Esta es una copia privada hecha sólo para fines educativos.

PROHIBIDA SU VENTA

Günther Jakobs

Traducción de:
Manuel Cancio Meliá
Bernardo Feijóo Sánchez

Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal

43
n.E



THOMSON
CIVITAS
Cuadernos Civitas

Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal

CONSEJO EDITORIAL

Ricardo Alonso García
Luis Díez-Picazo
Eduardo García de Enterría
Jesús González Pérez
Aurelio Menéndez
Alfredo Montoya Melgar
Gonzalo Rodríguez Mourullo

Günther Jakobs
Catedrático emérito
de Derecho Penal y Filosofía del Derecho
en la Universidad de Bonn

Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal

Traducción de Manuel Cancio Meliá
y Bernardo Feijóo Sánchez

THOMSON
CIVITAS

Primera edición, 2003



No está permitida la reproducción total o parcial de este libro, ni su tratamiento informático, ni la transmisión de ninguna forma o por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, por fotocopia, por registro u otros métodos, ni su préstamo, alquiler o cualquier otra forma de cesión de uso del ejemplar, sin el permiso previo y por escrito de los titulares del Copyright.

Copyright © 2003, by Günther Jakobs
Civitas Ediciones, S. L.
Bárbara de Braganza, 10. 28004 Madrid (España)
ISBN: 84-470-2062-2
Depósito legal: M-39603-2003
Compuesto en Printing'94
Printed in Spain. Impreso en España
por Printing'94. Puerto Rico, 3. 28016 Madrid

ÍNDICE

ABREVIATURAS 9

PRÓLOGO 11

CAPÍTULO 1: LA IDEA DE LA NORMATIVIZACIÓN EN LA DOGMÁTICA JURÍDICO-PENAL 15

CAPÍTULO 2: ¿CÓMO PROTEGE EL DERECHO PENAL Y QUÉ ES LO QUE PROTEGE? CONTRADICCIÓN Y PREVENCIÓN; PROTECCIÓN DE BIENES JURÍDICOS Y PROTECCIÓN DE LA VIGENCIA DE LA NORMA 47

CAPÍTULO 3: EL LADO SUBJETIVO DEL HECHO 75

CAPÍTULO 4: ACTUAR Y OMITIR 101

CAPÍTULO 5: SOBRE LOS GRADOS DE LA INCUMBENCIA. REFLEXIONES SOBRE EL ORIGEN Y LA IMPORTANCIA DE LOS DEBERES DE ACTUACIÓN Y DE TOLERANCIA 135

ABREVIATURAS

AT	*Allgemeiner Teil*, Parte General
ed.	edición, a cargo de la edición
JA	*Juristische Arbeitsblätter*
JuS	*Juristische Schulung*
StGB	*Strafgesetzbuch*, Código penal alemán
ZStW	*Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*

PRÓLOGO

Los conceptos de la dogmática jurídico-penal forman parte de un contexto jurídico-penal, y, con ello, de un contexto normativo: esto es tan trivial como frecuentemente es desconocido. De lo que se trata es exclusivamente de alcanzar un entendimiento acerca de qué es un grado suficiente de fidelidad al ordenamiento jurídico y de cuándo ésta falta; con este único objetivo se construyen los conceptos. A través de la fidelidad al ordenamiento jurídico quedan constituidas las personas, pero —y esto dificulta la cuestión— éstas no son sólo «espíritu», sino que administran un cuerpo que se les adscribe, y en la representación de esa administración, hay procesos psíquicos que desempeñan su papel, etc.: sistemas no normativos se inmiscuyen con sus reglas en el Derecho. A pesar de ello, el Derecho decide de manera autónoma lo que es un caso

jurídicamente relevante y qué consecuencias conlleva. En la medida en que los conceptos que se usan para ello no se configuran de modo abiertamente autónomo («competencia»), sí al menos de manera encubierta («causalidad», «dolo»), como se percibe, especialmente, en sus zonas limítrofes («causalidad» de la inducción o de otros procesos de comunicación, «imprudencia», etc.): es *el Derecho* lo que configura la estructura de la sociedad. Sin embargo, se trata de la estructura *de la sociedad*, lo que implica que el Derecho se automarginaría si excluyera acoplamientos estructurales positivos (en la actualidad, por ejemplo, afirmando la responsabilidad por el destino o tratando la brujería como algo que genera efectos).

