la imputación" resume su posición en este campo, y sirve de guía en la comprensión tanto de sus contribuciones relacionadas con este tema (como la equivalencia entre comisión y omisión), como de otras en diversas áreas de discusión de la dogmática (como la teoría de la participación). Detrás de ella hay mucho más que un "poner de cabeza" categorías supuestamente ineludibles, y en todo caso refleja en JAKOBS cierta continuidad (y superación) de la lucha de WELZEL, quien se propuso en su tiempo liberar a la dogmática de "las famosas cadenas de la causalidad, cuyo chirriar anuncia desde lejos al jurista penal"[82]. Hoy, como en aquel entonces su maestro, carga por ello con el ropaje de hereje.

---

80 Calificación tomada de DENCKER. Ob. cit., p. 43, nota 59. La cantidad de (des-)calificativos que este autor ha hallado para evaluar las contribuciones de JAKOBS son directamente proporcionales a su empecinamiento en suponer que ambos parten (o *debieran partir*) del mismo punto de vista, cosa que evidentemente no es así.

81 Resulta paradójico que todavía se deba discutir (¡y cómo!) si es posible o conveniente hablar de un concepto *normativo* de *derecho* penal. Que no haya contenidos "obvios" de un concepto normativo, incluso, que esto pueda ser materia de fuertes polémicas (como la que en parte se ha planteado ente el normativismo funcionalista de JAKOBS y el, a su modo, normativismo de una teoría personal-liberal de la Escuela de Frankfurt), no invalida la conclusión de que en la investigación del contenido de ese concepto y sus derivaciones se encuentra la misión de la dogmática penal (y de la ciencia jurídica en general).

82 WELZEL. "Strafrecht und Philosophie", en *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, Berlin, 1975, pp. 1 y ss. (4), publicado originalmente en Kölner Universitätszeitung, Bd. 12, 1930, n.° 9, pp. 5 y ss.

ALEX VAN WEEZEL*

Coautoría en delitos de organización

En agosto del año 2000 escuché por vez primera la expresión "ocaso del dominio del hecho", acuñada y utilizada por JAKOBS como título de una conferencia leída en Santiago de Chile, durante su breve estancia en ese país. Las consideraciones que siguen toman pie en aquella conferencia, están dedicadas a su autor y quieren proponer la tesis de que las tradicionales dificultades en la fundamentación de la responsabilidad por coautoría pueden reconducirse a dos causas: 1.ª La predominante localización del problema, al menos en algunos de sus aspectos más relevantes, fuera del ámbito de la imputación objetiva; 2.ª Los intentos, una y otra vez renovados, de trasladar al ámbito del actuar conjunto el paradigma del autor solitario. En el camino hacia una propuesta de solución se considerará por ello en primer lugar la teoría del dominio del hecho, concretamente en su clásica expresión como "dominio funcional del hecho"[1] (I). A continuación se ponderarán aquellas concepciones que procuran hacer justicia a la coautoría como problema del actuar en conjunto, bien a través de la elaboración naturalista de un sujeto total (II.A), bien por medio de la construcción normativa de un hecho total[2] (II.B). Luego de un nuevo planteamiento del problema (II.C), se presentará a grandes rasgos la tesis de la coautoría, y de la participación referida a los delitos de dominio, como realización de una infracción colectiva del deber (II.D). Esta concepción se apoya significativamente, aunque no sin ocasionales diferencias, sobre los aportes de JAKOBS a la teoría de la participación. Finalmente (III) se mencionarán algunas consecuencias con respecto a los problemas de evitabilidad individual.

I. EL DOMINIO DEL HECHO COMO REALIDAD FÁCTICA Y LA TRANSFERENCIA DEL PARADIGMA DEL AUTOR SOLITARIO AL ÁMBITO DEL ACTUAR CONJUNTO

El contenido esencial de la teoría del dominio funcional del hecho elaborada por ROXIN puede resumirse de la siguiente manera: el coautor debe responder

---

* Universidad de los Andes (Chile). El autor es becario del Servicio Alemán de Intercambio Académico (DAAD) en el Seminario de Filosofía del Derecho de la Universidad de Bonn.

1 ROXIN. *Täterschaft und Tatherrschaft*, 7.ª ed., 2000, pp. 275 y ss. (en adelante *Täterschaft*; traducción de la 6.ª ed. de JOAQUÍN CUELLO CONTRERAS y JOSÉ LUIS SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, Madrid y Barcelona, 1998). El punto de vista, también individualizador, de SCHILLING. *Der Verbrechensversuch des Mittäters und des mittelbaren Täters*, 1975, no será analizado en detalle.

2 Los intentos de STEIN. *Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre*, 1988, y la idea de autonomía en SCHUMANN. *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen*, 1986, pp. 51 y ss., desarrollada en el ámbito de la teoría de la participación especialmente por RENZIKOWSKI. *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung*, 1997, quedarán de momento fuera de consideración.

en medida suficiente al esquema orientador de toda clase de autoría, según el cual es autor quien constituye la figura central del acontecimiento cuyo núcleo es una acción. Para que dos o más sujetos se conviertan en figuras centrales del hecho se requiere, en primer término, que sólo puedan actuar conjuntamente en la etapa de ejecución del delito. De esta forma se configura un completo dominio del hecho en las manos de varios, por medio del cual "cada uno de ellos tiene en sus manos el destino del hecho total"[3]. Coautor es, por tanto, aquél cuyo aporte en el estadio de ejecución del hecho aparece como indispensable[4] para la realización del resultado perseguido, de acuerdo a una valoración judicial de las circunstancias[5]. No es necesario que el coautor se halle presente en el lugar del hecho (basta con una función como "central de comandos"[6]) y, al mismo tiempo, no todo aquél que está presente en el lugar del hecho es por ello coautor: a su aporte debe corresponder de tal manera una función autónoma en el marco del plan[7] que el partícipe, mediante su sola abstención de prestar el aporte, pueda impedir el hecho[8]. En segundo término, requiere la coautoría de una resolución común orientada a la ejecución, adoptada por todos los coautores. Ello tiene como consecuencia que el desconocimiento unilateral del carácter conjunto de la actuación excluye la coautoría respecto de quien lo padece. De esta manera se excluye también la así llamada coautoría sucesiva[9].

Como subraya el propio ROXIN, domina en el ámbito científico una coincidencia fundamental en la recién esbozada concepción[10]. Tal unidad de opiniones se apoya, de hecho, en buenas razones. La ya clásica exposición de ROXIN ha demostrado no sólo la ineptitud de la recurrente teoría formal-objetiva para explicar la realización típica en división de trabajo[11], sino que ha rebatido en forma convincente[12] los plateamientos que ven en la coautoría una forma de

---

3 *Täterschaft*, p. 277.

4 Ibíd., p. 280.

5 Lo cual quiere decir: ni en el sentido de la teoría de la condición necesaria, ni en el de una mera "posibilitación", que no puede enjuiciarse *a posteriori*: el hecho podría haber sido igualmente posible sin el aporte, pero como "otro" hecho (*Täterschaft*, pp. 282 a 285).

6 Ídem.

7 Ibíd., p. 280.

8 Especialmente claro al respecto RUDOLPHI. *Festschrift für Bockelmann*, 1979, pp. 374 y 394.

9 *Täterschaft*, pp. 289 a 292.

10 Ibíd., pp. 684 y ss., con más referencias.

11 Ibíd., pp. 37 y 38., 276 y ss., 323. Véase también la aguda crítica al intento de revivir la teoría formal-objetiva por parte de FREUND. *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 1988, pp. 330 y ss.): con respecto a la coautoría, cfr. *Täterschaft*, pp. 653 y ss.

12 Ibíd., p. 276 (en esta sentido ya WELZEL, en *ZStW*, 58 [1939], p. 550). Aunque (a excepción del principio de responsabilidad: cfr. al respecto BLOY. *Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht*, 1985,

autoría mediata (en este sentido LANGE[13] y SAX). Pero sobre todo tiene el mérito de haber refutado definitivamente en el plano teórico aquella concepción de la jurisprudencia, aún parcialmente vigente en la praxis, que atiende a la "voluntad de autor" o a variadas formas de influjo psíquico[14].

A. PROBLEMAS SIN RESOLVER

Sin embargo, y pese a la mencionada unanimidad, quedan todavía en el ámbito de la coautoría una serie de preguntas sin responder, que permiten dudar –aun desde el punto de vista de una crítica inmanente– de la capacidad explicativa de la teoría del dominio funcional del hecho. No se trata, por cierto, de obtener soluciones nítidas e indiscutibles para todas las constelaciones posibles[15]. Pero el punto de partida sería ya equivocado si algunos casos sencillos o de aparición muy frecuente no pudieran ser resueltos con un cierto grado de seguridad y consecuencia. En lo que sigue se aludirá brevemente sólo a los principales problemas relacionados con los dos elementos que la teoría del dominio funcional del hecho considera esenciales a la coautoría: la decisión común de ejecutar el hecho y la intervención en la etapa de ejecución del delito. Para ofrecer un panorama algo más preciso de este último problema se hará también referencia su contrapartida, el tratamiento de quien sólo participa vigilando en el lugar del hecho.

1. LA DECISIÓN COMÚN DE EJECUTAR EL HECHO

Según la doctrina mayoritaria, la coautoría exige el acuerdo recíproco, basado en un querer común, de ejecutar un determinado hecho actuando en conjunto y mediando división del trabajo[16]. Este requisito es presentado normalmente como una consecuencia evidente de la idea de dominio del hecho. Así sostiene, por ejemplo, ROXIN que, "ya que los coautores dependen recíprocamente los unos de los otros, deben estar necesariamente de acuerdo para poder actuar en conjunto"[17]. Tal evidencia es, sin embargo, sólo aparente, pues el requisito de

---

pp. 349 y 350) la refutación se mueve sólo en el plano del dominio como "factum" y no se considera una cuestión relativa a la competencia plena por el hecho.

13 Cfr. sólo LANGE. *Der moderne Täterbegriff und der deutsche Strafgesetzentwurf*, 1935, pp. 59 y ss.

14 Entre muchos otros pasajes, cfr. respecto de la coautoría, *Täterschaft*, p. 281.

15 Sobre las limitaciones en este sentido, en el ámbito de la teoría de la participación, cfr. WELZEL. *Das deutsche Strafrecht*, 11.ª ed., 1969, pp. 110 y 111 (traducción de JUAN BUSTOS y SERGIO YÁÑEZ, Santiago de Chile, 4.ª ed. de 1993); ROXIN. *Täterschaft*, p. 284.

16 Cfr. por ejemplo, LACKNER y KÜHL. *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 24.ª ed., 2001, § 25, n. 10.

17 *Täterschaft*, p. 285.

una decisión común de ejecutar el hecho no se deriva *necesariamente* de la objetiva y recíproca dependencia de los coautores. Una dependencia objetiva y recíproca de los aportes puede existir también sin que sea siquiera conocida por algunos de los partícipes. Cuando por su cuenta y sin acuerdo previo la *babysitter* deja abierta la puerta de la casa –que habitualmente permanece fuertemente asegurada–, deja sobre la cama las joyas –que normalmente se hallan a buen recaudo–, y distrae al propietario –que a su vez dispone de un arma para casos de robo–, posibilitando de este modo que su novio cometa el hecho que, sin embargo, él solo para sí ha planificado, es forzoso negar la existencia de una decisión común y, sin embargo, no se puede desconocer la dependencia recíproca de los aportes (precisamente no si se utiliza el criterio de ROXIN[18] en el sentido de que, si faltase uno de ellos, el hecho derivaría en uno diferente). La dependencia objetiva no descansa en el acuerdo de los partícipes y, por otra parte, ningún acuerdo está en condiciones de convertir en dependientes aportes que objetivamente no lo son. Cuando diez gotas de veneno bastan para causar la muerte y a pesar de ello deciden A y B disolver cada uno de ellos diez gotas en el vaso de C con el fin de asegurar el resultado, no por ello pasan a ser sus aportes objetivamente dependientes entre sí. La decisión común es, por lo tanto, un elemento adicional del dominio funcional del hecho, que por lo mismo requiere de una fundamentación autónoma.

Tal decisión común de ejecutar el hecho constituiría, en palabras de KÜPPER que expresan el contenido de la opinión predominante, "un momento irrenunciable de la coautoría"[19], pues sólo con su ayuda sería posible resolver correctamente las siguientes constelaciones[20].

a. EXCESO

La magnitud y el alcance de la responsabilidad de los coautores se hallarían limitados por la decisión conjunta de realizar el hecho, es decir, por el querer común. De esta manera se define el exceso de un coautor como prestación fuera de lo acordado. En consecuencia, los límites del acuerdo común en los casos de error sólo pueden determinarse de la siguiente manera: i. Según las representaciones de los actores, lo que a su vez conduce a una subjetivización de la teoría de la

---

18 Ibíd., p. 283.

19 En *ZStW*, 105, 1993, pp. 295 y ss.

20 La afirmación de que el tenor literal del § 25, 1 StGB exige tal elemento se deja aquí de lado, pues presupone una opción subjetivista del legislador, *quod erat demonstrandum*.

participación[21]; ii. Según el plan del hecho, lo que en principio aparece como una solución satisfactoria, pero que sin embargo sólo puede proporcionar una modesta ayuda. Aun cuando existiera un plan detallado hasta el mínimo, las distinciones necesariamente complejas a que lleva su examen terminarían por conducir a un callejón sin salida al momento de definir el alcance del acuerdo de voluntades. Estas dos posibilidades tienen sin embargo un sustrato común: ambas representan un intento por reproducir el contenido de voluntad de los partícipes por medio del plan del hecho. Este procedimiento conduce, no obstante, a una confusión entre imputación objetiva y subjetiva del hecho, un camino equivocado respecto del cual el propio ROXIN, desde la perspectiva de la teoría del dominio del hecho, ya había prevenido. Ninguna división del trabajo (acuerdo de voluntades) está en condiciones de reemplazar la intervención en la etapa de ejecución (codominio del hecho), porque en tal caso la prestación de cualquier aporte podría ser considerada como coautoría[22]. Si, en cambio, se quiere atender en el plano objetivo al dominio efectivamente ejercido por medio del comportamiento, sólo resta de la decisión común de ejecutar el hecho (en el plano subjetivo) una fórmula vacía, pues ella únicamente puede adquirir sentido a través de un determinado concepto de dolo: si uno de los partícipes en un delito de robo dispara sobre el guardia dándole muerte, depende enteramente del concepto de dolo que se sustente la cuestión acerca de si los demás intervinientes, también armados, pueden o no refugiarse en la alegación de que sólo una grave lesión corporal había sido materia del acuerdo previo[23].

b. COAUTORÍA SUCESIVA

El elemento de la decisión común de ejecutar el hecho es igualmente incapaz de proporcionar una solución al problema de la coautoría sucesiva[24]. Podría tratarse de una cuestión de causalidad, de dependencia recíproca de los aportes[25], de competencia por lo ya realizado[26], etc.; pero la afirmación de que la

---

21 En este sentido, sin embargo, ROXIN. *Täterschaft*, p. 211 (teniendo en cuenta una versión análoga al caso Rose-Rosahl) y pp. 286 y ss.

22 *Täterschaft*, pp. 300 y ss.

23 Especialmente ilustrativo BGH en HOLTZ, MDR, 1986, p. 795.

24 B aparece en el lugar de los hechos después de que A ha dado muerte a C para despojarle. Si B toma parte en el despojo, se ha planteado la cuestión acerca de si responde como coautor de robo (§ 2 StGB) o según el § 246, 1.

25 ROXIN. *Täterschaft*, p. 290.

26 JAKOBS. *Strafrecht, Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2.ª ed., 1991, 21/60 (tra-

decisión común debe hallarse desde el comienzo presente no se deriva necesariamente de su propio concepto. Con mayor razón podría sostenerse, si verdaderamente el asunto dependiese de la decisión conjunta, que también el acuerdo posterior al hecho está en condiciones de fundamentar la requerida mancomunidad[27].

c. COMIENZO DE LA TENTATIVA

Según el punto de vista mayoritario de la así llamada "solución conjunta", existe comienzo de la tentativa para todos los coautores cuando uno de ellos inicia la ejecución de la acción típica. De ello se ha intentado derivar[28] que la medida de participación de quien no ejecuta acción típica alguna sólo podría determinarse en referencia al plan o a la decisión común de ejecutar el hecho. Pues, como señala KÜPPER, "en los demás partícipes no hay nada 'objetivo' que pueda ser objeto de imputación"[29]. Si así fuera, sin embargo, tampoco existiría posibilidad alguna de imputación con respecto a la realización típica correspondiente. Una solidaridad sin coactuación es incapaz de fundamentar participación criminal[30], tampoco cuando se trata de una tentativa. Ejemplo: una pareja que se había propuesto cometer un robo se traslada al lugar del hecho. Mientras el hombre estaba ocupado con la fractura de la puerta de la cocina y la mujer, que debía colaborar en el traslado del botín, estaba de pie junto a él, fueron descubiertos. El RG condenó a la mujer como coautora, con una fundamentación basada en el plan del hecho y en el comportamiento realizado hasta el momento en que la prosecución del delito fue impedida. La mujer habría desplegado un comportamiento que, según el plan, "se diferencia del hacer o del comportamiento de un tercero no involucrado"[31]. Se puede discutir acerca de si los aportes de la mujer en la etapa de preparación constituyen una configuración tal del hecho que justifican su tratamiento como coautora, o si más bien no se trata de una complicidad. Pero cuando se trata de afirmar la responsabilidad a título de coautoría por la tentativa de robo, no puede basarse esta afirmación en la sola

---

ducción de JOAQUÍN CUELLO CONTRERAS y JOSÉ LUIS SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, Madrid, 1995).

27 Así, por ejemplo, TRÖNDLE y FISCHER. *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 51.ª ed., 2003, § 25, n. 9, con más referencias.

28 ROXIN. *Täterschaft*, pp. 453 a 455.

29 KÜPPER, en *ZStW*, 105 (1993), p. 303.

30 Cfr. JAKOBS. *AT*, 21/60.

31 En *RGSt*, 9, 3 (6 y 7).

32 Así, por ejemplo, KÜPER. *JZ*, 1979, pp. 784 y ss.; anteriormente también ROXIN. *Täterschaft*, pp. 453 y ss.

circunstancia de que la mujer se dirigió con su marido al lugar del delito, ni en la sola decisión común de ejecutar el hecho. Escoger, a pesar de todo, la segunda opción[32], implicaría revivir las teorías subjetivas de la participación[33] o bien abandonar los fundamentos del dominio funcional del hecho[34], pues ellos conducen forzosamente a la aceptación de la solución individualizadora respecto del comienzo de la tentativa[35].

Puede constatarse, entonces, que una función autónoma de la decisión conjunta de ejecutar el hecho resulta al menos dudosa. Por una parte, introduce confusión cuando se trata de resolver el problema de la coautoría sucesiva, y su aplicación como base de la imputación respecto del comienzo de la tentativa contradice los fundamentos del dominio funcional del hecho. Por otra, no se ve qué puede aportar más allá del dolo en la problemática del exceso por parte de uno de los intervinientes. Si la decisión conjunta de ejecutar el hecho debiera, a pesar de ello, constituir un presupuesto general de la coautoría junto al dolo, entonces sólo podría tener como objeto el actuar o el omitir en general, en cuanto que tiene lugar conjuntamente y en división de trabajo[36]; es decir, se trataría de la conciencia del actuar conjunto respecto del suceso típico[37]. Desde esta perspectiva se trata, sin embargo, de un concepto no sólo dudoso por su abstracción, sino ya en sí mismo problemático, pues se le estaría atribuyendo una función *constitutiva* que hasta el momento no ha sido suficientemente fundamentada[38].

---

33 Que el plan del hecho en cuanto tal ya es algo "objetivo" como sostiene ROXIN. *Täterschaft*, p. 455) no logra convencer. Pues sólo un dominio del hecho pensado y querido, pero no realizado, no puede distinguirse de una "voluntad de autor". En esta medida tuvo razón el RG al exigir un significado objetivo del comportamiento, más allá del plan del hecho. Si la acción de acudir al lugar del robo de acuerdo al plan basta para fundamentar la imposición de la pena de autor, es una cuestión aparte.

34 Cfr. RUDOLPHI. *Festschrift für Bockelmann*, pp. 384 y 385. Cuando ROXIN, ahora desde la perspectiva de la solución individualizadora, sostiene que la mujer ha dado inicio a la tentativa en su propia persona, pues "la intervención directa en la fractura de la puerta no es un requisito del robo" (ROXIN. *Leipziger Kommentar zum StGB*, 11.ª ed., 8.ª entrega, 1993 –en adelante, *LK-Roxin*–, § 25, n. 200), queda a mi juicio en deuda de una explicación acerca de cómo puede fundamentarse en este caso, de acuerdo a la teoría del dominio del hecho, un comienzo directo de ejecución respecto de la mujer.

35 Cfr. ROXIN. *Täterschaft*, p. 685, nota 477; BLOY. *Zurechnungstypus*, cit., pp. 265 y ss.; RUDOLPHI. *Festschrift für Bockelmann*, pp. 383 y ss. Para la crítica a la solución individualizadora, cfr. la exposición fundamental de KÜPER. *Versuchsbeginn und Mittäterschaft*, 1978, pp. 48 y ss., ID. *JZ*, 1979, pp. 785 a 787 y JAKOBS. *AT*, 21/61.

36 Cfr. DENCKER. *Kausalität und Gesamttat*, 1996, pp. 147 y 148.

37 La cuestión acerca de si también debe ser recíproco puede quedar de momento pendiente. En sentido negativo JAKOBS. *AT*, 21/41. Afirmativamente, entre otros, LACKNER y KÜHL, § 25, n. 10. La propia opinión, más abajo en II.D.4.

38 En la conclusión coincide STEIN. *Beteiligungsformenlehre*, cit., pp. 326 y 327. Respecto de la falta de unanimidad entre los defensores de la teoría del dominio del hecho, VALDÁGUA, en *ZStW*, 98 (1986), pp.

2. EL PROBLEMA DE QUIEN VIGILA EL LUGAR DEL HECHO

Según la teoría del dominio funcional del hecho, la atribución de responsabilidad a título de coautoría depende de la circunstancia de que al vigía corresponda un función necesaria –es decir, no meramente secundaria o prescindible– en el contexto de la planificación total. La ejecución del plan debe por lo tanto depender de su aporte para que pueda considerársele coautor. Esta posición es completamente consecuente con la perspectiva de la teoría del dominio del hecho, y el argumento de que los casos límite no podrían resolverse sin dificultad no resulta convincente. El punto de vista es, sin embargo, en otro sentido problemático: esta "necesidad" de la intervención del vigía puede enjuiciarse en el caso concreto de dos maneras. Si se la enjuicia (correctamente) *ex ante*, es decir, si no sólo se trata de que el hecho dependió de aquel aporte, sino también de que "pudiera haber dependido" de él, entonces ya no se tiene un dominio del hecho, sino un dominio "potencial" del mismo, cuya determinación no puede llevarse a cabo con el instrumental de la teoría del dominio del hecho[39]. Si, por el contrario, la necesidad del aporte debe enjuiciarse *ex post*, la decisión dependerá de la azarosa circunstancia de que durante la comisión haya surgido un peligro efectivo de que el delito fuera descubierto. Pese a todo ello llega ROXIN a la conclusión de que el que hace guardia es, por regla general, coautor[40].

3. EL PROBLEMA DE LA ACTUACIÓN EN EL ESTADIO DE PREPARACIÓN DEL DELITO

La cuestión acerca de si la coautoría requiere necesariamente de una intervención en el estadio de ejecución del delito es, como se sabe, una de las más discutidas en este ámbito. La praxis forense alemana, sin embargo, la considera "resuelta" desde hace tiempo. La así llamada "teoría de la combinación" ha permitido al BGH tratar como participación en coautoría aportes al hecho que

---

839 y ss.; HAUF, en NStZ, 1994, p. 263; INGELFINGER, *JZ*, 1995, pp. 704 y ss.; KAMM, *Fahrlässige Mittäterschaft*, 1999, pp. 35 a 42.

39 Se podría objetar que quien hace guardia ha detentado en todo caso el codominio del hecho, pues ha proporcionado a los demás el necesario "sentimiento de seguridad" para su comisión. Tal argumento no convence: según él debiera ser tratado como coautor también cuando, luego de la entrada de los demás en el lugar del hecho, se duerme o se aleja (la prestación que fundamentaría la coautoría se encontraría ya realizada), lo cual es evidentemente incompatible con la teoría del dominio del hecho. Cfr. al respecto ya SALAMON, *Vollendete und versuchte Beihilfe*, 1968, p. 159, y SCHAFFSTEIN, en *Festschrift für Honig*, 1970, p. 180.

40 *LK-Roxin*, § 25, nn. 154 de 191.

han sido prestados con anterioridad a la etapa de ejecución del delito. A ella se refiere ROXIN cuando señala que "los parámetros de diferenciación son tan inseguros como siempre, y la aceptación de un 'espacio de juego para la apreciación judicial' hace que los resultados sean tan imprevisibles como en los tiempos en que el único criterio de distinción era proporcionado por la voluntad de autor o de partícipe"[41]. El énfasis con el que ROXIN intenta refutar esta concepción resulta perfectamente explicable:

a. En el plano de la práctica forense es posible constatar que la jurisprudencia ha llegado en ocasiones demasiado lejos[42]: el solo "fortalecimiento" del otro partícipe mediante la mera presencia en las cercanías del lugar del hecho bastaría para fundamentar la coautoría[43].

b. Desde el punto de vista teórico parece también la opinión de ROXIN más coherente con la teoría del dominio del hecho[44]. Ya que los coautores deben ostentar el codominio del hecho en el sentido de una dependencia objetiva, recíproca y fáctica de los aportes, no se ve cómo podría existir tal codominio sin que se presuponga en alguna medida el tomar parte en la etapa de ejecución, es decir, en el lapso de tiempo que va desde el comienzo de la tentativa hasta la consumación material del hecho[45]. Por eso, a mi juicio están destinados al fracaso todos los intentos que, basándose en la teoría del dominio del hecho, proponen una distinción entre actos preparatorios esenciales y no esenciales[46]. En este punto lleva la razón ROXIN cuando señala que "aun quien realiza los prepa-

---

41 *Täterschaft*, p. 635.

42 Referencias a decisiones del BGH en ROXIN. *Täterschaft*, p. 634. Recientemente: BGH NJW, 2001 pp. 380 y ss. (381), 1289 y ss. (1290), 2266 y ss. (2268); BGH NStZ, 2000, pp. 95 y ss.; BGH NStZ, 1999, pp. 556 y s.; BGH NJW, 1999, pp. 2449 y ss.; BGH NJW, 1999, pp. 3131 y s.

43 BGHSt, 39, 381. Sin embargo, como cómplice, BGHSt, 46, 107 (=NJW, 2000, p. 3010). Cfr. también sentencias en *LK-Roxin*, § 25, n. 179, y en KÜHL. *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 4.ª ed., 2002, 20/113 (con reservas. La sentencia BGH NJW, 1999, pp. 3131 y 3132, p. ej., se basa en una intervención objetiva en el estadio de preparación: producción y transporte del material incendiario y elección del lugar del hecho: p. 3132).

44 Le han seguido entretanto BLOY. *Zurechnungstypus*, cit., pp. 197 y ss.; HERZBERG. *Täterschaft und Teilnahme*, 1977, pp. 64 y ss.; RUDOLPHI. *Festschrift für Bockelmann*, pp. 374 y ss.; STEIN. *Beteiligungsformenlehre*, pp. 319 y ss., entre otros. Entre los defensores de la teoría del dominio del hecho disienten al respecto, con más o menos matices, WELZEL. *Strafrecht*, cit., p. 110f.; MAURACH, GÖSSEL y ZIPF. *Strafrecht, Allgemeiner Teil* 2, 7.ª ed., 1989, 49/31; SEELMANN, en *jus*, 1980, p. 573; STRATENWERTH. *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 4.ª ed., 2000, 12/93 y s.

45 Cfr. *LK-Roxin*, § 25, n. 182.

46 Así, por ejemplo, KÜHL. *AT*, 20/111,112. Véanse las acertadas críticas al respecto de ZIESCHANG, en *ZStW*, 107, 1995, pp. 371 y ss. También JAKOBS. *AT*, 21/51: Expresiones como "aporte más esencial" o "más relevante" implican una vuelta a las viejas teorías material-objetivas (con sus debilidades). Sólo importa la influencia sobre la forma en que el hecho aparece, no sobre su éxito.

rativos más intensos debe, cuando sólo se limita a ello, abandonar el acontecer en manos de otros"[47]. Si, por otro lado, se intenta prescindir del dominio fáctico de la acción ejecutiva, no se llega más lejos con la teoría del dominio del hecho, pues, agrega acertadamente ROXIN, "hasta ahora no se ha encontrado un método para distinguir entre actos preparatorios importantes y menos importantes"[48].

A pesar de ello esta concepción resulta problemática, como se aprecia a partir del clásico ejemplo de actuación en el estadio previo a la ejecución del delito: el problema del jefe de la banda. Según la opinión predominante sólo puede ser coautor cuando interviene también durante la etapa de ejecución, es decir, con palabras de ROXIN, cuando "dirige o asegura la realización de los hechos, aunque sea a la distancia"[49]. Cuando, por el contrario, "limita su actividad a la planificación de los delitos, entregando su ejecución a otros"[50], permanece como partícipe. Esto es parcialmente correcto: quien *sólo* se limita a la planificación general del hecho podría ser también cómplice. Pero quien selecciona y reune a los miembros de la banda, y además determina la víctima, el tiempo, el lugar, los medios y las modalidades de comisión no permanece al margen del hecho, tampoco cuando abandona a otro, en división del trabajo, el último movimiento de la mano. En el extremo opuesto: para que el vigía sea considerado como coautor basta, de acuerdo a esta misma teoría, con que el hecho "pudiera haber dependido" de su aporte. La teoría del dominio fáctico del hecho ve entonces un salto cualitativo en la circunstancia de que el aporte sea prestado durante la etapa de ejecución del delito, pues sólo en este caso puede ser afirmada la recíproca dependencia de los respectivos aportes. Cuando según esta teoría, sin embargo, la conducta del vigía y el comportamiento configurador del jefe de la banda son tratados de tal manera que el primero será considerado por regla general coautor[51] (en razón de un dominio "potencial" del hecho) mientras que el segundo partícipe (en razón de un dominio "anticipado" del hecho), es inevitable preguntarse si el criterio de autoría escogido es adecuado o no lo es, pues en ninguno de los dos casos los intervinientes han ejecutado por sí mismos las acciones descritas en el correspondiente tipo

---

47 *Täterschaft*, p. 301.
48 Ibíd., p. 302.
49 Ibíd., p. 299.
50 Ídem.
51 *LK-Roxin*, § 25, nn. 154, 191. En sentido opuesto, sin embargo, BLOY. *Zurechnungstypus*, cit., pp. 282 y 283, 376: ni siquiera se verificaría una complicidad.

penal. En realidad ocurre que, en la medida en que un interviniente no realiza todo por sí mismo –y en esto radica precisamente la gracia de la coautoría–, su responsabilidad se fundamenta por accesoriedad[52]. La circunstancia de que el hecho sea dominado en recíproca dependencia por quienes lo ejecutan no debe ocultar la realidad normativa de que ninguno de ellos ha realizado en sí mismo (en absoluto o al menos no por completo) la acción descrita en el tipo. Pero en esta situación se encuentra también el cómplice, cuya responsabilidad también se fundamenta en forma accesoria[53] y respecto del cual por esta misma razón se afirma casi unánimemente que es indiferente si ha actuado en la fase de preparación o de ejecución del hecho[54]. La pregunta decisiva es, entonces, la siguiente: ¿puede realmente la ya varias veces mencionada recíproca (y fáctica) interdependencia en el estadio de ejecución constituir una diferencia cualitativa de tal envergadura que consiga disolver aquello que coautoría y complicidad tienen en común, a saber, el carácter accesorio de la responsabilidad? Porque, en cualquier caso, el requisito de intervención en el estadio de ejecución se fundamenta en la exclusión de una responsabilidad accesoria en el ámbito de la coautoría[55].

B. DOMINIO DEL HECHO Y DOMINIO COMO HECHO

La teoría del dominio del hecho se apoya en la idea del autor como figura central de un acontecer cuyo núcleo es una acción. Así sostiene ROXIN que, según el tenor de la ley, la calidad de autor, inductor y cómplice se hallaría definida en función del concepto de "cometer", y que por ello sólo se podrían entender los preceptos correspondientes (§§ 25 a 27 StGB) "en un sentido según el cual el legislador ha pensado en el que comete el hecho como punto central y figura clave, alrededor del cual –pero siempre fuera de este centro– se agrupan los que inducen a él o ayudan a su comisión"[56]. La responsabilidad de los partícipes se fundamenta por tanto en la accesoriedad y, en concreto, como una "conexión con el injusto ajeno". En el caso de la coautoría, en cambio, no existiría tal accesoriedad. A pesar de que el coautor no realiza (en absoluto o, al menos, no por completo) la

52 JAKOBS. *Festschrift für Lampe*, p. 10 (en prensa a la fecha de cierre de esta contribución; se cita, por tanto, desde el manuscrito), con más referencias; ya ID. *AT*, 21/61. También: DENCKER. *Kausalität*, p. 137; GALLAS. *Beiträge zur Verbrechenslehre*, 1968, p. 105; KÜPER. *Versuchsbeginn*, pp. 60 y 61.

53 El que vigila el lugar del hecho, quien sin duda alguna interviene en la etapa de ejecución, puede en la concepción de ROXIN ser tratado como coautor o como cómplice.

54 Cfr. por ejemplo, *LK-Roxin*, § 27, n. 31; LACKNER y KÜHL, § 27, n. BGHSt, HSt 2, pp. 344 y ss.

55 ROXIN. *Täterschaft*, pp. 290 y 291; ZIESCHANG, en *ZStW*, 107 (1995), p. 376.

56 ROXIN. *Täterschaft*, p. 26. Con respecto al texto reformado, también ibíd., pp. 546 y ss. Similar BLOY. *Zurechnungstypus*, cit., pp. 96 y ss.

acción típica según prescribe el texto de la ley, adquiere el dominio sobre el hecho –y de esta forma se convierte en figura central del mismo– en razón de que su aporte durante la etapa de comisión puede ser considerado como "indispensable" para la realización del tipo, según una ponderación judicial de las circunstancias. Por ello es posible sostener que el dominio funcional del hecho opera una transferencia del paradigma de la autoría en solitario[57] hacia el ámbito del actuar en conjunto[58]. En palabras de ROXIN, "el dominio del hecho del coautor descansa por tanto en que él, a través del dominio de su parte, domina al mismo tiempo el hecho total"[59]. Según esta doctrina, por tanto, no posee el dominio del hecho el colectivo que constituyen los partícipes, sino cada partícipe por sí y para sí. Una consideración detallada de la teoría del dominio funcional del hecho permite descubrir entonces la real significación de la así llamada recíproca dependencia de las prestaciones: ella se encuentra llamada a proporcionar el último fundamento para la imputación recíproca de los respectivos aportes de los coautores. Se trata por lo tanto de fundamentar una responsabilidad inmediata, no accesoria, sin tener que considerar por otra parte a los partícipes como una unidad en términos normativos. Cuando A inmoviliza a la víctima amenazándola con un arma mientras B le arrebata sus pertenencias, A y B no constituyen una unidad normativa a la que se imputa la comisión del robo (§ 249 StGB), sino que en razón de la recíproca dependencia de los aportes al hecho se le imputa a A el despojo y a B la amenaza. Sin embargo, si el fundamento de la responsabilidad en la coautoría descansa de todos modos en el dominio sobre la acción típica, no se puede desconocer que sólo quien la ejecuta posee semejante dominio sobre dicha acción (al igual que quien no ejecuta posee al menos el dominio sobre su aporte) y que ninguna dependencia recíproca es capaz de suprimir este dominio exclusivo del que actúa. Es cierto que quien no realiza la acción típica puede tener en sus manos el éxito del hecho total, en la medida en que si no realiza su prestación puede impedir el hecho. Pero eso no significa que a su vez detente el dominio sobre las acciones de los demás intervinientes. Si a pesar de ello basta para fundamentar coautoría un dominio del hecho total mediado por el propio aporte, y éste a su vez mediado por la acción de quien realiza la conducta (o el resto de ella) descrita en el tipo[60], entonces no parece posible escapar a la crítica de que tal dominio mediato también puede verificarse en el inductor e incluso en el cómplice, sin

57 Pese a la afirmación de ROXIN en sentido contrario: *LK-Roxin* § 25, n. 157.
58 En este sentido también DENCKER. *Kausalität*, pp. 136 y 137.
59 *LK-Roxin* § 25, n. 154; ya en *Täterschaft*, pp. 279 y 280.
60 Cfr. *LK-Roxin*, § 25, n. 157.

que por ello pasen a ser coautores. Por lo tanto, una teoría coherente del dominio del hecho como realidad fáctica debe insistir siempre en que los aportes tienen que ser prestados en el estadio de ejecución del delito para que puedan llegar a fundamentar coautoría. El carácter indispensable de los aportes y el hecho de que deban prestarse en la etapa de ejecución del delito constituyen el salto cualitativo que según esta doctrina distingue la autoría de la participación[61]. A la luz de estas consideraciones, la teoría del dominio funcional del hecho aparece como una teoría del "dominio como hecho", que combina versiones corregidas de las antiguas teorías de la simultaneidad y de la condición necesaria, en donde las respectivas correcciones se reducen a dos: i. Una delimitación tan precisa como sea posible de lo que debe entenderse por estadio de ejecución del delito, y ii. Una restricción a los aportes que, según una ponderación judicial *ex ante*, aparecen como "indispensables"[62]. Cuando un aporte al hecho reúne estas características de temporalidad y cualidad, quien lo presta se constituye en figura central del hecho. Tal ocurre, no obstante, con total independencia de que se trate de un autor solitario o de uno más de entre varios intervinientes[63]. La presencia de otros partícipes se refleja sólo en una dificultad adicional para enjuiciar el carácter indispensable de los respectivos aportes, en la medida en que no constituyan ejecución de la acción típica. En el caso del autor solitario no se presenta este problema, más allá de la distinción entre actos preparatorios y comienzo de la tentativa. Con todo, la cuestión acerca de si una solución tomada de la autoría en solitario puede satisfacer en el ámbito del actuar conjunto ha sido ya discutida en la doctrina y, con abundantes argumentos, negativamente respondida. Baste aquí con una remisión a esos estudios[64].

---

61 Así ROXIN. *Täterschaft*, pp. 290 y 291, 328, lo que al menos resulta dudoso. En realidad, ni la teoría del dominio del hecho ni el recurso a un sujeto colectivo (o a un hecho total) permiten fundamentar dicha distinción cualitativa. Cfr. LESCH. *Das Problem der sukzessiven Beihilfe*, 1992, pp. 198, 278 y ss.; DENCKER. *Festschrift für Lüderssen*, 2002, p. 533.

62 Tal limitación es posible en la medida en que el requisito de la colaboración en el estadio de ejecución no exige que se realice de propia mano la acción descrita en el tipo. De otra opinión, sin embargo, LESCH. *Beihilfe*, p. 122 y s., quien entiende la posición de RUDOLPHI de tal manera que toda actuación en el estadio de ejecución debería fundamentar la autoría de quien actúa.

63 Lo cual se aprecia en forma especialmente en la problemática del inicio de la tentativa: la teoría del dominio del hecho conduce necesariamente a la solución individualizadora en este ámbito. Más referencias en nota 35.

64 Cfr. KÜPER, en *ZStW*, 105 (1993), pp. 445 y ss.; DENCKER. *Kausalität*, cit., pp. 135 y 136, con respecto a la problemática del comienzo de la tentativa, en especial pp. 203 a 296; también en *Festschrift für Lüderssen*, pp. 525 y ss.; JAKOBS, en *Festschrift für Lampe*, pássim. Cfr. también SEELMANN. *Kollektive Verantwortung im Strafrecht*, 2002, p. 9.

II. EL PROBLEMA DE LA ACTUACIÓN EN CONJUNTO

Como ya se anticipó, las presentes reflexiones proponen localizar el núcleo de la problemática en dos ideas fundamentales:

1. La primera puede sintetizarse en el diagnóstico que WELZEL realizara en 1939 con las siguientes palabras: "Todos los intentos de reconducir la coautoría a la actuación en solitario son tan equivocados como superfluos, ya que la coautoría es tan originaria como la autoría en solitario y, en la misma medida que ella, autoría. Así como la una es autoría del todo, así también la otra es autoría sobre la totalidad"[65]. Por ello no es admisible trasladar sin más el paradigma del autor solitario al ámbito del actuar en conjunto. Éste es el error de perspectiva de la teoría del dominio funcional del hecho y de la jurisprudencia, que se aferra a una solución individualizadora a través del criterio de la voluntad de autor, aun bajo el manto de una "consideración valorativa" en el marco de la así llamada "teoría de la combinación".

2. En segundo lugar, que el problema de la autoría –con independencia de que se trate de actuación conjunta o en solitario– constituye un problema de imputación, en concreto, una cuestión de competencia por la realización del tipo. Se trata, por tanto, de una pregunta que pertenece al plano normativo y cuya respuesta no puede extraerse sin más a partir de realidades fácticas. Ni siquiera la imputación de la autoría de quien actúa en solitario tiene como fundamento el dominio fáctico del hecho, sino la regla de imputación que atribuye competencia por el propio comportamiento, no mediado por otros[66].

A. DECISIÓN CONJUNTA DE EJECUTAR EL HECHO COMO FUNDAMENTO DE UN COLECTIVO

En los recién citados *Estudios* formuló ya WELZEL la pregunta decisiva desde el punto de vista de la imputación: "¿cómo puede responder por el todo quien sólo realiza una parte?"[67]. Como resulta insoslayable que ninguno de los

---

65 En *ZStW*, 58, 1939, p. 550. Cfr. también LAMPE, en *ZStW*, 106, 1994, pp. 683 y 685. Una perspectiva del desarrollo contemporáneo de la responsabilidad individual por procesos colectivos puede obtenerse en SEELMANN. *Kollektive Verantwortung*, pp. 8 y ss.

66 Cfr. JAKOBS. *Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminología*, Madrid, UNED, 2000 (ponencia traducida al español por MANUEL CANCIO MELIÁ, citada en adelante como *Participación*), p. 621; SEELMANN. *Kollektive Verantwortung*, cit., p. 9.

67 Aquí y en lo que sigue: ID., en *ZStW*, 58, 1939, pp. 549 a 553. El desarrollo posterior de la doctrina de

coautores ostenta realmente el dominio sobre el hecho en su totalidad, ¿de qué manera es posible que el hecho como un todo sea, al mismo tiempo, "el hecho de todos en conjunto"? La respuesta de WELZEL consta de dos miembros inseparables: 1. Debe existir una decisión conjunta de ejecutar el hecho, 2. Que se exprese en el acontecer objetivo. Tal "objetivación" se verifica siempre que el partícipe (coautor) toma parte en la ejecución del hecho típico. Cuando por el contrario realiza acciones de apoyo (por ejemplo, actos preparatorios), no basta con que simpatice con la ejecución del hecho o esté de acuerdo con ella: su voluntad de autor debe poseer un significado objetivo en el hecho total. La voluntad posee esta significación "cuando la decisión común es portadora del hecho total y de cada uno de los aportes de los demás partícipes, de tal manera que no sólo la prestación de la acción de apoyo es, para quien en ella participa, una realización parcial de la decisión común, sino que también la ejecución de las acciones típicas por parte de quienes las cometen es al mismo tiempo la corealización de la resolución, que tanto ellos como los que sólo apoyan han adoptado conjuntamente"[68]. WELZEL no se refiere, por lo tanto, como sostiene ROXIN[69], a un sentimiento de solidaridad, sino al significado del hecho: su ejecución por parte de quienes realizan la acción típica debe significar al mismo tiempo la ejecución de la decisión que todos en conjunto, también los que sólo han preparado la realización del tipo, han adoptado, y cuya mejor "representación gráfica" (la expresión también es de WELZEL) constituye la distribución de roles en el plan del hecho. De esta manera ningún coautor posee el dominio sobre todo el hecho, sino que, considerados aisladamente, cada uno domina su acto parcial; "a través de la decisión conjunta", sin embargo, posee también cada uno de ellos el dominio del hecho en su totalidad.

Apoyándose en WELZEL o por un camino propio, aunque siempre en los rieles de la teoría del dominio final del hecho, también otros autores han creído encontrar en la decisión común de ejecutar el hecho el momento constitutivo de la actuación en conjunto[70]. Así popone en forma paradigmática KÜPER[71] una comprensión de la teoría del dominio del hecho que se aparta de los plan-

---

WELZEL, marcado por un fuerte subjetivismo (cfr. *Strafrecht*, 8.ª ed., 1963, pp. 98 y ss.) se deja aquí de momento fuera de consideración.

68 En *ZStW*, 58 (1939), pp. 551 y 552.

69 *Täterschaft*, p. 295.

70 Cfr. por ejemplo GALLAS. *Beiträge*, pp. 103 y ss.; KÜPER. *Versuchsbeginn*, pp. 54 y ss.; en las conclusiones también HERZBERG. *Täterschaft und Teilnahme*, p. 61; STRATENWERTH. *AT*, 12/80, 81; MAURACH, GÖSSEL y ZIPF. *AT*, 2, 49/43 y ss.

71 En *JZ*, 1979, p. 786.

teamientos de ROXIN y RUDOLPHI, según la cual la decisión común es precisamente la base de una "atribución de actividad", en virtud de la cual "a cada interviniente se le *imputan* los aportes de los otros como si se tratara de sus propias acciones"[72]. La distribución y coordinación de tareas acordada en la decisión común produce el contexto entre los aportes de los actores y fundamenta el doble dominio que constituiría la coautoría: el poder negativo de evitación sobre la empresa en su conjunto y el dominio parcial positivo sobre el propio aporte.

Parece apropiado, entonces, preguntarse si tal comprensión del codominio no podría en realidad explicar válidamente el fenómeno del actuar conjunto, es decir, si la decisión conjunta o incluso la mencionada dependencia recíproca de los aportes no lograrían constituir una especie de colectivo o de hecho total –una unidad normativa– capaz de resolver los problemas de imputación.

En efecto, el ropaje naturalista de esta concepción podría limitarse, por un lado, a una mera cuestión terminológica, pues resulta indiscutible que debe existir cierta dependencia –¡también causal!– entre los partícipes, para que puedan ser considerados como un colectivo. En este sentido, es cierto que la dependencia de los aportes alude a una cuestión fáctica, pero la teoría del dominio del hecho –tanto en su versión tradicional como en su desarrollo a través de la teoría de la "atribución de actividad"– insiste en que no debe ser entendida en términos meramente naturalísticos o causales[73]. El carácter "indispensable" del aporte se establece, por ejemplo, en una valoración *ex ante*, de modo que la prestación es también indispensable cuando, según el plan del hecho, la realización del tipo "podría haber dependido" de él[74]. Tal sería el caso de la así llamada "coautoría aditiva"[75], que respondería al mismo criterio utilizado para enjuiciar el comportamiento del partícipe que sólo vigila en el lugar del hecho. Todo esto conduce, sin embargo, a que la dependencia de los aportes, valorada

---

72 Con ello se reconoce acertadamente que tal *imputación recíproca* de los aportes requiere de una fundamentación propia.

73 En especial si la dependencia de los aportes, que está estrechamente ligada a su "relevancia", debe ser establecida mediante una ponderación judicial (*Täterschaft*, p. 283), de modo que esta cuestión sólo "puede ser respondida integrando todas las circunstancias concretas del hecho" (*LK-Roxin*, § 25, n. 191).

74 *Täterschaft*, p. 283.

75 Problemática puesta de relieve por HERZBERG. *Täterschaft und Teilnahme*, p. 58; ID., en *jus*, 1974, p. 720. Cuando, por ejemplo, los integrantes de un pelotón ilegal de fusilamiento dan muerte al ilegítimamente condenado, es irrelevante que alguno de ellos no haya dado en el blanco: de todos modos es coautor del homicidio.

judicialmente pero siempre fáctica, deba ser abandonada como posible fundamento de un efectivo codominio, pues con este criterio el dominio negativo pasa a ser un mero dominio "potencial", derivado y deducido únicamente del plan del hecho.

Por otro lado, no obstante, podría entenderse la coautoría de tal manera que ella no requiera de ningún dominio del hecho total mediado por la prestación del propio aporte. En este sentido, sostiene KÜPER[76] que el dominio negativo (poder de evitación) "no está ligado a la *realización* de los correspondientes aportes, sino que se desarrolla en el coautor en razón de la distribución de roles que se adopta en el plan delictivo común". El dominio positivo, en cambio, no se halla en manos de ninguno de los coautores por sí solo, lo cual se deriva de la misma estructura de la coautoría, caracterizada por la distribución de roles: "reparto de tareas es al mismo tiempo reparto del dominio y, con ello, limitación del mismo respecto del individuo"[77]. Reducido en estos términos el alcance del dominio fáctico sobre el hecho, ¿no puede bastar la decisión común (el plan, el reparto de tareas) para construir un colectivo a partir de los coautores?

Tal pregunta sólo puede ser respondida desde los fundamentos de la imputación jurídico-penal[78]. En este lugar puede bastar con traer en consideración la problemática del comienzo de la tentativa, en cuyo marco, por otra parte, se mueven las reflexiones de KÜPER. Si la decisión común de ejecutar el hecho estuviera en condiciones de constituir un sujeto colectivo de imputación, entonces resultaría preciso aceptar la solución individualizadora respecto del comienzo de la tentativa[79], o bien reconocer que, en el caso del actuar conjunto, los presupuestos del injusto de tentativa admitirían la punibilidad de los meros acuerdos con contenido delictivo[80]. Esto se debe a que una función constitutiva de la decisión común tiene forzosamente como consecuencia que aquellos intervinientes que hasta el momento han permanecido completamente inactivos pueden, no obstante, ser castigados a causa de su participación en la decisión común de ejecutar el hecho. La sola asunción en el plan del rol de coautor –en el marco de la solución generalizadora se presupone naturalmente que al

---

76 En *JZ*, 1979, p. 786.

77 KÜPER. Ibíd. Tal consecuencia es evitada normalmente mediante la exigencia de un aporte "esencial" en el caso de la coautoría. Pero este requisito no es consecuente ni con la teoría del dominio del hecho, ni con el reconocimiento simultáneo de un significado constitutivo de la decisión conjunta de ejecutar el hecho.

78 En detalle LESCH, en *ZStW*, 105, 1993, pp. 271 y ss.

79 En este sentido SCHILLING. *Verbrechensversuch*, cit., p. 75 y ss., 90 y ss.

80 Lo cual es ya incompatible con la regulación del § 30, 2 StGB.

menos uno de los intervinientes ha iniciado directamente la ejecución del hecho típico– bastaría para castigar como coautor a quien ha tomado parte en este acuerdo. En la concepción de KÜPER, el principio de la "atribución de actividad" –cuya columna vertebral viene dada consecuentemente por la decisión común– conduce de esta forma a una "modificación del injusto de la tentativa" para los casos de actuación en conjunto[81]. Por esta razón coincide KÜPER plenamente con la antigua doctrina de ROXIN, según la cual los intervinientes que hasta el inicio de la tentativa han permanecido por completo inactivos, pero que en un momento futuro deben cumplir una función necesaria de acuerdo al plan, tienen igualmente el hecho en sus manos y "ostentan el codominio del hecho aun en ausencia de toda actividad exterior"[82]. Éste es, sin embargo, el modo de proceder de la jurisprudencia, cuyo punto de partida subjetivista el propio ROXIN ha refutado suficientemente[83], de manera que huelgan en este lugar mayores comentarios.

Con todo esto no se quiere afirmar, sin embargo, que la decisión común carezca de todo peso en el ámbito de la teoría de la participación. La coordinación del ámbito interno de los partícipes puede ser tenida en cuenta y puede ser incluso importante para descifrar las relaciones objetivas entre ellos[84]. Lo que ella no puede hacer es constituir la vinculación normativa de los partícipes, ya que una vinculación sobre esta base conduce *nolens volens* a que comportamientos consistentes en el simple acuerdo de delinquir o en una complicidad psíquica sean elevados al rango de autoría de la tentativa.

B. EL PRINCIPIO DE IMPUTACIÓN "HECHO TOTAL"

Luego de un acucioso análisis de los problemas de imputación y de causalidad en los casos de actuación en conjunto, llega también DENCKER a la conclusión de que resulta indispensable buscar "reglas de conexión" que "permitan re-

---

81 Lo cual KÜPER. JZ, 1979, p. 787, reconoce expresamente.

82 *Täterschaft*, p. 454.

83 Cfr. nota 22.

84 Cfr. JAKOBS *AT*, 25/1c, 30; LESCH, en *ZStW*, 105, 1993, p. 283. Como se verá, no se trata de reducir la responsabilidad penal a la imputación objetiva: cfr. ibíd., p. 282, nota 53: "La imputación subjetiva no está en condiciones de fundamentar una responsabilidad accesoria, pero su exclusión conduce siempre a la exclusión de responsabilidad". Cfr. también KINDHÄUSER. *Festschrift für Hollerbach*, 2001, p. 637.

conducir a unidades ideales determinados complejos de entrada (acciones de varios) o de salida (resultados de estas acciones), o ambos"[85]. Estas reglas se encontrarían de hecho en el ámbito de regulación de la participación criminal. Tal conexión hacia la necesaria unidad podría realizarse, sin embargo, por dos vías diferentes: mediante la conexión de movimientos corporales dirigidos por la voluntad (para limitarse a un contenido mínimo, no polémico, del concepto de acción) hacia la construcción de un "sujeto total", o bien, mediante la conexión de las respectivas modificaciones del mundo exterior (para señalar el contenido mínimo del concepto de resultado) hacia un "hecho total". Ya la formulación de esta alternativa se demuestra, sin embargo, problemática, pues presupone una separación entre acción y resultado, cuya recíproca pertenencia –como el propio DENCKER acertadamente anota[86]– no se puede desconocer. A pesar de ello se decide por una división analítica, que considera más apropiada para alcanzar el objetivo de la investigación[87]. A la pregunta acerca de cuál de las dos posibilidades merece ser preferida responde DENCKER con una crítica al concepto de sujeto total. En su opinión, tal figura presupone ya el concepto de hecho total, pues la responsabilidad de dicho sujeto "está construida sobre la base de la responsabilidad [de los coautores] por la existencia del sujeto total"[88]. La figura de un sujeto total sería al mismo tiempo inadecuada para resolver los problemas planteados pues, con todo lo necesaria que pueda ser al momento de la imputación, desaparece luego en el momento de la sanción, donde sólo la medida de la culpabilidad individual es decisiva. El argumento decisivo estaría dado, sin embargo, por el hecho de que la pertenencia al colectivo resulta de la actuación individual, y la causalidad de ese actuar es la que decide acerca de si existe una participación consumada o sólo tentada. La figura ideal de un sujeto total sería en consecuencia un rodeo, que encubre o al menos dificulta la solución de estas cuestiones[89].

La conexión debería buscarse, por lo tanto, no en el sujeto de la imputación, sino en su objeto. Dicha conexión tiene como fundamento de hecho un proyecto de acción, que a su vez presenta las siguientes propiedades: 1. No se

---

85 *Kausalität*, pp. 120 y 121.

86 Ídem.

87 Esta decisión tendrá luego como consecuencia que la fundamentación de la coautoría se realizará según los criterios de imputación de resultados en el marco del hecho total, mientras que la imputación del comportamiento encontrará su lugar en el ámbito del hecho parcial.

88 Cfr. *Kausalität*, p. 123, nota 10.

89 Ibíd., p. 124: "Cuando para establecer la 'obra del sujeto total' es preciso pasar por el actuar del individuo y por la causalidad de ese actuar, tal figura ideal del sujeto total aparece como un rodeo".

trata de un elemento de la tipicidad (pues se sitúa con anterioridad a ella); 2. Ni consiste en una decisión subjetiva de ejecutar el hecho, sino en un "plan" objetivado, 3. En virtud del cual las acciones de los partícipes aparecen como la realización de una empresa común[90]. Lo anterior se corresponde con un "tipo total", que se construye como análogo del § 25, 2 StGB: "Aquellos que realizan mancomunadamente...". Según esto, el actuar conjunto no puede subsumirse en los tipos penales de la parte especial sino recién en la regla generalizable[91] de la coautoría, a la cual se le atribuye por lo tanto un significado constitutivo[92]. De esta manera se inserta el hecho parcial de cada partícipe en un contexto típico total, en el que la causalidad de este hecho parcial respecto del resultado se reconduce a su causalidad respecto del hecho total.

Un análisis prolijo de los sugerentes planteamientos de DENCKER excedería lo adecuado en este lugar. Por ello nos limitamos a traer una vez más en consideración la problemática del inicio de la tentativa, que constituye una verdadera piedra de toque en esta materia. En la exposición del principio de imputación "hecho total" se parte de la base de que la así llamada solución conjunta no sólo es correcta, sino además una consecuencia "forzosa" de su aplicación. Esta afirmación es, sin embargo, tan acertada como incompatible con la renuncia a la conexión de las respectivas *acciones* de los partícipes. Si la conexión debe referirse, como sostiene DENCKER, no a los movimientos corporales dirigidos por la voluntad (acciones) hacia un sujeto total, sino a las respectivas modificaciones del mundo exterior (resultados) hacia un hecho total, entonces ya no puede explicarse dónde se encuentra esa conexión en el caso de la tentativa, sin tener que convertir la prestación (por ejemplo, un acto preparatorio) realizada con "conocimiento de su relación con el proyecto" en una especie de resultado en sí mismo. Los presupuestos tanto del hecho total como de el hecho parcial –existencia de una acción conforme al proyecto, que a su vez es causal para la exteriorización de la tentativa– se encontrarían dados en quien se limita a preparar el hecho típico. Si a pesar de ello se quiere hacer depender su punibilidad como coautor de la circunstancia de que otro partícipe inicie en forma inmediata la ejecución del hecho típico, este requisito aparece como una mera con-

---

90 Ibíd., pp. 156 y 160: proyecto total es por lo tanto "un proyecto intelectual de acción que coordina las acciones de varios; de las acciones así vinculadas resulta un hecho total".

91 Se trataría en realidad sólo de una forma de aparición de un principio general de imputación. cfr. *Kausalität*, cit., p. 142. Ya en este sentido NAGLER. *Die Teilnahme am Sonderverbrechen*, 1903, p. 76.

92 *Kausalität*, cit., p. 164. Ya HERZBERG había llamado la atención sobre este aspecto de las normas sobre coautoría: cfr. *Täterschaft und Teilnahme*, cit., pp. 59 y ss.

dición de punibilidad, ya que no se aprecia cómo –sin construir una especie de colectivo– el mencionado resultado llegará a ser típico a través del inicio de la tentativa por parte de otro sujeto (a no ser, naturalmente, que se operara sobre la base de una perspectiva exclusivamente causal). Por eso debe sostener también DENCKER que, en caso de tentativa del hecho total, "la subordinación bajo el proyecto común de acción [es] el motivo justificante de la imputación conjunta de las acciones individuales de los coautores"[93]. Esto no es, sin embargo, una conexión de modificaciones del mundo exterior, sino precisamente una conexión de acciones hacia una prestación colectiva (o hacia un colectivo, cuya obra es el hecho total). Este "giro" en el plantemiento de DENCKER se aprecia todavía con mayor claridad cuando sostiene que "con el principio de responsabilidad hecho total y la solución conjunta se establece que también se responde individualmente por el hacer individual de otros, pues se trata de un 'hecho', cuando el carácter de 'hecho' sólo resulta de la conexión de las acciones individuales"[94].

La concepción de DENCKER no contiene, por tanto, en realidad, un rechazo de la idea del colectivo. Por el contrario, su propuesta sistemática se apoya esencialmente sobre la base de la vinculación de acciones hacia una unidad normativa. Su planteamiento se dirige enfáticamente, sin embargo, contra una conexión de acciones mediada por la teoría final de la acción, tal como es construida, por ejemplo, por GALLAS o KÜPER[95]. Si tal conexión se realiza en cambio en el marco de la imputación objetiva, no existe en realidad una discrepancia esencial entre la posición de DENCKER y la que aquí se propone: en último término se trata de que "el carácter de 'hecho' sólo resulta de la conexión de las acciones individuales"[96]. La debilidad del planteamiento de DENCKER radica, a mi juicio, sobre todo en que los verdaderos fundamentos de la vinculaciones de las acciones aparecen poco trabajados, en beneficio de la conexión de resultados (cuestiones de causalidad). Por ello ni siquiera se analiza a fondo el concepto fundamental de "conocimiento de la vinculación al proyecto": ¿por qué no podría bastar, por ejemplo, un deber conocer? O bien: ¿qué aporta realmente el concepto de resolución delictiva más allá del dolo?

---

93 *Kausalität*, cit., p. 198.

94 Ibíd., p. 211. Con ello queda también claro que es el concepto de hecho total el que presupone la construcción un colectivo, y no a la inversa.

95 Cfr. supra, II.A.

96 *Kausalität*, cit., p. 211.

C. EL SUJETO TOTAL. NUEVO PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

En el transcurso de la exposición puede haber surgido la sospecha de que la unificación de las acciones en un sujeto total o en un colectivo –con la cual trabajan no sólo la perspectiva finalista sino también en cierta medida el principio del hecho total– también es altamente problemática. En efecto es así[97]. KINDHÄUSER[98] ha puesto especialmente de relieve en el último tiempo que tanto la consideración del colectivo como destinatario de la norma, como la posterior transferencia de la responsabilidad hacia los individuos resultan inadmisibles. En primer lugar, porque la responsabilidad penal descansa en la atribución de una capacidad de cupabilidad, que a su vez presupone la atribución de una capacidad de fidelidad al derecho por parte de los destinatarios de la norma. La realidad de que ambas cualidades sólo en forma metafórica pueden predicarse de una persona colectiva no requiere de mayor explicación[99]. Si a pesar de ello, y en segundo lugar, resultara posible la fundamentación de una especie de culpabilidad (ya sea mediante un modelo de imputación con distintos niveles de intencionalidad, mediante la construcción de un sistema de injusto[100] o por medio de la decisión conjunta de ejecutar el hecho), aún sería imposible fundamentar una equiparación entre la responsabilidad del individuo por su participación en el colectivo y la responsabilidad por el hecho punible[101]. Es por ello que la participación, el fenómeno jurídico-penal del actuar en conjunto, consiste en una infracción colectiva del deber y no en la infracción del deber por parte de un colectivo.

---

97 Simplemente ocurre que con frecuencia se hallan en la literatura los argumentos decisivos mezclados con puntos de vista naturalistas (como en SCHILLING. *Verbrechensversuch*, pp. 73 y 74) o con poca fuerza de convicción (como en DENCKER. *Kausalität*, cit., pp. 123 y 124; KINDHÄUSER. *Festschrift für Hollerbach*, pp. 631 y 632). Crítico respecto de un sujeto colectivo ya NAGLER. *Teilnahme am Sonderverbrechen*, cit., p. 77. cfr. también al respecto Derksen *GA*, 1993, pp. 165 y 166.

98 En *Festschrift für Hollerbach*, pp. 630 y 631, 643 y 644.

99 Recientemente sobre ello JAKOBS, en *Festschrift für Lüderssen*, pp. 568 a 571: Un colectivo en cuanto tal, incluso cuando se trata de una persona jurídica, no puede –debido a su falta de identidad– ser designado como infiel al derecho o, en absoluto, como capaz de culpabilidad. Cfr. también SEELMANN. *Kollektive Verantwortung*, cit., pp. 13 y ss.

100 Cfr. LAMPE, en *ZStW*, 106, 1994, pp. 683 y ss.

101 En este sentido incluso JOERDEN. *Strukturen des strafrechtlichen Verantwortungsbegriffs. Relationen und ihre Verkettungen*, 1988, pp. 79 y 80, quien considera la extrapolación de la responsabilidad del colectivo a la plena responsabilidad de cada uno de los miembros como un postulado.

En vista de la ineptitud del paradigma del autor solitario y de la construcción de un colectivo para explicar los problemas de imputación en el actuar conjunto, se ofrece la posibilidad de formular la problemática en los términos en que lo hace KINDHÄUSER[102]: "Cada uno de los partícipes debe ocuparse, con su comportamiento, de un 'negocio' a la vez propio y ajeno; es decir, actuar al mismo tiempo por mano propia y ajena". La idea de una recíproca representación, que KINDHÄUSER limita a la coautoría, da efectivamente en el núcleo de la cuestión, pues en ella se destaca el aspecto de la "mancomunidad". La pregunta acertada es, en este sentido, cómo puede imputarse a todos los partícipes la realización del tipo o, dicho con otras palabras, bajo qué presupuestos dicha realización del tipo es obra *propia* de cada partícipe. Pues no existe en derecho penal una responsabilidad (competencia) por el "negocio" (injusto) ajeno, a no ser que lo ajeno deje de ser tal y pueda ser explicado como propio[103]. Desde esta perspectiva, en el ámbito de la coautoría no se trata de fundamentar una "imputación recíproca" de los aportes entre los coautores –ello implicaría plantear el problema nuevamente desde el modelo del autor solitario–, sino de fundamentar la competencia común por el único verdadero objeto de imputación, la realización del tipo penal.

D. INFRACCIÓN COLECTIVA DE DEBERES

Como se ha visto, en la concepción predominante se trata, por una parte, de fundamentar una imputación recíproca de los aportes entre los coautores y, por otra, de imputar a los demás partícipes indirectamente el injusto típico como "injusto ajeno" sobre la base del principio de accesoriedad[104]. En las consideraciones que siguen se plantea, en cambio, la hipótesis de que la realización del tipo es el objeto único de una imputación que afecta *por igual e inmediatamente* –como "injusto propio"– a todos los partícipes, es decir, a todos los que son competentes por dicha realización. Esto implica, entre otras, cosas un nuevo entendimiento de la accesoriedad, que incluye también a los partícipes tradicionalmente denominados coautores. La articulación fundamental de esta hipótesis puede sintetizarse en los siguientes rasgos:

---

102 *Festschrift für Hollerbach*, p. 645.

103 *Tertium non datur*. La propuesta de KINDHÄUSER que surge a partir de estas premisas será en lo que sigue objeto de análisis, en diálogo con la tesis defendida en estas páginas.

104 Cfr. al respecto también BLOY. *Zurechnungstypus*, cit., pp. 313 y ss., a mi juicio, la exposición mejor lograda sobre el entendimiento predominante de las relaciones entre autoría y participación.

Participación es imputación de la realización del tipo. Partícipe es por lo tanto aquél a quien se le puede imputar objetiva y subjetivamente dicha realización. Objeto de la imputación es únicamente la realización del tipo, con independencia de que se haya actuado en solitario o en conjunto con otros. Fundamentos de la imputación son, como siempre, la competencia por la realización del hecho típico y la evitabilidad del comportamiento que contribuyó a esa realización. Ya que el partícipe, en caso de actuación conjunta, debe por definición realizar menos que quien actúa en solitario, su comportamiento aparece como configuración parcial de la realización del tipo, lo que lleva a una especialización en la forma de determinar su competencia y a una cuantificación de la participación:

1. En primer lugar debe ser definida la configuración del hecho que permite fundamentar competencia por la realización del tipo[105]. Cuando tal competencia puede ser atribuida a varios se habla de "mancomunidad" y, en consecuencia, de la realización del tipo como prestación colectiva.

2. Ya que la configuración del hecho se reparte entre varios, existen también diferentes cantidades de configuración, cuya identificación permite hablar de autores y partícipes con miras a la determinación de la pena[106].

Los rasgos anteriores resumen el modo de plantear el problema y la solución que en la presente exposición se propone. En lo que sigue se trata de explicar, también en apretada síntesis, estos rasgos fundamentales.

I. IMPUTABILIDAD DE LA REALIZACIÓN DEL TIPO

La participación en un hecho punible es ante todo una cuestión de imputación jurídico-penal y, por lo mismo, normativa. Por eso la causalidad, el dominio del hecho[107] o la voluntad[108], como realidades fácticas (es decir, en cuanto no media-

---

105 Donde "configuración del hecho" se define, con palabras de JAKOBS, *AT*, 21/49, como la "fijación del hecho *que realiza el tipo* en su *concreto* desarrollo, tal como se despliega desde la acción ejecutiva hasta la consumación (o hasta su fracaso, si se trata de una tentativa)" (cursiva original). La configuración puede verificarse, según ello, tanto mediante un comportamiento activo o pasivo. Sobre el concepto de "hecho", cfr. DERKSEN, *GA*, 1993, sólo pp. 170 y 171.

106 Para evitar desde un comienzo malentendidos: la realización del tipo debe entenderse en el contexto de la imputación objetiva y por ello no puede confundirse con "causación" (aun evitable) del resultado. La diferenciación cuantitativa de las formas de participación que aquí se propone se aparta por lo tanto de los puntos de vista que distinguen entre "magnitudes de causalidad" (y que se remontan a los planteamientos de BIRKMEYER –"Teilnahme am Verbrechen", en *Vergleichende Darstellungen des deutschen und ausländischen Strafrechts*, *AT*, 2, pp. 102 y 103–, en la tradición del positivismo naturalista).

107 Que KINDHÄUSER describe acertadamente como una "forma cualificada de causalidad" (*Festschrift für Hollerbach*, p. 631).

108 En el sentido de una decisión común de ejecutar el hecho, como se observa en KÜPPER, en *ZStW*, 105,

das normativamente) no están en condiciones de fundamentar la imputabilidad de un comportamiento. Lo mismo vale para la ejecución de propia mano de la acción descrita en el tipo, que ni fundamenta inmediatamente competencia respecto de la correspondiente realización típica[109] ni resulta indispensable para la fundamentación de dicha competencia. Esto último se aprecia con claridad en las constelaciones de autoría mediata[110], donde no sólo la imputación del hecho sino también la imposición de la pena de autor se sigue con independencia de la actuación de propia mano. Que la comisión de propia mano tampoco alcanza a fundamentar la competencia de quien ejecuta ha sido en parte el centro de la discusión dogmática de los últimos años: el trabajador de una empresa química que, bajo condiciones exactamente definidas, debe vaciar en el río el contenido de un recipiente, no responde por contaminación de aguas cuando desempeña su tarea; tampoco, cuando accidentalmente ha llegado a sus oídos que en determinado recipiente se encuentran sustancias cuyo vaciamiento se encuentra prohibido como contaminación, pues la competencia por la calidad de los fluidos permanece antes y después en los ingenieros de la firma[111]. La primera cuestión que debe definirse es, entonces, no la de quién es autor y quién, partícipe, sino la de quién es competente por la realización del tipo.

1993, pp. 295 y ss. o en ROXIN. *Täterschaft*, p. 215: "La clase de colaboración al hecho sólo puede determinarse atendiendo a las representaciones concretas de los partícipes". Últimamente también KINDHÄUSER. *Festschrift für Hollerbach*, p. 650, quien ve, sin embargo, en la decisión conjunta de ejecutar el hecho el fundamento fáctico de las recíprocas expectativas de los partícipes.

109 Pero sí, en determinados contextos, respecto de una omisión de socorro (§ 323c StGB).

110 En realidad, se trata de casos de competencia preponderante del hombre de atrás respecto de una realización típica determinada. La así llamada autoría mediata es sólo un caso límite de actuación en solitario y no una forma de actuación mancomunada.

111 Ejemplo según JAKOBS. *GA*, 1997, p. 561, nota 23, quien además en *Participación*, pp. 622 y 623, añade otros ejemplos para mayor claridad. Así, el deudor realiza el tipo del § 288 StGB también cuando aparta bienes de su patrimonio por medio de otro: incluso cuando el tipo contiene especiales requisitos respecto del autor –y siempre que no se trate de delitos de infracción de deber en sentido estricto–, no es necesario que tales cualificaciones concurran necesariamente en quien ejecuta de propia mano el hecho (*Festschrift für Lampe*, p. 10 del manuscrito, n. 28). Cfr. también LAMPE, en *ZStW*, 106, 1994, pp. 688 y 689. De otra opinión HERZBERG. *Täterschaft und Teilnahme*, pp. 33 y 34, quien ve en estos supuestos una laguna de punibilidad.

2. PARTÍCIPE COMO PERSONA A LA QUE OBJETIVA Y SUBJETIVAMENTE SE LE PUEDE IMPUTAR LA REALIZACIÓN DEL TIPO

a. IMPUTABILIDAD SUBJETIVA

Para las cuestiones que aquí interesan, quiere decir: no existe participación sin infracción culpable de la norma, lo que incluye el injusto de la acción y la imputación del injusto a la culpabilidad. Ello tiene como consecuencia que sólo pueden ser denominados partícipes quienes culpablemente (evitablemente) han contribuido a la realización del tipo[112]. La aplicación de naturaleza, por el contrario, no fundamenta mancomunidad. El exceso y el error de un interviniente en el hecho representan, cuando conducen a la inevitabilidad del comportamiento de quien yerra, casos de aplicación de naturaleza con respecto a las realizaciones típicas en exceso o error. La determinación de la falta de evitabilidad en un interviniente sigue las reglas generales y no requiere del recurso a una decisión común de ejecutar el hecho. Este tratamiento diferenciador se corresponde, por otro lado, con la regulación del § 29 StGB[113]: los actores son partícipes en la medida en que expresan un sentido común; más allá de la evitabilidad, sin embargo, es castigado cada uno según la densidad de su propia toma de posición frente a la norma, sin consideración a la culpabilidad suplementaria del otro o de los otros. Como consecuencia de lo anterior:

– La imputabilidad subjetiva de la realización típica exige que la cognoscibilidad de los presupuestos objetivos que excluyen la prohibición de regreso sea atribuible a todos los partícipes[114].

– Como la evitabilidad del comportamiento objetivamente imputable se presupone en cada partícipe (pues en caso contrario no existe participación), la correspondiente prestación colectiva representa una común expresión de sentido, esto es, una "mancomunada" contradicción de la norma[115].

---

112 Cfr. JAKOBS. *GA*, 1996, pp. 253 y ss. (traducción de M.ª ÁNGELES CUADRADO RUIZ en *Poder Judicial*, n.º 59, 2000, pp. 125 y ss.); ID. *Der strafrechtliche Handlungsbegriff*, 1992, p. 44 (traducción de MANUEL CANCIO MELIÁ en JAKOBS. *Estudios de derecho penal*, Madrid, 1997); KINDHÄUSER. *Festschrift für Hollerbach*, cit., p. 638, con más referencias.

113 Sobre los restantes problemas de interpretación de la norma, JAKOBS. *GA*, 1996, pp. 254 y 255, especialmente nota 5.

114 Cfr. JAKOBS. *AT*, 8/44, y FRISCH. *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, 1988, pp. 57, 67, 94 y ss., 480. Esto significa, en el ámbito del delito doloso, que los presupuestos de la imputación objetiva deben integrar también el conocimiento atribuible en acto al partícipe.

115 Para una fundamentación a través de la intencionalidad, basada en la filosofía del lenguaje, cfr.

– Por la misma razón: en la medida en que no cabe atribuir fidelidad al derecho o capacidad de culpabilidad a una persona colectiva[116], un sujeto total no es imputable, no puede ser designado como partícipe. No se trata por lo tanto de una persona colectiva, sino de prestaciones colectivas, de una infracción colectiva del deber. La figura ideal del colectivo posee sólo una utilidad gráfica.

– La realización del tipo en la que se participa es *una* infracción colectiva de la norma cometida por todos los actores, tanto los que en sentido tradicional se denominan autores como los que en el mismo sentido se designan como partícipes. Ninguno de ellos comete, en la medida en que es partícipe, una infracción secundaria o mediata de la norma[117]. La accesoriedad de la participación no consiste entonces en un "apoyarse en el injusto ajeno", sino en la dependencia de una acción con respecto a su preparación o continuación por otra[118], lo que se verifica tanto respecto de los así llamados coautores como de los así llamados partícipes.

– Por lo mismo es al menos confuso designar las acciones ejecutivas del delito como hecho "ajeno" respecto de los partícipes que actúan en el período previo a la ejecución. En general: cuando se actúa en conjunto, las acciones no son propias o ajenas en función de que se hayan ejecutado o no de propia mano. Tal denominación tampoco viene exigida por el tenor literal de los preceptos sobre participación (§§ 26 y ss. StGB) [119], ya que resulta evidente que el hecho punible debe ser también obra del que ejecuta. Si los aportes realizados por otros fueran hechos ajenos, entonces la participación sería, bien un delito en sí mismo, aunque con una condición objetiva de punibilidad, bien un delito de resultado, donde tal resultado consistiría en la realización del tipo por parte de otros[120]. Tal reinterpretación de la participación en el sentido de las teorías de la causación es inadmisible[121], ya por la sola circunstancia de que conduce en

---

KINDHÄUSER. *Festschrift für Hollerbach*, pp. 638 a 642. Una fundamentación de base más sociológica en función de expectativas y recurriendo a LUHMANN en LESCH. *Beihilfe*, pp. 244 y 245; e ID., en *ZStW*, 105, 1993, p. 280. Cómo la mancomunidad se apoya precisamente en el reverso del efecto bloqueante de la autorresponsabilidad, ha sido subrayado recientemente por KINDHÄUSER. Ob. cit., pp. 644 y 645, y por FRISCH. *Festschrift für Lüderssen*, cit., pp. 539 y ss.

116 cfr. en II.C.

117 De otra opinión KINDHÄUSER. Ob. cit., p. 650. Sobre la infracción normativa del "partícipe" como infracción mediata de la norma, fundamental BLOY. *Zurechnungstypus*, cit., pp. 183, 191 y ss., 260.

118 Cfr. JAKOBS. *AT*, 21/61, nota 131.

119 En este sentido, sin embargo, KINDHÄUSER. Ob. cit., p. 631.

120 Cfr. ibíd., p. 652.

121 Cfr., por ejemplo, *LK-Roxin*, § 26, n. 12-18.

forma inevitable a considerar como injusto (al menos como injusto de acción) el comportamiento en el estadio previo a la realización del tipo.

b. IMPUTABILIDAD OBJETIVA DE LA REALIZACIÓN DEL TIPO

Quiere decir, entre otras cosas, que los conocimientos especiales no fundamentan competencia[122]. En esta medida existe una prohibición de regreso como reverso de la participación penal, que descansa sobre la separación de roles en una sociedad de libertades. Esto no significa, sin embargo, que tal separación de roles deba considerarse absoluta. El ordenamiento jurídico asigna también a ciertos contextos la capacidad de restar fuerza a los roles específicos y desplazar a un primer plano el rol como ciudadano. Éste es precisamente el caso cuando se trata de deberes de solidaridad según los §§ 138 y 323c StGB[123] y respecto del reverso de las autorizaciones que emanan del estado de necesidad (§ 34 StGB)[124]. Cuando el contexto en el que se despliega un comportamiento ya de modo generalmente reconocible (sin apelar a conocimientos especiales) está caracterizado por el quebrantamiento de los roles, el comportamiento que configura objetivamente la realización típica no puede distanciarse de ella. A estas constelaciones pertenecen por tanto formas de comportamiento que, según los principios del estado de necesidad o de solidaridad, deben ser omitidos en beneficio de la protección de los bienes jurídicos, y aquéllas que, a causa de la densificación del quebrantamiento de los roles en el contexto concreto, ya no pueden ser interpretadas como ubicuas o socialmente adecuadas[125]. La libertad de actuar

---

122 Cfr. JAKOBS. *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, pp. 275 y ss. (traducción de CARLOS SUÁREZ GONZÁLEZ, en JAKOBS. *Estudios de derecho penal*, 1997, pp. 223 y ss.).

123 Sobre la problemática del rol y los conocimientos especiales en relación con estas normas, cfr. SANCINETTI. *Subjektive Unrechtsbegründung und Rücktritt vom Versuch*, 1995, pp. 245 y 246, en especial nota 28 (= *Fundamentación subjetiva del ilícito y desistimiento de la tentativa*, 1995, pp. 221 y ss.). Su crítica a la solución de JAKOBS no logra, a mi juicio, convencer, pues descansa en parte sobre una variación sustancial de las constelaciones sometidas a análisis: no es lo mismo dejar de retirar el aporte socialmente adecuado a una organización ajena en virtud de un conocimiento especial, que convertir el conocimiento especial en un elemento funcional a la organización propia. En todo caso, en lo que aquí interesa no se trata de conocimientos especiales, sino de elementos del contexto del hecho generalmente reconocibles.

124 También quien nada tiene que ver con la situación de necesidad debe permitir el ataque a sus bienes en beneficio del que se encuentra amenazado por ella. Cfr. al respecto FRISCH, en *Festschrift für Lüderssen*, cit., pp. 549 y ss.

125 Cfr. JAKOBS, en *Festschrift für Lampe*, cit., p. 5 del manuscrito. De otra opinión LESCH. *Beihilfe*, cit., pp. 283 y 284.

o de omitir se ve limitada en estos casos en razón de los derechos de otros y la transgresión de tales limitaciones fundamenta, como en los demás casos, la competencia por la configuración de la realización típica operada mediante esa transgresión[126]. El que expulsa de su jardín a quien huye perseguido por una multitud enfurecida se hace partícipe de las lesiones que éste sufrirá a continuación.