Las líneas de este esbozo se trazan en las contribuciones aquí reunidas: (1) determinando el marco, en la contribución inicial acerca de la idea de la normativización, (2) desarrollando el concepto de vigencia de la norma y de persona, en la contribución relativa al fin de la pena y del Derecho penal (protección de la vigencia de la norma; el Derecho como relación entre personas y sólo de modo mediato también relación con bienes), (3) despsicologizando el lado subjetivo del hecho, entendiendo los hechos psíquicos como meros indicadores de falta de fidelidad al ordenamiento jurídico, (4) mostrando que el delito de comisión es una estructura igual de normativa que el delito de omisión. (5) La contribución final, relativa a los grados de incumbencia, se ocupa de la colisión entre el derecho de la persona y los intereses de otros. Partiendo de la determinación normativa de la persona, se alcanzan

principios claros para la justificación. —En su conjunto, eso es lo que espero, la exposición muestra la elevada capacidad de rendimiento para la teoría y para la dogmática del Derecho penal que aporta la opción de ubicar el punto de partida en la idea de la normativización.

Agradezco a mis colegas de la Universidad Autónoma de Madrid Manuel CANCIO MELIÁ y Bernardo FEIJÓO SÁNCHEZ la traducción de los textos, así como a Manuel CANCIO MELIÁ variadas ayudas de otra índole en relación con la publicación; a la editorial Civitas, que asumiera en su catálogo este pequeño libro.

Bonn, junio de 2003

GÜNTHER JAKOBS

CAPÍTULO 1: LA IDEA DE LA NORMATIVIZACIÓN EN LA DOGMÁTICA JURÍDICO-PENAL *

I. SISTEMAS DISTINTOS

Si se concibe a los individuos humanos como animales inteligentes, el código conforme al que se conducen es exclusivamente el siguiente: satisfacción o insatisfacción, expresado de modo más cortés: interés en la producción de un acontecimiento/o en su ausencia. Si no se avanza más allá de esta perspectiva, los conceptos normativos son meras metáforas que han de ser recognitivadas para que pueda desentrañarse su contenido. Las instituciones sociales, el derecho y el

* Título alemán: «Die Idee der Normativierung in der Strafrechtsdogmatik» (manuscrito). Traducción de Manuel CANCIO MELIÁ (Universidad Autónoma de Madrid).

deber, la propiedad, el contrato, etc., han de traducirse a un cálculo de oportunidades o riesgos de que se produzcan o no se produzcan determinados acontecimientos. Así las cosas, la propiedad debe entenderse como la oportunidad de poder hacer uso de cosas con la aprobación de una administración central; los deberes consisten en el riesgo de sufrir una sanción en caso de no llevar a cabo una determinada conducta, etc. Tal descripción del Derecho y de su lesión, el delito, es posible; el Derecho se convierte en el sinónimo de las regulaciones que aparecen en la administración de individuos inteligentes. HOBBES, en la descripción del estado de naturaleza, se esforzó por establecer esta perspectiva puramente cognitiva: los individuos inteligentes se conectan entre ellos a través de toda una serie de hebras sabiamente hiladas, pero no hay nada que sea vinculante.

Hablando en términos kantianos, el individuo inteligente del tipo que se acaba de esbozar es el *homo phaenomenon*, el ser sensorial tal y como aparece en el mundo de la experiencia. KANT opone a ese individuo el *homo noumenon*, el ser racional ideal, cuyo código no es otra cosa que una descripción de contenido de la libertad, concretamente: el orden con base en deber y derecho. En este contexto, para KANT cualquier ser racional está en condiciones de comprender la necesidad de este código y de concretar el contenido de los deberes y derechos mediante el uso del imperativo categórico. El propio KANT habla de que se trata de sistemas distintos, que no se excluyen mutuamente, sino que, más bien, permiten explicar distintas cosas. Cuan-

do tomamos «en consideración las acciones en relación a la razón,... en una palabra..., con intención práctica, encontramos una regulación y un orden completamente distintos del orden natural. Pues entonces quizás no debería haber sucedido nada de lo que sí ha sucedido de acuerdo con el curso natural y que conforme a sus razones empíricas inevitablemente debía suceder» (*KrV* [Crítica de la razón pura] B 578). Por lo tanto, junto al sistema de la naturaleza, determinado por leyes causales, aparece el sistema creado «con intención práctica» y configurado por leyes del deber ser.

Escogeré un punto de partida formalmente equivalente (pero sólo formalmente) al camino de KANT, distinguiendo en términos de teoría de los sistemas entre los distintos individuos con su «propia» consciencia y la sociedad como sistema de la comunicación. Partiendo de tal comprensión, el Derecho aparece como estructura de la sociedad, y tanto los deberes como los derechos, hablando en los términos de la teoría de los sistemas: las expectativas normativas, no están dirigidas a individuos, sino a destinos construidos comunicacionalmente que se denominan personas. No es necesario entrar aquí en los detalles; pues en todo caso, tanto en el punto de partida de la teoría del sujeto de KANT como en el punto de partida de la teoría social, el mundo normativo configura un sistema propio, que, especialmente, no es idéntico con el mundo ordenado en función de satisfacción e insatisfacción del individuo, y decide autónomamente cuáles son los procesos en el mundo de los sentidos que son relevantes para el mundo normativo y cuál es el significado del que se

trata. Este desarrollo de los conceptos del Derecho desde su carácter normativo es la idea de la normativización, que se mostrará en lo que sigue en algunos —desde luego que no todos— los conceptos de la teoría jurídico-penal de la imputación.

II. Sociedad

A) *Personas en lugar de individuos*

Si reducimos el mundo social a una existencia paralela de sujetos que maximizan sus beneficios, es decir, a animales inteligentes, como sucede, por ejemplo, en las teorías de *rational choice* de la ciencia económica, el individuo aislado se conduce de modo inteligente (y tales teorías no ofrecen otros criterios distintos de la inteligencia) cuando, en una situación en la que ha de creer que está excluida cualquier posibilidad de ser descubierto, comete un delito que le aporta ventajas. Si a pesar de ello se le descubre, desde luego, no podrá invocar para su exoneración la falta de previsibilidad de tal suceso —un orden que admitiera esto claudicaría. Ahora bien, aún puede afirmarse que un individuo que efectúa cálculos racionales puede comprender, a su vez, que se excluya de este modo la invocación de la apariencia de que su hecho no podía ser descubierto; pues la exclusión se basa en cálculos racionales —y por ello, reproducibles— de los demás. En esta medida, el modelo de un orden meramente cognitivo entre los individuos sí que tiene fuerza explicativa. Pero puesto que el individuo se ha comportado al delinquir —a falta de cualquier riesgo cognoscible de ser descubierto—

de modo completamente conforme al sistema, es decir, actuando de manera inteligente, la sanción debería entenderse prácticamente como accidente del destino del individuo, y, si es que hubiera emociones implicadas, debería imponerse con muestras de condolencia. Pero ocurre lo contrario: la sanción no se concibe como algo útil para los demás, pero mera desgracia para el autor, sino como pena merecida, y en lugar de la compasión aparece el reproche: «¿Cómo pudiste?».

Parece evidente que se trata de un orden distinto de la administración cognitiva del mundo por individuos que hacen cálculos racionales sobre sus intereses. El «tú» implícito en la pregunta acabada de mencionar no es el individuo que calcula racionalmente; pues su contestación de que *ex ante* todo parecía hablar *en favor* de su cálculo no se entendería como respuesta adecuada, sino como persistencia en la falta. Por lo tanto, el destinatario debe estar constituido de otro modo, no por la maximización racional de intereses, sino por el cumplimiento de la norma, y ello, además, también cuando éste no puede entenderse como ejercicio de intereses, es decir, también cuando es contrario a las conclusiones que se obtendrían de aplicarse el código individual de satisfacción e insatisfacción.

Con ello, hemos pasado de un entendimiento cognitivo a una comprensión normativa de lo social: las personas *deben* cumplir deberes y, como puede añadirse de inmediato, son también titulares de derechos. Es en este contexto en el que la pregunta arriba mencionada obtiene su sentido pleno: ¿cómo pudiste hacer tal cosa *en cuanto persona*, cuando las personas se consti-

tuyen a través de fidelidad al ordenamiento jurídico? La persona preguntará a su vez que de dónde va a extraer las ganas, el interés en cumplir normas que no le aportan ventaja alguna, manifestando con tal réplica al mismo tiempo que ella misma no se ha entendido como persona. La respuesta a la repregunta es que es cometido suyo procurarse la disposición de cumplir la norma. Pues precisamente la gracia de un sistema normativo está en que se relega el contexto cognitivo —no por completo, pero sí en cierta medida, como habrá de mostrarse— para poder tratar la configuración del mundo como cometido de las personas. En lugar de la expectativa cognitiva (¿qué hará x? probablemente no delinquirá) aparece la expectativa normativa institucionalizada (¡x no debe delinquir!), y cuando esta expectativa es defraudada, no debe seguir un proceso de aprendizaje, a diferencia de lo que sucede en el caso de defraudación de una expectativa cognitiva, sino se trata de mantener la expectativa e imputar el curso perturbador al responsable.