3. REALIZACIÓN DEL TIPO COMO OBJETO DE LA IMPUTACIÓN

La infracción del deber referida a la función normativa del tipo, que es aquello de lo que se trata en la imputación de la participación, es la realización del tipo penal. Los aportes realizados, sea en el estadio previo o en la etapa de ejecución, no son objeto de la imputación, sino sólo el motivo para fundar la competencia por la infracción de deber que constituye exclusivamente la realización del tipo. Estos aportes hacen que la infracción del deber pueda ser explicada como una infracción *colectiva* del deber[127]. La correspondiente realización del tipo circunscribe en este sentido el ámbito de la mancomunidad. Otras realizaciones típicas que puedan sobrevenir en el estadio previo (por ejemplo, la del § 149 StGB) y que no pueden explicarse como concurso de leyes exigen un análisis autónomo –aunque la mayor parte de las veces paralelo– de las respectivas relaciones de participación[128]. De ello se desprende lo siguiente:

a. La corrección de la así llamada solución conjunta en materia de comienzo de la tentativa y, en concreto, no sólo respecto de los "coautores" sino de todos los partícipes[129]. Los partícipes cometen en conjunto un solo hecho, que se despliega en forma unitaria. Por eso, para utilizar la concisa fórmula de JAKOBS, hay tentativa en caso de actuación conjunta "cuando el hecho, si lo ejecutase en su totalidad un interviniente, llegaría al estadio de la tentativa"[130]. Por la misma razón, la imputación de la infracción del deber (supuesta una configuración

126 Cfr. FRISCH. *Festschrift für Lüderssen*, cit., p. 554.

127 Cfr. JAKOBS. *AT*, 21/3, 8a; ID. *Participación*, cit., pp. 627, 630 y 631.

128 A este grupo pertenecen también casos en los cuales la realización del aporte fundamenta una posición de garante por injerencia, que se refiere a otras realizaciones típicas omisivas.

129 Cfr. DENCKER, en *Festschrift für Lüderssen*, cit., p. 529. Ya sobre este aspecto JAKOBS *AT*, 22/19, quien introduce el ejemplo del vidriero que, en su calidad de experto, ha sido integrado para la comisión del delito y que se limita a cortar el cristal de la ventana, de modo que los demás puedan empujarlo sin ruido, entrar por el agujero, y a continuación realizar el robo. En este caso, el paso de la preparación del delito a la tentativa se realiza por medio del aporte de un cómplice.

130 *AT*, 21/61.

parcial que funda competencia) no depende del momento en el que el partícipe realiza la prestación.

b. Como los aportes de quienes actúan en la etapa previa a la ejecución no son el objeto de la imputación, la realización del aporte no constituye una infracción del deber en el sentido de la realización típica pertinente. El comportamiento del partícipe no puede por lo tanto designarse, ni siquiera figurativamente, como "su delito de resultado" (cuyo resultado sería precisamente la realización del tipo)[131]. Que lo mismo rige para los aportes realizados en la etapa de ejecución no requiere de una explicación más detallada cuando se ha adoptado la solución conjunta respecto del comienzo de la tentativa.

c. La cuestión acerca de si la prestación del aporte fundamenta una posición de garante por injerencia debe ser respondida unitariamente para todos los partícipes. Esto se debe a que la fundamentación de la competencia –no sólo en el actuar conjunto, pero aquí de un modo especialmente visible– coincide con la fundamentación y límites de las posiciones de garante[132]. La organización en común resulta de una cadena de comportamientos, en la que es indiferente si cada uno de ellos responde al modelo fenotípico de la acción o de la comisión[133]. El partícipe A consigue los explosivos; B excava el foso en el patio, cuya señalización evidentemente "omite"; el jefe de obras hace vista gorda a pesar de que todo ocurre en el terreno y con los materiales de la construcción; etc. Se trata, sin embargo, únicamente de la configuración parcial del curso del hecho total, que fundamenta la competencia por ese curso unitario, tanto respecto de los que actúan como de los que contrariamente al deber negativo (la responsabilidad institucional permanece aquí fuera de consideración) omiten[134]. Dicho de otro modo: quien no es garante con respecto a la realiza-

---

131 En este sentido, sin embargo, KINDHÄUSER, en *Festschrift für Hollerbach*, cit., p. 652. En el sentido del texto, JAKOBS, en *Festschrift für Lampe*, cit., p. 13 del manuscrito (especialmente en nota 38).

132 De otra opinión KINDHÄUSER. Ob. cit., p. 652, quien no reconoce una posición de garante por injerencia en el caso del partícipe, debido a su competencia mediata por el riesgo no permitido.

133 El análisis de la participación pone especialmente de relieve que la separación entre acción y omisión es dogmáticamente irrelevante (cfr. JAKOBS. *Die strafrechtliche Zurechnung von Tun und Unterlassen*, 1996, pp. 36 y ss.). Si se insiste en tal separación se llega a consecuencias inaceptables (cada partícipe es autor de un delito de omisión) o a equiparaciones difíciles de fundamentar en el plano dogmático (autoría omisiva y complicidad activa).

134 Cfr. JAKOBS. *AT*, 29/33, y ID., en *50 Jahre Bundesgerichtshofs. Festgabe aus der Wissenschaft*, t. IV, 2000, pp. 44 y ss. Naturalmente debe dejarse en claro que el hecho total debe haber dado en todo caso lugar a un riesgo inmediato de realización del tipo (circunstancia que, según la doctrina predominante, es presupuesto del comienzo de la tentativa en los delitos de omisión: véase, por ejemplo, KÜHL. *AT*, 18/148). El solo convertirse en garante no constituye todavía comienzo de la tentativa del delito omisivo. Lo que la dinámica del actuar conjunto convierte en innecesario es que cada partícipe,

ción del tipo tampoco es partícipe de ella. Si dicha realización típica se verifica (si, por ejemplo, el político que visita la construcción perece a causa de la explosión), la participación "por omisión" se materializa exactamente en la misma medida en que se materializa la participación "por acción". No es ése el caso, sino que por ejemplo se verifican otras realizaciones típicas (la asistente del político cae en el foso cavado por B y resulta lesionada); entonces procede comprobar mediante el análisis de los respectivos aportes si se da una co-configuración que funda también competencia –y, con ello, mancomunidad– respecto de esas otras realizaciones típicas. Cuando la realización del tipo ya no puede ser explicada como realización de la empresa común, desaparece la mancomunidad y la imputación del aporte debe realizarse según los criterios (individualizadores) de la autoría en solitario. La cuestión de la posición de garante por injerencia en el actuar conjunto toca a todos los partícipes o a ninguno. Sólo cuando la explicación de la realización del tipo como prestación colectiva decae viene a cuento la posibilidad de una autoría por omisión en razón del actuar precedente de quien realizó el aporte: en este caso, sin embargo, precisamente como autoría en solitario respecto de una prestación que ya no es más "un aporte entre otros" al hecho[135].

d. Ya que el único objeto de la imputación es la realización el tipo, deben referirse a ella los requisitos de la imputación subjetiva para cada partícipe. Por esta razón es impune el *agent provocateur*: no porque decaiga la imputación objetiva del injusto de tentativa, sino porque respecto de él no concurren los presupuestos de la imputación subjetiva de la misma, y ésta es precisamente la realización típica de la que se trata en el caso del provocador[136].

---

mediante su aporte, haya creado tal riesgo inmediato: también respecto de la "omisión conjunta" es correcta la solución generalizadora respecto del comienzo de la tentativa.

135 Ejemplo: A ilumina por medio de una fogata el lugar del hecho, sin que el ladrón B tenga conocimiento de que alguien le está prestando esta ayuda. Gracias a ello el delito puede consumarse con éxito ¿Debería B apagar el fuego antes de huir para no convertirse en partícipe del delito de incendio, si el local resulta luego abrasado? Pues por una parte A se ha convertido en principio en partícipe y, por otra, la responsabilidad por injerencia afecta a todos los partícipes o a ninguno de ellos. La pregunta debe ser respondida negativamente. El objeto de la imputación, la correspondiente realización típica, circunscribe la mancomunidad: no todo partícipe debe responder de cualquier configuración que realicen los otros. Cuando un interviniente crea por su propia cuenta un riesgo especial (A podría haber puesto a disposición de B una linterna o una antorcha encendida), ese riesgo nada tiene que ver con la mancomunidad. No sólo realizaciones típicas en el estadio previo sino también realizaciones típicas paralelas quedan, por esta razón, excluidas de la mancomunidad.

136 La impunidad del *agent provocateur* es aceptada ampliamente en la doctrina (cfr. *LK-Roxin* § 26, n. 67 y ss.; JAKOBS. *AT*, 23/16 y ss.), aunque no se fundamente siempre en forma correcta. El problema consiste a mi juicio, por una parte, en que hipótesis de tentativa inidónea son presentadas frecuente-

e. Lo expuesto hasta ahora puede arrojar algo de luz sobre las constelaciones, desde siempre problemáticas, de error en la persona. A propósito de una versión estilizada del caso Rose-Rosahl[137], en la cual A ha encargado a B que mate a C, pero en el hecho B mata a D como consecuencia de un error en la persona, sostiene BINDING que A no es inductor, es decir, que no es partícipe en el homicidio[138]. Tal conclusión se desprendería ya del hecho de que, si B se hubiera percatado del error, hubiera esperado a C y le hubiera dado también muerte, A no podría ser castigado por una doble inducción[139]. Tal solución, que se apoya en la averiguación de las representaciones concretas de los intervinientes, apenas logra satisfacer, ya que la respectiva concreción del objeto de la acción es en la práctica arbitrariamente intercambiable. Según las reflexiones precedentes, el caso puede resolverse como sigue (incluyendo el desarrollo supuesto de los hechos que sirve a la argumentación de BINDING y ROXIN, pero dejando de lado la distinción entre homicidio y asesinato): con respecto al primer delito se verifica un error que no repercute en el injusto circunscrito por el tipo (error en la persona), por lo que la participación de A en el homicidio de D permanece intacta. Con respecto al segundo delito no existe participación alguna, pues la configuración parcial del hecho que fundamenta la competencia de A se encuentra agotada, ya fue desplegada[140]. La sentencia de la 4.ª Sala Penal del 23 de enero de 1958[141] permite apreciar también

---

mente en conjunto con la problemática del provocador (cfr. por ejemplo, FREUND. *AT*, 10/124; KUHL. *AT*, 20/202). En estos casos, la impunidad del provocador resulta más bien de los motivos que en general hacen plausible la impunidad de la tentativa inidónea. Ejemplo: A induce a B al homicidio de C. Como A no quiere la consumación del hecho, se preocupa de que en el momento que B ha planificado para la comisión, el arma que supuestamente B utilizará se encuentre descargada. Si B toma otra arma consigo y sólo la oportuna aparición de la policía hace fracasar el homicidio, no parece admisible negar la inducción de A a causa del cambio de arma (excepción hecha de un posible desistimiento): la impunidad del provocador es en realidad una consecuencia de la falta de imputabilidad subjetiva del injusto de tentativa a su respecto. Por otra parte, se suelen introducir ejemplos en los que el provocador induce a la destrucción de sus propias cosas o a la autolesión del inducido: en todos estos casos la participación del provocador está excluida, sin embargo, no porque carezca de dolo de consumación (es decir, porque decaiga la imputación subjetiva de la tentativa), sino por que la realización del tipo es objetivamente inaccesible para él.

137 PREUSS, en *OTr.*, 5 de mayo de 1859 (en *GA* 7, pp. 332 y ss.).

138 *Die Normen und ihre Übertretung*, reimpresión de 1965, t. III, p. 213. También en este sentido ROXIN. *Täterschaft*, p. 215.

139 Expresamente ídem.

140 En este sentido JAKOBS. *AT*, 21/45, nota 100: "Es indiferente qué fin se ha fallado en el primer hecho, en cuanto tal fin carezca de repercusiones sobre el injusto. Tal repercusión falta siempre en los casos de error en la persona". Cfr. también HERZBERG. *Täterschaft und Teilnahme*, cit., pp. 23 y ss.

141 *BGHSt*, 11, 268.

el carácter dudoso de una decisión que descansa en las respectivas representaciones de los intervinientes. Tres sujetos armados fueron descubiertos mientras intentaban ingresar a un local durante la noche y debieron darse a la fuga. Según el acuerdo adoptado, debían hacer uso de las armas en la medida en que se presentara el riesgo de que alguno fuera aprehendido. M oye en la fuga pasos que le siguen de cerca y, en la errada suposición de que se trata de un perseguidor, dispara con dolo homicida sobre su camarada P, quien como consecuencia de ello y para su fortuna sólo resulta lesionado. El BGH condenó a P, en razón del acuerdo previo y del hecho de que él hubiera podido aún impedir la aplicación del plan, como coautor de una tentativa de asesinato en su propia persona. ROXIN desaprueba la decisión ya que, a su juicio, era preciso realizar una precisión mayor de las representaciones de cada uno de los intervinientes[142]. En realidad se trata aquí de un error que, a diferencia de lo que ocurre en el caso anterior, sí tiene repercusiones en el injusto. Ya que el objeto de la imputación es la realización del tipo, se excluye en este caso su imputación a la propia víctima en calidad de partícipe, pues en una autolesión ella ni siquiera viene a cuento como tal[143].

f. El homicidio a petición (§ 216 StGB) y su delimitación frente a la complicidad en el suicidio han sido fuente de no pocas dificultades para la teoría de la participación[144]. En lo que respecta a la tesis que aquí se propone pareciera que, tratándose del § 216 StGB, la cualificación de un interviniente como partícipe exigiera previamente su cualificación como coautor, pues si se tratara sólo de una complicidad no existiría realización típica alguna. Se debería por tanto establecer primero el *quantum* de la configuración y sólo luego, dado el caso, atribuir la cualidad de partícipe respecto de la realización típica del § 216 StGB. Tal argumentación no es, sin embargo, convincente, pues descansa sobre un punto de partida equivocado. Cuando A pone por obra la petición expresa y seria de B y le da muerte, no se verifica ninguna infracción mancomunada del

142 ROXIN señala en concreto que "sólo cabe preguntarse si el acuerdo de voluntades debe entenderse referido a la calidad personal abstracta de la víctima o al objeto concreto de la acción en cuanto 'perseguidor'" (*Täterschaft*, p. 287), y concluye que la segunda es la alternativa correcta. De la misma manera podría decirse, sin embargo, que el objeto del acuerdo de voluntades debiera referirse a una figura que corre detrás y que aparece externamente como perseguidor, etc.

143 Según el mismo principio deben resolverse los casos de la así llamada *participación* necesaria en los *delitos de encuentro*. En la medida en que la realización del tipo es inaccesible para el "partícipe necesario" (como, por ejemplo, en los §§ 174 y ss., 180-181a y 216 StGB), se excluye su participación. Más allá de estos casos, se trata de una cuestión de interpretación de los respectivos tipos penales (cfr. *LK-Roxin*, § 26, n. 34, 38-41; JAKOBS. *AT*, 24/8-12).

144 Cfr., por ejemplo, la polémica entre HERZBERG (en *JuS*, 1975, pp. 5 y ss.; en *JuS*, 1988, pp. 771 y ss.), y ROXIN (*Täterschaft*, 571 y s., y en *NStZ*, 1987, pp. 345 y ss.).

deber, pues falta la posibilidad de imputar objetivamente a B la realización del tipo, incluso cuando B no sólo ha asumido el rol de un inductor, sino que ha tomado parte activa en el hecho[145]. Una coautoría del que da muerte y del que es muerto debe ser por ello descartada[146]. En la medida en que A ha configurado la muerte de B sólo entra en consideración una autoría en solitario, que puede subsumirse en el § 25, 1 StGB y esclarecerse con ayuda de los criterios emanados de la teoría del dominio del hecho. Pues sólo respecto de la autoría en solitario es correcto (supuesta la respectiva competencia) que quien comete el hecho de propia mano es "siempre" autor, por lo cual la decisión sobre la autoría y la decisión sobre tipicidad recaen simultáneamente: una configuración insuficiente significa en este caso tentativa y no complicidad. Es por ello que el concepto de "complicidad en el suicidio" representa una desafortunada contradición en los términos. Se trata sólo fenotípicamente de una complicidad, que sin embargo no es tal en el sentido de la teoría de la participación. La delimitación entre homicidio a petición y favorecimiento del suicidio no tiene por tanto que ver con la teoría de la participación –es decir, ni es una consecuencia de la vinculación al tipo del concepto de autor[147], ni es una expresión de diferentes merecimientos de pena de los actores[148]– sino que toca únicamente a la interpretación del "cometer por sí mismo" (qué quiere decir, en concreto, "cometer por sí mismo" el hecho que provoca la muerte) en el ámbito de la autoría en solitario.

4. CONFIGURACIÓN PARCIAL QUE FUNDA COMPETENCIA

Se plantea ahora la pregunta acerca de cómo debe ser el comportamiento co-configurador[149] del partícipe para que pueda imputársele la realización del tipo. O, con otras palabras: qué cláse de formas de comportamiento fundan competencia por la realización subsecuente del tipo penal. Cuando la problemática se sitúa en las coordenadas de la imputación objetiva de comportamientos es posible vislumbrar una primera respuesta: la conducta debe aparecer como relacionada con la realización del tipo, de acuerdo con la semántica del contacto

---

145 En este sentido también DENCKER. *Kausalität*, cit., pp. 246 y s., y, ahora con mayor claridad, HERZBERG, en *JuS*, 1988, p. 775.

146 De otra opinión BLOY. *Zurechnungstypus*, cit., pp. 109 y 110.

147 De otra opinión ROXIN. *Täterschaft*, pp. 570 y 571.

148 En este sentido, sin embargo, BLOY. *Zurechnungstypus*, cit., p. 110.

149 Co-configuración del hecho es siempre un presupuesto necesario de la participación: sin configuración del hecho sólo viene a cuento una tentativa de participación.

social[150]. En los delitos de organización entran en consideración fundamentalmente dos clases de comportamiento:

a. Comportamientos cuyo emprendimiento y disposición se orientan a la realización del tipo[151]. El comportamiento se define así de tal manera por su adaptación al poceso de realización típica que sin la relación de sentido delictivo no es susceptible de ser explicado socialmente. Ejemplo[152]: A se entera en el bar de que un grupo de conspiradores pretende dar muerte al político que vive en la casa vecina a la suya, y de que planean ingresar a ella precisamente a través de su propio jardín. En la noche correspondiente omite cerrar la puerta del jardín, que por lo demás siempre ha cerrado cuidadosamente, y deja una nota advirtiendo sobre las peligrosas excavaciones que por esos días tienen lugar en el patio e indicando la ruta más favorable para evitarlas. Si los conspiradores utilizan la puerta especialmente abierta y se orientan según las indicaciones de la nota, A responde como partícipe en la muerte del político.

Un grupo subordinado de casos pertenecientes a esta constelación forman los comportamientos a los cuales el contexto reconocible en el que se despliegan les confiere una relación de sentido delictivo[153]. Ejemplo[154]: el cliente requiere determinadas prestaciones (por ejemplo, la separación de ciertas partidas contables) que, por una parte, sirven conocidamente a maniobras de lavado de dinero y que, por otra, el cliente ya ha utilizado anteriormente de hecho para este fin delictivo. Si el empleado del banco realiza la prestación sin que concurran indicios confiables de que el cliente persigue en este caso su aplicación conforme a derecho, se convierte en partícipe de la realización típica configurada parcialmente por su prestación.

---

150 JAKOBS. *Festschrift für Lampe*, cit., p. 6 del manuscrito. Ya en esta dirección HARDWIG. *GA*, 1954, pp. 353 y ss. En detalle FRISCH. *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, cit., pp. 280 y ss. FRISCH atribuye, sin embargo, a los comportamientos con relación de sentido delictivo una desaprobación jurídico-penal (cfr. también ID., en *Festschrift für Lüderssen*, cit., pp. 544 y ss.), que no tiene por qué existir (al menos no como ilícito o como riesgo no permitido): su inadecuación social podría también limitase a la infracción de un deber de custodia (cfr. JAKOBS, en *Festschrift für Lampe*, nota 38; e ID., en *ZStW*, 89, 1977, pp. 23 y ss.).

151 Esto vale también para la inducción. El comportamiento del inductor establece ciertamente el fin del actuar conjunto, pero en la medida en que no alcanza a suprimir la autorresponsabilidad de los otros partícipes (es decir, en la medida en que no concurre autoría mediata), tiene sólo un efecto de configuración parcial del hecho. Por eso no existe una diferencia cualitativa entre la inducción y las demás formas de participación. La responsabilidad del inductor es asimismo accesoria, pues su comportamiento está llamado, como ocurre en toda participación, a ser completado por el de otros.

152 Según ROXIN. *Täterschaft*, pp. 485 y 486.

153 Cfr. supra II.D.2.b.

154 Según FRISCH, en *Festschrift für Lüderssen*, cit., p. 551, en una variación de la sentencia BGH NStZ, 2000, 34.

b. Comportamientos que en sí mismos contienen una relación de sentido delictivo estereotipada, ya que la exclusión de una aplicación delictiva de la prestación no puede garantizarse sin estrictas cautelas, que en el caso faltan. Esto se refiere por regla general a prestaciones cuya realización ya se encuentra prohibida a causa de su peligrosidad abstracta, como por ejemplo la entrega de armas a personas que carecen de licencia para tenerlas o portarlas.

Cuando concurre tal configuración parcial que funda competencia puede explicarse la realización del tipo como prestación colectiva de los partícipes, es decir, la ejecución del hecho se puede imputar objetivamente a todos ellos. La fundamentación de la "mancomunidad" no requiere por encima de esto de ningún otro esquema de interpretación. Dicho en términos más precisos: es equivocado expandir los requisitos de imputación subjetiva –que se refieren al hecho típico–, a los hechos que sirven de fundamento a la competencia por la realización del tipo. La relación de sentido delictivo del comportamiento constituye la mancomunidad relevante en sentido jurídico penal, que a su vez fundamenta la imputación objetiva de la realización típica respecto de los partícipes. Si el tipo se realiza, procede analizar la imputabilidad subjetiva respecto de cada uno de los que han configurado parcialmente el hecho. Pero la circunstancia de que, en el caso de los que no ejecutan por sí mismos la acción típica, tanto los presupuestos de la imputabilidad subjetiva de la realización del tipo como los del comportamiento que fundamenta la mancomunidad coincidan en el estadio previo a la ejecución, no implica que ambos momentos, separados en el plano normativo, puedan resumirse o confundirse en uno solo[155]. Origen de la mancomunidad es por ello sólo la objetiva relación de sentido delictivo de cada comportamiento respecto de la realización del tipo, con indiferencia de que tal relación sea percibida como existente en los demás partícipes[156]. La fundamen-

---

155 LAMPE, en *ZStW*, 106, 1994, pp. 692 y 693, exige un "comportamiento concientemente solidario en un sistema funcional" (los partícipes deberían por tanto "actuar en la conciencia de su vinculación funcional") como lado subjetivo de la coautoría. Tal afirmación es correcta, en la medida en que la participación requiere también de la imputación subjetiva de la realización del tipo; pues la conciencia de la vinculación funcional coincide con la conciencia de que está excluida la aplicación de la prohibición de regreso, cuya atribución pertenece al plano de la imputación subjetiva (evitabilidad) de la realización típica y no a la fundamentación de la mancomunidad o de la competencia de todos los partícipes (cfr. supra II.D.2.a, primer –).

156 Como se desprende ya de los casos de "coautoría paralela": el jefe de la banda dirige a sus hombres de tal manera que éstos conocen el fin –la realización del tipo–, pero carecen de toda información acerca del número y de las prestaciones concretas de los otros posibles integrantes de la banda (cfr. DENCKER, *Kausalität*, cit., pp. 130 y 131). Si el aporte de cada uno de ellos se realiza de manera que fundamente competencia por la realización típica, existe participación, y, en concreto, participación punible con la pena de autor si la medida de la configuración parcial lo justifica.

tación de la mancomunidad no requiere adicionalmente de un carácter "vinculante" del esquema de interpretación para todos los partícipes, que descanse sobre la decisión común de ejecutar el hecho[157].

Cuando, por el contrario, no concurre tal configuración parcial que funda competencia, entra en consideración la posibilidad de una tentativa de participación, que es punible sólo excepcionalmente, y en tal caso precisamente como actuación en solitario (§ 30, 1 StGB). Las constelaciones de coautoría sucesiva son casos de tentativa inidónea e impune (§ 30 Abs. 1 StGB, *a contrario*) de participación, pues una configuración parcial que funde competencia respecto de las realizaciones típicas consumadas ya no resulta asequible. Para ello tampoco se requiere echar mano de la así llamada decisión conjunta de ejecutar el hecho.

La realidad de que la ley atiende fundamentalmente a la configuración parcial del hecho que funda competencia por la realización típica puede apreciarse en las reglas sobre desistimiento de la tentativa en caso de participación, es decir, en el § 24, Abs. StGB para la impunidad del que desiste basta su empeño libre y serio de evitar el hecho, *siempre que éste sea cometido con independencia de su comportamiento anterior*. Si, por el contrario, subsiste una configuración parcial que funda competencia por el hecho, se tiene por fundada también la mancomunidad, y ningún abandono del plan común o de la decisión común de ejecutar el hecho es capaz de eliminar dicha mancomunidad basada en la realización objetiva del aporte. Lo anterior vale indudablemente también para los casos de coautoría, y ello a pesar de que, en este punto, un esquema de interpretación que se basa en la decisión conjunta ha perdido su carácter "vinculante" respecto del que desiste.

5. CANTIDADES DE CONFIGURACIÓN

Como la responsabilidad de todos los partícipes es idéntica en razón del fundamento (configuración parcial que funda competencia) y del objeto (realización del tipo)[158], existe entre ellos sólo una diferencia de cuotas de responsabilidad;

---

157 De otra opinión KINDHÄUSER, en *Festschrift für Hollerbach*, cit., pp. 649 y 650. Por las mismas razones tampoco se requiere de una decisión de adaptarse al hecho de otro: en este sentido, sin embargo, DERKSEN. *GA*, 1993, pp. 163 y ss.; STEIN. *Beteiligungsformenlehre*, cit., pp. 326 y 327, y anteriormente, JAKOBS. *AT*, 21/43.

158 Cfr. LESCH. *Beihilfe*, cit., p. 284. DERKSEN, en cambio, intenta realizar una distinción cualitativa entre autor y partícipe (*GA*, 1993, pp. 174 y 175), atendiendo a la idéntica extensión de la planificación respecto de algunos partícipes, quienes serían por ello coautores. Esto es, no obstante, difícilmente correcto. También desde la perspectiva del cómplice o del inductor "constituyen los aportes del otro una parte del mundo y, con ello, son elementos para la realización de un hecho que los comprende"

es decir, tratándose de delitos de dominio, según la medida de configuración de la realización del tipo. La pregunta correcta es, por lo tanto, quién configura lo característico (autor) y quién lo accesorio (partícipe)[159]. En concreto:

a. La sola formulación de la pregunta da a entender que la determinación de las cantidades de configuración se encuentra estrechamente ligada a la estructura de los correspondientes tipos penales. La elección de la víctima concreta puede ser, por ejemplo, según el tipo de que se trate, relevante (§§ 174 y ss. StGB) o irrelevante (§ 223 StGB). En *este* sentido es correcto hablar de "vinculación al tipo del concepto de autor"[160] y buscar en forma limitada ayuda en los criterios de la teoría del dominio del hecho, pues es cierto que el dominio del hecho no funda *per se* competencia alguna (también un tercero extraño al hecho puede ostentar un dominio negativo sobre él), pero los criterios que sirven al establecimiento del dominio del hecho pueden prestar cierta ayuda al momento de precisar la magnitud de la configuración[161].

b. El comportamiento que será castigado con la pena del autor solitario no se determina principalmente según su proximidad temporal o espacial (inmediatez) con respecto a la ejecución de la acción típica, ni a través de su "poder de decisión" con respecto al acaecimiento del resultado[162]. La gracia de la participación radica precisamente en que la manifestación más intensa del quebrantamiento de la norma –el acaecimiento del resultado, en los delitos que lo prevén como elemento del tipo– se imputa a todos los partícipes como una prestación colectiva, con independencia de si tal resultado fue causado por la propia mano o por la mano de otro[163]. Las cantidades de configuración, que

---

(supuesta, por cierto, la respectiva competencia).

159 JAKOBS. *Participación*, cit., p. 630. En esta medida, la síntesis de SEELMAN (en *Kollektive Verantwortung*, p. 9) es imprecisa: no toda persona competente por la realización del tipo recibirá el tratamiento punitivo que corresponde al autor en solitario.

160 En otro sentido ROXIN. *Täterschaft*, pp. 441 y ss. y RUDOLPHI. *Festschrift für Bockelmann*, pp. 369 y ss., quienes aplican el concepto en el marco de distinciones cualitativas.

161 A pesar de que, como ya se ha expuesto (cfr. supra I.A), precisamente en la problemática de la coautoría son de una utilidad más bien escasa.

162 En este sentido, sin embargo, LESCH. *Beihilfe*, cit., pp. 285 a 287. En su planteamiento es correcto que la proximidad a la ejecución de la acción descrita en el tipo facilita la *fundamentación* de la competencia, ya que ella depende de la semántica del contactò social y, por intermedio de ella, del contexto concreto de la actuación: cuanto más cerca está un comportamiento de la acción descrita en el tipo, más difícil es su distanciamiento de la realización del mismo. Sin embargo, a partir de ello no puede extraerse ninguna conclusión con respecto al *quantum* de la participación, pues la diferencia entre participación y no-participación no es cuantitativa, sino precisamente cualitativa. Que esto no puede ser de otra manera en el caso de la tentativa inacabada, es reconocido también por LESCH (cfr. *Beihilfe*, cit., p. 287).

163 Por eso se determinan las cantidades de configuración en el ámbito de la tentativa según la medida de

son las que permiten una graduación de la responsabilidad y sobre las cuales se prepara la medición de la pena, atienden mucho más a la fijación del curso del hecho. Esta fijación puede hallarse temporal o espacialmente alejada de la ejecución y al mismo tiempo (a veces, precisamente por ello) fundamentar la imposición de la pena de autor[164]. La realización de acciones ejecutivas del tipo puede fundamentar, en cambio, sólo una pena de partícipe, si su insignificancia en el hecho total y su arbitraria fungibilidad demuestran una igualmente insignificante medida de configuración del hecho[165]. Que tales casos no suelen darse con frecuencia en la práctica es cada vez más incierto y, sobre todo, materia de otra discusión.

c. Según la teoría del dominio del hecho, el comportamiento del que vigila el lugar del delito y el del jefe de la banda que no participa en la ejecución (pero que ha elegido a los miembros de la banda y determinado la víctima, el tiempo, lugar, medios y modalidades del hecho) son tratados de tal manera que el primero, por regla general, es coautor, mientras que el segundo sólo puede ser partícipe[166]. El modelo que aquí se propone conduce, en cambio, a que el jefe de la banda sea castigado con la pena del autor toda vez que su configuración parcial del hecho alcance el suficiente peso relativo. El aseguramiento del lugar del hecho, por el contrario, por regla general sólo podrá fundamentar una pena de partícipe, en razón de la medida menor de configuración parcial de la realización del tipo[167].

d. Si se atiende a las cantidades de configuración resulta también posible trazar correctamente los contornos de la participación del inductor con respecto a la del autor. Inducción es únicamente la proposición del fin –que no es otro que la realización del tipo–, mediada luego por la autorresponsabilidad de los otros partícipes, en la medida en que cada uno de ellos la asume, es decir, en la medida en que se le puede atribuir como propia[168]. Si el inductor configura

---

los aportes ya realizados, y no según la medida de los aportes que debían realizarse conforme al plan. En la tentativa inacabada, por ejemplo, puede ser que al partícipe le corresponda más tarde un rol decisivo y, sin embargo, si apenas a configurado el hecho tentado, sólo responde –en caso de que exista responsabilidad– como cómplice. Con este criterio debió haberse resuelto, por ejemplo, en la sentencia RGSt, 9, 3-10 (cfr. supra I.A.1.d).

164 Cfr. KINDHÄUSER, en *Festschrift für Hollerbach*, cit., p. 649.

165 Cfr. JAKOBS. *AT*, 22/19.

166 Cfr. supra, I.A.

167 En este sentido, JAKOBS. AT, 21/54.

168 Conforme a ello, se requiere ciertamente de comunicación entre el inductor y el inducido acerca de las acciones que "deben" realizarse (cfr. JAKOBS. *AT*, 22/22 y PUPPE. *GA*, 1984, p. 113), pero no que el inducido mantenga su decisión en dependencia de la voluntad del inductor (como JAKOBS y PUPPE.

más allá de esto la realización del tipo (determinando el lugar, los medios, el tiempo, etc.: la así llamada "inducción directiva"), en muchos casos bastará esta configuración parcial para fundamentar, aunque no existiera regulación legal alguna al respecto, la imposición de la pena de autor[169]. Pero la regulación legal que, por el contrario, obliga a sancionar a todo evento al inductor con la pena del autor solitario (§ 26 StGB) –y que probablemente proviene de las teorías de la participación en la culpabilidad ajena[170]– no es sostenible de *lege ferenda*[171], de la misma manera que resulta al menos cuestionable la punibilidad de la tentativa de inducción (§ 30, 1.B StGB)[172].

e. Magnitud de la participación quiere decir magnitud de la configuración del hecho que realiza el tipo. No se trata por lo tanto de la cantidad de elevación del riesgo de realización del tipo: elevaciones del riesgo que no cristalizan en la figura concreta que adopta hecho típico carecen de significado como participación criminal. A los efectos de establecer las respectivas cantidades de participación –dentro de las formas de comportamiento que han configurado parcialmente el hecho–, se atiende por tanto a la magnitud de su respectiva materialización en dicha figura. Conforme ello se mide, por tanto, el carácter "esencial" o "indispensable" de los aportes. El aporte del así llamado "partícipe necesario" fundamenta la competencia de quien lo presta no porque haya posibilitado el hecho (la configuración concreta de un hecho es "posibilitada" básicamente en la misma medida por todos los partícipes, en la medida en que lo son), sino porque ha contribuido a darle forma, a que adquiriera su figura concreta. Es por eso que su aporte fundamenta, por regla general, sólo la imposición de una pena de cómplice. Cuando el empleado de una oficina revela la combinación de seguridad para ganarse la estima de unos amigos, gracias a lo cual el robo de éstos se hace posible

---

Ob. cit., exigen).

169 Así, por ejemplo, en el caso del heredero: BGHSt, 37, 214.

170 Cfr. LESS, en *ZStW*, 69, 1957, p. 51; PERTEN. *Die Beihilfe zum Verbrechen*, 1918, pp. 145 y 146; HÖPFNER, en *ZStW*, 26, 1906, p. 624, y BLOY. *Zurechnungstypus*, pp. 207 y ss.

171 Ya en este sentido SCHROEDER. *Der Täter hinter dem Täter*, 1965, pp. 205 a 215; recientemente DENCKER, en *Festschrift für Lüderssen*, cit., p. 529. Según la regulación vigente es, por ejemplo, por completo indiferente que el inductor además colabore en la realización del hecho, configure completamente su secuencia o, en caso necesario, termine ejecutado por sí mismo la acción típica: su penalidad ya está fundamentalmente determinada al momento de la inducción.

172 Por lo demás, las determinaciones legales de la cantidad de pena no debieran condicionar decisivamente la exposición dogmática de la teoría de la participación. El intento de hacer justicia a procesos motivacionales y a consideraciones sobre merecimiento de pena por medio de una adaptación de los criterios que delimitan las formas de participación ha demostrado ser un camino equivocado (cfr. ROXIN. *Täterschaft*, pp. 30 y ss.), incluso cuando tales consideraciones juegan un rol en las determinaciones legales de la magnitud del castigo.

en una determinada manera, lo que el empleado ha hecho es configurar *un aspecto* de la realización concreta del tipo, lo cual en principio no alcanza para fundamentar la imposición de la pena de autor[173].

f. Con ayuda de las reflexiones precedentes parece también posible atender a una legítima aspiración de la jurisprudencia, que tiende a buscar caminos para proporcionar un trato diferenciado, en el nivel de determinación de la pena, a diferentes grupos de "autores"[174], sin que para ello sea preciso recurrir a las vagas consideraciones sobre la voluntad de autor o el merecimiento de pena, que hasta hoy sobrecargan la teoría de la participación. Se trata, en cambio, de atender a la medida de configuración del hecho. Tratándose de organizaciones poderosas es perfectamente posible que los hombres de atrás configuren de tal manera la realización típica que a las fuerzas ejecutivas intercambiables y sometidas a órdenes imperativas sólo les quede un mínimo espacio de juego[175]. Un tratamiento diferenciador en tales hipótesis de "coautoría" resulta hoy posible, de acuerdo a la doctrina predominante y sin recurrir a un mero cambio de etiqueta (cómplice por autor), sólo en la medida en que las correspondientes reglas de la parte especial lo permiten, como en el caso de las sentencias sobre los tiradores del muro[176]. La decisión en el caso STASCHINSKY[177] es por ello consecuencia de la falsa comprensión de un problema real: tan inadecuada es en este caso la afirmación de complicidad (pues lo impide la magnitud de configuración del hecho) como en ciertas constelaciones relativas a los tiradores del muro una sanción con la pena del autor en solitario[178].

g. De lo anteriormente expuesto se desprende que es posible la participación punible como autoría, respecto de una conducta "principal" (si se utiliza la nomenclatura acostumbrada) que sólo se castigará como complicidad: quien fabrica e instala la "máquina infernal", pero entrega a un tercero, bajo condi-

---

173 Ejemplo según KINDHÄUSER, en *Festschrift für Hollerbach*, cit., p. 652, quien sin embargo ve en esta constelación un problema insoluble para la posición que aquí se sostiene. La creación de los presupuestos para una maniobra fraudulenta tampoco fundamenta, por regla general, la imposición de la pena de autor: en sentido contrario, a mi juicio equivocadamente, BGHSt, 40, pp. 299 y ss.

174 Ya en el siglo XIX se quejaba MITTERMEIER, en *Archiv des Criminalrechts n. F.*, t. III, 1819, p. 165, de la situación legal, en la que todos los coautores debían ser castigados con la misma pena, a pesar de que una pena menor resultaba más adecuada para aquéllos cuya parte en el hecho era también más reducida.

175 Cfr. las sentencias sobre los tiradores del muro: entre otras BGHSt, 39, pp. 1 y ss., 168 y ss., 353 y ss.

176 Sólo se debatió en el caso la aplicación del § 212 StGB (y no la del § 211 StGB), que autoriza el recurso al supuesto menos grave del § 213 StGB.

177 BGHSt, 18, p. 87 y ss.

178 Cfr. DENCKER. *Kausalität*, cit., pp. 260 y 261; e ID. *Festschrift für Lüderssen*, p. 529.

ciones que aquél mismo define, la presión del botón que la pone en marcha, será castigado como autor. Quien, por su parte, se limita a presionar el botón será castigado con pena de cómplice, si en modo alguno ha configurado más allá de ello el hecho. Esto se debe a que autoría y participación designan diferencias cuantitativas dentro de una común, cualitativamente fundada, participación, por lo que la realización del tipo se interpreta como una prestación colectiva, respecto de la cual cada uno de los partícipes es en forma directa y primaria –y no sólo en forma secundaria o derivada– competente: quien se limita a oprimir el botón es ciertamente partícipe, pero el solo hecho de que sea su mano la que se mueve para activar el mecanismo no le sitúa en una posición privilegiada. En este sentido, la autoría en solitario constituye un caso extremo de la teoría de la participación: la competencia del autor solitario se funda igualmente en forma normativa (en delitos de dominio, por arrogación de una competencia de organización ajena); la medida de la configuración, en cambio, en cuanto se llega a una realización típica, sólo afecta a la diferencia entre consumación (o agotamiento) y tentativa[179].

h. No es posible, en cambio (y aquí utilizamos nuevamente la nomenclatura tradicional, en la que permanece anclada la discusión), una participación sin autoría, como propone DENCKER[180] con referencia a los planteamientos de LÜDERSSEN[181]. Ello no se debe, sin embargo, a que la accesoriedad cuantitativa en el entendimiento tradicional impida semejante construcción, sino a que en el actuar conjunto es tan imposible una participación sin autoría como una autoría sin participación[182]. El argumento central radica en que la realidad normativa del actuar conjunto no suprime el hecho, también normativamente mediado, de que cada realización típica está constituida por uno o más elementos característicos, cuya configuración se atribuye a quien merece la pena de autor. Cuando tal atribución resulta procesalmente imposible, o sólo puede realizarse dentro de determinados límites, puede ocurrir que los únicos condenados en el proceso merezcan la pena de cómplice; pero de ello no se sigue que la *participación* de dichas personas posea por sí misma una entidad normativa independiente de la participación de quienes configuran lo característico del hecho.

---

179 La exclusión de la prohibición de regreso carece de repercusiones para la determinación de la autoría en el ámbito de la actuación en solitario (cfr. BLOY. *Zurechnungstypus*, cit., p. 265).

180 En *Festschrift für Lüderssen*, cit., pp. 525 y 526.

181 En *Festschrift für Miyazawa*, cit., pp. 449 y ss. Ya anteriormente en *Zum Strafgrund der Teilnahme*, 1967, p. 189.

182 Con independencia de que el "partícipe" merezca también en el caso concreto la pena de autor.

Por la misma razón es imposible, en los supuestos de actuar conjunto, una autoría sin participación: la realización del tipo se explica como una infracción colectiva del deber y no como la infracción del deber por parte de un colectivo. Esto implica, en primer término, que aun si durante la investigación algunos de los partícipes "no son habidos" –o se carece en el proceso del material probatorio suficiente a su respecto– es improcedente reconducir el análisis del hecho a un modelo que no está en condiciones de explicarlo, a saber, el de la actuación en solitario. En segundo término, tampoco cabe hablar de un autor colectivo, que sirva de base a la accesoriedad cuantitativa o cualitativa (en sentido tradicional) respecto de los demás partícipes, facilitando o incluso posibilitando de esta manera la imputación individual. Lo anterior puede resultar evidente si se analizan en detalle los ejemplos en los cuales DENCKER intenta demostrar que la jurisprudencia alemana ya habría reconocido implícitamente formas de participación sin autoría[183]: así, p. ej., la imposibilidad de determinar nominativamente dentro de la conducción serbia a la mayoría de los autores del delito de genocidio materia del proceso no significa que los hechos puedan ser explicados en el plano jurídico-penal construyendo un sujeto colectivo, integrado por personas determinadas e indeterminadas. La solución –sobre la que no parece oportuno ahondar en este lugar– pasa más bien por reconstruir la imputación individual desde la actuación en conjunto, en la medida en que el material probatorio lo permite[184].

---

183 Teniendo en vista la sentencia del BGH en *NJW*, 2001, pp. 2732 y ss. sobre delitos de genocidio en Yugoeslavia.

184 Lo primero es comprobar que el tipo penal se ha realizado efectivamente. Cuando el tipo, como ocurre en el delito de genocidio (§ 220a StGB), requiere que concurra un especial ánimo o tendencia, pero sin establecer con ello un delito de infracción de deber, tal exigencia comprende en concreto lo siguiente: 1. Para que el tipo penal se realice, debe resultar posible atribuir a alguno de los partícipes dicho ánimo o tendencia; 2. Pero ello no significa, al mismo tiempo, que todos los partícipes a quienes puede atribuirse tal tendencia sean autores. La pregunta sobre la autoría es, en los delitos de organización cometidos en actuación conjunta, independiente de la pregunta sobre la realización del tipo penal. El especial ánimo o tendencia supone en realidad el establecimiento de un segundo requisito para la imposición de la pena de autor, que se agrega a la medida necesaria de configuración del hecho. Si el tipo penal se ha realizado efectivamente, corresponde verificar la competencia de los inculpados por dicha realización, para lo cual se atiende a los criterios ya mencionados: configuración parcial del hecho que funda competencia, según la semántica del contacto social. Al mismo tiempo, es preciso comprobar los presupuestos de la imputación subjetiva respecto de cada partícipe. A partir de esta doble constatación se establece también la medida relativa de configuración, lo cual da paso a la distinción –que en este caso está además condicionada por la presencia de un requisito subjetivo adicional para el tratamiento como autor– entre autores y partícipes para efectos determinación de la pena.

III. CONSIDERACIONES FINALES

Participación criminal es, entonces, competencia común por la realización del tipo, donde el establecimiento de dicha competencia común representa un problema de imputación objetiva: sobre su aparición se decide no en base a las relaciones subjetivas de los partícipes entre sí, sino en base a la posibilidad de imputarles la realización del tipo. Cuando la realización del tipo –en los supuestos de actuación conjunta– se entiende como infracción colectiva del deber, la coautoría deja de constituir un problema especial[185]. La configuración parcial que funda competencia por el hecho típico es la base de la mancomunidad que hace posible la imputación de la realización típica a todos los partícipes. Si varios partícipes configuran en similar medida lo característico de la realización típica, puede hablarse de coautoría, aunque en todo caso en el sentido de preparación para la medición de la pena. Coautoría es, en este sentido, la respuesta a la cuestión acerca de en qué medida una persona puede ser considerada y tratada como autor, no obstante que la realización del tipo resulta del comportamiento de varias. Coautores son aquellos partícipes en un hecho punible que, en razón del significado social de su contribución a la realización del tipo, deben ser castigados con la pena prescrita en la ley para quien actúa en solitario.

Por otra parte, como la fundamentación de la competencia común no descansa sobre un consciente y querido actuar conjunto, sino en el contenido de sentido social de las respectivas formas de comportamiento, nada se opone a la aceptación de una participación en el ámbito del delito imprudente. Por eso señala acertadamente OTTO[186] que "cuando dos personas arrojan conjuntamente una viga desde su casa hacia la calle y un tercero resulta mortalmente alcanzado por ella, ambos responden en la misma forma por el homicidio imprudente que si, de acuerdo para desmontar el envigado, van arrojando sucesivamente, cada uno por sí solo, vigas hacia la calle". Estas hipótesis de coautoría en el ámbito del delito imprudente son actualmente menos problemáticas y

---

185 ncluso tratándose de las constelaciones de coautoría *aditiva* o *alternativa*. En la primera se trata, como siempre, de la determinación de las cantidades de configuración. En la medida en que cada partícipe ha configurado parcialmente el hecho –en caso contrario no existe participación– corresponderá por regla general la pena de autor a aquéllos que han asumido la función de órgano directivo (cfr. JAKOBS. *AT*, 21/55). En los casos de coautoría alternativa se trata de la fundamentación y correspondiente cuantificación de la competencia por la realización típica que ha tenido efectivamente lugar, que a su vez se reconduce a la configuración de *esta* realización típica (y no a la que sólo fue planificada; cfr. también ibíd., 21/55a).

186 OTTO, en *Jura*, 1990, p. 49. En este sentido ya EXNER, en *Frank-Festgabe*, I, 1930, pp. 572 y 573.

han sido aceptadas, con mayor o menor consecuencia, incluso por quienes sitúan su punto de partida en la teoría del dominio del hecho[187]. Pero también puede existir mancomunidad cuando entre los partícipes falta semejante unidad subjetiva en cuanto al proyecto de acción, en la medida en que tal mancomunidad se encuentra ya constituida por la relación de sentido de las formas de comportamiento con respecto a la realización típica. Si, por ejemplo, un cazador deja su arma cargada en la percha del bar y otro sujeto la toma en sus manos y dispara por descuido, son ambos partícipes en las lesiones corporales que de ello resulten. Que en este ámbito es necesaria una diferenciación cuantitativa entre los distintos partícipes se desprende ya de los principios generales de la teoría de la imputación, pues no existe ningún motivo de peso para agravar la pena de algunos partícipes sólo porque todos han actuado en forma imprudente[188]. Con todo, estos y otros problemas específicos de la imputación en el ámbito del actuar conjunto merecen un tratamiento aparte y detallado, cuyo emprendimiento excedería con mucho los límites de esta contribución.

187 Cfr., por ejemplo, ROXIN. *Täterschaft*, p. 695; BLOY. *GA*, 2000, p. 395; RENZIKOWSKI. *Restriktiver Täterbegriff*, cit., pp. 288 y ss.; KAMM. *Fahrlässige Mittäterschaft*, pp. 195 y ss.; WEISSER. *JZ*, 1998, pp. 230 y ss.

188 A esta consecuencia llega, sin embargo, ROXIN, en LK-Roxin, § 25, n. 217. Cfr. en el sentido del texto, KINDHÄUSER, en *Festschrift für Hollerbach*, cit., p. 650, nota 70. Cfr. también en este sentido DENCKER, en *Festschrift für Lüderssen*, cit., p. 530, quien pone de relieve las insoslayables dificultades la posición contraria en el ámbito de la imputación de resultados.

TERCERA PARTE
PERSONAS JURÍDICAS

PERCY GARCÍA CAVERO*

La imputación jurídico penal en el seno de la empresa

Nadie puede poner en tela de juicio la relevancia de las organizaciones en la sociedad moderna, lo que llevado al terreno de la economía significa reconocer la preponderancia participativa de las empresas. Esta constatación obliga al derecho penal –y, en concreto, al derecho penal económico– a adaptar sus criterios de imputación a las estructuras empresariales. No obstante, la labor de adaptación realizada por la doctrina dominante se ha mostrado no sólo insuficiente frente a las necesidades punitivas en el ámbito de la empresa, sino que incluso sus propuestas de solución se han conseguido con construcciones tan complejas como poco viables en la práctica. Frente a esta doble carencia de la dogmática penal, heredera aún de una visión naturalista, se presenta la concepción de la imputación penal de GÜNTHER JAKOBS, la cual encuentra su principal característica en el proceso de normativización de las categorías dogmáticas. El objetivo de este trabajo apunta precisamente a explotar la capacidad de solución de la concepción de JAKOBS ante los problemas de imputación que se originan en el seno de la empresa. Debo reconocer, sin embargo, que la extensión y complejidad del tema me obligan a desarrollar solamente unas líneas generales que no pretenden en lo absoluto agotar la problemática y mucho menos resolverla.

I. LOS ACTUALES MECANISMOS DE IMPUTACIÓN PENAL

Debido a la mayor complejidad que muestran los delitos en el seno de la empresa, los estudios especializados recurren normalmente a figuras dogmáticas que permitan la imputación de responsabilidad más allá de un hecho que lesiona de manera directa un bien jurídico penalmente protegido. Estos mecanismos dogmáticos pueden apreciarse fácilmente no sólo en la técnica legislativa utilizada para combatir la delincuencia empresarial, sino también en las construcciones judiciales para fundamentar la atribución de responsabilidad penal. En lo que sigue, me ocuparé de resaltar brevemente los mecanismos de reacción más usuales frente a la criminalidad empresarial y la idoneidad de los mismos para satisfacer las necesidades punitivas.

A. LOS DELITOS DE PELIGRO ABSTRACTO

Mediante los delitos de peligro abstracto, el legislador penal busca castigar el solo aporte preparatorio realizado por un miembro de la empresa que, por sí mismo, no afecta aún al bien jurídico protegido[1]. Este proceder se hace paten-

---

* Profesor de Derecho Penal, Universidad de Piura, Perú.

1 Cfr. sobre este fenómeno en el derecho penal económico, denominado "autor en virtud de la ley",

te, por ejemplo, en la criminalización del incumplimiento de determinadas disposiciones mercantiles o administrativas que imponen a la empresa ciertos deberes jurídicos referidos a la contabilidad, insolvencia, etc.[2]. Para poder fundamentar la responsabilidad penal en estos casos se vincula el acto de desobediencia con un nuevo bien jurídico como, por ejemplo, la confianza o buena fe en los negocios[3]. No obstante, esta fundamentación dogmática resulta altamente cuestionable desde la perspectiva de la lesión de un bien jurídico individual (patrimonio), del mismo modo que la formulación de bienes jurídicos intermedios o abstractos tampoco ayuda mucho más, en la medida que lleva a cabo solamente un cambio nominal. Si bien la incriminación de conductas de peligro abstracto permite formalmente una sanción a un sujeto individual, su justificación material resulta apenas conciliable con la exigencia de incriminar sólo la lesión de un bien jurídico[4].

2. LA REALIZACIÓN IMPRUDENTE

La ampliación del ámbito de responsabilidad penal de los miembros de la empresa se lleva a cabo también mediante un aumento de la incriminación por imprudencia[5], como sucede, por ejemplo, en los supuestos de responsabilidad por el producto o los delitos concursales. En estos casos, los miembros de la empresa no sólo responden por haber contribuido dolosamente a la realización del delito, sino también por haber infringido en general determinados deberes de cuidado, sobre todo aquellos cuya infracción podría configurar una impru-

---

sobre todo en los casos de complot, VOLK. "Tendenzen zur Einheitstäterschaft - Die verborgene Macht des Einheitstäterbegriffs", en *FS-Roxin zum 70. Geburtstag*, Berlin, 2001, pp. 565 y ss.

2 Cfr., en este sentido, KINDHÄUSER. "Acerca de la legitimidad de los delitos de peligro abstracto en el ámbito del derecho penal económico", MOLINA (trad.), en *Hacia un derecho penal penal económico europeo*, Jornadas en honor del profesor KLAUS TIEDEMANN, Madrid, 1995, p. 452.

3 Similarmente, en relación con los delitos societarios de la legislación penal alemana, RANSIEK. *Unternehmensstrafrecht*, Heidelberg, 1996, p. 190.

4 Así, KINDHÄUSER. "Rationaler Rechtsgüterschutz durch Verletzungs- und Gefährdungsverbote", en *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse?*, LUDERSSEN (hrsg.), t. I, "Legitimationen", Baden-Baden, 1998, pp. 272 y 273.; MÜSSIG. *Schutz abstrakter Rechtsgüter und abstrakter Rechtsgüterschutz*, Frankfurt a. M., 1996, pp. 194 y 195.; WOHLERS. *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts - zur Dogmatik "moderner" Gefährdungsdelikte*, Berlin, 2000, p. 291.

5 Cfr., en este sentido, el paso de los delitos dolosos a los imprudentes en el ámbito de la empresa mostrado por RANSIEK. Ob. cit., pp. 201 y ss. Sobre la relevancia de la imprudencia en las organizaciones, DANNECKER. "Fahrlässigkeit in formalen Organisationen", en *Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten in bürokratischen Organisationen des Staates, der Wirtschaft und der Gesellschaft*, AMELUG (hrsg.), Sinzheim, 2000, pp. 209 y ss.

dencia por emprendimiento[6]. Actualmente se discute incluso sobre la posibilidad de aceptar una coautoría imprudente[7], lo que facilitaría la imputación general de deberes de cuidado en todos los niveles de la empresa. Esta ampliación de la responsabilidad penal de los miembros de la empresa a través de la incriminación de la imprudencia no resuelve, sin embargo, los problemas de vinculación de la infracción del deber de cuidado con el resultado típico[8] que se derivan de la compleja organización de las empresas modernas[9]. La única forma de poder salvar estos inconvenientes sería considerar el resultado como una simple condición objetiva de punibilidad, centrando el injusto, por tanto, en la simple infracción de un deber de cuidado. Una comprensión tal del injusto resultaría, sin embargo, también apenas compatible con la idea del delito como lesión individual de un bien jurídico concreto, pues convertiría el delito en la simple infracción de deberes del tráfico.

3. LA REALIZACIÓN OMISIVA

La responsabilidad penal de personas naturales por delitos cometidos de la empresa se ha intentado fundamentar también a través de la omisión. Por un lado, se ha recurrido a la figura de la comisión por omisión con base en una presunta posición de garante del titular de la empresa frente a los delitos cometidos desde la misma[10]; por otro lado, se ha propuesto la creación de un deber

---

6 Sobre el uso de esta forma de imprudencia en el derecho penal económico, VOGEL. "Fahrlässigkeit", en *Handwörterbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts*, KREKELER, TIEDEMANN, ULSENHEIDER y WEINMANN (eds.), Heidelberg, mayo de 1990,. p. 5.

7 Defienden una coautoría en los delitos imprudentes, con diferentes matices, WEISSER. *Kausalitäts- und Täterschaftsprobleme bei der strafrechtlichen Würdigung pflichtwidriger Kollegialentscheidungen*, Berlin, 1997, pp. 146 y ss.; RANSIEK. *Unternehmensstrafrecht*, cit., pp. 67 y ss.; OTTO. *Die Strafbarkeit von Unternehmen und Verbänden*, Berlin, 1993, p. 9; KNAUER. *Die Kollegialentscheidung im Strafrecht*, Munich, 2001, pp. 181 y ss.; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS. "Einige Bemerkungen über das Kausalitätsproblem und die Täterschaft im Falle rechtswidriger Kollegialentscheidung", en *FS-Roxin*, cit. p. 326; SCHAAL. *Strafrechtliche Verantwortlichkeit bei Gremienentscheidungen in Unternehmen*, Berlin, 2001, pp. 209 y ss. En contra de la coautoría imprudente, BOCK. *Produktkriminalität und Unterlassen*, Aquisgrán, 1997, p. 79; SCHÜNEMANN. "Unzulänglichkeiten des Fahrlässigkeitsdelikts in der modernen Industriegesellschaft", en *GS-Meurer*, Berlin, 2002, pp. 43 y 48. Un camino intermedio, RIEDO y CHVOJKA. "Fahrlässigkeit, Mittäterschaft und Unsorgfaltsgemeinschaft", en *schwzstr* 120, 2002, pp. 152 y ss.

8 Sobre la necesidad de vincular la infracción del deber con la realización del resultado en los delitos imprudentes cometidos de la empresa, OTTO. "Die Haftung für kriminelle Handlungen in Unternehmen", en *Jura*, 1998, p. 411.

9 Cfr., en este sentido, HEINE. *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen*, Baden-Baden, 1994, p. 145.

10 Cfr. SEELMANN. "Punibilidad de la empresa: causas, paradojas y consecuencias", GARCÍA CAVERO (trad.),

de vigilancia del titular de la empresa por hechos delictivos cometidos en el marco de sus actividades[11]. Veamos esto de manera más detenida.

A. LA POSICIÓN DE GARANTÍA DEL TITULAR DE LA EMPRESA

Una forma de cubrir los vacíos de punibilidad derivados de la ausencia de responsabilidad penal de las personas jurídicas tiene lugar mediante la configuración jurídico-penal de una posición de garantía del titular de la empresa. Si bien desde hace mucho se ha reconocido en el derecho penal alemán la corresponsabilidad penal por omisión del titular de una empresa por delitos cometidos por sus empleados, la discusión sobre su fundamento dogmático no tiene mucha antigüedad[12]. A pesar de los distintos trabajos doctrinales ya emprendidos y la extensa jurisprudencia en Alemania, tampoco existe en la doctrina penal de este país suficiente claridad sobre el alcance de esta figura[13]. Dos son los aspectos que se presentan especialmente discutibles: el fundamento y los límites de la posición de garante del titular de la empresa[14].

En lo que atañe al fundamento de la posición de garantía del titular de la empresa, existe prácticamente unanimidad en cuanto al rechazo de una teoría de las fuentes formales de la posición de garantía y el recurso, más bien, a teorías materiales[15]. El consenso de la doctrina llega incluso hasta su ubicación en la clasificación de las posiciones de garantía ofrecida por la teoría de las funciones de ARMIN KAUFMANN[16], esto es, que la posición de garantía del em-

---

en *La responsabilidad penal de las personas jurídicas, órganos y representantes*, GARCÍA CAVERO (coord.), Lima, 2002, p. 41; SCHÜNEMANN, en *GS-Meurer*, cit., p. 50; BACIGALUPO ZAPATER. "La posición de garante en el ejercicio de funciones de vigilancia en el ámbito empresarial", en *La responsabilidad penal de las sociedades*, *CDJ*, Madrid, 1994, p. 65.

11 Cfr. SEELMANN. *La responsabilidad penal*, cit., p. 41.

12 Esta discusión ha empezado propiamente con los trabajos de TIEDEMANN. *Aufsichtspflichtverletzung in Betrieben und Unternehmen*, Bochum, 1976, pp. 12 y ss., y GÖHLER. "Zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Betriebsinhabers für die in seinem Betrieb begangenen Zuwiderhandlungen", en *FS-Dreher zum 70. Geburtstag*, Berlin, 1977, pp. 611 y ss.

13 Cfr., así, TIEDEMANN. "Handhabung und Kritik des neuen Wirtschaftsstrafrechts - Versuch einer Zwischenbilanz", en *FS-Dünnebier zum 75. Geburtstag*, Berlin, 1982, p. 525; WALTER. *Die Pflichten des Geschäftsherrn im Strafrecht*, Frankfurt a. M., 2000, p. 1.

14 Cfr., en este sentido, BOTTKE. "Empfiehlt es sich, die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Wirtschaftsstraftäten zu vestärken?", en *wistra*, 1991, p. 85.

15 Cfr., así desde un principio, TIEDEMANN. *Aufsichtspflichtverletzung*, cit., pp. 13 y ss.; GÖHLER, en *FS-Dreher*, cit., p. 619; TIEDEMANN. "Sollen einzelne Kartellrechtsverstösse –einschließlich typisierungsfähiger Fälle aus dem Bereich der Mißbrauchsaufsicht– unter Strafdrohung gestellt werden", en *Tagungsberichte der Sachverständigenkommission zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität*, t. 10, anexo 1, Bonn, 1976, p. 207; BACIGALUPO ZAPATER, en *CDJ*, 1994, p. 66.

16 Cfr., con mayor detalle, ARMIN KAUFMANN. *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, Göttingen, 1959, pp. 283 y ss.

presario no se deriva de una función de protección de un determinado bien jurídico, sino de un deber de vigilancia sobre una fuente de peligro[17]. No obstante, esta clasificación de las posiciones de garantía ha sido objeto de crítica en el sentido de no mostrar con suficiente claridad el fundamento de la posición de garantía[18], por lo que numerosos estudios se han abocado precisamente a cumplir esta tarea[19]. Precisamente la mayor investigación sobre el fundamento de la posición de garantía ha llevado a que en la actualidad la doctrina penal fundamente la posición de garante del titular de la empresa en diversos criterios: en la injerencia[20], en la relación de autoridad sobre los dependientes[21] o en el dominio sobre fuentes de peligro[22].

---

17 Cfr., así, con distintos matices, THIEMANN. *Aufsichtspflichtverletzung*, p. 15; GÖHLER, en *FS-Dreher*, cit., pp. 620 y 621.; BRAMMSEN. *Die Entstehungsvoraussetzungen der Garantenpflichten*, Berlin, 1986, p. 272; ROGALL. "Dogmatische und kriminalpolitische Probleme der Aufsichtspflichtverletzung in Betrieben und Unternehmen (§ 130 OWiG)", en *ZStW*, 98 (1986), p. 614; HEINE. *Verantwortlichkeit*, cit., p. 116; MASCHKE. *Aufsichtspflichtverletzungen in Betrieben und Unternehmen*, Berlin, 1997, p. 16.

18 Cfr., en este sentido, SCHÜNEMANN. *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte*, Göttingen, 1971, p. 242; JAKOBS. *Strafrecht, AT*, 2.ª ed., Berlin, 1991, apdo, 29, n.° m. 27; FREUND. *Erfolgsdelikt und Unterlassen*, Köln, 1992, p. 2; WALTER. *Die Pflichten*, pp. 40 y 41.

19 Así la idea del dominio en SCHÜNEMANN. *Grund und Grenzen*, pp. 229 y ss.; la "figura central del suceso" en RUDOLPHI. *Die Gleichstellungsproblematik der unechten Unterlassungsdelikte und der Gedanke der Ingerenz*, Göttingen, 1966, pp. 96 y ss.; o las "expectativas sociales" en OTTO y BRAMMSEN. "Die Grundlagen der strafrechtlichen Haftung des Garanten wegen Unterlassens", en *Jura*, 1985, pp. 536 y ss.

20 Admiten una fundamentación por injerencia, en tanto no interesa si el riesgo es antijurídico o no, SEELMANN. *NK* § 13, n.° m. 131; BOCK. *Produktkriminalität*, pp. 128 y ss.; KÖHLER. *Strafrecht, AT*, Hamburg, 1997, p. 223; LASCURAÍN SÁNCHEZ. "Fundamento y límites del deber de garantía del empresario", en *Hacia un derecho penal*, cit., p. 212. Rechaza esta posibilidad THIEMANN. *Aufsichtspflichtverletzung*, cit., p. 16, en la medida que, por el contrario, entiende la injerencia como un comportamiento previo jurídicamente desaprobado. Por su parte, HILGERS. *Verantwortlichkeit von Führungskräften in Unternehmen für Handlungen ihrer Mitarbeiter*, Freiburg i. Breisgau, 2000, pp. 135 y ss., y 152, recurre a la idea del comportamiento precedente, pero no sólo como peligroso, sino también como asunción de responsabilidad.

21 En este sentido, con matices propios, THIEMANN. *Aufsichtspflichtverletzung*, cit., p. 17; SCHÜNEMANN. *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, Berlin, 1979, pp. 101 y ss; ID. "Die Unterlassungsdelikte und die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Unterlassungen", en *ZStW*, 96 (1984), p. 310; ID., en *GS-Meurer*, cit., pp. 50 y 51.; ROGALL, en *ZStW*, 98, 1986, p. 618; BACIGALUPO ZAPATER., en *CDJ*, 1994, p. 75.

22 En este sentido, con matices propios, JESCHECK. *LK* § 13, n.° m. 45; RUDOLPHI. *SK* § 13, n.° m. 32, 35; VEST. "Die strafrechtliche Garantenpflicht des Geschäftsherrn", en *SchwZStr*, 105, 1988, pp. 300 y ss.; WOLFF-RESKE. *Berufsbedingtes Verhalten als Problem mittelbarer Erfolgsverursachung*, Baden-Baden, 1995, pp. 171 y 172.; HEINE. *Verantwortlichkeit*, p. 118; ID. "Europäische Entwicklungen bei der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Wirtschaftsunternehmen und deren Führungskräften", en *SchwZStr*, 119, 2001, p. 32; MASCHKE. *Aufsichtspflichtverletzungen*, cit., p. 16; RANSIEK. *Unternehmenstrafrecht*, cit., pp. 33 y ss.; BOTTKE. *Haftung aus Nichtverhütung von Straftaten Untergebener in Wirtschaftsunternehmen de lege lata*, Berlin, 1994, pp. 25 y ss.; ID. "Reform des Wirtschaftsstrafrechts der Bundesrepublik Deutschland", en *Deutsche Wiedervereinigung*, t. III, "Unternehmenskriminalität", SCHÜNEMANN (ed.), Köln, 1996, p. 89; HOYER. *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit innerhalb von Weisungsverhältnissen*, Munich, 1998, p. 32; WALTER. *Die Pflichten*, cit., pp. 143 y 144. Aceptan esta posibilidad de funda-

La discusión se torna más polémica cuando se entra en los límites de la posición de garantía. Por un lado, se plantea la cuestión del círculo de personas por cuyas actuaciones frente a terceros resulta garante el titular de la empresa. Respecto de los miembros de la empresa –se afirma– no existen mayores dificultades, pues la relación de autoridad del titular de la empresa justifica su posición de garantía[23]. La discusión se centra sobre las personas ajenas a la empresa que realizan, sin embargo, actividades dentro de la organización de la misma. La doctrina penal se encuentra aquí dividida, en tanto se defiende, por un lado, la limitación del deber de control al personal de la empresa[24], mientras que, por el otro, se admite en mayor o menor medida una responsabilidad penal también por hechos de sujetos ajenos a la organización[25]. Por otra parte, se discute sobre el tipo de acciones por las que el titular de la empresa resulta garante, siendo la doctrina penal prácticamente unánime al restringir la posición de garantía a las acciones vinculadas a la actividad empresarial[26], aunque ciertamente no se limita a delitos económicos, sino que incluye delitos contra la vida, la integridad física, el honor, etc.[27]. Se destaca, en este sentido, que la simple posibilidad de impedir un delito desde la empresa no puede fundamentar aún la responsabilidad penal de garante del titular del negocio, sino que es necesario que se trate de hechos que se deriven de sus facultades de mando o administración[28].

El panorama dogmático resulta todavía más complejo cuando el titular del negocio delega las funciones de control de la empresa en los llamados directi-

---

mentación en determinados supuestos, JAKOBS. *Strafrecht, AT*, apdo. 29, n.º m. 36; LASCURAÍN SÁNCHEZ. *Hacia un derecho penal*, cit., p. 213; GIMBERNAT ORDEIG. "Unechte Unterlassung und Risikoerhöhung im Unternehmensstrafrecht", en *FS-Roxin*, cit., p. 661; MAZUELOS COELLO. "La responsabilidad penal de los órganos de dirección de la persona jurídica. Revisión de la fórmula del 'actuar en lugar de otro'", en GARCÍA CAVERO (coord.). *La responsabilidad penal*, cit., p. 180.

23 Cfr., en este sentido, THIEMANN. *Aufsichtspflichtverletzung*, cit., p. 17; GÖHLER, en *FS-Dreher*, cit., pp. 620 y 621.

24 Cfr., así, LANDSCHEIDT. *Zur Problematik der Garantenpflichten aus verantwortlicher Stellung in bestimmten Räumlichkeiten*, Berlin, 1985, p. 111; SCHUBARTH. "Zur strafrechtlichen Haftung des Geschäftsherren", en *SchwZStr*, 92, 1976, pp. 390 y 391.

25 Limitadamente para personas sobre las que existe un poder de dirección por parte del titular de la empresa, THIEMANN. *Aufsichtspflichtverletzung*, cit., pp. 18 y 19. De manera más amplia, GIMBERNAT ORDEIG. en *FS-Roxin*, cit., p. 661.

26 Cfr. THIEMANN. *Aufsichtspflichtverletzung*, cit., pp. 19 y ss.; GÖHLER, en *FS-Dreher*, cit., p. 621; BRAMMSEN. *Entstehungsvoraussetzungen*, cit., p. 277; SCHMIDT-SALZER. *Produkthaftung*, t. I, "Strafrecht", 2.ª ed., Heidelberg, 1988, pp. 65 y ss. De una opinión contraria, en el sentido de incluir también los excesos, GIMBERNAT ORDEIG, en *FS-Roxin*, cit., p. 661.

27 En este sentido, LASCURAÍN SÁNCHEZ. *Hacia un derecho penal*, cit., pp. 215 y 216. Por el contrario, limita este deber solamente a delitos graves BRAMMSEN. *Entstehungsvoraussetzungen*, cit., p. 277.

28 Cfr., en este sentido, HEINE. *Verantwortlichkeit*, cit., pp. 116 y ss.; OTTO, en *Jura*, 1998, p. 413.

vos o se trata simplemente de socios fundadores que en ningún momento han asumido funciones de dirección de la empresa. En estos casos podría admitirse un supuesto de delegación que fundamentaría en los directivos de la empresa la posición de garantía por los riesgos derivados de la actividad empresarial[29], aunque habría que resaltar que esta situación no lleva consigo necesariamente la liberación completa de responsabilidad por parte del dueño del negocio[30]. Sobre el titular de la empresa delegante permanecerían ciertos deberes de selección, información, control y vigilancia con los que podría fundamentarse, a su vez, su responsabilidad penal[31]. No obstante, se presentan serias dudas sobre si la infracción de estos deberes permite equiparar una omisión a la comisión activa. Por esta razón, un sector de la doctrina admite que en estos supuestos se trata, más bien, de una simple participación por omisión[32], del incumplimiento de un deber de salvamento[33] o de una omisión pura de un deber de vigilancia[34].

B. EL DEBER DE VIGILANCIA EN LA EMPRESA

En estrecha vinculación con la posición de garantía del titular de la empresa, se encuentra el castigo al mismo por la infracción dolosa o imprudente de un deber de vigilancia de evitar la realización de delitos o contravenciones cometidos desde la empresa[35]. Desde un punto de vista político-criminal, este castigo

---

29 Cfr., así, ROGALL, en *ZStW*, 98, 1986, p. 619; OTTO, en *Jura*, 1998, pp. 411 y 413.

30 En este sentido, BRAMMSEN. *Entstehungsvoraussetzungen*, pp. 273 y s.; SCHÜNEMANN. *Unternehmenskriminalität*, pp. 96 y ss.; LASCURAÍN SÁNCHEZ. *Hacia un derecho penal*, cit., p. 218. De una opinión contraria en el sentido que la posición de garantía decae, SCHUTZBACH. *Die strafrechtliche Verantwortung für Betriebsunfälle*, Berlin, 1983, p. 137.

31 Cfr., en este sentido, SCHÜNEMANN. *Unternehmenskriminalität*, cit., pp. 96 y ss.; HEINE. *Verantwortlichkeit*, cit., pp. 121 y ss.; DEUTSCHER y KÖRNER. "Die strafrechtliche Produktverantwortung von Mitgliedern kollegialer Geschäftsleitungsorgane (Teil 2)", en *wistra*, 1996, p. 329; LASCURAÍN SÁNCHEZ. Ob. cit., pp. 219 y ss.

32 Cfr., sobre la participación del obligado como garante, BOTTKE. *Haftung*, cit., pp. 31 y ss.

33 Cfr. así las posibilidades de fundamentación de un deber tal, VON FREIER. *Kritik der Verbandsstrafe*, Berlin, 1998, pp. 302 y ss.

34 En este sentido, HSÜ. *Garantenstellung des Betriebsinhabers zur Verhinderung strafbarer Handlungen seiner Angestellten?*, Pfaffenweiler, 1986, pp. 254 y 255.

35 Cfr., así, TIEDEMANN. *Welche strafrechtlichen Mittel empfehlen sich für eine wirksamere Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität?*, Gutachten C zum 49. Deutschen Juristentag, Munich, 1972, pp. C56 y s.; GÖHLER, en *FS-Dreher*, cit., p. 621; SCHÜNEMANN. "Aufsichtspflicht in Betrieben", en *Handwörterbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts*, KREKELER, TIEDEMANN, ULSENHEIDER y WEINMANN (eds.), p. 1; RANSIEK. *Unternehmensstrafrecht*, cit., p. 99. Considera, por el contrario, que se trata de dos sistemas distintos de sanción, HSÜ. *Garantenstellung*, cit., p. 138.

serviría para cubrir los vacíos de punibilidad derivados de las dificultades probatorias de una responsabilidad en comisión por omisión del titular de una empresa complejamente organizada[36]. En el plano dogmático, se trataría de un tipo de recogida[37] que sólo podría aplicarse subsidiariamente en caso de no ser posible una incriminación directa del empresario o directivos en el delito cometido desde la empresa[38]. Esta configuración dogmática de la infracción del deber de vigilancia permite ahorrar la demostración de una vinculación del titular o directivo de la empresa con el hecho cometido desde la misma, bastando la verificación de un defecto organizativo en las medidas de vigilancia[39]. Se trata, por tanto, de un injusto independiente del delito cometido desde la empresa[40], aunque resulta ciertamente usual vincular la infracción del deber de vigilancia con este delito[41].

Mientras la infracción de un deber de vigilancia se considere simplemente un ilícito administrativo, no se presentarán mayores problemas de legitimación. Las dificultades dogmáticas aparecen en la medida en que se considera la infracción del deber de vigilancia un hecho merecedor de responsabilidad penal[42]; especialmente si el injusto no depende, como tal, del delito cometido

---

36 Apuntan estas dificultades THIEMANN. *Aufsichtspflichtverletzung*, cit., pp. 10 y 11; ROGALL, en *ZStW*, 98, 1986, p. 578; MASCHKE. *Aufsichtspflichtverletzungen*, cit., pp. 19 y ss.

37 En este sentido, THIEMANN. *Aufsichtspflichtverletzung*, cit., p. 58; SCHÜNEMANN. "Aufsichtspflicht in Betrieben", en *Handwörterbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts*, cit., p. 1; HERMANNS y KLEIER. *Grenzen der Aufsichtspflicht im Betrieben und Unternehmen*, Köln, 1987, p. 10; MASCHKE. *Aufsichtspflichtverletzungen*, cit., p. 22.

38 Cfr., en este sentido, THIEMANN. *Aufsichtspflichtverletzung*, cit., p. 59; SCHÜNEMANN. *Unternehmenskriminalität*, cit., pp. 111 y ss.; ID. "Aufsichtspflicht in Betrieben", en *Handwörterbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts*, cit., p. 4; HERMANNS y KLEIER. *Grenzen*, p. 10; MASCHKE. *Aufsichtspflichtverletzungen*, cit., pp. 22 y 23; ROGALL, en *ZStW*, 98, 1986, p. 620; RANSIEK. *Unternehmensstrafrecht*, cit., p. 98; FRISCH. "Problemas fundamentales de la responsabilidad penal de los órganos de dirección de la empresa. Responsabilidad penal en el ámbito de la responsabilidad de la empresa y de la división del trabajo", en *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, MIR PUIG y LUZÓN PEÑA (coords.), Barcelona, 1996, p. 125.

39 Cfr. THIEMANN. *Aufsichtspflichtverletzung*, cit., p. 60; ROGAL, en *ZStW*, 98, 1986, p. 620.

40 Cfr. THIEMANN. Ob. cit., p. 66.

41 En este sentido, exigen una relación de fin de protección SCHÜNEMANN. *Unternehmenskriminalität*, cit., pp. 118 y ss.; ID. "Aufsichtspflicht in Betrieben", en *Handwörterbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts*, cit., p. 3; ROGALL, en *ZStW*, 98, 1986, pp. 573, 607 y ss.; MASCHKE. *Aufsichtspflichtverletzungen*, pp. 32 y 33; RANSIEK. *Unternehmensstrafrecht*, cit., p. 102; HILGERS. *Verantwortlichkeit*, cit., p. 33. La realización del delito desde la empresa constituiría una condición objetiva de punibilidad –cfr., así, WEBER. "Konzeption unnd Grundsätze des Wirtschaftsstrafrechts (einschließlich Verbraucherschutz)", en *ZStW*, 96, 1984, p. 405; HERMANNS y KLEIER. *Grenzen*, cit., p. 9; KOHLMANN y OSTERMANN. "Die Verletzung der Aufsichtspflicht in Betrieben und Unternehmen –Pläne für eine verfasssungswidrige Reform", en *wistra*, 1990, p. 124; OTTO, en *Jura*, 1998, p. 414; RANSIEK. Ob. cit., p. 101–.

42 TIEDEMANN. *Welche strafrechtlichen Mittel*, cit., p. C57, considera que en los casos en los que se trate de

desde la empresa[43]. No cabe duda que una incorrecta administración de la empresa resulta aún insuficiente para fundamentar desde la lógica del bien jurídico una sanción penal[44], por lo que los defensores de la incriminación de la infracción de deberes de vigilancia han intentado vincular la sanción de esta infracción con una protección en el estadio previo a la lesión de bienes jurídicos por delitos cometidos desde la empresa[45]. Esto, sin embargo, va en contra del supuesto carácter autónomo de esta infracción y lo vuelve a poner en relación con los delitos cometidos desde la empresa[46]. Por esta razón, consideramos que el castigo por la infracción de un deber de vigilancia solamente podrá fundamentarse si se vincula como autoría o participación al delito cometido desde la empresa.

4. LAS FORMAS DE AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

La responsabilidad penal de los miembros de la empresa se ha pretendido justificar también mediante el uso de las distintas formas de autoría y participación[47]. Como se sabe, la responsabilidad penal no se reduce a la realización directa del hecho delictivo, sino que puede abarcar otras formas de participación en el hecho delictivo. En este sentido, se ha procedido a fundamentar su-

---

un delito la infracción del deber de vigilancia puede configurar incluso un injusto penal. Críticos, por el contrario, se muestran SCHÜNEMANN. *Unternehmenskriminalität*, cit., pp. 217 y ss.; KOHLMANN y OSTERMANN, en *Wistra*, 1990, pp. 130 y 131, en el sentido de afectar el mandato de determinación y el principio de culpabilidad. Cfr., en el mismo sentido, respecto del principio de legalidad, ROGALL, en *ZStW*, 98, 1986, p. 591; FRISCH. *Responsabilidad penal de las empresas*, cit., p. 125; en relación con el principio de culpabilidad, NEUDECKER. *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit der Mitglieder von Kollegialorganen*, Frankfurt a. M., 1995, p. 74. Por su parte, HILGERS. *Verantwortlichkeit*, cit., pp. 34 y ss., desestima los reproches de una infracción a los principios de legalidad y culpabilidad.

43 HSÜ. *Garantenstellung*, pp. 254 y 255, considera que al no poder justificarse una posición de garante del empresario sólo queda elevar a la categoría de delito la infracción del deber de vigilancia.

44 Cfr., en este sentido, THIEMANN. *Aufsichtspflichtverletzung*, cit., p. 70; MASCHKE. *Aufsichtspflichtverletzungen*, cit., p. 25; HERMANNS y KLEIER. *Grenzen*, cit., p. 6. Por el contrario, HILGERS. *Verantwortlichkeit*, cit., p. 21, considera que el bien jurídico protegido en la infracción del deber de vigilancia es el interés público en una organización de la empresa que impida peligros.

45 Cfr. THIEMANN. *Aufsichtspflichtverletzung*, cit., p. 71; MASCHKE. *Aufsichtspflichtverletzungen*, cit., p. 27; KOHLMANN y OSTERMANN, en *wistra*, 1990, p. 124. Crítico se muestra SCHÜNEMANN. *Unternehmenskriminalität*, cit., p. 217, en el sentido de que ni siquiera, como en los delitos de peligro abstracto, se precisa la conducta típicamente peligrosa.

46 Cfr., en este sentido, SCHÜNEMANN. *Unternehmenskriminalität*, cit., p. 219, con lo que no podría diferenciarse estos casos de los supuestos de omisión impropia.

47 Sobre este modelo, HEINE, en *SchwZStr*, 119, 2001, pp. 27 y ss. Defiende la solución de los problemas de imputación mediante los criterios de autoría y participación, MAZUELOS COELLO. *La responsabilidad penal*, cit., pp. 467 y ss.

puestos de autoría y participación en el ámbito de la empresa mediante las estructuras de la organización empresarial[48]. En las llamadas estructuras horizontales, se ha procurado rentabilizar los criterios de imputación de la autoría no sólo mediante el desarrollo dogmático de una responsabilidad como coautores en el caso de decisiones colegiadas[49], sino también mediante el aligeramiento de los requisitos de la coautoría que renuncia al elemento subjetivo del acuerdo común[50]. En el ámbito de las llamadas estructuras verticales, se ha recurrido a la figura de la autoría mediata para atribuir responsabilidad a los miembros de la empresa que ocupan cargos de dirección, en la medida que sobre ellos recae el dominio de la decisión de las actuaciones de la empresa[51], y esto con independencia de si los dependientes resultan también penalmente responsables[52]. La responsabilidad de los subordinados no se excluye, en tanto también resulta posible una imputación a título de coautores entre directivos (decisión) y trabajadores con conocimiento del hecho (ejecución)[53]. En este último supuesto, sin embargo, un sector de la doctrina penal sostiene sólo una responsabilidad penal por inducción del superior sobre los dependientes cuando éstos (ejecutores directos) mantienen todavía su responsabilidad penal por el hecho[54]. La posibilidad de fundamentar una responsabilidad de los directivos como cómplices de los delitos cometidos directamente por sus dependientes se encuentra siem-

---

48 Cfr. HEINE, en *schwZStr*, 119, 2001, p. 27.

49 Cfr. RANSIEK. *Unternehmensstrafrecht*, cit., pp. 58 y ss.; OTTO, en *Jura*, 1998, pp. 410 y 411.; KNAUER. *Die Kollegialentscheidung*, pp. 159 y ss.; SEELMANN. *Kollektive Verantwortung im Strafrecht*, Berlin, 2002, p. 9.

50 Cfr., en este sentido, HEINE, en *schwZStr*, 119, 2001, p. 28; SEELMANN. *Kollektive Verantwortung*, cit., p. 9.

51 Cfr., en este sentido, RANSIEK. *Unternehmensstrafrecht*, cit., p. 49; SEELMANN. *La responsabilidad penal*, cit., p. 41; KNAEUR. *Kollegialentscheidung*, cit., pp. 75 y ss.; HILGERS. *Verantwortlichkeit*, cit., pp. 108 y ss.; BOTTKE. "Täterschaft und Teilnahme im deutschen Wirtschaftsstrafrecht - de lege lata und de lege ferenda", en *jus*, 2002, pp. 321 y 322. Con dudas frente a la existencia de tal dominio en grandes empresas, HEINE, en *schwZStr*, 119, 2001, p. 30.

52 Cfr. HILGERS. *Verantwortlichkeit*, cit., p. 110; HEINE, en *schwZStr*, 119, 2001, p. 29. Crítico sobre la posibilidad de fundamentar esta solución con base en la teoría del dominio de la voluntad en virtud de aparatos organizados de poder, MUÑOZ CONDE. "Willensherrschaft kraft organisatorischer Machtappa-rate im Rahmen "nichtrechtsgelöster" Organisationen?", en *FS-Roxin*, cit., pp. 609 y ss. (espec. p. 624).

53 En este sentido, de manera general, WEBER, en *ZStW*, 96, 1984, p. 402; NEUDECKER. *Verantwortlichkeit*, pp. 240 y ss. De una opinión contraria, KNAUER. *Kollegialentscheidung*, cit., pp. 73 y 74; BOTTKE, en *jus*, 2002, p. 323; RANSIEK. *Unternehmensstrafrecht*, cit., pp. 50 y 51, en concreto para la empresa.

54 En este sentido, RUDOLPHI. "Strafrechtliche Verantwortlichkeit der Bediensteten von Betrieben für Gewässerverunreinigungen und ihre Begrenzung durch den Einleitungsbecheid", en *FS-Lackner zum 70. Geburtstag*, Berlin, 1987, pp. 870 y 871; KÖHLER. *Strafrecht, AT*, p. 510; HOYER. *Verantwortlichkeit*, cit., p. 29; SCHALL. "Probleme der Zurechnung von Umweltdelikten in Betrieben", en *Deutsche Wiedervereinigung*, t. III, SCHÜNEMANN (ed.), pp. 102 y 103. Por el contrario, RANSIEK. *Unternehmensstrafrecht*, cit., p. 49, considera que una instigación sólo puede darse en caso de sujetos que no están incorporados en la organización.

pre presente[55], al igual que una posible complicidad del autor directo (trabajadores) en un delito cometido por los directivos[56]. La doctrina penal mayoritaria señala además que todas estas formas de participación podrían tener lugar también mediante una omisión[57].

Como puede verse del breve esbozo que hemos hecho, las posibilidades de imputación de un delito cometido en el seno de la empresa a sus miembros mediante las distintas formas de autoría y participación son muy diversas, lo cual muestra también que en la doctrina penal no reina un acuerdo sobre el alcance de la responsabilidad penal en estos supuestos. Esta situación de falta de consenso se debe, en mi opinión, a la insatisfacción de las distintas propuestas para cubrir las necesidades de imputación en las estructuras empresariales[58]. Y esta insatisfacción no puede tener otra causa que la ausencia de un sistema global de imputación lo suficientemente complejo como para hacer frente a la organización en las empresas modernas. En el actual panorama dogmático solamente el sistema de imputación con base en roles se muestra como el más adecuado para determinar la responsabilidad penal de los miembros de la empresa, aunque hay que reconocer que esta interpretación de la imputación no podrá resultar totalmente satisfactoria mientras se niegue la responsabilidad penal de las personas jurídicas mismas[59].

II. LA IMPUTACIÓN PENAL CON BASE EN ROLES

Las construcciones dogmáticas que se han desarrollado para imputar responsabilidad penal a los miembros de la empresa por un delito cometido desde la misma presentan una complejidad tal que apenas puede descubrirse con claridad el fundamento de la imputación. Esta situación trae consigo el peligro de recurrir finalmente a fórmulas simplistas (como delitos de peligro o deberes de vigilancia[60]), las cuales, por otra parte, se corresponden muy poco con las nece-

---

55 Cfr. KNAUER. *Kollegialentscheidung*, cit., pp. 79 y 80.

56 Las bases para tal reconocimiento en SCHILD. *Täterschaft als Tatherrschaft*, Berlin, 1994, pp. 44 y ss.

57 Cfr., en este sentido, THIEMANN. *Aufsichtspflichtverletzung*, cit., pp. 22 y ss.; RANSIEK. *Unternehmensstrafrecht*, cit., pp. 51 y ss.; OTTO, en *Jura*, 1998, p. 411; BOTTKE, en *jus*, 2002, p. 323.

58 Cfr., en este sentido, RANSIEK. *Unternehmensstrafrecht*, cit., p. 46; HEINE. *Verantwortlichkeit*, cit., pp. 32 y ss.; ROTSCH. *Individuelle Haftung bei Großunternehmen*, Baden-Baden, 1998, pp. 131 y 132.

59 Por ello, no compartimos las conclusiones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas a las que llega JAKOBS. "¿Punibilidad de las personas jurídicas?", SUÁREZ GONZÁLEZ (trad.), en GARCÍA CAVERO (coord.). *La responsabilidad penal*, cit., pp. 65 y ss.

60 Cfr. la referencia a esta aplicación extensiva del deber de vigilancia para evitarse el complejo camino de comprobar una posición de garantía en HERMANNS y KLEIER. *Grenzen*, p. 11; MASCHKE. *Aufsichtspflichtverletzungen*, p. 29.

sidades de imputación penal. Por esta razón, considero dogmáticamente más coherente construir un sistema de imputación con base en roles y dejar de lado las limitadas posibilidades dogmáticas de un punto de vista naturalista. El punto de partida de un sistema dogmático basado en roles se encuentra en la bipartición formulada por JAKOBS de "rol general de ciudadano y roles especiales". En el caso del rol general de ciudadano, resulta evidente que el grado de organización que requieren los miembros de una empresa para desarrollar su actividad resulta claramente superior al que necesitaría un ciudadano común y corriente para organizar su vida ordinaria. Y esto se debe no sólo al uso de maquinarias y nuevas tecnologías en el ámbito económico, sino también a la propia distribución del trabajo mediante [la contracción de servicios civil o laboral] típica de la economía moderna[61]. Determinados miembros de la empresa poseen una amplia esfera de organización, lo cual lleva consigo también una mayor carga de competencias negativas en el sentido de no lesionar a otras personas. La imputación de responsabilidad penal no requiere, por tanto, reconstruir el hecho delictivo desde un sujeto natural y determinar una posición de garantía o las distintas conexiones naturales con los distintos participantes del hecho[62]. El proceso de imputación jurídico-penal con base en competencias por organización necesita solamente determinar la esfera de organización del respectivo miembro de la empresa y calificar el hecho como la infracción de las competencias negativas derivadas de la libertad de organización sobre dicha esfera[63]. No pretendo decir que este proceso de imputación se muestre con semejante nivel de simplicidad, sino solamente que la imputación de responsabilidad penal a través de competencias por organización permite una mejor comprensión del suceso en los delitos en el seno de la empresa y una represión de la criminalidad empresarial más efectiva por parte de los tribunales judiciales.

---

61 Ya LUHMANN. *Funktionen und Folgen formaler Organisation*, 3.ª ed., Berlin, 1972, p. 185, puso de manifiesto que los principios clásicos de responsabilidad fracasan en la división del trabajo. Sobre la división de trabajo y la distribución de funciones en la economía moderna, TIEDEMANN. *Welche strafrechtlichen Mittel*, p. C55; JAKOBS. *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*, CANCIO y FEIJÓO (trads.), Madrid, 1996, p. 54; SCHÜNEMANN. "La punibilidad de las personas jurídicas desde la perspectiva europea", (PEÑARANDA y PÉREZ MANZANO [trads.]), en *Hacia un Derecho penal*, pp. 570 y s.; ID. *GS-Meurer*, pp. 47 y s.; HEINE. *Verantwortlichkeit*, p. 31; BOTTKE. *Deutsche Wiedervereinigung*, t. III, p. 75. En referencia a la empresa moderna, SEELMANN. *La responsabilidad penal*, pp. 40 y s.

62 Defienden esta proceder, más bien, HASSEMER y MUÑOZ CONDE. *La responsabilidad por el producto en derecho penal*, Valencia, 1995, pp. 177 y ss.

63 Cfr., así expresamente respecto de los delitos cometidos en el ámbito de la empresa, JAKOBS. "La normativización del derecho penal en el ejemplo de la participación", (CANCIO MELIÁ [trad.]), en *Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminología*, Madrid, 2001, pp. 632 y s.

Las mismas ventajas ofrecen, por su parte, las llamadas competencias institucionales, cuya importancia en la economía de la sociedad moderna resulta cada vez más evidente[64]. La configuración de nuevas instituciones de origen económico o la conversión de las ya existentes en el ámbito de la economía trae consigo la atribución de deberes especiales a los miembros de la empresa por encima del simple "organiza tu explotación económica sin hacer daño al resto". En una sociedad postindustrial que ha alcanzado niveles satisfactorios de comodidad al menos en parte de la población, resulta evidente un cambio social en el sentido de comprometer a los sujetos económicos en ámbitos que sobrepasan la simple contribución al desarrollo económico[65]. Los empresarios, por ejemplo, son cargados cada vez más con deberes de contribuir a la formación de situaciones socialmente deseables en el ámbito de la economía, de manera que su responsabilidad penal puede derivarse también del incumplimiento de deberes de origen institucional. Delitos económicos como el no inicio de un procedimiento de insolvencia del derecho penal alemán, o el delito de negación de la información requerida por organismos de supervisión del Código Penal peruano, son claros ejemplos de la vinculación institucional penalmente relevante de los sujetos económicos.

En lo que sigue, me ocuparé de concretar un poco más los criterios de imputación antes mencionados en los distintos miembros de la empresa. Para facilitar la explicación, conviene dividir la exposición en dos grandes grupos de delitos cometidos en el seno de la empresa: los delitos cometidos desde la empresa y los delitos cometidos dentro de la empresa.

I. LOS DELITOS COMETIDOS DESDE LA EMPRESA

En los delitos cometidos desde la empresa, la persona jurídica se presenta como una unidad y, por tanto, los mecanismos de imputación penal deberían tener en cuenta este aspecto[66]. Las personas individuales, cuyas acciones pertenecen a

---

64 Destaca la importancia de la economía en la sociedad moderna JAKOBS. "¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?", (CANCIO MELIÁ [trad.]), en *El sistema funcionalista del Derecho penal*, Ponencias presentadas en el II Curso Internacional de Derecho Penal, Lima, 2000, p. 54. Con ciertas dudas sobre las instituciones en el ámbito de la economía, ALCÁCER GUIRAO. "La protección del futuro y los daños cumulativos", en *REDPC*, 04-08 (2002), parte VII.

65 Cfr., similarmente, HEINE. "Plädoyer für die Verbandsstrafrecht als "zweite Spur", en *Verantwortung und Steuerung von Unternehmen in der Marktwirtschaft*, ALWART (ed.), Munich, 1998, pp. 92 y ss.; JAKOBS. *Acción y omisión en el Derecho penal*, (REY y SÁNCHEZ-VERA [trad.]), Bogotá, 2000, p. 25.

66 Cfr. GARCÍA CAVERO. *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: criterios de imputación*, Barcelona, 1999, p. 66; ID. "El sistema funcional de imputación en la determinación de la responsabilidad penal del administrador de la empresa", en *RPDJP*, I (2000), p. 522.

la estructura de la empresa, no forman parte del sistema empresarial, sino de su entorno. El derecho no podría reafirmar adecuadamente la vigencia de la expectativa defraudada en estos casos si se dirige a sujetos distintos a la persona jurídica, quien es la que realmente actúa en el sistema económico y de quien ha surgido, independientemente de su formación interna[67], la conducta desaprobada[68]. La mayoría de los ordenamientos penales de tradición continental europea no consideran, sin embargo, al delito cometido desde la empresa como un hecho imputable a la persona jurídica, sino como una acción común de sus miembros y se esfuerzan, por ello, en fundamentar la imputación de responsabilidad a los mismos. Se dice incluso que la aceptación de una responsabilidad penal de las personas jurídicas significaría renunciar a imputar responsabilidad a sus órganos y representantes[69]. Sin embargo, considero que esta conclusión resultaría correcta sólo si la empresa y sus miembros fuesen titulares de la misma esfera de organización, lo cual no resulta tan evidente. Sin pretender entrar en un tema que desbordaría el marco de la presente contribución, me atrevería a sostener que la empresa y sus miembros son titulares de distintas esferas de organización[70], de manera tal que la eventual responsabilidad penal de las personas jurídicas no tendría porqué liberar a sus órganos. En este sentido, la responsabilidad penal de los miembros de la empresa deberá determinarse de todos formas. Para precisar el alcance de esta responsabilidad en los delitos cometidos desde la empresa, resulta necesario determinar previamente si se trata de delitos de dominio o delitos de infracción de un deber.

A. DELITOS DE DOMINIO COMETIDOS DESDE LA EMPRESA

La determinación del círculo de personas naturales penalmente responsables por un delito de dominio cometido desde la empresa depende, a su vez, de la

---

67 En este sentido, JAKOBS. *Strafrecht, AT*, apdo. 6, n.° m. 44, quien afirma que lo interno dentro de las asociaciones (empresa) no tiene relevancia jurídico-penal, en cuanto a la posible aplicación de sanciones a la empresa misma (asociaciones).

68 En el mismo sentido, MARXEN. *NK* § 14, n.° m. 14.

69 Cfr., en este sentido, JAKOBS. *La responsabilidad penal*, pp. 74 y ss.

70 Diferencia la actuación de la empresa de la de sus miembros, TEUBNER. "Unternehmenskorporatismus. New industrial policy und das 'Wesen' der juristischen Person", en *KritV*, 1987, p. 63; SCHROTH. *Unternehmen als Normadressaten und Sanktionssubjekte*, Giessen, 1993, pp. 187 y ss.; WILLKE. *Systemtheorie*, p. 178; HIRSCH. "Strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen", en *ZStW*, 107 (1995), p. 289; PIETH. "Internationale Anstösse zur Einführunng einer strafrechtlichen Unternehmenshaftung in der Schweiz", en *SchwZStr*, 119 (2001), p. 4; HEINE. *SchwZStr*, 119 (2001), p. 24. Un injusto propio de la empresa que no se corresponde necesariamente con una acción (de sus órganos) puede tener lugar como actitud criminal –SCHÜNEMANN. *Hacia un Derecho penal*, pp. 571 y ss.– o como injusto del sistema –LAMPE. "Systemunrecht und Unrechtssysteme", en *ZStW*, 106 (1994) p. 723–.

configuración formal del tipo penal como delito común o como delito especial. En el primer caso, la amplitud del círculo de posibles autores ofrece mayores posibilidades de imputación a miembros de la empresa, mientras que en los delitos especiales estas posibilidades se encuentran limitadas a un círculo reducido de autores.

a. LOS DELITOS COMUNES DE DOMINIO COMETIDOS DESDE LA EMPRESA

Los delitos comunes no exigen en la descripción típica una calidad especial del autor, de manera que pueden imputarse, en principio, a todos los ciudadanos. Todas las personas naturales participantes en el ámbito de la organización de la empresa pueden, por tanto, ser hechos responsables. Los estudios de derecho penal de la empresa se ocupan precisamente de desarrollar mecanismos dogmáticos de imputación de la responsabilidad penal a los miembros de la empresa en estos casos. Hay que señalar, sin embargo, que esta determinación de la responsabilidad de los miembros de la empresa no se limita a las infracciones propias de su rol, sino que incluye también aspectos de la organización de la empresa que no pueden cubrirse penalmente debido a la irresponsabilidad penal de las personas jurídicas[71]. La responsabilidad penal de los miembros de la empresa requiere en estos casos determinar las competencias por organización que le corresponden por su posición en la empresa.

– EL TITULAR O LOS SOCIOS DE LA EMPRESA

Para determinar la responsabilidad penal del titular o de los socios de una empresa en los delitos de dominio no se necesita fundamentar una especial posición de garantía o la imposición de un deber *ad hoc* de vigilancia sino, más bien, precisar las competencias de organización derivadas de su rol de ciudadano en la creación de una empresa[72]. En esta línea, un sector de la doctrina penal atribuye al titular de la empresa una competencia general por la organización de la empresa, de manera tal que respondería penalmente por los defectos de orga-

---

71 En este sentido, resulta correcta la apreciación de ROTSCH *(Individuelle Haftung)* p. 214, que los criterios de imputación o desconocen la realidad de la autoría del sistema o recurren a paradigmas ajenos al derecho penal.

72 Ya GÖHLER. *FS-Dreher*, p. 619, habló de una distribución de roles para fundamentar la posición de garantía del empresario, aunque sólo para los casos de ausencia de regulación legal. Recurren también a la figura del rol del órgano de dirección SCHMIDT-SALZER. *Produkthaftung*, I, pp. 99, 111 y ss., y WOLLF-RESKE. *Verhalten*, pp. 170 y s.

nización realizados directamente por los empleados[73]. Esta extensión del ámbito de organización de los dueños de un negocio resulta perfectamente comprensible en el caso de una pequeña empresa familiar en la que el dueño del negocio lleva directamente toda la actividad empresarial. Pero si se trata de una empresa con una organización compleja, la ausencia de responsabilidad penal de las personas jurídicas no puede justificar trasladar las categorías de imputación de la responsabilidad del dueño del negocio a las grandes empresas. Si nos centramos en el principio de autorresponsabilidad, no podremos aceptar una ampliación semejante de las competencias de administración en el caso de empresas complejamente organizadas. Los titulares de una empresa, al igual que los socios de una sociedad, son competentes sólo por la adecuada constitución de la empresa y por las líneas generales de orientación de la actividad empresarial –lo cual se aprecia claramente en el reconocimiento expreso de su responsabilidad civil y social durante la etapa de constitución de una sociedad–, así como por las decisiones generales reservadas a órganos como la junta general de accionistas en el caso de sociedades anónimas[74]. Estos son los aspectos de su esfera de organización y por lo que deberán responder en caso de realizarse un delito (sea por su propia actuación, sea por la de un subordinado), a no ser que voluntariamente asuman la dirección de la empresa u otros ámbitos de organización específicos dentro de la empresa[75]. Por encima de estos casos, sólo podría admitirse un ámbito de responsabilidad en caso de creación de un riesgo especial generado por la propia actividad de la empresa (por ejemplo, por la utilización de sustancias tóxicas)[76], pero hay que admitir que la competencia se reducirá a esta cuestión en concreto. Si se impone una responsabilidad penal más allá de estos supuestos, se estará afectando el principio de autorresponsabilidad[77] y

---

73 En este sentido, JAKOBS. *Strafrecht, AT*, apdo. 29, n.° m. 36. De una opinión distinta, RANSIEK. *Unternehmensstrafrecht*, p. 80.

74 Y aquí se presenta un problema altamente complejo debido a la manera de determinar la responsabilidad de los sujetos individuales en decisiones gremiales cuando el número de miembros es bastante grande. Un proceso de imputación en estos casos resulta muy difícil. La responsabilidad penal por la toma de decisiones colegiadas la veremos seguidamente.

75 Cfr., en este sentido, JESCHECK. *LK* § 13, n.° m. 45; NEUDECKER. *Verantwortlichkeit*, pp. 157 y s.; WALTER. *Die Pflichten*, pp. 147 y s. En estos supuestos se incluye también los supuestos de administración fáctica por parte del titular o los socios de la empresa. Cfr., sobre este supuesto, GARCÍA CAVERO. *Responsabilidad*, pp. 123 y s.

76 En este sentido, JESCHECK. *LK* § 13, n.° m. 45; RUDOLPHI. *SK* § 13, n.° m. 32, 35; WOLFF-RESKE. *Verhalten*, pp. 171 y s.; HEINE. *Verantwortlichkeit*, pp. 118 y ss.; WALTER. *Die Pflichten*, pp. 143 y s. También JAKOBS. *Strafrecht*, AT, Apdo. 29, n.° m. 36, reconoce precisamente en estos casos la responsabilidad penal del titular de la empresa.

recurriendo a una especie de responsabilidad institucional, aunque sin el fundamento material para ello: esto es, la existencia de una institución social.

– LOS DIRECTIVOS DE LA EMPRESA

Las competencias por organización son, por el contrario, mayores en el caso de directivos de la empresa, sean éstos propietarios o no de la empresa. Un sector de la doctrina penal pretende, por ello, atribuirles una amplia competencia sobre el negocio de la empresa (*Allzuständigkeit*)[78]. No obstante, en los delitos cometidos desde la empresa las competencias organizativas de sus directivos se limitan sólo a decidir sobre las actividades globales de la empresa y no abarcan, por tanto, todas las decisiones y actuaciones realizadas en la estructura empresarial. En este sentido, las competencias por organización de los directivos los hacen penalmente responsables solamente por la toma de decisiones generales antijurídicas en la administración de la empresa[79], así como también por la ejecución, por ellos mismos[80] o por subordinados[81], de los aspectos establecidos en las mismas. Su posición en la estructura empresarial les impone, por otra parte, competencias de control y vigilancia generales sobre las prestaciones de sus subordinados en la empresa[82], así como también un deber de evitar configurar la administración general de la empresa de una manera tal que resulten idóneas para la realización de hechos delictivos de otros miembros. La infracción de sus competencias de organización puede dar lugar a una responsabilidad penal de distintas maneras:

Responsabilidad por decisiones colegiadas. La responsabilidad penal de un directivo resulta fácil de determinar cuando se trata de un órgano de decisión unipersonal. Pero en la empresa moderna es muy común que las decisiones se tomen de manera colegiada, de forma tal que resulta necesario individualizar al interior del órgano colegiado la responsabilidad penal de cada uno de sus miem-

---

77 En este sentido, RUDOLPHI. *SK* § 13, n.° m. 32, 35a; SCHLÜCHTER. "Der Kaufmann als Garant im Armen der unerlaubten Gewässerverunreinigung", en *FS-Salger* zum Abschied aus dem Amt als Vizepräsident des Bundesgerichtshofes, Köln, 1995, pp. 148 y ss.; WALTER. *Die Pflichten*, pp. 140 y s.

78 Cfr., en este sentido, SCHMIDT-SALZER. *Produkthaftung*, I, p. 111. Limita considerablemente el principio de la competencia total de los directivos NEUDECKER. *Verantwortlichkeit*, pp. 39 y ss.

79 Cfr., así, RANSIEK. *Unternehmensstrafrecht*, pp. 43 y ss., en relación con el famoso caso del pulverizador para el cuero.

80 Cfr., sobre esta posibilidad, ciertamente inusual, de responsabilidad de los directivos, FRISCH. *Responsabilidad penal de las empresas*, p. 103.

81 Cfr. ibíd., pp. 105 y ss.

82 Cfr., con mayor detalle, ibíd., pp. 115, 117 y ss.

bros. Para determinar la responsabilidad penal por decisiones colegiadas, se ha propuesto diferenciar dos planos de imputación: uno horizontal y otro vertical[83]. No obstante, quisiéramos precisar que la imputación penal se realiza de una sola manera –esto es, a partir de las competencias de cada miembro del órgano colegiado–, si bien el ámbito de organización comprometido puede abarcar *aspectos horizontales o verticales de la estructura empresarial.*

En el primer caso, la responsabilidad penal se configura con la sola decisión o acuerdo del órgano colegiado de la empresa. Ciertamente se trata de una incriminación excepcional, en tanto la toma de una decisión constituye normalmente un estadio previo a la realización del delito, todavía impune[84]. Sin embargo, el recurso usual en el derecho penal de la empresa a delitos de peligro abstracto permite una incriminación ya en la fase aún preparatoria (una toma de decisión)[85]. En estos casos, todos los que votan formalmente a favor de la decisión, con independencia de si su voto al momento de emitirse puede considerarse causal o no del sentido de la votación[86], responderán como coautores[87], pues no se trata de un hecho propio, sino de un hecho del órgano colegiado[88]. En este sentido, puede decirse que los participantes en la sesión que votaron a

---

83 En este sentido, KNAUER. *Kollegialentscheidung*, pp. 39 y ss. Anteriormente FRANKE. "Kriminologische und strafrechtsdogmatische Aspekte der Kollegialdelinquenz", en *FS-Blau zum 70. Geburtstag*, Berlin, 1985, pp. 230 y s., había diferenciado ya en los casos de decisiones colegiadas los delitos que no se realizan con la toma de decisión de los delitos que sí se realizan con la toma de decisión.

84 Cfr., así, JAKOBS. "Strafrechtliche Haftung durch Mitwirkung an Abstimmungen", en *FS-Miyazawa*, Baden-Baden, 1995, p. 419.

85 NEUDECKER. *Verantwortlichkeit*, pp. 243 y s.

86 Considera que la fórmula de la *conditio sine qua non* permite solucionar los casos de decisiones colegiadas cuando menos en los delitos activos, SCHAAL. *Strafrechtliche Verantwortlichkeit*, pp. 91 y ss., mediante la forma combinada de causalidad alternativa con causalidad cumulativa. Requieren, por el contrario, la llamada teoría de la condición ajustada a leyes causales para determinar la responsabilidad penal de los miembros de un órgano colegiado, NEUDECKER. *Verantwortlichkeit*, pp. 224 y s.; WEISSER. *Kausalitäts- und Täterschaftsprobleme*, pp. 113 y ss. Por su parte, PUPPE. *La imputación objetiva presentada mediante casos ilustrativos de la jurisprudencia de los altos tribunales*, (GARCIA CAVERO [trad.]), Granada, 2001, pp. 52 y ss., recurre a la fórmula de la inus-condición (una parte necesaria de una condición suficiente del resultado). Críticamente frente a estos intentos de fundamentación, KNAUER. *Kollegialentscheidung*, pp. 83 y ss.

87 Cfr., en este sentido, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS. *FS-Roxin*, p. 325. Sobre la falta de necesidad de una comprobación individual de la causalidad del voto de cada miembro del órgano colegiado para fundamentar la coautoría, DENCKER. *Kausalität und Gesamttat*, Berlin, 1996, pp. 164, 179 y ss.; KNAUER. *Kollegialentscheidung*, p. 180; SCHAAL. *Strafrechtliche Verantwortlichkeit*, pp. 192 y ss. Por el contrario, WEISSER. *Kausalitäts- und Täterschaftsprobleme*, p. 128; BOCK. *Produktkriminalität*, p. 81; SCHMUCKER. *Die "Dogmatik" einer strafrechtlichen Produktverantwortung*, Frankfurt a. M., 2001, p. 229, afirman que también debe quedar demostrada la causalidad de cada miembro del órgano de decisión respecto del resultado.

88 Cfr., con mayor detalle, JAKOBS. *FS-Miyazawa*, pp. 421 y ss. Similarmente, KNAUER. *Kollegialentscheidung*, p. 158; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS. *FS-Roxin*, p. 309.

favor de la decisión resultan competentes por la misma[89], mientras que no lo son aquellos que no lo hicieron[90] o no estuvieron presentes[91], por lo que tampoco están obligados a impedir la realización de tal votación[92]. La situación resulta un tanto más discutible en caso de una conformidad informal, esto es, después del acto formal de la votación. No se presentan mayores problemas para reconocer la responsabilidad penal en caso de una decisión informal que permite adoptar un acuerdo que no se había alcanzado en la sesión formal[93]. Los problemas tienen lugar, más bien, cuando una conformidad informal recae sobre un acuerdo que ya se ha tomado en la sesión correspondiente. Puesto que nos estamos refiriendo a los supuestos en los que el simple acuerdo configura Ya un delito, la conformidad informal con una decisión ya tomada, con mayor o menor convencimiento, no puede configurar ninguna forma de participación punible.

La situación se muestra diferente en caso de una imputación de responsabilidad con base en estructuras verticales, es decir que no basta un acuerdo, sino que éste debe necesariamente realizarse para que tenga lugar una conducta penalmente prohibida. En estos casos debe partirse de la idea de que una responsabilidad de los miembros del órgano colegiado no tendrá lugar hasta que no comience a ejecutarse la decisión previamente tomada[94]. La responsabilidad penal de los miembros del órgano colegiado que han votado a favor de la realización de un hecho delictivo no ofrece mayores problemas, en la medida que resultan competentes por los efectos delictivos de la ejecución de la decisión por ellos tomada. La discusión tiene lugar, más bien, en la determinación del grado de participación de los directivos, es decir, si deben responder como

---

89 Mucho más discutible se presentan los casos de aquellos que se abstuvieron de votar. En contra de una responsabilidad penal de los que se abstienen, WEISSER. *Kausalitäts- und Täterschaftsprobleme*, pp. 208 y ss. Por su parte, NEUDECKER. *Verantwortlichkeit*, p. 208, considera que la abstención puede considerarse típica si con ello se produce la decisión antijurídica. En nuestra opinión, consideramos que para decidir esta cuestión habría que determinar si todos los miembros del órgano colegiado son competentes para impedir decisiones antijurídicas, ante lo cual puede darse una respuesta afirmativa. No obstante, la importancia de su aporte en la organización conjunta nos inclinaría a considerarlos simples partícipes, pero no coautores.

90 Igualmente, NEUDECKER. *Verantwortlichkeit*, pp. 203 y ss., y 245; RANSIEK. *Unternehmensstrafrecht*, p. 74; WEISSER. *Kausalitäts- und Täterschaftsprobleme*, p. 178.

91 En este sentido, WEISSER. *Kausalitäts- und Täterschaftsprobleme*, pp. 193 y ss., si no tienen la posibilidad de dar luego su voto. De otra opinión, NEUDECKER. *Verantwortlichkeit*, p. 250, para los casos de una ausencia intencionada.

92 Cfr., en este sentido, JAKOBS. *FS-Miyazawa*, pp. 430 y ss.; NEUDECKER. *Verantwortlichkeit*, pp. 196 y ss.

93 Cfr., en este sentido, PUPPE. **"Anmerkung zu** BGH, JR, 1992, 27", en *JR*, 1992, p. 34.

94 Cfr., en este sentido, JAKOBS. *FS-Miyazawa*, cit., p. 433; NEUDECKER. *Verantwortlichkeit*, cit., p. 240.

coautores directos, coautores mediatos, instigadores o simples partícipes de los ejecutores de la decisión[95]. En la estructura empresarial son normalmente los órganos de gestión y finalmente los trabajadores los que ejecutan las decisiones de los directivos[96], pero estas circunstancias no tienen por qué fundamentar una responsabilidad penal de estos miembros de la empresa, en la medida que sus prestaciones se ajusten a sus obligaciones de seguimiento de las directrices. En estos casos, las consecuencias derivadas de la actuación de los subordinados deberán imputarse directamente a la esfera de organización de los directivos como coautores, concretamente: a los directivos que votaron a favor de la realización de un hecho delictivo[97]. A los miembros del órgano colegiado que no votaron a favor de la decisión podrá también alcanzarles responsabilidad penal por otras razones: un miembro del órgano colegiado que no participó en el acto de votación y luego muestra su conformidad informal podrá responder como cómplice moral en la medida que refuerza la decisión ya tomada[98], mientras que a los miembros que votaron en contra o se abstuvieron les corresponderá en cualquier caso un deber general de socorro si se cumplen los presupuestos legalmente establecidos[99]. Por el contrario, en caso de existir una situación riesgosa frente a la cual los miembros del órgano colegiado resultan competentes, no se necesita participar en un acuerdo de no impedir la realización del riesgo para responder penalmente, sino que el solo incumplimiento de contribuir a un deber de aseguramiento o salvamento configura su responsabilidad como autores[100].

---

95 Cfr., en este sentido, KNAUER. *Kollegialentscheidung*, p. 50; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS. *FS-Roxin*, p. 319.

96 En el caso que sean los propios directivos los que ejecuten la decisión, serán éstos penalmente responsables (RODRÍGUEZ MONTAÑÉS. *FS-Roxin*, p. 319), incluidos aquellos que no votaron a favor de la decisión (cfr., en este sentido, BOCK. *Produktkriminalität*, p. 83), salvo que se encuentren en una situación de desconocimiento de la relevancia penal del hecho que ejecutan.

97 En este sentido, RANSIEK. *Unternehmensstrafrecht*, p. 61.

98 Similarmente, JAKOBS. *FS-Miyazawa*, pp. 427 y ss.

99 En la medida que estos miembros no han infringido sus competencias por organización, no hay fundamentos para una responsabilidad penal por omisión impropia (en este sentido, WEISSER. *Kausalitäts- und Täterschaftsprobleme*, pp. 178 y ss.). Por el contrario, NEUDECKER. *Verantwortlichkeit*, pp. 248 y ss., afirma un deber de evitar la realización del acuerdo a pesar de haber votado en contra del mismo, aunque reconoce que se trata de una infracción más leve del deber.

100 En este sentido, JAKOBS. *FS-Miyazawa*, pp. 432 y s.; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS. *FS-Roxin*, p. 327. Similarmente, NEUDECKER. *Verantwortlichkeit*, pp. 193 y s.; KNAUER. *Kollegialentscheidung*, p. 202; PUPPE. *La imputación objetiva*, pp. 32 y ss. Restrictivos se muestran, por el contrario, DEUTSCHER y KÖRNER, en *wistra* 1996, pp. 332 y 333., al requerir los presupuestos de una coautoría, y SCHAAL. *Strafrechtliche Verantwortlichkeit*, pp. 161 y ss., en tanto considera que solamente podrá atribuirse responsabilidad en estos casos si el garante hubiese evitado el resultado con certeza o con una probabilidad rayana en la certeza mediante un comportamiento adecuado al deber, lo que significa que existan ya suficientes votos a favor de la acción de salvamento requerida.

Un tema problemático en la determinación de la responsabilidad penal por toma de decisiones colegiadas tiene lugar en el terreno de la imputación subjetiva. El supuesto perfecto sería la imputación dolosa a todos los miembros del órgano colegiado. No obstante, es bastante posible que a los participantes en la votación sólo pueda alcanzarles una actuación imprudente. Si todos actúan de manera imprudente, cabrá una imputación a todos a título de autores[101]. En caso que uno actúe dolosamente, se presentarán dos posibles supuestos: en caso que el autor doloso sea competente por el menor conocimiento de los otros miembros, se tratará de una autoría mediata; si el autor doloso no es competente por la situación de menor conocimiento de los otros miembros, concurrirá una autoría dolosa con una imprudente[102].

La delegación de facultades de dirección. Un tema muy discutido tiene lugar en la responsabilidad penal del directivo que delega facultades de decisión por los delitos cometidos por el delegado en el ejercicio de sus funciones. Si se reconoce, por un lado, que el delegante se libera de responsabilidad por el simple hecho de la delegación, se advierte que esto puede llevar a consolidar la llamada "irresponsabilidad organizada" en el ámbito de la empresa[103]. Pero, por otra parte, se afirma también que si la delegación no produce un descargo de competencias, no sólo perderá su sentido, sino que aumentará de una manera incontrolable las competencias de control de los directivos sobre sus dependientes[104]. En este contexto, la solución tiene que ir necesariamente por un camino intermedio, esto es, por negar una liberación de responsabilidad de los directivos delegantes, pero sin extender todas las competencias de organización al dominio del ámbito de organización del delegante.

En primer lugar, debe reconocerse que en determinados casos el delegante mantiene plenamente, a pesar de un acto de delegación, sus competencias de organización o tiene el deber de reasumirlas. En este sentido, mantiene las competencias de organización cuando ha elegido con conocimiento de causa un

---

101 Cfr. JAKOBS. *FS-Miyazawa*, pp. 433 y s. Defienden, incluso, la posibilidad de una coautoría en los delitos imprudentes, con diferentes matices, WEISSER. *Kausalitäts- und Täterschaftsprobleme*, pp. 146 y ss.; RANSIEK. *Unternehmensstrafrecht*, pp. 67 y ss.; OTTO. *Die Strafbarkeit*, 1993, p. 9; KNAUER. *Kollegialentscheidung*, pp. 181 y ss.; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS. *FS-Roxin*, p. 326; SCHAAL. *Strafrechtliche Verantwortlichkeit*, pp. 209 y ss., aunque reconoce un vacío en el caso de la inactividad de un miembro sin que forme parte de una decisión colegiada. En contra de la coautoría imprudente, BOCK. *Produktkriminalität*, p. 79; SCHÜNEMANN. *GS-Meurer*, pp. 43, 48. Un camino intermedio, RIEDO y CHVOJKA. *schwZStr*, 120 (2002), pp. 152 y ss., con la idea de comunidad en la imprudencia.

102 Similarmente, RANSIEK. *Unternehmensstrafrecht*, p. 72.

103 Cfr. NEUDECKER. *Verantwortlichkeit*, p. 144; HEINE. *Verantwortlichkeit*, p. 42.

104 Cfr., así, LASCURAÍN SÁNCHEZ. *Hacia un Derecho penal*, p. 222.

delegado incapaz de cumplir con las tareas encomendadas (deber de selección)[105] o no cumple con darle las instrucciones suficientes para que éste lleve a cabo de manera correcta sus funciones (deber de instrucción)[106]. Un deber de reasumir sus competencias de organización se presenta en caso que el delegado salga de la organización empresarial, se encuentre reconociblemente sobreexigido[107] o se muestre posteriormente incompetente para el desempeño de las funciones delegadas (deber de intervención)[108]. La situación cambia, sin embargo, respecto del incumplimiento de simples deberes de vigilancia sobre el delegado (deberes secundarios), pues con ello solamente se favorece la configuración delictiva de la propia esfera de organización del delegado[109]. En estos supuestos, podrá justificarse una responsabilidad penal del directivo delegante solamente en calidad de partícipe[110]. En el caso de un incumplimiento imprudente, sin embargo, la asunción del concepto unitario de autor llevaría a una responsabilidad a título de autor.

La responsabilidad por los hechos de sus dependientes. Ya hemos adelantado que las prestaciones de los dependientes de los directivos forman parte de la esfera de organización de éstos, por lo cual, aun cuando el delito sea realizado fácticamente por un dependiente, la autoría directa le corresponde al directivo[111]. En este sentido, debe señalarse que los hechos imputados no pertenecen realmente a sus dependientes, sino al propio directivo. No obstante, cabe la posibilidad de que el hecho realizado por el dependiente no se corresponda con la organización dispuesta por el directivo, de manera tal que no resulta posible hablar de aspectos que forman parte del ámbito de organización del directivo[112]. En estos casos, solamente podrá hablarse de una responsabilidad

---

105 Sobre el deber de selección, cfr., de manera más detallada, NEUDECKER. *Verantwortlichkeit*, pp. 145 y s.; FRISCH. en *Responsabilidad penal de las empresas*, pp. 107, 121; LASCURAÍN SÁNCHEZ. *Hacia un Derecho penal*, p. 221.

106 Cfr., sobre esto, NEUDECKER. *Verantwortlichkeit*, p. 146; FRISCH. *Responsabilidad penal de las empresas*, p. 121; LASCURAÍN SÁNCHEZ. Ob. cit., pp. 219 y s.

107 Cfr., en este sentido, NEUDECKER. *Verantwortlichkeit*, p. 144.

108 Cfr., así, ibíd., pp. 148 y s.

109 Afirma la responsabilidad del delegante en estos casos, pero sin precisar el grado de participación, FRISCH. *Responsabilidad penal de las empresas*, p. 121.

110 En este sentido, GARCÍA CAVERO. *Responsabilidad*, p. 105. Por su parte, LASCURAÍN SÁNCHEZ. Ob. cit., p. 223, reconoce este menor dominio del directivo delegante, pero por consideraciones criminológicas parece no aceptar una responsabilidad penal sólo por participación.

111 BOTTKE. *jus*, 2002, p. 322, admite solamente una autoría directa cuando el dependiente es utilizado como un objeto. Por su parte, JAKOBS, en *Modernas tendencias*, cit., pp. 634 y ss., es mucho más extensivo en tanto considera autoría directa disfrazada los casos de competencia primaria por el comportamiento no responsable de otro.

112 Cfr., en este sentido, FRISCH. *Responsabilidad penal de las empresas*, pp. 107 y s.

penal del directivo si éste no ha cumplido con deberes de control y vigilancia sobre sus dependientes[113] o ha configurado aspectos de la empresa de una manera tal que favorecen la realización de delitos por parte de sus dependientes[114]. En estos supuestos no es que el dependiente configure la esfera de organización del directivo, sino que ambos realizan una organización común delictiva. Si la aportación del directivo al hecho delictivo de su subordinado constituye, por el contrario, un acto neutral, su responsabilidad penal no podrá afirmarse de ninguna forma[115].

– LOS ÓRGANOS INTERNOS DE CONTROL

La importancia cada vez mayor de la empresa en la vida económica impone la necesidad de mecanismos de control sobre la misma. Estos mecanismos de control no se reducen a la creación de organismos fiscalizadores externos, sino que resulta también posible constituir órganos de control al interior de la empresa misma (por ejemplo, un consejo de vigilancia en una sociedad anónima). En tanto a estos órganos se les atribuyen competencias de control dentro de la empresa, una responsabilidad penal por un delito cometido desde la empresa podrá también alcanzar a sus miembros. Pero para poder determinar esta responsabilidad penal es necesario que precisemos el alcance de las mencionadas competencias de control.

Desde el punto de vista de la responsabilidad penal, puede partirse de la idea de que no se trata de un deber de control general sobre todo lo que sucede al interior de la empresa, sino que estos deberes se limitan fundamentalmente a un control sobre los actos de decisión más importantes de los directivos[116]. Los deberes de control autorizan a los órganos de vigilancia a impedir determinadas medidas de administración, pero no les permiten imponerlas[117], pues de lo contrario se iría en contra de la autonomía funcional de los órganos de dirección[118]. Esta separación de las competencias al interior de la empresa lleva a la conclusión

---

113 Sobre el deber de vigilancia sobre los trabajadores de niveles inferiores, SCHMID. "Einige Aspekte der Strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Gesellschaftsorganen", en *schwZStr*, 105 (1988), p. 178; FRISCH. Ob. cit., pp. 117 y ss.

114 Cfr., así, FRISCH. Ob. cit., p. 107 para el caso de aquellas acciones cuyo sentido último está dirigido única y exclusivamente al favorecimiento de acciones ajenas delictivas.

115 Cfr., en este sentido, FRISCH. Ob. cit., p. 106.

116 Cfr., en similar sentido, pero apoyados en la regulación jurídica alemana, RANSIEK. *Unternehmensstrafrecht*, p. 81; POSECK. *Die strafrechtliche Haftung der Mitglieder des Aufsichtsrats einer Aktiengesellschaft*, Baden-Baden, 1997, pp. 25 y ss.

117 Cfr., en este sentido, RANSIEK. *Unternehmensstrafrecht*, p. 81.

118 Cfr., en este sentido, POSECK. *Haftung*, p. 35.

de que resultan muy difíciles supuestos de codelincuencia entre los directivos y los miembros de un órgano de vigilancia[119]. Una coautoría solamente podría tener lugar si en los estatutos de la sociedad, por ejemplo, se establece la participación necesaria del órgano de vigilancia en determinadas actividades negociales de los directivos (un derecho de veto, por ejemplo)[120] o si se trata de una asunción fáctica de las competencias de administración[121]. Por lo demás, la infracción de las competencias de vigilancia de los miembros de un órgano de control solamente podrá configurar una responsabilidad penal como partícipe en un delito de los directivos[122] o un delito de omisión de denuncia en caso de tomar conocimiento de hechos delictivos cometidos desde la empresa[123]. Para la determinación de la responsabilidad en caso de decisiones colegiadas del órgano de control nos remitimos a lo dicho sobre esto respecto de los directivos.

– LOS ÓRGANOS DE GESTIÓN

No muy tratada en la doctrina se encuentra la responsabilidad penal de los miembros de los órganos de gestión o llamados mandos medios en teoría de la organización empresarial[124]. A estos miembros de la empresa les corresponden en sentido estricto funciones de ejecución, pero que se llevan a cabo en un nivel mediato y que, por ello, requieren de cierto grado de decisión dentro del marco establecido por los directivos. Por esta razón, pueden ser hechos penalmente responsables o liberados de tal responsabilidad, según las circunstancias, en la medida que resulte posible o no llegar a los directivos de la empresa. En principio, al cumplir los mandos medios una función de catalizador entre las decisiones y la ejecución de las mismas, no debería alcanzarles una responsabilidad penal, pues las decisiones vienen de arriba y quienes ejecutan son los de abajo. Sin embargo, en esa función de concreción de las decisiones en la empresa,

---

119 Niegan, en este sentido, RANSIEK. *Unternehmensstrafrecht*, p. 81; POSECK. *Haftung*, pp. 117 y ss., una posición de garantía de los miembros del consejo de vigilancia similar a los directivos por delitos cometidos desde la empresa. Por el contrario, TIEDEMANN. "Untreue bei Interessenkonflikten. Am Beispiel der Tätigkeit von Aufsichtsratsmitgliedern", en *FS-Tröndle* zum 70. Geburtstag, Berlin, 1989, p. 322, afirma una posición de garantía de los miembros del consejo de vigilancia frente a terceros.

120 Similarmente, RANSIEK. *Unternehmensstrafrecht*, pp. 82 y s.

121 Cfr., en este sentido, ibíd., p. 84.

122 En el mismo sentido, ibíd., p. 83; POSECK. *Haftung*, p. 142.

123 De otra opinión, TIEDEMAN. *FS-Tröndle*, p. 321; POSECK. *Haftung*, p. 58, desde la regulación legal alemana.

124 Hizo referencia a la necesidad de abarcar este sector de miembros de la empresa en la norma del actuar en lugar de otro, TIEDEMANN. *NJW*, 1986, p. 1843.

estos miembros pueden infringir también su rol de ciudadano y resultar, por tanto, penalmente responsables.

Como ya tuvimos oportunidad de referirlo al tratar la responsabilidad penal de los directivos en los casos de delegación de facultades, también a los delegados les alcanza una responsabilidad penal en caso de un abuso penalmente relevante de las facultades delegadas. Si en el ejercicio de sus facultades de decisión intermedias se configura la esfera de organización de la empresa de manera que resultan afectadas personas ajenas a la empresa, una responsabilidad penal de un mando medio se encontrará fundamentada con independencia del incumplimiento de funciones de vigilancia por parte de los directivos. La responsabilidad penal de los mandos medios de la empresa podría también tener lugar en caso de asumir tareas que le superan (imprudencia por emprendimiento) o por no informar a sus superiores problemas que le impiden cumplir adecuadamente con sus tareas[125].

– LOS TRABAJADORES

La responsabilidad penal de los trabajadores por delitos de dominio cometidos desde la empresa se presenta en principio incuestionable debido a que normalmente son éstos quienes ejecutan directamente la conducta típica. En este sentido, si se dan los presupuestos subjetivos necesarios (dolo o imprudencia) no tendría que haber ningún inconveniente para atribuirles responsabilidad penal por el hecho producido[126]. No obstante, en un sistema de imputación penal basado en roles, la comprobación de una evitabilidad fáctica del hecho no resulta suficiente para atribuir responsabilidad, sino que es necesario además que se trate de personas competentes por la organización del riesgo penalmente prohibido[127]. En el caso concreto de la organización empresarial, los trabajadores no tienen la competencia organizativa, pues ésta le corresponde a los superiores. En este sentido, aun cuando los trabajadores conozcan el efecto dañoso de su aportación, no responderán penalmente por lo que realizan, o sólo en

---

125 Cfr., sobre estos supuestos, NEUDECKER. *Verantwortlichkeit*, p. 155; LASCURÍAN SÁNCHEZ. *Hacia un Derecho penal*, p. 221.

126 Cfr., en este sentido, SCHALL. *Deutsche Wiedervereinigung*, t. III, p. 102, quien sólo admitiría una irresponsabilidad del trabajador en caso de una amenaza de despido, por ejemplo.

127 En este sentido, JAKOBS. "Representación del autor e imputación objetiva" (SUÁREZ GONZÁLEZ [trad.]), en *Estudios de Derecho penal*, Madrid, 1997, pp. 236 y s. De una opinión distinta, HOYER. *Verantwortlichkeit*, pp. 25 y ss., quien señala que la orden en las organizaciones privadas no es vinculante, de manera que si el trabajador conoce del hecho prohibido debe responder por el mismo; las órdenes de sus superiores no son plenamente confiables.

cualquier caso por la infracción de un deber general de socorro[128]. La única posibilidad de hacer responsables a los trabajadores por un delito cometido desde la empresa tendría lugar en caso de órdenes que no se ajustan en lo absoluto a la actividad empresarial y que llevan a la realización de una conducta antijurídica[129]. Si a los trabajadores de una empresa aceitera encargados de embotellar el aceite se les ordena incluir una sustancia claramente tóxica, entonces una responsabilidad penal de los trabajadores que realizan conscientemente esta aportación puede perfectamente argumentarse.

b. LOS DELITOS ESPECIALES DE DOMINIO COMETIDOS DESDE LA EMPRESA

En el caso de los delitos especiales, los criterios de imputación sufren una considerable restricción, en tanto la conducta prohibida no puede ser cometida como autor por cualquier miembro (competente) de la empresa, sino sólo por aquellos que se encuentren dentro del círculo de autores de la norma[130]. La calidad especial exigida por los delitos especiales puede recaer sobre la empresa o directamente sobre un miembro de la misma. En caso que sea la persona jurídica la que posea la calidad exigida por el tipo penal, una imputación penal directa a los miembros de la empresa daría lugar a una infracción del principio de legalidad. Para evitar precisamente este reproche se ha desarrollado el instituto del "actuar en lugar de otro". En caso que el círculo de autores del propio tipo penal de la parte especial incluya expresamente a miembros de la empresa, será necesario fundamentar además la imputación del hecho delictivo a estos miembros de la empresa.

– EL ACTUAR EN LUGAR DE OTRO EN LOS DELITOS DE DOMINIO

Para la doctrina penal actual, el instituto jurídico-penal del actuar en lugar de otro sirve para cubrir los vacíos de punibilidad que se presentan en los delitos

---

128 Cfr., así, JAKOBS. *Estudios*, p. 237 y s. Coincide con las conclusiones de JAKOBS, GRACIA MARTÍN. "La responsabilidad penal del directivo, órgano y representante de la empresa en el Derecho penal español", en *Hacia un Derecho penal*, p. 84, nota 7.

129 Así, RANSIEK. *Unternehmensstrafrecht*, p. 58, señala que la responsabilidad limitada a los competentes por la decisión en la empresa deja de ser determinante cuando la actividad empresarial resulta claramente delictiva, de manera que a partir de entonces toda aportación al hecho puede configurar una participación o una (co)autoría.

130 Cfr., así, GRACIA MARTÍN. *Hacia un Derecho penal*, p. 91.

especiales cometidos por representantes tanto de personas jurídicas como naturales[131]. Incluso algunos autores amplían su ámbito de aplicación a sujetos que actúan fácticamente en el lugar de otro, aun cuando no exista propiamente una relación de representación (legal o voluntaria)[132]. La razón histórica (político-criminal) del desarrollo de este instituto jurídico-penal es, sin embargo, un tanto más limitada. El actuar en lugar de otro fue una respuesta ante los vacíos de punibilidad que se presentaron por la irresponsabilidad penal de las personas jurídicas y, en este sentido, por la actuación de sus órganos y representantes[133]. El hecho de que a la imposibilidad de aplicar sanciones penales directamente a la persona jurídica se le uniera un respeto estricto del principio de legalidad en la administración de justicia penal llevó a ciertas situaciones de impunidad en los delitos especiales realizados por sus órganos o representantes[134]. En estos casos, los elementos del tipo no se verificaban plenamente en un único sujeto de imputación, sino que se repartían entre la persona jurídica y un miembro de la misma[135]: mientras que el estatus personal que fundamentaba el delito especial recaía en la persona jurídica, era su órgano o representante quien realizaba la conducta prohibida[136]. Sucedía que la persona jurídica no podía ser sancionada penalmente por carecer de capacidad delictiva, así como

---

131 Una afirmación que viene desde hace mucho en la doctrina penal alemana (cfr., por ejemplo, BRUNS. "Über die Organ- und Vertreterhaftung im Strafrecht", en *JZ*, 1954, p. 14; GALLAS. "Der dogmatische Teil des Alternativ-Entwurfs", en *ZStW*, 80 [1968], p. 21), y que es destacada permanentemente por GRACIA MARTÍN. *El actuar en lugar de otro en Derecho penal*, I, Zaragoza, 1985, pp. 20 y 26. Del mismo modo, en el derecho penal español, BACIGALUPO. "Responsabilidad de órganos directivos y representantes de una persona jurídica (el actuar en nombre de otro)", en *Comentarios a la legislación penal*, COBO DEL ROSAL (dir.), t. V, vol. 1, 1985, pp. 317, 324 y 325.; OCTAVIO DE TOLEDO. "El actuar en nombre de otro", en *ADPCP*, 1984, p. 28. En Perú, MEINI MENDEZ. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Lima, 1999, p. 96.

132 Cfr., por ejemplo, SCHUNEMANN. LK, 11. Aufl., § 14, n.° m. 12; GRACIA MARTÍN. *El actuar en lugar de otro*, I, p. 351. Cfr., para el caso de mandatarios que obran bajo propia responsabilidad, FRISCH. *Responsabilidad penal de las empresas*, p. 124.

133 Cfr., así, BRUNS. *JZ*, 1954, p. 12; LABSCH. "Die Strafbarkeit des GmbH-Geschäftsführers im Konkurs der GmbH", en *wistra*, 1985, p. 4; MARXEN. *NK*, § 14, n.° m. 6; ROXIN. *LK*, 10. Aufl., § 14, n.° m. 3; OCTAVIO DE TOLEDO. *ADPCP*, 1984, p. 24; GRACIA MARTÍN. *El actuar en lugar de otro*, I, pp. 3 y ss., 6, 168 y ss.; BAJO FERNÁNDEZ, PÉREZ MANZANO y SUÁREZ GONZÁLEZ. *Manual de Derecho penal*, PE, 2.ª ed., Madrid, 1993, p. 576; MIR PUIG. *Derecho penal*, I, 7/54; SILVA SÁNCHEZ. "El actuar en lugar de otro en el Código penal español", en GARCÍA CAVERO (coord.). *La responsabilidad penal*, p. 392.

134 Cfr. BRUNS. *JZ*, 1954, p. 13.

135 Esto es una descripción objetiva de la situación que se presentaba ante los tribunales, lo cual no implica que asumamos la tesis de la disociación –sobre ello cfr., por todos, GRACIA MARTÍN. *El actuar en lugar de otro*, I, pp. 69 y ss.–. No se trata de una responsabilidad por el hecho de otro, como se verá a continuación.

136 Cfr. BRUNS. *JZ*, 1954, p. 12.

tampoco sus órganos o representantes por no poseer el elemento especial de autoría exigido por el tipo penal correspondiente[137].

Esta situación de impunidad llevó a que el legislador en los distintos ordenamientos penales estableciera mecanismos para cubrir los mencionados vacíos de punibilidad, concretamente: cláusulas especiales que ampliaron el círculo de destinatarios de algunos tipos penales a los administradores de las sociedades[138]. Sin embargo, esta solución al problema de los vacíos de punibilidad en la responsabilidad penal de los órganos o representantes de personas jurídicas por delitos especiales presentó rápidamente sus defectos pues, si bien las dificultades se salvaban para algunos delitos, los vacíos de punibilidad se mantenían en aquellos a los que la cláusula de extensión no alcanzaba[139]. Frente a esta deficiente solución legislativa, la doctrina penal buscó fundamentar una salida satisfactoria al problema desde dos perspectivas: de *lege lata* mediante una interpretación de los tipos penales vigentes que permitiese incluir dentro del círculo de destinatarios de la norma de los delitos especiales también a los órganos y representantes[140], y de *lege ferenda* mediante la recomendación de la inclusión de normas particulares en los tipos penales de la parte especial o de una cláusula general que ampliasen la sanción penal también a los representantes[141]. En muchas de las legislaciones penales del sistema continental europeo se ha impuesto la solución de una cláusula general.

El actuar en lugar de otro ha pretendido justificarse dogmáticamente desde hace mucho en la doctrina penal alemana. Incluso antes de su regulación expresa por las leyes penales, se presentaron propuestas de interpretación para justificar la responsabilidad penal de los órganos de la persona jurídica por delitos especiales cometidos desde la misma. En este sentido estuvo precisa-

---

137 Cfr. WIESENER. *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Stellvertretern und Organen*, Frankfurt a. M., 1971, p. 18; WEBER. *ZStW*, 96 (1984), pp. 407 y s.

138 Cfr., en el mismo sentido, respecto del derecho español, GRACIA MARTÍN. *El actuar en lugar de otro*, I, p. 4.

139 Cfr., en este sentido, referido al derecho penal alemán, BRUNS. *JZ*, 1954, p. 13; BLAUTH. *"Handeln für einen anderen" nach geltendem und kommendem Strafrecht*, Heidelberg, 1968, p. 17; WEBER. *ZStW*, 96 (1984), p. 408.

140 Cfr., en este sentido, la propuesta de RIMMELSPRACHER. "Strafrechtliche Organ- Vertreter- und Verwalterhaftung, erörtert am Beispiel der Vollstreckungsvereitelung", en *JZ* 1967, pp. 475 y ss., respecto del delito de frustración de ejecución forzosa. Otra alternativa en este sentido es la que para los delitos de insolvencia en el derecho penal español propuso MUÑOZ CONDE. "La responsabilidad penal de los órganos de las personas jurídicas en el ámbito de las insolvencias punibles", *CPC*, 3 pp. 168 y ss., en el sentido de buscar algunos tipos comunes generales en los que pudiera subsumirse la conducta del representante.

141 Cfr., en este sentido, WEBER. *ZStW*, 96 (1984), pp. 408 y s.; MUÑOZ CONDE. *CPC*, 3, p. 172; OCTAVIO DE TOLEDO. *ADPCP*, 1984, p. 38.

mente dirigida la tesis de RIBKA, quien, partiendo del reconocimiento de una capacidad de acción jurídico-penal de las personas jurídicas, señaló que el órgano de la persona jurídica podía responder como un cómplice *extraneus* al tipo penal especial[142]. Por su parte, NAGLER fundamentó mediante una comprensión de la norma jurídico-penal como un imperativo[143] la necesidad de trasladar en el caso de los incapaces de actuar el cumplimiento de los deberes jurídicos a los sujetos que actúan por el incapaz, de manera que el deber de representación no se encuentre limitado al ámbito del negocio jurídico, sino que abarque también la observancia de los deberes jurídico-públicos en el ámbito del derecho penal[144]. Por último, cabe mencionar también la perspectiva fáctica de análisis defendida BRUNS y WIESENER, quienes sostuvieron que la vía correcta para cubrir los mencionados vacíos de punibilidad era una adecuada interpretación de los tipos penales de la parte especial, independiente de los conceptos jurídicos civiles y orientada al sentido fáctico-natural de los elementos del concreto tipo penal[145].

Pese a los argumentos esgrimidos por las propuestas de interpretación brevemente mencionadas, la legislación penal no las ha considerado suficientemente convincentes, de manera tal que ha optado por una regulación expresa del actuar en lugar de otro. En este sentido, la doctrina penal se esfuerza ahora por explicar el fundamento dogmático de tal cláusula de extensión de la punibilidad y establecer así sus límites. El punto de partida es la figura de los llamados delitos especiales, en tanto la regulación del "actuar en lugar de otro" se vincula expresamente a éstos[146]. Un sector de la doctrina penal considera a

---

142 Cfr., así, RIBKA. *Strafbares Handeln als Organ einer Körperschaft, Diss.*, München, 1950, pp. 40 y ss.

143 Cfr. NAGLER. *Die Teilnahme am Sonderverbrechen*, Leipzig, 1903, pp. 4 y ss. Cfr., también, el juicio al pensamiento de NAGLER de BLAUTH. *Handeln für einen anderen*, p. 31; SCHÜNEMANN. *LK*, 11. Aufl., § 14, n.° m. 3.

144 Cfr., en este sentido NAGLER. *LK*, II, 7. Aufl., p. 547. Cfr. igualmente la exposición crítica de BLAUTH. *Handeln für einen anderen*, p. 31.

145 BRUNS. *Könne die Organe juristischer Personen, die im Interesse ihrer Körperschaften Rechtsgüter Dritter verletzen, bestraft werden?*, Breslau, 1931, pp. 84 y ss., 110 y ss.; ID. *JZ*, 1954, p. 15; WIESENER. *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit*, pp. 25 y ss.

146 Cfr., en este sentido, BRUNS. "Grundprobleme der strafrechtlichen Organ- und Vertretenhafttung (§ 14 StGB, § 9 OWiG)", en *GA*, 1982, pp. 14 y s.; BLAUTH. *Handeln für einen anderen*, p. 59; BACIGALUPO. *Comentarios*, en COBO DEL ROSAL (dir.), p. 315; JAKOBS. *Strafrecht*, AT, Apdo. 21, n.° m. 10; BAUMANN, WEBER y MITSCH. *Strafrecht* AT, 10. Aufl., Bielefeld, 1995, § 29, n.° m. 19; GRACIA MARTÍN. *El actuar en lugar de otro I*, p. 88; MARXEN. *NK*, § 14, n.° m. 2; MIR PUIG. Parte general, 4.ª ed., Barcelona, 1996, L 7/67; RODRÍGUEZ MOURULLO. *Comentarios al Código penal*, RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.), Madrid, 1997, p. 176; SILVA SÁNCHEZ. *La responsabilidad penal*, p. 392; SCHÜNEMANN. "Handeln für einen anderen", en *Handwörterbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts*, KREKELER, TIEDEMANN, ULSENHEIDER y WEINMANN (eds.), p. 1; MEINI MÉNDEZ. "El 'actuar en lugar de otro' en el Derecho penal peruano. Análisis del art. 27 del Código penal", *Revista jurídica del Perú*, 28 de noviembre de 2001, p. 129.

tales delitos como delitos de infracción de un deber y determina, a partir de esta comprensión, el fundamento dogmático del actuar en lugar de otro. Así, por ejemplo, considera BLAUTH que el actuar en lugar de otro permite una sanción a los representantes legales no por el incumplimiento del deber de su representado, sino de un "deber secundario" derivado de la relación de representación y que consiste en cumplir frente a terceros los deberes de su representado[147]. Por su parte, ROXIN señala que el actuar en lugar de otro responde a un uso extendido en el tráfico económico en donde muchos asumen los deberes de otros (*Ersatzvertretung*) y, por ello, deben responder también penalmente en caso de incumplimiento[148]. Frente a esta comprensión de los delitos especiales en relación con el actuar en lugar de otro se oponen aquellos que consideran que los delitos especiales constituyen también delitos de dominio. Tanto SCHÜNEMANN[149] como GRACIA MARTÍN[150], ciertamente con propias particularidades, afirman que en los casos del actuar en lugar de otro se sanciona a un garante no por poseer el estatus al que normalmente se le atribuye el dominio requerido, sino por un acto de asunción del dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico[151] o del dominio social[152]. Lo central se encontrará, según estos autores, en determinar si el órgano o representante de la persona jurídica posee el dominio exigido por el tipo penal respectivo.

Por nuestra parte, consideramos que para determinar el fundamento dogmático del actuar en lugar de otro resulta necesario diferenciar al interior de los delitos especiales los delitos de dominio (delitos especiales en sentido amplio) y los delitos de infracción de un deber (delitos especiales en sentido estricto)[153]. En el caso de delitos de dominio, de los cuales nos ocupamos ahora, la idea fundamental en la regulación del instituto del actuar en lugar de otro se encuentra en la asunción de la posición especial del destinatario formal de la norma[154]. En principio, cualquier persona puede entrar a dominar normati-

---

147 Cfr., así, BLAUTH. *Handeln für einen anderen*, p. 81. En el mismo sentido, la interpretación de GRACIA MARTÍN. *El actuar en lugar de otro*, I, p. 297.

148 ROXIN. *LK*, 10.ª ed., § 14, n.º m. 9.

149 Cfr., SCHÜNEMANN. *Unternehmenskriminalität*, p. 93; ID. *LK* § 14, n.º m. 11 y ss.

150 Cfr., GRACIA MARTÍN. *El actuar en lugar de otro*, I, p. 344.

151 SCHÜNEMANN. *Unternehmenskriminalität*, p. 138. Similarmente, BOTTKE. *Deutsche Wiedervereinigung*, t. III, p. 89.

152 GRACIA MARTÍN. *El actuar en lugar de otro*, I, pp. 361 y ss. Se adhieren a tal criterio BAJO FERNÁNDEZ, PÉREZ MANZANO y SUÁREZ GONZÁLEZ. *Manual de Derecho penal*, PE, p. 577.

153 Cfr., en este sentido, GARCÍA CAVERO. "La discusión doctrinal en torno al fundamento dogmático del actuar en lugar de otro", en *RDPC*, 9 (2002), pp. 133 y ss.

154 Cfr., esto en SCHÜNEMANN. *LK* § 14, n.º m. 12; BRUNS. *GA*, 1982, p. 20; BOTTKE. *Deutsche Wiedervereinigung*, t. III, p. 89; JAKOBS. *Strafrecht*, Apdo 21, n.º m. 11; GRACIA MARTÍN. *El actuar en*

vamente aspectos de la esfera de organización de un *intraneus* al tipo y, en este sentido, responder penalmente. Para ello no es necesario que exista una relación de representación entre el *intraneus* y el *extraneus*, sino solamente el dominio normativo por parte del *extraneus* del ámbito de organización del *intraneus* del que sale el riesgo que lesiona o pone en peligro la esfera de organización de terceros[155]. Como veremos más adelante, la situación cambia en el caso de los delitos de infracción de un deber.

– LOS DELITOS ESPECIALES DE DOMINIO DIRIGIDOS A LOS MIEMBROS DE LA EMPRESA

Los delitos especiales que tienen relevancia en las actuaciones de los miembros de la empresa no se aplican únicamente en conexión con la norma que regula el "actuar en lugar de otro"[156]. Existe un grupo de delitos especiales en los que es el propio tipo penal el que exige la calidad de miembro de la empresa como sujeto activo del delito: sólo las personas que poseen tal estatus en la empresa pueden ser hechas responsables a título de autor[157]. En caso que alguno de estos miembros de la empresa cometa uno de estos delitos especiales, responderá como autor sin necesidad de recurrir al artículo del actuar en lugar de otro[158].

La finalidad político-criminal de estos delitos parece ser la atribución de la responsabilidad penal por delitos cometidos desde la empresa a los miembros de administración de la persona jurídica. Pero para ello es necesario que exista también una asunción por parte de estos miembros del respectivo ámbito de organización de la empresa. Por esta razón, una responsabilidad penal de los mismos no será posible si no puede atribuirse a los órganos de la empresa competencias de organización sobre el ámbito de actuación de la empresa. Precisamente para evitar estos vacíos se han desarrollado en la doctrina penal los siguientes criterios adicionales de imputación.

---

lugar de otro I, pp. 394 y ss. También ROXIN. *LK*, 10.ª ed., § 14, n.º m. 9, pues a pesar de circunscribir el actuar en lugar de otro sólo a los casos de delitos de infracción de un deber habla también, en estos casos, de la asunción de un deber de garantía.

155 Cfr., en este sentido, GARCÍA CAVERO. *RDPC*, 2002, p. 136.

156 Cfr., así, LENCKNER y PERRON. *StGB*, en SCHÖNCKE y SCHRÖDER, 26.ª ed., München, 2001, § 14, n.º m. 4.

157 Este es el caso, por ejemplo, de los delitos de administración en sentido estricto; cfr., sobre esto, KOHLMANN. *Die Verantwortlichkeit*, p. 1; GARCÍA CAVERO. *Responsabilidad*, pp. 211 y ss.

158 Cfr., en este sentido, KOHLMANN. *Die Verantwortlichkeit*, p. 1; HILDESHEIM. "Die strafrechtliche Verantwortung des faktischen Mitgeschäftsführers in der Rechtsprechung des BGH", en *wistra*, 1993, p. 167; GÓMEZ BENÍTEZ. "Administrador de hecho y de derecho en el nuevo Código penal", en *El nuevo Código penal. Delitos societarios e insolvencias punibles*, Madrid, 1996, p. 145.

La responsabilidad penal del delegante. Para evitar los problemas de imputación de responsabilidad derivados de la dificultad de demostrar el dominio del miembro de la empresa que reúne el elemento especial de autoría sobre el hecho delictivo, la doctrina penal recurre a la figura de la delegación entre el directivo y el ejecutor directo del hecho delictivo. Como ya tuvimos oportunidad de precisar, la delegación de facultades en el ámbito de la empresa no trae consigo una liberación absoluta del delegante, sino que mantiene todavía ciertas competencias de selección, instrucción, intervención y vigilancia. No obstante, cabe recordar que también señalamos que el delegante podía liberarse de las competencias primarias y reducir su responsabilidad, en caso de cometerse un delito, a una simple participación por la infracción de deberes de vigilancia. Sin embargo, un sector de la doctrina penal señala que en caso de delitos especiales que se dirigen directamente a un miembro de la empresa (administrador, por ejemplo) una delegación no puede liberar o reducir las competencias del delegante[159]. Esto quiere decir que las competencias por organización se mantienen, pese a la delegación, en el delegante, de manera que lo realizado por el delegado se imputa directamente al ámbito de organización del delegante. La responsabilidad penal como autor del miembro de la empresa que reúne el elemento especial de autoría no se fundamentará en una competencia directa de dominio sobre el hecho, sino en su competencia por la organización de sus subordinados. El delegado podrá responder solamente como partícipe, en tanto no reúne el elemento especial de autoría. Una coautoría podrá tener lugar solamente si se permite en la legislación penal respectiva un actuar en lugar de otro entre particulares.

La responsabilidad penal de los órganos fácticos. La doctrina penal ha intentado fundamentar también, en caso de que no sea posible acreditar en los miembros formales de la empresa el dominio suficiente para atribuirles responsabilidad, la responsabilidad penal de aquél que fácticamente ha ejercido el dominio correspondiente. Para ello, recurre a una interpretación fáctica dentro del tenor del tipo penal respectivo[160], aunque debemos precisar que este proceder interpretativo no resulta suficiente. Para poder afirmar en estos casos una asunción de las competencias organizativas de la empresa, que en principio le corresponderían al miembro formal, no basta que un sujeto lleve a cabo fácticamente funciones de un miembro formal, sino que tal miembro fáctico debe encontrarse en la misma posición social del miembro formal[161]. Solamente en caso que el miembro fáctico

---

159 Cfr., así NEUDECKER. *Verantwortlichkeit*, pp. 40, 143.

160 Cfr., en este sentido, LENCKNER y PERRON. *StGB*, en SCHÖNCKE y SCHRÖDER, § 14, n.° m. 4.

161 Sobre el dominio social, cfr. GRACIA MARTÍN. *El actuar en lugar de otro*, I, pp. 354 y ss.; BAJO FERNÁNDEZ.

de la empresa tenga la capacidad de poder desempeñarse como un miembro formal, podrá admitirse una identidad normativa y, por tanto, una responsabilidad penal.

B. LOS DELITOS DE INFRACCIÓN DE UN DEBER COMETIDOS DESDE LA EMPRESA

La responsabilidad penal de los miembros de la empresa por delitos cometidos desde la misma no acaba, sin embargo, con los delitos de dominio. También se presentan situaciones de responsabilidad por competencias institucionales que, en un principio, corresponden a la empresa, en tanto poseedora de un rol especial, pero que por su irresponsabilidad penal se trasladan a sus representantes mediante la norma del "actuar en lugar de otro" o directamente a un miembro de dirección de la persona jurídica mediante concretos tipos penales de la parte especial. Sobre las cuestiones generales de estas posibilidades de imputación a los miembros de la empresa ya me he pronunciado, de manera que aquí me limitaré a las cuestiones particulares de los delitos de infracción de un deber.

1. EL ACTUAR EN LUGAR DE OTRO EN LOS DELITOS DE INFRACCIÓN DE UN DEBER

Como lo hemos precisado, en los delitos de infracción de un deber la atribución de responsabilidad en el actuar en lugar de otro no se fundamenta, como en los delitos de dominio, en el dominio normativo sobre una esfera de organización ajena[162]. El fundamento dogmático se encuentra, más bien, en la traslación al *extraneus* de deberes positivos institucionales del *intraneus*, lo cual sucede normalmente mediante una relación de representación[163]. El representante resulta competente por el cumplimiento de deberes positivos derivados de una relación institucional que afecta, en principio, a su representado (la persona jurídica). En los delitos de infracción de un deber una asunción fáctica incluso hacia fuera de las competencias institucionales de la persona jurídica no puede justificar la responsabilidad penal del que asume de hecho estos aspectos[164].

"Los delitos societarios en el nuevo Código penal español de 1995", en *La actividad empresarial bajo la perspectiva del nuevo Código penal*, Oviedo, 1997, p. 262; ID., PÉREZ MANZANO y SUÁREZ GONZÁLEZ. *Manual de Derecho penal*, PE, p. 577; GARCÍA CAVERO. *Responsabilidad*, pp. 174 y ss.

162 Cfr., JAKOBS. *Modernas tendencias*, pp. 640 y ss.

163 Cfr., en este sentido, GARCÍA CAVERO. *RDPC*, 9 (2002), pp. 137 y ss.

164 Cfr., sobre la excepcionalidad de la asunción en los delitos de infracción de un deber (institucionales), GARCÍA CAVERO. *Responsabilidad*, pp. 178 y ss.

Solamente un representante de derecho podrá responder por deberes institucionales de su representado.

La imputación del hecho al representante en los delitos de infracción de un deber cobra una especial configuración. No se trata de demostrar una competencia por el dominio de la esfera de organización del representado, sino de la transferencia de deberes institucionales que surgen de la posición especial del representado, siempre y cuando esta transferencia del deber resulte posible mediante la relación de representación. El representante habrá realizado el tipo penal correspondiente por el incumplimiento de un deber institucional transferido por el representado, siendo aquí también irrelevante si este incumplimiento tiene lugar mediante una acción o una omisión[165]. Hay que precisar que en estos casos no se transfiere el rol especial, sino determinados deberes institucionales de los que debe ocuparse el representante en su posición como tal[166]. La posibilidad de una responsabilidad penal también del representado solamente tiene cabida en las legislaciones que admiten el actuar en lugar de personas naturales.

2. LOS DELITOS DE INFRACCIÓN DE UN DEBER DIRIGIDOS A LOS MIEMBROS DE LA EMPRESA

Otra posible configuración de la responsabilidad penal de los miembros de la empresa por delitos de infracción de un deber cometidos desde la empresa tiene lugar a través de delitos especiales dirigidos directamente a determinados miembros de la empresa. En estos casos no resulta posible una delegación y mucho menos una asunción fáctica de las competencias[167]. Los miembros de la empresa expresamente mencionados en el tipo penal responden penalmente por el incumplimiento del deber, aun cuando en la realidad hayan delegado este deber o dejado en manos de otra persona. Solamente si el obligado institucional ha hecho decaer su competencia institucional mediante el procedimiento formal establecido para ello (una renuncia presentada ante el directorio, por ejemplo) una responsabilidad penal no le alcanzará.

---

165 Sobre esta irrelevancia también en los delitos de infracción de un deber (delitos institucionales), cfr. JAKOBS. "La competencia por organización en el delito omisivo" (PEÑARANDA RAMOS [trad.]), en *Estudios*, pp. 362 y s.

166 Cfr., en este sentido, GARCÍA CAVERO. *Responsabilidad*, p. 171; MAZUELOS COELLO. *La responsabilidad penal*, p. 492.

167 Cfr., GARCÍA CAVERO. *Responsabilidad*, p. 172.

a. LOS DELITOS COMETIDOS DENTRO DE LA EMPRESA

La empresa es así mismo una organización dentro de la cual también pueden producirse conductas disfuncionales que vulneren la vigencia de normas jurídico-penales. En estos casos, los perjudicados por aquellas conductas son el propio sistema empresarial o miembros individuales que operan en la estructura de la empresa en cuanto tales –por ejemplo: socios minoritarios, trabajadores, etc.[168]–. Aquí el legislador penal recurre normalmente, en la tipificación del injusto penal, a la calidad del órgano de la empresa como autor del hecho desvalorado, convirtiendo el tipo penal en un delito especial y, por tanto, limitando el ámbito de la autoría a determinados órganos de la empresa[169]. En estos delitos ya no se hace responsable a los miembros de la empresa por aspectos de la esfera de organización de la empresa misma, sino que responden por aspectos referidos a su propia esfera de organización y, concretamente, a sus competencias al interior de la empresa[170]. En tanto los miembros de la empresa tienen una esfera de organización propia, tendrán que observar en su desarrollo personal el mandato general de no afectar a terceras personas y las competencias institucionales que le puedan corresponder por su función dentro de la empresa.

C. DELITOS DE DOMINIO COMETIDOS DENTRO DE LA EMPRESA

En este grupo de delitos resulta también conveniente determinar primeramente si se trata de un delito común o un delito especial.

1. LOS DELITOS COMUNES DE DOMINIO COMETIDOS DENTRO DE LA EMPRESA

En los delitos de dominio cometidos dentro de la empresa, el tipo penal no establece un círculo reducido de destinatarios de la norma, sino que el delito puede ser cometido, en principio, por cualquier ciudadano[171]. Un delito co-

---

168 Cfr., así, SCHÜNEMANN. "Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y política criminal acerca de la criminalidad de empresa", en *IDPCP*, 1988, pp. 529 y 530; DE FARIA. "La responsabilidad jurídico-penal de la empresa y de sus órganos (o una reflexión sobre la alteridad en las personas colectivas a la luz del Derecho penal", en SILVA SÁNCHEZ (dir.). *Fundamentos de un sistema europeo de Derecho penal*, Barcelona, 1995, pp. 429 y s.

169 Cfr., en este sentido, referido concretamente al administrador, GARCÍA CAVERO. *RPDJP*, I (2000), p. 529.

170 Cfr., sobre esto con mayor detalle, GARCÍA CAVERO. *Responsabilidad*, pp. 88 y ss.

171 Cfr., en este sentido, SCHALL. *Deutsche Wiedervereinigung*, t. III, p. 102.

mún de dominio producido dentro de la empresa sería, por ejemplo, las lesiones que el administrador inflige a algún subordinado, sea directamente o por una mala o arriesgada organización de las actividades dentro del centro empresarial. En este caso, el tipo penal de lesiones no está dirigido expresamente a los miembros de la empresa, sino a cualquier ciudadano que pueda crear un riesgo prohibido para la integridad corporal de otra persona. Para imputar responsabilidad solamente será necesario verificar que el miembro de la empresa resultaba competente por el dominio del riesgo[172].

La estructura organizativa de la empresa sirve en estos delitos de dominio para determinar solamente el ámbito de responsabilidad de cada miembro de la empresa, pero no condiciona la competencia por el dominio. En este sentido, un directivo y un trabajador se encuentran en una misma posición dentro de la empresa: cada uno tiene una esfera de organización que debe configurar sin afectar a la de otros miembros de la empresa. La determinación de cuándo se ha producido una infracción de las competencias por organización constituye una tarea de la teoría de la imputación en general y que se encuentra en estrecha relación con el tipo penal específico de la parte especial.