Persona es, por lo tanto, el destino de expectativas normativas, la titular de deberes, y, en cuanto titular de derechos, dirige tales expectativas a otras personas; la persona, como puede observarse, no es algo dado por la naturaleza, sino una construcción social. Los detalles de ese punto de destino, que está construido con derechos y deberes, difieren de modo considerable dependiendo del contexto. «Persona» es un concepto relativo; dicho con un ejemplo, un niño pequeño es jurídico-civilmente persona en la medida en la que puede ser propietario, pero no puede emitir declaracio-

nes de voluntad por sí mismo, al carecer de capacidad de contratar, y tampoco puede actuar de modo jurídico-penalmente relevante a falta de capacidad de culpabilidad. Por consiguiente, no todo ser humano es persona jurídico-penal, y ésta, a su vez, no necesariamente ha de ser persona para el Derecho electoral en sentido político, así, por ejemplo, no lo es el autor juvenil de un delito, de quince años y con capacidad de culpabilidad; más aún, tanto en Derecho civil como administrativo se construyen incluso personas *jurídicas*; dicho sea de paso que la cuestión acerca de si pueden ser construidas jurídico-penalmente está sometida en la actualidad a un intenso debate.

En conclusión, «persona» es algo distinto de un ser humano, un individuo humano; éste es el resultado de procesos naturales, aquélla un producto social (de lo contrario nunca podría haber habido esclavos, y no podrían existir las personas jurídicas). Este producto es —en el caso de la persona física, que es el que va a ser sometido a análisis— la unidad ideal de derechos y deberes que son administrados a través de un cuerpo y una consciencia; lo mínimo es un cuerpo animado. Por medio del cuerpo —y de otras propiedades—, la persona está «aquí», la consciencia es necesaria porque la comunicación se halla estructuralmente acoplada a ella. Los árboles o los ríos no comunican, en todo caso, no lo hacen conforme a un entendimiento moderno; por ello, no son destinatarios (dicho con mayor exactitud: hoy ya no son destinatarios) de expectativas normativas.

B) *Personas jurídico-penales*

Sólo puede ser persona jurídico-penal activa, es decir, autor o partícipe de un delito, quien dispone de la competencia de enjuiciar de modo vinculante la estructura de lo social, precisamente, el Derecho. Se trata, como resulta evidente, del concepto jurídico-penal de culpabilidad. De la competencia forma parte el reconocimiento social como ciudadano pleno, del que carecen, por ejemplo, los niños o las personas con dolencias psíquicas; y no es el estado infantil o la enfermedad psíquica *per se* lo que excluye la capacidad de culpabilidad, sino son sus repercursiones sociales, es decir, precisamente la falta de reconocimiento pleno. Por lo demás, el hecho de que la culpabilidad no pueda identificarse con el hecho psíquico de un *dolus malus* —como propuso la perspectiva naturalista—, puede mostrarse fácilmente; pues, en primer lugar, muchos autores que actúan sin culpabilidad, como por ejemplo un autor aquejado por una enfermedad psíquica o probablemente cualquier autor de un hecho cometido en estado de necesidad exculpante, presentan tal *dolus malus* sin ser culpables (ya FRANK, *Über den Aufbau des Schuldbegriffs*, 1907, págs. 6 y ss.), y, en segundo lugar, de lo contrario todo autor tendría en su mano la posibilidad de despedirse del ámbito de lo culpable, sencillamente, no pensando en la consecuencias negativas de su actuar. Por ello, en los últimos 70 años se ha impuesto el llamado concepto normativo de culpabilidad: la culpabilidad como juicio, pero, hay que preguntar: ¿un juicio acerca de qué?

La pregunta sólo puede contestarse partiendo del

contexto de los fines del Derecho penal. La pena tiene un significado comunicativo y confirma la vigencia de la norma, al menos en lo que se refiere a su función abierta, puesta en duda por el autor; por consiguiente, el juicio de culpabilidad sólo puede ser un juicio acerca de la falta de consideración de la norma por parte del autor, es decir, acerca de su falta de fidelidad al ordenamiento jurídico. Por lo tanto, la culpabilidad es un déficit —exteriorizado en un hecho consumado o en la tentativa de un hecho— de fidelidad al ordenamiento jurídico, y los hechos psíquicos, en la medida en que son susceptibles de ser mostrados, especialmente el dolo y la conciencia de antijuridicidad, no son otra cosa que indicadores de tal déficit. Y de ningún modo son indicadores insustituibles; la falta de atención, la indiferencia, el desinterés por las consecuencias de una conducta pueden también ser indicios del déficit. Lo que resulta decisivo para el concepto de culpabilidad, lo que es su contenido, se rige por el contexto normativo, por la concreta estructura social (con lo que se abandonan definitivamente las vías kantianas antes esbozadas) y, en todo caso, no se rige por el contexto de los hechos psíquicos. Por ello, hechos idénticos pueden ser valorados de manera completamente distinta dependiendo del contexto, como se mostrará a continuación con ayuda de algunos ejemplos.