2. LOS DELITOS ESPECIALES DE DOMINIO COMETIDOS DENTRO DE LA EMPRESA

Puede suceder, por otra parte, que el mandato general de no dañar a los demás se particularice en el ámbito de las relaciones entre los órganos de la empresa, de manera que el tipo penal exija, para poder ser autor del delito correspondiente, tener la calidad de miembro de la empresa[173]. Así están configurados, por ejemplo, los delitos cometidos por los administradores contra los derechos de los socios[174]. En estos tipos penales, el mandato general se dirige a los directivos de la empresa con el fin de impedir que la configuración de su esfera de organización afecte a los accionistas, socios o asociados. El criterio de imputación no está determinado por una vinculación institucional, sino por el dominio del riesgo en el ámbito concreto de la administración de la empresa. Además de determinarse la imputación del hecho al miembro de la empresa conforme a

---

172 Cfr. García Cavero. *RPDJP*, 1 (2000), p. 530.

173 Cfr., en concreto para la responsabilidad penal del administrador, García Cavero. *RPDJP*, 1 (2000), pp. 530 y s.

174 Cfr., en este sentido, respecto del delito de negación o impedimento del ejercicio de los derechos del socio del derecho penal español (art. 293 C. P.), García Cavero. *Responsabilidad*, pp. 233 y ss.

los criterios generales, el autor debe reunir el elemento especial de autoría exigido por el tipo penal respectivo. Una responsabilidad penal de los miembros fácticos de la empresa con dominio social puede tener lugar perfectamente conforme a los criterios señalados en los delitos especiales de dominio cometidos desde la empresa.

D. DELITOS DE INFRACCIÓN DE UN DEBER COMETIDOS DENTRO DE LA EMPRESA

Dentro de los delitos cometidos dentro de la empresa pueden encontrarse también tipos penales que configuran delitos de infracción de un deber. En estos casos, tiene lugar una competencia institucional que se atribuye al miembro de la empresa por el hecho de ser tal y no deberes institucionales de la empresa que se trasladan a éstos[175]. Instituciones sociales como la confianza especial (administración de patrimonio) y los fines estatales (protección de los trabajadores) pueden ofrecer la base material necesaria para la configuración en este ámbito de delitos de infracción de un deber.

CONCLUSIÓN

La exposición realizada en esta contribución ha puesto de manifiesto que la determinación de la responsabilidad penal en el seno de la empresa con base en una teoría de la imputación asentada en roles se muestra muy provechosa para el derecho penal económico. Por ello puede decirse, con un convencimiento seguramente mayor que en la delincuencia "tradicional", que la propuesta dogmática de JAKOBS tiene una capacidad resolutiva inigualable frente a los problemas de imputación que originan la compleja estructura empresarial y el dinamismo de la economía moderna. Si bien se puede replicar que esta nueva perspectiva trae consigo, a su vez, nuevos problemas dogmáticos, considero que el motor de la evolución consiste precisamente en la solución de los viejos problemas con el costo de crear nuevos problemas.

---

175 Cfr. GARCÍA CAVERO. *RPDJP*, I (2000), p. 531.

GUILLERMO ORCE*

Responsabilidad penal de las personas jurídicas

"Abandono la opinión allí expresada acerca de que las personas jurídicas serían capaces de acción y de culpabilidad respecto de los delitos penales"[1], escribió recientemente el profesor JAKOBS, haciendo referencia a la opinión acerca de la punibilidad de las personas jurídicas que había mantenido en su *Tratado*[2]. Como modesto homenaje al profesor de Bonn quisiera, en lo que se refiere a este tema, tomar partido por el antiguo JAKOBS, el del *Tratado*. Sé que con ello estoy, en la modestísima medida en que yo puedo hacerlo, homenajeando también –el cambio operado en su conciencia respecto del tema no quiebra su identidad, como se verá más adelante– al JAKOBS actual.

En las dos secciones que siguen intentaré demostrar por qué los reparos con los que JAKOBS mantiene la imposibilidad de aplicar penas a las personas jurídicas son cuestionables, y que es posible fundamentar la responsabilidad penal genuina[3] de las personas jurídicas. Responsabilidad penal genuina de las personas jurídicas significa dos cosas estrechamente relacionadas. En primer término, que las personas jurídicas son capaces de tener culpabilidad propia, no vicaria ni derivada de la culpabilidad de sus órganos por alguna regla de imputación. Esto implica que las personas jurídicas son capaces de manifestar infidelidad –reprochable– al derecho. Por otro lado responsabilidad penal genuina significa que la sanción que puede aplicársele a la persona jurídica puede tener estricto carácter penal, es decir, tener el mismo contenido expresivo de afirmar la vigencia del derecho que tiene la pena a las personas físicas.

I

Analizaré, en primer término, el segundo razonamiento reciente de JAKOBS para cuestionar la posibilidad de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Básicamente consiste en dos argumentos que, en primer lugar, relataré muy brevemente y que luego iré analizando con mayor detenimiento. En su versión breve, el primer argumento dice: para que exista una responsabilidad penal sería necesaria una conciencia que comunique una toma de postura frente a la norma; la autoconciencia sería una imputación no problemática en las personas

---

* Universidad de Buenos Aires.

1 JAKOBS. "Strafbarkeit juristischer Person?", en *Festschrift für Klaus Lüderssen*, Baden-Baden, 2002, pp. 559 y ss., 560 nota 7.

2 Se refiere al conciso y eficaz tratamiento que había recibido la cuestión en su *Tratado*: *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2.ª ed., 1991, apartados 6/44 y ss.

3 Este nombre es utilizado por LAUFER. "Corporate bodies and guilty minds", en 43 *EMORYLJ* pp. 647 y ss., 664.

naturales, pero JAKOBS la considera dificultosa para las personas jurídicas. JAKOBS explora la posibilidad de considerar que la persona jurídica estuviera dotada de conciencia a través de su "producción" por parte del órgano de la persona jurídica[4]. De esta manera, JAKOBS, sin mencionarlo expresamente, parecería acercarse a la denominada teoría del *alter ego* de la responsabilidad penal de las personas jurídicas[5].

Esta posible solución para dotar de una conciencia a la persona jurídica, sin embargo, no lo convence. Sus objeciones a esta idea (idea que de todas formas es ciertamente ineficaz para fundar la culpabilidad de las personas jurídicas) comparten la base errada de otros razonamientos cuestionables por los cuales JAKOBS considera dudosa la posibilidad de la responsabilidad penal de la persona jurídica. El lector deberá esperar hasta la sección II para comprender la crítica al pensamiento de JAKOBS que consiste en que, si se desea imputar un delito a la persona jurídica, debería descontársele esta responsabilidad al órgano. Aquí, de manera similar, en el rechazo de esta forma de transferencia de la conciencia, JAKOBS reproduce esa idea: si el órgano funciona como el *alter ego* de la persona jurídica, prestándole su conciencia, debe, él mismo, "despersonalizarse", disolverse; en términos de JAKOBS, "el órgano, que se considera a sí mismo de este modo como la persona jurídica, no podría simultáneamente considerarse como la persona por sí independiente que desempeña la posición de órgano. La persona natural debería por lo tanto disolverse"[6]. La consecuencia que parece deducirse de esta argumentación es la siguiente: si la única alternativa para que proceda la responsabilidad penal de las personas jurídicas consiste en que el órgano "produzca" la autoconciencia de la persona jurídica, debería aceptarse, sin cuestionamientos, que la autoconciencia es un elemento indispensable para la imputación penal[7], aunque más no fuera que la autoconciencia, en el caso de las personas jurídicas, fuera prestada por el órgano. Esto se tratará con algún detalle en esta sección, demostrándose que hay otras formas de autoorganización que pueden cumplir el rol de la conciencia para las personas

---

4 JAKOBS. "Strafbarkeit juristischer Person?", cit., p. 568.

5 Esta teoría es una corrección o una evolución respecto de la teoría de la responsabilidad vicaria: la diferencia fundamental consiste en que no es el acto de cualquier agente de la empresa lo que puede ser considerado como perteneciente a la persona jurídica, sino sólo el de ciertas personas que se "identifican" con ella. Cfr. LEDERMAN. "Models for imposing corporate criminal liability: from adaptation and imitation toward aggregation and the search for self-identity", en *4 BFCRIMLR*, pp. 641 y ss., 655; WELLS. *Corporations and criminal responsibility*, Oxford, 2002 pp. 93 y ss.; BRICKEY. "Rethinking corporate liability under the model penal code", en 19 *RULJ*, pp. 593 y ss., especialmente 597 y ss.

6 JAKOBS. "Strafbarkeit juristischer Personen?", cit., p. 568.

7 Cfr. las citas de la nota 26.

jurídicas, y que no es necesario recurrir a una teoría del alter *ego* para fundar su responsabilidad penal.

El segundo argumento reza: es necesaria una identidad entre la persona que realizó el hecho y la persona que es condenada o que cumple la condena; como en todo caso, si se aceptara la responsabilidad penal de las personas jurídicas, ésta sólo procedería por una regla de imputación que atribuyera a la persona jurídica lo que en realidad realizó el órgano[8], y como el órgano puede no ser ya el mismo, a la hora del juicio, que aquel que cometió el delito, entonces no es posible penar a las personas jurídicas, porque no se estaría penando a quien realmente es culpable (falta de identidad entre el autor del delito y quien recibe la condena).

A. AMBOS ARGUMENTOS SON MUY CRITICABLES

Veamos con alguna atención el primer argumento. JAKOBS afirma:

> Culpabilidad es infidelidad a la norma imputable [...] No se trata meramente de una desviación respecto de una norma [...] sino de una toma de postura acerca de la norma, es decir de un acto con significado comunicativo [...] Sólo una persona, a la que le es atribuida una autoconciencia comunicativamente competente, puede comportarse culpablemente, según el entendimiento moderno –pero no inmutable–; por ejemplo, no un niño y mucho menos, por su carencia de cualquier tipo de personalidad, un animal[9].

Una lectura rápida del párrafo podría llevar a pensar que JAKOBS reconoce que existe un elemento de la naturaleza que se llama "conciencia", y que esta conciencia comunica. Sin embargo, esto no es así. Es evidente que la conciencia no comunica[10], sino que, más bien, ciertos procesos sociales componen comunicaciones acerca de la conciencia, que pueden consistir en atribuirle a una determinada "conciencia" un contenido o incluso pueden atribuir competencia o responsabilidad sin necesidad de que esa conciencia tenga un contenido determinado[11]. El párrafo citado, leído con alguna mayor profundidad, es claro: según el entendimiento moderno, los niños y los animales no pueden poner en peligro la vigencia de la norma, pero esto ocurre tan sólo en determinadas sociedades en determinados momentos. La edad de imputabilidad varía actual-

---

8 Es decir una suerte de teoría del *alter ego*, como la descripta en la nota 5.

9 JAKOBS. "Strafbarkeit juristischer Personen?", cit., p. 568.

10 LUHMANN. "Was ist Kommunikation?", en *Soziologische Aufklärung 6. Die Soziologie und der Mensch*, Opladen, 1995, pp. 113 y ss., especialmente 122.

11 Por ejemplo, en el caso de la imprudencia inconsciente. Más adelante se volverá sobre ello.

mente de una sociedad a otra, y la historia registra procesos y condenas a animales[12]. Es decir, qué cosas son una comunicación acerca de la validez de la norma es una construcción en parte social y en parte jurídica[13]; no se trata de un análisis del contenido real de una conciencia, ni siquiera de la constatación de la existencia de una conciencia, sino de una imputación. La conciencia en sí es inobservable para el sistema jurídico, que sólo puede operar con sus propias estructuras pero no ingresar en la subjetividad[14]. La expresión de un sentido contrario a la norma no depende de la manifestación exterior de los contenidos mentales de un supuesto emisor, sino que es una reconstrucción, un proceso de atribución.

Más allá de estas disquisiciones teóricas, la propia teoría de JAKOBS sobre la pena tiene que demostrar que las comunicaciones acerca de la validez de la norma no dependen de una o más conciencias. En efecto, si la pena es la constatación del mantenimiento de la identidad de la sociedad tal como era sin el hecho delictivo que la puso en duda, es decir como señalamiento de que el delito fue una comunicación incorrecta[15], y, por lo tanto, si la pena es ya la obtención de la meta de la constatación de la realidad invariada de la sociedad[16], la pena evidentemente no es un mensaje emanado de la conciencia del juez, sino una comunicación producida en el sistema jurídico que no depende del contenido subjetivo de la persona que realiza el acto estatal de emitir una sentencia. Por ejemplo, el juez debe seguir un programa determinado para que la comunicación que supone la aplicación de una pena rece efectivamente "se ha reafirmado la vigencia de la norma ante la derogación de la misma llevada a cabo por el ciudadano X". El contenido subjetivo de la conciencia del juez no puede por sí sólo determinar el contenido de la comunicación, sino que las reglas para llegar a una aplicación de la pena y la interpretación social de éstas configuran, entre otros elementos, el contenido de la comunicación.

---

12 Cfr. por todos RÜPING. *Grundriß der Strafrechtsgeschichte*, München, 1981, p. 3.

13 Sobre el alcance de ambos aspectos, cfr. TEUBNER. "Enterprise corporatism: new industrial policy and the "essence" of the legal person", en *The American Journal of Comparative Law*, vol. 36, 1988, pp. 130 y ss., 142 y ss.

14 LUHMANN. "Wie ist Bewußtsein an Kommunikation beteiligt?", en *Soziologische Aufklärung 6*, pp. 37 y ss., 37, 44 y ss., 47; ID. "Die operative Geschlossenheit psychischer und sozialer Systeme", en ibíd., pp. 25 y ss., 31 y ss. De manera fácilmente comprensible acerca de, por ejemplo, cómo se construye el dolo, puede verse HRUSCHKA. "Über Schwierigkeiten mit dem Beweis des Vorsatzes", en *Festschrift für Kleinknecht*, München, 1985, pp. 191 y ss.; ID. *Strukturen der Zurechnung*, pp. 25 y ss.

15 JAKOBS. "Strafrecht zwischen Funktionalismus und 'alteuropäischem' Prinzipiendenken. Oder: Verabschiedung des 'alteuropäischen' Strafrechts?", en *ZStW*, 107, pp. 842 y ss., 844.

16 JAKOBS. *Norm, Person, Gesellschaft. Vorüberlegungen zu einer Rechtsphilosophie*, Berlin, 1999, p. 106; también JAKOBS. *Strafrecht zwischen Funktionalismus*, p. 844.

Dicho de otro modo: la comunicación que supone la pena, acerca de que se constata la vigencia del derecho, no se ve determinada por el contenido de la conciencia del juez. Es el sistema el que produce la comunicación, y esto sólo en función de una serie de comunicaciones anteriores y sincrónicas que determinan su "sentido". Siguiendo con el ejemplo, para que haya una comunicación en el sentido de que se constata la vigencia del derecho previamente derogado por el ciudadano X, es necesario que se produzcan una serie de comunicaciones anteriores, por ejemplo, que se consideren respetados en el juicio las reglas de valoración racional de la prueba; por más que el juez esté convencido de la culpabilidad del imputado, una pena impuesta por un proceso en el que se violaron estas reglas no es una comunicación en el sentido de confirmación del derecho, sino más bien en el sentido "X fue penado injustamente" o "no se puede confiar en los jueces". La conciencia no determina la comunicación; y la pena, como comunicación acerca de la validez de la norma, no es un "mensaje" que emane de otra conciencia.

En la teoría del delito, además, abundan las instituciones que sirven para demostrar que la conciencia no determina la imputación. La comunicación del autor respecto de la validez de la norma, en la que se manifiesta su infidelidad al derecho, no depende de una actitud consciente contraria a la norma. Aquí no es el lugar indicado para explorar con detalle la relación entre componentes subjetivos e imputación (relación que sí existe, aunque el componente subjetivo siempre es el resultado de una imputación), sino para mostrar que la comunicación acerca de la falta de vigencia de la norma no depende exclusivamente de los contenidos de la conciencia (en el sentido psíquico) del autor. Por ejemplo, la teoría del delito ha ido evolucionando de tal manera que, para la interpretación de si existe un delito doloso o simplemente uno imprudente, determinados componentes subjetivos, específicamente la voluntad, dejaron de tener importancia para la interpretación del grado en el que el autor manifiesta su contrariedad al orden jurídico. Efectivamente, en lo que se refiere a la frontera entre el dolo y la imprudencia, la doctrina señalaba antaño a la "voluntad" como un criterio determinante. Ahora es casi universalmente reconocido por la doctrina que la voluntad del autor no puede ser tenida en cuenta para determinar el grado de responsabilidad[17], que al orden jurídico no le importa,

17 Sobre esta evolución acerca del llamado componente volitivo del dolo, cfr. por todos PUPPE. "Die Vorstellungsinhalt des dolus eventualis", en *ZStW*, 103, pp. 1 y ss., 14 y pássim. También es cierto que muchos autores esconden detrás de una fachada del no reconocimiento de la relevancia de un componente volitivo del dolo ciertos elementos que en realidad cumplen esa función, o incluyen elementos en la cognición que dependen, como la volición, de decisiones del autor. Cfr. por ejemplo FRISCH. *Vorsatz und Risiko*, Köln, 1983, pássim, y especialmente pp. 198 y ss.

a la hora de reprochar por dolo, si el autor "quiso" el resultado o no; el contenido subjetivo "voluntad" del autor acerca de la lesión de un bien jurídico no determina qué es lo que comunica su conducta. Otro ejemplo lo constituye la imprudencia inconsciente, en la que el reproche penal no se dirige a la persona por haber tenido un determinado contenido mental, sino justamente por no haber tenido ninguna representación acerca del riesgo no permitido que crea[18]. Es decir, la imputación procede aun cuando no "exista" un contenido de conciencia cuyo referente objetivo sea el riesgo por el cual el autor es responsable. Menos discusión que en el caso de la imprudencia inconsciente hay actualmente en la doctrina acerca del escaso rol de la conciencia en lo todavía llamado "conciencia de antijuricidad". Según el derecho positivo alemán[19], cuando el error de prohibición es evitable, la pena puede (no necesariamente debe) ser disminuida. Esto significa: aun cuando el autor no tenga en su conciencia la idea de que realiza algo ilícito, puede ser penado con la misma pena que le correspondería si hubiese tenido esa conciencia de manera real. La conciencia del autor no decide, sino que el sistema decide si existen buenas o malas razones para la falta de ésta (es decir, si el error es inevitable o evitable), y decide además cuán buenas pueden alcanzar a ser, llegado el caso, las malas razones (es decir, si la pena debe disminuirse o no en caso de que el error sea evitable).

Como se ha visto, ni la conciencia del juez comunica, ni la conciencia del autor determina la comunicación, sino que es el sistema, independientemente de la existencia de conciencias, quien comunica: la decisión acerca de la culpabilidad no está determinada por el contenido de la conciencia del autor del

---

18 De manera palmaria HART. "Negligence, mens rea, and criminal responsibility", en *Punishment and responsibility. Essays in the philosophy of law*, Oxford, 1968, pp. 136 y ss., 146, 148 y 156 y s. y pássim; SVERDLIK. "Pure Negligence", en *American Philosophical Quarterly* 30, 1993, pp. 137 y ss. y pássim; LÖFFLER. *Die Schuldformen des Strafrechts*, Band I, Leipzig, 1895 pp. 8 y 9. Sobre él, KELSEN. *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, 2.ª reimp. de la 2.ª ed., Aalen, 1984, pp. 133 y ss. En contra del carácter ilícito de la imprudencia inconsciente se manifiesta SANCINETTI. *Teoría del delito y disvalor de acción*, Buenos Aires, 1991, pp. 284 y ss.; para SANCINETTI, los olvidos son básicamente penalmente irreprochables. Probablemente piensa SANCINETTI que los olvidos no son reprochables porque a quien directamente no percibe el riesgo no se lo puede motivar a actuar correctamente. Sin embargo, cabe preguntarse qué valor motivacional (para aquellos que adhieren a una teoría imperativista o cercana a ella de la norma) general quedaría en instituir deberes si estos pudieran ser incumplidos sin consecuencia alguna, siempre que se sea lo suficientemente negligente o afortunado de no percibir el riesgo. Al respecto, ver el artículo de HART citado en esta nota y, del mismo, sobre cómo la punición por imprudencia inconsciente mantiene el valor motivacional de la norma, "Intention and Punishment", en *Punishment and Responsibility*, cit., 1968, pp. 113 y ss., 132 y ss.

19 El parágrafo 17 del Código Penal alemán regula el error de prohibición; cuando es inevitable decae la culpabilidad, cuando es evitable la pena puede (no debe) ser disminuida.

delito, ni por el contenido de la conciencia del juez que emite la sentencia. La metáfora utilizada por JAKOBS del delito y la pena como un diálogo entre la afirmación de la invalidez de la norma y la constatación de la misma[20] no implica un intercambio de contenidos subjetivos entre autor y juez. Los sucesos comunicativos no son reducibles a individuos[21].

Con lo dicho hasta ahora debería ser sospechoso que la referencia a la conciencia como elemento indispensable para la culpabilidad fuera verdadera. ¿Por qué habría de importar si su contenido real no puede ser averiguado por el derecho, ni éste se deja determinar por aquél? Sin embargo, el concepto de autoconciencia que menciona JAKOBS es algo sutilmente diferente: el sistema jurídico necesita hablar de una organización psíquica del ser humano para poder obtener puntos de atribución de responsabilidad[22], realizar atribuciones causales; la comunicación remite a la conciencia, a los sistemas psíquicos, y el punto de encuentro entre el derecho y los seres humanos –con su psiquis– constituye la personalidad[23]. La idea de personalidad permite al sistema jurídico la posibilidad de localizar responsabilidad operando dentro de sus propias reglas, sin tener que "ingresar" realmente en la conciencia[24].

---

20 JAKOBS. *Strafrecht zwischen Funktionalismus*, p. 844.

21 HUTTER. "Wirtschaft und Bewußtsein. Zur Karriere von Bedürfnis und Erwartung", en *Emergenz: Die Entstehung von Ordnung, Organisation und Bedeutung*, KROHN y KÜPPERS (eds.), Frankfurt am Main 1992, pp. 334 y ss., 335; LUHMANN y DE GEORGI. *Teoría de la sociedad*, Guadalajara, 1993, p. 45. Que no pueda reducirse la comunicación a conciencias individuales no significa que la comunicación surja de una colección de conciencias. Ese error comete SCHILD (cfr. "Der strafrechtliche Vorsatz zwischen psychischem Sachverhalt und normativem Konstrukt", en *Psyche-Recht-Gesellschaft. Widmungsschrift für Manfred Rehbinder*, Bern, 1995, pp. 119 y ss., especialmente 133), quien reemplaza el conocimiento psíquico del autor por el de toda una población para luego imputar ese conocimiento colectivo al autor.

22 LUHMANN. *Die Wissenschaft der Gesellschaft*, Frankfurt am Main, 1992, p. 34.

23 Ibíd., p. 33. HUTTER y TEUBNER. "Der Gesellschaft fette Beute. Homo juridicus und homo oeconomicus als kommunikationserhaltende Fiktionen", en *Der Mensch- das Medium der Gesellschaft?*, PETER FUCHS y ANDREAS GÖBEL (eds.), Frankfurt am Main, 1994, pp. 110 y ss., pássim.

24 HUTTER y TEUBNER (Ob. cit.) afirman: "en ello –esta es nuestra segunda tesis– los sistemas sociales explotan, con ayuda de las ficciones de los actores, a los sistemas psíquicos de una manera enormemente selectiva para los fines de la economía o del derecho" (pp. 110 y 111); "La persona es la denominación del lugar lógico en el que un sistema social se deja molestar por un sistema psíquico de su entorno" (p. 117). LUHMANN. *Die Wissenschaft der Gesellschaft*, cit., es especialmente expresivo al relatar cómo la "verdadera conciencia" puede diferir de los procesos comunicativos: "Puede resultar psíquicamente irritante cuando en la comunicación se es tratado como responsable o cuando se exigen recuerdos (registros) que no pueden ser reactivados conscientemente ni con la mejor voluntad, por ejemplo cuando alguien afirma que lo conocemos en razón de encuentros anteriores, y se debe actuar como si se lo recordara. Pero qué es lo que ocurre en la conciencia en esas oportunidades y cómo la conciencia se protege contra la comunicación sigue siendo un rendimiento propio de la conciencia y no se transforma nunca en un componente de la comunicación" (p. 34).

Párrafos más arriba se ha realizado algún esfuerzo por demostrar que los contenidos "naturales" de la conciencia no juegan un papel en la imputación; al ser esto así, no se entiende por qué la conciencia debería ser el único punto de encuentro que los sistemas sociales podrían tomar como referencia para construir la personalidad y realizar sus atribuciones de responsabilidad. Si la psiquis es algo que no deja de pertenecer al entorno del sistema jurídico, no puede encontrársele una cualidad especial que la haga irremplazable para la constitución de la personalidad; la conciencia puede funcionar como punto de encuentro de las atribuciones a las personas físicas, pero puede tener su equivalente en las personas jurídicas. La autoconciencia de las personas físicas no tiene ninguna posición privilegiada frente, por ejemplo, a las autodescripciones de la empresa que se encuentran en sus estatutos o las reglas de pertenencia dentro de una persona jurídica[25]. La afirmación de JAKOBS acerca de la necesidad de atribuir una autoconciencia para poder predicar culpabilidad es inexacta[26]; otras características también podrían desempeñar ese papel, dándole personalidad propia y no derivada[27] a las personas jurídicas, incluso personalidad penal, esto es, competencia atribuida para cuestionar la vigencia de la norma.

Aquí no pueden ser revisados los criterios que la doctrina ha ido elaborando en los últimos años acerca de las personas jurídicas y, en especial, acerca de

---

25 TEUBNER. *Enterprise corporatism*, cit., pássim. La autorreferencia a la que hace referencia TEUBNER puede funcionar, en mi opinión, de la misma manera que la autoconciencia a la que se refiere JAKOBS. Algunas citas de este artículo de TEUBNER pueden ser de utilidad: "La cualidad emergente de un 'actor corporativo' emerge de la autodescripción en el sistema de acción mismo. Es la comunicación reflexiva en el sistema de acción, la comunicación acerca de su propia identidad y su capacidad para la acción lo que constituye al actor corporativo o la colectividad como un mero artefacto semántico, como una percepción lingüísticamente condensada de la identidad grupal (pp. 137 y 138); "Desde la perspectiva de la teoría de los sistemas autorreferenciales, también, la autonomía del derecho en la construcción de su propio entorno y en la elección de sus distinciones debe ser puesta de relieve. Eso es observación externa de una autoobservación: el sistema legal observa, utilizando sus propias conceptualizaciones, cómo el sistema social organizado se observa a sí mismo como una 'colectividad' o cómo es observada como tal por su entorno. El sistema legal no está de ninguna manera 'atado' por la autoobservación, ni por otras observaciones externas (por ejemplo psicológica, sociológica o del 'mundo vital') de esta autoobservación" (p. 140).

26 Considérense los siguientes pasajes de *Strafbarkeit juristischer Personen?*: "Sin embargo, no hay ninguna desautorización de la norma por parte de la persona jurídica misma: por falta del equipamiento suficiente, no puede desempeñar el rol de un autor penal" (p. 571); "La denominación 'culpabilidad de la persona jurídica' es contradictoria en sí misma: la culpabilidad presupone identidad de la persona a través de la conciencia" (p. 575); "Una toma de postura tal [se refiere a la toma de postura contraria a la norma por parte de un autor] presupone no sólo el acoplamiento de cualquier conciencia con capacidad de expresión, como la que existe también en un niño no imputable, sino una conciencia que sea considerada como capaz de comprender el significado de la norma" (p. 568).

27 Ver la sección siguiente.

la responsabilidad penal de las personas jurídicas para fundamentar una culpabilidad genuina, no derivada de la culpabilidad del representante –es decir, un concepto de culpabilidad de la persona jurídica no dependiente de la conciencia–. Lo único que pretende destacarse consiste en que no hay ninguna razón jurídica para creer que la conciencia goza de la exclusividad para funcionar como sustrato en comunicaciones acerca de la fidelidad a las normas de identidad de una sociedad. Como mención general, a título informativo, puede señalarse que en primer lugar, en conexión con perspectivas cercanas a la teoría de sistemas, se ha sostenido que el sustrato de la persona jurídica no consiste en un conjunto de personas, ni en una masa de recursos, ni en una estructura organizacional, ni en una organización formal, sino en un actor corporativo, es decir, en una autodescripción de un sistema de acción[28]. Esta autodescripción de una identidad colectiva[29] quizás pueda desempeñar la función equivalente a la conciencia de las personas físicas. Por supuesto que esta autodescripción no determina a la imputación, de la misma manera que no lo hace la conciencia, sino que la "esencia" de la persona jurídica consiste en cómo es observada, por parte del sistema jurídico, esta autoobservación[30]. El sistema puede reconocer la calidad de persona cuando encuentre estas autodescripciones; las razones por las que lo hace, razones sociológicas y legales, no pueden ser tratadas aquí[31].

---

28 TEUBNER. *Enterprise corporatism*, cit., pp. 139 y ss.

29 Ibíd., p. 142.

30 Ibíd., pp. 140 y ss. Cfr. el segundo párrafo citado en la nota 25.

31 Cfr. al respecto, TEUBNER. Ob. cit., pp. 141 y ss. Aquí sólo puedo mencionar algunas de las otras propuestas conocidas en la literatura. FRENCH sostiene la existencia de una estructura interna de decisión dentro de las personas jurídicas que permite determinar cuándo las decisiones deben ser entendidas como decisiones propias de la persona jurídica (cfr. "The corporation as a moral person", en *American Philosophical Quarterly*, 1979, pp. 207 y ss.; ID. "Integrity, intentions, and corporations", en *American Business Law Association*, diciembre de 1996). LAMPE considera a las empresas económicas con propensión criminal un tipo de "sistema ilícito". Un sistema ilícito es un sistema social, una estructura social de comunicación e interacción que sigue patrones relativamente constantes que constituyen su organización, otorgándole esta constancia su identidad independiente de los miembros físicos que la integran. La propensión criminal que puede asumir uno de estos sistemas constituye para LAMPE ya un ilícito sistémico: cfr. "Systemunrecht und Unrechtssysteme", en *ZStW*, 106, pp. 683 y ss. FRIEDMAN ("In Defense of Corporate Criminal Liability", en 23 *HJLPP*, pp. 833 y ss.), basándose en la teoría expresiva de la pena (una visión alemana sobre esta teoría de origen norteamericano puede verse en GÜNTHER. "Die symbolisch-expressive Bedeutung der Strafe. Eine neue Straftheorie jenseits von Vergeltung und Prävention?", en *Festschrift für Klaus Lüderssen*, Baden-Baden, 2002, pp. 205 y ss.) reconoce a la persona jurídica competencia para expresarse de manera contraria a la norma, que se manifiesta en dos atributos de la persona jurídica: constituye una persona "identificable" en el discurso público, identificación que existe independientemente de sus dueños, gerentes o empleados; en segundo lugar, como sinalagma de la capacidad ya reconocida a las empresas para participar en la discusión pública, debe considerársela responsable (sobre la idea de la llamada doble codificación de la

B

El segundo argumento de esta primera serie consiste, como ya fue adelantado, en el problema de la identidad del órgano que "presta" su conciencia a la persona jurídica. Si el órgano puede no ser el mismo en el momento del juicio respecto del que era en el momento del hecho, las dificultades para la aplicación de la pena serían evidentes[32]. Como en parte se vio y en parte se verá[33], es claro que una teoría plausible de la responsabilidad penal de las personas jurídicas evitaría, sin ningún inconveniente, esta falsa objeción de la falta de identidad del órgano, porque, a pesar del cambio de conciencia de éste, la persona jurídica podría seguir siendo la misma. Pero, a modo de excurso, me gustaría revisar la sugestiva tesis de JAKOBS acerca de que lo que conforma la identidad de las personas físicas en el tiempo es la conciencia. La cuestión deberá ser aquí extremadamente simplificada, pero no puede dejar de ser al menos mencionada.

JAKOBS[34] afirma que LOCKE[35] intentó desligar el problema de la identidad de las personas (a través del tiempo) de la corporeidad, encontrando el criterio apropiado en la conciencia. Según LOCKE, en tanto un ser inteligente pueda repetir la idea de una acción pasada con la misma conciencia que tuvo en un

---

persona, cfr. GÜNTHER. "Individuelle Zurechnung im demokratischen Verfassungsstaat", en *Jahrbuch für Recht und Ethik*, Band 2, 1994, p. 155). BUCY ("Corporate Ethos: A Standard for Imposing Corporate Criminal Liability", en 75 *MNLR*, pp. 1095 y ss.) sostiene que toda corporación tiene un *ethos*, que es el espíritu o tono del sentimiento de una comunidad, institución o sistema, formado por costumbres y políticas de la corporación. La empresa puede ser reprochada cuando se encuentra que tiene un *ethos* que favorece o alienta a que sus empleados cometan ilícitos. STONE (*Where the Law Ends. The Social Control of Corporate Behavior*, New York, Hagerstown, San Francisco y London, 1975) aunque con una orientación diferente, desarrolla el concepto del "buen ciudadano corporativo": la persona jurídica tiene el deber y la competencia para desarrollar mecanismos internos que mantengan su fidelidad al derecho. GÓMEZ-JARA DÍEZ. "Unternehmen als Personen, insbesondere im Strafrecht. Oder: Dämonologie und Daimoniologie des 'Corporate Citizen'", ponencia sostenida en el semestre de invierno 2001/2002 en el seminario "Zur Person in Recht und Wirtschaft" del Max-Planck-Projektgruppe Recht der Gemeinschaftsgüter, relaciona con éxito la idea del buen ciudadano corporativo con la culpabilidad de la empresa. LAUFER (*Corporate Bodies and Guilty Minds*, cit.) distingue entre acciones primarias y secundarias. Las primarias pertenecen a la persona jurídica y pueden ser identificadas mediante un test objetivo que indique cuándo una acción de un representante pertenece a la persona jurídica y cuándo no. En su profunda construcción (que aquí no puede ser ni siquiera esbozada), LAUFER evita la idea de transferencia o de préstamo de los sustratos de la imputación por parte de los órganos; la imputación no es derivada como sucede en los casos de las teorías de la responsabilidad vicaria y del *alter ego*, o como en el modelo de transferencia que JAKOBS rechaza.

32 JAKOBS. *Strafbarkeit juristischer Personen?*, p. 569.

33 Infra, II.

34 JAKOBS. *Strafbarkeit juristischer Personen?*, cit., pp. 568 y 569.

35 LOCKE. *An Essay Concerning Human Understanding*, ROGER WOOLHOUSE (ed.), texto según la 5.ª ed. de 1706, London, 1997, II, XXVII.

principio, se trata del mismo ser[36]. Ahora bien, aunque LOCKE trató la identidad de las personas a continuación de los criterios de identidad de las sustancias, plantas, animales y seres humanos, al referirse al tema de la identidad de las personas lo hizo, exclusivamente, respecto de la imputación de responsabilidad, de la atribución de acciones[37]. La imputación, para LOCKE, sigue un criterio meramente subjetivo, determinado por la memoria[38]. Ciertamente, hablar de la identidad de la persona puede ser una forma diferente para expresarse acerca de la imputación de acciones. Afirmar, en un caso, que un hecho del pasado no le es imputable a alguien es lo mismo que afirmar que ese hecho no le pertenece, y más aún: en tanto ese hecho evidentemente sí fue cometido por una persona, pero, a la vez, difiere esa persona de la del presente (para LOCKE este sería el caso si su conciencia no puede extenderse hasta ese hecho), es posible expresarse acerca de este fenómeno afirmando que ese hecho fue cometido por alguien diferente al yo actual[39]. De cualquier manera, la opción de que estrictamente LOCKE sólo hablaba de imputación es la única correcta[40]. Ahora bien: LOCKE mismo tuvo que reconocer que su criterio –sobresimplificadamente: son imputables los hechos en tanto puedan ser recordados– era

---

36 Ibíd., II, XXVII, parágs. 9 y 10.

37 Lo reconocen claramente HAUSER. *Selbstbewusstsein und personale Identität. Positionen und Aporien ihrer vorkantischen Geschichte. Locke, Leibniz, Hume y Tetens*, Stuttgart y Bad Cannstatt, 1994, pp. 36 y ss.; y MACKIE. *Problems from Locke*, Oxford, 1984, p. 183; de otro parecer es LOWE. *Locke on Human Understanding*, London, 1995, pp. 93 y ss. LOCKE: "Persona... es un término forense acerca de la apropiación de acciones y sus méritos" (ob. cit., II, XXVII, parág. 26).

38 Para LOCKE sólo pueden imputarse los hechos del pasado que pueden ser alcanzados por la conciencia: Cfr. ibíd., II, XXVII, parág. 9.

39 Para expresarlo de otra manera, para LOCKE la identidad de la persona está dada por la conciencia, mientras que la identidad del hombre está dada por la continuidad corporal (ibíd., II, XXVII, parág. 8). Un ejemplo para clarificar cómo es el esquema de LOCKE: supongamos que en t1 un hombre rompe un reloj. En ese momento, consideramos que ese hombre "tiene" una personalidad determinada. En t2, ese hombre no recuerda haber roto el reloj. Debido a esa falla en la conciencia, la persona en t2 no es la misma que fue en t1, aunque se trate del mismo hombre (la misma sustancia corporal). Para LOCKE no se trata de la misma persona, no al menos en el aspecto parcial del mundo conformado por el suceso de la rotura del reloj.

40 Esta distinción puede ser dejada en este punto. No puedo seguir aquí con las razones por las que LOCKE se ocupó allí sólo de criterios de imputación. Que no se trata de identidad de la persona es demostrado palmariamente por MACKIE (*Problems from Locke*, cit. p. 183): "Pero quizás la objeción más devastadora sea esta. Ya que un hombre en t2 normalmente sólo recuerda parte de sus experiencias y acciones en t1, mientras que lo que constituye a una persona en t1 eran todas las experiencias y acciones que entonces eran coconscientes, la perspectiva de LOCKE fracasa en igualar a una persona identificada en t2 con alguna persona identificable en t1. Se trata sólo de una teoría acerca de cómo algunos ítems que pertenecieron a una persona identificable en t1 son apropiados por una persona que puede ser identificada como tal en t2. Por lo tanto, dificilmente se trate de una teoría de la identidad personal en absoluto, sino que podría ser mejor descrita como una teoría de apropiación de acciones".

inidóneo para la aplicación estrictamente forense. Y las razones son sorprendentemente modernas: LOCKE reconoció que el sistema jurídico no puede ingresar en la conciencia, y que por lo tanto las excusas acerca de la falta de conciencia durante la comisión de un hecho, por ejemplo, no podrían ser probadas en los tribunales terrenales, mientras que la comisión de un hecho, según tuviera una serie de circunstancias exteriores características, era una presunción suficiente para la condena[41].

Las objeciones a este criterio de imputación se dejan multiplicar a voluntad[42]. Lo importante es que la conciencia individual no decide sobre la imputación. En el caso del olvido de un hecho del pasado, por ejemplo, no hay razones para no realizar el reproche penal en caso de que se trate de un simple olvido que no tenga repercusiones en la capacidad de culpabilidad[43] y, en todo caso, se trata de una observación del sistema jurídico lo que determina la pertenencia de un hecho o, si se prefiere, de la identidad de las personas.

En caso de que JAKOBS hubiera recurrido a la idea de la identidad a través de la conciencia sólo en un sentido general, es decir, para poner de relieve que la autoconciencia del órgano en el momento del juicio es otra, esto, de todos modos, no implica una objeción determinante para la responsabilidad penal de las personas jurídicas: la persona jurídica sí continúa idéntica a sí misma[44] in-

---

41 LOCKE. *An Essay*, II, XXVII, parág. 22. Con ello no quiero afirmar que esa sea la forma correcta de proceder actualmente. Respecto de la idea del *dolus ex re*, cfr. VOLK. "Dolus ex re", en *Strafgerechtigkeit. Festschrift für Arthur Kaufmann*, Heidelberg 1993, pp. 611 y ss., pássim.

42 Cfr. el análisis certero del tema y las objeciones formuladas por SIEP. *Praktische Philosophie im Deutschen Idealismus*, Frankfurt am Main, 1992, pp. 87 y ss.

43 Por ejemplo, en el caso de un autor que realiza pequeñas estafas con asiduidad y utilizando la misma metodología, que no recuerda uno de los ilícitos que cometió (es perfectamente imaginable que un autor de las características descritas no recuerde alguno de sus hechos) puede sostenerse la condena por ese hecho si es que hay suficientes pruebas al respecto (las objeciones teórico-procesales que podrían argüirse son perfectamente contestables). Como contrapartida, tener un falso recuerdo, si es que ello es psicológicamente posible, no acarrea responsabilidad. Diferente es el caso en el que un imputado pierde totalmente todos sus recuerdos con posterioridad al hecho delictivo aunque mantenga sus habilidades cognitivas, fenómeno descrito en la literatura médica. Al respecto cfr. MERKEL. "Personale Identität und die Grenzen strafrechtlicher Zurechnung", en *JZ*, 10/1999, pp. 502 y ss., 509 y ss.

44 Es interesante la cuestión de cómo debe resolverse el caso en el que la estructura interna de decisión, el *ethos* o el sistema ilícito (cfr. el sucinto relato de la nota 31) haya cambiado durante el intervalo entre la comisión del hecho y el comienzo del juicio. La respuesta preliminar debería tender a ser la misma que para el caso en el que una persona física cambiara sus convicciones morales contrapuestas al derecho que lo llevaron a cometer un ilícito. Sin embargo, no ocurre necesariamente siempre así. Por ejemplo, las llamadas directrices acerca de las sentencias a organizaciones del derecho norteamericano (*organizational sentencing guidelines*) prescriben una gran consideración en la decisión final acerca del grado de responsabilidad (en la decisión de la medida de la pena) al comportamiento posterior al hecho. Cfr. LAUFER. *Corporate Bodies and Guilty Minds*, cit., p. 670; en general, sobre estas directrices, cfr. BUCY. "Organizational Sentencing Guidelines: The Cart before the Horse", en 71 *WAULQ*, pp. 329 y ss.

dependientemente de que el órgano, por ser en el momento del juicio uno diferente al del momento del hecho, no pueda ser penado[45]. Pero para eso, apenas sería necesario recurrir a la idea de la autoconciencia como identidad. Si al momento del juicio (a la persona jurídica), por ejemplo, el representante de una empresa que cometió un ilícito ha sido reemplazado, no es necesario recurrir al análisis de la identidad de su conciencia para que no proceda la pena a él (¡a menos que se piense que este nuevo representante pudiera tener los contenidos mentales del anterior![46]). La objeción de JAKOBS, sin embargo, nace exclusivamente del error de identificar la conciencia del órgano con la persona jurídica o transferir esa conciencia, mediante una regla de imputación, a la persona jurídica: en un esquema tal de pensamiento, evidentemente el cambio del órgano trae consecuencias para la aplicación de la pena a la persona jurídica. Sobre todo ello se discutirá a continuación.

II

La primera serie de dificultades (aquí tratadas en segundo término), por las que JAKOBS considera problemática la responsabilidad penal de las personas jurídicas, nace en realidad de una concepción de la persona jurídica que no considera la posibilidad de comprenderla como una autoorganización reconocida por el derecho, tal como he relatado supra I, sino en considerar necesariamente, en principio, dos condiciones indispensables en la existencia de las personas jurídicas y un doble problema que deriva de ello. La primera condición necesaria consistiría en que la persona jurídica necesitaría de las personas físicas que actúen por ella; esto, en principio, genera como consecuencia que (y esto constituye la segunda condición) sea necesaria una regla de imputación para que el hecho del representante o del órgano pase a pertenecer a la persona jurídica. Esto genera un doble problema. En primer lugar, al pasar las consecuencias de la persona física a la jurídica haría falta "descontar" esas conse-

---

45 Claro está que puede ser penado el órgano anterior, es decir, el órgano de la persona jurídica en el momento del hecho. Cfr. infra II.

46 Es imaginable que, como se relató en la nota 43, un ser humano pueda perder todas sus recuerdos y, por lo tanto, se pueda predicar de él que desde el momento inicial de ese olvido en adelante no sea la misma persona que fue, incluso para afirmar que no fue él quien se manifestó en contra de la norma. Pero no es una hipótesis real, al menos por ahora, que un ser humano adquiera todas las memorias pasadas de otro, lo cual lo convertiría en esa persona misma o en su réplica (la diferencia entre estas dos opciones estaría dada por el hecho de que el "original" desapareciera o no). Mientras que esa posibilidad no sea real, no hace falta más que la simple constatación de que el representante actual no tiene el mismo cuerpo que el anterior para justificar su falta de culpabilidad por el hecho del anterior.

cuencias a la persona física, lo cual implica, ya específicamente en materia penal, desincriminar a la persona física, lo cual no es deseable; en segundo lugar, si el hecho es de la persona física, el hecho le es propio y nadie (tampoco la persona jurídica) puede responder por los hechos de otro (no hay responsabilidad penal vicaria[47]).

En el análisis de estas ideas, que aquí se sostienen como erróneas, no cabe más remedio que proceder de manera enredada, porque todas las ideas están profundamente interconectadas. En primer lugar, JAKOBS pone de relieve que las personas jurídicas necesitan, para participar en el tráfico jurídico, de "cabezas" y "manos"[48], es decir, de un órgano, de personas físicas que actúen, aunque éstas sean un medio de organización del representado. Ahora bien, esto, aunque incuestionable, no significa necesariamente que deba haber una regla de imputación entre el órgano y la persona jurídica que traspase las consecuencias de uno a otro. Aquí, como en el caso de la conciencia, es de nuevo útil recurrir a la comparación con cómo funciona la imputación en el caso de las personas físicas. Las personas físicas también necesitan de una objetivación para actuar: el cuerpo. El cuerpo no es la persona en sí[49], sino un instrumento para la actuación de la persona: nos servimos de los movimientos corporales para nuestras acciones. También puede describirse, cierto es, como si existieran reglas de imputación para determinar cuándo un movimiento corporal es de la persona y cuándo no es imputable a ésta. Tras la caída de un reloj empujado por una mano entran en juego reglas de adscripción: la caída y la rotura del reloj pertenecen a la persona si ésta pudo haberlo evitado –por nombrar una regla cualquiera– y no lo hizo; y no pertenece a la persona si no pudo ser evitado (por ejemplo, si existió un acto reflejo que no pudo haberse anticipado,

---

47 Sobre la responsabilidad penal vicaria, existe una larga tradición en el derecho norteamericano, cuyos tribunales han desde antaño aplicado esta teoría. Desde hace al menos dos décadas, esta doctrina viene siendo duramente criticada en el ámbito teórico. Sobre esta teoría y su evolución, cfr. sólo a título ejemplificativo LAUFER. *Corporate Bodies and Guilty Minds*, cit., pp. 653 y ss.; el mismo, junto con STRUDLER. "Corporate Intentionality, Desert, and Variants of Vicarious Liability", en 37 *AMCRLR*, pp. 1285 y ss.; BROWN. "Vicarious Criminal Liability of Corporations for the Acts of their Employees and Agents", en 41 *LYLR*, pp. 279 y ss.; KHANNA. "Corporate Criminal Liability: What Purpose does it Serve?", en 109 *HLR*, pp. 1477 y ss.; COFFEE. "Corporate Criminal Liability: An Introduction and Comparative Survey", en ESER, HEINE y HUBER (eds.). *Criminal Responsibility of Legal and Collective Entities*, Freiburg, 1999, pp. 9 y ss.; LEDERMAN. "Models for Imposing Corporate Criminal Liability", cit., pp. 651 y ss.; SCHÜNEMANN. *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, Köln, 1979, p. 192.

48 JAKOBS. *Strafbarkeit juristischer Personen?*, cit., p. 563.

49 PLATON. *Alkibiades I*, edición de GUNTHER EIGLER, Darmstadt, 1977, t. I, pp. 613 y ss. Acerca del contenido de este diálogo y su posible carácter apócrifo, cfr. TAYLOR. "Persons and Bodies", en *American Philosophical Quarterly*, 1979, pp. 67 y ss.

etc.). Sin embargo, esta descripción no necesita, para ser completa, decir que en uno y otro caso, en primer lugar, "la mano fue responsable", y que luego hubiera que determinar en qué casos lo fue también la persona, y ello, además, mediante qué regla de imputación. Ahora bien, el hecho de que el órgano, en el caso de las personas jurídicas, no sea simplemente un trozo de carne como la mano, sino a su vez una persona responsable, no significa que su hecho no pueda ser directamente imputado a la persona jurídica como propio, si es que la persona jurídica es realmente entendida como una autoorganización autónoma; el hecho de que el órgano sea culpable (p. ej., el representante comete una estafa) no significa que no pueda imputársele directamente a la persona jurídica como un hecho propio, porque, por ejemplo, esa persona jurídica sea un sistema ilícito, por mencionar tan sólo uno de los criterios posibles ya mencionados. Cómo deba operar la relación de imputación con exactitud debe ser dejado aquí de lado.

Pero regresemos un poco sobre la misma cuestión. JAKOBS comienza el relato de los problemas que plantea que una persona actúe y que las consecuencias recaigan en otra a través de ejemplos del derecho civil[50]. El amo, el dueño de un campo, se transforma en propietario de los frutos obtenidos mediante el trabajo de alguien (una persona) que no es él. ¿Cómo es esto jurídicamente posible? JAKOBS responde que es necesario un acto de transferencia en la organización de la otra persona[51]. Ahora bien, en tanto que el amo organiza por sí mismo –y en caso de ser una persona jurídica sucede igual– no hay necesidad de "[explicar] cómo las habilidades de la persona que se desempeña puede llevar a la adquisición de propiedad por parte de otro"[52]. Las consecuencias lo encuentran a él de manera originaria, no derivada. Es incorrecta la objeción de JAKOBS, acerca de que el argumento consistente en que el reemplazo de la persona (que actúa por así decirlo "adelante", es decir, el trabajador o el mandatario) por una máquina no explicaría de todas maneras cómo es posible, en caso de que efectivamente se tratara de una persona, que sus habilidades pasan a otra en forma de "adquisición de la propiedad". En caso de ser una persona la que con su trabajo obtiene los frutos, no es necesario negar su personalidad para explicar por qué la propiedad es del amo de manera originaria. El trabajador, como persona, conserva su habilidad y obtiene su salario, pero el resto no constituye "obligatoriamente su organización como actor", porque la propie-

---

50 JAKOBS. *Strafbarkeit juristischer Personen?*, pp. 562 y 564.
51 Ibid., p. 564.
52 Ibid., p. 564.

dad fue siempre, desde un primer momento, "organización propia" del propietario. Para demostrar que, a veces, las prestaciones de alguien pueden ser interpretadas como los medios de organización de otro y, por lo tanto, las consecuencias jurídicas pueden ser imputadas a otros, JAKOBS cita un célebre pasaje de LOCKE: "la turba que mi siervo ha cortado [...] [se transforma] en mi propiedad. Fue mi trabajo"[53].

Veamos el párrafo completo, más allá de la parte seleccionada por JAKOBS:

> De este modo, la hierba que mi caballo ha mordido, la turba que mi siervo ha cortado, y el mineral que he desenterrado en cualquier lugar en el que tengo derecho a ellos en común con otros, se transforman en mi propiedad, sin la asignación o el consentimiento de nadie. Mi trabajo, sacándolos del estado en común en el que estaban, ha fijado mi propiedad en ellos[54].

En realidad, la única regla de imputación acerca de la propiedad que sigue LOCKE reza: las cosas pertenecen a quien trabaja en su obtención. En principio, para LOCKE, Dios otorga a toda la humanidad de forma conjunta todas las cosas; y a cada hombre, la labor de su cuerpo, la tarea de sus manos, que son inherentemente suyas. En la medida que un hombre aplica su trabajo a un objeto que pertenece a todos, le agrega a ese objeto común algo que le es propio, y por lo tanto lo transforma en su propiedad, excluyendo a los demás[55]. Ahora bien, lo interesante es que LOCKE, intuitivamente, dio con la respuesta más apropiada: él no necesitó otra regla de imputación más que ésta para justificar la apropiación de objetos por parte de un hombre, aun cuando esta apropiación siga tres caminos diferentes: la hierba que muerde mi caballo (instrumento), el mineral que yo mismo extraigo (propia mano) y la turba que mi siervo ha cortado (actividad de una persona) son indistinta y originalmente mías, porque son mi trabajo, y no hay necesidad de ninguna regla de transferencia[56]. El sistema mismo (que en LOCKE son reglas de Dios, pero que podría ser otra cosa) es el que directamente adscribe. Ver la necesidad de una regla de traspaso es darle más importancia a una regla interna de imputación entre amo

---

53 Traduzco aquí del alemán tal como fue citado por JAKOBS; por ello la traducción difiere levemente de la cita que seguirá a continuación, tomada directamente de LOCKE.

54 LOCKE. *Two Treatises of Government*, MARK GOLDIE (ed.), London y Vermont, 2000, "Second Treatise", cap. 5 parág. 28.

55 Ibid., cap. 5.

56 Nuevamente hay que destacar: cuando la prestación la produce una persona, que no adquiera ella misma la propiedad no implica su despersonalización –la distinción de JAKOBS, acerca del carácter inherentemente relativo de la personalidad, puede ser aquí de ayuda–.

y trabajador que a la observación que hace el sistema jurídico de la organización que trabaja (el amo, la persona jurídica, etc.). Esto no quiere decir que en ciertas relaciones, y esto es cierto, no se produzca un efecto jurídico, en primer lugar, en el hombre de adelante, que luego haya que transferir (por ejemplo, en ciertas representaciones y mandatos, aunque no en todos), ni tampoco que sea falsa una idea central de JAKOBS: el delito, llevado a cabo por el órgano, es sin dudas también de él, porque el delito sigue la simple regla de que quien lo comete directa y culpablemente debe responder por él. Ahora bien, esto no significa que en ese caso la persona jurídica pueda ser considerada autora sólo en virtud de una regla de transferencia[57]. Como ya he señalado, la imputación a la persona jurídica procede originariamente. Los detalles de esta imputación constituyen tal vez uno de los puntos más oscuros de la dogmática jurídico penal, que todavía no ha logrado precisar ni siquiera la imputación en las personas físicas; pero lo importante es que ya existen suficientes desarrollos teóricos para considerar a las personas jurídicas responsables por estar organizadas defectuosamente: ya sean un sistema ilícito, tengan una estructura interna de decisión, un *ethos* corporativo, que favorezca lo ilegal, o sean capaces de realizar acciones primarias, pueden ser originariamente responsables, sin la necesidad de una regla interna de transferencia.

Esta responsabilidad originaria echa por tierra otra de las objeciones de JAKOBS. Su afirmación de la necesidad de explicar cómo un hecho del órgano puede ser adscripto por derivación a la persona jurídica, negando la posibilidad de que el hecho sea también, originariamente, un hecho de la persona jurídica, lo lleva a pensar en lo siguiente: en la lesión de los propios deberes se trata siempre, forzosamente, de la propia organización, como se deriva de la total competencia por la lesión del deber. Hasta aquí, nada incorrecto; el órgano, el representante que delinque, debe responder por su delito. Pero para JAKOBS, si ese delito le debe ser imputado a la persona jurídica sería necesario, en primer lugar, descontarlo del órgano, y si el derecho mantiene unido a la persona del órgano con su culpabilidad, esa culpabilidad no le puede ser descontada al órgano para imputársela a la persona jurídica[58]. En mi opinión, esto es falso. Si se entiende a la persona jurídica en el sentido esbozado en I, no hay impedimento para que ésta responda, originariamente, por su propio ilícito, y el órgano por el suyo propio. El ilícito del órgano y el ilícito de la persona jurídica, en tanto tienen personalidades diferentes, siguen reglas diferentes ya que ambos no per-

57 JAKOBS. *Strafbarkeit juristischer Personen?*, cit., pássim, en especial pp. 563 y ss.
58 Ibíd., p. 565.

tenecen, al menos no en todos los casos, a un mismo colectivo[59]. Ciertamente que la manera en la que se conforma el ilícito de la persona jurídica es un problema dogmático todavía no resuelto, pero eso es otra cuestión.

59 Lo cual puede ser demostrado simplemente por el hecho de que es perfectamente imaginable que un órgano cometa un ilícito a pesar de que la persona jurídica se mantenga como un buen ciudadano corporativo y por lo tanto no sea penalmente responsable. No debe deducirse, erróneamente, del hecho de que la persona jurídica tenga en sí un carácter plural que ella constituya un colectivo con sus órganos.

CUARTA PARTE
JUSTIFICACIÓN Y CULPABILIDAD

R. JAVIER CADENAS*

Algunas críticas a las teorías de Jakobs, Timpe y Roxin sobre el parágrafo 35 del Código Penal alemán

Como es sabido, la doctrina no siempre dedicó la misma atención a todos los temas de la teoría del delito, sino que, de acuerdo a diversas circunstancias, algunos suelen situarse en el centro de la discusión jurídico penal, mientras que otros son aceptados pacíficamente.

Algo así ocurre, sobre todo en la literatura alemana, con la materia a la que dedicaré este breve artículo, esto es, el estado de necesidad disculpante.

En efecto, mientras que durante la primera mitad del siglo XX se dedicaron tantas monografías y artículos al estado de necesidad disculpante[1] que incluso llegó a insinuarse que ello se había convertido en una especie de deporte[2], hoy en día poco se discute al respecto.

En Alemania, ello es el resultado de dos circunstancias. La primera, que se arribó a un consenso acerca de la ubicación sistemática que le correspondería al estado de necesidad disculpante; es un problema que tendría que ver con la culpabilidad y no con la antijuridicidad[3]. La segunda, que se legisló de confor-

---

* Universidad de Buenos Aires, Argentina. Agradezco al homenajeado, profesor GÜNTHER JAKOBS, el invalorable apoyo científico y humano que incondicionalmente me brindó durante mi estadía de estudios en el Seminario de Filosofía del Derecho de la Universidad de Bonn, entre 1995 y 1998.

1 ARTHUR BAUMGARTEN. *Notstand und Notwehr –Eine Studie auf das künftige Strafrecht–*, Tübingen, 1911; cfr. BALLESTREM, CARL WOLFGANG GRAF. *Der Notstand ein Schuld- oder Unrechtsausschliessungsgrund?*, 1928; PAUL BOCKELMANN. *Hegels Notstandslehre*, Berlin y Leipzig, 1935; ROLF PAUL BROGLIO. *Der strafrechtliche Notstand im Lichte der Strafrechtsreform*, Bonn, 1928; JAMES GOLDSCHMIDT. *Der Notstand, ein Schuldproblem*, Wien, 1913; FRIEDRICH HAENLE. *Einfluss des Bürgerlichen Gesetzbuchs auf die strafrechtliche Notstandsrechts*, Traunstein, 1899; HEINRICH HENKEL. *Der Notstand nach gegenwärtigem und künftigem Recht*, München, 1932; NIKOLA JABINSKI. *Zur dogmatischen Kritik der Notstands- und Notwehrhandlungen*, Halle, 1914; KARL JANKA. *Der strafrechtliche Notstand*, Erlangen, 1878; JOSEF KOHLER. *Not kennt kein Gebot*, Basel, 1915; FRIEDRICH OETKER. "Notwehr und Notstand", en *Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts*, Berlin, 1908, "Parte general", t. 2, pp. 328 y ss.; KURT RABE. *Die Entwicklung des Notstandes von der Aufklärungszeit bin zum Reichtsstrafgesetzbuch*, Götingen, 1930; KARL SIGERT. *Notstand und Putativnotstand*, Tübingen, 1931; RUDOLF STAMMLER. *Darstellung der strafrechtlichen Bedeutung des Nothstandes unter Berücksichtigung der Quellen des früheren gemeinen Rechts und der modernen Gesetzgebungen, namentlich des Strafgesetzbuches für das deutsche Reich*, Erlangen, 1878; HELLMUTH VON WEBER. *Das Notstandsproblem und seine Lösung in den deutschen Strafgesetzentwürfen von 1919 und 1925*, Leipzig, 1925.

2 Zu DOHNA GRAF, en *ZStW*, 24, p. 766.

3 Tan pronto alguien alzó la voz en contra de ese consenso, la antigua discusión pareció reavivarse. Así lo demuestran los artículos escritos por GIMBERNAT ORDEIG ("Der Notstand: ein Rechtswidrigkeitsproblem", en *Festschrift für Hans Welzel*, Berlin, 1974, pp. 485 y ss.), quien sostiene que el estado de necesidad llamado disculpante constituye una causa de justificación, y por WILFRIED KÜPER ("Der entschuldigende Notstand - ein Rechtsfertigungsgrund?", en *JZ*, 1983, pp. 88 y ss.), quien defiende el consenso al que se arribó.

midad a esa concepción dominante[4]; mientras el parágrafo 34 se encarga del estado de necesidad justificante, el 35[5] lo hace del disculpante. De este modo, para casi la totalidad de la doctrina alemana, la posición sistemática del estado de necesidad ha dejado de ser un problema que merezca la atención científica[6]. Las controversias que existían, argumenta KÜPPER, pertenecen a la historia[7].

Luego de ese consenso, la atención sobre el estado de necesidad disculpante quedó esencialmente circunscrita al modo de fundamentar la disculpa y sus excepciones que establece el parágrafo 35. De ello se encargaron, sobre todo, las teorías orientadas a las finalidades de la pena, pues, se supone, aquí habrían encontrado su mayor rendimiento. La norma que regula el estado de necesidad disculpante sólo se podría explicar a la luz de un concepto de culpabilidad cuyo contenido se deriva de las finalidades de la pena[8].

Estas teorías, desarrolladas por ROXIN, JAKOBS y en alguna medida TIMPE –discípulo de éste último–, señalaron acertadamente las deficiencias de las teorías elaboradas con anterioridad para fundar la disculpa y las excepciones que contiene el parágrafo 35[9].

---

4 RABE. *Die Entwicklung*, cit., p. 71, y JANKA, en el prólogo de *Der strafrechtliche*, cit., reconocen expresamente que las monografías e intensas discusiones a que dio lugar el estado de necesidad fueron, sobre todo, resultado del silencio del legislador en esa materia.

5 El parágrafo 35 del Código Penal alemán establece: "1. Quien encontrándose en una situación actual de peligro para la vida, la integridad corporal o la libertad, que no puede ser eliminado de otro modo, comete un hecho antijurídico para apartar el peligro de él, de un familiar o de otra persona cercana a él, actúa sin culpabilidad. Lo anterior no rige si según las circunstancias del caso podía exigirse al autor que soportase el peligro, especialmente por haber sido él mismo quien lo había causado o por encontrarse en una relación jurídica especial; no obstante, la pena puede atenuarse conforme a lo dispuesto en el parágrafo 49, párrafo 1, cuando el autor no estaba obligado a soportar el peligro en atención a una relación jurídica especial. 2. Si el autor supone erróneamente en el momento de cometer el hecho que concurren circunstancias que lo hubiesen expulpado conforme el párrafo 1, sólo se le impondrá pena si hubiese podido evitar el error. La pena se atenuará conforme a lo dispuesto en el parágrafo 49, párrafo 1". Sobre la posición de la doctrina alemana respecto a los distintos elementos del parágrafo 35, cfr. JAVIER CADENAS. *El estado de necesidad exculpante en el Código Penal alemán; a su vez, una confrontación con la legislación argentina*, Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, n.° 7, Buenos Aires, Edit. Ad Hoc, 1997, pp. 363 y ss.

6 Lo afirman expresamente, KÜPER. *Der entschuldigende*, cit., p. 8; THEODOR LECKNER. *Der rechtfertingende Notstand*, Tübingen, 1965, p. 9: "el tratamiento diferenciado del estado de necesidad puede considerarse como un principio consolidado de nuestro derecho"; KLAUS BERNSMANN. *"Entschuldigung" durch Notstand*, Köln, 1989, p. 15; ROXIN. "Rechtsfertigungs- und Entschuldigungsgründe in Abgrenzung von sonstigen Strafausschliessungsgründen", en *jus*, 1988, p. 425, quien incluso habla de una diferenciación irreversible.

7 KÜPER. Ob. cit., p. 88.

8 En ese sentido, TIMPE. "Grundfälle zum entschuldigenden Notstand und zum Notwehrexzess", en *jus*, 1984, p. 862.

9 Para ello, cfr. las obras de JAKOBS, TIMPE y ROXIN que se citarán a lo largo de este trabajo.

Sin embargo, como lo intentaré demostrar en este breve trabajo, tampoco los fundamentos desarrollados por esos autores brindan una explicación satisfactoria de la norma mencionada, aun cuando el punto de partida preventivo general utilizado por ellos pueda ser reconocido como acertado[10].

Para ello, primero expondré, de modo sucinto, la teoría del autor correspondiente y luego formularé las críticas concretas.

I. LA EXPLICACIÓN DEL PARÁGRAFO 35 DE CONFORMIDAD CON LA PREVENCIÓN GENERAL Y ESPECIAL (ROXIN)

Para ROXIN[11], de conformidad con su esquema de la teoría del delito, la redacción del parágrafo 35 es imprecisa, dado que en un sentido estricto no elimina la culpabilidad, sino la responsabilidad penal como categoría independiente de aquella. Mientras la culpabilidad se referiría a si el amenazado aún puede ser motivado normativamente y puede comportarse de otro modo, la categoría de la responsabilidad se ocuparía de la cuestión de si un sujeto culpable debe ser sancionado según las finalidades de la pena.

Con ello, el fundamento de la disculpa contemplada en el primer párrafo del parágrafo 35 no radicaría en la ausencia de culpabilidad, sino en la innecesariedad de una sanción según puntos de vista preventivos generales y especiales, mientras que los casos donde corresponde la punibilidad estarían determinados según necesidades de prevención general que, en atención a la conciencia jurídica en general, no permite una exculpación.

La punibilidad del autor sería desacertada según criterios de política criminal, toda vez que, debido a las circunstancias extraordinarias que concurren, comúnmente no ha de esperarse el efecto motivacional de la norma, incluso cuando exista una amenaza punitiva. Además, dada la excepcionalidad de la situación de necesidad, apenas existe la necesidad preventivo general de disuadir a otros potenciales autores. Finalmente, quienes cometen tales hechos no requieren ningún efecto preventivo especial, dado que se encuentran completamente integrados socialmente y fueron determinados a actuar por la situación excepcional.

---

10 El lector deberá tener presente que aquí no se ofrece una solución a los problemas que se señalaran; de ello me encargaré en otra oportunidad. La finalidad propuesta es demostrar las deficiencias de esas teorías.

11 ROXIN. *Strafrecht Allgemeiner Teil*, München, 1992, t. I, pp. 610 y ss.; ID. "Der entschuldigende Notstand nach parágrafo 35 StGB", en *JA*, vol. 4, 1990 pp. 97 y ss.; ID. "Schuld und Verantwortlichkeit als strafrechtliche Systemkategorien", en *Festschrift für Heinrich Henkel*, 1974, pp. 183 y 184; ID. en *JuS*, 1988, pp. 426 y 427. En similar sentido, SCHÜNEMANN. "Die Funktion des Schuldprinzips im Präventions-strafrecht", en *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, Berlin, 1984, p. 169.

Más allá de lo innecesaria que resulta la separación de la culpabilidad y la responsabilidad en categorías diferentes[12], debe indicarse que los criterios de prevención especial utilizados por ROXIN para fundamentar la disculpa no desempeñan ningún papel en el parágrafo 35.

Prueba de ello es que aun el autor que requiera ser resocializado se ve beneficiado por la disculpa cuando actúa de conformidad con el parágrafo 35. Por otro lado y a la inversa, si el autor está obligado a afrontar el peligro en virtud de alguna de las circunstancias mencionadas en el parágrafo 35, párrafo 1, frase 2.ª y no lo hace, será punible aun cuando no evidencie necesidad de resocialización alguna[13].

ROXIN[14] mismo se encargó de responder a esa crítica argumentando que ello significa malinterpretar los fines de la pena, pues el hecho de quien actúa en estado de necesidad no evidencia necesidad de resocialización alguna. Y además, agrega, una inclinación delictiva independiente del hecho puede legitimar la necesidad de pena tan poco como la peligrosidad de aquél que todavía no ha delinquido.

Sin embargo, esta respuesta de ROXIN neutraliza sólo parcialmente la crítica de TIMPE y conduce a inconsecuencias dentro de su propia teoría de la pena.

En primer lugar, con ese argumento ROXIN contradice su propia afirmación formulada en *JuS*, 1988, p. 429. Aquí el autor sostiene que el hecho que comete un demente bajo las condiciones del parágrafo 35 no evidenciaría, por regla, ningún indicio de su peligrosidad, de modo que también quedaría descartada una medida de seguridad según el parágrafo 63. Ahora bien, cuando las circunstancias concomitantes de un homicidio cometido bajo las condiciones del parágrafo 35 evidencian que el demente es peligroso para la comunidad sería totalmente adecuado someterlo a una medida de seguridad.

---

12 Con razón señala HANS ACHENBACH. "Individuelle Zurechnung, Verantwortlichkeit, Schuld", en *Grundfragen des modernen Strafrechtsszstems*, Berlin, 1984, pp. 140 y ss., que la separación de la culpabilidad y la responsabilidad en categorías diferentes es cuanto menos innecesaria, pues la imputación individual de una acción como condición previa de la imposición de una pena se puede derivar exclusivamente de la interpretación preventiva de los elementos que fundamentan la imputación y no depende para nada de la comprobación empírica de cuestiones inaccesibles tales como si el autor podía comportarse de otro modo.

13 GERHARD TIMPE. *Gründfälle*, cit., p. 862; ID. *Strafmilderungen des Allgemeinen Teils des StGB und das Doppelverwertungsverbot*, Berlin, 1983, pp. 296 y ss. Cfr. también JAKOBS. *Schuld und Prävention*, Tübingen, 1976, p. 21; BACIGALUPO. "Unrechtsminderung und Tatverantwortung", en *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, Köln, 1989, p. 466; ACHENBACH. "Wiederbelegung der allgemeinen Nichtzumutbarkeitsklausel im Strafrecht", en *JR*, 1975, p. 494.

14 ROXIN. *Notstand*, cit., p. 99; ID. *AT*, cit., p. 613.

Con ello, ROXIN admite que un hecho cometido en estado de necesidad disculpante puede evidenciar la peligrosidad del autor, lo que se contradice con su teoría del parágrafo 35.

Por otro lado, según ROXIN, el hecho del autor en estado de necesidad no evidencia la necesidad de resocialización. Como vimos, ello constituye, junto a la carencia de necesidad preventivo general, una de las razones fundamentales de la no punibilidad. Ahora bien, un autor que se encuentra comprendido por las excepciones a la disculpa bien puede evidenciar la necesidad de resocialización, en el sentido de ROXIN, en especial aquél que no es disculpado porque previa e intencionalmente provocó la situación de necesidad. Sin embargo, ROXIN no considera esta situación al momento de fundamentar las excepciones a la disculpa. En consecuencia, en la teoría de ROXIN permanece sin respuesta la pregunta de por qué en un caso –el de la disculpa– el fin de prevención especial de la pena es tenido en cuenta, mientras que en otro –el de las excepciones– no desempeña ningún papel.

La incoherencia descrita también se aprecia en el modo en que el autor fundamenta la punición del error evitable sobre la existencia de una situación de necesidad –estado de necesidad disculpante putativo–. Ello respondería exclusivamente a necesidades de prevención general. Por lo tanto, también aquí permanece sin respuesta la cuestión de por qué ROXIN no toma en cuenta, para fundamentar la punibilidad, la peligrosidad que eventualmente pueda reflejar el autor con su hecho, por ejemplo porque no se interesó en lo más mínimo por comprobar si la situación de necesidad que sin punto objetivo de referencia se representó efectivamente existió.

Por el contrario, ROXIN rechaza en tal medida la posibilidad que esta situación pueda concurrir que incluso la utiliza como argumento para justificar la disminución obligatoria de la pena que contiene el parágrafo 35, párrafo 2, en contraposición con la facultativa que contempla el parágrafo 17 sobre el error de prohibición.

En efecto, el autor sostiene que los casos de enemistad al derecho que determinan la negación de una disminución de la pena en los casos de error de prohibición no encuentran su paralelo en los casos de error sobre una situación disculpante[15].

Esa argumentación no es acertada, pues en el caso del error de prohibición no sólo la enemistad hacia el derecho conduce a la negación de una disminución de la sanción, sino también aquellos de indiferencia hacia el derecho, y

---

15 ROXIN. *Notstand*, cit., p. 142; ID. *AT*, cit., p. 629.

estos sí pueden encontrar su paralelo en el caso del error sobre un estado de necesidad disculpante. Imagínese, por ejemplo, que el autor pudo examinar sin riesgo alguno si la situación de necesidad que sin punto objetivo alguno de referencia se imaginó efectivamente existió, y a pesar de ello indiferentemente lo omite y lesiona gravemente o incluso mata a un tercero. Resulta obvio que en este caso también una disminución obligatoria de la sanción resulta injustificada e inoportuna. No obstante ello, ROXIN pasa por alto esta posibilidad.

Además de lo señalado, existe otra inconsecuencia. Dentro del esquema diseñado por ROXIN[16], la prevención especial siempre depende de las fronteras de la prevención general; los motivos de prevención especial sólo pueden ser considerados en la medida que sean soportados o tolerados por la prevención general. Con ello, la cuestión de si existen motivos de prevención especial, sea para fundamentar la punición o para excluirla, sólo cobra relevancia en la medida que sea soportado por la finalidad preventivo general de la pena.

Aplicado al parágrafo 35, ello significa que cuando el fin de prevención general impide la punición de una acción antijurídica, lo que según ROXIN ocurre en el caso del parágrafo 35, párrafo 1, la pregunta acerca de los fines de prevención especial resulta completamente superflua. Si ROXIN fuese consecuente con su punto de partida, para fundamentar la disculpa contenida en el parágrafo 35 únicamente debería hacer hincapié en la prevención general, más aún cuando expresamente reconoce que el autor no es punible en la medida que lo tolere la *prevención general*[17].

Además de las críticas a la aplicación que ROXIN hace de la prevención especial para fundar la disculpa, también es reprochable el empleo de la prevención general como disuasión.

Según el autor, la exculpación también se funda en que, dada la excepcionalidad de la situación de necesidad, apenas existe la necesidad preventivo general de disuadir a otros potenciales autores.

Sin embargo, esa modalidad de prevención general, denominada comúnmente negativa, ha encontrado fuerte rechazo en la doctrina[18] desde hace tiempo, pues no es compatible con el Estado de derecho y encuentra su fundamento en una hipótesis poco comprobada hasta la fecha, esto es, que potenciales autores en estado de necesidad son disuadidos a través de la punición de otros.

---

16 ROXIN. *AT*, cit., pp. 38 y ss.

17 ROXIN. *Notstand*, cit., p. 99; ID. *AT*, cit., p. 613.

18 Acerca de ello, WINFRIED HASSEMER. *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, 2.ª ed., München, 1990, pp. 309 y ss.

ROXIN mismo critica, en parte, su propia teoría sobre el parágrafo 35 cuando afirma que "existe hoy unanimidad acerca de que sólo una parte de las personas con tendencia a la criminalidad comenten el hecho con tanto cálculo que les pueda afectar una intimidación"[19].

La teoría de ROXIN tampoco permite explicar suficientemente por qué la disculpa sólo corresponde en caso de peligros contra la vida, la integridad física y la libertad del mismo autor, parientes o personas allegadas a él[20]. El salvamento de bienes materiales valiosos o de bienes personales de un tercero desconocido para el autor no permite reconocer en todos los casos las necesidades de punición según puntos de vista preventivo general y especial en el sentido expuesto. Por el contrario, también aquel autor que lesiona a otro para salvar a un conocido –no comprendido por los términos del parágrafo 35– puede no evidenciar necesidad de sanción alguna en el sentido de la teoría de ROXIN. Sin embargo, no concurre disculpa alguna; es más, ni siquiera existe la posibilidad de disminuir la sanción a aplicar como lo establece el parágrafo 35, párrafo 1, frase 2.ª para otros supuestos.

Criticable también resulta el modo negativo en que ROXIN fundamenta la limitación de los bienes jurídicos en el parágrafo 35, pues cuando sostiene que ello se basaría en que la inclusión de otros bienes conllevaría un relajamiento de la protección penal de bienes jurídicos y, con ello, se pondría en duda su seriedad[21], no hace otra cosa que argumentar negativamente por qué no se incluyen otros bienes, pero deja sin respuesta la cuestión central, esto es, por qué sólo se toman en cuenta para la exculpación la vida, la integridad física y la libertad.

También debe criticarse el fundamento que ROXIN brinda para explicar la limitación que da el parágrafo 35 respecto a las personas que el autor pretende salvar con su hecho[22], pues es excesivamente formalista y carente de contenido material.

Cuando ROXIN explica que sólo en el caso de salvamento del autor mismo o de las personas mencionadas en el parágrafo 35 el hecho encontraría tanta comprensión en la opinión pública que aparecería como plausible, según puntos de vista de la prevención general, una disculpa legal[23], permanece sin respuesta la

---

19 ROXIN. *AT*, cit., p. 35.

20 En ese sentido también, GEORG LUGERT. *Zu den erhöht Gefahrtragungspflichten im differenzierten Notstand*, Berlin, 1991, pp. 97 y s. y 101. Cfr. también, CADENAS. *El estado*, cit., pp. 372 y ss.

21 ROXIN. *Notstand*, cit., pp. 100 y s.; ID. *AT*, cit., p. 616. Cfr. también HIRSCH, en *Leipziger Comentar*, t. 2, 10.ª ed., 1985, parág. 35, n.º m. 9; Proyecto del Código Penal alemán de 1962, Deutsche Bundestag, Drucksache IV/650, p. 161.

22 Sobre esto, CADENAS. Ob. cit., pp. 377 y ss.

23 ROXIN. *Notstand*, cit., p. 102; ID. *AT*, cit., p. 619

cuestión acerca de en qué se basaría esa comprensión social, y con ello la verdadera razón de la limitación de la disculpa a un determinado círculo de personas.

Ese argumento esgrimido por ROXIN, además, es inexacto porque en la sociedad también puede encontrar tanta comprensión el hecho que es cometido para salvar a una persona especialmente estimada, que no es familiar ni allegado al autor (la persona a la que el autor ama en secreto); tal vez más que el hecho para salvar a un familiar al cual el autor en absoluto estima, o incluso odia. Sin embargo, para este último supuesto no corresponde la disculpa; es más, ni siquiera está regulada una disminución de la pena a aplicar.

II. LA EXPLICACIÓN DEL PARÁGRAFO 35 DE CONFORMIDAD A LA PREVENCIÓN GENERAL POSITIVA (JAKOBS Y TIMPE)

También defienden el recurso a la teoría de los fines de la pena para explicar la disculpa y sus excepciones JAKOBS y su discípulo TIMPE, con la reserva que, de acuerdo con el concepto funcional de culpabilidad del primero, explican la regulación del parágrafo 35 exclusivamente por la ausencia o la existencia de necesidades de prevención general y rechazan la necesidad preventivoespecial de intervención como causa de la exención de pena. A diferencia de ROXIN, además, no toman en cuenta el concepto de prevención mediante disuasión.

La regulación normativa del estado de necesidad disculpante sólo se podría explicar a la luz de un concepto funcional de la culpabilidad que únicamente toma en cuenta la teoría de la prevención general positiva[24]. Según una concepción funcionalista se disculparía al autor porque el conflicto podría ser explicado sin necesidad de recurrir a él y sin perturbación del orden jurídico. El origen del conflicto no residiría en el autor sino que sería, en el caso de catástrofe natural, producto de la casualidad, o si no consecuencia de falencias de terceros[25]. La presión psíquica del autor y la eventual disminución del injusto que pueda existir sólo producirían la disculpa si el conflicto puede definirse como casualidad o atribuirse a un tercero[26]. El estado de necesidad no sería

---

24 TIMPE. *Gründfälle*, cit., p. 862. Acerca de los fundamentos de esta teoría, cfr. JAKOBS. *Schuld und Prävention*; ID. "Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und 'alteuropäischen' Prinzipiendenken", en *ZStW*, 1995, vol. 4, pp. 843 y ss.; ID. *Das Schuldprinzip*, Rheinisch-Westfälische Akademie der Wissenschaften, Opladen, 1993; ID. *Norm, Person, Gesellschaft*, Berlin, 1997.

25 JAKOBS. "Komentar: Rechtfertigung und Entschuldigung bei Befreiung aus besonderen Notlagen (Notwehr, Notstand, Pflichtenkollision)", en *Rechtfertigung und Entschuldigung*, t. IV, 1995, p. 175; ID. *AT*, cit., 17/53 y s.

26 Ibíd., 20/4.

asunto del autor; para distanciarse del hecho podría remitirse a una situación especial. En cambio, cuando el autor mismo ha provocado la situación de necesidad o se encuentra en una situación jurídica especial, la situación especial ya sería asunto suyo y por ello no podría distanciarse del hecho.

Ya en su primer artículo sobre culpabilidad y prevención, afirmaba JAKOBS que en el caso del estado de necesidad está ausente la necesidad de estabilizar la confianza en el orden jurídico mediante una imputación al autor, pues existen otras posibilidades de resolver el conflicto, dado que la defraudación de la víctima del hecho puede ser explicada como no relevante en virtud de su excepcionalidad[27].

En consecuencia con esa argumentación, tanto JAKOBS como TIMPE tratan de explicar la limitación de los bienes jurídicos contemplada en el parágrafo 35, afirmando que ello se corresponde con la diferenciación entre conflictos "cotidianos" y conflictos "excepcionales".

La competencia por situaciones conflictivas que suelen ocurrir cotidianamente debe mantenerse aun cuando concurre la misma presión psíquica en el autor, dado que de lo contrario los procesos previstos según la planificación social sobre el manejo de tales situaciones de necesidad se vería puesto en jaque por las reglas del estado de necesidad[28]. Los conflictos que para el orden jurídico son típicos, como la pérdida de bienes materiales valiosos, no desgravan[29]. La disculpa recién deviene discutible cuando la situación generadora del conflicto puede ser definida como excepcional, casual. Esto ocurriría en el caso que no se tratara de cualquier bien jurídico reproducible o reemplazable. En consecuencia, la limitación de los bienes jurídicos susceptibles de ser salvados en estado de necesidad disculpante –vida, integridad física y libertad– contribuyen a tipificar las situaciones en las que los peligros deberían considerarse como excepcionales en vista de la plausibilidad social[30].

En cuanto a la limitación de las personas que pueden ser salvadas según el parágrafo 35, JAKOBS entiende que lo que pretende la norma es estabilizar los vínculos cercanos al reconocerse jurídicamente su dimensión[31].

En cuanto al error sobre la existencia de una situación de necesidad disculpante, JAKOBS sostiene que no basta una presión motivacional meramente presumible, pues cuando concurre realmente una causa de exculpación se

---

27 JAKOBS. *Schuld und Prävention*, cit., pp. 20 y s.
28 TIMPE. *Gründfälle*, cit., p. 863; JAKOBS. *AT*, cit., 20/4.
29 Ibíd., 20/4, TIMPE. *Strafmilderungen*, cit., p. 297.
30 Ibíd., pp. 300 y 301.
31 JAKOBS. *AT*, cit., 20/4 b).

puede hacer aparecer a la situación real como una causa real de la motivación del autor; pero si sólo concurre supuestamente, como elemento exculpante queda sólo una presión motivacional, y esta presión debe, por tanto, ser real[32].

CRÍTICAS

Debe reconocerse que la teoría expuesta, al no tomar en cuenta la prevención especial, constituye un avance esencial en la fundamentación del parágrafo 35. Sin embargo, como se observará a continuación, es excesivamente formal y no logra solucionar algunos de los problemas que presenta la teoría de ROXIN.

En primer lugar debe señalarse que el argumento de que no se requiere una imputación al autor porque el conflicto puede ser resuelto –sin daño para el orden jurídico– sin recurrir a él, dado que es producto de la casualidad o de falencias de un tercero, es excesivamente formal en la medida que no se explique suficientemente por qué el conflicto sólo puede ser resuelto de ese modo, es decir sin recurrir al autor, en el caso de determinados bienes y personas, pero no en el de otros. A esta cuestión esencial, la teoría en análisis no logra dar respuesta adecuada.

En efecto, en relación a la limitación de la disculpa a determinado círculo de personas, JAKOBS sostiene que con ello se pretende estabilizar las relaciones íntimas al reconocerse jurídicamente su dimensión. Sin embargo, más allá de que no parece que el parágrafo 35 constituya el lugar más indicado para ello, en la fundamentación de JAKOBS permanece sin respuesta la cuestión de por qué al legislador le interesa estabilizar las relaciones próximas únicamente con la disculpa contenida en dicho parágrafo, pero no con un deber especial de salvación surgido de una posición de garante fundada en esa relación cercana, aun cuando contribuiría del mismo modo a la supuesta estabilización pretendida. Por ejemplo, alguien podría matar a otro para salvar a su amigo según el parágrafo 35; sin embargo, no estaría obligado a liberarlo de un peligro[33]. ¿El reconocimiento de las relaciones íntimas no debería implicar el deber de atención y protección de sus miembros?

---

32 JAKOBS. *AT*, cit., 17/82.

33 Por cierto, existe un deber de prestar auxilio a quien se encuentra en peligro, pero el mismo no surge, según la ley, de una posición de garante fundada en una relación íntima especial, sino de un deber general de solidaridad mutua, que en interés público regula el parágrafo 323 c del Código Penal alemán. La penalización en caso de la omisión de prestar auxilio se debe a la lesión de la solidaridad mínima general ante un peligro para bienes importantísimos; pero de ninguna manera se busca a través de la pena estabilizar relaciones cercanas, pues el deber de prestar auxilio no sólo afecta personas allegadas, sino aun a desconocidos entre sí.

Además de ello, cabe preguntarse por qué al legislador le interesaría estabilizar únicamente una relación existente, pero no aquella que podría surgir como fruto del salvamento de un tercero desconocido realizado por el autor.

Pero aun en el caso que se admitiera la necesidad de estabilizar las relaciones próximas, lo que es más que dudoso en la medida que ello sólo ocurra legislando derechos, pero no deberes para sus integrantes, permanece el interrogante de si tal estabilización debe llevarse a cabo precisamente mediante el grave menoscabo de bienes jurídicos tan esenciales como la libertad, la integridad vida e incluso hasta la pérdida de la vida de un tercero ajeno a la situación de necesidad.

El argumento de que con la disculpa del autor que para salvar a su amigo mata a un tercero se pretende estabilizar las relaciones cercanas sólo sería posible si éstas tuviesen, en la escala de bienes jurídicos, por lo menos un rango equivalente a la vida e integridad física, lo que no sólo contradice el orden jurídico, sino también la realidad social.

Las relaciones contempladas en el parágrafo 35, como posible bien jurídico u objeto de protección jurídica, no pueden ser garantizadas mediante el sacrificio de tales bienes jurídicos, cuando una madre, como ejemplo paradigmático de las relaciones protegidas, ni siquiera para salvar la vida de su hijo tiene el deber de sacrificar bienes existenciales.

Si el legislador quisiese estabilizar las relaciones cercanas mediante la regulación del estado de necesidad exculpante, debería reconocerla como un cuarto bien jurídico capaz de ser salvado en la situación de necesidad mediante el menoscabo de la vida, la integridad física y/o la libertad de un tercero ajeno a esa situación. Empero, como lo demuestran los parágrafos 139 (impunidad por los delitos de omisión de denuncia), 247 (robo doméstico o familiar), 258 (obstrucción de la punición) y 294 (persecución de caza furtiva –par. 292– y pesca furtiva –par. 293– sólo a instancia del perjudicado cuando el delito haya sido cometido por un familiar) del Código Penal alemán, las relaciones cercanas, como bien jurídico a estabilizar, sólo encuentran una protección limitada, es decir, cuando mediante su reconocimiento se afectan algunos bienes jurídicos de menor importancia, pero jamás cuando conllevan daño alguno para los bienes jurídicos mencionados en el parágrafo 35.

En consecuencia, el fundamento de la limitación de la disculpa a determinadas personas en ese parágrafo no puede ser el invocado por JAKOBS.

Posiblemente esta insuficiencia haya sido advertida por TIMPE, pues, a pesar de haber dedicado dos estudios al parágrafo 35, simplemente remite al punto de vista sostenido por la doctrina dominante, pese a criticar agudamente el

contenido psicológico de ésta[34]. Para ser coherente con su punto de partida, que es el mismo que el de JAKOBS, TIMPE debería intentar una fundamentación exclusivamente objetiva de la limitación contemplada en el parágrafo 35; sin embargo, ni siquiera lo intenta. Ello, en mi entender, no es casual, sino que es consecuencia de que la limitación contenida en el parágrafo 35 sólo es posible explicarla tomando en cuenta la presunta presión motivacional del autor, sin que esto signifique adherir a la postura psicológica.

Pasando ahora al análisis del fundamento dado por esta teoría a la limitación de los bienes jurídicos contemplados en el parágrafo 35, debe indicarse que también en este terreno es insatisfactoria la explicación que al respecto brindan JAKOBS y TIMPE.

En primer lugar, la diferenciación que emprenden entre "situaciones cotidianas" y "situaciones casuales o excepcionales" bien puede ser útil para fundamentar la disculpa y sus excepciones en caso de determinados deberes del autor, pero de modo alguno para explicar –como ellos pretenden– la restricción de la exculpación a determinados bienes jurídicos. Pues si se aceptase esta teoría no deberían existir peligros cotidianos –no excepcionales– para los bienes contemplados en el parágrafo 35, dado que éste sólo contemplaría –según JAKOBS y TIMPE– bienes jurídicos que son característicos de situaciones en las que el peligro que amenaza es considerado excepcional. Sin embargo, como lo sostiene BERNSMANN[35], ello es más que dudoso, pues la muerte y la enfermedad, como la realización de peligros contra la vida y la integridad física, no constituyen en absoluto acontecimientos excepcionales, casuales y no planificables, sino que se presentan permanentemente.

Por otro lado, la "casualidad", entendiendo por esta el resultado de que el conflicto no sea planificable o no esté regulado a través de determinado procedimiento, como principio que –según los autores mencionados– caracterizaría a los bienes jurídicos mencionados en el parágrafo 35 y los diferenciaría de los no mencionados, no siempre está presente en el caso de los bienes jurídicos considerados en el parágrafo 35. También esos bienes jurídicos a veces están regulados a través de determinado procedimiento, de modo que, en esos casos, la disculpa está excluida. Como JAKOBS[36] y TIMPE[37] reconocen, no se disculpa a quien se encuentra en prisión preventiva cuando intenta recuperar su libertad

---

34 TIMPE. *Gründfälle*, cit., p. 860; ID. *Strafmilderungen*, cit., p. 278.
35 BERNSMANN. *Entschuldigung*, p. 229.
36 JAKOBS. *AT*, cit., 20/14; ID. *Schuld und Prävention*, cit., p. 21.
37 TIMPE. *Strafmilderungen*, cit., p. 306; ID. *Grundfälle*, cit., p. 36.

a través de un procedimiento no reconocido por el orden jurídico. Así tampoco a quien sufre una enfermedad en un riñón y obtiene uno donado por medio de la fuerza.

En consecuencia, que también se deba soportar la pérdida de bienes materiales valiosos porque el bien propiedad está regulado por determinados procedimientos no constituye un criterio decisivo para limitar de modo satisfactorio los bienes que pueden ser salvados en estado de necesidad disculpante y aquellos que no, pues también la conservación o la recuperación de la libertad o de un estado de salud óptimo están regulados a través de determinados procedimientos. Por ello, un bien jurídico puede aún incluirse dentro de los que pueden ser salvados en estado de necesidad, a pesar de estar regulado por un procedimiento específico, dado que lo que este procedimiento podrá llegar a fundamentar es un deber de tolerancia del peligro por parte del autor, pero de ningún modo la exclusión generalizada del bien de aquella categoría.

Por otra parte, tampoco el criterio de "irreemplazabilidad"[38] de los bienes es útil como línea divisoria. En un caso concreto, también el honor y el puesto de trabajo pueden llegar a ser irremplazables; sin embargo, no están incluidos en el parágrafo 35. Quién, como lo hace TIMPE[39], recurre al contraargumento de que pérdidas de este tipo pueden ser compensadas mediante el seguro y medidas de fomento del empleo, pasa por alto que también contra lesiones corporales existen seguros. Sin embargo, ello jamás puso en duda la posibilidad de defender la integridad física en una situación de necesidad.

En realidad, si se recurre a la "irremplazabilidad" como criterio delimitador, cualquier bien jurídico, dependiendo del contexto, puede llegar a ser incluido dentro del catálogo de bienes que pueden ser salvados en estado de necesidad, como los ejemplos del mismo TIMPE[40] lo demuestran, con la indeseable y disfuncional consecuencia que cualquier infortunio podría plantearse como situación excepcional.

Criticable es también el tratamiento que JAKOBS propone para el error sobre la existencia de un estado de necesidad. Para explicar la regulación norma-

---

38 La diferenciación entre bienes jurídicos reemplazables e irreemplazables en el estado de necesidad ya fue rechazada, por ejemplo por RABE (*Die Entwicklung*, cit., p. 44), "pues el orden jurídico pretende conservar todos los bienes jurídicos y no se pregunta si es reemplazable o irreemplazable". Puede ser acertado que al orden jurídico le interese proteger cada uno de los bienes jurídicos. Empero, si ello debe ocurrir a través del menoscabo de bienes como la vida, integridad física y libertad, es otra cuestión. En esa medida, la crítica formulada por RABE, por lo menos, requiere ser precisada.

39 TIMPE. *Strafmilderungen*, cit., p. 302; ID. *Grundfälle*, cit., p. 862.

40 TIMPE. *Strafmilderungen*, cit., p. 302.

tiva del error, que como se vio prevé una disminución obligatoria de la pena, JAKOBS parte de que junto a la existencia real de una causa de exculpación existiría también una presión psíquica por parte del autor. De allí que en caso de una situación meramente supuesta tan sólo quedaría como elemento exculpante una presión motivacional, y ésta, para dar lugar a la disculpa parcial mediante la reducción de la sanción, debería ser real.

Esa explicación, a mi entender, no es acertada; pues así como cuando existe realmente una situación de necesidad la medida concreta del miedo experimentado por el autor no debe verificarse, siendo suficiente la mera presunción de su existencia, así también es suficiente una suposición tal en el caso de una situación de necesidad presunta. Lo real en el hecho debe ser que el autor haya actuado en error; esto no puede ser presupuesto.

La solución dada por JAKOBS contradice sus propios principios en materia de imputación, pues aquí lo relevante no es el estado anímico del sujeto, sino la forma en que llegó al mismo, es decir de una manera imputable o de un modo que puede distanciarse atribuyéndoselo a una catástrofe natural o al comportamiento desviado de un tercero[41].

Así lo sostiene JAKOBS incluso para los temas de inexigibilidad, uno de cuyos casos es el parágrafo 35, cuando afirma que "si la disposición psíquica del autor condiciona su capacidad para obedecer la norma, ello no comporta *per se* la inexigibilidad, sino que el condicionamiento sólo se tiene en cuenta cuando no es asunto del autor"[42].

La incoherencia resaltada llega a tal extremo que, además, contradice las propias reglas del error de prohibición desarrolladas por JAKOBS, pues lo decisivo en estos casos para desgravar al autor por su hecho no es el estado intelectual o psicológico *per se*, sino el grado de competencia del autor por ese estado[43].

Finalmente, debe señalarse que la exigencia de una presión motivacional real en el autor por parte de JAKOBS se encuentra sometida a la misma crítica que él realiza a la doctrina cuando exige que el hecho en estado de necesidad responda a un motivo loable y, a veces, a un constreñimiento psíquico.

En efecto, JAKOBS sostiene que "no hay que verificar la pureza del motivo por el que el autor quiere evitar el peligro, ni la medida del conflicto que expe-

---

41 JAKOBS. *AT*, cit., 17/18 y ss.

42 Ibíd., 17/55. Otra idea parece sostener JAKOBS (Ibíd., 17/81), cuando afirma: "Si el autor presupone una situación en la que, en caso de realmente existir y ser conocida, *estaría disculpado debido a la presión motivacional que ella acarrea...*" (cursiva fuera de texto).

43 Ibíd., 19/6 y ss.

rimenta [...] Dada la voluntad de evitación, el conflicto anímico se presume"[44]. Lo contrario "contradice el principio del hecho"[45].

Dado que la constatación de una verdadera presión motivacional en el autor –como la exige JAKOBS para el estado de necesidad putativo– en más de una ocasión, sobre todo cuando no es exteriorizada de modo alguno, es asimilable a la averiguación de la pureza del motivo por el que actuó, en cuanto en ambas cuestiones se trata de estados anímicos, la contradicción en que incurre JAKOBS es evidente.

CONCLUSIÓN

En la medida que las teorías desarrolladas por ROXIN, JAKOBS y TIMPE no centran el fundamento de la disculpa y sus excepciones en la presión psicológica que experimentaría el autor, sino en los fines de la pena, eluden las críticas que se le han formulado a teorías anteriores[46].

Sin embargo, como el fundamento no se puede referir ni se refiere a la disculpa de cualquier hecho, sino sólo de aquellos que pretenden salvar determinados bienes (libertad, integridad física y vida) y personas (autor, algunos parientes y personas cercanas al autor), así lo establece el parágrafo 35, en la medida que las teorías basadas en los fines de la pena no puedan justificar de manera suficiente esas limitaciones, también continúan siendo criticables y no proporcionan una explicación convincente de la normativa mencionada.

No basta con argumentar, como lo hacen JAKOBS y TIMPE, que la disculpa concurre porque el conflicto no ha sido provocado por el autor, pues el legislador, para la exculpación, sólo tiene en cuenta esta circunstancia cuando se trata de los bienes y personas mencionadas. En el caso de otros bienes y personas, aun cuando el conflicto no ha sido provocado por el autor, no concurre la exculpación.

---

44 Ibíd., 20/10.

45 Ídem.

46 Al respecto, cfr. ACHENBACH, en *JR* 1975, p. 494; RUDOLPHI. "Ist die Teilnahme an einer Notstandstat i. S. der §§ 52, 53 Abs. 3, 54 StGB strafbar?", en *ZStW*, 78, 1966, pp. 75 y 76; ID. *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 6.ª ed., t. I, 1992, § 35, n.º m. 2; ULSENHEIMER. "Zumutbarkeit normgemäßen Verhaltens bei Gefahr eigener Strafverfolgung", en *GA*, 1972, p. 23; JAKOBS. *AT*, cit., 20/1; ID. *Kommentar*, cit., p. 174; ARMIN KAUFMANN. *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, 1959, pp. 153 y ss.; TIMPE. *Grundfälle*, cit., p. 860; ID. *Strafmilderungen*, p. 278; BERNSMANN. "*Entschuldigung*", cit., pp. 181 y 182; STRATENWERTH. *Strafrecht, Allgemeiner Teil I*, 3.ª ed., Köln y otras, 1981, p. 178; VOGLER. "Der Irrtum über Entschuldigungsgründe im Strafrecht", en *GA*, 1969, pp. 103 y ss.; ROXIN. "Zur jüngsten Diskussion über Schuld, Prävention und Verantwortlichkeit im Strafrecht", en *Fest. für P. Bockelmann*, München, 1979, pp. 282 y ss.; ID., en *Fest. für H. Henkel*, pp. 183 y 184.

Ello demuestra, entonces, que junto al argumento de JAKOBS y TIMPE se requiere otra justificación que termine de explicar la disculpa prevista por el legislador. Como creo haber demostrado precedentemente, las explicaciones dadas al respecto por los autores mencionados no son convincentes.

FERNANDO J. CÓRDOBA*

Las informaciones hipotéticas

Permítaseme comenzar haciendo una aclaración que servirá, a la vez, como introducción al problema que abordaré en las páginas siguientes. Desde un punto de vista terminológico, una "información hipotética" es una información que su emisor ha formulado en forma de oración condicional. En el uso jurídico-penal, sin embargo, la expresión se utiliza para designar a la *información que alguien habría obtenido, si hubiera consultado*. Concretamente, se trata de una denominación para los casos de error de prohibición en los que el autor omite informarse a pesar de tener una razón y un medio para hacerlo; sin embargo, consta que, si hubiera preguntado, la fuente consultada se habría equivocado, es decir, habría respondido equivocadamente que la conducta estaba permitida.

La pregunta que genera el debate, y que será objeto de esta exposición, es si esa hipotética equivocación debe ser tomada en cuenta al momento de resolver sobre la evitabilidad del error de prohibición; formulado de otro modo, si la circunstancia de que el autor habría obtenido una respuesta (incorrecta) favorable a la permisión de su acción impide que pueda afirmarse que, de haberse informado, habría podido alcanzar el conocimiento de la prohibición.

I. LA TEORÍA DE LA INFRACCIÓN DEL DEBER[1] DE INFORMARSE

Mientras dominó en la jurisprudencia alemana la teoría de la infracción del deber de informarse[2], fue imposible otorgar en la práctica relevancia alguna a las informaciones hipotéticas.

Este punto de vista fue sostenido, por primera vez, a comienzos de los años 60 por el BayObLG: "El error de prohibición es culpable aun cuando la información, cuya búsqueda fue omitida en infracción al deber, no hubiese despejado el error"[3].

---

* Universidad de Buenos Aires.

1 La "teoría de la infracción del deber" debe su nombre a la circunstancia de que ve el criterio para la evitabilidad del error de prohibición en la infracción de un deber de informarse sobre el derecho. Al respecto, cfr., por todos, *SK-Rudolphi*, § 17, n.° 25, y *Unrechtsbewußtsein*, pp. 194 y ss.

2 BayObLG *NJW*, 60, 504.

3 BGHSt 21, 18, del 27 de enero 1966. A partir de esta sentencia el BGH abandonó el criterio que había mantenido en los casos publicados en *VRS*, 14, 31, y *VRS*, 15, 125, favorable a la relevancia de las informaciones hipotéticas, y que sólo volvería a retomar a comienzos de los 90, en la sentencia BGHSt, 37, 55. Los tribunales superiores regionales, con la excusa de la reforma del StGB de 1975, ya en los años anteriores habían comenzado a distanciarse de la teoría de la infracción del deber de informarse (OLG Celle, en la sentencia del 13 de diciembre de 1976, publicada en *NJW*, 1977, 1644, y el propio BayObLG en la su sentencia del 8 de septiembre de 1988, publicada en *JR*, 1989, 386).

Posteriormente, el criterio fue adoptado por otros tribunales superiores y, a mediados de esa década, se impuso también en la jurisprudencia del BGH: "Si el autor, infringiendo su deber, ha omitido las consultas que le eran exigibles, es culpable del error con indiferencia de qué información habría recibido".

En sí esta solución es consecuente con el punto de partida de esa teoría pues, si la infracción del deber de informarse fundamenta por sí sola la evitabilidad del error de prohibición, la hipotética respuesta que el autor habría recibido, de haber consultado, no puede tener ninguna importancia.

II. PROPUESTAS DE SOLUCIÓN EN LA DOCTRINA

La teoría de la infracción del deber fue combatida desde un comienzo por la doctrina, que le objetó, con razón, que su punto de partida era incompatible con la noción de culpabilidad en la que pretendía tener cabida. Y es que, si también para los partidarios de esta teoría la culpabilidad requería la posibilidad de conocer y motivarse conforme a la norma, esa misma culpabilidad, en el caso de un error de prohibición, no podía consistir sólo en la infracción de un deber de información y prescindir de la posibilidad de conocer la norma[4].

Con este pensamiento como esquema rector, la doctrina rechazó también enfáticamente la consecuencia fundamental a la que conducía la teoría de la infracción del deber de informarse:

"La más grosera consecuencia de la teoría de la infracción del deber –dice RUDOLPHI– es la jurisprudencia, ya mencionada, según la cual el autor debe ser alcanzado por un reproche de culpabilidad, a causa del hecho ilícito cometido en error de prohibición, ya cuando ha omitido emprender la búsqueda de información, y ello, por cierto, sin consideración a qué información habría obtenido a través de esas averiguaciones. Pues así se formula contra el autor un

---

4 "El autor que actúa en error de prohibición evitable tiene culpabilidad porque ha omitido utilizar su capacidad para conocer la antijuridicidad de su conducta y, con ello, se ha privado él mismo de la posibilidad de determinar su comportamiento conforme al deber jurídico que habría reconocido..." (*SK–Rudolphi*, § 17, n.° 24; y *Unrechtsbewußtsein*, p. 195). "Esta interpretación del error de prohibición evitable desconoce la esencia de la culpabilidad cuando ve la culpabilidad del autor que yerra evitablemente en la lesión de un deber de examinar e informarse [...] [Aun] cuando el autor no sólo hubiera actuado objetivamente en contra de este deber, que supuestamente pesa sobre él, sino que incluso lo hubiera lesionado culpablemente, todavía con ello no ha recaído ningún juicio definitivo acerca de que al autor pudiera reconocer también la antijuridicidad de su conducta y, con ello, pudiera orientar su comportamiento con arreglo al deber jurídico" (*Unrechtsbewußtsein*, p. 196). Hay que rechazar, por ello, la concepción, ampliamente difundida, que caracteriza a la evitabilidad como la lesión de un deber jurídico" (ibid., § 17, n.° 25). Cfr., así mismo, ARMIN KAUFMANN, en *Eb. Schmidt-FS*, pp. 329 y ss.; y HORN. *Verbotsirrtum*, pp. 60 y ss.

reproche de culpabilidad aun cuando, posiblemente, o incluso con certeza, no habría podido reconocer la antijuridicidad de su conducta y, con ello, naturalmente, tampoco podría haber evitado su hecho antijurídico con ayuda de una motivación conforme a la norma. Aquí podría pensarse en el caso de que el autor –si se hubiese informado, p. ej., con un abogado– habría recibido la respuesta –elaborada sobre la base de un examen conforme a deber de la situación jurídica y, quizás, incluso en consonancia con la jurisprudencia– de que su comportamiento no estaba prohibido jurídicamente. La reprochabilidad, ausente, del hecho ilícito cometido por el autor es remplazada aquí por la lesión de un deber general de reflexionar e informarse. Que ello implica una manifiesta lesión del principio "no hay pena sin culpabilidad" no hace falta explicarlo de nuevo en forma explícita[5].

Sobre la base de estas premisas y razonamientos, en la literatura se impuso, por ello, la opinión de que el juicio de evitabilidad del error de prohibición requiere la comprobación de que la información omitida habría conducido al autor al conocimiento del ilícito; en otras palabras, el contenido de una eventual información hipotética sería relevante[6]. Esta posición, sin embargo, pronto es objeto de una importante precisión: no cualquier información hipotética incorrecta determinaría que el error debiera considerarse inevitable, sino sólo una en la que el autor *podría haber confiado*[7].

Para comprender mejor el por qué de esta restricción resultará útil traer a colación algunas breves consideraciones acerca de los límites normativos que habrían regido para la adquisición de conocimiento en el caso de una información realmente obtenida. Dejando de lado los delitos de omisión –en los que la posibilidad de realizar la acción mandada puede verse acotada temporalmente– y alguna otra situación de excepción, en la mayor parte de las actividades normales de la vida social siempre es posible recabar una opinión más antes de actuar. Por eso, si la evitabilidad fuera entendida en el sentido de que sólo la

---

5 *Unrechtsbewußtsein*, p. 199; también *SK-Rudolphi*, § 17, n.° 25.

6 Cfr., p. ej., *SK-Rudolphi*, § 17, n.os 42 y ss.; *NK-Neumann*, § 17, n.os 81 y ss.; ID. en *JuS*, 1993, 793 (798); TRÖNDLE y FISCHER, § 17, n.° 9; LACKNER y KÜHL, § 17, n.° 7; Sch/Sch/Cramer/Sternberg-Lieben, § 17, n.os 18 y 22; *LK-Schroeder* (F. C.), § 17, n.° 45; ROXIN. *AT*3, § 21, n.° 68; WOLTER, en *JuS*, 1979, 482 (487); OTTO, en *Jura*, 1990, 645 (650); ZACZYK, en *JuS*, 1990, 889 (894); GROTEGUTH. *Norm- und Verbots(un)kenntnis*, pp. 126 y 127 y nota 22; GROSS. *GA*, 1971, 13 (18); SCHÜNEMANN, en *NJW*, 1980, 741; STRAUSS, en *NJW*, 1969, 1418 y ss.; BLEI, en *JA*, 1970, 669, entre otros.

7 Expresamente, RUDOLPHI. Ob. cit.; NEUMANN. Ob. cit.; Sch/Sch/Cramer/Sternberg-Lieben. Ob. cit.; *LK-Schroeder (F. C.)*, ob. cit.; ROXIN. Ob. cit.; WOLTER. Ob. cit.; OTTO. Ob. cit.; GROTEGUTH. Ob. cit., aunque cabe suponer que todos los autores que reclaman una información confiable deberían compartir también esa exigencia en el caso de una información hipotética.

imposibilidad absoluta de obtener el conocimiento del ilícito pudiera excluir la culpabilidad, entonces casi ningún error sería inevitable[8]. Es por ello que en la literatura es unánime la opinión de que un error de prohibición ya ha de ser considerado inevitable cuando el autor *podía confiar* en la información que había recibido, y ello a pesar de que todavía le quedaran otras posibilidades de seguir informándose. Desde esta perspectiva, entonces, el requisito de la confiabilidad de la información hipotética resulta lógico, pues si el autor realmente se hubiese informado sólo una información confiable lo habría puesto a resguardo de un reproche de culpabilidad.

Sin embargo, existen dos puntos de vista sobre qué se debe entender por una "información confiable", y cada uno de ellos repercutirá de un modo distinto a la hora de enjuiciar la relevancia de una información hipotética. Una opinión minoritaria –cuyo representante principal es RUDOLPHI– hace depender la confiabilidad de una información de las cualidades y capacidades de la persona que la ha impartido y del modo en que ha sido elaborada, y a ambos respectos establece el parámetro de lo óptimo. Según este punto de vista, "una información es confiable cuando ha sido impartida por una persona objetiva y experta, sobre la base de un examen cuidadoso de la situación fáctica y jurídica"[9].

La opinión mayoritaria[10], en cambio, adopta un criterio más amplio al definir los requisitos que deben darse para que una información pueda ser calificada como confiable. Quienes sostienen esta posición argumentan que no es correcto condicionar el permiso para confiar a que la fuente consultada esté realmente capacitada para impartir la información correcta, pues el lego normalmente no estará capacitado para evaluar la idoneidad de esa fuente; tampoco debería exigirse que la información haya sido elaborada realmente sobre la

---

8 Cfr., p. ej., ROXIN. *AT*3, § 21, n.° 37, y RUDOLPHI. *Das virtuelle Unrechtsbewußtsein*, p. 23.

9 *SK-Rudolphi*, § 17, n.os 35 y 40, también en *Unrechtsbewußtsein*, pp. 241 y ss., esp. 248, y en *JR*, 1978, p. 382; se adhiere expresamente a este punto de vista, STRATENWERTH, en ZStW, 85, 494, y en *AT*4, § 10, n.° 91; así mismo, TRÖNDLE y FISCHER, § 17, n.° 9, con cita de la sentencia BGHSt, 40, 264. Confusos, Sch/Sch/Cramer/Sternberg-Lieben, § 17, n.° 18, quienes, citando la sentencia BGHSt, 40, 264, sostienen –en coincidencia con RUDOLPHI– que "confiable es una persona objetiva, experta y competente, que no persigue ningún interés propio al impartir la información y que brinda la garantía de estar impartiendo la información de modo objetivo, cuidadoso, conforme a deber y con consciencia de su responsabilidad"; pero luego, con remisión a NEUMANN y ROXIN, agregan que "por otra parte, sin embargo, debe bastar cuando el autor se informó pormenorizadamente con un especialista en derecho al que podía considerar, sin culpa suya, como una fuente competente (en esta medida, un lego puede confiar, por regla general, en la calificación formal de la fuente informante)".

10 Cfr., p. ej., *AK-Neumann*, § 17, n.os 74 y ss.; ROXIN. *AT*3, § 21, n.° 61; JAKOBS. *AT*2 19/41 y ss.; ZACZYK, en *jus*, 1990, 889 (894); *LK-Schroeder* (F. C.), § 17, n.° 42; WOLTER, en *jus*, 1979, 482 (487); GROTEGUTH. *Norm- und Verbots(un)kenntnis*, p. 126, entre otros.

base de un examen cuidadoso de los hechos y del derecho, pues el lego, por lo general, tampoco estará en condiciones de juzgar si se precisa un examen aún más detallado o no. En tal sentido, se aduce que si el autor poseyera los conocimientos necesarios para llevar a cabo esa doble evaluación no precisaría consultar con otro. De allí que, de acuerdo con este punto de vista, el lego, por regla general, debería poder orientarse únicamente en la calificación formal de la fuente que imparte la información, y este permiso sólo debería decaer cuando circunstancias especiales hubieran dado motivo para dudar de la corrección de la información. Por consiguiente, una información sería confiable cuando hubiera sido impartida por una persona a la cual el autor, en virtud de su calificación formal, podía considerar experta y objetiva; ello, claro está, siempre y cuando circunstancias especiales no hayan dado motivo para dudar de la corrección de su respuesta[11].

En los hechos, esto significa que el criterio para establecer cuándo se puede confiar en una información se traslada del cuidado puesto por la persona consultada (que además ha de ser experta y objetiva) en la elaboración de la información al cuidado observado por el autor en la selección de la persona a la que consultó. Con acierto ha señalado RUDOLPHI que este último punto de vista califica también a una información como confiable cuando el autor no podía –o, más bien, si no le era exigible– reconocer la "falta de confiabilidad" de la información[12].

Ahora bien, esta diferencia de opiniones no tiene mayor importancia cuando el autor se ha informado realmente, pues los partidarios del primer punto de vista afirman, de todos modos, la existencia de un error de prohibición inevitable cuando el autor no pudo –o ya no le era exigible– reconocer la falta de confiablilidad de la respuesta recibida; dicho de otra manera, cuando el autor fue víctima de un error inevitable sobre la confiabilidad de la información recibida[13]. Por consiguiente, en los casos en que la información fue oportunamente recabada, ambos criterios, si bien por distintas vías, conducen al mismo resultado: un error de prohibición inevitable.

No sucede lo mismo, en cambio, cuando el autor ha omitido informarse. Aquí sí la distinción de criterios adquiere significación y conduce a resultados distintos.

---

11 Acerca de cuáles serían estas situaciones, cfr. WOLTER, en *jus*, 1979, 487, ZACZYK, en *jus*, 1990, 894; *AK-Neumann*, § 17, n.os 77 y 78; JAKOBS. *AT* 2 19/44.

12 Por supuesto, "falta de confiabilidad", medida con arreglo a los parámetros de RUDOLPHI (*SK- Rudolphi*, § 17, n.° 40).

13 Idem.

Los partidarios del segundo punto de vista sostienen que, primeramente, hay que establecer si la persona a la que habría consultado el autor, por su calificación formal, reunía las características de una fuente confiable de información, para, luego, en caso afirmativo, preguntarse qué información habría recibido el autor, si hubiese practicado la consulta que omitió. Si se comprueba que la fuente habría informado incorrectamente que la conducta era lícita, habría que concluir que el error era inevitable, pues entonces el autor habría podido confiar en esa información[14]. Y ello, de acuerdo con esta opinión, aunque conste que la información habría sido incorrecta porque la fuente no era experta u objetiva o porque no habría sido elaborada sobre la base de un examen cuidadoso de la situación, pues lo decisivo sería únicamente que la fuente pudiera ser considerada confiable exclusivamente en razón de su calificación formal[15].

En ello reside, precisamente, la discrepancia a la que he hecho alusión, pues recuérdese que, según el punto de vista mencionado en primer lugar, el autor sólo podría confiar en una información que "hubiera sido impartida por una persona experta y objetiva, sobre la base de un exámen conforme a deber de la situación fáctica y jurídica". Por ello, en palabras de RUDOLPHI, al resolver la cuestión de la relevancia de una información hipotética:

> ... no se trata de la comprobación puramente fáctica de qué información habría obtenido el autor de haber realizado la búsqueda de información por él omitida [...] sino del problema normativo de si una información, impartida por una persona experta y objetiva de modo conforme a deber, esto es, sobre la base de un examen cuidadoso de la situación de hecho y de derecho, habría podido caracterizar la conducta del autor sólo como antijurídica o también como conforme a derecho[16].

Una vez más, sin embargo, la distancia entre ambas soluciones se acorta cuando no hay una persona o instancia que pueda ser identificada como aquella que el autor habría consultado, o no es posible establecer qué respuesta habría proporcionado. En relación a estos casos, los partidarios del punto de vista men-

---

14 Ello, ciertamente, con la limitación, ya mencionada, de que no hubiera circunstancias especiales que fuesen motivo para dudar de su corrección.

15 Una vez más, con la salvedad hecha en la nota anterior. Expresamente, p. ej., *AK-Neumann*, § 17, n.º 82; WOLTER, en *jus*, 1979, 487: "Si esta persona concreta –por la razón que fuera– habría impartido una información incorrecta debido a una investigación descuidada, entonces hay que medir a favor del autor la inevitabilidad del error de prohibición ya con arreglo a esta información incorrecta-contraria a cuidado. Con otra palabras, una respuesta elaborada realmente en forma contraria a cuidado y no digna de confianza bajo aspectos 'normativos' puede ya –dentro de límites que aún deben ser establecidos– ser (objetivamente) confiable; el autor que confía realmente en una información tal o que, habiendo omitida la consulta, habría recibido un información tal, actúa en error de prohibición inevitable".

16 *SK-Rudolphi*, § 17, n.º 42.

cionado en segundo lugar no tienen una respuesta unánime, pues mientras algunos quieren hacer valer aquí el principio *in dubio pro reo* y estar a la hipótesis más favorable al imputado[17], otros postulan que el contenido de la información hipotética debe ser precisado normativamente. Así, dice NEUMANN, p. ej.:

> Si en el caso particular tal persona o instancia no es concretizable, debe investigarse por vía de una apreciación normativa qué información le habría sido –o bien, le habría debido ser– impartida al autor por parte de una instancia de información confiable[18].

De seguirse esta última variante, sin embargo, la diferencia con la solución de RUDOLPHI se diluye pues, al igual que para aquél, lo relevante sería la información que una fuente confiable habría debido impartir[19].

En resumen, mientras que la teoría de la infracción del deber, desarrollada por la jurisprudencia, negó toda relevancia a las informaciones hipotéticas, la doctrina reclama la comprobación de que la consulta omitida habría conducido al autor al conocimiento del ilícito. Para la opinión mayoritaria, sin embargo, lo relevante sería la información que el autor realmente habría recibido en tanto proviniera de una fuente formalmente confiable; para un sector minoritario, la respuesta que una fuente experta y objetiva habría impartido luego de un examen cuidadoso.

III. IRRELEVANCIA DE LAS INFORMACIONES HIPOTÉTICAS. JAKOBS

La solución que aquí se propone deriva directamente de las premisas del sistema del que se ha partido. De acuerdo con ella, para la solución de estos casos hay que efectuar la siguiente distinción. En primer lugar, es posible que la información hubiera sido errónea, porque la fuente, en sí confiable, excepcionalmente se habría equivocado. En tal caso, el autor seguiría siendo competente por el error de prohibición. En segundo lugar, es posible que la información

---

17 Cfr., p. ej., Sch/Sch/Cramer/Sternberg-Lieben, § 17, n.os 22.

18 *NK-Neumann*, § 17, n.º 82.

19 Salvo que se piense en la divergencia que podría existir cuando, al determinar la información que la fuente habría podido impartir, se toma como referencia una fuente que es formalmente confiable (suficiente para NEUMANN), pero que no es experta u objetiva (condiciones necesarias para RUDOLPHI); caso poco probable si se define la fuente en forma abstracta: un abogado, la autoridad impositiva, la autoridad de medio ambiente, el ente regulador del gas, etc., aunque, aun así, podría discutirse todavía con qué grado de abstracción (y, por tanto, concreción) debería operarse: ¿un abogado especialista en la materia?, ¿el funcionario específico para cuestiones de toxicidad admisible del agua? Esta última cuestión, sin embargo, ni siquiera está clara en el caso de informaciones realmente recibidas.

hubiera sido falsa porque frente a la cuestión jurídica discutida ni siquiera una fuente de información óptima habría podido resolverla correctamente. Si éste es el caso, entonces el autor ya no es competente. El fundamento de este tratamiento diferenciado reside en que, en el primer caso, en ningún momento se llegó a la "posibilidad de resolver el conflicto a través del fracaso de otras personas o a través de la desgracia". En el segundo caso, por el contrario, es posible una solución exonerante, "pues entonces el comportamiento es objetivamente –sin que el autor lo supiera– estereotípicamente lícito"[20].

A. LOS CURSOS CAUSALES HIPOTÉTICOS

Los argumentos que sustentan esta distinción JAKOBS los desarrolla en extenso al ocuparse, en el ámbito de la imputación objetiva, del problema análogo de los cursos causales hipotéticos. Conviene recordarlo, se trata allí de la cuestión de si se excluye la realización del riesgo cuando el resultado de todos modos se habría producido, aunque el autor no hubiera actuado, o lo hubiese hecho pero de modo conforme a derecho.

En primer lugar, ha de distinguirse aquí los cursos causales hipotéticos imputables a otra persona (otro autor o la propia víctima).

Ejemplos: un dentista anestesia a un paciente sin someterlo previamente al reconocimiento por parte de un internista, lo que claramente estaba indicado; por no tolerar la anestesia el paciente muere; sin embargo, de haber sido consultado el médico internista, éste no habría diagnosticado la incompatibilidad existente por un error imputable; o bien, un soldado aduce que de no haber fusilado antijurídicamente a prisioneros de guerra, tal como se le había ordenado, otro soldado habría llevado a cabo el fusilamiento.

Contra la consideración de tales cursos hipotéticos en el juicio de realización del riesgo, JAKOBS sostiene que un bien no pierde su protección jurídica porque otras personas lo habrían lesionado imputablemente por medio de otro curso. La regla, compartida en gran medida por el resto de la doctrina[21], es que mediante la consideración de cursos hipotéticos no se puede privar al bien (con más precisión: a la expectativa[22]) de su garantía normativa[23].

---

20 *AT* 2 19/45.

21 ROXIN. *AT* 3, § 11, n.° 53: "el orden jurídico no puede retirar sus prohibiciones porque también otro estaba dispuesto a lesionarlas"; STRATENWERTH. *AT* 4, § 8, n.° 42; *SK-Rudolphi*, previo al § 1, n.° 60.

22 Pues no se puede garantizar algo que ya está perdido, esto es, el bien, sino la expectativa de que el comportamiento lesivo debe no ser.

23 *AT* 2 7/88, 91.

Y es que si el derecho se rehusa a aceptar como configuración del mundo determinante la defraudación *real* de una expectativa normativa (= culpabilidad del autor), mucho menos tiene por qué asumir una defraudación que nunca ha llegado a producirse (= hipotético comportamiento incorrecto de un tercero o de la propia víctima). Expresado de otra manera, si una protesta real contra la configuración normativa del mundo no se toma en cuenta, con más razón no ha de serlo una protesta que nunca ha existido. Por el contrario, al formularse la hipótesis cabe mantener vigente la expectativa de que las personas se comportarán conforme a derecho.

En palabras de JAKOBS:

> Precisamente, la gracia de una expectativa normativa consiste en que exime de apreciar cualquier dato cognitivo acerca de lo que sucederá en favor de la asunción de que el mundo tendrá un aspecto conforme a derecho; a modo de ejemplo, a nadie le está permitido causar una herida porque de lo contrario otro la causaría. Por el contrario, el quebrantamiento perfecto de una norma debe ser combatido cognitivamente en cuanto concierne a sus resultados externos; nuevamente a modo de ejemplo, ninguna herida sana por la circunstancia de que no estaba permitido causarla. *Con otras palabras, al mundo hay que tomarlo tal como es, pero en el cálculo de su configuración futura hay que partir de la base de que por doquier habrá comportamientos conformes a derecho*[24].

Ciertamente, esta argumentación es válida para los ilícitos hipotéticos y también para la infracción hipotética a sus deberes de autoprotección por parte de la víctima. Pero falta todavía una fundamentación que permita excluir la consideración del infortunio hipotético (= cursos naturales hipotéticos[25]).

Ejemplos: unos niños destruyen un campo de trigo al pisotearlo jugando en él a los indios; la cosecha de todos modos habría sido destruida por una tormenta de granizo que se avecinaba; o bien, alguien mata de un disparo a un enfermo agonizante.

---

24 JAKOBS, en *Miyazawa-FS*, S. 423 (cursiva fuera de texto), y *La imputación objetiva*, pp. 189 y 190: "Dicho de otro modo, las garantías normativas siempre se mantienen y no desaparecen por el hecho de que haya que tener en cuenta la posibilidad de que sean infringidas, pues con base en estas garantías es posible orientase aunque quepa predecir una lesión. Se trata, por tanto, de la simple afirmación de que ningún comportamiento desaprobado o que infringe un deber de autoprotección, debe definirse como inocuo simplemente porque el daño se habría producido a causa de otro comportamiento no permitido o contrario a un deber de autoprotección. Dicho en términos extremos: después de haber cometido un homicidio nadie puede invocar como causa de exoneración que en caso de no haber cometido él el delito lo hubiera cometido otra persona".

25 Al respecto, cf., p. ej., ROXIN. *AT* 3, § 11, n.° 56; JESCHECK y WEIGEND. *AT* 5, § 28, IV, 5. Aquí también deberían ser computados los casos en los que el autor habría actuado inculpablemente.

JAKOBS apela aquí a un argumento de carácter más general que no es sino la contrapartida del fundamento último que rige el proceso de imputación del resultado. En líneas generales, su argumentación reza del siguiente modo: todo curso lesivo desorienta mientras no sea explicado[26]. Enunciar con el mismo rango todas las condiciones que contribuyeron a la producción del resultado, sin embargo, no aportaría orientación alguna, sino que sólo pondría de manifiesto la inabarcable multiplicidad de relaciones causales que puede mencionarse para todo daño. Es por ello que, sin importar la perspectiva desde la que se lo aborde[27], el proceso de explicación siempre es el mismo: el suceso se explica reconduciendo el resultado a *un conjunto seleccionado de condiciones*, al cual se define como causa determinante; se afirma entonces que el resultado es la realización del riesgo fundamentado por ese conjunto de condiciones.

---

26 Al respecto, señala RÖHL (*Rechtssoziologie*, pp. 237 y 238): "La psicología social conoce un conjunto de teorías que se basan en la premisa de que un individuo se esfuerza por mantener su sistema cognitivo en orden, intentando mantener sus percepciones y sentimientos, sus conocimientos y representaciones de valor, libres de contradicciones. La más conocida e importante es la teoría de la disonancia cognitiva, que va unida al nombre de LEON FESTINGER [...] Esta teoría dice lo siguiente: todas las personas tienen representaciones acerca de los hechos (cogniciones). A ellas pertenecen las representaciones sobre estados y acontecimientos del medio ambiente, pero también las representaciones acerca de la propia persona, sobre sus capacidades, deseos y metas. A las cogniciones pertenecen, finalmente, las representaciones sobre la vinculación entre diversos hechos, o sea, las suposiciones científicas así como supersticiosas acerca de las relaciones causales y, derivado de ello, expectativas respecto del futuro. En una persona se llega a una disonancia cognitiva cuando se produce un suceso que no coincide con sus conocimientos y expectativas. FESTINGER sostiene que una disonancia cognitiva se experimenta en general como algo desagradable y, por ello, en lo posible se la evita o, cuando ya se ha producido, se la reduce".

27 Cfr. al respecto y sobre la posibilidad de combinar distintas perspectivas (psicológica, sociológica, criminológica, jurídico-penal, etc.) en la medida en que no se contradigan, JAKOBS. *La imputación objetiva*, pp. 174 y ss. La explicación que puede proporcionar el derecho penal tiene lugar a través de la imputación, esto es, de modo normativo: alguien se ha comportado incorrectamente y su comportamiento incorrecto es la razón del daño; por ej., alguien con su comportamiento ha creado un riesgo no permitido, o puede incluso que la propia víctima haya creado el riesgo incumpliendo sus deberes de autoprotección. Por último, puede ocurrir que no corresponda imputar el curso lesivo a nadie, en cuyo caso el daño ha de explicarse cognitivamente como infortunio de la víctima. Ciertamente, desde una perspectiva jurídico-penal sólo interesa establecer si el curso lesivo puede serle imputado al comportamiento no permitido de un autor o partícipe. Sin embargo, dado que el curso lesivo ha de recibir al menos una explicación plausible, esa tarea no puede ser llevada a cabo sin tomar en cuenta los restantes modos explicativos. Si se lleva a cabo la imputación jurídico-penal, ello siempre significa, al mismo tiempo, que no estamos en presencia de un acontecimiento fortuito ni la víctima es competente, al menos de manera exclusiva, del curso lesivo, etc. Si no se imputa, ello sólo puede ser correcto si entre los demás modos explicativos hay, al menos, uno aplicable. Las operaciones de delimitación de la imputación jurídico-penal, por lo tanto, no [...] constituyen una cuestión unilateral, interna de la imputación, sino que siempre constituyen, al mismo tiempo, variaciones recíprocas de los límites de los otros modos explicativos" (*Lackner-FS*, pp. 53 y 54; *La imputación objetiva*, pp. 92 y ss.; 174, 176 y 177).

Ahora bien, si de lo que se trata es de establecer a qué condiciones de un daño habrá de reconducirse el resultado, es evidente que un riesgo hipotético no ofrece ninguna posibilidad de explicación por la simple razón de que esos factores nunca llegaron a condicionar el resultado[28]. No es posible explicar un resultado real remitiendo a condiciones irreales; lo que no condiciona el resultado tampoco lo explica; con hipótesis no se puede explicar la realidad[29].

Esta posición JAKOBS la sostiene en su manual, al decir que:

> ... en lo que respecta a los casos de infortunio, la víctima puede remitirse a que las condiciones de un curso desgraciado aún no estaban completas cuando se realizó el curso imputable[30].

O bien, formulado de modo general:

> La cuestión relativa a si un riesgo se realizó no depende de lo que habría ocurrido sin ese riesgo, sino de lo que ha ocurrido con él[31].

Por consiguiente, también queda excluida la posibilidad de invocar un curso causal hipotético como explicación de un acontecimiento, aunque se trate de causalidad natural.

No obstante, JAKOBS porporciona un argumento adicional para los casos de infortunio hipotético que se relaciona con el reparto de los llamados riesgos generales de la vida. Dice:

> Ello se corresponde también con el principio que manda una repartición uniforme de los riesgos. Así como la víctima, luego del hecho, debe arreglárselas sola con nuevos riesgos (ejemplo: la víctima lesionada se ve amenazada en el hospital por un incendio; no se le imputa al autor de la lesión), así también hay que exonerarla de los riesgos antiguos (ejemplos: la víctima fue lesionada cuando estaba a punto de partir en un auto con un grave defecto no reconocible). Se trata en estos casos de consecuencias casuales de la configuración vital de la víctima, y así como ésta tiene derecho a la buena fortuna, así también tiene que soportar el infortunio[32].

---

28 Como señala JAKOBS, esta afirmación presupone que la perturbación que precisa explicación es el curso real que culmina en la producción del resultado y no, por ej., la destrucción de chances de supervivencia del bien (*Lackner-FS*, p. 60 y ejemplo p. 57).

29 *Lackner-FS*, pp. 56 y 60, y *La imputación objetiva*, p. 179.

30 *AT2* 7/91.

31 Ibíd., 7/75.

32 Ibíd., 7/91.

Ahora bien, el argumento según el cual una hipótesis no ofrece ninguna explicación para lo que ha ocurrido realmente es aplicable también a los casos de comportamiento ilícito y de infracción a los deberes de autoprotección hipotéticos. De hecho, el propio JAKOBS combina ambos argumentos al referirse a los casos de procedimientos previos de seguridad ineficaces. Recordemos, se trata de aquellos casos en los que una conducta riesgosa se halla permitida sólo si se implementa previamente un procedimiento de seguridad estatuido para disminuir el riesgo; dicho procedimiento, sin embargo, habría sido ineficaz en el caso concreto.

Los clásicos ejemplos, extraídos de la jurisprudencia, son los siguientes: un fabricante de pinceles entrega a los trabajadores pelos de cabra para su elaboración sin haberlos desinfectado previamente, un dentista aplica anestesia a un paciente sin someterlo previamente al reconocimiento por parte de un internista: en cada caso se produce el daño que con el procedimiento de seguridad omitido quería ser evitado (un operario se infecta, un paciente muere por no tolerar la anestesia); sin embargo, el procedimiento de seguridad respectivo (desinfección, examen médico) habría sido ineficaz, porque la desinfección no habría sido realizada correctamente, el internista no habría detectado por descuido la incompatiblidad del paciente con la anestesia, etc.

JAKOBS distingue aquí según que la ineficacia del procedimiento se debiera al comportamiento incorrecto de una persona (la desinfección no habría sido realizada correctamente, un examen descuidado de parte del internista no habría detectado la incompatiblidad con la anestesia, etc.) o a la inocuidad misma del procedimiento en el momento del hecho (el tratamiento de desinfección era inocuo frente al bacilo que produjo el contagio, la incompatibilidad habría sido irreconocible incluso mediando un examen óptimo, etc.).

Y acorde con los principios enunciados, sostiene entonces respecto del primer grupo de casos:

> ... si el procedimiento habría sido ineficaz porque el responsable de llevarlo a cabo habría actuado incorrectamente o porque la víctima no habría cumplido sus deberes de autoprotección, entonces la consideración de la ineficacia fáctica del procedimiento previo de seguridad privaría al bien de la garantía normativa[33].

Pero también combina este argumento con el mencionado en segundo término (condiciones hipotéticas no explican cursos reales). Dice:

---

33 *AT* 2 7/88.

> También aquí importa únicamente el curso causal real [...] Un fallo hipotético no explica ningún proceso causal lesivo, esto es, un bien nunca pierde su protección porque otras personas lo lesionarían de modo imputable en el marco de otro curso[34].

En cambio, otra es la situación cuando la ineficacia del procedimiento previo reside en su propia inocuidad. Estos casos no conciernen, en verdad, a la problemática de los cursos causales hipotéticos, pues no se trata de apelar a una ineficacia hipotética cuando la inocuidad del procedimiento era *real* ya en el momento del hecho (al menos según los conocimientos científicos de la época).

Por último, JAKOBS utiliza un tercer argumento para fundamentar la no consideración de riesgos hipotéticos:

> A causa de la necesidad, mencionada al comienzo, de explicar cada curso lesivo, surge asimismo a menudo, al considerar los cursos hipotéticos, el siguiente dilema: el curso real no se utiliza para la explicación y el hipotético, porque es irreal, no puede ser utilizado; ya no es posible entonces explicar la producción de la lesión[35].

Este último argumento, sin embargo, presupone ya el primero y el segundo. El dilema se produce porque el curso hipotético desplaza al curso real sin poder dar él mismo, por ser hipotético, una explicación alternativa de la realidad (= segundo argumento). Empero, si para la explicación no se puede echar mano ni del curso causal real ni tampoco del hipotético, porque ambos se neutralizan recíprocamente, lo cierto es que quedaría, así y todo, la posibilidad de explicar la producción del daño como infortunio. Si, no obstante ello, no se ve allí una solución plausible, se debe a que no se está dispuesto a aceptar un comportamiento no permitido como configuración determinante del mundo, ni cuando ese comportamiento es real ni cuando es hipotético (= primer argumento). En otras palabras, lo que impide explicar el conflicto como un infortunio inevitable es que en tales casos el resultado podría haberse evitado de haber actuado todos correctamente, y no cabe abandonar esa expectativa (normativa) ni frente a una defraudación real ni a una hipotética[36].

---

34 Ídem., y *La imputación objetiva*, pp. 189 y 190.

35 *Lackner-FS*, pp. 56 y s.; también p. 60: "Dado que no se responde por hechos hipotéticos –en efecto, con hipótesis no se puede explicar la realidad–, las posibilidades de explicación parecen diluirse: uno de los riegos se excluye porque el otro está en reserva, y éste se excluye porque no se ha realizado".

36 Cfr. JAKOBS. *La imputación objetiva*, p. 190, y *Lackner-FS*, p. 57: "La conclusión se torna completamente incomprensible cuando tanto el riesgo de una colisión ajena como el riesgo de una colisión propia evitables: en tal caso nadie sería competente por el curso lesivo, a pesar de que todos se han comportado incorrectamente y pese a que de comportarse todos correctamente el resultado no se habría producido, es decir, a pesar de que no existe un caso de infortunio inevitable"; y p. 65: "Pese al

Por consiguiente, la neutralización de las posibilidades de explicación no es, en verdad, un tercer argumento, sino más bien la consecuencia de los mencionados en primer y segundo término. O, formulado de otro modo, la razón por la cual no debe tomarse en cuenta cursos hipotéticos al intentar explicar un resultado lesivo es, precisamente, porque su consideración elimina las posibilidades explicativas; el fundamento de esta afirmación reside en que un curso hipotético no puede explicar la producción de un resultado real, y que éste tampoco puede ser definido como un infortunio cuando podía ser evitado mediando un comportamiento correcto de todos los intervinientes.

B. LAS INFORMACIONES HIPOTÉTICAS

Pues bien, regresemos ahora al ámbito del error de prohibición, que es, en verdad, el que aquí interesa. Trasladadas al problema paralelo de las informaciones hipotéticas, las conclusiones obtenidas conducen a la distinción formulada al comienzo de este acápite. Como fue mencionado en esa oportunidad, puede suceder, en primer lugar, que de haber sido recabada la información habría sido incorrecta porque la fuente, en sí confiable, habría excepcionalmente incurrido en una equivocación. En tal caso, el autor sigue siendo competente por el error de prohibición. En segundo lugar, es posible que la información hubiera sido incorrecta porque, frente a la cuestión jurídica discutida, ni siquiera una fuente de información óptima habría podido resolverla correctamente con los conocimientos y parámetros disponibles hasta ese momento.

Ahora bien, en el caso de una información hipotética incorrecta a causa de una equivocación por parte de la persona consultada, JAKOBS recurre al argumento mencionado aquí en segundo término (= una hipótesis no explica acontecimientos reales) para fundamentar la irrelevancia de esa hipotética información errónea[37]. En particular, se vale del siguiente ejemplo:

> Un agricultor duda acerca de si puede colocar una fuente sobre su terreno sin autorización administrativa (según el derecho alemán, no puede hacerlo); considera la posibilidad de consultar a su abogado, pero no logra hablar con él y construye la fuente siguiendo en la situación de duda. El abogado le habría dado erróneamente la información equivocada (permitido)[38].

---

comportamiento incorrecto de todos y pese a la evitabilidad de la lesión de comportarse todos correctamente, no resulta posible describir las condiciones de realización del riesgo".

37 *AT* 2 19/45, y *Desconocimiento evitable de la norma*, pp. 76 y 77.

38 Ídem.

Luego de lo cual sostiene:

> Pero dado que él [el abogado] de hecho no le ha dado ninguna información, rechazará acertadamente una culpa de su parte en el suceso, y su aseguradora vería probablemente sólo como una broma la ocurrencia de pretender una reparación por la hipotética información equivocada del abogado. Entonces, la vía de trasladar el conflicto del autor al abogado está obstruida; culpa hipotética o mala suerte hipotética, desgracia hipotética, no explican conflictos reales[39].

Pero también aquí resulta aplicable el argumento mencionado en primer término. Del mismo modo que al juzgar sobre la eficacia de un procedimiento previo de seguridad, el mundo debe ser pensado conforme a derecho también al evaluar si la consulta omitida habría conducido al conocimiento de la prohibición. Con otras palabras, a la hora de establecer la evitabilidad del error lo decisivo no es la respuesta que habría recibido el autor, sino la que *debería* haber impartido la fuente de información, pues la expectativa de un comportamiento correcto por parte de esa instancia se mantiene aunque quepa predecir una defraudación; y el error de prohibición podía ser evitado actuando conforme a derecho tanto la fuente de consulta como el autor.

Por ello, el verdadero problema no es aquí si son admisibles las hipótesis, sino qué circunstancias deben ser modificadas para formularlas[40]. Dicho de otro modo, se podría incluso hablar de "relevancia de las informaciones hipotéticas"; sólo habría que tener presente que en la formulación de la hipótesis no sólo debe suponerse la búsqueda de información de parte del autor, sino también el comportamiento conforme a derecho de los demás intervinientes, y en concreto de la fuente de información que habría sido consultada.

En cambio, en los casos en los cuales la información habría sido errada "porque la cuestión discutida incluso con la fuente de información objetivamente óptima no podía ser resuelta correctamente de un modo planificable", el autor es exonerado sin que ello suponga tomar en cuenta una hipótesis. Una vez más, en forma paralela a los casos de procedimiento previo de seguridad ineficaz, puede sostenerse que el procedimiento previo "consulta con una fuente confiable" era inocuo ya en el momento del hecho, pues el comportamiento era ya entonces, sin que el autor lo supiera, estereotípicamente objetivamente lícito.

---

39 Ídem.

40 Recuérdese que una hipótesis, por definición, es "la suposición de una cosa posible o imposible para sacar de ella una consecuencia": REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la lengua española*, 22.ª ed., Madrid, Espasa Calpe, 2001.

Se trata de aquellos casos en los que una conducta, que era valorada por los tribunales como permitida, a raíz de un cambio jurisprudencial pasa a ser considerada ilícita[41]. Cuando esto sucede, la valoración del autor, que era correcta al momento del hecho, pasa a convertirse en un error de prohibición a la luz de la nueva jurisprudencia. En tales casos, se sostiene, sin embargo, que si el autor se orientó en la primera jurisprudencia el cambio posterior no puede perjudicarlo; por aplicación del principio de confianza en las decisiones judiciales, el error es considerado inevitable[42]. Más aún, al igual que sucede con el principio de confianza en la imputación objetiva, no hace falta que el autor haya confiado realmente, sino que lo decisivo es que le estaba permitido hacerlo, es decir, no tenía la obligación de cuestionarse la licitud de esa conducta: el hecho era, sin que él lo supiera, esterotípicamente objetivamente lícito, y una fuente que hubiera sido consultada también habría podido informar en ese sentido.

Vista desde esta perspectiva, la solución que aquí se propicia coincide, en gran medida, con aquella que propone RUDOLPHI. Recordemos, según su punto de vista:

> ... no se trata de la comprobación puramente fáctica de qué información habría obtenido el autor de haber realizado la búsqueda de información por él omitida [...] sino del problema normativo de si una información, impartida por una persona experta y objetiva de modo conforme a deber, esto es, sobre la base de un examen cuidadoso de la situación de hecho y de derecho, habría podido caracterizar la conducta del autor sólo como antijurídica o también como conforme a derecho[43].

Ciertamente RUDOLPHI propone otra vía de fundamentación, vinculada con las exigencias que pone para la confiabilidad de una información tanto real como hipotética. Pero en la práctica llega a los mismos resultados que acaban de ser presentados, pues también él toma como relevante la respuesta que una fuente habría proporcionado actuando correctamente (= "conforme a deber"); sólo una información de estas características habría eximido al autor de seguir consultando. Y, a decir verdad, una persona experta y objetiva, que dictaminara

---

41 Ejemplo (tomado de JAKOBS. *AT* 2 19/45): un abogado que hubiera sido consultado habría remitido a una jurisprudencia firme del BGH que permitía la conducta, la cual sólo años después, en virtud de una sentencia del Tribunal Constitucional, que para esa época trabajaba con material aún no conocido, devendría insostenible.

43 Cfr., p. ej., ROXIN. *AT* 3, § 21, n.° 64; *SK-Rudolphi*, § 17, n.° 37; *LK-Schroeder* (F. C.), § 17, n.° 35; *NK-Neumann*, § 17, n.° 68, y *jus*, 1993, 797; Sch/Sch/Cramer/Sternberg-Lieben, § 17, n.° 20; BLEI, en *JA*, 1970, 671, y JAKOBS. *AT* 2 4/82 y 19/45.

43 *SK-Rudolphi*, § 17 n.° 42; y supra, punto 2.

sobre la base de un examen cuidadoso de la situación de hecho y de derecho, difícilmente podría equivocarse. Como se desprende ya de la cita, RUDOLPHI, no obstante, considera que en ciertos casos incluso una información confiable podría caracterizar a un comportamiento equivocadamente como conforme a derecho (p. ej., cuando la situación jurídica es objetivamente dudosa y falta una toma de posición por parte de los tribunales superiores). Sólo en este caso ambas soluciones conducirían a resultados diferentes, pues mientras que, de acuerdo con los criterios aquí esbozados, no debería contemplarse, por irreal, esa hipotética información, RUDOLPHI admite aquí la existencia de un error de prohibición inevitable[44].

Por último, en cuanto a la información equivocada porque la propia conducta era considerada estereotípicamente lícita en el momento de ser ejecutada, también RUDOLPHI sostiene –con la doctrina mayoritaria– que un cambio posterior de la jurisprudencia no puede perjudicar al autor, en virtud del principio de confianza en las decisiones judiciales. Y también admite –como la mayoría de la doctrina– que la vigencia de este principio no requiere que el autor haya conocido ni consultado la jurisprudencia anterior que estaba de su lado, sino que directamente no le era exigible cuestionarse la valoración jurídica entonces existente[45].

En conclusión, no se cuestiona que la evitabilidad del error de prohibición requiere la comprobación de que el autor habría podido conocer el ilícito. Lo que ocurre es que, al momento de formular la hipótesis para establecer la existencia de esa posibilidad, hay que preguntarse no sólo qué habría sucedido si el autor hubiese buscado información, sino también si los demás intervinientes se hubiesen comportado correctamente. Con otras palabras, en la formulación de la hipótesis no hace falta renunciar a la expectativa normativa de que los demás se habrían comportado conforme a derecho, es decir, que la fuente consultada habría informado correctamente.

Por último, en cuanto a los casos de comportamientos estereotípicamente lícitos al momento del hecho que, merced a un cambio de jurisprudencia, pasan a ser considerados ilícitos, el error de pohibición es inevitable, pero no por el eventual contenido de la información omitida, sino porque al autor, en ese caso, no le era directamente exigible informarse en virtud del principio de confianza en las decisiones judiciales.

---

44 *SK-Rudolphi*, § 17, n.° 43.

45 Ibíd., n.° 45, con referencia expresa a JAKOBS. *AT* 2 19/45.

QUINTA PARTE
TEMAS DE PARTE ESPECIAL

LUIGI CORNACCHIA*

*Suicidio y eutanasia***

I. SUICIDIO: ANTIJURICIDAD VERSUS LICITUD

En la mayoría de los ordenamientos modernos parece fuera de discusión que el suicidio no concreta injusto punible alguno[1]. No existe, por el contrario, unanimidad sobre la naturaleza del mismo desde el punto de vista jurídico: si se trata de un hecho absolutamente irrelevante, en tanto cuestión privada sometida sólo a la libre elección individual, o si resulta considerado un comportamiento antijurídico en cuanto antisocial, aun si no fuera punible. El primer perfil envuelve la cuestión de la cualificación del suicidio a la medida del concepto de mera libertad negativa de darse la muerte, o el derecho garantizado para fundar una pretensión ejercitable frente al Estado.

La base sobre la que juega la dialéctica entre las posibles soluciones se corresponde directamente a la naturaleza de los bienes en juego: el reconocimiento de la autodisponibilidad de los bienes vida e integridad física y psíquica comporta como consecuencia que el único sujeto legitimado para disponer de ellos es, precisamente, su portador; la idea de su heterodisponibilidad señala el poder sobre tales bienes no del portador material sino de la colectividad, que tiene un interés en su conservación e implementación.

II. ILICITUD. TEORÍAS ABSOLUTAS: EL DEBER JURÍDICO "INTERNO" O CONTRA SÍ MISMO

Como es sabido, diversos ordenamientos del pasado reconocieron la incriminación del suicidio[2]. Incluso hoy se discute si tal comportamiento haya de ser considerado en todo caso antijurídico, aun cuando se prescindiera de su sancionabilidad.

La idea de la ilicitud del suicidio presupone necesariamente la existencia de una verdadera y propia obligación de vivir (y de proseguir la propia existen-

---

* Profesor de Derecho Penal, Universidad de Bolonia (Italia). Traducción española del original italiano "Suicidio ed eutanasia" por POLAINO-ORTS (investigador en el Seminario de Filosofía del Derecho, Universidad de Bonn).

1 Por ejemplo, JAKOBS. "Zum Unrecht der Selsbsttötung und der Tötung auf Verlangen - Zugleich zum Verhältnis von Rechtlichkeit und Sittlichkeit", en *Festschrift für Arth. Kaufmann zum 70. Geburtstag*, pp. 459 y ss.

2 Por ejemplo, Gran Bretaña es uno de los últimos países de Europa en haber abolido la incriminación del suicido intentado, en 1961, con el *Suicide act*, que desincriminó el *committing suicide*. Para perfiles históricos, especialmente en relación a Alemania, cfr. JAKOBS. "Tötung auf Verlangen, Euthanasie und Strafrechtssystem", en *Bayerische Akademie der Wissenschaften, Philosophisch-Historische Klasse*, pp. 5 y ss.

cia, cualesquiera que sean las condiciones de la misma): una obligación que, en el seno de teorías que podemos clasificar como absolutas, consiste directamente en un *deber jurídico contra sí mismo*. El principio presupuesto es el de la sacralidad, la indisponibilidad y –por tanto– la intangibilidad del bien primario y preferente de la vida: en coherencia con estas premisas, el principio de la tutela de la vida no puede sufrir excepciones, ni siquiera por parte de su titular (*rectius*, tenedor).

En una perspectiva de este tipo la no punibilidad del suicidio intentado se justificaría por la ineficacia intimidatoria de la pena (según la lección de BECCARIA[3]), o por la mera "consideración de la conveniencia política"[4], no siendo necesaria la pena –ya la frustración de la intención suicida constituye una suerte de *poena naturalis*– y pudiendo además resultar injusto penar una conducta en forma intentada, siendo así que no es materialmente posible sancionar la más grave forma consumada; y en este segundo caso la posible pena vendría únicamente a dañar los *surviving interests* de los parientes no culpables[5].

En este *background* parece deberse inscribir la teoría perfeccionista del *legal enforcement of morals*[6]. A esta directriz puede reconducirse también el reciente planteamiento neokantiano de ASMUS MAATSCH, que deriva del imperativo categórico –no coercible mediante la intervención de la fuerza del Estado– un "deber jurídico intrapersonal"[7]. En consecuencia, el consentimiento prestado por el sujeto a la total autodisposición por medio de un comportamiento ajeno, en cuanto violación de la aludida obligación jurídica intrapersonal, sería antijurídico y justificaría la ilicitud de la eutanasia activa. El paso que parece faltar en esta argumentación es, no obstante, la justificación de la obligatoriedad jurídica del principio derivado del imperativo categórico: una carencia tanto más evidente en cuanto que el mismo autor, para justificar la licitud de la eutanasia

---

3 BECCARIA. *Dei delitti e delle pene*, § XXXII.

4 CARRARA. *Programma del corso di diritto criminale, Parte speciale*, § 1155, p. 216.

5 FEINBERG. "Harm to self", en *The Moral Limits of the Criminal Law*, p. 144. Inútil es recordar cómo en el pasado se asociaron frecuentemente al suicidio perfecto penas infamantes, de carácter simbólico o religioso, para el cadáver o para los familiares.

6 Sobre las teorías de los absolutos morales en el ámbito de la concepción perfeccionista, cfr. por ejemplo FINNIS. *Gli assoluti morali. Tradizione, revisione e verità*, pp. 11 y ss. y pássim.

7 MAATSCH. *Selbstverfügung als intrapersonaler Rechtspflichtverstoß. Zum Strafunrecht einverständlicher Sterbehilfe*, pp. 210 y 211, y pássim. El fundamento de tal doctrina no lo constituye el principio de la tutela de la pura y simple vida biológica, sino del *Vernunftwesen*, que debe ser tratado siempre como un fin y nunca solamente como un medio: el sujeto racional que orienta su propio fin a la interrupción de su propia existencia, realiza un fin que es contrario a la humanidad de la propia persona, o se trata a sí mismo como un mero objeto y no como un fin; por tanto, la voluntad racional presupone siempre un *Sich-selbst-Wollen*.

pasiva, la asume de manera apriorística como expresión de un límite al deber intrapersonal[8].

III. TEORÍAS RELATIVAS: EL DEBER "EXTERNO" DE SOLIDARIDAD

A menudo la justificación de la ilicitud de la muerte producida a sí mismo viene reconocida en la tutela de intereses que se sitúan "fuera" respecto a la vida del sujeto que se suicida: el deber de vivir deviene, entonces, relevante en cuanto "deber externo".

En el nivel simbólico o prejurídico, surge la consideración de la insuperable exigencia de consagrar el tabú de la intocabilidad de la vida: una sociedad que admitiese de manera indiscriminada la libertad de sus propios integrantes para producirse a sí mismos la muerte admitiría también, simbólicamente, la posibilidad de su propia destrucción, al menos teóricamente; precisamente porque todo sistema social tiende a su propia estabilización y a su propia conservación, el suicidio se marginaliza y su legitimidad se concibe como la excepción a una regla general. Por otro lado, el significado de tal tabú se sitúa en la lógica del control de la colectividad sobre el individuo: la capacidad de exorcizar la muerte y el suicidio asumen la relevancia de manifestación de autonomía y de "inalcanzabilidad por parte de las órdenes impuestas por el Estado"[9].

En el plano más propiamente jurídico, a tal visión subyace la individualización de un deber de tipo "solidario" de vivir, o sea, de ejercitar la suma de aquellas obligaciones frente a la sociedad (por ejemplo, las obligaciones de los padres, ciudadanos, electores, soldados, trabajadores, contribuyentes), que presuponen necesariamente la vida: cada cual ha de proseguir la propia existencia para cumplir los propios deberes civiles, y –precisamente por ello– se trata de una obligación de eficacia externa[10]. De este modo, por otro lado, se recupera la instancia de heterolesión que debería justificar aquella *Verbindlichkeit** que da razón jurídica al deber ético.

---

8 Parece significativa la diversa –pero en todo caso siempre rigurosamente kantiana– posición del maestro de MAATSCH, MICHAEL KÖHLER, para quien el suicidio constituye una lesión de un deber ético, no absolutamente equiparable a una obligación jurídica (KÖHLER, M. *"Freiheitliches Rechtsprinzip und Betäubungsmittelstrafrecth"*, en *ZStW*, pp. 20 y 21).

9 JAKOBS. "Totung", cit., p. 8.

10 Tal concepción es característica sobre todo de sociedades de bajo nivel de complejidad y de estructura fundamental o tribal, fuertemente unida por vínculos de carácter moral y religioso.

* *Verbindlichkeit*: obligatoriedad. En alemán en el original (n. del trad.).

La sociedad –el Estado– tendría entonces una pretensión legítima ejercitable frente a cada ciudadano a la continuación de la vida como obligación[11]: tal obligación jurídica de vivir se orientaría a un interés externo, en particular al del grupo al que el benefactor pertenece.

Estas consideraciones remiten por lo general a una visión pública, céntrico-estatal del bien de la vida, y a una reconocida expropiación de las prerrogativas del individuo relativas al propio cuerpo: la libertad de disposición de éste es, desde esta perspectiva, una suerte de concesión a la colectividad. De hecho, la vida non constituye el centro, el *corazón*, de la tutela, sino que es únicamente un medio: se la protege sólo en función instrumental para la realización y salvaguarda de los intereses públicos generales.

Pero esta excepción al principio de sacralidad de la vida, tomado en su máxima extensión (en su dimensión de autodisposición), podría referirse, además de a la vida, a otros aspectos como el fumar, el comedimiento en la consumición de alimento o de alcohol, la negligencia en relación a la propia vida, la fraudulenta gestión de los propios recursos financieros, etc.: de hecho, es interés de un Estado también el poder disponer de soldados sanos, de contribuyentes solventes, de padres atentos a las necesidades de los hijos, de cónyuges fieles y sexualmente prestantes, etc. La salvaguarda de la calidad de la vida de los ciudadanos, entonces, entrando de derecho en las prerrogativas respecto a cuya garantía cualquier colectividad entrañe un interés propio, podría justificar la incriminación de conductas de vida licenciosa o viciosa, en cuanto que exponen a riesgo la integridad física y psíquica de la persona necesaria para absolver del mejor de los modos posibles los mencionados deberes jurídicos externos. Lo cual supondría una definitiva legitimación de la intervención del Estado en la esfera privada de los ciudadanos.

En fin, el mismo principio, asumido en absoluto y de manera ilimitada, debería conducir a una dilatación general de los deberes de solidaridad: la omisión del deber de socorro debería coherentemente ser sancionada en la misma medida que el homicidio, mientras respecto a cada uno de los deberes jurídicos frente a la colectividad podría considerarse la relevancia penal de comportamientos, por parte de terceros, de ayuda o instigación a su falta de cumplimiento[12].

La moderna idea de la no ilicitud o no antijuricidad del suicidio constituye uno de los corolarios del fenómeno de la –así denominada– "reapropiación del cuerpo": el fatigoso y gradual reconocimiento de la autonomía individual o

---

11 Cfr. ya FEUERBACH. *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, § 241.

12 Consideraciones como las precedentes podrían servir, en el fondo, también respecto a las teorías absolutas de las que se habló más arriba.

libertad de disponer y decidir sobre la propia dimensión física no conlleva su elevación al nivel de principio.

Abierta permanece, como se ha dicho, la cuestión de si la libertad de producirse la muerte sea únicamente objeto de una autorización negativa, o si constituye un derecho garantizado. Una cuestión que despliega directamente sus efectos respecto a la eutanasia.

IV. ¿DERECHO A MORIR O MERA LIBERTAD?

Si existe un derecho a morir, y –por tanto– un derecho al suicidio, *inviolable y garantizado*, entonces éste sería ejercitable como pretensión frente al Estado.

Antes que nada, debería extraerse la licitud de la ayuda al suicidio, en cuanto concurso en el ejercicio de un derecho, también en los casos reconducidos generalmente a la eutanasia. Por otra parte, frente a la petición de eutanasia del sujeto mentalmente lúcido pero materialmente imposibilitado por enfermedad o mutilación a quitarse la propia vida, sería lógico sostener que, para evitar discriminación, subsista una obligación del Estado a garantizar el cumplimiento de su voluntad: el principio de igualdad y la ejercitabilidad del derecho como pretensión frente a la colectividad harían entonces insuficiente una solución en el sentido de un mero hacer lícita la conducta de auxilio o de no cumplimiento de tal petición. En la práctica, el derecho al suicidio se transformaría en una *obligación de matar por parte del Estado*; y la misma obligación afectaría, salvo excepciones, a quienes –médicos u otros– institucionalmente deba exigírseles tal función pública.

Un derecho que, como quiera que sea, se fundamente sobre el principio de autonomía o libre disposición de la propia vida, no debe limitarse a la mera casuística del homicidio piadoso (anclado en los presupuestos de la enfermedad o del sufrimiento insoportable), sino que debería extenderse a cualesquiera formas de autodisposición objeto de libre disposición: así, debería ser considerado lícito (o, incluso, directamente justo y debido, según cuanto hemos expuesto) también el auxilio al suicidio liberatorio (por ejemplo, por deudas), expiatorio (debido a sentimientos de culpa), dictado por motivos religiosos (según las prescripciones de ciertas sectas) o ideológicos (por ejemplo, por protesta contra una determinada situación política) o humanitarios (por espíritu de autoinmolación, por ejemplo: por experimentación del médico sobre sí mismo) o sentimentales (por ejemplo, por crear sentimientos de culpa en la persona amada que no transige ante una propuesta amorosa) o lúdicos (por juego o pose bohemia), y no sólo las correspondientes hipótesis de homicidio a petición.

Pero, desde esta perspectiva, deberían probablemente encontrar una garantía en igual medida también otros aspectos referidos a la dimensión corpo-

ral: tratándose de un derecho, cualquiera podría reclamar una pretensión de desarrollo integral de la propia corporeidad, comprendiendo la salud (se debería configurar un derecho a ser curado), el ejercicio de una actividad sexual (con prestaciones a cargo del servicio sanitario nacional, al menos cuando el sujeto sea materialmente impedido), etc.

En fin, frente a un derecho a morir, la intervención de salvamento en la tentativa de suicidio, en cuanto intromisión en la esfera privada jurídicamente tutelada, debería ser incriminable como violencia privada. Mientras el aspirante a suicida bien podría invocar la legítima defensa al matar, lícitamente, al socorrista que intente impedir la realización de su intento.

Si el suicidio no es antijurídico, pero no es tampoco garantizado como derecho, entonces constituye ejercicio de una *libertad*, simplemente *autorizada de manera negativa*, y el Estado asume frente a ello una postura "neutral o agnóstica": tratándose de la esfera más íntima de hombre, el ordenamiento garantiza sólo la "no intromisión", creando un *rechtsfreier Raum**.

La perspectiva del suicidio como libertad confirma seguramente la prohibición de imponer tratamientos sanitarios a sujetos que no los desean, y –por ello– también técnicas de mantenimiento en vida contra la voluntad del paciente.

No prejuzgada ni decidida permanece, en cambio, la cuestión de la disponibilidad de la vida por manos ajenas: en particular, si la intervención de otro sujeto *ad adiuvandum* en el ejercicio de tal libertad deba ser considerada lícita o no.

V. LA VÍA PALIATIVA COMO DEBER JURÍDICO

Con el impropio término de *eutanasia indirecta* –acuñado sobre la base no sólo de la distinción naturalística entre causación directa e indirecta de la muerte, sino también sobre el fundamento moral-subjetivo de la orientación de la intención– se designa el sometimiento del paciente a terapias destinadas a aliviar el sufrimiento, que puede producir el ulterior efecto del acortamiento de la vida (se distingue el auxilio *en el morir* de la ayuda *a morir*). Se habla en particular de una medida "paliativa" de la enfermedad, desarrollándose a partir de los años 70 en Gran Bretaña.

Como es notorio, dos órdenes de problemas surgen respecto a este tipo de tratamientos: de un lado, la anticipación de la muerte como posible consecuencia; de otro, el estado de inconsciencia producido en el paciente.

---

* *Rechtsfreier Raum*: Esfera o ámbito (permitido) de libertad jurídica. En alemán en el original (n. del trad.).