Primer ejemplo: quien en caso de concurrir un peligro actual para su libertad, que no puede ser neutralizado de otro modo, comete un hecho antijurídico, por ejemplo, golpea a otra persona para neutralizar el riesgo que le amenaza, actúa sin culpabilidad, concreta-

mente, actúa en un caso de llamado estado de necesidad exculpante. Pero cuando el preso preventivo respecto del cual existe una sospecha formalmente correcta, materialmente sin embargo injustificada, golpea a quien le custodia porque sólo de ese modo puede librarse de la privación de libertad, no es exculpado, y ello por la sencilla razón de que de lo contrario no podría haber ya prisión preventiva. Idéntico miedo de perder la libertad sólo puede aducirse con efectos exculpantes cuando se trata de un caso individual que no es susceptible de generalización, pero no cuando su toma en consideración disolvería, al menos sectorialmente, la estructura de la sociedad.

Segundo ejemplo: quien mata a una persona, no puede invocar, por regla general, a efectos de atenuación de su culpabilidad que lamentablemente estaba poseído por sentimientos de agresividad hacia la víctima. Pero si esta víctima ha provocado en el autor, sin responsabilidad de éste, la ira mediante maltrato o injuria, la génesis del conflicto puede asignarse parcialmente a la propia víctima, y la Ley rebaja la pena considerablemente (el § 213 StGB establece en su primera alternativa tal reducción de la pena). Idéntica agresividad sólo conduce a una atenuación cuando no se pierde ningún elemento de imputación, sino que ésta, por el contrario, es trasladada a la propia víctima.

Tercer y, a este respecto, último ejemplo: al introducirse el sistema de autoservicio en los almacenes, en Europa hace unos 40 ó 50 años, en parte se adujo que los ladrones debían ser penados de modo atenuado a causa de la gran tentación generada; otros, en cambio,

argumentaron de manera exactamente opuesta, en el sentido de que para proteger la propiedad puesta en riesgo no debía producirse atenuación alguna. ¿Quién tenía razón? Aquel que supiera determinar el contexto de significado, es decir, la semántica de la sociedad. Si la forma de venta se entiende como una modalidad impertinente y excesiva de imponer la mercancía, la atenuación es evidente; si se trata, en cambio, de una innovación que genera agradables ventajas para todos, de modo igualmente evidente ha de protegerse la modalidad de venta. En todo caso, hay algo que queda claro: la decisión no depende de hechos psíquicos, de la intensidad del impulso a cometer el hecho o de elementos similares. En el hecho «impulso para cometer el hecho» puede expresarse, dependiendo de la comprensión social, dicho de otro modo, dependiendo del contexto normativo de la sociedad, una falta de escrúpulos que debe ser condenada o una debilidad que merece condescendencia. —¿No se limita lo dicho a afirmar que la valoración de la motivación para cometer un hecho se lleva a cabo en su respectivo contexto?— Ciertamente, pero pone en claro que no se trata del contexto natural o individual (un impulso fuerte con desinhibición completa, etc.), sino del contexto normativo-social (el impulso que genera responsabilidad o resulta perdonable).

C) *Excurso:* actio libera in causa

Un problema muy delicado se plantea cuando una persona destruye ella misma las condiciones de su per-

sonalidad jurídico-penal activa, lo que en la práctica suele significar: se emborracha, a pesar de que sabe que en estado de embriaguez tiende a la violencia.

Existen —junto con modalidades intermedias— dos modelos para solucionar esa problemática. En el primer modelo, el concepto de persona se normativiza (ulteriormente) de tal modo que la condición de la personalidad, a pesar de su falta cognitiva, se construye normativamente, es decir, se *considera* presente; es ésta la situación en la antigua *actio libera in causa*, que debe entenderse en sentido literal, según la cual, debido a la existencia de responsabilidad en el momento de la eliminación de la condición, es decir, la *causa libera*, debe excluirse la invocación de su desaparición. El sujeto embriagado —por ejemplo, para FEUERBACH *(Lehrbuch,* 1.ª edición, § 96), también quien se ha dormido culpablemente— se trata aún como destinatario de expectativas normativas jurídico-penales. Parece claro que este modelo abre una vía elegante a la solución, y por ello a primera vista resulta sorprendente que *esta* normativización del concepto de persona no se haya mantenido, sino que tuviera que ceder el puesto al modelo —que aquí no es de interés— de la anticipación del hecho, que de modo igualmente claro parece menos elegante. La razón de ello no está en que la normativización *en este punto* fuera errónea, sino en que no se puede mantener, ni siquiera en el ámbito del Derecho; pues el sujeto embriagado ni puede manifestarse de modo responsable como inculpado ni tiene en otro sentido capacidad para realizar actos procesales. A esto habría que añadir una separación del ordenamien-

to jurídico de la *praxis* de la vida cotidiana, que hace depender su imputación de la clase del defecto, no de la razón de su génesis. Tal discrepancia, y con ello, tal aislamiento del Derecho, se ampliaría aún más si el modelo fuera trasladado de los defectos *psíquicos* a los defectos *físicos*, lo que no podría evitarse desde la perspectiva jurídico-penal: ¿habría que considerar como capaz de actuar a quien se ha privado de modo culpable de su capacidad de acción? etc. En conclusión: una normativización debe poder mantenerse también en el ámbito jurídico y en ámbitos densamente acoplados al Derecho si se pretende que sea practicable.

D) *Relaciones negativas y positivas*

1. Fundamentos

Como ya se ha expuesto, la persona es la unidad ideal de deberes y derechos. Esta persona, que está «aquí» en sus derechos, especialmente en su propiedad, y en sus deberes, excluye, en lo que se refiere a los derechos, que otros se procuren una existencia con esos derechos. Dicho de modo radical: mi cuerpo es mío, y por ello otro no puede darse una existencia con él —de lo contrario, mi cuerpo no sería mío—, y lo mismo rige para todos los derechos. Por consiguiente, el mundo de las personas es un mundo de titulares de derechos, que de modo recíproco tienen el deber de respetar los derechos de otros, y en el ámbito de los delitos contra las personas, es esta *relación jurídica* la que vulnera el autor; la destrucción de cuerpos o cosas sólo es delito en cuanto vulneración de una relación jurídica

—de lo contrario sería un mero suceso natural—. ¿Qué significa esto más exactamente, tener derechos y deber respetarlos?

La propiedad en sentido amplio, entendida como derecho primigenio, tiene como contenido el de poder determinar el trato con el propio cuerpo o con una cosa, excluyendo de este modo a todos los demás de tal determinación; frente a ellos, cabe representar la propiedad como una relación negativa, como el derecho a no ser perturbado por los demás. Partiendo sólo de la propiedad, los demás no están obligados a ayudarme en su administración, por ejemplo, protegiéndola cuando yo no estoy en condiciones de hacerlo. Lo único a lo que están obligados los demás es a no perturbarme, es decir, no deben lesionar mi cuerpo, no privarme de mi propiedad material o dañarla, etc. En conclusión: los propietarios se excluyen recíprocamente: los demás están excluidos de la administración de mis derechos, del mismo modo que yo lo estoy de la de los suyos.

De esta sencilla descripción de mi ámbito jurídico como relación negativa hacia los titulares de otros ámbitos jurídicos deriva una constatación fundamental que simplifica esencialmente la dogmática jurídico-penal. Si excluyo a otros de la organización de mis derechos, y además no debo, por mi parte, perturbar las organizaciones de esos otros sujetos, he de estar obligado a organizarme de tal modo que de mi ámbito no partan perturbaciones por mi actividad o también *sin que yo actúe*; puesto que puedo lícitamente expulsar a otros de este ámbito, que denominaré ahora ámbito

de organización, sólo a mí mismo me puede incumbir la supresión de un *output* lesivo de mi ámbito, y esto significa que toda la diferenciación, de apariencia compleja, entre comisión y omisión en el ámbito de los deberes negativos demuestra ser un detalle de técnica de administración: mi ámbito de organización no debe tener un *output* que lesione a otros, dicho a modo de ejemplo, no debo arrollar a nadie al conducir un automóvil; cómo se produzca ese *output*, sea por acelerar en un momento inadecuado, hacer, o por no frenar en el momento adecuado, omitir, es sencillamente indiferente.

Puesto que el Derecho establece una relación entre personas, para la comprensión de lo que podría ser un delito no sólo es decisivo cómo se comporte el obligado, sino también aquello que produce en el titular del derecho, y en el ámbito de los deberes negativos —que es el que ahora se aborda exclusivamente—, lo producido es siempre una modificación en el ámbito de organización del otro, es decir, una arrogación de organización. El ladrón se arroga la decisión acerca de la administración de una propiedad ajena, el asesino, sobre la permanencia de una vida ajena, etc. La desorganización producida en el otro es una parte de éste usurpada por el autor, de modo similar a un territorio ocupado en la guerra, y por ello debe volver a ser liberado. Dicho con un ejemplo: cuando un veneno que yo he administrado despliega su efecto en el cuerpo de la víctima, he extendido mi organización —de modo antijurídico— hasta ese efecto, y no puede tener éxito mi excusa de que como mis manos ya no intervienen,

el efecto no me incumbe; en la víctima persiste un efecto que no es su organización, sino la mía, y por ello debo ocuparme de que el efecto cese. Con ello, salta a la vista que no sólo la diferenciación entre comisión y omisión es una mera cuestión externa, sino en la omisión, en el ámbito de los deberes negativos, también la diferenciación entre deberes de aseguramiento y deberes de salvamento. Dicho con un ulterior ejemplo: que alguien azuce a su perro contra alguien o no le ordene que se detenga cuando se dispone a atacar por sí mismo, o no le haga abrir las fauces cuando ha mordido a la víctima, o no desinfecte y vende la herida para que cure, todo es lo mismo: usurpación de la organización de un cuerpo ajeno.