Una parte de la doctrina justifica la eutanasia indirecta en el plano jurídico sobre la base de la eximente del consentimiento o del consentimiento presunto[13] –con configuraciones de éste último, en caso de imposibilidad del paciente para prestarlo, sobre algunos presupuestos, como el grado de proximidad de la muerte, de probabilidad y de medida del acortamiento de la vida, la insoportabilidad del dolor, etc.–, o del estado de necesidad[14], o por ausencia de tipicidad, en cuanto acción socialmente adecuada y no viniendo en consideración una colisión de intereses, como en las causas de justificación, dado que falta un interés contrario del interesado, e incluso un interés "al respeto de un tabú por la colectividad"[15].

En realidad, los casos reconducibles a la constelación de la –así denominada– eutanasia indirecta se consideran penalmente irrelevantes no ya sobre la base de una causa de justificación (consentimiento del derechohabiente o estado de necesidad), que dejaría intacto el desvalor del hecho, sino *tout court* en cuanto la conducta de suministrar los fármacos o la activación de las medidas neutralizadoras del dolor constituyen un *deber jurídico del personal sanitario*: subsistiendo de hecho una específica obligación jurídica para el médico, atinente a su actividad profesional, de aliviar los dolores insoportables del paciente, la terapia del dolor es lícita *sic et simpliciter* en cuanto resulta conforme a tal deber; mientras la causación, aun siendo prevista en términos de alta probabilidad, de la muerte mediante los fármacos, sale de la esfera de competencia del sanitario[16].

Se trata de la obligación jurídica que mana directamente de la posición de garante del sanitario en relación al paciente: la escasa importancia atribuida por la doctrina a una similar solución radical se debe al tradicional prejuicio naturalístico que ve en la omisión (en ausencia de una indicación cualquiera en tal sentido por parte del ordenamiento jurídico-penal) la excepción respecto a la regla de la punibilidad del tipo comisivo, y –por ello– no se entra a razonar sobre la posición de garante del sanitario respecto a conductas comisivas[17].

---

13 ROXIN. "Zur strafrechtlichen Beurteilung der Sterbehilfe", p. 97.

14 Por ejemplo, MERKEL. "Ärztliche Entscheidungen über Leben und Tod in der Neonatalmedizin. Etische und strafrechtliche Probleme", pp. 1147 y ss.

15 HERZBERG. "Sterbehilfe als gerechtfertigte Tötung im Notstand?", p. 3048.

16 El médico non está obligado siempre y necesariamente a impedir la muerte del paciente.

17 Al margen de los perfiles dogmáticos que tales cuestiones envuelven, la paradoja reside en que tal concepción liberal se refleja en una solución de signo opuesto: la conducta del sanitario, en cuanto comisiva, no puede ser explicada sobre la base de su posición de garante, y –por ello– resulta siendo considerada abstractamente típica (en cuanto que es causal respecto de la muerte del paciente) y puede ser justificada como no antijurídica únicamente a través de la apreciación de una eximente (generalmente, el cumplimiento de un deber). Una aporía que afecta a la actividad médico-quirúrgica en su conjunto, el fundamento de cuya licitud –por otro lado, pacífica– desata desde siempre la ira de los juristas.

Los presupuestos de validez –o sea, *proporción* entre medida y gravedad del dolor y de la enfermedad[18], y *necesidad* de los medios paliativos, es decir, únicamente cuando otros medicamentos privados de tales contraindicaciones resultan inútiles o no indicados (se habla también de *subsidiariedad* respecto a otros medios)– en realidad, en cuanto *leges artis*, caracterizan la actividad sanitaria en general.

Cuando tales requisitos resultan satisfechos, ninguna relevancia tiene –a nuestro juicio– el nivel de probabilidad del efecto secundario letal: la terapia del dolor es lícita incluso hasta cuando la muerte sea segura. Del mismo modo, no modifica la cualificación de adecuación de la conducta la circunstancia de que se produzca el obscurecimiento de las facultades mentales, hasta la pérdida de la consciencia, ni juega papel alguno un análisis sobre el requisito de carácter moral-subjetivo de la motivación que sustente la actuación del sanitario: ninguna relevancia ni ningún valor asume la intención de aliviar el dolor o de no procurar la muerte[19], en cuanto se trata de actividad lícita en el plano objetivo (a condición de que, obviamente, el tratamiento sea necesario y proporcionado al dolor).

Tratándose de un deber jurídico del médico, en caso de rechazo injustificado por parte del sanitario, podrá apreciarse responsabilidad por lesiones personales mediante omisión, por violencia privada o –directamente– homicidio, en el caso de que la terapia tendente a aliviar el dolor determine un acortamiento de la vida "por extenuación"[20].

Además, desde el punto de vista temporal, la terapia en cuestión puede ser suministrada, si fuera necesaria, incluso antes de la fase terminal de la enfermedad.

En fin, cuando el paciente se encuentra imposibilitado para consentir (y, en ausencia de una diferente voluntad expresa, también con anterioridad), la suministración de los paliativos mortales es lícita en cuanto se considere obligatoria: no entra en consideración, propiamente, una presunción de consentimiento, ni debe invocarse un estado de necesidad, sino que simplemente la conducta, en cuanto resulte conforme a los deberes jurídicos propios de la profesión médica, ha de ser considerada "normal".

Por el contrario, y según la misma lógica, en caso de expresa voluntad contraria del paciente, dejándose naturalmente siempre a salvo la libertad del enfermo de rechazar la terapia contra el dolor (y de no perder la consciencia y la comunicación con el ambiente circundante), el suministro de los fármacos paliativos mortales configura no ya un homicidio doloso, sino violencia privada, y

---

18 Y no entre medio y grado de probabilidad de la muerte.

19 Así, en cambio, recientemente, DUTTGE. *"Sterbehilfe aus rechtsphilosophischer Sicht"*, p. 175.

20 Donde, por el contrario, falte la posición de garante, podría quizá fundamentarse la omisión del deber de socorro (ROXIN. "Zur strafrechtlichen", cit., p. 95).

lesiones personales (por ejemplo, cuando se pone una inyección), con independencia de la eventual responsabilidad por el resultado muerte.

VI. EL GÉNERO "EUTANASIA"

Desde siempre se observa cómo el término omnicomprensivo de eutanasia termina por englobar, con notable confusión conceptual, situaciones muy diversas: la renuncia o suspensión de la medida de mantenimiento vital a petición del enfermo consciente y capaz de entender y de querer; la misma suspensión o falta de activación sobre decisiones de los sanitarios respecto a enfermos incapaces de decidir; la intervención activa de supresión de la vida del enfermo capaz de elección autónoma a propuesta suya voluntaria.

Los ordenamientos vigentes se limitan por lo general a distinguir entre participación o auxilio al suicidio de otro (normalmente no punible[21]) y la muerte procurada a petición o por consentimiento (punible). Una distinción que, por lo demás, resulta en las situaciones concretas ardua y compleja[22]: la conducta del médico que deja a disposición del *Lebensmüde** la inyección letal o el frasco del veneno, ¿posee un desvalor realmente inferior a aquella de quien la suministra? Pero aun admitiendo la posibilidad de diferenciar la relevancia axiológica o normativa de los diferentes comportamientos, está fuera de discusión –también en los ordenamientos que, sobre la base de opiniones teóricas ampliamente deudoras de la más clásica doctrina sobre la accesoriedad en el concurso de personas[23], no incriminan el auxilio al suicidio (como, por ejemplo, Alemania)[24]– la cualificación como violación grave de *berufliche Sorgfaltspflichten*** de la conducta del médico que prescribe dosis mortales, con consiguiente responsabilidad deontológica que puede llevar incluso a la interdicción del ejercicio

---

21 Con significativas excepciones, como el artículo 580 del Código Penal italiano.

22 ROXIN. "Die Mitwirkung beim Suizid als Problem des Strafrechts", pp. 85 y ss.

* *Lebensmüde*: cansado de vivir. Así en el original (n. del trad.).

23 Si el suicidio no constituye un injusto, la participación en un hecho lícito debe ser, a su vez necesariamente, del mismo modo lícito: esta automaticidad y la distinción tradicional entre acto de disposición de la vida *manu propria* y *manu aliena* ofrece así el motivo para una verdadera y propia (quizá grotesca) caza... de la "mano" que materialmente ha causado la muerte para individualizar si se configura al menos una hipótesis de muerte a petición.

24 La distinción respecto a la supresión de la vida del paciente a petición suya se funda por lo general sobre el concepto de dominio del hecho: mediante el empleo de criterios naturalístico-causales, excluyendo por ejemplo la ayuda al suicidio, y por ello considerando punible el comportamiento del sanitario que realiza el último acto que produce por vía directa la muerte.

** *Berufliche Sorgfaltspflichten*": deberes profesionales de cuidado. En alemán en el texto original (n. del trad.).

de la profesión: la cuestión surge como aspecto particular de la posibilidad de hallar los medios para producirse una muerte *no dolorosa* (por ejemplo, mediante ingestión de barbitúricos) únicamente con receta médica, que puede prescribir tan solo alguna cantidad conforme a las exigencia médicas curativas[25]. No parece una casualidad el hecho de que se sitúen en esta línea las mismas declaraciones oficiales de los ordenamientos profesionales de países que conocen una reglamentación diferenciada: así, por ejemplo, resulta significativo que sean la *Schweizerische Akademie der Medizinischen Wissenschaften*[26] (*SAMW*)* o el *Deutsche Ärztetag 2001*** los que se hayan pronunciado decididamente por la exclusión de la actividad médica de la participación por parte del personal sanitario en el suicidio[27]. Y que se sostenga que comporta responsabilidad por homicidio la ayuda a una persona que, por enfermedad mental, quiera producirse el suicidio[28]. Además, según tal entendimiento, la ausencia de salvamento al suicida por parte de quien revista una posición de garante puede integrar homicidio por omisión, y omisión de socorro los otros casos en los que no concurra tal deber especial de garantía.

VII. RECHAZO DEL TRATAMIENTO MÉDICO: EUTANASIA PASIVA Y DISTANASIA

El rechazo consciente del tratamiento médico, como es sabido, se integra en la libertad de autodeterminación, expresada mediante el consentimiento, y constituye el fundamento de la licitud de elección de todos los tratamientos sanitarios, en el seno de los cuales se comprenden también aquellos tratamientos encaminados al fin de la vida[29].

---

25 Aun así no se deja de subrayar que la responsabilidad por negligencia o descuido sea una cuestión del todo distinta de aquella en la que la prescripción se encamina a permitir al paciente un suicidio indoloro.

26 Se trata de una fundación privada que opera en el seno de la Confederación Helvética como órgano consultivo nacional.

* SAMW: *Schweizerische Akademie der Medizinischen Wissenschaften*: Academia Suiza de Ciencias Médicas (n. del trad.).

** *Deutsche Ärztetag 2001*: Jornada de Médicos Alemanes, correspondiente al año 2001 (n. del trad.).

27 Distinguiendo, por el contrario, al menos en ciertos casos de auxilio a la muerte, y para la SAMW, cfr. KUNZ. "Sterbehilfe: Der rechtliche Rahmen und seine begrenzte Dehnbarkeit", pp. 615 y 616.

28 ROXIN. "Die Sterbehilfe im Spannungsfeld von Suizidteilnahme, erlaubtem Behandlungsabbruch und Tötung auf Verlangen", pp. 345 y ss.; ID. "Die Mitwirkung", cit., pp. 85 y ss.; ID. "Die Abgrenzung von strafloser Suizidteilnahme, strafbarem Tötungsdelikt und gerechtfertigter Euthanasie. Zu Reinhard Merkels 'Fragen an die Strafrechtsdogmatik", pp. 177 y ss.

29 ENGISCH. p. 312, 1976.

De otro lado, no puede considerarse subsistente un deber jurídico del sanitario de salvar por la fuerza a quien no pueda o quiera curarse y decida el suicidio: la expresa y válida voluntad del paciente de rechazar el salvamento debe reconocerse como válida, del mismo modo que el rechazo a ser curado; la idea de discriminar la primera solución respecto a la segunda parece radicar, una vez más, en el tabú a que se ha hecho referencia, por el cual la libertad de renunciar al tratamiento podría llevar a un punto de no retorno y de la pérdida de las últimas *chances* de ser salvado mediante una terapia apropiada, pero nunca directamente hasta la muerte[30].

Si frecuentemente la licitud de la conducta del médico se debe a la ausencia de eficacia causal respecto del fallecimiento –causa de la muerte sería el decurso natural de la enfermedad–, en realidad la "inercia" del sanitario es apreciable en términos menos claros cuando el rechazo de la terapia por parte del paciente pueda realizarse sólo *a través de la interrupción técnica del tratamiento* (separación o alejamiento de un respirador o de una maquinaria para el latido cardíaco): la distinción entre acción y omisión, de la que se nutre la explicación de la eutanasia pasiva, es escasamente significativa desde el punto de vista normativo (se trata de modalidades funcionalmente equivalentes) y conlleva el riesgo de excluir el elemento verdaderamente cualificante del contenido y de la titularidad de deberes profesionales relativos a la actividad médico-quirúrgica.

Parece correcto sostener que, frente a la solicitud de suspensión de la terapia por parte del paciente, la obligación del médico desaparezca (por ello, la interrupción del tratamiento deviene *lícita*), y no surja una obligación opuesta para el médico de satisfacer el deseo del paciente (la interrupción *no* deviene *obligatoria*): no existe de hecho un derecho para este último, sino una mera libertad de dejarse morir, así como el médico es libre de seguir la propia consciencia.

En cuanto a los requisitos de validez de la solicitud del enfermo, ésta debe ser expresada personalmente por el mismo, mientras que la declarada por el representante legal no puede ser asumida[31]; debe ser real y no presunta[32], ac-

---

30 Puntualmente habla de "incoercibilidad de vivir" MANTOVANI. "Eutanasia", p. 425. Sobre un famoso caso en Alemania (una anciana suicida que rechaza ser salvada por el propio médico) cfr. BGH 4 de julio de 1984 (BGHSt, 32, pp. 367 y ss.).

31 Célebre en sentido contrario es el caso Quinlan, en el que la Corte Suprema de New Jersey, por un lado, dio pleno reconocimiento al derecho a la *privacy* del paciente, hasta el punto de reputar lícita también las conductas realizadas por terceros para garantizarlo; de otro lado, admitió la posibilidad de que el padre de la paciente (que se hallaba en estado de inconsciencia) ejerciera tal derecho en su lugar.

32 La presunción del consentimiento contrario es solamente una *fictio iuris* que, en la práctica, se resuelve en la práctica en una "nacionalización de los moribundos o de los enfermos tenidos por incurables" según MANTOVANI. "Aspetti giuridici dell'eutanasia", p. 468.

tual, informada, no prestada bajo efecto de sugestión o miedo, ni –obviamente– en estado de incapacidad.

En realidad, el principio de la *voluntas aegroti*, y –con ello– del rechazo del tratamiento, juega un papel en el fondo marginal dentro de la casuística generalmente reconducida al fenómeno de la eutanasia pasiva: en la mayoría de las situaciones la voluntad es del todo ausente, o –cuanto menos– disminuida, tratándose de pacientes en estado de coma.

Como se ha dicho, la solicitud del paciente de no emprender o de no proseguir el tratamiento convierte en lícita la conducta del médico, y –paralelamente– el deber relativo a la posición de garante que caracteriza su actividad profesional viene a desaparecer frente a tal propuesta por parte del enfermo de interrumpir el tratamiento: no sólo, sino que el sanitario está directamente *obligado* a respetar la voluntad del paciente de rechazar el tratamiento, so pena de incurrir en responsabilidad por violencia privada. Sin embargo, sobre la base del presupuesto puramente normativo de la posición de garante, se verifica una situación absolutamente opuesta, pues el deber jurídico no debería decaer, frente al explícito disentimiento del enfermo, mientras que el médico ya se haya injerido en la esfera del paciente con un comportamiento "agresivo" de su esfera de libertad: en tal caso, se habla de una responsabilidad derivada de *Ingerenz** o de actividad precedente peligrosa, que no excluye la adscripción del resultado lesivo a la esfera de organización del médico[33].

Queda fuera de discusión la ilicitud de la eutanasia pasiva practicada *contra la voluntad del paciente*, que configura un homicidio por omisión por parte del sanitario, omisión de socorro por los familiares o por quien se halle en las condiciones descritas en la norma; permanece abierto, en cambio, el problema del límite al dilatamiento *ad libitum* de la vida: hoy en día, con el progreso de la medicina, se dispone en algunos casos de medios para prolongar artificialmente el proceso biológico por tiempo indeterminado; la obligación del médico (a propuesta del paciente) debe considerarse limitada, dado que los recursos financieros y de personal de que se dispone no son ilimitados. En general, la problemática de que se trata engloba la relación entre dimensión natural y artificial, frente al desarrollo de la tecnología de mantenimiento en vida y reanimación.

Pero la cuestión más compleja y angustiante es la relativa a la suspensión del tratamiento respecto a *sujetos que no se hallan en situación de manifestar una voluntad* por pérdida irreversible de la consciencia.

---

* *Ingerenz*: Injerencia. En alemán en el texto original (n. del trad.).

33 JAKOBS. "Behandlungsabbruch auf Verlangen, en Medizinrecht – Psychopathologie Rechtsmedizin", pp. 74 y ss.

La renuncia a medidas que alargan la vida, como la respiración artificial, la alimentación, las transfusiones de sangre, etc., en estos casos puede ser realizada por sujetos diferentes al derechohabiente: se investiga sobre la correspondencia entre la decisión y un consentimiento presunto del paciente, que habría en todo caso decidido de modo riguroso (sobre la base del análisis de sus convicciones morales y religiosas, de su modo de concebir el dolor, de sus opciones valorativas), eventualmente a través de la valoración por parte de órganos destinados a ello. Un papel discutido pero emergente se asigna a la valoración de eventuales declaraciones escritas expresadas mientras el sujeto era capaz de decidir, si no como prueba, sí al menos como ayuda para lo realizado por el médico (tanto más fiable si, por ejemplo, se renueva de año en año, si no han intervenido factores que pueden haber modificado la voluntad del paciente, etc.).

De un parte, entra en juego el terror de la distanasia o encarnizamiento terapéutico, y de reducir al ser humano a cadáver expuesto a la observación de un equipo médico; de otro, el escrúpulo de excluir, desechar o abandonar el último hálito de esperanza.

El argumento *in dubio contra vitam* afirma que un consentimiento presunto sería requerido para la admisibilidad de la continuación del mantenimiento en vida, mientras la suspensión de los tratamientos sería lícita toda vez que no existan razones para esperar una recuperación[34]: consecuentemente, el mantenimiento de tratamientos como la hidratación o la nutrición a pacientes en estado vegetativo permanente, "también en los casos en los que se conserva un movimiento reflejo de deglutición", cuando el único objetivo sea la prolongación artificial de la vida, constituiría un acto violento, que llegaría a concretar la hipótesis criminal de violencia privada. Desde esta óptica, la prudencia en la valoración de la voluntad del paciente y la solución a favor del mantenimiento de la vida en los casos dudosos sería expresión de *tutorismo bioético*.

La solución *in dubio pro vita* subraya, en cambio, la importancia del segundo aspecto mencionado: si existe aunque sólo fuera una esperanza, no es admisible interrumpir el tratamiento, con el riesgo añadido de que éste se produzca por desidia, error, intereses económicos, etc.[35]. Se resalta cómo el estado

---

34 HOERSTER. *Sterbehilfe im säkularen Staat*, p. 90; MERKEL. "Tödlicher Behandlungsabbruch und mutmaßliche Einwilligung bei Patienten im apallischen Syndrom", p. 573.

35 Acoge el criterio de tutela y conservación de la vida la Corte Suprema de los Estados Unidos de América en el célebre caso CRUZAN, en el que, en ausencia de pruebas claras y convincentes sobre la voluntad de la paciente –la única prueba disponible era el testimonio de una amiga–, considera prevalente

vegetativo, en tanto condición clínica de completa pérdida de consciencia –de sí mismo o del ambiente circundante–, en presencia de la persistencia de ciclos de somnolencia y vigilia y de la conservación de las funciones hipotalámicas y tronco-encefálicas autónomas, que permiten la supervivencia a través de tratamiento sanitario[36], es un fenómeno del todo heterogéneo respecto a la muerte cerebral[37] (que legitima obviamente la separación de las máquinas). Se distingue además entre *estado vegetativo persistente* (como condición presente con el transcurso de un mes desde un trauma cerebral, o también cuando se sufre, durante al menos un mes, disturbios metabólicos o degenerativos, o en caso de afectados por síndromes malformativos, que en cuanto *diagnóstico* asume un carácter de certeza) del *estado vegetativo permanente* (como condición irreversible, no obstante resuelta en un mero *pronóstico*, o sea, en una valoración no de certeza, sino de mera probabilidad).

Por lo demás, se sostiene que no es demostrable que el paciente en estado vegetativo persistente no tiene capacidad alguna de experimentar sensaciones[38]: no puede excluirse *a priori* que estas sensaciones sean señal de una –así sea elemental o residual– vida emotiva y consciente, incluso en presencia de un amplio daño anatómico-funcional de la capa cortical (o corteza cerebral: substancia gris del cerebro y del cerebelo), dado que el sistema nervioso central constituye "una organización no rígidamente jerárquica, que se fundamenta sobre niveles más complejos de integración". A los enfermos en estado vegetativo persistente debería, por ello, reconocérseles la plena dignidad personal, así como garantizarles los tratamientos ordinarios (hidratación, nutrición, por ejemplo, con sonda gástrica o intravenosa), que no serían quizá una forma de tratamiento médico indebido (o sea, no podría apreciarse un encarnizamiento terapéutico), sino un estándar mí-

---

el interés del Estado en proteger y defender la vida humana y la *bodily integrity*: cfr. Corte Suprema de los Estados Unidos de América, Sentenncia 25 de junio de 1990, en *FI*, 1991, IV, pp. 66 y ss. (seguidamente, un tribunal de Missouri permite a los padres de NANCY CRUZAN interrumpir la alimentación através de medios artificiales).

36 Definición ofrecida por la Multi-Society Task Force on Pvs., 1994, p. 1499 (cfr. "The Multy-Society Task Force on Pvs.", *Medical aspects of the persistent vegetative state (1)*, en *New England J. Med.*, 1994, pp. 330, 1499 y ss., 1572 y ss.

37 El criterio de la identificación del óbito con el *cese irreversible de todas las funciones del encéfalo* se basa en el concepto de *muerte cerebral total*, que comprende también la de la corteza cerebral –que preside a la actividad consciente– así como la del tronco cerebral, sede del sistema nervioso central, y –por ello– regulador de las funciones del organismo (para una crítica concisa, cfr. recientemente STOECKER. *Der Hirntod: ein medizinetisches Problem und seine moralphilosophische Transformation*, p. 339 y pássim).

38 En algunos pacientes se observan movimientos espontáneos de masticación, deglutición, y también algunas muecas de sonrisa, llanto, respuestas respiratorias o mímicas o de apertura de los ojos ante estimulaciones dolorosas o acústicas intensas.

nimo de asistencia debida[39]. El argumento central de la posición *in dubio pro vita* consiste en que negar la dignidad de la persona en estos enfermos por su mera ausencia de consciencia debería llevar a tenerla que negar también a los enfermos mentales, dementes, retrasados, etc.; de este modo, se podría estabilizar una graduación de la dignidad humana según el criterio de la mayor o menor consciencia, invocando argumentos eugenésicos y aun racistas[40].

VIII. LA INTERVENCIÓN ACTIVA DE SUPRESIÓN DE LA VIDA: LAS RAZONES DE UNA PROHIBICIÓN

Las razones que apoyan el mantenimiento de la prohibición de la denominada eutanasia activa han sido ya mencionadas a propósito del suicidio. La ilegalidad del suicidio asistido ha sido recientemente reforzada también por la Corte Europea de los Derechos del Hombre, sobre la base del artículo 2.° de la Convención Europea de los Derechos del Hombre, de la cual no sería posible deducir un derecho a morir, a manos de un tercero o con la asistencia de una autoridad pública (caso Pretty[41]): el pronunciamiento apela expresamente a la Recomendación 1418 de 1999 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, contraria a la legalización de la eutanasia activa[42].

Sin embargo, en salvaguardia de la vida como bien intangible –un principio tachado por algunos de reminiscencia prejurídica en orden a la valoración ética de los comportamientos, más que de la regulación descrita en el ordenamiento jurídico– se protege la exigencia de evitar que elecciones no libres –sino formadas por lo general bajo la presión de condicionamientos externos, de la sociedad o de la familia, sobre sujetos débiles, en particular ancianos y enfermos, que son los que generalmente protagonizan estos casos– se hagan depender del reconocimiento de su practicabilidad *manu aliena*.

De otro lado, la enorme dificultad de prueba de la validez y del carácter definitivo del consentimiento, respecto a declaraciones prestadas por enfermos graves bajo el efectos de atroces sufrimientos y de fármacos (solicitudes que según muchos nacen más de la necesidad de ayuda que de una verdadera petición de muerte), o contenidas en la ya mencionada declaración anticipada (la

---

39 Deberían, por el contrario, suspenderse cuando el organismo ya no se encuentre en grado de asimilar las substancias que se suministran al paciente (por ejemplo, en casos de enfermos terminales).

40 El concepto de "vida indigna de ser vivida" hace ingreso en el escenario europeo oficialmente con el célebre ensayo de BINDING-HOCHE. *Die Freigabe der Vernichtung lebenunwerten Lebens*, pp. 27 y ss.

41 Corte Europea de los Derechos del Hombre, sentencia del 29 de abril de 2002 (recurso 2346/02).

42 Simultaneamente el documento reconocía, en cambio, la licitud de la eutanasia indirecta.

denominada *living wills*), etc., trasladan hoy la atención, más que sobre cuestiones metafísicas (o, más verosímilmente, colectivas) de sacralidad de la vida, a cuestiones particulares relativas a la problemática de la autonomía.

A esto se añade la relatividad de los diagnósticos –*rectius*, pronósticos– de incurabilidad de la enfermedad, frente al continuo progreso de las técnicas terapéuticas (así como de las paliativas).

Muchas de las reservas aducidas contra la eutanasia activa no parecen, sin embargo, diversas a las que se refieren a la eutanasia pasiva[43].

En la dirección del mantenimiento de las normas que incriminan la muerte a petición o sobre la base del consentimiento de la víctima van recientes interpretaciones neokantianas que subrayan la validez simbólica del baluarte de la paz social, o de su restablecimiento en caso de violación[44]; también consideraciones ligadas al modelo de relación entre médico y paciente arraigado durante varios siglos de tradición, caracterizado como un alianza contra la muerte –jamás contra la vida–, que se vería irremediablemente *traicionada*, junto a la identidad moral y profesional del médico, por una afirmación de signo positivo respecto a la supresión del enfermo, siquiera fuera a propuesta suya.

IX. LA LEGITIMACIÓN DE LA EUTANASIA

La tesis de la licitud de la eutanasia activa directa supone la renuncia a una concepción sacral de absoluta intangibilidad de la vida, para remarcar al tiempo la importancia de su dimensión cualitativa; además, la ruptura y superación del aludido tabú conlleva la separación del poder público de la esfera de elección privada de cada ciudadano.

De acuerdo con el principio *volenti non fit iniuria*, el suicidio y el consentimiento del homicidio se sitúan sobre la misma línea: cada uno debe poder decidir por sí sólo, sin interferencia alguna por parte del Estado[45].

Por otro lado, el tratamiento del tema sólo en el seno de situaciones de enfermedad física grave, si no terminal, remarca la persistente idea de la excepcionalidad o *extrema ratio*: la autodisposición por medio de otros debe ser

---

43 JAKOBS. "Zum unrecht", cit., pp. 471 y 472.

44 DUTTGE. *Sterbehilfe*, cit., pp. 171 y ss., y pássim.

45 KAUFMANN. *Euthanasie Selbsttötung Tötung auf Verlangen, Medizinrecht*, p. 144. La legalización de la eutanasia no es una solicitud ciertamente infrecuente ni reciente aun en la doctrina italiana (basta recordar al respecto las posiciones, ya en el siglo XIX, de FERRI. *L'omicidio-suicidio*, pp. 19 y 20, y posteriormente de DEL VECCHIO. *Morte benefica*, p. 88).

"racional", debe tener una justificación válida. El tabú vuelve a ser objeto de críticas en la discusión, pero sólo allí donde la colectividad advierta la presencia de situaciones-límite.

Los presupuestos asumidos frecuentemente como necesarios son, de un lado, la irreversibilidad del natural proceso letal o *point of not return* en dirección a la muerte[46]; de otro lado, la proximidad del resultado final o *bound to a near death*.

X. LA TEORÍA DE LA IDENTIDAD FUNCIONAL ENTRE EUTANASIA Y SUICIDIO

En la constelación de posiciones pro-eutanasia resalta la que recientemente ha sostenido *tout court* la identidad, desde el punto de vista del significado normativo, entre eutanasia y suicidio, en el contexto de una concepción del injusto como violación de un deber jurídico. En particular, se distingue, en el seno del fundamento del delito, dos tipologías de deberes jurídicos. En primer lugar, *deberes de organización*, derivados del ejercicio por parte de algún ciudadano de su propia esfera de libertad: del sinalagma libertad/responsabilidad deriva, en efecto, el deber de gestionar la propia esfera de un modo correcto, es decir, respetando las esferas reconocidas al resto de ciudadanos, de modo que estas esferas ajenas no resulten lesionadas[47]. A estos deberes se añaden, posteriormente, otros especiales denominados *deberes institucionales*, que incumben al sujeto obligado a evitar daños en casos en los que no ha organizado el peligro[48]. Todos los delitos tienen origen en la violación de un deber jurídico reconducible a la primera o a la segunda categoría de deberes. El problema de la ilicitud se resuelve únicamente en la cuestión de la usurpación de la esfera de acción aje-

---

46 Cfr., por ejemplo, MERKEL, "Teilnahme am Suizid - Tötung auf Verlangen - Euthanasie. Fragen an die Strafrechts-dogmatik", p. 77.

47 Este deber, que fundamenta la competencia por organización, forma parte del *status* de aquel que sea reconocido por la sociedad como persona: es, por ello, un *status* general, correspondiente al concepto hegeliano de *derecho abstracto*, que engloba aquellas formas a través de las cuales el derecho "media" o "une" de manera objetiva la existencia del individuo como persona y sus relaciones con otras personas; en otras palabras, el individuo es persona en cuanto resulta "reconocido, creado, y –por ello– interpuesto" y "objetivizado, dotado de un significado objetivo" del derecho abstracto. La fórmula resumida de este derecho abstracto es del siguiente tenor: "respeta a los demás como personas".

48 Son, por ejemplo, las obligaciones de los padres respecto de los hijos; de los titulares de un empleo o cargo público (policías, agentes de la seguridad pública) en relación a la colectividad, etc. Un *status*, en definitiva, no reconocido a cualquiera, sino únicamente a concretos y singulares sujetos, portadores de un rol especial, en salvaguarda de un interés colectivo que asume una relevancia institucional.

na, o en la violación de obligaciones institucionales: en particular, el injusto del homicidio de otra persona no consiste en el hecho naturalístico de la causación de la muerte, sino en la "*arrogación de la organización ajena* o en una *lesión de obligaciones fundadas institucionalmente* de vivir en un mundo (parcialmente) común"[49].

Ahora bien, ni la causación de la muerte a petición ni la participación en un suicidio concretan tales extremos, por la vigencia del principio *volenti non fit iniuria*. Bajo el perfil de los deberes de organización, no pertenece al *status* general de una persona la obligación de proseguir su propia vida. De otro lado, desde el punto de vista de las obligaciones institucionales, la sociedad civil se limita, a través de sus propias instituciones, a crear la convivencia (asegurando también las mejores condiciones, mediante instituciones a las que se delega la tarea de la optimización); pero no se puede pretender de los ciudadanos el cumplimiento de una obligación de continuar la propia vida, *ergo*: el Estado, no pudiendo tener como fin la *eticidad* de la vida de los ciudadanos, no puede establecer competencias institucionales para impedir actos irracionales, o inmorales, o contrarios a la ética, y –por ello– no puede prohibir el suicidio (ni siquiera cuando existen deberes especiales: por ejemplo, de los padres respecto de los hijos[50]); del mismo modo para quien no puede imponer la obligación de conducir una vida matrimonial, siquiera fuera en interés de la colectividad[51].

Ningún cambio, desde el punto de vista funcional, frente a las constelaciones de casos en los que, como en la participación-ayuda al suicidio ajeno o en la ejecución de la eutanasia a petición, surge un vínculo intersubjetivo: de cualquier modo, no configuran una arrogación de la organización ajena ni el actuar por propia mano con la ayuda de terceros ni la petición de muerte por mano del tercero.

La conclusión que se deriva de este entendimiento es que tales comportamientos pueden ser admitidos: en particular, la muerte a petición se considera lícita, al menos cuando la solicitud de morir tenga un fundamento aceptable.

La exención de crítica o censura a las decisiones ajenas no se lesiona lo más mínimo desde el principio general de la indisponibilidad de la vida: este indicaría, de hecho, solamente la invalidez de cualquier acto negocial que tenga por

---

49 JAKOBS. "Zum unrecht" pp. 462 y 463.

50 Es verdad que puede vislumbrarse en tales casos una heterolesión a los intereses de los sujetos débiles, pero ella se realiza a través de una autolesión, y por ello no asume un significado jurídicamente relevante.

51 Puede establecer deberes institucionales derivados de la familia, o del matrimonio, pero no puede imponer a los sujetos la obligación de formar una familia, traer al mundo hijos, etc.

objeto la vida, pero no excluiría en modo alguno la autorización dada por una persona a otra para ayudarla a realizar el fin, autónomamente decidido, de morir. Por tanto, el significado respecto del acto de quien solicita al médico una práctica eutanásica no varía en nada del acto del suicida; al contrario, tal solicitud no es nada más que una *modalidad organizativa de la consecución del propio fin de producirse la muerte*, en particular, la modalidad basada sobre la *división de tareas o deberes*, forma que se admite sin discusión respecto a otros tipos de lesiones a bienes personalísimos (por ejemplo, la integridad física en los tratamientos quirúrgicos). En síntesis, la única diferencia entre suicidio y muerte a petición es, precisamente, la que media entre persecución del fin *propio* quitarse la vida por mano propia, o mediante división de las tareas, confiando una cuota de ellas a otros[52].

Desde esta perspectiva, la petición o consentimiento es algo más que un mero presupuesto de manifestación de la propia libertad: antes que nada se configura como una verdadera *modalidad de organización del propio suicidio*, que hace recaer la lesión directamente en la esfera del solicitante. Por el mismo orden de razones, en ausencia de una solicitud o petición real, debe hablarse en cambio de heterolesión (que eventualmente puede ser justificada si concurren eximentes).

Debe mencionarse que el propio JAKOBS, prescindiendo de la oportunidad de una reforma del Código Penal que clarificara esta cuestión, considera que *de iure condito* las normas que incriminan la supresión de la vida a petición o mediando consentimiento podrían interpretarse como *tipos de peligro abstracto*, destinados a impedir decisiones precipitadas o irreflexivas sobre la propia vida, o a garantizar la madurez y ponderación de la petición, además de su misma autenticidad[53].

En fin, se trata de una tesis radical que disuelve integralmente la tradicional distinción entre disposición *manu propia* y *manu aliena*: sobre el plano del significado normativo, se tratarían de fenómenos perfectamente superponibles, distinguibles únicamente desde un punto de vista naturalístico: ningún valor asume, desde el punto de vista comunicativo, el hecho de que el acto que materialmente produce la muerte se lleve a cabo por el titular del bien vida o por terceros, siempre que se trata de una decisión clara del primero. Pero, por otro

---

52 JAKOBS. p. 16, 1998; sobre la idea de que la muerte a petición no es nada más que "Selbstmord durch eine Mittelperson" ("Suicidio a través de una persona interpuesta". n. del trad.) cfr. ya KAUFMANN. pp. 144 y s., 1983.

53 JAKOBS. pp. 467 y ss., 1993; JAKOBS. p. 23, 1998.

lado, la radicalidad de la tesis se atempera mediante un sesgo de racionalidad, esto es, de una aceptabilidad racional de la solicitud de muerte: calificada directamente como un tipo de peligro abstracto, construida substancialmente como los delitos contra la fe pública, que viene a garantizar la autenticidad de la solicitud. Presupuesta la seriedad de un control sobre la formación de las decisiones definitivas, a fin de evitar o –al menos– minimizar abusos o errores, la identidad funcional entre suicidio y supresión de la propia vida por mano ajena debería lógicamente llevar a justificar *cualquier* muerte a petición (la decisión debe ser ponderada y real, pero las motivaciones son indiscutibles), y no únicamente las que por lo general se engloban en la práctica eutanásica. La burocratización del control sobre la seriedad de la manifestación de voluntad no parece, en cambio, tutelar de manera adecuada a aquellos sujetos que, por enfermedad, invalidez o vejez, se hallan expuestos más directamente a que su decisión última dependa del ambiente circundante.

BIBLIOGRAFÍA

BINDING, K. y A. HOCHE. *Die Freigabe der Vernichtung lebenunwerten Lebens*, Leipzig, 1920.

CARRARA F. *Programma del corso di diritto criminale, Parte speciale*, 4.ª ed., I, Lucca, 1878.

DEL VECCHIO, G. *Morte benefica, Torino*, 1928.

DUTTGE, G. "Sterbehilfe aus rechtsphilosophischer Sicht", en *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 2001.

ENGISCH, K. "Suizid und Euthanasie nach deutschen Recht", en A. ESER (ed.). *Suizid und Euthanasie als human und sozialwissenschaftliches Problem*, Stuttgart, 1976.

FEINBERG, J. "Harm to self", en *The Moral Limits of the Criminal Law*, vol. III, Oxford, 1986.

FERRI, E. *L'omicidio-suicidio*, Torino, 1895.

FEUERBACH, P. J. A. *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, 11. Aufl., Giessen, 1832.

FINNIS, J. *Gli assoluti morali. Tradizione, revisione e verità*, Milano, 1993. Título original: *Moral absolutes (tradition, revision and truth)*, 1991.

HERZBERG, R. D. "Sterbehilfe als gerechtfertigte Tötung im Notstand?", en *Neue Juristische Wochenschrift*, 1996.

HOERSTER, N. *Sterbehilfe im säkularen Staat*, 1998.

JAKOBS, G. "Behandlungsabbruch auf Verlangen, en Medizinrecht – Psychopathologie Rechtsmedizin", en *Festschrift für G. Schewe zum 70. Geburtstag*, 1991.

JAKOBS, G. "Zum Unrecht der Selsbsttötung und der Tötung auf Verlangen – Zugleich zum Verhältnis von Rechtlichkeit und Sittlichkeit", en *Festschrift für Arth. Kaufmann zum 70. Geburtstag*, Heidelberg, 1993.

JAKOBS, G. "Tötung auf Verlangen, Euthanasie und Strafrechtssystem", en *Bayerische Akademie der Wissenschaften, Philosophisch-Historische Klasse*, Sitzungsberichte, Jahrgang 1998, Heft 2, München, 1998.

KAUFMANN, ARTHUR. *Euthanasie Selbsttötung Tötung auf Verlangen*, *Medizinrecht*, 1983 (en el texto se cita por ARTHUR KAUFMANN. *Strafrecht zwischen Gestern und Morgen*, Köln, Berlin, Bonn y München, 1983).

KOHLER, M. "Freiheitliches Rechtsprinzip und Betäubungsmittelstrafrecth", en *ZStW*, Bd. 104, 1992.

KUNZ, L. "Sterbehilfe: Der rechtliche Rahmen und seine begrenzte Dehnbarkeit", en A. DONATSCH, M. FORSTER y C. SCHWARZENEGGER (comps.). *Strafrecht, Strafprozessrecht und Menschenrechte*, en *Festschrift für Trechsel zum 65. Geburtstag*, , Zürich, Basel y Genf, 2002.

MAATSCH, A. *Selbstverfügung als intrapersonaler Rechtspflichtverstoß. Zum Strafunrecht einverständlicher Sterbehilfe*, Berlin, 2001.

MANTOVANI, F. "Aspetti giuridici dell'eutanasia", *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1988.

MANTOVANI, F. "Eutanasia", en *Digesto delle discipline penalistiche*, IV, Torino, 1990.

MERKEL, R. "Teilnahme am Suizid - Tötung auf Verlangen - Euthanasie. Fragen an die Strafrechts-dogmatik", en R. HEGSELMANN y R. MERKEL (eds.). *Zur Debatte über Euthanasie*, 2ª. ed., Frankfurt a. M., 1992.

MERKEL, R. "Tödlicher Behandlungsabbruch und mutmaßliche Einwilligung bei Patienten im apallischen Syndrom", en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Band 107, 1995.

MERKEL, R. "Ärztliche Entscheidungen über Leben und Tod in der Neonatalmedizin. Etische und strafrechtliche Probleme", en *Juristenzeitung*, 1996.

ROXIN, C. "Die Sterbehilfe im Spannungsfeld von Suizidteilnahme, erlaubtem Behandlungsabbruch und Tötung auf Verlangen", en *Neue Zeitschrift für Strafecht*, 1987.

ROXIN, C. "Die Mitwirkung beim Suizid als Problem des Strafrechts", en H. POHLMEIER (comp.). *Selbsmord-verhütung*, 1988.

ROXIN, C. "Die Abgrenzung von strafloser Suizidteilnahme, strafbarem Tötungsdelikt und gerechtfertigter Euthanasie. Zu Reinhard Merkels 'Fragen an die Strafrechtsdogmatik'", en J. WOLTER (comp.). *140 Jahre Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 1993.

ROXIN, C. "Zur strafrechtlichen Beurteilung der Sterbehilfe", en C. ROXIN y U. SCHROTH. *Medizinstrafrecht. Im Spannungsfeld von Medizin, Ethik und Strafrecht*, 2.ª ed., 2001.

STOECKER, R. *Der Hirntod: ein medizinetisches Problem und seine moralphilosophische Transformation*, Freiburg i. B. y München, 1999.

NURIA PASTOR*

*Consideraciones sobre la delimitación del engaño típico en el delito de estafa***

En 1978 HANS HEINRICH KÜHNE titulaba con gran acierto *Geschäftstüchtigkeit oder Betrug*[1] la breve monografía en que analizaba la cuestión de cuáles son los límites entre las maniobras de los operadores del mercado que deben ser calificadas de "habilidad negocial" y las que deben considerarse comportamientos típicamente relevantes desde la perspectiva del tipo de estafa[2]. En el análisis de este problema aparece con gran fuerza una primera intuición, a saber, la de que no toda inveracidad[3] capaz de conducir a otro a decisiones económicamente desventajosas determina la existencia de estafa[4], es decir, que no toda inveracidad es razón suficiente para hacer responsable al "autor" por el acto de disposición perjudicial de la víctima. En efecto, la causación de la desorientación de otro, suponiendo que la causalidad entre una inveracidad y la decisión de disposición patrimonial pueda establecerse con relativa certeza[5], no significa todavía nada en el plano normativo[6]. Ciertamente, tanto la conducta del sujeto que se presenta en una entidad bancaria a retirar fondos de una cuenta ajena con una falsificación del DNI del verdadero titular, como la afirmación del comerciante de que sus precios son los más bajos o la del vendedor de mercadillo que asegura de una baratija de plástico que se trata de una joya de gran valor, son comportamientos que pueden "causar" desorientación (error) en la víctima y conducirla a un acto de disposición perjudicial. Sin embargo, la valoración normativa de estas tres situaciones no es la misma, y ello lo demuestra el hecho de que, así como en el primer caso la doctrina afirmaría la existencia de un engaño

---

* Doctora en Derecho. Profesora Ayudante de Derecho Penal. Universidad Pompeu Fabra (Barcelona).

** Abreviaturas empleadas: *ACR: Archiv des Criminalrechts*; *ADPCP: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*; *CPC: Cuadernos de Política Criminal*; *FS: Festschrift* (Libro-homenaje); *GA: Goltdammer's Archiv für Strafrecht*; *Jura: Juristische Ausbildung*; *JZ: Juristenzeitung*; *LK-StGB: Strafgesetzbuch* (Leipziger Kommentar); *MDR: Monatsschrift für Deutsches Recht*; NF: Neue Folge (nueva serie); *NJW: Neue Juristische Wochenschrift*; *NK-StGB: Nommos Kommentar zum Strafgesetzbuch*; *PE: Parte especial*; StGB: Strafgesetzbuch (Código Penal alemán); STS: sentencia del Tribunal Supremo; *ZStW: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*.

1 KÜHNE. *Geschäftstüchtigkeit oder Betrug. Wettbewerbspraktiken im Lichte des § 263 StGB; zugleich ein Beitrag zur Problematik der unechten Unterlassungsdelikte*, pp. 7 y ss.

2 TISCHLER, en *Jura*, 1988, p. 123.

3 Bien se trate de la transmisión de información falsa, bien de la omisión de información. En este trabajo se rechaza un concepto "subjetivo" de inveracidad, como discrepancia entre los conocimientos del autor (su representación) y lo que el autor manifiesta y se parte de un concepto "objetivo" de inveracidad, como discrepancia entre la realidad y la manifestación sobre la realidad que realiza el autor.

4 SILVA SÁNCHEZ. *Geschäftstüchtigkeit oder Betrug. Wettbewerbspraktiken im Lichte des § 263 StGB; zugleich ein Beitrag zur Problematik der unechten Unterlassungsdelikte*, pp. 77, 81 y 85.

5 Y es que, además, la causalidad psíquica propia de la estafa es de muy difícil constatación, pues es muy difícil probar qué factores han sido decisivos en un concreto proceso de decisión (KÜHNE. *Geschäftstüchtigkeit*, cit., pp. 21 y s.).

6 JAKOBS. *Urkundenfälschung*, p. 12: empeorar el estado de información de otro no es lo mismo que causar un estado de información peor.

típico, la negaría en el segundo y en el tercero, por tratarse de una mera mentira de recomendación y de un engaño burdo, respectivamente. Esto pone de relieve que la mera causación de un acto de disposición perjudicial no es razón para hacer al autor responsable del mismo, pues, aun cuando la causalidad puede tener importancia para el juicio de imputación del resultado, no la tiene para el análisis de la tipicidad del comportamiento. En lo que se refiere a esta última, existe un ámbito de inveracidades permitidas y otro de inveracidades típicas cuyos límites deben trazarse con base en criterios normativos[7].

La necesidad de ofrecer criterios normativos para establecer cuándo una inveracidad cae dentro del ámbito de lo típicamente relevante se pone especialmente de manifiesto en el ámbito de la *estafa por omisión*[8]. A este respecto debe aclararse que no todos los casos de estafa mediante silencio constituyen supuestos de estafa por omisión, pues cuando mediante el silencio el autor "comunique" al disponente una determinada información, porque el silencio adquiera en el contexto un significado concreto, estaremos ante una estafa mediante actos concluyentes. Así,

> ... la corriente doctrinal que considera la omisión como forma de comportamiento mezcla [...] dos supuestos que, sin embargo, son diferentes. En primer lugar se hallan los casos paralelos al de la estafa producida en virtud de un "engaño mediante silencio". El silencio, ciertamente, posee, en determinadas circunstancias, un indudable contenido de significado; de ahí que pueda verse en él un engaño capaz de generar el error de otra persona [...] En segundo lugar [...] se hallan los supuestos, significativamente distintos de los anteriores, en que un sujeto no saca a otro del error en que se encuentra –y que va a producir un perjuicio patrimonial–, cuando puede hacerlo, resultando, además, que ocupa una determinada posición de responsabilidad cualificada en relación con el bien jurídico en peligro. A propósito de estos casos, sin duda cabe hablar de "omisiones"[9].

Pues bien, en los casos de "omisiones", en los que el error ya existe o se produce con independencia del comportamiento del autor y este último no lo elimina, el autor no puede ser considerado responsable del acto de disposición perjudicial por el mero hecho de que el disponente sufra un déficit de información; más bien, es necesario encontrar razones normativas que permitan afirmar que el acto de disposición de la víctima pertenece materialmente al autor.

---

7 KINDHÄUSER, en *ZStW*, 103 (1991), pp. 402, 411 y ss.; ID., en *NK-StGB*, § 263, n.° m. 63; KÜHNE. *Geschäftstüchtigkeit*, cit., p. 8; PAWLIK. *Das unerlaubte Verhalten beim Betrug*, pp. 73 y ss.; PÉREZ DEL VALLE, en *CPC*, 59, 1996, p. 387; SILVA SÁNCHEZ. *Las inveracidades*, cit., pp. 105 y 106; SCHMOLLER, en *JZ*, 1991, p. 127.

8 MAAB. *Betrug verübt durch Schweigen*, pp. 3 y ss. Aun cuando lo cierto es que la necesidad de criterios normativos es idéntica en los casos de estafa mediante comportamiento activo (sobre la reducción de la diferencia entre acción y omisión a una cuestión técnica, cfr. JAKOBS. *Tun und Unterlassen*, pp. 24 y ss.).

9 SILVA SÁNCHEZ. *El delito de omisión. Concepto y sistema*, pp. 358 y 359.

La necesidad de encontrar razones normativas para hacer al autor responsable del acto de disposición llevado a cabo formalmente por la víctima se ha expresado en la doctrina con formulaciones más o menos afortunadas. En primer lugar, algunos autores se han esforzado por introducir criterios normativos en el juicio de causalidad en la estafa, sobre todo, consideraciones provenientes de la teoría de la adecuación[10]. En segundo lugar, la victimodogmática[11], aunque con base en unos fundamentos discutibles[12], ha puesto expresamente de relieve la existencia de un ámbito de responsabilidad de la víctima de la estafa. En tercer lugar, en el marco de la teoría de la imputación objetiva se han desarrollado construcciones de interés[13]. En concreto, se debe poner especialmente de relieve que algunas de ellas resaltan la idea clave de que un análisis correcto del comportamiento típico del delito de estafa debe partir de la premisa de que la víctima es responsable de su acto de disposición patrimonial, salvo que se encuentre un fundamento para desplazar la responsabilidad al autor. En el desarrollo de esta idea de la autorresponsabilidad destacan, por una parte, algunas propuestas de tipo estructural que definen la estafa como un delito de autolesión[14] o bien como autoría mediata tipificada[15] y, por otra, otras que se esfuerzan en buscar criterios materiales para dotar de contenido a la idea de autorresponsabilidad[16]. Pero, sobre todo, deben destacarse planteamientos

---

10 BOCKELMANN, en *ZStW*, 69, 1957, p. 272; HERZBERG, en *MDR*, 1972, p. 96; HIRSCH, en *ZStW*, 74, 1962, p. 130; y, sobre todo, NAUCKE, en *Peters-FS*, pp. 109 y ss.

11 GIEHRING. "Prozebbetrug im Versäumnis- und Mahnverfahren - Zugleich ein Beitrag zur Auslegung des Irrtumsbegriffs in § 263 StGB", en *GA*, 1973, pp. 18 ss.; AMELUNG. "Irrtum und Zweifel des Getäuschten beim Betrug", en *GA*, 1977, pp. 1 y ss.; R. HASSEMER. *Schutzbedürftigkeit*, pp. 99 y ss.; ELLMER. *Betrug und Opfermitverantwortung*, pp. 271 y ss. (cfr. el análisis de GÓMEZ BENÍTEZ, en *ADPCP*, 1985, pp. 339 y 340). A mi entender, las propuestas de los tres primeros de introducir la idea de responsabilidad de la víctima a través del tratamiento de la duda no son satisfactorias y, en cambio, tiene mayor capacidad de rendimiento el intento de ELLMER de tener en cuenta las incumbencias de cuidado (*Obliegenheiten zur Aufmerksamkeit*) de la víctima en la definición del engaño típico.

12 Las consideraciones realizadas por la victimodogmática en lo que se refiere a los límites de la tipicidad en el delito de estafa conducen en ocasiones a soluciones satisfactorias, pero su fundamentación es poco convincente. Así, la introducción del principio de subsidiariedad (necesidad de protección) en la interpretación de la estafa propuesta por AMELUNG. *Irrtum*, cit., 1977, pp. 9 y ss. (y lo mismo podría aplicarse a la construcción de HASSEMER. *Schutbedurftigkeit*, cit., que es prácticamente un desarrollo de la posición de AMELUNG) ha sido criticada por suponer la utilización en la interpretación de un principio que tiene como fin inspirar la labor del legislador (en este sentido, CANCIO MELIÁ. *Conducta de la víctima e imputación objetiva en derecho penal*, p. 244).

13 GÓMEZ BENÍTEZ, Ob. cit., 1985, pp. 336 y ss.; KURTH. *Das Mitverschulden des Opfers beim Betrug*, pp. 175 y ss.

14 FRISCH. *Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstagk*, pp. 657 y ss.

15 KINDHÄUSER. *Festschrift für Günther Bemmann*, pp. 339 y ss.

16 Así, SCHMOLLER. "Betrug", cit., pp. 117 y ss., 127. Este autor entiende que el engaño sobre determinadas informaciones no es típicamente relevante y, por tanto, no fundamenta la traslación al autor de la

recientes claramente normativos que proponen una concepción del comportamiento típico de la estafa como infracción de un deber de veracidad. Estos últimos entroncan con el pensamiento de que, en principio, la víctima es responsable de su acto de disposición y entienden que la razón normativa del desplazamiento de la responsabilidad por el acto de disposición de la víctima al autor es la infracción de los deberes de veracidad por este último. En este punto debe hacerse referencia, por una parte, a la aportación de KINDHÄUSER, quien reintroduce en la dogmática de la estafa la categoría del *derecho a la verdad*, no entendido como "objeto de protección"[17], sino como modo de denominar la expectativa normativa de la víctima de la estafa frente al autor sobre quien pesa un deber de veracidad[18]. Por otra parte, es de especial importancia la reciente construcción de PAWLIK, quien desarrolla un interesante sistema de posiciones de garante (en virtud de organización o con origen institucional) que utiliza para explicar los límites del comportamiento no permitido en la estafa[19].

En las líneas que siguen se pone de relieve, *en primer lugar*, la importancia que tiene el patrimonio como fuente de libertad y el papel que la información desempeña para que tal libertad sea efectiva (I). *En segundo lugar*, se analiza por qué la configuración actual del mercado determina la imposibilidad de que el titular del patrimonio acceda personalmente a todas las informaciones que necesita para tomar una decisión de disposición y su necesidad de confiar en informaciones elaboradas por otros operadores económicos. A continuación, se analiza la cuestión del fundamento normativo de los deberes de veracidad, pues

---

responsabilidad por el acto de disposición perjudicial. En concreto, esto es así en el caso de las inveracidades sobre la oferta y la demanda, la información falsa sobre las conductas de otros operadores en el mercado (*Mitläufereffekt*) y las afirmaciones inveraces de las partes en un proceso contradictorio. En estos casos, aun cuando el engaño "cause" una disminución patrimonial no podemos hablar de perjuicio sino de ejercicio de la libertad de la víctima. También HILGENDORF. *Tatsachenaussagen und Werturteile im Strafrecht*, pp. 185 y ss., establece un ámbito de responsabilidad de la víctima a través de la definición del concepto de hecho; para este autor, cuando el engaño no recae sobre "hechos", la víctima es responsable de su decisión de disposición. Algo semejante hace GRAUL. *Festschrift für Hans Erich Bradner zum 70. Geburtstag*, pp. 816 y ss., cuando afirma que la responsabilidad por el acto de disposición de la víctima solamente se desplaza al autor si este último es inveraz sobre la consecución del "fin objetivo de la disposición".

17 Concepción sí presente en algunos autores del siglo XIX como CUCUMUS. *Ueber das Verbrechen des Betrugs als Beytrag für Criminalgesetzgebung*, pp. 1 y ss. (quien, sin embargo, posteriormente cambió de opinión: cfr. "Bemerkungen über das Verbrechen des Betrugs außer Vertragsverhältnissen", en *AcR*, NF, 1835, pp. 563 y s.); FEUERBACH. *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, § 410 y ss.; GROLMAN. *Grundsätze der Criminalwissenschaft*, §§ 288, 290; HENKE. *Handbuch des Criminalrechts und der Criminalpolitik*, § 151, pp. 1 y ss.

18 KINDHÄUSER, en *ZStW*, cit., pp. 399 y ss.

19 PAWLIK. *Das unerlaubte...*, cit., pp. 127 y ss.

la mera constatación de que el titular del patrimonio necesita que otros le proporcionen información o de que existen desniveles fácticos de conocimientos entre unos y otros operadores en el mercado no es fundamento suficiente para hacer a unos responsables por los déficits de otros (II). *En tercer lugar*, se pretende indagar en el principio que rige el reparto de incumbencias de averiguación de la información en el mercado y se esbozan las líneas de lo que podría ser un sistema de deberes de veracidad para el delito de estafa (III). *En cuarto y último lugar*, se dedican unas líneas a analizar cómo deben tratarse, en el contexto de este sistema de deberes de veracidad, los supuestos de estafa de víctima estructuralmente débil (IV).

I

La protección del patrimonio es el reconocimiento jurídico de un ámbito de libertad de la persona[20]. Existen determinados presupuestos necesarios para que el patrimonio sea una verdadera fuente de poder para su titular y no una mera posición formal. Entre ellos, se encuentra su protección frente a sustracciones, actos de violencia y, también, frente a determinados engaños. El tipo de estafa se centra, precisamente, en este último aspecto, esto es, en garantizar al titular del patrimonio cierto grado de información veraz para que su acto de disposición sea un proceso de decisión libre[21]. En efecto, la información es orientación para la toma de decisiones sobre el patrimonio[22], así que sin orientación la titularidad del patrimonio se convierte en algo puramente formal que ya no es fuente de poder para la interacción económica, al igual que ocurre cuando el sujeto que está en posesión de un valioso aparato carece del manual de instrucciones. Obviamente, ello presupone que, desde la perspectiva del tipo de estafa, el patrimonio no se contempla como una realidad estática, como una suma de bienes, sino como una realidad dinámica, como poder jurídicamente reconocido en la interacción económica para la persecución de los pro-

---

20 KINDHÄUSER.Ob. cit., p. 407; OTTO. *Die Struktur des strafrechtlichen Vermögensschutzes*, pp. 80 y 81.

21 En este sentido, ya PÉREZ DEL VALLE. "El engaño omisivo en la estafa", en *CPC*, 59 (1996), p. 377, pone de relieve, a propósito del tratamiento de los casos de estafa por omisión, que "la posición de garante de la que se trata en el engaño omisivo de la estafa no es la de evitación de un resultado típico (perjuicio patrimonial), sino una más concreta de la que ha de derivar el deber de impedir representaciones equivocadas a la víctima que constituyen un paso intermedio en el desarrollo de la tipicidad de la estafa". Este pensamiento se encuentra también en KINDHÄUSER. Ob. cit., pp. 399 y ss., y PAWLIK. Ob. cit., p. 83.

22 Sobre la orientación como condición de la libertad, JAKOBS. *Urkundenfälschung*, cit., pp. 11 y ss.; KINDHÄUSER. *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, § 263, n.° m. 83.

pios fines[23]. Con ello solamente se afirma que el tipo de estafa tiene la función de garantizar un determinado grado de orientación a quien realiza el acto de disposición, sin responder todavía a la cuestión de qué grado de veracidad debe garantizar el tipo de estafa y de cuál es el fundamento que legitima a imponer a un determinado sujeto un deber de veracidad frente al titular del patrimonio.

En el análisis de la información como presupuesto para que el patrimonio mantenga su condición de poder para la interacción económica puede darse un paso más, a saber, determinar qué informaciones son relevantes para la realización de un acto de disposición –sin tomar todavía posición respecto al problema de a quién incumbe la averiguación de esa información–. Para ello es necesario definir cómo funciona el proceso de decisión del titular del patrimonio (o de la persona que actúa autorizadamente en su lugar). Ciertamente, según como se defina el proceso de decisión de la víctima de la estafa, las informaciones relevantes para el acto de disposición serán unas u otras. En este punto, una opción posible es partir del sujeto concreto que realiza el acto de disposición en cada caso. Sin embargo, esta solución haría muy difícil ofrecer una definición concreta de los límites de la información relevante, pues las informaciones importantes para el proceso de decisión del sujeto meticuloso resultarían irrelevantes para el perezoso, y las informaciones que el supersticioso consideraría esenciales le parecerían superfluas a quien no lo es. Por ello, es necesario fijar un *modelo de decisión de la víctima de la estafa* que permita determinar *ex ante* qué informaciones son relevantes en una toma de decisión de disposición, con independencia de las peculiaridades psicológicas de la víctima concreta. A mi entender, el modelo de decisión que debe considerarse el propio de la víctima de la estafa es el que esté generalmente vigente en el mercado. Ahora bien, esta afirmación debe justificarse, en la medida en que la elección del modelo de decisión generalmente vigente en el mercado trae consigo su imposición a todos los operadores económicos, también a los que *de facto* toman sus decisiones económicas con base en modelos de decisión distintos. La razón de la elección del modelo generalmente vigente en el mercado es que el delito de estafa protege el patrimonio como poder jurídicamente reconocido de interacción precisamente en el mercado. El precio de mantener el propio poder de interacción es la adaptación al modelo de decisión vigente en ese mer-

---

23 En este sentido, las concepciones personales del patrimonio han desarrollado la idea de que el vínculo entre titular y bienes no debe entenderse de un modo formal sino funcional. Cfr., por ejemplo, OTTO. *Die Struktur,* cit., p. 81; PAWLIK. *Dasunerlaubte*, cit., p. 263; WEIDEMANN. *Das Kompensationsproblem beim Betrug*, p. 213.

cado, así que quien opte por tomar sus decisiones de disposición con base en un modelo alternativo lo hace por su cuenta y riesgo.

El modelo de decisión vigente en el mercado es, *en primer lugar*, racional, lo cual significa que el sujeto debe basar su decisión en informaciones que hagan referencia al objeto de la relación económica y no en datos inconexos[24]. Esto implica que otros modelos de decisión, como es el del sujeto supersticioso, no se deben tomar en consideración. *En segundo lugar*, hay que preguntarse si el modelo de decisión vigente en el mercado da cabida a factores emocionales. A mi entender, las informaciones sobre aspectos emocionales solamente son relevantes para el modelo de decisión si constituyen, en todo o en parte, objeto de la relación económica. En la venta de una guitarra que perteneció a un famoso intérprete, el valor afectivo vinculado a la guitarra es también objeto de la relación económica. En ese sentido, puede decirse que existe un mercado de objetos de valor afectivo[25]. En cambio, cuando los factores emocionales no forman parte claramente del objeto de la relación y, simplemente, están presentes en el entorno de la decisión económica, la información sobre los mismos debe considerarse irrelevante para este modelo de decisión. *En tercer lugar*, los juicios de valor en sentido estricto no constituyen informaciones relevantes para el modelo de decisión vigente en el mercado porque son posiciones subjetivas ante el mundo y, por ello, no pueden ser ni verdaderos ni falsos, así que carece de sentido plantearse la posibilidad de una inveracidad sobre los mismos[26].

II

El análisis de los límites de la inveracidad permitida desde la perspectiva del tipo de estafa debe partir de la constatación del hecho de que los sujetos que

---

24 Este pensamiento parece estar presente en KINDHÄUSER. *Festschrift für Günther Bemmann*, p. 357; ID. en *NK-StGB*, cit., § 263, n.° m. 89.

25 En este punto queda especialmente claro que el titular del patrimonio, en sus actos de disposición, puede introducir toda clase de fines personales en una relación económica, aun cuando se trate de fines que el mercado calificaría de absurdos, siempre y cuando, en primer lugar, tal "personalización" se produzca dentro del ámbito de lo permitido por el derecho –no es posible "personalizar" introduciendo fines ilícitos según el derecho– y, en segundo lugar, los fines personales se expresen intersubjetivamente como vinculantes para las partes de la relación económica.

26 Cuestión distinta es que haya afirmaciones que se presenten como juicios de valor y que, sin embargo, tengan además de la dimensión subjetiva que les es propia, una dimensión objetiva o informativa. En tal caso, no estamos ante juicios de valor en sentido estricto, sino ante juicios de valor que, al tiempo, son afirmaciones de hecho en lo que se refiere a su parte informativa (cfr., sobre esta cuestión, HILGENDORF. *Tatsachenaussagen*, cit., pp. 172 y ss., 183). Obviamente, para averiguar si un juicio de valor tiene o no una dimensión objetiva, la afirmación ha de interpretarse en el contexto, teniendo también en cuenta quién es el sujeto que la realiza.

interaccionan en el mercado no disponen de toda la información necesaria para tomar sus decisiones económicas. Quien adquiere un producto difícilmente conoce todas sus características, y lo mismo puede decirse de quien invierte en un negocio o de quien paga un precio para obtener a cambio una prestación. "Se sabe" mucho sobre los productos, el funcionamiento del mercado, etc., pero no "todos saben todo"[27], porque la información está repartida entre los diversos operadores económicos y, además, de un modo desigual. Ello es así porque la estructura compleja del mercado actual se caracteriza por la especialización de la actividad económica, lo cual trae consigo también la especialización y el reparto de la información[28]. Ciertamente, en un mercado pequeño y sencillo, podría darse la circunstancia de que los sujetos accedieran por sí mismos a todas las informaciones que tienen que ver con sus decisiones económicas. Sin embargo, si en un mercado complejo como el nuestro se esperara de quien se dispone a realizar un acto de disposición un esfuerzo que llegue hasta el punto de adquirir y comprobar toda la información necesaria para tomar libremente una decisión de disposición, la interacción económica se haría tan costosa que los sujetos preferirían renunciar a ella[29]. En un mercado con la complejidad del nuestro, caracterizado por la especialización y la agilidad de los contactos económicos, a los sujetos solamente se les puede exigir un esfuerzo razonable y proporcionado a la clase de relación económica y a la agilidad propia de la relación en cuestión[30]. Lo cierto es que es propio de la estructura actual del mercado que ese esfuerzo razonable y proporcionado no le baste al titular del patrimonio para acceder a todas las informaciones que necesita, así que si pretende continuar con la relación económica se ve en la necesidad de confiar en otros sujetos que sí tienen acceso a esa información[31].

Ciertamente, la constatación de que los operadores económicos presentan déficits de conocimientos, esto es, de que no están en posesión de toda la información que necesitan para tomar libremente sus decisiones económicas, es un elemento importante para entender que, en el mercado actual, los desniveles de conocimientos existentes entre los distintos operadores económicos establecen las condiciones para que unos puedan manipular las decisiones de otros[32]. Sin embargo, la constatación de las carencias de información y de la consi-

---

27 PAWLIK. *Das unerlaubte...*, cit., p. 68.

28 KÜHNE. *Geschäftstüchtigkeit*, cit., p. 12.

29 JAKOBS. *Urkundenfälschung*, cit., p. 12; PAWLIK. Ob. cit., p. 71; TISCHLER. "Freiheit", cit., p. 123.

30 R. HASSEMER. *Schutzbedürftigkeit*, cit., pp. 143 y ss.

31 AMELUNG. "Irrtum", cit., p. 7; HASSEMER. Ob. cit., p. 32; KINDHÄUSER, en *NK-StGB*, cit., § 263, n.° m. 118.

32 BAURMANN. *Zweckrationalität und Strafrecht. Argumente für ein tatbezogenes Maßnahmerecht*, p. 117.

guiente necesidad de información de unos no es en sí un fundamento para imponer a otros unos deberes de veracidad cuya infracción les constituya en responsables de las decisiones económicas de quienes carecen de información suficiente[33]. En efecto, no debe olvidarse que la posesión de información es poder en la interacción económica, con otras palabras, que es, en definitiva, un producto valioso para cuya adquisición el sujeto que la posee ha realizado quizá un gran esfuerzo. En principio, quien está en poder de la información puede emplearla para su propio provecho[34], como medio para gestionar sus propios intereses, y solamente se puede esperar (normativamente) de él que haga entrega a otros de la información de la que dispone si existe un deber jurídico-penal de informar.

Por tanto, por una parte, quien realiza el acto de disposición tiene la necesidad de confiar en informaciones proporcionadas por otros, pues le resulta imposible acceder personalmente a todos los datos que necesita para tomar su decisión de disposición. Sin embargo, por otra parte, la mera constatación de esta necesidad no basta para fundamentar la existencia de un deber de veracidad de los demás operadores económicos frente a ese sujeto. ¿Cuál puede entonces ser la razón normativa para imponer a alguien deberes de veracidad en la interacción económica? Téngase en cuenta que la afirmación de la existencia de un deber de veracidad del autor frente a la víctima significa que su infracción por el autor tiene como consecuencia la atribución *material* al autor del acto de disposición llevado a cabo *formalmente* por la víctima. Con otras palabras, la infracción del deber de veracidad determina que el autor sea competente por el acto de disposición patrimonial, pues el "comportamiento de la víctima" pasa a interpretarse como el "actuar" de un instrumento, es decir, como un acontecer carente de sentido[35]. En definitiva, la afirmación de que existe un deber de veracidad supone una redistribución del riesgo de error o

---

33 BOCKELMANN. *Festschrift für Eberhard Schmidt zum 70. Geburtstag*, pp. 445 y 446; JAKOBS. *Estudios de derecho penal*, p. 225; ID. *Gedächnisschrift für Armin Kaufmann*, 1997, pp. 564 y 565; KINDHÄUSER, en *ZStW*, cit., p. 402; ID., en *NK-StGB*, cit., § 263, n.º m. 118 y 119; KÜHNE. *Geschäftstüchtigkeit*, cit., p. 13; SEELMANN. "Betrug beim Handel mit Rohstoffoptionen", en *NJW*, 1980, p. 2548.

34 Como, con razón, ponía de relieve HÄLSCHNER. *Das preußische Strafrecht*, p. 369: "Jeder Contrahent muß aber wissen, daß der andere ebenso seinen Vorteil sucht, daß dessen Meinung und Urtheil ebenso vom individuellen Interesse gefärbt ist wie sein eigenes, und daß er in Verurtheilung der Frage, was unter den gegebenen Umständen seinem Interesse zu dienen vermag, von der andern Seite keine Förderung und Unterstützung, sondern eher eine Gegenwirkung zu erwarten hat". Cfr., también, KÜHNE. Ob. cit., p. 35; MAAB. *Betrug*, cit., pp. 27 y ss.

35 La víctima no dispone "libremente", así que no puede hacérsele responsable de las consecuencias.

desorientación, pues parte del riesgo presente en la esfera de la víctima pasa a ser "asunto" del autor debido a la infracción del deber de veracidad.

Como ya se ha puesto de relieve, la razón normativa de la responsabilidad del autor no es la mera constatación de la existencia de un *desnivel de conocimientos* entre los operadores económicos que interaccionan. A mi entender, la razón normativa de la existencia de deberes de veracidad es la *conservación de la estructura normativa del mercado*. La veracidad jurídico-penalmente garantizada a través del tipo de estafa debe ser la necesaria para que esa estructura normativa del mercado se conserve y, por consiguiente, los concretos deberes de veracidad deben extraerse de esta última. Aunque en este punto la argumentación pueda parecer algo tautológica, encuentra su explicación en que el tipo de estafa tiene la función de garantizar al titular que su patrimonio constituya verdadera fuente de poder para interaccionar en ese mercado[36]. Ello implica que se ha de conservar la estructura normativa del mercado para asegurar de ese modo *la funcionalidad que el patrimonio tiene para su titular*, es decir, que continúe siendo poder para la interacción en ese mercado. Y el fundamento de la existencia de deberes de veracidad explica, al tiempo, los límites de los mismos, es decir, la garantía normativa de veracidad debe llegar hasta el punto en que sea necesario para que se mantenga el mercado (en sentido normativo) con sus características actuales. Ahora bien, de lo dicho no debe deducirse que el tipo de estafa sea un medio para conservar la facticidad del mercado, porque, si se admitiera que los deberes de veracidad deben buscarse en la facticidad del mercado, se convertiría al tipo de estafa en un instrumento de protección de un patrimonio entendido en sentido puramente fáctico y ello es, a mi entender, inadmisible[37]. El referente para la fundamentación y delimitación de los deberes de veracidad del autor de la estafa es *el mercado en sentido normativo* o, con otras palabras, la estructura normativa del mercado.

---

36 Evidentemente, existen muchos otros presupuestos para que el patrimonio conserve su funcionalidad que no son garantizados por el tipo de estafa (por ejemplo, protección del patrimonio frente a intervenciones violentas) o, incluso, que no son garantizados por el derecho (la pérdida de poder que significa para el agricultor la granizada que destroza su campo, el incendio fortuito de los propios bienes, etc.).

37 A mi entender, lo correcto es partir de un concepto jurídico de patrimonio, no en el sentido de que deba retomarse la concepción clásica de BINDING –esto es, renunciar a la construcción de un concepto penal de patrimonio y remitirse simplemente a los derechos subjetivos patrimoniales del derecho civil–, sino en el sentido de que el concepto penal de patrimonio se inserta en un mundo jurídicamente configurado y, por tanto, debe respetar las valoraciones del derecho privado sobre las relaciones entre sujetos y bienes. Creo que la disponibilidad jurídica respecto a los bienes es un presupuesto de la protección penal del patrimonio a través del tipo de estafa.

III

Así pues, los deberes de veracidad deben buscarse en el mercado, entendido éste en un sentido normativo. En concreto, esto significa que, para averiguar los deberes de veracidad de un sujeto, debe acudirse a la posición ocupada por el mismo en la relación económica y no a los conocimientos que ese sujeto tenga. Por tanto, en primer lugar, para la definición de los deberes de veracidad de un sujeto no son relevantes ni los conocimientos especiales ni los conocimientos que el sujeto posea en virtud de la posición ocupada en otra relación económica, los cuales, en realidad, deben considerarse conocimientos especiales a efectos de la relación económica objeto de examen. En segundo lugar, los deberes de veracidad pesan sobre el sujeto como "precio" de su posibilidad de interaccionar en esa relación económica. En efecto, puede decirse que quien decide intervenir en una relación económica asume los deberes de veracidad propios de esa posición. Obviamente, esto implica, en tercer lugar, que los límites de los deberes de veracidad no pueden definirse en abstracto, sino solamente en el contexto de una relación económica concreta. En la definición de los deberes de veracidad pueden diferenciarse dos niveles. *En primer lugar*, se pueden determinar los deberes de veracidad vinculados a la posición ocupada por el autor en una relación económica estándar. *En segundo lugar*, es posible que los sujetos no se limiten a ocupar posiciones económicas estándar sino que lleven a cabo comportamientos que tengan como consecuencia la redefinición de los deberes de veracidad inicialmente propios de esa relación. Estos actos de redefinición pueden ser: actos de asunción por parte del autor de mayores deberes de veracidad, actos de renuncia de la víctima al derecho a la verdad y actos de bloqueo del autor que impidan a la víctima el cumplimiento de sus incumbencias iniciales en cuanto a la adquisición de información. Ahora bien, pese a esta diferenciación de niveles, se puede llegar a la conclusión de que tanto el hecho de ocupar una posición en una relación económica estándar (primer nivel de definición) como el hecho de redefinir los deberes de veracidad a través de determinados comportamientos (segundo nivel de definición) son actos de asunción en sentido amplio[38].

---

38 Con independencia de que se trate de los deberes de veracidad que KINDHÄUSER ha denominado *heterónomos*, esto es, deberes con origen en la ley o en una institución, fuera del contacto económico, o de los deberes de veracidad *autónomos*, esto es, deberes que nacen en la relación económica, que dependen de la voluntad del destinatario y que son la otra cara de la confianza depositada por la víctima en el autor, puede recurrirse al fundamento de la asunción en ambos casos. Ello es así porque, en

En el primer nivel de análisis, los deberes de veracidad van vinculados a la posición económica ocupada por el sujeto en una relación económica estándar. El fundamento para que esos deberes de veracidad recaigan sobre el sujeto es el hecho de que este último ocupa esa posición en la relación económica, es decir, el hecho de que inicia la interacción con la víctima en esa posición concreta y, con ello, asume los deberes de veracidad propios de tal posición. Ahora bien, ¿qué criterio orienta el reparto de incumbencias respecto a la averiguación de la información? A mi entender, se trata del *criterio de accesibilidad normativa*, que paso a exponer a continuación[39]. Entre el disponente y la información que necesita para tomar su decisión de disposición pueden darse diversas clases de relaciones. En primer lugar, puede existir *inaccesibilidad normativa* de la información, lo cual significa que no es propio de la posición ocupada por el disponente en la relación económica el tener acceso a esa información. Así, cuando el vendedor ofrece un producto que el comprador no puede ver (la prestación hotelera ofrecida por una agencia de viajes) salvo que realice un esfuerzo desproporcionado (ir a la ciudad de destino a comprobar si el hotel tiene las características que la agencia afirma), hay inaccesibilidad de la información. También hay inaccesibilidad a la información sobre un fondo de inversión para un particular que quiere invertir en él pues, por la posición que el gestor de fondos de inversión ocupa en la relación económica, le corresponde a él tener acceso a la información, mientras que ello no le corresponde al particular. En segundo lugar, hay casos en los que entre disponente e información existe una relación de *accesibilidad formal*, es decir, es propio de la posición ocupada por el disponente en la relación económica el tener acceso a la infor-

último término, también los deberes heterónomos nacen *para el sujeto* en el momento en que ocupa la posición económica a la que la ley o una institución vincula determinados deberes de veracidad (cfr. KINDHÄUSER, en *ZStW*, cit., pp. 403 y 404).

39 Ya KÜHNE, *Geschäftstüchtigkeit*, cit., pp. 63 y ss., recurre a la accesibilidad de la información como criterio para diferenciar cuándo el aprovechamiento de un desnivel de conocimientos es engaño típico y cuándo solamente habilidad negocial. A su entender, hay un desnivel de desconocimientos institucional cuando un operador económico, por ejemplo el vendedor, está en posesión de informaciones de las que difícilmente puede disponer el otro, por ejemplo, el comprador. En tal caso, en vistas de la facilidad con la que el vendedor puede aprovechar su ventaja de conocimientos, debe protegerse al comprador. En cambio, cuando el comprador puede acceder fácilmente a la información, no necesita protección, lo cual significa que el desnivel de conocimientos no es institucional y, por tanto, su aprovechamiento debe considerarse habilidad negocial. Sin embargo, en el planteamiento de KÜHNE se echa en falta un esfuerzo de concreción de los criterios a los que hay que recurrir parar establecer que una información es accesible para un sujeto; en efecto, ¿debe entenderse la accesibilidad en sentido fáctico?, ¿debe llevarse a cabo un cálculo de los costes de acceder a una información?, ¿o la accesibilidad depende de otros criterios?

mación pero, al tiempo, no es propio de tal posición el gozar de los conocimientos necesarios para descifrar la información a la que se puede acceder formalmente. Estos supuestos deben tratarse como casos de inaccesibilidad normativa, puesto que en ese caso la información no es orientación. Así, puede que el comprador tenga acceso a la explicación técnica de la estructura de una compleja instalación informática, pero no pertenece a la posición que ocupa en la relación económica el tener los conocimientos para estar en condiciones de descifrar esa información técnica. En tercer y último lugar, hay *accesibilidad normativa* cuando el disponente tiene, por una parte, acceso a la información que necesita para tomar su decisión de disposición y goza, por otra, de los conocimientos necesarios para descifrarla. En caso de que haya accesibilidad normativa de la información para el disponente, incumbe a este último averiguarla. Así, por ejemplo, en principio, la información sobre la situación económica y jurídica de la propia esfera patrimonial, sobre el funcionamiento del mercado o sobre las conductas de otros oferentes de un producto son informaciones normativamente accesibles para el disponente[40].

Ahora bien, ¿cómo se determina qué informaciones están normativamente accesibles para el disponente? A mi entender, no es sostenible afirmar o negar la accesibilidad con base en criterios de costes económicos, pues ello supondría formular la accesibilidad en términos fácticos. Más bien se debe acudir al mercado en sentido jurídico, lo cual implica que las reglas económicas del mercado solamente pueden tener relevancia en la determinación de la accesibilidad normativa en la medida en que estén incorporadas al sistema jurídico. Es evidente que la concreción de lo que se debe considerar normativamente accesible e inaccesible es más sencilla en los sectores en los que existe una regulación o unos usos consolidados sobre las medidas de averiguación que incumbe tomar a determinados operadores económicos. Ello ocurre, por ejemplo, en el ámbito bancario, en el que existen usos claros que obligan a las entidades de crédito a averiguar el estado registral de los inmuebles ofrecidos por el cliente como garantía de un crédito, o a tomar medidas dirigidas a comprobar la identidad de quien se dispone a retirar fondos de una cuenta[41].

---

40 De modo que las inveracidades del "autor" en ese ámbito son irrelevantes, salvo que pueda fundamentarse que este último ha llevado a cabo un acto de asunción de mayores deberes de veracidad frente a la víctima o un acto de bloqueo fáctico del acceso de la víctima a la información normativamente accesible.

41 En los últimos años, la jurisprudencia española ha reconocido abiertamente la existencia de estas "incumbencias" de autoprotección. Así, la STS del 22 de octubre de 2000, M. P.: DELGADO GARCÍA, absuelve del delito de estafa al sujeto que entregó en una entidad bancaria quince cheques por un valor de casi 30 millones de pesetas sin que la cuenta contra la que se libraron tuviera fondos suficientes para

Otra cuestión importante es si la existencia de deberes de información civiles debe tenerse en cuenta en la concreción del criterio de la accesibilidad normativa, es decir, si del hecho de que el vendedor tenga deberes civiles de información frente al comprador se deriva la consecuencia de que este último tiene una relación de inaccesibilidad respecto a esa información y que, en cambio, el vendedor sí tiene acceso normativo a la misma, así que tiene un deber de veracidad penal frente al comprador. A mi entender una formulación así no puede aceptarse, y la relevancia de los deberes de información civiles en la concreción de los deberes de veracidad penales debe limitarse a los deberes civiles que puedan ponerse en relación con la protección del patrimonio pretendida por el tipo de estafa[42].