La relación negativa que se ha esbozado hasta el momento no es otra cosa que la consecuencia de la constitución normativa de probablemente cualquier sociedad, en la medida en que se trate de algo más que de relaciones puramente instrumentales, ordenadas *sólo* cognitivamente: esta relación deriva necesariamente de la atribución de derechos de propiedad, es decir, de la posibilidad jurídica de excluir a otros de la configuración de una parte del mundo: en tal situación ¿quién iba a ser responsable de la correcta configuración de un ámbito de organización, si no su titular? La libertad de organización implica responsabilidad por las consecuencias, ése es el *contexto normativo solidificado* de cualquier sociedad y en ese sentido una *institución* social elemental.

Pero no es sólo esta institución la que estructura la sociedad, sino que hay otras instituciones, que, sin

embargo, tienen un contenido positivo (incluyendo en todo caso, como es evidente, el contenido negativo), es decir, que no se limitan a la garantía de la no-lesión, sino garantizan además jurídicamente la expectativa de ayuda positiva, lo que significa que generan deberes de salvamento en sentido estricto. La cuestión es discutida y no ha de plantearse aquí en todo detalle. En lo que se refiere al deber de los padres de ocuparse de sus hijos, esta institución al menos hasta el momento no ha podido ser sustituida, como tampoco las prestaciones elementales de protección estatal. Puede discutirse acerca de los límites, utilizando desde las distintas perspectivas argumentos plausibles, como, en general, no debe esperarse una exactitud matemática en la descripción de la configuración social. Suelo explicar esto a mis oyentes con la siguiente imagen: quien cree ver una nube que tiene exactamente la forma de un cubo, ve algo que no es una nube o padece un defecto óptico. Quien no soporte las tensiones que genera lo ambivalente, debería ocuparse, por ejemplo, del Derecho de la circulación —en el que casi sólo hay límites estrictos— y no meterse en la teoría del Derecho penal.

Si aceptamos la necesidad de esa falta de precisión, cabe formular lo que presupone necesariamente un delito contra la persona: la vulneración de un derecho, sea como usurpación de una organización ajena en la relación negativa, sea como negación de una ayuda debida en la positiva. La destrucción de cosas jurídicamente sólo significa algo si esa reorganización supone una usurpación de una organización ajena, o, en la relación positiva, aunque la destrucción provenga de

otro lado, cuando exista un derecho a un mundo común, es decir, a ayuda activa, al salvamento. Cuando un ser humano mata a otro, ello *per se* es un suceso natural al que no corresponde relevancia jurídica. En la imagen primigenia de todo homicidio, el fratricidio cometido por Caín, el campesino asentado, en la persona de Abel, el nómada ganadero, se trata de un asesinato, porque ambos, el autor y la víctima, estaban vinculados por un orden creado por Dios a respetarse. Por lo demás, el Antiguo Testamento está lleno de relatos de acuerdo con los cuales los israelitas extinguían a otras tribus, como, por ejemplo, los canaanitas (Josué 11, 6-11) —puesto que estas tribus no hacían sacrificios al Dios *único*, ésta las había puesto, a pesar de ser sus criaturas, «en las manos de Israel» (*loc. cit.*, 8), es decir, las había despersonalizado—. En lo que se refiere a la relación positiva, la imagen primigenia —como no cabía esperar de otro modo— también es bíblica: la del buen samaritano. Ahora bien, el ejemplo mencionado por el evangelista Lucas (10, 30-37) se refiere, tanto para la comprensión de entonces como para la actual, a una ayuda a una persona en peligro que ésta no puede exigir como derecho (puede resultar aplicable el § 323 c StGB infracción del deber *general* de auxilio «en caso de accidente o de peligro o necesidad común», pena *máxima* de un año de privación de libertad), cuya negación, por lo tanto, no es del mismo peso que genera la vulneración de un deber negativo. Correspondientemente, el texto trata a los que no ayudan a la víctima como duros de corazón, como carentes de virtud, pero no como autores de un asesinato por omisión. Sin embargo, el relato se referiría sólo a

las apetencias normativamente, también éticamente, irrelevantes que tienen los diversos viandantes que pasan al lado de un ser humano accidentado, si no hubiera algo en común implícito desde el principio: la víctima y aquellos que pasan de largo sin socorrerle forman parte del pueblo elegido, y —éste es el punto decisivo de la historia— el samaritano al menos es culturalmente próximo. Sin esta proximidad, que fundamenta un deber ético, aunque débil, su hecho, el hecho que por milenios ha marcado un término, también sólo sería producto de una apetencia individual o de una cultura irrelevante.