En un segundo nivel, deben analizarse los comportamientos del autor o de la víctima que traen consigo la redefinición de los límites iniciales de los deberes de veracidad. *En primer lugar*, pueden existir *actos de asunción por parte de la víctima de mayores riesgos de desorientación*. Un acto de asunción de estas características existe cuando la víctima renuncia a un derecho a la verdad y, con ello, libera al otro operador económico del correspondiente deber de veracidad. Ahora bien, para que se produzca ese cambio normativo es necesario que la víctima exprese la renuncia de modo inequívoco, la cual no debe confundirse con el incumplimiento por parte de la víctima de sus incumbencias de autoprotección. Ciertamente, esto último consiste en la omisión por la víctima del esfuerzo de averiguación y comprobación de informaciones que le correspondía según su posición en la relación económica, sin que ello afecte a los límites de los deberes de veracidad del autor, mientras que la asunción por la víctima de mayores riesgos de desorienta-

---

cubrir las cuantías respectivas, con el argumento de que los usos mercantiles del ámbito bancario establecen que "cuando alguien quiere cobrar el importe de un cheque no conformado en una oficina bancaria diferente de aquella en la que tiene la cuenta corriente contra la que se libra, si ese cheque no aparece en su propio texto conformado por la entidad depositaria de los fondos, es habitual que la entidad que recibe el efecto sólo lo abone al presentador, bien en el momento en que ya haya sido cobrado en la oficina destinataria, bien cuando, si hay urgencia para el interesado o si éste lo interesa (sic.), se haya obtenido la conformidad de esta última oficina, que al prestarla anota la cuantía que queda así reservada en beneficio del cheque correspondiente, conformidad que [...] puede obtenerse incluso por teléfono"; la STS de 29 de octubre de 1998, M. P.: JIMÉNEZ VILLAREJO, y la STS del 12 de diciembre de 2000, M. P.: MARTÍN PALLÍN, absuelven de estafa, la primera, a quien se presentó para retirar fondos sin acreditar su identidad y no fue requerido a ello por la empleada de la entidad bancaria y la segunda, a quien presentó al pago un cheque con claras irregularidades, con el argumento de que el empleado de la entidad infringió las normas profesionales de diligencia. Cfr., sobre la evolución jurisprudencia en España, SILVA SÁNCHEZ. "Las inveracidades", cit., pp. 10 y ss.

42 De acuerdo, MAAB. *Betrug*, cit., pp. 19 y ss.; PAWLIK. *Das unerlaubte*, cit., p. 162, quien entiende que el derecho civil constituye únicamente un límite negativo (allí donde no hay deber civil de informar, no puede haber deber penal), pero no vincula positivamente al derecho penal.

ción implica una reducción de los deberes de veracidad del autor. Así, por ejemplo, en la venta de un producto para proteger las plantas frente a determinados insectos, el vendedor debería, en principio, informar del uso que puede darse al producto; ahora bien, si el comprador toma un paquete del producto y se dispone a pagar sin atender a las explicaciones del vendedor, renuncia a su derecho a la verdad y asume un mayor riesgo de error. *En segundo lugar*, puede producirse una redefinición de los deberes de veracidad mediante un *acto de asunción del autor*[43]. Para que se produzca un acto de asunción no es suficiente ni que el autor decida proporcionar a la víctima más información de la que debía según sus deberes de veracidad iniciales ni que manifieste expresamente su decisión, como tampoco basta que la víctima solicite más información que aquélla a la que, en principio, tenía derecho. Para que exista un acto de asunción es necesario un comportamiento del autor mediante el cual este último *se autovincule inequívocamente* a informar más allá de los deberes de veracidad iniciales de su posición, respondiendo de la veracidad de sus informaciones. Para ello es necesario, *por una parte*, que el autor se presente intersubjetivamente como capacitado para llevar a cabo la mayor prestación de información –estar en posesión de la información, tener la calificación profesional para poder informar, etc.–. Ahora bien, dado que de la manifestación de la capacidad de suministrar más información no deriva un deber de información, *por otra parte*, es además necesario que el autor exprese inequívocamente que se hace responsable de suministrar información veraz sobre esos aspectos de la relación económica que inicialmente no estaban dentro del ámbito de sus deberes de veracidad[44]. Esto último exige que el acto de asunción presente cierta formalidad, lo cual no significa que se deba realizar por escrito, sino que autor y víctima han de construir su interacción sobre la base de que el primero se ha hecho responsable de orientar a la última más allá de sus deberes de veracidad iniciales[45]. Así, el comentario sobre la calidad de un automóvil realizado por un ingeniero en un café carece del contexto de formalidad suficiente para ser un acto de asunción, pues las informaciones proporcionadas en ese con-

---

43 Últimamente, muy convincente el tratamiento de la asunción de PAWLIK. Ob. cit., pp. 143 y ss.

44 KINDHÄUSER, en *NK-StGB*, cit., § 263, n.° m. 121 y ss.

45 PAWLIK. Ob. cit., pp. 150 y ss., introduce una serie de límites a la asunción. Según este autor, hay informaciones cuya averiguación es competencia prioritaria de la víctima. A mi entender, ese límite es el que se corresponde con la determinación inicial de los deberes de veracidad en una relación económica y puede ser desplazado a través de actos de asunción. Así, por ejemplo, aun cuando se afirme que compete primariamente a la víctima averiguar cuál es el funcionamiento del mercado, el autor puede hacerse responsable de la veracidad de esa información mediante un acto de asunción, de modo que lo que era incumbencia de la víctima pasa a ser asunto suyo.

texto por el ingeniero no son, claramente, conocimientos especiales, al no ocupar el ingeniero en ese momento una posición de especialista. *En tercer lugar*, los deberes de veracidad iniciales pueden verse modificados por *un acto del autor de bloqueo del acceso por la víctima a informaciones normativamente accesibles*. El autor obstaculiza a la víctima el acceso a informaciones que estaban accesibles para esta última con tal intensidad que la víctima no puede acceder a la información veraz realizando el esfuerzo que es razonable según su posición económica. El bloqueo da lugar al nacimiento de un deber de veracidad cuyo contenido es la neutralización de la información inveraz introducida en la esfera de la víctima. Así, compete a la entidad bancaria comprobar la identidad de quien se presenta a retirar fondos, exigiéndole que muestre su documento de identidad, pero si un cliente muestra un documento falsificado y se hace pasar por otra persona, bloquea el acceso de la víctima, la entidad bancaria, a información que estaba normativamente accesible para ella[46].

Lo que aquí se ha planteado en términos generales puede ser objeto de concreción respecto a cada una de las informaciones que son relevantes en la toma de una decisión de disposición. *En primer lugar*, incumbe a la víctima conocer *el estado jurídico y económico de su patrimonio*, así que el autor no tiene deber de informarle sobre esos aspectos. Si el autor transmite información falsa sobre los mismos, debe entenderse que se trata de una actuación que cae dentro del ámbito del riesgo permitido, salvo que se pueda fundamentar que la transmisión de información inveraz constituye un acto de bloqueo a la víctima del acceso a información normativamente accesible. Ahora bien, pueden existir actos de asunción del autor por medio de los cuales nazca un deber de veracidad respecto a esas informaciones (por ejemplo, la asunción de deberes de asesoramiento). *En segundo lugar*, incumbe a la víctima averiguar los *aspectos jurídicos y económicos de la esfera del autor* a los que pueda acceder realizando un esfuerzo razonable según la clase de relación económica de que se trate (por ejemplo, acudir al Registro de la Propiedad para comprobar la titularidad de un inmueble). En cambio, el autor tiene deber de entregar a la víctima las informaciones sobre su situación económica y jurídica que sean normativamente inaccesibles y que sean relevantes para la decisión de disposición de la víctima, a saber, su disposición al cumplimiento y su capacidad jurídica y económica de cumplimiento. Aun cuando la víctima no debe (normativamente) confiar en afirma-

46 En todo caso, lo clave es que, en el momento del acto de disposición, la víctima no disponga del estado de información al que tenía derecho porque el autor no conjuró el riesgo de desorientación introducido con el acto de bloqueo.

ciones del autor sobre aspectos que le compete a ella averiguar, pueden existir comportamientos de bloqueo del autor que impidan el acceso de la víctima a esa información y determinen el nacimiento de un deber de veracidad para ese autor. *En tercer lugar*, compete a la víctima la averiguación de todas las informaciones que tienen que ver con el *funcionamiento del mercado*[47], a saber, la corrección del precio, el comportamiento de otros oferentes, cuestiones como si hay otros compradores interesados en el producto, etc. Esto tiene como consecuencia que las llamadas "mentiras de recomendación" o afirmaciones del vendedor, como la de que lo que ofrece son los últimos ejemplares o la de que tiene muchos clientes interesados en comprar ese producto, son irrelevantes desde la perspectiva del tipo de estafa[48]. No obstante, existen informaciones que solamente son accesibles para el autor (para un médico, las tarifas de precios adecuadas a la clase de prestación); en esos casos, el autor tiene deber de veracidad respecto a esas informaciones. Lo mismo ocurre en el caso de mercados muy complejos, en los que la posición económica del oferente incluye ya deberes de asesoramiento sobre el funcionamiento de ese mercado. Además, pueden producirse actos de asunción que amplíen los deberes de veracidad del autor. *En cuarto lugar*, compete a la víctima la averiguación de la *información sobre los aspectos jurídicos y económicos de la relación*. Ahora bien, si el autor ocupa la posición de especialista y la relación económica es compleja, el autor tiene deber de veracidad respecto a esa información. Lo mismo ocurre cuando el autor asume frente a la víctima una función de asesoramiento. También puede ocurrir que el autor bloquee el acceso de la víctima a información normativamente accesible, con lo cual, si no cumple el deber de veracidad que ha nacido del acto de bloqueo, se erige en responsable del acto de disposición perjudicial. En cuanto a las *características de la prestación*, incumbe a la víctima informarse sobre las que estén normativamente accesibles, siempre y cuando pertenezca también a la posición económica de la víctima el tener los conocimientos necesarios para descifrar esa información. Así, cuando se trate de un producto complejo (por ejemplo, una máquina), el vendedor ocupa normalmente una posición de especialista, de tal manera que le incumbe a él informar sobre las caracterís-

---

47 BOCKELMANN, en *ZStW*, cit., p. 272; KINDHÄUSER, en *Bemmann-FS*, cit., p. 354; KÜHNE. *Geschäftstüchtigkeit*, pp. 63 y ss.; PAWLIK. *Das unerlaubte...*, cit., pp. 153 y 154; SCHMOLLER, en *JZ*, 1991, p. 127; SEELMANN, en *NJW*, cit., 1980, p. 2548.

48 Se trata de mentiras que no se refieren a la cosa objeto de la relación económica sino a la vinculación de la misma con el proceso económico (KÜHNE. Ob. cit., p. 63); no obstante, debe precisarse que, en determinados casos, la información sobre la relación entre la cosa y el proceso económico puede ser objeto de una relación económica y, en tal caso, el engaño sobre la misma puede ser relevante (p. 65).

ticas del producto; en efecto, aunque la víctima pueda acceder formalmente a esa información, carece de los conocimientos necesarios para convertir esa información en orientación.

IV

En la propuesta de sistema de deberes de veracidad en la estafa se ha omitido un aspecto importante que se debe tratar brevemente a continuación, a saber, el de los casos de *estafa de víctima estructuralmente débil*. En efecto, en el análisis realizado hasta aquí se ha partido del presupuesto –más bien, de la ficción– de que la víctima de la estafa es un sujeto normalmente constituido. Sin embargo, el engaño puede estar dirigido a un sujeto de poca capacidad intelectual, a un niño, a un enfermo mental, a una persona socializada de modo anormal, etc. La primera pregunta que estos casos plantean es la de qué debe entenderse por debilidad y, la segunda, la de qué tratamiento normativo debe dársele a la misma, es decir, si la debilidad de la víctima es relevante en la delimitación de los deberes de veracidad y, en su caso, en qué medida y bajo qué presupuestos.

En efecto, la primera cuestión a la que se debe responder es la de qué debe entenderse por debilidad. *En sentido amplio*, puede decirse que es débil toda víctima que, en el momento del acto de disposición, carece de la información suficiente para llevarlo a cabo libremente, es decir, toda víctima que está desorientada. Ahora bien, las razones que explican el "estado de debilidad" de la víctima pueden ser muy diversas y, según las mismas, deben diferenciarse tres grupos de casos: en primer lugar, los casos de víctima normal "debilitada" por la infracción de deberes de veracidad por el autor; en segundo lugar, los de víctima normal que "se debilita a sí misma" mediante el incumplimiento de sus incumbencias de auto-orientación; y, en tercer lugar, los casos en que la víctima es débil debido a su constitución. Los dos primeros supuestos encuentran respuesta en el sistema de deberes de veracidad que se ha propuesto antes (supra, III). En efecto, en el primer grupo de casos el autor es responsable del estado de desorientación o debilidad de la víctima, y en el segundo la debilidad es asunto de esta última. En cambio, el tercer grupo de casos debe ser ahora objeto de análisis, pues presenta la peculiaridad de que las inveracidades que frente a una víctima normal se considerarían permitidas (por ejemplo, un engaño burdo) pueden ser eficaces para conducir a la víctima estructuralmente débil a un acto de disposición perjudicial.

La víctima débil *en sentido estricto* o víctima estructuralmente débil es la que, aun cuando el autor cumpla los deberes de veracidad que tendría frente a una víctima normal, carece de la información suficiente para llevar a cabo li-

bremente su acto de disposición. Con otras palabras, la víctima débil no es libre en su acto de disposición si solamente se le garantiza normativamente la misma información veraz que se le garantiza normativamente a una víctima normal. Ahora bien, a mi entender, hay que aclarar que la estafa a una víctima que realiza actos de disposición con base en modelos de decisión alternativos y, en concreto, a una víctima que basa su decisión en motivos emocionales no pertenecientes a la relación económica o en motivos supersticiosos, no es un caso de estafa a víctima débil en sentido estricto, salvo que el hecho de que tal víctima tome sus decisiones económicas según modelos alternativos pueda explicarse como fruto de una enfermedad. La razón de esta restricción del concepto de debilidad es que de la víctima se espera que tome sus decisiones de disposición con base en informaciones que tienen que ver con el contenido de la relación económica, así que, en el caso de que decida basar sus decisiones en otras informaciones inconexas (emocionales o supersticiosas), se entiende que lo hace por su cuenta y riesgo. Así, por una parte, si el autor transmite a la víctima información veraz respecto a la relación económica y solamente realiza afirmaciones falsas sobre los comportamientos de otros compradores, se trata de una inveracidad que afecta a informaciones irrelevantes para la toma de decisión de disposición, así que, aunque fácticamente conduzca a un error a la víctima que decide por motivos emocionales, tal error es imputable a la víctima[49]. Por otra parte, tampoco los motivos supersticiosos forman parte del modelo de racionalidad vigente, así que no existe deber de veracidad del autor respecto a los mismos. En cambio, sí son víctimas débiles en sentido estricto los niños, los enfermos mentales, los sujetos de reducida capacidad intelectual o con alguna alteración de la percepción importante y los sujetos con serios déficits de socialización, porque, debido a su constitución, requieren una mayor orientación para poder tomar libremente sus decisiones económicas.

La constatación de que determinados sujetos son víctimas estructuralmente débiles, es decir, que por su constitución están sometidos a un mayor riesgo de desorientación, plantea la cuestión de cuál es el tratamiento normativo correcto de estos casos. *Una primera solución* es la de considerar que la debilidad carece de toda relevancia normativa, lo cual significa que el autor que se en-

---

49 Sobre los casos de *Mitläufereffekt*, cfr. SCHMOLLER, en *JZ*, cit., p. 125 ss.; ID. "Ermittlung des Betrugsschadens bei Bezahlung eines marktüblichen Preises", en *ZStW*, p. 127. Puede pensarse en otros ejemplos: alguien decide comprar un producto porque el vendedor afirma que un famoso actor también lo consume, siendo esto último falso; alguien decide realizar una donación porque ve en la lista de donantes que personas importantes han sido muy generosas, siendo el contenido de la lista inveraz.

cuentra frente a una víctima débil no tiene mayores deberes de veracidad que si la víctima fuera normal. Que esta solución no reconozca la debilidad estructural como fundamento de deberes de veracidad desde la perspectiva del tipo de estafa no significa que cierre el paso a la posibilidad de construir deberes de veracidad desde la perspectiva de la solidaridad, que en Alemania quizá podrían ubicarse en el § 323c StGB[50], pero que, en cambio, en España no podrían considerarse deberes de solidaridad cuya infracción vaya acompañada de una sanción penal. Esta solución se podría apoyar en el argumento de que el anonimato del mercado exige una estandarización de las relaciones económicas hasta el punto de negar relevancia a todas las peculiaridades de los sujetos que ocupan una determinada posición en una relación económica. Sin embargo, se le puede formular la objeción de que, al permitir el empleo de engaños burdos frente a víctimas débiles, trae consigo la consecuencia de que el tipo de estafa no garantiza que el patrimonio de la víctima débil sea verdadera fuente de poder para esta última, pues para gozar de orientación tal víctima necesita más información que la víctima normal, necesita que se supla su déficit cognitivo.

Una segunda solución es la defendida en su escrito de habilitación por PAWLIK, quien propone diferenciar dos grupos de casos[51]. En el caso de estafa de niños y enfermos mentales, este autor entiende que el tratamiento normativo adecuado es el de la asunción; dado que tales víctimas no tienen competencia de organización, no puede hacérseles responsables de las consecuencias, así que quien desee conducirlas a realizar un acto de disposición debe adaptarse a su nivel de conocimientos o, si no, renunciar a la relación económica con ellas[52]. En cambio, en el caso de las personas que han experimentado una proceso de socialización anómalo (evacuados, asilados), este autor entiende que los deberes en virtud de organización no bastan para garantizar la verdadera libertad de estos sujetos, y que

---

50 Este precepto es el equivalente a la omisión del deber de socorro del artículo 195 C. P. español. El § 323c StGB castiga con pena de prisión de hasta un año o con pena de multa a quien no preste ayuda en caso de accidente, peligro común o necesidad, cuando esto era necesario y se le podía exigir según las circunstancias, en especial, porque le era posible sin ponerse a sí mismo en un peligro relevante y sin infringir otros deberes importantes.

§ 323c StGB *Unterlassene Hilfeleistung*. "Wer bei Unglücksfällen oder gemeiner Gefahr oder Not nicht Hilfe leistet, obwohl dies erforderlich und ihm den Umständen nach zuzumuten, insbesondere ohne erhebliche eigene Gefahr und ohne Verletzung anderer wichtigen Pflichten möglich ist, wird mit Freiheitsstrafe bis zu enem Jahr oder mit Geldstrafe bestraft".

Una cuestión que excede el estudio de este trabajo es si la protección del patrimonio debe entenderse incluida en el § 323c StGB (cfr. SPENDEL, en *LK-StGB*, 11ª ed., § 323c, n.º m. 28).

51 PAWLIK. *Das unerlaubte...*, cit., p. 179 ss.

52 Ya JAKOBS, en *GA*, cit., p. 568, trata estos casos como un problema de responsabilidad por organización.

existen deberes de carácter institucional dirigidos a suplir los déficits que sufren estas personas. En realidad, la cobertura de esas lagunas a través del proceso de socialización es misión del Estado, pero este último no alcanza a desarrollar esa tarea con todos los sujetos, así que delega un deber en los ciudadanos, los cuales actúan como cuasi-funcionarios frente a la persona socializada de modo anormal. Ese deber es de la misma naturaleza que el del § 323c StGB[53]. El planteamiento de este autor suscita, a mi entender, dudas, por una parte, porque no explica por qué en el primer grupo de casos el mero hecho de interaccionar con un niño o enfermo mental es un acto de asunción del autor y, por otra, porque la solución del segundo grupo de casos no es satisfactoria. En lo que se refiere a esto último, en primer lugar, este autor no respeta la lógica interna del legislador, porque, al tiempo que considera que la estafa de víctima socializada de modo anormal es infracción de un deber institucional de la misma naturaleza que el del § 323c StGB, no respeta las diferencias (también de pena) que el legislador ha previsto, por ejemplo, entre la infracción del deber de socorro en situaciones de peligro para la vida (infracción de un deber institucional delegado del Estado, en la concepción de Pawlik) y la responsabilidad por organización de lesiones de la vida ajena. En segundo lugar, desde un punto de vista sistemático, esta solución conduce a la sorprendente conclusión de que una infracción de deberes institucionales delegados del Estado frente al patrimonio ajeno (§ 263 StGB) se castiga más que la infracción de deberes institucionales de la misma naturaleza frente a la vida ajena en peligro (§ 323c StGB). Pawlik intenta responder a la última objeción diciendo que la mayor pena de la estafa se explica porque en estos casos el autor tiene una "competencia institucional especial" frente a la víctima que no nace de la mera interacción neutral con ella, sino de una puesta en escena por parte del autor que determina que, según el criterio de un observador objetivo, la víctima deba sucumbir al engaño. Sin embargo, el argumento no es convincente sino que pone de manifiesto que, para Pawlik, el fundamento de la responsabilidad en estos casos no es, en realidad, un deber institucional independiente de la interacción, sino un acto de organización del autor. En definitiva, Pawlik debería reconocer que, en su planteamiento, el fundamento de la responsabilidad en estos casos es la asunción.

Una tercera solución consiste en entender que en los casos en que el autor interacciona con una víctima estructuralmente débil hay un acto de asunción de mayores deberes de veracidad, en concreto, de un deber de veracidad cuyo

53 Obviamente, podría discutirse sobre la interpretación del § 323c StGB que este autor sostiene (*GA*, 1995, pp. 363 ss.). Esta cuestión se deja aquí de lado.

contenido es suplir el déficit cognitivo de la víctima. Por una parte, esta solución se basa en la idea de que el tipo de estafa tiene la función de garantizar que el patrimonio sea verdadera fuente de libertad para su titular y, por otra, entiende que la interacción con la víctima estructuralmente débil tiene un significado inequívoco de asunción. En efecto, por una parte, en el caso de las víctimas débiles, el cumplimiento por el autor de los deberes de veracidad que tendría frente a una víctima normal resulta insuficiente para garantizar la verdadera libertad de la víctima estructuralmente débil, de modo que no puede hacerse a esta última responsable de las consecuencias de su acto de disposición. Por otra parte, la interacción con la víctima estructuralmente débil tiene un sentido inequívoco de asunción del deber de suplir su déficit. Ahora bien, parece que, en el marco de este planteamiento, un requisito para afirmar que hay asunción debería ser la cognoscibilidad del déficit de la víctima para el autor, pues la debilidad de la víctima que no haya entrado a formar parte del proceso de comunicación no pasaría de ser una peculiaridad individual que no ha sido incorporada a su posición económica. Ciertamente, esta solución podría considerarse satisfactoria, en la medida en que garantiza a las víctimas débiles una interacción en las mismas condiciones de libertad que las víctimas normales. Sin embargo, resulta complejo explicar por qué la mera interacción del autor con la víctima débil, cuando el déficit de esta última sea cognoscible, trae consigo el nacimiento de mayores deberes de veracidad. En efecto, así como la fundamentación de la responsabilidad del autor por el acto de disposición perjudicial es más sencilla cuando se constata que el autor ha adaptado su comportamiento a la debilidad de la víctima para sacar provecho de la situación, la afirmación de que hay responsabilidad por organización es más compleja cuando el autor se comporta de un modo neutral, sin desviarse de los estándares propios de la posición económica que ocupa.

En las soluciones expuestas para los casos de estafa de víctima estructuralmente débil se ha puesto de relieve que, por una parte, no parece muy satisfactoria la propuesta de entender que frente a la víctima débil el autor no tiene mayores deberes de veracidad y que, por tanto, la víctima débil debe cargar con las consecuencias de su déficit. Sin embargo, por otra parte se han visto las dificultades de fundamentar la existencia de asunción en los casos en que el autor se comporta de un modo neutral, según lo que le corresponde a su posición en la relación económica, sin adaptar su comportamiento a la debilidad de la víctima. A mi entender, los casos de estafa de víctima estructuralmente débil deben solucionarse como expongo a continuación. En primer lugar, en los casos en que el derecho otorga relevancia a la debilidad de la víctima, el autor tiene mayores deberes de veracidad; puesto que el derecho penal tiene en cuenta

esa debilidad, porque no trata a esos sujetos como personas responsables, la posición jurídica del autor frente a la víctima no es la misma posición que ocuparía en el caso de interaccionar económicamente con una víctima normal, y por ello puede afirmarse que el mero interaccionar con la víctima estructuralmente débil cuya debilidad tiene relevancia jurídica expresa la asunción de suplir el déficit de la misma. Esta afirmación obliga a cuestionarse, *por una parte*, cuándo el derecho da relevancia a la debilidad de la víctima. Una posibilidad sería acudir a los presupuestos de capacidad negocial previstos por el derecho privado y otra, la de aplicar a la víctima los criterios de la capacidad de culpabilidad. Me parece que tiene más interés explorar esta segunda vía, en la medida en que ciertamente la víctima no es una persona responsable desde la perspectiva del derecho penal[54]. Así, el autor que interacciona económicamente con ella lo hace con un instrumento y, por tanto, se hace responsable por la decisión de disposición a la que la conduce. Así, puede concluirse que los deberes de veracidad del autor aumentan en el caso de que la víctima sea un menor o un incapaz. Ahora bien, *por otra parte*, hay que preguntarse si esos mayores deberes de veracidad del autor son deberes de veracidad propios del tipo de estafa. En mi opinión, la respuesta a esta cuestión debe ser negativa, porque, en tales casos, no puede decirse que la decisión de la víctima, en caso de no mediar engaño, habría podido constituir una nueva situación jurídica –lo cual es, a mi entender, un requisito esencial para poder hablar de acto de disposición–; así que, en estos casos, el engaño del autor no debería considerarse un comportamiento típico desde la perspectiva del tipo de estafa sino, más bien, una sustracción[55]. En segundo lugar, en los casos en que el derecho no otorga relevancia a la debilidad de la víctima, solamente aumentan los deberes de veracidad del autor si este último *adapta* su comportamiento a la debilidad de la víctima para sacar provecho de la situación; el acto de adaptación debe interpretarse como un acto de asunción de la gestión de un tramo de la libertad de la víctima. Por esta razón, en los casos en que el autor se comporta de un modo neutral, de modo que no hay elementos de su comportamiento que den cuenta de que ha habido un acto de adaptación, el autor solamente tiene los deberes de veracidad que tendría frente a una víctima normal.

---

54 JAKOBS, en *GA*, cit., p. 568.

55 En este sentido ya gran parte de la doctrina. Cfr., por ejemplo, CHOCLÁN MONTALVO. "Engaño bastante y deberes de autoprotección. Una visión de la estafa orientada al fin de protección de la norma", en *AJA*, p. 134; QUINTANO RIPOLLÉS. *Tratado de la parte especial del derecho penal, II*, p. 593; RODRÍGUEZ DEVESA y SERRANO GÓMEZ. *Derecho penal español. Parte especial*, p. 455; ROMERO. *Los elementos del tipo de estafa*, p. 175 ss.

BIBLIOGRAFÍA

AMELUNG, KNUT. "Irrtum und Zweifel des Getäuschten beim Betrug", en *GA*, 1977.

BAURMANN, MICHAEL. *Zweckrationalität und Strafrecht. Argumente für ein tatbezogenes Maßnahmerecht*, Opladen, 1987.

BOCKELMANN, 7. Recensión a "REINHART MAURACH *Deutsches Strafrecht. Besonderer Teil. Ein Lehrbuch.* 2., erweiterte und verbesserte Auflage. Verlag C.F. Müller, Karlsruhe, 1956", en *ZStW*, 69, 1957.

BOCKELMANN, PAUL y WILHELM GALLAS (eds.). "Betrug verübt durch Schweigen", en *Festschrift für Eberhard Schmidt zum 70. Geburtstag*, Göttingen, 1961.

CANCIO MELIÁ, MANUEL. *Conducta de la víctima e imputación objetiva en derecho penal*, Barcelona, 1998.

CHOCLÁN MONTALVO, JOSÉ ANTONIO. "Engaño bastante y deberes de autoprotección. Una visión de la estafa orientada al fin de protección de la norma", en *AJA*, 8 de julio de 1999.

CUCUMUS, CONRAD. *Ueber das Verbrechen des Betrugs als Beytrag für Criminalgesetzgebung*, Würzburg, 1820.

CUCUMUS, CONRAD. "Bemerkungen über das Verbrechen des Betrugs außer Vertragsverhältnissen", en *ACR*, NF, 1835.

ELLMER, MANFRED. *Betrug und Opfermitverantwortung*, Berlin, 1986.

FEUERBACH, PAUL JOHANN ANSELM. *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, 13.ª ed., MITTERMAIER (ed. y notas), Giessen, 1840.

FRISCH, WOLFGANG. "Funktion und Inhalt des 'Irrtums' im Betrugstatbestand", en ARTHUR KAUFMANN, GÜNTHER BEMMANN, DETLEF KRAUSS y KLAUS VOLK (eds.). *Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag*, München, 1979.

GIEHRING, HEINZ. "Prozebbetrug im Versäumnis- und Mahnverfahren - Zugleich ein Beitrag zur Auslegung des Irrtumsbegriffs in § 263 StGB", en *GA*, 1973.

GÓMEZ BENÍTEZ, JOSÉ MANUEL. "Función y contenido del error de tipo en la estafa", en *ADPCP*, 1985.

GRAUL, EVA. "Wider die Zweckverfehlungslehre beim Vermögensschaden. Zur teologischen Reduktion des § 263 StGB bei bewußter Selbstschädigung", en GERD PFEIFFER, JOACHIM KUMMER y SILKE SCHEUCH (eds.). *Festschrift für Hans Erich Bradner zum 70. Geburtstag*, Köln, 1996.

GROLMAN, KARL VON. *Grundsätze der Criminalwissenschaft*, 4.ª ed., Gießen, 1825.

HÄLSCHNER, HUGO. *Das preußische Strafrecht*, 3, "System des deutschen Strafrechts", 1. (einziger) Abschnitt, Besonderer Teil, Verbrechen gegen das Recht der Privatperson, Bonn, 1868.

HASSEMER, RAIMUND. *Schutzbedürftigkeit des Opfers und Strafrechtdogmatik*, Berlin, 1981.

HENKE, EDUARD. *Handbuch des Criminalrechts und der Criminalpolitik*, III, Berlin, Stettin, 1830.

HERZBERG, ROLF DIETRICH. "Bewußte Selbstschädigung beim Betrug", en *MDR*, 1972.

HILGENDORF, ERIC. *Tatsachenaussagen und Werturteile im Strafrecht*, Berlin, 1998.

HIRSCH, *Hans Joachim*. "Soziale Adäquanz und Unrechtslehre", en *ZStW*, 74, 1962.

JAKOBS, GÜNTHER. "Objektive Zurechnung bei mittelbarer Täteschaft durch ein vorsatzloses Werkzeug", en *GA*, 1997.

JAKOBS, GÜNTHER. "Representación del autor e imputación objetiva", C. J. SUÁREZ GONZÁLEZ (trad.), en *Estudios de derecho penal*, Madrid, 1997; (título original: "Tätervorstellung und objektive Zurechnung", en GEHARD DORNSEIFER, ECKHARD HORN, GEORG SCHILLING, WOLFGANG SCHÖNE, EBERHARD STRUENSEE y DIETHART ZIELINSKI (eds.). *Gedächnisschrift für Armin Kaufmann*, Köln, Berlin, Bonn y München, 1989).

JAKOBS, GÜNTHER. *Tun und Unterlassen im Strafrecht;* conferencia pronunciada en Strafrechtliches Seminar "Unterlassungsdelikte und weitere Probleme der Zurechnungslehre", en Bonn, 19 de octubre de 1999; SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES (trad.). "La omisión: estado de la cuestión", en ROXIN, JAKOBS, SCHÜNEMANN, FRISCH y KÖHLER. *Sobre el estado de la teoría del delito (Seminario en la Universitat Pompeu Fabra)*, Madrid, 2000.

JAKOBS, GÜNTHER. *Urkundenfälschung*, Köln, Bonn, Berlin y München, 2000.

KINDHÄUSER, URS. "Täuschung und Wahrheitsanspruch beim Betrug", en *ZStW*, 103, 1991.

KINDHÄUSER, URS. "Betrug als vertypte mittelbare Täterschaft", en JOACHIM SCHULZ y THOMAS VORMBAUM (eds.). *Festschrift für Günther Bemmann*, Baden-Baden.

KINDHÄUSER, URS. "§ 263", en ULFRIED NEUMANN, INGEBORG PUPPE y WOLFGANG SCHILD (eds.): *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Baden-Baden, Band. 4.

KÜHNE, HANS HEINER. *Geschäftstüchtigkeit oder Betrug. Wettbewerbspraktiken im Lichte des § 263 StGB; zugleich ein Beitrag zur Problematik der unechten Unterlassungsdelikte*, Kehl am Rhein, 1978.

KURTH, FROWIN JÖRG. *Das Mitverschulden des Opfers beim Betrug*, Frankfurt am Main, Bern y New York, 1984.

MAAB, WOLFGANG. *Betrug verübt durch Schweigen*, Gießen, 1982.

NAUCKE, WOLFGANG. "Der Kausalzusammenhang zwischen Tauschung und Irrtum beim Betrug. Zum Verhältnis zwischen Kriminalpolitik und Strafrechtsdogmatik", en JÜRGEN BAUMANN y KLAUS TIEDEMANN (eds.). *Einheit und Vielfalt des Strafrechts. Festschrift für Peters zum 70. Geburtstag*, Tübingen, 1974.

OTTO, Harro. *Die Struktur des strafrechtlichen Vermögensschutzes*, Berlin, 1970.

PAWLIK, MICHAEL. "Unterlassene Hilfeleistung: Zuständigkeitsbegründung und systematische Struktur", en *GA*, 1995.

PAWLIK, MICHAEL. *Das unerlaubte Verhalten beim Betrug*, Köln, Berlin, Bonn y München, 1999.

PÉREZ DEL VALLE, CARLOS. "El engaño omisivo en la estafa", en *CPC*, 1996.

QUINTANO RIPOLLÉS, ANTONIO. *Tratado de la parte especial del derecho penal*, II, 2.ª ed., Madrid, 1977.

RODRÍGUEZ DEVESA, JOSÉ MARÍA y ALFONSO SERRANO GÓMEZ. *Derecho penal español. Parte especial*, 18.ª ed., Madrid, 1995.

ROMERO, GLADYS. *Los elementos del tipo de estafa*, Buenos Aires, 1985.

SCHMOLLER, KURT. "Betrug bei bewußt unentgeltlichen Leistungen", en *JZ*, 1991.

SCHMOLLER, KURT. "Ermittlung des Betrugsschadens bei Bezahlung eines marktüblichen Preises", en *ZStW*, 103, 1991.

SEELMANN, Kurt. "Betrug beim Handel mit Rohstoffoptionen", en *NJW*, 1980.

SILVA SÁNCHEZ, JESÚS-MARÍA. *El delito de omisión. Concepto y sistema*, Barcelona, 1986.

SILVA SÁNCHEZ, JESÚS-MARÍA. "Las inveracidades de los particulares ante el derecho penal", en SALVADOR CODERCH y SILVA SÁNCHEZ. *Simulación y deberes de veracidad. Derecho civil y derecho penal: dos estudios de dogmática jurídica*, Madrid, 1999.

TISCHLER, WERNER GEORG. "Freiheit und soziale Bindung im Wirtschafsrecht, 'Betrug und Opferverantwortung'", en *Jura*, 1988.

WEIDEMANN, JÜRGEN. *Das Kompensationsproblem beim Betrug*, Bonn, 1972.

RAMÓN RAGUÉS I VALLÈS*

¿Coacciones sin violencia? Apuntes sobre el difícil encaje de la legalidad en un sistema funcional del derecho penal

I

En su artículo de 1986 "Nötigung durch Gewalt" ("Coacciones mediante violencia"), GÜNTHER JAKOBS ofrece una interesante exposición sobre el origen y el desarrollo histórico del delito de coacciones y, en especial, sobre la interpretación del requisito típico de la violencia[1]. Sin duda, uno de los principales méritos de este trabajo es que su magistral panorámica sobre la evolución de la interpretación jurisprudencial del citado elemento típico no sólo resulta aplicable a lo acontecido en el derecho alemán, sino que puede hacerse extensiva a otros países y, singularmente, al desarrollo experimentado por la jurisprudencia española de las últimas décadas.

Ciertamente los problemas que plantea el concepto de violencia en el derecho penal alemán y español no parecen afectar en los mismos términos al derecho penal colombiano, dado que en el delito de constreñimiento ilegal previsto en el artículo 182 del Código Penal de 2000 no figura dicho elemento típico[2]. Sin embargo, esta circunstancia no debe restar interés al presente trabajo, pues con la apelación a las coacciones sólo pretende obtenerse un ejemplo que permita abordar de forma sencilla una cuestión mucho más compleja, a saber, el difícil encaje del principio de legalidad en un sistema funcional del derecho penal.

---

* Profesor titular de Derecho Penal, Universitat Pompeu Fabra, Barcelona. Dirección electrónica: [ramon.ragues@dret.upf.es].

Abreviaturas empleadas: *ADPCP*: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales; *AP*: Actualidad Penal; BGH: Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo Federal alemán); BVerfGE: Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (sentencias del Tribunal Constitucional alemán, colección oficial); CE: Constitución española; CP: Código Penal español; *CPC*: Cuadernos de Política Criminal; *EPC*: Estudios Penales y Criminológicos; *LK-StGB*: Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar; *RECPC*: Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (criminet.ugr.es/recpc/); SAP: sentencia de Audiencia Provincial; *SK-StGB*: Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch; STC: sentencia del Tribunal Constitucional español; StGB: Strafgesetzbuch (Código Penal alemán); STS: sentencia del Tribunal Supremo español.

1 El trabajo fue publicado en *Gedächtnisschrift für Hilde Kaufmann*, Berlin y New York, 1986, pp. 791 a 811; Existe traducción de CARLOS J. SUÁREZ GONZÁLEZ: "Coacciones por medio de violencia", en JAKOBS. *Estudios de derecho penal*, Madrid, 1997, pp. 439 a 459.
El párrafo primero del § 240 StGB castiga como coacciones la conducta de "quien antijurídicamente constriñe a otro con violencia o intimidación con un mal grave a realizar, tolerar u omitir una acción", estableciendo una pena privativa de libertad de hasta tres años o multa.

2 Artículo 182: "*Constreñimiento ilegal.* El que, fuera de los casos especialmente previstos como delito, constriña a otro a hacer, tolerar u omitir alguna cosa, incurrirá en prisión de uno a dos años".

II

JAKOBS sitúa la génesis del actual delito de coacciones entre finales del siglo XVIII y principios del XIX[3]. Como reflejo del espíritu ilustrado imperante en aquellos tiempos, la libertad general de obrar empieza a ser percibida como un bien necesitado de protección penal específica, aunque la ausencia de relevancia externa de muchos atentados contra este interés y el temor a acabar creando un delito "prácticamente ilimitado" aconsejan a los legisladores de la época reducir los ataques relevantes penalmente a aquellos supuestos en que el autor emplea un medio comisivo violento[4]. Para ello se recurre a la figura del *crimen vis*, que tiene sus orígenes en el derecho romano y cuyo objeto directo de tutela era el orden público, protegiéndose la libertad individual sólo de forma mediata[5].

Según JAKOBS, la exigencia de una conducta violenta del sujeto activo en una infracción penal cuyo interés tutelado es la libertad "ha dado lugar a un delito en el que el medio comisivo, es decir, la violencia, se encuentra en una relación de absoluta tensión con el fin de la protección"[6]. Desde su perspectiva, a medida que la libertad de obrar se percibe cada vez más como un bien indiscutiblemente merecedor de tutela penal autónoma, el requisito de la violencia –entendido como empleo de fuerza física contra otro– se convierte en un auténtico lastre para conseguir una protección eficaz de dicho interés, pues en la práctica la libertad puede verse gravemente atacada por numerosos medios comisivos que no necesariamente suponen el empleo de fuerza física. Ello explica que, de forma más o menos consciente, con el paso de los años jueces y

---

3 A continuación se resume brevemente lo expuesto con mayor detalle por JAKOBS. *Estudios*, cit., pp. 440 y ss. Otra perspectiva histórica sobre el origen de las coacciones en Alemania en HRUSCHKA. "La coacción en el sistema del derecho penal", trad. MADIEDO HONTAÑON, en *AP*, 2000-3, pássim, quien en algunos puntos discrepa de la exposición de JAKOBS.

4 Sobre el momento histórico de aparición de las coacciones en el derecho español cfr. TORÍO LÓPEZ. "La estructura típica del delito de coacción", en *ADPCP*, 1977, p. 20, y MIRA BENAVENT. "El concepto de violencia en el delito de coacciones", en *CPC*, 22 1984, p. 100. Para una panorámica más amplia, que se inicia en el derecho romano, HIGUERA GUIMERÁ. *El delito de coacción*, 2.ª ed., Barcelona, 1983, pp. 7 a 29.

5 Sobre el *crimen vis* cfr. TIMPE. *Die Nötigung*, Berlin, 1989, pp. 37 y ss., con especial referencia al *crimen vis*; en español, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA. "Sobre el delito de coacciones", en *EPC*, VI, 1981-82, pp. 110 y 111.

6 Ibíd., p. 443. En la doctrina española esta circunstancia es puesta de manifiesto por TORÍO LÓPEZ. en *ADPCP*, 1977, pp. 23 y 24; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA. en *EPC*, VI, 1981-82, pp. 135 y 136 y MIRA BENAVENT. en *CPC*, 22, 1984, pp. 165 y 166.

tribunales hayan ido perfilando concepciones cada vez más amplias de este elemento típico[7].

Esta voluntad de ampliar el alcance del concepto de violencia se percibe también en la jurisprudencia española sobre el delito de coacciones[8]. En la práctica de los tribunales españoles se asiste desde hace décadas a lo que habitualmente se ha denominado el "proceso de espiritualización" de dicho concepto[9]. De acuerdo con esta evolución, en el término "violencia" no sólo tienen cabida los casos de aplicación de fuerza física contra el cuerpo de otra persona, sino también otros medios comisivos igualmente idóneos para restringir la libertad de obrar del sujeto pasivo.

Entre tales medios se incluye, en primer lugar, la *intimidación con un mal inmediato* a la víctima, aun cuando no llegue a existir contacto corporal entre ésta y el autor[10]. Así, por ejemplo, para la jurisprudencia mayoritaria no sólo comete una coacción quien a empujones expulsa a otro del banco público en que se hallaba sentado, sino también quien lo hace amenazándole con un arma blanca. La inclusión de estos supuestos en el tipo de las coacciones obliga a restringir correlativamente el alcance del delito de amenazas, entendiéndose

---

7 Para una breve panorámica de la evolución en la jurisprudencia alemana cfr. TRÖNDLE y FISCHER. *StGB*, 50.ª ed., München 2001, § 240, n.º m. 10, y SCHÄFER. en *LK-StGB*, 10.ª ed., Berlin, 1989, § 240, n.º m. 8 y ss.

8 El artículo 172 del CP español vigente regula el delito de coacciones en los siguientes términos: "el que sin estar legítimamente autorizado impidiere a otro con violencia hacer lo que la Ley no prohíbe, o le compeliere a efectuar lo que no quiere, sea justo o injusto, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años o con multa de seis a veinticuatro meses, según la gravedad de la coacción o de los medios empleados".

9 Esta misma expresión se emplea en resoluciones como la SAP-Toledo de 22 de marzo de 2001, M. P.: CÁNCER LOMA o la SAP-Madrid de 28 de marzo de 1996, M. P.: GÓMEZ PAVÓN. Panorámicas doctrinales sobre este proceso, con numerosas referencias jurisprudenciales, en TORÍO LÓPEZ. en *ADPCP*, cit., pp. 23 y ss; MIR PUIG. "El delito de coacciones en el Código Penal", en *ADPCP*, 1977, pp. 275 ss.; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA. en *EPC*, cit., pp. 129 y ss.; HIGUERA GUIMERÁ. *El delito de coacción*, cit., pp. 91 y ss.; MIRA BENAVENT. *CPC*, 22, 1984, pp. 148 y ss.; BAJO FERNÁNDEZ. "El delito de coacciones", en AA. VV. *Estudios penales en memoria del profesor Agustín Fernández-Albor*, Santiago de Compostela, 1989, p. 65; DÍEZ RIPOLLÉS, en ID. y GRACIA MARTÍN (coords.). *Comentarios al Código Penal. Parte especial*, vol. I, Valencia, 1997, pp. 820 a 830; MAQUEDA ABREU. *Los delitos contra la libertad y la seguridad de las personas*, Granada, 1988, pp. 34 a 39; DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, en BAJO FERNÁNDEZ (dir.). *Compendio de derecho penal (Parte especial)*, vol. II, Madrid, 1998, pp. 77 y ss.; CERVELLÓ DONDERIS. *El delito de coacciones en el Código Penal de 1995*, Valencia, 1999, pp. 30 ss; CARBONELL MATEU y GONZÁLEZ CUSSAC. en VIVES ANTÓN et al. *Derecho penal. Parte especial*, 3.ª ed., Valencia, 1999, p. 199; PRATS CANUT, en QUINTERO OLIVARES (dir.). *Comentarios a la parte especial del derecho penal*, 2.ª ed., Pamplona, 1999, pp. 205 a 207; SÁNCHEZ TOMÁS. *La violencia en el derecho penal*, Barcelona, 1999, pp. 59 a 66; y MUÑOZ CONDE. *Derecho penal. Parte especial*, 14.ª ed., Valencia, 2002, pp. 156 y 157.

10 Este primer paso en el proceso de espiritualización no fue necesario en Alemania, pues el § 240 StGB contempla como medio comisivo alternativo a la violencia la amenaza a la víctima con un mal grave.

que en éste sólo tienen cabida los supuestos en que se intimida con un mal de causación futura[11].

En lo que supone una segunda ampliación, la jurisprudencia considera también aplicable el concepto de violencia a los casos en que se emplea *fuerza en las cosas*, entendiéndose este término tanto en el sentido de fuerza corporal que recae sobre objetos como, en general, toda sustracción ilícita del dominio del sujeto pasivo de determinados recursos o medios que le permiten realizar ciertas actividades. De acuerdo con esta idea, el Tribunal Supremo español, por ejemplo, no ha tenido problemas para confirmar la condena por coacciones de un alcalde que decidió unilateralmente, y sin seguir procedimiento alguno, cortar el suministro de agua a unos vecinos que no habían satisfecho una contribución especial[12].

Este proceso de disolución de la violencia alcanza su punto culminante en numerosas resoluciones recientes en las que los tribunales consideran aplicable el delito o la falta de coacciones *sin detenerse a exponer siquiera qué concretos hechos probados resultan subsumibles en este requisito típico*. De acuerdo con esta perspectiva, el tipo de las coacciones se considera realizado siempre que se constata una limitación antijurídica de la libertad ajena, con independencia de los medios que hayan sido utilizados para lograr tal restricción. En otras palabras: para la jurisprudencia actualmente dominante el delito del artículo 172 del CP ha dejado de ser un delito de medios determinados para convertirse en un ilícito resultativo[13].

Por esta vía se ha castigado como autores de coacciones, por citar algunos ejemplos, al sujeto que se negó a devolver a su legítimo propietario una máquina de la que era poseedor al haber surgido ciertas discrepancias en el curso de las relaciones comerciales que les unían[14]; también al individuo que durante un tiempo estuvo siguiendo a todas horas a su ex mujer, llamándola reiteradamente y colgando el teléfono cuando respondía[15]; al funcionario que, encontrándose de baja laboral por enfermedad, se negó a comunicar a sus superiores la clave de acceso a su ordenador[16]; o a los denominados "cobradores de morosos", es decir, aquellos sujetos que, vestidos de forma estrafalaria, se presentan en el

---

11 Así, por ejemplo, en la STS de 23 de noviembre de 1989, M. P.: DELGADO GARCÍA, se sostiene que el delito de coacciones "puede cometerse tanto por medio de la violencia física como por intimidación, de tal manera que la diferencia con el de amenazas radica en que en éste aparece un mal futuro con el que se inquieta al sujeto pasivo, mientras en las coacciones con la acción intimidante lo que se consigue es impedir hacer lo que se quiere y es lícito, u obligar a realizar lo que no se quiere, sea lícito o no".

12 STS del 24 de marzo de 1983, M. P.: VIVAS MARZAL.

13 En este sentido, MAQUEDA ABREU. *Los delitos*, cit., p. 36.

14 STS del 11 de julio de 2001, M. P.: MARTÍN CANIVELL.

15 SAP-Guipúzcoa de 14 del diciembre de 2001, M. P.: SUBIJANA ZUNZUNEGUI.

16 Así, la SAP-Barcelona de 27 de diciembre de 1999, M. P.: CASTELLÓ GUILABERT.

domicilio o lugar de trabajo de un deudor para "gestionar" por encargo del acreedor el cobro de la deuda[17]. En todas estas resoluciones el concepto de violencia no sólo ha devenido "irreconocible" –como afirma SÁNCHEZ TOMÁS, el principal monografista español sobre la materia–, sino que puede afirmarse que ha desaparecido por completo[18].

Todas estas interpretaciones parecen contar con el refrendo del propio Tribunal Constitucional o, cuando menos, esto es lo que se desprende de su sentencia del 21 de julio de 1997 que resolvió el recurso de amparo interpuesto por un sujeto que había sido condenado como autor de coacciones de acuerdo con el "concepto espiritualizado de violencia". Según los hechos en que se basaba la condena, el recurrente, miembro del comité de huelga de una empresa, "aconsejó" al director de una fábrica que no entrara a su interior, sin dar ninguna orden para que depusiera su actitud al grupo de doscientas personas que bloqueaba la entrada al local, lo que obligó al directivo a renunciar a su propósito de acceder a su lugar de trabajo[19].

Recurrida esta decisión por supuesta infracción del artículo 25 de la CE, que proclama el principio de legalidad, el recurso fue desestimado por el Tribunal Constitucional con la siguiente argumentación:

> ... no cabe considerar en modo alguno que la interpretación y aplicación llevada a cabo por los órganos judiciales del tipo penal relativa a la falta de *coacciones* se aparte del tenor literal del precepto o haya recurrido a pautas interpretativas y valorativas extravagantes en relación al ordenamiento constitucional vigente. Podrá discutirse la conveniencia o no de criminalizar, aunque sea como falta, las conductas aquí enjuiciadas, o la aplicación e interpretación que en el plano de la legalidad han realizado los órganos judiciales. Sin embargo, éstas son cuestiones en las que este Tribunal no debe entrar en absoluto, ya que ni puede controlar los preceptos penales desde la perspectiva de su oportunidad o conveniencia, ni tiene encomendadas funciones de casación penal. No obstante, como queda dicho, desde el juicio de constitucionalidad, ningún reproche cabe formular *ex* artículo 25.1 de la CE a la interpretación y aplicación del artículo 585.4 del CP de 1973 efectuada en las sentencias traídas a este proceso de amparo constitucional. Con independencia pues de cualquier otra consideración, sea político-criminal, sea relativa a la corrección o al rigor de la actividad judicial, *no cabe estimar, desde la perspectiva que nos es propia, que la subsunción judicial impugnada sea irrazonable o fuerce el tenor literal del tipo penal aplicado*: no fundamenta una aplicación

17 Cfr., por ejemplo, la SAP-Málaga del 12 de febrero de 2001, M. P.: GODINO IZQUIERDO. Ulteriores referencias a este tipo de supuestos pueden hallarse en COBO DEL ROSAL y SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES. *Gestión de cobro de morosos y derecho penal*, Valencia, 2002.

18 SÁNCHEZ TOMÁS. *La violencia*, cit., p. 59.

19 M. P.: VIVER PI-SUNYER.

> analógica del artículo 585.4 del CP anterior la catalogación como "coacción [...] de carácter leve", del comportamiento del recurrente[20].

Esta sucinta argumentación parte de un concepto muy limitado de la prohibición de analogía contraria a reo, entendiéndola, sin más, como la imposibilidad de sostener por los tribunales subsunciones irrazonables o extravagantes[21]. Desde luego, en esta resolución se echa de menos un análisis más detallado –como el que el propio Tribunal Constitucional acomete en otras sentencias[22]– acerca de si la conclusión de los órganos enjuiciadores resulta sostenible de acuerdo con alguno de los cánones de la interpretación generalmente aceptados y, en especial, de acuerdo con el canon gramatical, que marca los límites infranqueables de la interpretación. Un método que parece mucho más idóneo para constatar la analogía que la mera apelación a la irrazonabilidad, puesto que un buen razonamiento analógico no tiene por qué llevar a conclusiones que merezcan el calificativo de "irrazonables".

Sea como fuere, lo cierto es que con esta resolución parece haberse dado en España el visto bueno constitucional al proceso de espiritualización anteriormente descrito. Una conclusión radicalmente opuesta a la alcanzada por el Tribunal Constitucional alemán, que en 1995 declaró contrarias al principio de legalidad las interpretaciones excesivamente laxas del término violencia formuladas por los tribunales de aquel país, obligando así a dar marcha atrás en el proceso de espiritualización antes descrito[23].

---

20 Cursiva en el original.

21 Un comentario y crítica sin duda original a esta resolución en SÁNCHEZ TOMÁS. *La violencia*, cit., pp. 20 a 26.

22 Siendo el caso más evidente la STC de 25 del marzo de 1993, M. P.: RODRÍGUEZ BEREIJO, en la que se declaró contraria al principio de legalidad la interpretación jurisprudencial según la cual el delito de intrusismo era aplicable a quienes realizaban actividades de intermediación en el mercado inmobiliario sin contar con el título oficial de agente. En los fundamentos jurídicos de esta sentencia la conclusión citada se basa en un minucioso análisis sobre la posibilidad de que la interpretación cuestionada pueda sostenerse de acuerdo con alguno de los cánones generalmente aceptados, algo que no sucede en la resolución citada supra, que remite sin más al criterio de la irrazonabilidad o extravagancia.

23 En esta sentencia (BVerfGE, vol. 92, pp. 1 y ss.) se declara contraria al principio de legalidad la aplicación del tipo de las coacciones al caso de las denominadas "sentadas" (*Sitzblockaden*). Un resumen de las principales consecuencias de esta resolución en ESER, en SCHÖNKE y SCHRÖDER. *Strafgesetzbuch Kommentar*, 26.ª ed., München, 2001, § 240, n.º m. 1b; TRÖNDLE y FISCHER. *StGB*, cit., § 240, n.º m. 20 a 25; y HORN, en *SK-StGB*, 1998, § 240, n.º m. 11, con especial referencia a cómo el BGH ha acogido en su jurisprudencia posterior la decisión del Tribunal Constitucional. Cfr. también al respecto HRUSCHKA, en *AP*, 2000-3, pássim. Recientemente JAKOBS se ha referido en tono crítico a esta resolución en ID. "Consumación material en los delitos de lesión contra la persona", trad. CARDENAL MONTRAVETA, en *REDPC*, 04-13, 2002, p. 6 y nota 16.

III

En "Nötigung durch Gewalt", JAKOBS aporta bases teóricas para la evolución que la jurisprudencia española ha ido experimentando con los años en su búsqueda de soluciones convincentes para cada caso concreto. Según este autor, para una correcta determinación del concepto de violencia lo más aconsejable es definir previamente cuál es el resultado típico de las coacciones, llegando a la conclusión, al respecto, de que la libertad de obrar susceptible de ser lesionada por este delito sólo puede ser la libertad "jurídicamente reconocida"[24]. Esta primera restricción de las conductas potencialmente lesivas contrarresta, según el autor, la aparente ampliación del tipo que pueden ocasionar las interpretaciones espiritualizadas de la violencia.

Entrando en el análisis de este último concepto, considera JAKOBS que lo decisivo no ha de ser en modo alguno el aspecto físico del uso de fuerza corporal, sino el hecho de que con su conducta violenta el autor suprime o limita a la persona coaccionada su capacidad de organización. Este efecto de restricción o supresión de tal capacidad no se circunscribe al cuerpo del sujeto pasivo, sino que debe ampliarse a todos aquellos medios que permiten su desarrollo vital[25]. Como afirma JAKOBS, "*la persona no es sólo cuerpo*"[26]:

> ... dejar paralítica a base de golpes a una persona, o romperle las muletas a un paralítico, conduce no sólo a un efecto coactivo equivalente (lo cual por sí solo nada dice), sino que dicho efecto también se produce de manera equivalente, en concreto, por medio

---

24 JAKOBS, en *Estudios*, cit., p. 445. El autor pone algunos ejemplos bastante ilustrativos de estas ideas (cfr. ibíd., p. 446): "quien ocupa una plaza de aparcamiento fuerza de manera absoluta a los demás conductores a no utilizar dicha plaza"; sin embargo, dado que éstos no cuentan con un derecho jurídicamente reconocido a estacionar cuando y donde les plazca, según JAKOBS no puede hablarse de que se hayan producido unas coacciones, al no verse afectado el interés protegido. En Alemania también acogen puntos de vista similares TIMPE. *Die Nötigung*, cit., pp. 21 y pp. 27 a 31, así como HORN, en *SK-StGB*, § 240, n.° m. 3. En España cfr. COBO DEL ROSAL y SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES. *Gestión de cobro*, cit., pp. 52 y ss.

25 Recientemente el autor ha vuelto sobre estas ideas æsiempre presentes en su obraæ en JAKOBS. *RECPC*, 04-13, 2002, p. 10. En este trabajo no ha dudado en referirse a la coacciones como el "delito general", una idea que resulta plenamente coherente con su concepción de persona. Sobre este concepto cfr. asimismo JAKOBS. *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*, trad. CANCIO MELIÁ y FEIJÓO SÁNCHEZ, Madrid, 1996, pp. 50 a 54.

26 JAKOBS, en *Estudios*, cit., p. 450 (cursiva en el original). Literalmente: "al concepto restrictivo de violencia subyace una representación naturalística de la víctima del delito de coacciones; de acuerdo con este concepto, la víctima no es el ciudadano en su ámbito de organización y en sus relaciones sociales sino que sólo forma parte de la víctima lo que hay de la piel para dentro". Este planteamiento ha sido recientemente acogido en la doctrina española por COBO DEL ROSAL y SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES. *Gestión de cobro*, cit., p. 90. Crítico al respecto SÁNCHEZ TOMÁS. *La violencia*, cit., p. 502, nota 9.

> de una intervención en los medios de organización de dicha persona. Lo que representa para un paralítico sus muletas lo es para un representante su automóvil y para un pescador su barco, etc.[27].

Con todo, JAKOBS advierte que este concepto de violencia puede seguir siendo excesivamente amplio, "pues de toda lesión del deber cabe predicar que al favorecido por dicho deber se le priva de posibilidades de organización"[28]. Para restringir el alcance de este elemento el autor propone circunscribir la violencia típica a la restricción o limitación de *derechos garantizados*, es decir, aquéllos que, en sus propias palabras, "cualquier otro debe preocuparse de no perjudicar con su comportamiento"[29]. Entre estos derechos se cuenta la vida, la integridad física y la libertad y, por tanto, toda restricción que les afecte debe considerarse violencia[30]. En cambio, en el caso de la propiedad sólo puede hablarse de violencia cuando exista una garantía legal para el sujeto pasivo de que no padecerá las consecuencias de determinados medios de ataque a su patrimonio[31].

Estos derechos garantizados tienen algunos equivalentes funcionales cuya privación también debe reputarse como constitutiva de violencia[32]. Tal es el caso de los derechos emanados de la condición de garante de otras personas, los que surgen de las causas de justificación y el derecho al uso común, como el que existe respecto de las vías públicas[33]. Cuando se ve menoscabado uno de estos derechos el medio comisivo no importa, debiendo incluso reputarse como violentos supuestos en los que el sujeto activo ha recurrido al engaño, siempre

---

27 Ídem. En la doctrina española BAJO FERNÁNDEZ, en *Estudios penales*, cit., p. 66, entiende que en la extensión del concepto de violencia ha desempeñado un papel importante el avance tecnológico, que "hace posible que con una actuación de gran simplicidad se puedan producir daños importantes en una comunidad o en un conjunto de personas". En términos similares MIR PUIG, en *ADPCP*, 1977, p. 274. Cfr. asimismo las consideraciones de COBO DEL ROSAL y SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES. *Gestión de cobro*, cit., pp. 89 y ss.

28 Ídem, pp. 451 y 452. Tal necesidad de restringir se manifiesta al advertirse que con el concepto propuesto habría que apreciar coacciones en los incumplimientos contractuales, dado que en ellos el deudor priva al acreedor de medios de organización que jurídicamente le corresponden.

29 Ídem, p. 452. Cfr. asimismo TIMPE. *Die Nötigung*, cit., p. 86.

30 COBO DEL ROSAL y SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES. *Gestión de cobro*, cit., pp. 90 y 91, parecen desarrollar esta idea afirmando que derechos garantizados son aquéllos cuyo titular está autorizado para defenderlos en legítima defensa o, expresado con otras palabras, aquéllos cuya autodefensa no puede organizarse al margen del Estado.

31 Lo que lleva a incluir dentro del término violencia los casos de destrucción o apropiación de objetos de los que es titular el sujeto pasivo, pero sin alcanzar a los meros deberes de solidaridad (como el deber de comunicar el hallazgo de cosas ajenas) o el derecho de crédito.

32 JAKOBS, en *Estudios*, cit., p. 453. Cfr. también TIMPE. *Die Nötigung*, cit., pp. 89 a 110.

33 Ello le permite a JAKOBS (en Estudio, cit., pp. 453 y 454) apreciar la existencia de coacciones en los casos de cortes no autorizados de la vía pública.

que exista un derecho garantizado a la verdad[34]. Un ejemplo: "si una persona recibe de una, real o supuesta, concejalía de seguridad la noticia, que puede ser verdadera o falsa, de que los habitantes de un determinado lugar deben permanecer en sus casas a causa de la existencia de una nube de gas que entraña peligro para la vida, dicha persona debe confiar en la información recibida" y, por tanto, cabe añadir, si la noticia es falsa existirá un delito de coacciones, puesto que existe un derecho garantizado a la verdad de la información que las administraciones suministran a los particulares[35].

Con independencia de las dificultades que comporta determinar con precisión qué es lo que debe entenderse por derecho garantizado, la definición de violencia propuesta por JAKOBS aporta bases teóricas para el proceso de espiritualización antes expuesto. Sin embargo, y de forma aún más evidente que lo que sucede en la evolución de la jurisprudencia española, con la interpretación propuesta ("violencia como lesión de derechos garantizados") el concepto de violencia en nada se parece ya a lo que un ciudadano medio calificaría de violento.

IV

Buena parte de los argumentos esgrimidos por JAKOBS en "Nötigung durch Gewalt" permiten advertir que, a juicio de este autor, el requisito típico de la violencia en el delito de coacciones se ha convertido en una especie de "fósil jurídico" cuya presencia en el Código obstaculiza una adecuada protección de la libertad. Desde esta perspectiva, el proceso de espiritualización emprendido por la jurisprudencia no ha tenido otra misión que eliminar semejante obstáculo para lograr así una protección idónea del objeto de tutela[36]. En este contexto, la propuesta interpretativa de JAKOBS pretende explicar las causas y dotar de legitimación teórica a una evolución que jueces y tribunales han ido trazando a partir de la necesidad de encontrar soluciones convincentes para cada caso.

---

34 Probablemente en este punto se distingue el planteamiento de JAKOBS del de MIR PUIG. en *ADPCP*, cit., pp. 278 a 281, que es el autor que en la doctrina española parece proponer un concepto más amplio de violencia, defendiendo su construcción en términos normativos y entendiendo como conducta violenta la expresión externa de un sentido de oposición a la libertad ajena. Según MIR PUIG (ibíd., p. 279) tal oposición no se constata en los supuestos de engaño.

35 JAKOBS, en *Estudios*, cit., p. 457. La idea se reitera en ID. en *RECPC*, 04-13 (2002), p. 6. Sobre las relaciones entre astucia y violencia cfr. TIMPE. *Die Nötigung*, pp. 133 a 147, quien coincide en lo sustancial con JAKOBS (ver, por ejemplo, ibídem, p. 139). Parece oponerse a estas ideas HORN. *SK-StGB*, § 240, n.° m. 30.

36 En JAKOBS, en *RECPC*, cit., p. 10, el autor no duda en referirse al tradicionalmente denominado concepto "amplio" de violencia, como el "único funcionalmente adecuado".

Con todo, explicando las causas de esta evolución no consigue eliminarse el problema inicial, esto es, el hecho indiscutible de que el delito de coacciones en su redacción actual sigue exigiendo violencia aun cuando con ello impida una protección eficaz de la libertad. Y no consiguen eliminarse tampoco las evidentes dificultades provocadas por el hecho de que la interpretación propuesta para conseguir una protección idónea concibe de forma tan amplia el elemento típico de la violencia que acaba sosteniendo su eliminación *de facto*[37]. Estas circunstancias sitúan al intérprete ante un evidente dilema: en la perspectiva propuesta *la protección eficaz de la libertad sólo parece poder conseguirse a costa de sacrificar la legalidad.*

Desde las concepciones más extendidas, semejante conflicto debe resolverse siempre a favor de la legalidad. Esta conclusión se explica porque, según planteamientos dominantes, tal principio ocupa un rango preeminente en la escala de valores del derecho penal, actuando como un límite absoluto para el poder judicial del Estado que éste no puede rebasar aun a costa de perder eficacia en determinados supuestos y de no otorgar a ciertos bienes jurídicos la protección que necesitan[38]. De acuerdo con este planteamiento la superación de los problemas que puede plantear una redacción legal obsoleta exige, en todo caso, la actuación del legislador.

En cambio, la resolución del dilema expuesto no resulta tan sencilla para una perspectiva funcionalista estricta, es decir, que sólo pretenda juzgar la corrección o idoneidad de los conceptos e instituciones penales a partir de su contribución a los fines del derecho penal. Para esta perspectiva no parece que exista impedimento teórico alguno en defender que, en aquellos supuestos en los que la sujeción al principio de legalidad impida una consecución eficaz de los citados fines, ésta debe prevalecer a dicho principio. Esta idea de fondo late en el trabajo de JAKOBS: dado que el requisito de la violencia se ha convertido en un obstáculo para proteger de forma idónea la libertad, se propone su abandono implícito en el momento de aplicar el delito de coacciones. Ciertamente el autor no formula su propuesta en términos tan contundentes y en ningún pasaje de su trabajo propone explícitamente prescindir del citado requisito en el momento de aplicar el § 240 StGB. Sin embargo, su definición de violencia

---

37 En esta dirección las críticas de TRÖNDLE y FISCHER. *StGB*, cit., § 240, n.º m. 17-18, y KINDHÄUSER. *Strafrecht. Besonderer Teil II*, vol. 1, Baden-Baden, 1998, p. 220.

38 Esta perspectiva subyace a los enfoques, entre otros, de MIRA BENAVENT, en *CPC*, 22, 1984, p. 97, y DÍEZ RIPOLLÉS, en *Comentarios*, p. 827: el respeto debido al principio de legalidad impide eliminar el requisito de la violencia en el momento de la interpretación judicial.

–que llega a incluir, como se ha visto, supuestos de simple engaño– es tan absolutamente amplia que nada tiene que ver con lo que cualquier ciudadano calificaría de comportamiento violento[39].

Pese a la anterior conclusión, cabe constatar que en el pensamiento del propio JAKOBS el principio de legalidad no es una simple pauta orientativa de la que puede prescindirse siempre que sea necesario, sino que el propio autor atribuye a la vigencia de dicho principio una función que contribuye positivamente a la eficacia del sistema penal. En sus propias palabras, el principio de legalidad tiene la misión de "garantizar la objetividad" en la acción del derecho penal[40]. Según parece deducirse de sus planteamientos, la contribución a dicha eficacia consiste en mantener en los ciudadanos la confianza de que todos ellos serán tratados de forma imparcial en el caso de delinquir, lo que a la larga puede resultar más satisfactorio para el sistema que admitir modificaciones *ad hoc* de las reglas previamente dadas para evitar que un caso concreto quede sin sanción. De aceptarse esta última posibilidad no podría descartarse que, con la pretensión de no perder eficacia en la protección de un bien jurídico, se estuviera poniendo en peligro la confianza general de los ciudadanos en la globalidad del sistema.

Vistas así las cosas, el dilema antes expuesto debe resolverse partiendo de consideraciones basadas en la idea de funcionalidad. Se trata de ver qué puede resultar más disfuncional, si una protección insatisfactoria de la libertad o un cierto sacrificio de la confianza de los ciudadanos en la objetividad del derecho penal. En este análisis no cabe atribuir a ninguno de los dos intereses en liza un valor superior *a priori* –como hace la doctrina mayoritaria decantándose por la

---

39 De hecho, en su tratado el propio JAKOBS (*Derecho penal. Parte general*, 2.ª ed., 1993, trad. de CUELLO CONTRERAS y SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, Madrid, 1995, p. 91) sostiene que la vigencia del principio de legalidad impide afirmar la existencia de coacciones en supuestos de engaño, en los que no existe violencia ni intimidación, aun añadiendo simultáneamente que este delito es un ejemplo muy evidente de figura delictiva que sólo puede llegar a aplicarse gracias a la complementación judicial. Con todo, el propio autor no duda en precisar que "en la parte especial sólo están permitidas las complementaciones que amplíen el ámbito de lo punible en tanto que *se correspondan con* los preceptos legales; no cabe introducir nuevas regulaciones no determinadas legalmente, sino sólo hacer aplicables las existentes" (cursiva en el original). A la vista de semejantes afirmaciones resulta en buena medida cuestionable que determinados supuestos de engaño (cuando existe "derecho a la verdad") puedan subsumirse dentro del concepto de violencia.

40 Ibíd., p. 82. Según se argumenta (ídem) esta garantía determina que "el comportamiento punible y la medida de la pena no se deben determinar bajo la impresión de hechos ocurridos, pero aún por juzgar, ni como medio contra autores ya conocidos, sino *por anticipado y con validez general*, precisamente mediante una ley determinada, dictada con anterioridad al hecho" (cursiva en el original). El autor añade que "se trata más bien de que el Estado aspire a mantener la confianza de la norma a la larga, y en este sentido generalizadamente" y que "el principio da lugar a *in*justicia en el caso concreto (en favor del autor), para afianzar en general la autoridad del Estado".

legalidad–, sino que la respuesta deberá depender de las repercusiones que, en términos de eficacia, tenga cada una de las dos opciones imaginables.

Sin embargo, cuando este dilema intenta resolverse tratando de valorar en términos empíricos las eventuales pérdidas de funcionalidad acaba llegándose a una situación de *non liquet*. Por un lado, no puede afirmarse que el "proceso de espiritualización" de la violencia descrito en páginas anteriores haya supuesto un menoscabo mínimamente sensible de la confianza de los ciudadanos en la objetividad del sistema penal, ni, por consiguiente, que su eficacia haya sido puesta en peligro de forma significativa. Sin embargo, por otro lado no existen tampoco indicios que permitan afirmar que un potencial regreso a interpretaciones más restrictivas del término "violencia" –como el producido en Alemania a raíz de la sentencia del Tribunal Constitucional de 1995– pueda suponer una pérdida tal de eficacia en la protección de la libertad que peligre la confianza de los ciudadanos en la efectiva vigencia de las normas que la tutelan. Ello permite concluir que, desde un punto de vista empírico, tanto si cede un interés como si cede el otro no existen razones concluyentes para afirmar que la eficacia global del derecho penal vaya a verse resentida de forma mínimamente relevante.

Con todo, existe una idea de fondo que permite superar este *non liquet* y que obliga a afirmar que en estas situaciones de conflicto *la legalidad es la institución que debe prevalecer*. Para llegar a semejante conclusión no es necesario acoger planteamientos apriorísticos –que, como es obvio, no pueden considerarse válidos en un discurso construido exclusivamente con argumentos de funcionalidad– sino que puede alcanzarse a partir de meras consideraciones de eficacia. La idea dice así: *mientras una protección eficaz de la libertad puede tolerar que no todos los ataques contra este interés sean penalmente relevantes, una vigencia del principio de legalidad que resulte admisible en términos funcionales no puede aceptar en ningún caso excepciones.*

En relación con la libertad, el propio JAKOBS admite que ésta puede ser restringida en la práctica de muchas formas y, sin embargo, el derecho penal no pretende intervenir ante toda restricción imaginable[41]. Ello comporta reconocer que es posible una protección penal suficiente de la libertad que se limite a algunos de los supuestos que afectan negativamente a este interés, y que con esta protección fragmentaria ya se logra una preservación adecuada de la confianza de los ciudadanos en la efectiva vigencia de este valor y de las normas que lo protegen.

---

41 JAKOBS. *Estudios*, cit., pp. 444 y 445.

Por el contrario, en lo que a la legalidad respecta, no puede aceptarse tal reconocimiento fragmentario, puesto que lo que explica la razón de ser de dicho principio es, precisamente, la pretensión de evitar toda excepción judicial a su propia vigencia. Para mostrar esta idea basta con pensar en un principio de legalidad formulado en los siguientes términos: "nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan ilícito penal según la legislación vigente, *excepto cuando el juez lo considere oportuno*". Semejante fórmula refleja simplemente una contradicción: no es posible que un principio cuya razón de ser es evitar excepciones en la aplicación de la ley admita explícitamente dichas excepciones sin perder todo su sentido.

Estas ideas pueden expresarse también en términos abiertamente funcionalistas: si al principio de legalidad realmente le corresponde una función dentro del sistema penal, no puede postularse una interpretación de dicho principio que lo anule completamente y que lo inhabilite para cumplir cualquier función. Por esta vía se acaba llegando a una conclusión muy parecida a la que sostiene la doctrina mayoritaria con su visión absoluta del principio de legalidad, pero sin que tal conclusión se base en afirmaciones *a priori*, sino en meras consideraciones de eficacia.

Esta necesidad de preservar la vigencia del principio de legalidad y, con ello, de garantizar el desempeño de la función que le corresponde, impide un absoluto abandono de la literalidad de los preceptos legales. Una conclusión que puede sostenerse sin tener que acoger necesariamente la perspectiva mayoritaria según la cual dicha garantía se vincula con la pretensión de motivar de forma adecuada la conducta de los ciudadanos, un planteamiento que el propio JAKOBS critica en su *Tratado* de forma muy convincente[42], sino que puede fundamentarse también apelando a la "garantía de objetividad" antes citada. En este sentido cabe afirmar que difícilmente podrá garantizarse una aplicación de la ley que se perciba como imparcial si ésta se aplica a casos que, de acuerdo con el lenguaje cotidiano, nadie imaginaría abarcados por el texto legal.

De acuerdo con estas ideas, cabe concluir afirmando que, si bien el análisis de JAKOBS en "Nötigung durch Gewalt" resulta plenamente aceptable en tanto que descripción de lo acontecido en la jurisprudencia de los últimos años y –si se quiere también– como propuesta *de lege ferenda* para alcanzar una protección sin fisuras de la libertad, las conclusiones de su análisis no pueden asumirse

---

42 JAKOBS. *Derecho penal*, cit., pp. 79 y 80, esp. nota 5: "la vinculación de prevención intimidatoria y determinación es una especulación psicologizante: no está demostrado empíricamente que la amenaza concreta tenga un efecto superior que la amenaza difusa".

de lege lata en un sistema en que una tutela eficaz de dicho bien jurídico pretenda hacerse compatible con un principio de legalidad que desempeñe alguna función. Ello exige regresar en cierta medida a los orígenes del delito de coacciones, dotando al elemento de la violencia con un contenido propio que no supere los límites trazados por el sentido literal posible de dicho término.

V

Si se trasladan las anteriores conclusiones a la situación actual de la jurisprudencia española se impone un sensible retroceso en el proceso de espiritualización ya descrito. De entrada, deberán considerarse inaceptables aquellas interpretaciones antes expuestas del delito de coacción que afirman la concurrencia de este ilícito siempre que se produce una restricción ilegítima de la libertad ajena, sin importar el medio comisivo empleado. En este sentido debe proclamarse la conveniencia de que las coacciones dejen de concebirse como un delito resultativo para volver a ser un delito de medios determinados, que es lo que inequívocamente se desprende del tenor literal del artículo 172 del CP[43].

Este retroceso probablemente pueda detenerse al llegar a los casos de fuerza en las cosas en sentido propio, de intimidación con causación de un mal inmediato y de empleo de fuerza física corporal, supuestos que, de acuerdo con los cánones de la interpretación, es posible considerar subsumibles dentro del término "violencia" sin forzar excesivamente el sentido literal posible de este concepto[44]. Por esta vía se logrará también algo tan loable como que la violencia que los tribunales exigen para las coacciones se aproxime a la requerida en otras figuras delictivas que también contienen este elemento típico, como las agresiones sexuales o el delito de robo, algo que no sucede en la actualidad, en que se maneja un concepto distinto para cada tipo concreto[45]. Es posible que con esta interpretación se pierda una cierta eficacia en la protección penal de la libertad, pero ello no debería ser motivo de escándalo para quienes realmente crean en principios –tan frecuentemente invocados en vano– como la *ultima ratio* o la fragmentariedad.

---

43 Se coincide plenamente en este punto con lo manifestado por MIRA BENAVENT, en *CPC*, cit., pp. 170 y 171.

44 En este sentido se propone un concepto de violencia no tan restrictivo como el defendido por SÁNCHEZ TOMÁS. *La violencia*, cit., p. 503, quien define tal concepto como "delito de lesión de un bien jurídico inherente a la personalidad del sujeto pasivo".

45 Cfr. al respecto ibíd., pp. 128 y 129, quien pone de manifiesto de forma especialmente gráfica las diversas interpretaciones del término "violencia" que actualmente conviven en la jurisprudencia y la doctrina españolas, cuyo contenido varía notablemente en función de cuál sea la figura delictiva aplicada.

JACOBO DOPICO GÓMEZ-ALLER*

Delitos cometidos por motivos discriminatorios: una aproximación desde los criterios de legitimación para la sanción penal

En las últimas décadas, las leyes penales de los países de nuestro entorno cultural y político han ido prestando una atención creciente al fenómeno de la delincuencia xenófoba. Entre las figuras delictivas que esta *legislación penal antidiscriminatoria* ha introducido, destaca la de la circunstancia agravante de "motivación discriminatoria". Esta clase de normas penales, originaria del derecho penal anglosajón[1], ha encontrado acogida en las modernas legislaciones española y colombiana.

Artículo 22 del Código Penal español (C. P. esp.): "Son circunstancias agravantes: [...] 4ª. Cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo u orientación sexual, o la enfermedad o minusvalía que padezca"[2].

Artículo 58 del Código Penal colombiano (C. P. col.); "Son circunstancias de mayor punibilidad [...] 3. Que la ejecución de la conducta punible esté inspirada en móviles de intolerancia y discriminación referidos a la raza, la etnia, la ideología, la religión, o las creencias, sexo u orientación sexual, o alguna enfermedad o minusvalía de la víctima".

La doctrina penal española ha acogido la introducción de esta agravante con una actitud dividida. Por una parte, saludando la llegada de una respuesta sancionadora específica y cualificada a unos actos delictivos que –con razón– son sentidos como cualitativamente más dañinos; por otra, mostrando su incomodidad –cuando no su abierta oposición– ante una norma que parece vincular ese *plus* sancionador con circunstancias pertenecientes al fuero interno de la persona –"motivos"– y que, en consecuencia, fundamenta una sanción (adicional) con un expediente propio del derecho penal de autor. Este último extremo lleva a algunos autores a dudar de la constitucionalidad del precepto.

---

* Profesor de Derecho Penal, Universidad Carlos III de Madrid.

1 BORJA JIMÉNEZ. *Violencia racista en Europa occidental: la respuesta del derecho penal*, Granada, 1999, p. 323; LANDA GOROSTIZA. *La intervención penal frente a la xenofobia*, Bilbao, 2000, pp. 111 y ss. (más en extenso, sobre los diferentes modelos político-criminales de reacción penal ante la delincuencia xenófoba, cfr. ID. *La intervención*, pp. 204 y ss.); ID. *La política criminal contra la xenofobia y las tendencias expansionistas del derecho penal*, Granada, 2001, pp. 178 y ss.

2 El artículo 22.4 del C. P. español de 1995 tiene su antecedente inmediato en la agravante del artículo 10.17 del derogado C. P. español de 1973, introducido por la Ley Orgánica 4/1995, de 11 del mayo (es decir: poco antes de la aprobación del C. P. español de 1995 actualmente vigente). El antiguo art. 10.17 restringía su aplicación al ámbito de los delitos contra las personas y el patrimonio, a diferencia del actual, que –al menos expresamente– no contiene restricción alguna (cfr. por todos LANDA GOROSTIZA. *La política criminal*, cit., pp. 86 y ss.).

B. LAS INTERPRETACIONES DOCTRINALES DEL ARTÍCULO 22.4

1. INTERPRETACIONES SUBJETIVISTAS

Es mayoritaria en la doctrina española la línea que considera la agravante del artículo 22.4 como de naturaleza *subjetiva* o *preponderantemente subjetiva*[3] (y en ocasiones, precisamente por ello, manifiesta sus dudas acerca de su constitucionalidad)[4]. Mas no (o no sólo) subjetiva en el sentido del régimen de comunicabilidad de las circunstancias[5], sino por establecer la *ratio* de la agravación del artículo 22.4 en que la comisión del delito venga determinada por determinados *procesos psíquicos* o *internos del sujeto*. Con frecuencia se afirma que en esta circunstancia se plasma un "incremento de la culpabilidad" o del "reproche culpabilístico"[6]; sin embargo, existen también autores que, manteniendo la caracterización preponderantemente subjetiva de la agravante, consideran que responde a un incremento del injusto subjetivo[7].

En este sentido, la doctrina ha fundamentado el desvalor adicional de la conducta en el móvil que lleva al autor a actuar, debido a su carácter *abyecto* o

---

3 Algunas notables excepciones las hallamos en los trabajos de PATRICIA LAURENZO COPELLO. "La discriminación en el Código Penal de 1995", en *Estudios Penales y Criminológicos* n.º XIX, pp. 279 y ss., y especialmente 281 y ss.; y LANDA GOROSTIZA. *La política criminal*, cit., pp. 180 y ss. (precedido por la breve pero interesante propuesta de la profesora ASÚA BATARRITA, en el prólogo a la anterior monografía del propio LANDA GOROSTIZA. *La intervención*, cit., p. 12). La primera propuesta, sin embargo, contiene también ciertos elementos subjetivizantes a los que se deberá atender más adelante.

4 FRANCISCO MUÑOZ CONDE y MERCEDES GARCÍA ARÁN. *Derecho penal. Parte general*, 5.ª ed., Valencia, 2002, p. 511.

5 En concreto: limitando su aplicación a las personas en quienes efectivamente concurran (art. 65.1 C. P. esp. y art. 62 C. P. col.). Cfr., por ejemplo, MARÍA LUISA CUERDA ARNAU, en *Comentarios al Código Penal de 1995*, T. S. VIVES ANTÓN (dir.), vol. I, Valencia, 1996, p. 247; CARLOS GANZENMÜLLER ROIG, JOSÉ FRANCISCO ESCUDERO MORATALLA y JOAQUÍN FRIGOLA VALLINA. *Eximentes, atenuantes y agravantes en el Código Penal de 1995*, Barcelona, 2000, p. 232.

6 JOSÉ CEREZO MIR. *Derecho penal. Parte general (lecciones 26-40)*, 2.ª ed., Madrid, 2000, p. 146; CUERDA ARNAU. *Comentarios*, p. 240; JESÚS BERNAL DEL CASTILLO. *La discriminación en el derecho penal*, Granada, 1998, pp. 65 y 70 ("mayor reproche culpabilístico").

7 Especialmente, SANTIAGO MIR PUIG. *Derecho penal. Parte general*, 6.ª ed., Barcelona, 2002, lección 26, nn. mm. 2-4, 32; CARLOS M.ª LANDECHO VELASCO y CONCEPCIÓN MOLINA BLÁZQUEZ. *Derecho penal español. Parte general*, 5.ª ed., Madrid, 1996, p. 417 (deben añadirse aquí los autores que comprenden esta agravante desde una perspectiva objetiva, como LAURENZO COPELLO, LANDA GOROSTIZA, etc.). Ecléctica es la posición de BERISTAIN IPIÑA, en *Comentarios al Código Penal tomo II (arts. 19 a 23)*, M. COBO DEL ROSAL (dir.), Madrid, 2000, p. 972, quien considera que incrementa tanto el injusto como la reprochabilidad.

particularmente indeseable[8], o por ser rechazados desde el punto de vista político-criminal[9]; se ha hablado también de una "característica de la actitud espiritual o racional del sujeto"[10], que forma parte de su ánimo[11] o fuero interno[12]. Se ha aducido también que tal agravación es una respuesta a una manifestación de "los más bajos y primitivos instintos de desprecio al ser humano y a los derechos fundamentales de la persona", y de "una ideología que es determinante en su decisión de lesionar los bienes jurídicos de sus víctimas"[13].

2. CRÍTICA A LAS INTERPRETACIONES SUBJETIVISTAS

a. PROBLEMAS CONCEPTUALES Y PROBATORIOS

Ninguna de las obras citadas aboga, ciertamente, por la sanción del mero hecho de albergar o manifestar ideas racistas. Sin embargo, esta corriente doctrinal tan sólo explica la diferencia de pena entre un delito en el que concurra dicha agravante y otro en el que no concurra, porque quien comete el primero ha albergado en el momento de su ejecución un impulso que lo motiva a delinquir: el odio al otro por ser otro, por su *otredad*.

La doctrina española ya había destacado con anterioridad la inadecuación del concepto de *motivo* o *motivación* para fundamentar juicios de responsabilidad penal, tanto por su indeterminación conceptual como por la imposibilidad de prueba[14]. Así, destacan como principales inconvenientes, "quizá insolubles"[15], la imposibilidad de distinguir netamente entre motivaciones conscien-

---

8 Cfr. JOSÉ CEREZO MIR. *PG (lecciones 26-40)*, p. 146; CUERDA ARNAU. *Comentarios* I, cit., p. 239, 245; MANUEL COBO DEL ROSAL y TOMÁS S. VIVES ANTÓN. *Derecho penal, Parte general*, 5.ª ed., Valencia, 1999, p. 897 (estos dos últimos trabajos se muestran críticos con la agravante, precisamente por interpretarla en este sentido subjetivo). Similar, aunque ubicando el problema claramente en el ámbito del injusto (subjetivo), MIR PUIG. *PG*, 26/7 ("motivaciones particularmente indeseables").

9 GONZALO QUINTERO OLIVARES. *Manual de derecho penal, Parte general*, 3.ª ed., Pamplona, 2002, p. 740.

10 BERNAL DEL CASTILLO. *La discriminación*, cit., pp. 62 y ss.

11 LANDECHO y MOLINA. *PG*, cit., p. 422.

12 MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN. *PG*, cit., p. 511 (si bien criticando una tal agravación subjetiva, en la que no cabe encontrar "razones por las que la gravedad objetiva se vea incrementada").

13 JUAN J. BUSTOS RAMÍREZ y HERNÁN HORMAZÁBAL MALARÉE. *Lecciones de derecho penal*, vol. II, Madrid, 1999, p. 410.

14 Con respecto a la crítica que sigue, cfr. JOSÉ LUIS DÍEZ RIPOLLÉS. "La atenuante de obrar por motivos morales, altruistas o patrióticos de notoria importancia", en *ADPCP*, 1979, pp. 93 y ss., en especial 136 (en general, sobre su uso en derecho penal) y 137 (refiriéndose a la posibilidad de fundamentar juicios de *reprochabilidad* penal); sobre la imposibilidad de prueba, cfr. LANDA GOROSTIZA. *La intervención penal*, cit., p. 212; BORJA JIMÉNEZ. *Violencia racista, cit.*, p. 327.

15 DÍEZ RIPOLLÉS. Ob. cit., p. 100.

tes e inconscientes[16] (y la inadecuación de incrementar una sanción por estas últimas), y la dificultad de determinar qué motivaciones han sido *suficientemente relevantes*; dificultad a la que se añade el que las motivaciones se suceden *motivándose* las unas a las otras, obligando a quien las investigue a un "retorno sucesivo de motivos más próximos a más remotos"[17]. A estas objeciones se ha intentado oponer soluciones poco practicables, como la que pasa por dilucidar la motivación *predominante*[18], o la que atribuye relevancia a estos efectos a la que haya sido inmediatamente anterior, en sentido temporal, al dolo o a la determinación delictiva[19].

Para establecer distinciones tan netas dentro de la maraña de motivaciones con la que se pretende explicar la conducta de una persona es necesario poder analizarla de un modo racional. Posiblemente, si hablamos de "motivaciones predominantes" (es decir, de un *rango* entre los motivos que determinan a alguien a una conducta), nos hallemos bien ante una reconstrucción *secuencial y racionalizada* del proceso de motivación (es decir: una simplificación del verdadero y complejo proceso); o bien ante una identificación de los *motivos* con los *elementos de tendencia trascendente* (como el elemento subjetivo específico de la tentativa inacabada[20], es decir, con el "dolo" *de hacer algo después*). Esta *tendencia trascendente* o *animus* es bastante más accesible al observador y practicable en un proceso (pronosticando qué pretendía hacer alguien después de realizar un determinado comportamiento, con base en éste último). Sin embargo, es claramente inadecuado para la interpretación de este precepto, que no se remite, como el ánimo de lucro u otros *animi*, a una conducta futura, sino tan sólo a los *determinantes ideológicos* de un determinado comportamiento.

Si, por el contrario, se entendiese que la mera presencia de una motivación de carácter xenófobo en la comisión de un delito, aun siendo de escasísima relevancia en el proceso motivacional, determina la aplicación de la agravante, quizá se eliminase un problema interpretativo, pero al intolerable coste de crear una norma que no se compadece en absoluto con la intención del legislador y, además, intolerablemente punitivista[21]. No obstante, y con todo, no es éste el principal problema de los planteamientos subjetivos, como veremos más adelante.

---

16 Ibid., 1979, pp. 97, 98, 101, 137.
17 Díez Ripollés, en *ADPCP*, cit., pp. 99, 101, 137
18 Al respecto ibid., pp. 99, 100, 137.
19 Ibid., p. 100.
20 Cfr. Mir Puig, *PG* 13/76.
21 Díez Ripollés. Ob. cit., p. 101.

b. CONSECUENCIAS INDESEADAS DE ESTA INTERPRETACIÓN

A los problemas interpretativos y epistemológicos expuestos hasta ahora han de sumarse ciertos efectos totalmente indeseables que una interpretación subjetivizante del artículo 22.4 traería consigo. Así, no cabría aplicar esta agravante a quien realizase ataques racistas *por encargo*, ya fuese remunerado o no[22]. En estos supuestos, como la "motivación xenófoba" tan sólo se encuentra presente en quien realiza el encargo, y no en quien lo ejecuta, no cabe explicar la agravación atendiendo a la citada interpretación *subjetivizante*, por lo que sicario y "mandante" tendrían una diversa consideración jurídica con respecto a su intervención delictiva en un ataque racista[23].

Otro supuesto fácilmente imaginable de comisión de delitos en la que el autor no está motivado por ideologías xenófobas, pero que no puede ser excluido del ámbito del artículo 22.4, es, por ejemplo, el de quienes atemorizasen a las personas extranjeras que habitasen un determinado barrio, para lograr que se marchen de él y obtener, según los (estos sí) *racistas* criterios del mercado inmobiliario, una revalorización de los pisos que poseen en esa zona. Estas personas pueden no compartir estos presupuestos ideológicos, incluso ser partidarios de los postulados opuestos (pueden ser también extranjeros); su *motivación* puede ser puramente económica (no incardinable en la agravante de precio, pues el beneficio económico esperado es el incremento de valor de los pisos en el mercado, y no la recompensa de alguien[24]) y no xenófoba. No obs-

---

22 Es cierto que en los casos de encargo remunerado (previsiblemente, más frecuentes que los no remunerados) cabe aplicar la agravante de ejecutar el hecho mediante precio, recompensa o promesa (según la opinión mayoritaria, que entiende que es de aplicación no sólo a quien promete la remuneración o recompensa, sino también a quien delinque para recibirla). Sin embargo, eso no empece a la objeción aquí planteada: dos hechos idénticamente infractores deben merecer la misma condena, independientemente de la ideología del autor, sin que sea necesario acudir a este tipo de *parches*. Cualquier otra respuesta haría que la sanción devolviera una caricatura o imagen distorsionada del ordenamiento entendido desde una perspectiva de legitimidad constitucional, en vez de la reafirmación de su vigencia (FREUND. *Erfolgsdelikt und Unterlassung. Zu den Legitimationsbedingungen von Schuldspruch und Strafe*, Köln et ál., 1992, p. 110).

23 Destaca ZAFFARONI ("El discurso racista: eficacia de su estructura", en *Eguzkilore* n.º 11 extraord., 1997, p. 262.) la importancia de estos *ejecutores materiales* en este tipo de agresiones, desvinculados materialmente de los ideólogos.

24 Distinto sería el tratamiento en el ordenamiento alemán, que contempla la agravante de "avaricia" (*Habgier*), donde lo determinante es la motivación del sujeto. La subjetivización de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal que trajo consigo la reforma nacionalsocialista ("avaricia" en vez de "precio"; "crueldad" "*Grausamkeit*" en vez de "ensañamiento", etc.) resulta en ocasiones muy difícilmente compatible con los criterios del derecho penal del hecho.

tante, no cabe duda alguna de que cooperan a la situación de amenaza constante en la que ciertos colectivos viven hoy en día en nuestra sociedad. Sobre este criterio volveremos más adelante.

Siendo muy importantes todos los problemas interpretativos que se acaban de señalar, no son sino *consecuencias* de lo que considero un error de raíz, cual es la *imposibilidad de fundamentar una sanción* (o una *mayor sanción*) *para un hecho atendiendo a las motivaciones internas que supuestamente lo originan.*

C. INCONSTITUCIONALIDAD DE LA AGRAVACIÓN POR MOTIVACIONES (INTERNAS) XENÓFOBAS: AUSENCIA DE LEGITIMACIÓN MATERIAL

La sanción penal, como cualquier intervención estatal, y en especial como la más intensamente restrictiva de derechos, requiere una legitimación material cuyos criterios han de derivarse de la Constitución[25]. Esto no sólo se debe predicar de las sanciones típicas, sino también de las circunstancias que agravan la sanción, pues son también presupuesto de una intervención estatal en la esfera de una persona mediante (más) pena. El que esa restricción adicional de derechos se plasme en la agravación de otra pena (es decir: se lleve a cabo mediante la imposición de una pena más gravosa que si no hubiese concurrido) no puede ser causa de una relajación en los presupuestos de legitimación material[26].

De este modo, tanto en las sanciones típicas como en las circunstancias agravantes, es requisito para la punición de una conducta[27] el que el Estado esté *legitimado para prohibirla*. El análisis de la legitimación material para la sanción (penal o de cualquier otro tipo) se puede dividir, pues, en dos niveles: legitimación de la prohibición (de la norma de conducta) y legitimación de la norma de sanción[28].

Sucintamente: el derecho, al establecer una prohibición o un mandato (norma de conducta), respalda jurídicamente la pretensión de un sujeto, imponien-

---

25 Por todos, cfr. MIR PUIG. *PG* 3/63 y ss., 4/1 y ss.

26 JACOBO DOPICO GÓMEZ-ALLER. "La circunstancia agravante de ensañamiento y la protección de la integridad moral en el C. P./1995", en *RDPP*, n.º 4, 2000, pp. 61 y ss., 63 y 64, 73 y ss., 87.

27 Para el siguiente desarrollo, cfr. más en extenso FREUND. *Erfolgsdelikt und Unterlassung*, cit., § 9 y ss., pp. 51 y ss.

28 La distinción se adopta aquí desde una perspectiva puramente analítica, sin entrar en el debate de si cabe llamar "norma" a aquella expectativa no acompañada (directa o indirectamente) de algún tipo de sanción, y sin dudar que la norma de sanción es también una norma de conducta (dirigida al órgano competente para sancionar; al respecto, cfr. tan sólo MOLINA FERNÁNDEZ. *Antijuridicidad*, cit., pp. 616 y ss.). En cualquier caso, una perspectiva analítica permite distinguir entre las diferentes *normas de sanción* que concurren (o se suceden históricamente) para responder a la infracción de una norma de conducta.

do a otros sujetos el deber de no atacarla o de colaborar con ella. El Estado, al adoptar esta decisión, impone a los destinatarios de la norma la carga de una definición más restrictiva de su ámbito de libertad (que sería más amplia si no hubiese que respetar esa pretensión). Si el nivel de cargas que debería soportar el destinatario de una eventual prohibición o mandato excediese ciertos *estándares* que hemos dado en llamar *derechos fundamentales*, *libertades públicas*, etc., la norma habría de reputarse ilegítima en nuestro sistema constitucional.

Si el Estado está materialmente legitimado para el establecimiento de un mandato o prohibición, debe lógicamente estarlo también para proteger su vigencia frente a infracciones que puedan desautorizarla e inutilizarla como respaldo de ciertas pretensiones; el método más frecuente es la sanción de las infracciones. Como toda ordenación, el mantenimiento de una norma genera costes, que en el caso de la sanción son en gran parte soportados por el propio infractor. Dado que los "costes" que soporta el sujeto a quien se impone una sanción penal pueden llegar a ser muy altos, al ser la pena la restricción de derechos más intensa que realiza el Estado, no debe ser empleada sino para la protección de las normas más relevantes frente a los ataques más graves; relevancia y gravedad que se determinan de modo dinámico y relativo (fundamentalmente, atendiendo a criterios como la importancia y generalidad de la pretensión que protegen, la insuficiente capacidad de protección mediante otro tipo de intervenciones estatales, etc.). En resumen: la legitimidad de las normas de sanción debe analizarse separadamente de la de las normas de conducta: pese a que una norma de conducta protegida esté legítimamente fundamentada, es posible que la reacción sancionadora sea ilegítima (por ejemplo, por desproporcionada).

Este esquema argumentativo es también aplicable a las circunstancias agravantes[29]. Así, la agravante de ensañamiento se legitima como reacción a un atentado contra la integridad moral (tortura); la de abuso de confianza, como respuesta a un ataque a la relación jurídico-privada de confianza (del mismo modo que en el tipo penal de apropiación indebida); y la agravante de prevalimiento de un cargo público, en tanto reacción a la lesión de una relación jurídico-pública (como en los tipos penales especiales de funcionarios), etc.

---

29 DOPICO, en *RDDP*, n.º 4 (2000/2), pp. 64, 74 y pássim. Denuncian la laxitud con la que en el ámbito de la determinación de la pena se manejan los criterios que tan cuidadamente se han elaborado en sede de injusto y culpabilidad, por todos, STRATENWERTH. *El futuro del principio jurídico penal de culpabilidad*, trad. E. BACIGALUPO, Madrid, 1982, pp. 82 y 83; WINFRIED HASSEMER. "Generalprävention und Strafzumessung", en HASSEMER, LÜDERSSEN y NAUCKE. *Hauptprobleme der Generalprävention*, Frankfurt a. M., 1979, pp. 64 y 65; JOSÉ MANUEL GÓMEZ BENÍTEZ. "Racionalidad e irracionalidad en la medición de la pena: estudio sobre las ideas de prevención general y culpabilidad en la reforma penal española", en *Estudios penales*, Madrid, 2001, pp. 40 y ss., 55 y 56, 81 y 82.

Sin embargo, no cabe hablar de una legitimación material para la sanción (adicional) cuando un delito es motivado por ideología o sentimientos xenófobos. De modo general, el legislador no está autorizado constitucionalmente para prohibir que se alberguen o manifiesten ideas o sentimientos[30], por mucha repugnancia que inspiren, dolor que evoquen u oposición que manifiesten al propio marco constitucional[31] (al menos, no fuera de los períodos y supuestos excepcionales a los que se refiere el artículo 55 de la C. P. española[32]). En palabras del Tribunal Constitucional español: "La Constitución protege también a quienes la niegan" (sentencia 176 de 1995, f. j. 2.º); cuando menos, los protege frente a la represión de dicha negación.

Debe recordarse que la doctrina citada no ha planteado el fundamento de la agravación en la *expresión* de una ideología o unos "sentimientos abyectos" mediante la conducta delictiva, sino únicamente en que la conducta delictiva *esté motivada* por dichos sentimientos. En tanto el legislador no está legitimado para *prohibir* ideologías o sentimientos, tampoco lo está para fundamentar una (mayor) sanción porque se alberguen durante la comisión de un delito o la motiven[33]. Si el Estado valorase estos elementos a la hora de imponer una pena o una *mayor pena*, no cabría sino entender que hace depender una consecuencia sancionadora de "un complejo de fenómenos psíquicos que [...] no es otra cosa que el carácter y la personalidad"[34] del autor. Los modelos que no respe-

---

30 La aportación del homenajeado al estudio de estos límites es fundamental; cfr. GÜNTHER JAKOBS. "Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico", trad. E. PEÑARANDA RAMOS, en *Estudios de derecho penal*, Madrid, 1997, pp. 295 y ss., relacionando el principio *cogitationes poenam nemo patitur* y la asignación a la persona de una "esfera civil interna", integrada no sólo por la actividad intelectual, sino también por un núcleo mínimo de su dominio (pp. 296 y 297).

31 El Tribunal Constitucional español ha constatado en su sentencia 176/1995 que "la actitud racista es contraria al conjunto de valores protegidos constitucionalmente", y que contradice abiertamente "los principios de un sistema democrático" (f. j. 5.º).

32 Es decir: supuestos de estado de excepción o sitio, e investigación relativa a bandas armadas. Entre los derechos fundamentales que, según la Constitución española, pueden suspenderse en los dos primeros supuestos (no en el tercero) no se cuenta el de libertad ideológica, pero sí el de libertad de expresión. No está de más recordar que, en este último caso, el legislador no se halla *constitutione solutus*, puesto que el artículo 55.2 habla de una posibilidad de *abuso* de dichas facultades excepcionales, lo que presupone la existencia de un canon constitucional que determina cuándo su empleo es adecuado y cuándo abusivo.

33 Lógicamente, de este planteamiento surge inmediatamente la pregunta por la validez constitucional de los llamados *elementos de actitud espiritual* (*Gesinnungsmerkmale*). El tratamiento de este grupo heterogéneo y problemático de elementos típicos (en parte, *supuestos* elementos típicos), el estudio de sus rasgos y de los diferentes contenidos que a este concepto se le han asignado, excede el alcance de este trabajo, que se limita a analizar los problemas interpretativos del art. 22.4.ª C. P. esp. y sólo a tal efecto atiende a esta cuestión. En cualquier caso, y con respecto a la frecuente confusión entre lo *la actitud interna* con la que se realiza una conducta y su *carga expresiva*, cfr. infra, epígrafe 2.3.b).

tan este límite no pueden ser calificados como sistemas de *derecho penal del hecho*, sino que encarnan el llamado *derecho penal de autor*, incompatible con la Carta Política española: "no sería constitucionalmente legítimo un derecho penal 'de autor' que determinara las penas en atención a la personalidad del reo"[35]. Si la interpretación de este precepto se basa en los citados aspectos subjetivos, no cabe decir que nos hallemos ante la incriminación de *conductas* racistas, sino más bien ante una intervención penal censora de la opinión, desembocándose en "una utilización del instrumento penal para castigar a los xenófobos *por serlo*"[36]. En resumen: en nuestros modelos constitucionales sería ilegítima una norma como "no te guíes por motivos racistas", que sería la única que podría explicar la diferencia *subjetiva-motivacional* entre un delito de lesiones "motivado" por ideas racistas, xenófobas, etc., y otro carente de dicha motivación. En un ordenamiento penal moderno "ya no existe un derecho objetivo y moral al reproche, y la consecuencia práctica debería ser [...] la erradicación de juicios morales o éticos de desvalor con respecto a la delincuencia"[37]. El derecho tan sólo puede atender a la *respuesta* que devuelva el sujeto a la sociedad, y no a los procesos internos que determinen esa respuesta, que quedan, en cualquier caso, en su fuero interno: *de internis non iudicat praetor*[38].

Esta prohibición de fundamentar sanciones en las motivaciones últimas del sujeto no puede ser soslayada aduciendo que se las toma en cuenta no como "un rasgo de carácter o personalidad permanente", sino tan sólo cuando se materialicen en una conducta delictiva o se manifiesten "en el momento del hecho"[39]. Este acceso al fuero interno del sujeto es igualmente ilegítimo cuando se realiza "sólo con los infractores": nuestro modelo constitucional no permite la sanción

---

34 DÍEZ RIPOLLÉS, en *ADPCP*, cit., p. 101.

35 Sentencia del Tribunal Constitucional español 150/1991.

36 LANDA GOROSTIZA. *La intervención penal*, cit., p. 212. Sin embargo, autores como MIGUEL ÁNGEL BOLDOVA PASAMAR. *La comunicabilidad de las circunstancias y la participación delictiva*, Madrid, 1995, p. 87, sí entienden que el derecho puede fomentar, privilegiar o perjudicar ciertas "actitudes éticas del individuo exteriorizadas materialmente"

37 GÓMEZ BENÍTEZ. "Racionalidad e irracionalidad", cit., p. 37.

38 Cfr. las reflexiones de JAKOBS. "Criminalización", cit., p. 297.

39 Las citas son de BUSTOS y HORMAZÁBAL. *Lecciones II*, pp. 411 y 410 (respectivamente, en referencia a las agravantes de los arts. 22.5. –ensañamiento– y 22.4. –"motivos racistas"–). Los autores recogen en la última cita un argumento que ROXIN (*AT* 6/17) emplea para la agravante de "crueldad" (*Grausamkeit*), quien la considera una agravante válida siempre que se observe no como un rasgo general y constante del autor, sino sólo como una característica que se manifiesta en su delito. Parecen sostener una posición similar, BOLDOVA PASAMAR. *La comunicabilidad*, cit., p. 86 ("el derecho puede enjuiciar en el ámbito de las circunstancias determinadas actitudes éticas de los individuos *exteriorizadas en la comisión de los hechos delictivos*"; las cursivas son añadidas); y BERNAL DEL CASTILLO. *La discriminación*, cit., pp. 64 y 65.

de la ideología de un sujeto, ni siquiera "su ideología al infringir", sino tan sólo la infracción de normas de conducta legítimas. La interpretación contraria incurre en un curioso *versarismo interno*, que permitiría el castigo de la *desviación* ideológica o sentimental si el desviado es versado *in re illicita*.

Finalmente: el argumento dogmático del *incremento de culpabilidad* o *de reprochabilidad* en una conducta atendiendo a sus móviles parece, en mi opinión, difícil de encajar con la mayoría de los conceptos de culpabilidad. Si se entiende que la *categoría dogmática* de la culpabilidad[40] opera como un *filtro* que permite separar los supuestos en los que el hecho es subjetivamente imputable a su autor de aquéllos en los que no lo es, e independientemente de los criterios con los que se integre dicho filtro, nunca puede predicarse del agresor racista una *culpabilidad mayor, por el mismo hecho*, que la de un autor plenamente imputable que careciese de móviles racistas: ¿cómo se puede *filtrar* algo y obtenerlo incrementado?[41]. Si un hecho cometido *sin* estos "motivos discriminatorios" es *plenamente* imputable a su autor, no se entiende cómo la concurrencia de dichos motivos puede hacer que le sea *más* imputable (¿más que *en su totalidad*?).

3. LA PUNICIÓN DE LAS MOTIVACIONES XENÓFOBAS POR SU "LESIVIDAD SOCIAL": LA AGRAVANTE DEL ARTÍCULO 22.4 COMO UN INCREMENTO DE LO INJUSTO DE LA CONDUCTA

a. AGRAVACIÓN POR MAYOR O ADICIONAL ANTIJURIDICIDAD

También desde un punto de vista subjetivo, pero enlazándolo con la antijuridicidad penal de la conducta, se ha dicho que las motivaciones de carácter xenófobo dotan a la conducta típica de un desvalor adicional, de una

---

40 No se adopta aquí una posición acerca de la viabilidad de una categoría de la culpabilidad separada de la de la antijuridicidad, ni sobre su eventual contenido; tan sólo se hace una crítica dogmática intrasistemática de las posiciones que, afirmándola, consideran que la agravante estudiada halla su sede en dicha categoría.

41 MIR PUIG. *Derecho penal*, cit., 26/2 (siguiéndole, DOPICO, en *RDPP*, 4 -2000-, p. 76). La argumentación de CEREZO MIR. *PG* (lecciones 26-40), pp. 111 y ss., caracteriza la *reprochabilidad* desde dos elementos: el *volitivo*, relativo a la exigibilidad de la obediencia al derecho, y el cognitivo, relativo al conocimiento (actual o posible) de la antijuridicidad de la conducta. Sin embargo, la ideología del autor del delito no puede hacer *más exigible* el derecho, ni tampoco dar al autor un conocimiento *mayor* (superior al conocimiento *pleno*) de la antijuridicidad de su conducta. En estos términos, admitir que pueda existir un *incremento* de la culpabilidad de quien comete un delito por racismo, con respecto a quien lo comete por otros motivos pero con plena culpabilidad, supone admitir que pueda haber algo como un *sobre-conocimiento de la antijuridicidad* o una *sobre-vinculación al derecho*.

especial contrariedad a derecho[42], consistente en la negación "de ciertos valores reconocidos socialmente a los que el legislador ha dispensado una protección jurídica singular"[43], como el principio de igualdad[44] o del "derecho del sujeto pasivo a ser tratado como un ser humano igual a cualquier otro"[45].

En mi opinión, estas propuestas aciertan en lo que se refiere a la ubicación sistemática y fundamentación general de la agravación. En efecto, si el Estado puede intervenir en la esfera de un particular mediante pena, ello debe derivarse de la infracción de éste de una norma de conducta legítima; entre la conducta prohibida (consumada) y la permitida hemos de poder observar una diferencia, un menoscabo de intereses de competencia estatal, imputables al infractor[46]. Este punto de partida debe conducir a la apreciación del fundamento de la agravación en una infracción *adicional*, es decir, en el terreno de la antijuridicidad[47]. Así lo consideran los autores citados, quienes centran la agravación del artículo 22.4 del C. P. español en una supuesta *mayor contrariedad a derecho* de la conducta típica que, a su vez que otros intereses, lesiona el principio de igualdad. Sin embargo, no creo que con ello se logre identificar esa *infracción adicional*.

---

42 Afirman LANDECHO y MOLINA BLÁZQUEZ. *PG*, p. 417, que toda agravante ha de estar referida al injusto de la conducta; sin embargo, he incluido esta obra en el apartado anterior puesto que estos autores no especifican cuál es la carga adicional de antijuridicidad que aporta la motivación racista a la conducta típica, y consideran tan sólo que se trata de "un elemento que forma parte del ánimo del sujeto" (p. 422). En el tratamiento que los autores hacen de este precepto no queda clara la fundamentación de cómo dicho elemento del ánimo puede contener una lesividad social que legitime al Estado para imponer (en este caso, agravar) una sanción.

43 ALFONSO ARROYO DE LAS HERAS. "Los motivos racistas, antisemitas o discriminatorios como circunstancia agravante", en MUÑOZ CUESTA et ál. *Las circunstancias agravantes en el Código Penal de 1995*, Pamplona, 1997, pp. 107 y ss., 112.

44 Así, MIR PUIG. *PG* 26/32; similar, con respecto a otras figuras antidiscriminatorias, FRANCISCO BUENO ARÚS. "La discriminación racial y el código penal español", en *Eguzkilore* n.º 11 (extraord.), 1997, p. 197.

45 LAURENZO COPELLO. "La discriminación", cit., p. 281.

46 FREUND. *Erfolgsdelikt und Unterlassung*, pp. 53 y ss.; ID. *Münchener Kommentar zum StGB* (en prensa), comentario previo al § 13/135. Nótese que esta concreta plasmación del requisito del *harm principle* es *únicamente aplicable a la legitimación de la norma de conducta*, y no a la de la norma de sanción. Requisito de legitimación de la norma de conducta es que entre la conducta prohibida y la permitida (en concreto o de modo general) medie una "diferencia de resultado" (por emplear la expresión de JAKOBS. *PG* 6/21 y ss., 6/32); requisito de legitimación de la norma de sanción es tan sólo que se haya infringido una norma de conducta, para lo cual no es necesario que se haya *consumado* la infracción (con lo que no es necesario un daño). Por así decirlo: la norma de sanción protege la vigencia de la norma de conducta; la norma de conducta protege (o *constituye*) los llamados "bienes jurídicos" (en términos muy similares, FREUND. *Erfolgsdelikt und Unterlassung*, cit., pp. 88 y ss.; ID., en *Münchener Kommentar*, comentario previo al §13/42 y ss., en especial n.º m. 66).

47 Especialmente, MIR PUIG. *PG*, 26/2-4, 26/32, LANDECHO y MOLINA. *PG*, p. 417.

b. MATIZACIÓN: LOS PLANOS ESPIRITUAL Y EXPRESIVO

Es necesario plantear una inicial salvedad antes del estudio individualizado de estas posturas. Se puede hallar en ellas una identificación de dos planos diversos, el de la *actitud interna* y el *comunicativo*. Sin pretender aproximarme a la relación entre los procesos internos y el fenómeno expresivo, sí cabe decir que se trata de dos ámbitos distintos. Cabe comunicar un mensaje sin intención de hacerlo, e igualmente pretender comunicar un mensaje de modo inadecuado e ineficaz[48].

Por ello, entiendo que se incurre en un error de extensión si se considera que una conducta daña al principio de igualdad si es *motivada* por consideraciones xenófobas. El principio de igualdad se refiere a la lesión de una expectativa *de trato igual* y no de *motivación igual* en el trato. Por ello, este principio tan sólo se verá lesionado si el trato que recibe alguien es distinto al exigible. Ello tendrá lugar cuando haya en él características que lo diferencien del trato que toda persona puede exigir con base en el derecho (y, quizá, del que el resto de las personas reciben del autor).

En cualquier caso, dado que las propuestas de los citados autores hacen referencia a los *efectos* de la conducta con "motivación" xenófoba, cabe perfectamente "traducir" la terminología empleada, hablando de la *significación* xenófoba. Entiendo que esta conversión no traiciona sus aportaciones, sino que por el contrario facilita su análisis. A tal efecto, se dividirá la exposición crítica en tres partes, atendiendo a los rasgos de diferentes propuestas interpretativas: la que aduce que las conductas del artículo 22.4 suponen un atentado "directo" al principio de igualdad en tanto discriminadoras, las que consideran que dicho ataque es comparable a las conductas de injuria o humillación, y las que aproximan su contenido al del delito de provocación a la violencia racial.

c. ¿LA MOTIVACIÓN (SIGNIFICACIÓN) RACISTA DE UN DELITO COMO ATENTADO EXPRESIVO "DIRECTO" AL PRINCIPIO DE IGUALDAD?

Parte de la doctrina sostiene sucintamente que la sanción añadida en los casos de agresión racista se debe a que el delito encarna, junto con una lesión del concreto bien jurídico, un *atentado contra el principio de igualdad*[49]. Esta dife-

---

48 De modo similar, MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO y MARÍA FERNANDA FERNÁNDEZ LÓPEZ. *Igualdad y discriminación*, Madrid, 1986, p. 109, subrayan cómo la conducta será o no discriminatoria independientemente de la intención de su autor.

49 MIR PUIG. *PG* 26/32 ("Esta motivación aumenta el injusto subjetivo del hecho. Añade al injusto pro-

rencia en el trato se asemejaría, al menos en principio, a la que mayoritariamente se aduce como fundamento –al menos, parcial– de delitos como los de denegación discriminatoria de prestaciones públicas o privadas (arts. 511 y 512 C. P. esp.) o grave discriminación en el empleo (art. 314 C. P. esp.). Sin embargo, entiendo que el fundamento de la agravante del artículo 22.4 del C. P. español no es aprehensible con la mera remisión al principio de igualdad; o, en otras palabras: que resulta de difícil comprensión el procedimiento mediante el que unas lesiones "racistas" pueden atentar contra el principio de igualdad de modo distinto a unas lesiones "no racistas". Algunos autores concretan más la referencia al principio de igualdad, considerando que la agresión racista atenta contra un "derecho [subjetivo] a un trato igual". Se sostiene, pues, que el *plus* de la agresión racista consiste en un atentado adicional *contra la propia víctima*.

Pretender dotar al artículo 22.4 de un contenido protector del principio de igualdad conduce necesariamente, pues, a preguntarse qué ataque al principio de igualdad encarna un asesinato racista distinto del que puede tener un asesinato no racista; cuál unas lesiones motivadas por odio ideológico, distinto del propio de unas lesiones comunes.

Esto nos conduce a uno de los problemas fundamentales de la fundamentación basada en el "principio de igualdad" desde un punto de vista individual: su carácter *meramente referencial*, carente de contenido material propio. Se discrimina a aquél contra quien se realiza una conducta ilícita, puesto que las condiciones de trato igual exigible son las que determinan las normas jurídicas y, entre ellas, las prohibitivas de lesión. Sin embargo, así planteadas las cosas, *cualquier delito contra bienes de titularidad individual* supondría un atentado contra el principio de igualdad, pues con él se trata a la víctima de modo distinto al que tanto ella como los demás pueden exigir. Es obvio que no era éste el propósito del legislador al introducir la agravante del artículo 22.4 del C. P. español.

El concepto de discriminación relevante a estos efectos no se deriva directamente del principio de isonomía y de igualdad de trato exigible. Se discrimina igualmente si se roba a todos los minusválidos como a todos los jóvenes o a todos los ricos (¿discriminación por razón de edad o por circunstancias económicas?); en sentido estricto no actúa de modo más discriminatorio un nacional que agrede a un inmigrante por su origen como si ocurre a la inversa, o si la agresión tiene como motivo un odio ideológicamente inspirado, una antigua

---

pio del delito realizado la negación del *principio de igualdad* que consagra la Constitución"); BORJA JIMÉNEZ. *Violencia racista*, cit., p. 329.

deuda, la mera envidia o unos celos inextinguibles[50]. En todos estos casos, existe una diferencia entre el trato recibido y el exigible (siendo éste último, además, el que el agresor proporciona a *la mayoría*, de modo que discrimina fácticamente al agredido frente a todos los demás). Sin embargo, pretender aplicar a todos estos supuestos una agravación de la pena por constituir casos de *trato desigualitario* o *discriminador* sería absurdo. Se constata, pues, la *relatividad* del argumento de la igualdad (¿a *qué trato igual exigible* se hace referencia?): si en el discurso no se concretan los criterios por los que la conducta es contraria al principio de igualdad, el concepto pierde sus contornos.

Cabría aún pensar que la punición adicional encarnada en la agravante se basa en lo reprochable de la discriminación por rasgos identitarios de especial relevancia, con lo que la agravante respondería a una especial protección de dichos *rasgos* en sí mismos considerados. Efectivamente, el habitual catálogo de "motivos" de discriminación contenido en el principio de igualdad (como lo recogen las constituciones políticas y los tratados internacionales sobre derechos humanos) se refiere a rasgos identitarios fundamentales (raza, sexo, nacionalidad...). No obstante, tal comprensión debe descartarse, porque dichos *rasgos* no son un objeto posible de ataque (y, desde luego, no un objeto de ataque específico y propio de las agresiones xenófobas o discriminatorias). Si se pretendiese redargüir que se trata de la protección de ciertos rasgos precisamente en tanto elementos *identitarios*, debe responderse que no colabora más a esa "identidad" el color de la piel que la belleza o la fealdad; no es más relevante a los efectos de la determinación de la *otredad* la ideología política que el talante amistoso o antipático del otro. Y, pese a ello, belleza, fealdad[51], buen o

---

50 En este sentido, BERNAL DEL CASTILLO. *La discriminación*, cit., p. 65.

51 En sentido contrario, la obra de L. P. HARTLEY *Facial justice* (1960) (de la que tuve noticia hace varios años en una interesante conferencia del profesor W. KERSTING en el Rechtsphilosophisches Seminar del profesor JAKOBS) propone una curiosísima ucronía: tras la tercera guerra mundial, al constatar que las personas feas (*gamma*) son discriminadas frente a las bellas (*alfa*), el Ministerio de Igualdad Facial las someterá a un tratamiento que las equiparará en belleza, dándoles un aspecto *medio* (*beta*); el motivo fundamental de esta actuación no es tanto acabar con la desigualdad como con su consecuencia, la envidia. Con mordaz ironía criticaba el profesor KERSTING en su ponencia ciertas teorías de justicia social que, en su opinión, se aproximaban a esta aberrante fantasía. Sin duda se trata de una tesis extravagante, pero quizá sea apresurado desechar de raíz su análisis. Si, por ejemplo, se considera probado que en nuestra sociedad realmente tiene lugar la discriminación *laboral* por falta de belleza física; y si cabe considerar que la generación y gestión de puestos de trabajo *no es un asunto totalmente privado*, sino, en gran parte, una función pública asignada a particulares (es decir: que el empleador no dispone tanto de *libertades* como de *facultades*), entonces nos encontraríamos con que un mecanismo –al menos en parte– *público* de distribución de bienes sociales se administra atendiendo a elementos (estos sí) totalmente privados, como la valoración estética de las personas. Si se acepta que esta valoración sea codificada como *relevante a los efectos de la*

mal carácter no están comprendidas en dichos catálogos. Imaginemos una discoteca en la que hay órdenes de no dejar pasar a personas cuya tez revele un origen nacional determinado, ni a los *excesivamente guapos*. Ambas conductas son ilícitas por incurrir en discriminación sin motivo razonable[52], pero razonablemente la *alarma* de la discriminación *suena* de modo más fuerte en uno de los dos casos; deberemos, pues, aproximarnos al fundamento de esa diferencia.

d. EL CONTENIDO VEJATORIO, HUMILLANTE O INJURIOSO COMO ANTIJURIDICIDAD ADICIONAL DE LOS DELITOS RACISTAS

El trabajo de LAURENZO COPELLO es el que profundiza más en esta línea de entre los citados, y el que da una interesante clave para la interpretación de esta postura. Parte la autora de la comparación de la agravante del artículo 22.4 del C. P. español con la antigua y ya derogada agravante del artículo 10.16 del derogado C. P. español de 1973, de desprecio de dignidad, edad o sexo del ofendido[53]. LAURENZO COPELLO considera que ambas agravantes prestan atención a "la actitud anímica" del autor, al enjuiciar un hecho típico que, además, *minusvalora* a alguien por ciertas características de su identidad.

Esta comparación parece apuntar al terreno de lo expresivo, si bien empleando para la argumentación una terminología referente al ámbito de los procesos internos. Si existía una agravante basada en el *desprecio*, no se trataba del desprecio como *actitud espiritual interna*, sino como *acto expresivo que porta una carga de menosprecio* (nótese que la autora hace referencia a la *minusvaloración*

---

asignación social de riqueza, la belleza física dejaría de ser un asunto totalmente privado. Lo absurdo de la anti-utopía de HARTLEY no reside tanto en el punto de partida como en el modo de lucha contra la injusticia, comparable a un hipotético combate contra la discriminación social de la mujer mediante masivas operaciones de cambio de sexo.

52 El *topos* de la *razonabilidad* en la discriminación es empleado por el Tribunal Constitucional español (por ejemplo, sentencias 128/1987, 150/1991 –la polémica resolución que considera acorde a la Constitución la agravante de reincidencia– o 336/1994); sin embargo, lo hace con una brevísima mención a la exigencia de un fundamento razonable para la discriminación, o a una "razonable ponderación" entre fines y medios empleados en la decisión que se supone discriminatoria. Sin embargo, las cosas no son tan sencillas. Sumariamente expuesto: la comparación entre dos elementos exige el empleo de un criterio o *tertium comparationis*. Con la mera mención de la "razonable ponderación" evita el Alto Tribunal entrar en los complejos criterios conforme a los que la discriminación está –en nuestra actual sociedad– permitida (por ejemplo: prohibición de entrar en unos vestuarios a personas de *otro sexo*) o prohibida (prohibición de entrar en esos vestuarios a personas de *otra raza*).

53 LAURENZO COPELLO. "La discriminación", cit., pp. 281 y 282.

del ofendido)[54]. La interpretación que aquí se propone se ve reforzada por otras afirmaciones de la propia LAURENZO COPELLO, como la consideración de que la base de la agravante se halla en su "efecto" y la comparación con el delito de tratos inhumanos o degradantes (art. 173 C. P. esp.), y con el tipo agravado de la revelación de secretos cuando la información revelada sea de carácter personal y afecten a la ideología, religión, creencias, salud, origen racial o vida sexual (art. 197.5 C. P. esp.). En los tres casos se trata, en su opinión, de la posibilidad de que una persona reciba un *trato* desigual.

Se trata de una interpretación *compatible* con los requisitos constitucionales de legitimación de la sanción, en tanto se basa en la *infracción* de una norma protectora de intereses cuya protección es de competencia estatal –el honor de los agredidos–. No es ésta una opción ajena a nuestro entorno jurídico. En la lucha contra la discriminación xenófoba y de otras clases, los ordenamientos occidentales han empleado en multitud de ocasiones referencias típicas que están muy directamente conectadas con los atentados contra el honor; con frecuencia, estos atentados son interpretados como "atentados contra la dignidad humana", en un intento de diferenciar las conductas xenófobas de aquellas "*similares* pero constitutivas de *meros* delitos contra el honor"[55].

Si se pretende sancionar esa *carga expresiva ofensiva* mediante la agravante del artículo 22.4 en vez de por la vía de tipos penales como las injurias (verbales o de hecho), las ofensas relativas a los sentimientos religiosos, etc., es necesario sin embargo considerar los *efectos perversos* que se producirían tanto desde una perspectiva sistemática como político-criminal. En principio, se vaciaría de contenido el tipo de tratos inhumanos o degradantes (art. 173 C. P. esp.) y el de injurias cuando éstos se produjesen concurriendo con otro delito en un atentado racista. En la legislación penal española, esto supondría aplicar un *privilegio penológico a los delitos que incorporan un mensaje ofensivo de carácter racista*[56].

---

54 Similar, ALFONSO ARROYO DE LAS HERAS, en MUÑOZ CUESTA et ál. *Las circunstancias agravantes en el Código penal de 1995*, Pamplona, 1997, pp. 107 y ss.

55 LANDA GOROSTIZA. *La intervención*, cit., p. 205. El autor expone cómo el legislador francés ha optado directamente por incluir tipos agravados de atentados contra el honor específicamente xenófobos. Similar es la interpretación que hace el Tribunal Constitucional español en el famoso *caso Violeta Friedman*, que entiende que las "manifestaciones, expresiones o campañas de carácter racista o xenófobo" son contrarias "no sólo al *derecho al honor* de la persona o personas directamente afectadas, sino a otros bienes constitucionales como el de la *dignidad humana*" (sentencia 214/1991, f. j. 8.º; las cursivas son añadidas).

56 Si se sancionase esa ofensa mediante la agravante del art. 22.4 C. P. esp., se impondría la pena en su mitad superior *en ausencia de atenuantes* (pues de concurrir atenuantes, el juez se vería liberado de ese mandato de asperación de la pena: art. 66 C. P. esp.). Sin embargo, si se pretendiese sancionar esa carga humillante mediante los tipos de injurias o tratos inhumanos o degradantes, en el primero de los casos

Pero, más allá de estos problemas, que serían resolubles con una tipificación más atenta de las penas en el C. P. español, debe señalarse que esta interpretación no parece adecuarse al pensamiento que inspira al legislador. Imagínese el supuesto de una agresión racista consistente en un *asesinato alevoso*, en el que la víctima *no llega a saber* qué le ha ocurrido. En estos casos, autores como la profesora LAURENZO deberían concluir que *la agravante no es aplicable*, pues el autor opera de modo que la víctima no llegue a tener conocimiento de la supuesta *ofensa*. Sin embargo, parecería chocante no aplicar esta agravante a supuestos de estas características. Idéntica consideración, como también ha señalado la doctrina, merecen las agresiones racistas cuando la víctima no pertenece a ninguno de los grupos citados en el precepto, sino que es, por ejemplo, miembro de una asociación de apoyo a dichos grupos (agresiones a integrantes de una ONG dedicada a la integración de inmigrantes, a la lucha contra la discriminación de la mujer, etc.). En estos casos, el mensaje *ofensivo* puede darse o no, pero lo que sí se da de modo innegable es la carga desvalorativa propia de la agravante[57].

Lo que estos ejemplos ponen de relieve es algo que ya se había apuntado con anterioridad: que el titular del interés al que se refiere el artículo 20.4 no es *el concreto agredido*; más aún: que dicho interés *no es de titularidad individual.*

Ese contenido de ofensa al que se refiere la autora es similar al que con frecuencia se da en la comisión de delitos dolosos contra pretensiones de titularidad personal (integridad física, libertad, patrimonio, etc.), sean o no come-

---

se operaría una irrevocable imposición de la pena *en su mitad superior, concurriesen o no atenuantes;* en el segundo, y a tenor de una regla concursal específica (art. 177 C. P. esp.), se penarían el delito que se pretendía agravar y el delito de tratos inhumanos *al modo del concurso real, sumando las penas.* No parece que el legislador haya introducido la agravante del artículo 22.4 para atenuar la pena a las humillaciones que acompañen a un delito cuando tanto unas como otra se cometan por motivos racistas.

57 Una propuesta similar a la de LAURENZO COPELLO plantea FERNANDO MOLINA FERNÁNDEZ. *Antijuridicidad y sistema del delito*, Barcelona, 2001, pp. 733 y ss., 740 y ss., aunque, en mi opinión, plantea algunos problemas adicionales. Si bien la entiendo, su concepción del fenómeno comunicativo como la intersección de dos psiques (*que B sepa lo que A piensa*), y no como la adecuación a un código, plantea ciertos problemas. No sólo ya en el ámbito de la comunicación *involuntaria* (que no es relevante a los efectos de las infracciones *dolosas* que nos ocupan) o en los supuestos de conducta *conforme a derecho* –o incluso debida, como un cacheo policial– *realizada con "intención prohibida"* (fundamental con respecto a su concepción del *ánimo lúbrico* en los delitos contra la libertad sexual, ibíd., pp. 737 y ss.), sino también en otros ámbitos más relacionados con el objeto de nuestro estudio. Así, el sujeto que *no alberga animosidad alguna* contra los inmigrantes, pero que *por encargo* no remunerado de quien –según le consta– sí la alberga inicia una cadena de incendios en centros de acogida a inmigrantes, difícilmente encajaría en esta definición; como tampoco un supuesto más frecuente en la práctica: el de jóvenes que colaboran en actividades violentas de grupos neo-nazis *para satisfacer necesidades personales de integración*, aunque sin compartir internamente el ideario inspirador. Sin embargo, se trata de dos supuestos claramente subsumibles en el ámbito del artículo 22.4.

tidos por motivos racistas. En muchas de estas infracciones, *mas no en todas*, cabe ver que el atentado contra la norma que protege las pretensiones de la víctima es, a la vez, un acto mediante el que *se le comunica* su falta de reconocimiento, mediante una carga de sentido injuriosa. Ello queda de manifiesto al analizar agresiones corporales nimias, que con frecuencia son codificadas como *injurias de hecho*, ya que en ellas no se da la más mínima afectación a la integridad corporal, pero subsiste esta carga de sentido peyorativa[58].

Se debe destacar, no obstante, que esta carga de sentido no es algo que caracterice *todos* los atentados dolosos contra las personas: no se dará este acto comunicativo dirigido a la víctima, por ejemplo, en el caso propuesto del asesinato alevoso, o en un hurto o estafa cuando el autor adopta medidas para evitar que la víctima se percate del perjuicio patrimonial, etc. Por ello debería rechazarse una posición que buscase el fundamento de la especialidad del delito doloso en este elemento añadido. En cualquier caso, atendiendo a las reglas de la *inherencia tácita* y del concurso de leyes, este elemento *ofensivo* adicional estará habitualmente abarcado por el contenido de injusto del delito doloso en cuestión, y sólo entrará en juego su sanción autónoma cuando se supere el nivel de injuria *inherente* al tipo en cuestión[59].

C. LA AGRAVANTE DEL ARTÍCULO 22.4 Y CIERTAS "EMERGENCIAS" EN DERECHO PENAL. EL PARALELISMO CON EL DELITO DE PROVOCACIÓN

Como se ha dicho con anterioridad, la agravación de la pena debe derivarse de una conducta con una ilicitud bien *especial*, bien *adicional*, tratándose en este último caso de la sanción de una *infracción* de un modo *atípico*, que se prevé en una disposición de medición de la pena, en vez de un tipo penal. Así, quien comete un delito de lesiones con ensañamiento atenta contra dos normas: *lesiona* y *tortura*; de modo que el legislador, mediante la norma de agravación, sanciona ambas infracciones. En realidad, se trata, por así decirlo, de un problema concursal específicamente resuelto por el legislador.

Se defenderá en las siguientes líneas que tal es el caso de la agravante del artículo 22.4. Con ella el legislador da respuesta a una doble infracción: el autor no sólo infringe la concreta prohibición a la que se refiere el delito que se

---

58 Para los amigos de lo polémico puede resultar interesante –o inquietante– el estudio de la validez del *ius retorsionis* en este campo.

59 Sobre la cuestión de la *inherencia tácita parcial*, cfr. DOPICO, en *RDPP*, cit., pp. 66 y ss.

pretende agravar, sino, además, un precepto adicional, cuya sanción se plasma no en un tipo penal, como es habitual, sino en una circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal.

I. INTRODUCCIÓN

Con independencia de la inveterada discusión sobre la secundariedad de la sanción penal con respecto a otras ramas del ordenamiento, debe constatarse en primer lugar la secundariedad *específica* de ciertos tipos penales "antidiscriminatorios"[60], en el sentido de constituir conductas de por sí ilícitas, cualificadas por el elemento discriminador. Así, es contrario al Derecho laboral dar un trato injustificadamente desfavorable a un trabajador frente a otros; pero en cuanto se añade el elemento "discriminatorio", pasa a ser un delito (art. 314 C. P. esp.); por otra parte, la conducta típica de los delitos de los artículos 511 y 512 del C. P. español consiste en denegar a alguien una prestación a la que tiene derecho, por "motivos discriminatorios"; no obstante, negar a alguien aquello a lo que tiene derecho, *por el motivo que sea*, es, *ex definitione*, una infracción (civil, administrativa...); nuevamente la significación xenófoba, sexista, etc. dota de relevancia penal al ilícito. Y, por supuesto, la agravante del artículo 22.4 exige como presupuesto una conducta ilícita constitutiva de delito. Salvo en éste último caso[61], en el resto de los tipos citados estamos ante un ilícito que el legislador no estima de gravedad suficiente como para fundamentar una pena, pero que la adquiere cuando concurre la significación "discriminatoria". Ha de analizarse, pues, ese *plus*.

Las soluciones estudiadas fundamentadoras de una *mayor ilicitud* o *mayor injusto* tienen un punto de partida común: una perspectiva en cierto modo *individualizante*. En ellas, se busca argumentar el *plus* de antijuridicidad desde la perspectiva del interés lesionado *a la propia víctima* del delito principal, reduciendo el ilícito adicional al ámbito del conflicto entre autor del delito y víctima o, a lo sumo, a la infracción de normas estatales que protegen a esta última. Como se ha indicado, estos intentos no resultan muy fructíferos, por

---

60 Se excluyen de este análisis las conductas típicas relativas al genocidio. No es ésta la sede más adecuada para desarrollar esta afirmación, mas baste con apuntar que el origen histórico de la normativa preventiva de las conductas genocidas, las características de los tipos, y de modo muy especial la referencia al bien jurídico protegido y su titularidad, responden a condicionantes políticos (político-criminales) de índole diversa a los de los preceptos aquí estudiados.

61 Y, posiblemente, en el caso de la provocación a la violencia racial, ideológica o religiosa (art. 510 C. P. esp.).

cuanto o bien se identifica el "trato discriminatorio" con una injuria o trato degradante *de baja intensidad* (ya que, como se ha indicado, penológicamente es más benigno que un concurso con los delitos de injurias o tratos inhumanos en el C. P. esp.), o bien se hace una referencia global a la negación del principio de igualdad mediante hechos lesivos, negación cuya "mecánica interna" no resulta fácilmente accesible, si no estamos hablando de la punición de actos violentos de expresión ideológica *tanto por violentos como por expresivos de una ideología*, lo que tampoco es admisible.

Entiendo, pues, que el *plus* que añade la connotación racista no es perceptible desde la perspectiva del lesionado sino de un modo mediato, y que el plano de análisis adecuado para la determinación de la infracción adicional es el plano *supraindividual* o *colectivo*, como brevemente intentaré demostrar.

2. UNA DETERMINADA PERSPECTIVA SUPRAINDIVIDUAL: EL PELIGRO PARA LA VIGENCIA DE LAS EXPECTATIVAS DE INDEMNIDAD DE CIERTOS GRUPOS DE PERSONAS

a. LA AGRESIÓN RACISTA COMO ACTO INTENCIONAL DE AMENAZA

Tomemos como punto de partida el ejemplo de los atentados terroristas. En este tipo de agresiones no sólo cabe ver una infracción contra las pretensiones de indemnidad de determinadas personas, sino también, de modo patente, un acto intencional de *propaganda por el hecho*[62]. Ciertamente, todo delito supone directa o indirectamente un acto expresivo que atenta contra la vigencia de las normas[63]. Sin embargo, en el ámbito de los delitos terroristas se acepta que el hecho contiene, a la vez que el significado de cualquier infracción, un mensaje adicional. En el plano comunicativo, cada acto terrorista no sólo contiene un cuestionamiento *directo* de la concreta norma infringida (prohibición de matar, lesionar, etc.) sino, además, un atentado adicional e *indirecto* a su vigencia, cual es la plasmación de

---

62 Cfr. ESTEBAN, MESTRE DELGADO. *Delincuencia terrorista y Audiencia Nacional*, Madrid, 1987, p. 44.

63 JAKOBS. *PG* 1/4 y ss., 1/15, 1/41; ID. *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*, Madrid, 1996, pp. 25 y ss.; le siguen, por todos, FREUND. *Erfolgsdelikt und Unterlassung*, cit., pp. 88 y ss., 105 y ss.; ID. *Muenchener Kommentar* (en prensa), comentario previo al § 13/34 y ss., 64 y ss.; LESCH. *Der Verbrechensbegriff. Grundlinien einer funktionalen Revision*, Köln et ál., 1999, pp. 184 a 189; ID. *La función de la pena*, Madrid, 1999, pp. 47 y ss.; PAWLIK. *Das unerlaubte Verhalten beim Betrug*, Köln et ál., 1999, pp. 57, 61 y ss. En la doctrina española moderna, cfr. ENRIQUE BACIGALUPO ZAPATER. *Principios de derecho penal. Parte general*, 5.ª ed., Madrid, 1998, p. 20; SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES. *Intervención omisiva, posición de garante y prohibición de sobrevaloración del aporte*, Bogotá, 1995, pp. 30 y ss.

una *amenaza* condicional: de no aceptarse los postulados de la banda terroristas, la cadena de agresiones continuará[64]. Esta *amenaza* socava la vigencia de la norma de prohibición, al menos desde la perspectiva de sus potenciales destinatarios, que asisten a un anuncio serio y creíble de futura agresión, y desconfían de la capacidad contrafáctica de la norma. Es cierto que una amenaza de lesión, homicidio, etc., no infringe de por sí las normas que prohiben lesionar o matar; sin embargo, el ordenamiento introduce unas normas adicionales, denominadas por JAKOBS "normas de flanqueo", que se ven vulneradas por la conducta de intimidación. Esas normas de flanqueo protegen la base cognitiva de la expectativa de no ser asesinado o lesionado[65] o, con otras palabras, "la vigencia de las normas correspondientes [...] desde la perspectiva del afectado. El autor [...] se arroga en estos delitos la configuración de la relación [...] entre la víctima [debe añadirse aquí: u *otras potenciales víctimas*] y la norma principal"[66]. No obstante, en estos casos la amenaza es demasiado difusa como para ser considerada a los efectos del delito de amenazas condicionales[67] (¿qué concreto delito se cometerá?, ¿a qué condición se supedita?), por lo que se contempla para el delito terrorista un tratamiento agravatorio especial.

Una carga de sentido de este tipo se contiene en las agresiones racistas. Con cada atentado racista no sólo se propone un modelo de sociedad radicalmente alternativo (en este caso: monorracial, o, cuando menos, de exclusión de ciertas etnias). Esa propuesta de "modelo alternativo de sociedad" cabe hallarla, de uno u otro modo, en la carga de sentido *básica* proferida mediante cualquier delito. Pero adicionalmente puede observarse en estas agresiones una carga *añadida* de intimidación dirigida a ciertas personas, que las amenaza con la continuidad del estado de inseguridad en el que se encuentran ("situación crítica")[68].

---

64 Es la versión más clásica del concepto, y la que atiende al uso del *terror* (mensaje intimidante) como medio de acción política. Parece ya ampliamente aceptado que la sanción cualificada en los delitos terroristas no puede legitimarse de ningún modo desde los meros postulados ideológicos de su ejecutor; por todos, cfr. CARMEN LAMARCA PÉREZ. *Tratamiento jurídico del terrorismo*, Madrid, 1986, pp. 87, 88 y ss.

65 JAKOBS. "Criminalización", cit., pp. 314 y ss., 324.

66 Ibíd., p. 315. La acotación introducida es importante: la sucesión inmediata entre amenaza de la comisión de un delito hecha a la propia víctima, y su efectiva comisión, debe calificarse como un concurso de leyes, penándose tan sólo la segunda. Sin embargo, aquí la comisión de *un* delito contra *una* persona es, a la vez, amenaza de comisión de *ulteriores* delitos, posiblemente contra *otras* personas. De no ser así, la regla del concurso de leyes (que en el art. 67 C. P. esp. se plasma en la llamada "inherencia", conforme a la cual no cabe aplicar una agravante cuando es ya *inherente* al delito en cuestión) frecuentemente debería excluir la agravación.

67 Ibíd., p. 317.

68 LANDA GOROSTIZA. *La intervención*, cit., pp. 355 y ss.; ID. *Política criminal*, cit., pp. 189 y 190 ("colecti-

Del mismo modo que en la agresión terrorista –al menos, en lo que cabría llamar "terrorismo clásico"– se envía un mensaje coactivo a las autoridades, aquí el mensaje se dirige principalmente a las personas de determinado origen étnico, nacional, etc. En primer lugar, la agresión (delito de lesiones, homicidio, robo, daños...) cuestiona de modo fundamental la vigencia de la norma prohibitiva en cuestión. Pero, adicionalmente, socava de otro modo las expectativas de indemnidad de ciertas personas, del mismo modo que lo haría una amenaza de futuras lesiones, homicidios, saqueos o daños[69], atacando así la *norma de flanqueo* que prohibe emitir este tipo de mensajes amenazantes. El hecho de que estas personas con frecuencia adopten estrategias de autoprotección que recortan su libertad de acción (autoprotección colectiva, simple evitación de ciertas zonas donde se prodigan este tipo de agresiones, etc.) muestra que ciertos colectivos reaccionan *cognitivamente* a esas amenazas: pese al reconocimiento formal de la igualdad, es *un hecho* que en nuestras sociedades hay personas que, con razón, sienten que –en ciertos círculos, o de modo más general– no son tratadas verdaderamente como *pares*, pues gozan de un menor ámbito de libertad, al estar la vigencia de sus expectativas de indemnidad hondamente cuestionada. Atendiendo a tal efecto (indirectamente) limitador de la libertad de estos sujetos, cabe decir que aquí, además de un ataque a las concretas pretensiones de la víctima del delito en cuestión, se da una verdadera *arrogación de la esfera de libertad de otras personas*[70]. Como expone JAKOBS al analizar las amenazas y los llamados "delitos de clima", con cada uno de estos mensajes coactivos asistimos a un debilitamiento de la base *cognitiva* de las expectativas de indemnidad de ciertas personas[71], por mucho que *de iure* los destinatarios del mensaje sigan ostentando una pretensión de indemnidad válida[72].

---

vo especialmente vulnerable"); a mi entender, en la primera de las obras, dedicada a los delitos de incitación al odio y a la violencia racial, el concepto de "situación crítica" parece responder a las consideraciones de JAKOBS ("Criminalización", cit., pp. 321 y ss.) acerca de la excepcional admisibilidad de los delitos "de clima" en tiempos de crisis de legitimación; si bien entiendo, LANDA GOROSTIZA hallaría de este modo, por así decirlo, *micro-crisis* o *crisis parciales* "estables" dentro del propio sistema.

69 Además, de modo enormemente creíble, pues quien *mata* y con ello amenaza futuros homicidios, ya demuestra con ello su capacidad de cumplir la amenaza.

70 JAKOBS. "Criminalización", cit., p. 319.

71 Ibid., pp. 315 y 316.

72 Una interpretación en estos términos formula JON MIRENA LANDA GOROSTIZA en dos de los mejores trabajos sobre legislación penal antidiscriminatoria en lengua hispana. Sin embargo, lo aquí expuesto no coincide plenamente con lo que este autor sostiene. En su opinión, el interés supraindividual protegido por la agravante antidiscriminatoria son "las condiciones de seguridad existencial del colectivo especialmente vulnerable" (específicamente en *La política criminal*, cit., p. 193; de modo general, en *La intervención*, cit., pp. 346 y ss.); sin embargo, el ámbito objetivo de aplicación de la circunstancia

La aplicación de la agravante de racismo ha de verse aquí, pues, como una respuesta *cualificada* a un cuestionamiento *cualificado* (infracción + amenaza tácita de futuras infracciones[73]) de la vigencia de las expectativas de ciertas personas que, por lo demás, es idóneo para afectar a su esfera de libertad. La aplicación de la agravante a estos casos parece plenamente legitimable desde los requisitos constitucionales de habilitación para la sanción.

b. EL SUJETO QUE HA DE CUMPLIR LA AMENAZA Y LA "SITUACIÓN CRÍTICA". LA AMENAZA XENÓFOBA Y LA INTERVENCIÓN ACCESORIA

Existen, no obstante, supuestos en los que el paralelismo con los actos de "propaganda por el hecho" muestra ciertos matices diferenciales. Hasta aquí hemos visto unos supuestos que cabría llamar de "autoría directa" de la conducta amenazante: en ellos, la ejecución de la agresión anunciada corresponde a quien profiere la amenaza, ya de modo inmediato (la ejecutará él mismo), ya de modo mediato (la ejecutará alguien del grupo al que pertenece). Sin embargo, son imaginables supuestos en los que una agresión racista contiene la misma carga de sentido desaprobada por la agravante, pero en los que no se observe una promesa de futura agresión que vaya a ser ejecutada por el infractor ni nadie vinculado con él. Baste un ejemplo: varias personas colaboran en una masiva agresión a las personas inmigrantes residentes en su barrio, pero sin ánimo de volver a cometer un acto similar.

Sin embargo, en estos supuestos cabe apreciar también un contenido amenazante relevante a los efectos de la agravante antidiscriminatoria. Es innegable que hay grupos de personas en nuestras sociedades que viven en una *situación crítica*, una situación de constante *desconfianza* con respecto a sus expectativas de in-

---

agravante es más extenso, siendo extensible a delitos contra el patrimonio que no suponen un "riesgo existencial" para la concreta víctima, ni para los miembros del colectivo al que ésta pertenece. En mi opinión, esta restricción deriva de la posición del autor, que se adhiere a quienes critican que la agravante no se haya restringido a un núcleo de delitos contra bienes fundamentales (LANDA GOROSTIZA. *La política criminal*, cit., pp. 205 y 206, adhiriéndose en este punto a LAURENZO COPELLO. *La discriminación*, cit., pp. 286 y ss.); sin embargo, la realidad es que la agravante es aplicable a otros supuestos, como a robos, hurtos, etc., en los que no se atacan las "condiciones de seguridad existencial" de grupo alguno, a menos que se pretenda definir dichas condiciones en términos tan extensos que acaben coincidiendo con *todos* los derechos de las personas.

73 El homenajeado habla de un "efecto amenazante" de estos comportamientos (JAKOBS. "Criminalización", cit., p. 317; cfr. también 324: "La vigencia de las normas puede ser menoscabada por el *anuncio* de su futuro quebrantamiento").

demnidad. Entre ellos pueden citarse, en diferentes ámbitos, las personas inmigrantes, homosexuales o de ciertos grupos étnicos minoritarios, las mujeres, etc. El atentado de significación discriminatoria contiene aquí el ya expuesto doble contenido de sentido: por una parte, *integra* la situación crítica; por otra, la *perpetúa* al manifestar su perduración y su proyección futura. En cierto modo, se trata de una *cooperación accesoria*: por un lado, el atentado, en tanto efectiva lesión de concretas pretensiones jurídicas, *cumple* o ejecuta amenazas pasadas (las contenidas en precedentes agresiones racistas, xenófobas, etc.). Por otro, *renueva* la formulación de la amenaza hacia el futuro, amenaza que será ejecutada por otras personas. Así, al hacer identificable su agresión como una agresión *racista*, *xenófoba*, etc., el sujeto *la integra* en una estructura comunicativa violenta (compuesta por las agresiones precedentes), colaborando en ella[74]: su infracción no sólo atenta contra la concreta pretensión del sujeto, sino que, ya identificable como nuevo eslabón de la citada estructura comunicativa violenta, anuncia ulteriores manifestaciones de la *situación crítica*[75].

Es necesario aquí hacer una breve mención al elemento *subjetivo* de esta intervención. Debe partirse de una posición fundamental: si la explicación dogmática de una institución jurídica se basase en elementos de imposible prueba en un proceso, necesariamente estará fallando ya la explicación dogmática, ya la institución en cuestión. Aquello que nunca pueda ser probado en proceso, no puede integrar los presupuestos de una sanción penal.

En este caso, los elementos constitutivos de la agravación penal deben estar abarcados por el dolo del sujeto. Descartadas otras posibles interpretaciones, éste es el significado cabal del término "motivación" o "móvil" al que aluden este tipo de agravantes: el *dolo* con respecto a los elementos constitutivos del injusto adicional del que hablamos. ¿Es posible probar el dolo específico exigido por la agravante en estos supuestos? En mi opinión, su prueba no debe plantear especiales

---

74 Con ello se cumple el requisito del que habla JAKOBS (*PG* 24/17; "Criminalización", cit., p. 316, nota 33), de que el mensaje intimidante se comunique como parte de un programa coordinado; si bien la intervención del sujeto en ese programa es una integración *accesoria*; es decir: no colabora en su *nacimiento*, sino en su *continuación*.

75 ¿Puede objetarse a lo aquí expuesto que no cabe hacer al sujeto responsable de la futuras agresiones? En mi opinión, siendo cierta (al respecto, cfr. JAKOBS. "Criminalización", cit., pp. 319 y ss.; en la doctrina española, cfr. por todos LAURENZO COPELLO. "La discriminación", cit., pp. 279 y ss.; LANDA GOROSTIZA. *La intervención*, cit., pp. 343 y ss.), la objeción no puede oponerse, puesto que la legitimación aquí propuesta no le atribuye responsabilidad por la conducta de otros, sino tan sólo por una cooperación accesoria en una cadena de amenazas, es decir: por *su propia conducta* (doblemente) cooperadora, como *confirmación* de amenazas pasadas y *renovación* hacia el futuro de dicha amenaza. Ahora bien: ¿cómo debe probarse aquí un dolo de amenazar? Al respecto, cfr. infra, en el texto.

problemas frente a otros delitos dolosos. El dolo debe abarcar aquí tan sólo: a. El hecho de estar atentando conscientemente contra un sujeto perteneciente a una *población (ya) amenazada* –con lo que se conoce que existía una amenaza, y que la propia conducta la cumple–, y b. El hecho de estar emitiendo un mensaje racista, xenófobo, etc., en tanto que se integra con una serie de circunstancias previas[76]. Por lo general no debe ser viable oponer que la víctima ignoraba la *significación xenófoba* de su conducta (elemento de *perpetuación* de la situación crítica), del mismo modo que tampoco suele serlo, por ejemplo en el delito de injurias, la de desconocer que la expresión proferida tenía un carácter injurioso, amenazante, etc. Por otra parte, la posible objeción por parte de la acusación de que *se ignoraba* que se estuviese cumpliendo una amenaza pretérita sólo puede prosperar en un número muy reducido de casos, habitualmente, supuestos de *error in persona* con respecto a la víctima directa de su agresión. Las objeciones con respecto al carácter de *cumplimiento de amenazas pretéritas* deben decaer en cuanto quepa considerar probado que el sujeto conoce las características de la víctima en tanto perteneciente a un grupo (ya) amenazado[77].

c. La diferente relevancia de la "situación crítica" en unos y otros supuestos

Hasta aquí hemos analizado dos grandes grupos de conductas: unas en las que el sujeto, habitualmente desde una colaboración con otros, formula una amenaza que él mismo u otro de su organización cumplirá; y otras en las que integra su acción (y el mensaje que incorpora) en una estructura comunicativa violenta que cumple esas mismas funciones, pero sin una distribución funcional previa. Desde el punto de vista dogmático, la diferencia entre estos dos grupos de comportamientos es paralela a la que media entre la *(co)autoría* y la *autoría accesoria*.

---

76 La integración del mensaje con datos preexistentes es algo presente en todo tipo de comunicación; por todos, cfr. Pawlik. *Das unerlaubte Verhalten beim Betrug*, cit., pp. 77 y 82.

77 Molina Fernández. *Antijuridicidad*, cit., p. 740, propone un interesante ejemplo al que, no obstante, da una solución de la que disiento. En su opinión, el agente de policía infiltrado en una organización racista violenta que, para no ser descubierto, se ve obligado a participar en una agresión xenófoba, *anula* el mensaje emitido si posteriormente *se desdice*. Sin embargo, lo mismo cabría decir de quien se integra en dicha organización sin compartir su ideario, sólo por sentirse integrado entre otros jóvenes, y que tras una agresión declara que personalmente él no siente odio hacia los extranjeros. En este caso, la agravante sería plenamente aplicable. Lo que ocurre en el caso citado por Molina Fernández (como él mismo afirma líneas más abajo) es que el sujeto actúa en estado de necesidad, lo que justifica no sólo el injusto adicional de la agravante sino, principalmente, el delito cometido.

Desde otras perspectivas, empero, las diferencias son más llamativas, como también lo son los problemas prácticos que plantean.

En dos interesantes trabajos, LANDA GOROSTIZA ha adoptado una perspectiva en gran parte tributaria de la de JAKOBS. En ellos, introduce el autor de modo general la exigencia de que el grupo amenazado se halle en una "situación crítica" previamente a la intervención del agresor, definida en los términos expuestos supra. En mi opinión, no obstante, esta exigencia debe ser analizada más de cerca.

Imaginemos el siguiente supuesto: en una cofradía tradicionalmente integrada de modo exclusivo por varones del pueblo, varias mujeres (o varios turistas) solicitan su admisión. Las solicitantes comienzan a sufrir diferentes ataques, como pinchazos en las ruedas de sus vehículos, daños materiales en sus casas, injurias a su familia, etc. Se descubre que estas acciones estaban organizadas desde la cofradía, con intención de hacer desistir a las solicitantes, para preservar el carácter absolutamente masculino de la organización (o porque los turistas, a los ojos de los integrantes de la cofradía, están desvirtuando las costumbres del lugar).

En este supuesto, el carácter de amenaza seria y creíble (y, con ello, debilitador de la vigencia de las normas prohibitivas de lesión desde la perspectiva de las posibles víctimas) se da de modo pleno. Ahora bien: ¿se da aquí el elemento de la "situación crítica"? En principio, parecería que la respuesta debe ser negativa. En nuestra sociedad, ni las mujeres ni los turistas de países desarrollados ven debilitadas por lo general sus expectativas de indemnidad patrimonial[78]. Sin embargo, la actuación coordinada de ciertos miembros de la citada cofradía tiene, obviamente, un significado amenazante que no está abarcado por la mera sanción de las faltas o delitos cometidos contra el patrimonio o contra el honor de las víctimas y otras personas de su entorno. Esa carga de sentido, empero, no es suficientemente concreta para su consideración a los efectos de un delito o falta de amenazas. En tanto se dan plenamente los elementos del tipo de la agravante ("móviles" o "motivación" discriminatoria, entendidos en el sentido expuesto supra), la aplicación de la agravante a estas conductas no sólo respeta

78 Si se quiere decir que la expectativa aquí cuestionada en su vertiente fáctica es el *derecho a integrar asociaciones*, se estaría trasladando el debate a un plano distinto: una cosa es el *medio intimidante* del que se sirve la agresión discriminatoria (amenaza de atentados contra pretensiones de los miembros de un colectivo), y otra el *fin perseguido* por dicha agresión (nación monorracial o genéticamente "pura", preeminencia masculina, "limpieza ideológica", etc.). En efecto, el fin perseguido aquí es la exclusión de las mujeres o los turistas de una organización social; pero se debe analizar el *medio intimidante* como debilitamiento de la vigencia de ciertas normas (si no, debería considerarse que unos atentados racistas que intentan amedrentar a la población extranjera para que huyan del país, lesionarían en primera línea al derecho a la *libre determinación de la residencia* y no, en tanto amenazas, la libertad general de acción).

el principio de legalidad formal, sino que parece plenamente legitimada en el plano material, pese a que no preexistía una *situación crítica*.

Sin embargo, esto no puede darse de igual modo en los casos que hemos denominado "de intervención accesoria" (casos en los que el sujeto amenazante no tiene relación con la ejecución de su amenaza). Si se pretende afirmar que el sujeto integra su acción en una estructura comunicativa violenta, cooperando con conductas amenazantes precedentes y perpetuando su existencia hacia el futuro, ahí es necesaria por definición la constatación de que *existen* esas amenazas precedentes, es decir: la previa concurrencia de la *situación crítica* de la que habla LANDA GOROSTIZA.

Esto pone de relieve que la preexistencia de la *situación crítica* no es un requisito general de la aplicación de la agravante[79], sino tan sólo un presupuesto fáctico de su aplicación en los casos de *intervención accesoria*. Debe concederse, en cualquier caso, que es un presupuesto requerido por los casos *más graves* y, posiblemente, los que han impulsado al legislador a introducir este tipo de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal[80].

d. ACTOS "DISCRIMINATORIOS" SIN DOLO DE EMITIR UN MENSAJE INTIMIDANTE

Si el sujeto no dota a su agresión de una significación racista, no habrá modo alguno de integrarla en la citada cadena o estructura comunicativa violenta, con lo que no anuncia agresiones futuras ni cumple amenazas pasadas. Si la conducta, pese a ello, es interpretada por alguien (o por un grupo amenazado) como amenazante en los términos descritos supra, se tratará de una comunicación defectuosa.

Se ha planteado en ocasiones la posibilidad de aplicar esta circunstancia agravante a supuestos que no se adecuan a los requisitos aquí expuestos, si bien tienen origen en mayor o menor medida en una ideología "discriminatoria" del agente; sobre todo, en el patriarcalismo o en otras manifestaciones del sexismo, como son, paradigmáticamente, los casos de agresiones en el ámbito de la pareja.

---

79 Como sí puede serlo en el delito de provocación a la violencia racial (cfr. supra, nota 68). Nótese que LANDA GOROSTIZA no incide tanto en este requisito al tratar la agravante del artículo 22.4 C. P. esp. como al tratar el citado delito de provocación.

80 Así, por ejemplo, si un miembro de una minoría racial amenazada en un estado agrede a alguien del grupo étnico mayoritario alentado por un odio hacia dicho grupo (como ocurre en los actos de violencia reactiva), al no estar el grupo mayoritario en una *situación crítica*, el acto carece de la carga intimidante requerida (pese a que, por ejemplo, la jurisprudencia estadounidense sí ha aplicado la agravante a estos supuestos: cfr. BORJA JIMÉNEZ. *Violencia racista*, cit., pp. 327 y 328).

En mi opinión, esta interpretación tropieza con no pocas objeciones. Descartada la sanción (adicional) por la mera expresión de una ideología en el acto delictivo –y, desde luego, el que dicho acto haya sido *alentado* por la citada ideología–, en estos delitos difícilmente pueden hallarse los elementos de propaganda fáctica a los que venimos haciendo alusión. El maltratador en el ámbito familiar tiende a mantener en secreto los hechos cometidos, y no a propagarlos con intención intimidante. Al ser su destinatario un único sujeto pasivo, no cabe hallar el componente supraindividual que requiere la sanción de agresiones de carácter discriminatorio[81]. El elemento de intimidación que con frecuencia se da en estos supuestos (y que, en realidad, cabría pensar que los caracteriza de modo fundamental) debe cabalmente ser tratado entre los delitos contra la libertad.

---

81 Con alguna frecuencia podemos hallar en el lenguaje periodístico alusiones a estos delitos con términos como "terrorismo doméstico". En mi opinión, esta expresión sólo debe interpretarse como un paralelismo con unos delitos especialmente dolorosos y resistentes a la acción policial. Más allá, no se da en ellos el elemento de propaganda coactiva masiva característico de los delitos terroristas.
En general, la terminología empleada para aludir a estos delitos tropieza una y otra vez con ciertas inconveniencias. La expresión "maltrato doméstico" parece sugerir una cierta minusvaloración de un fenómeno ciertamente preocupante. Términos como "violencia masculina" (*Männergewalt*) no sólo dejan de lado algunos supuestos relevantes (por ejemplo, de violencia hacia los hijos), sino que corren el peligro de reproducir el mismo mensaje sexista-segregador que se pretende combatir (un error tan grave como sería, por ejemplo, definir el terrorismo del "IRA auténtico" como "violencia irlandesa").



HOMENAJE A FERNANDO HINESTROSA
40 AÑOS DE RECTORÍA 1963-2003

Editado por el Departamento de Publicaciones
de la Universidad Externado de Colombia
en septiembre de 2003

Se compuso en caracteres Ehrhard MT Regular y Ehrhard Expert MT de
11.5 puntos y se imprimió sobre papel propalibros de 70 gramos,
con un tiraje de 1.000 ejemplares.
Bogotá, Colombia

Post Tenebras Spero Lucem