2. Comportamiento delictivo

a) Causalidad

Hasta ahora se ha hablado de deberes, sobre todo de deberes negativos, es decir, de los deberes de no perturbar a los demás en su posesión jurídica. Pero ¿qué significa eso exactamente? ¿Significa acaso que no se debe convertir uno en causa de una perturbación? En tal caso, también perturba quien compra el último pan, de modo que todos los que llegan después queriendo comprar pan se quedan sin nada y han de pasar hambre. Formularé la cuestión de manera más radical aún: ¿por qué va a ser decisiva la *causalidad*—o, en el delito de omisión, una *causalidad* hipotética de evitación—, dicho de otro modo, qué interés tiene la relación en el mundo de los sentidos en la constitución de un mundo normativo?

Ahora bien, debería ser evidente que no necesaria-

mente ha de tomarse para cualquier sistema normativo como base nuestro actual entendimiento de causalidad, libre desde el *Novum Organum* de Francis BACON de presupuestos religiosos. Por ejemplo, en tiempos en los que era común la creencia en la fuerza mágica de las brujas —en ciertos contextos se trata de una creencia que no resulta tan absurda—, también aquello que se había desencadenado (desde la perspectiva actual: aparentemente) por magia formaba parte de lo causado. Más aún, no hay un obstáculo de principio de llevar todo el problema causal al ámbito de lo sobrenatural y replicar a cualquier conflicto, en cuanto destino decidido por dioses, con sacrificios a los dioses. No nos ocuparemos más de esta perspectiva, tan ajena al día de hoy; pues con tal interpretación del mundo, el Derecho se separaría de modo abrupto del entendimiento cotidiano consolidado de la sociedad, imposibilitando que se pudiera conectar con sentido y de manera calculable a sus decisiones. Si, dicho con un ejemplo, de acuerdo con la perspectiva orientada en función de las ciencias naturales que es la base de la vida cotidiana, un determinado resultado no se puede obtener por brujería, pero el Derecho tratara la brujería como algo que puede tener tal consecuencia, no podría conectarse con sentido en la vida cotidiana, y en todos los sistemas sociales que hubieran generado una perspectiva próxima a la de la vida cotidiana (no genera efectos), con el significado jurídico (sí genera efectos). Por consiguiente, si el sistema del Derecho hace uso de la causalidad en sentido científico-natural, ello no sucede porque ésta fuera algo predado para la sociedad, sino porque la sociedad ha elevado esa causalidad a un criterio de sen-

tido, de modo que cuando éste no es respetado, sólo puede constatar un sinsentido, y nada a lo que pueda conectarse en el plano de la comunicación; en el mejor de los casos —en la creencia en los milagros— mala religión.

Sin embargo, no basta con copiar sencillamente la causalidad a las prácticas de la vida cotidiana o a las ciencias naturales; por el contrario, cuando el sistema jurídico la incorpora, se convierte en un elemento de la imputación y, con ello, en un esquema de interpretación determinado normativamente. Esto se percibe con especial claridad cuando la explicación científico-natural no responde a la cuestión jurídico-penal, como se muestra en la omisión a primera vista, o también en el problema de los resultados sobrecondicionados. Dicho a modo de ejemplo respecto de estos últimos: cuando un ascensor incorrectamente revisado sólo soporta un peso de 500 kg, en lugar de 1.000 kg, y además un aparato de carga incorrectamente manejado introduce en él en lugar de 800 kg, 1.600 kg, ¿quién ha causado el desplome del ascensor, la persona a la que le compete la revisión o aquella responsable de la carga? La respuesta científico-natural probablemente sea que en cuanto hubiera 501 kg de carga, el ascensor se desplomaría, pero jurídicamente nada se ha resuelto con ello; pues ¿qué es lo que puede conseguir la prohibición de reducir la capacidad de carga por debajo de los 1.000 kg si de todos modos la carga es de 1.600 kg? La cuestión jurídicamente relevante —en la que aquí no ha de profundizarse— es cuál de las personas competentes ha sido la primera en perfeccionar el curso

lesivo —una cuestión que carece de todo sentido para las ciencias naturales—, ya que en su ámbito no se ha de enjuiciar quién es competente.

Al hacer uso de una causalidad orientada con base en las ciencias naturales, o —en la omisión— de una causalidad hipotética —como acaba de mostrarse, eventualmente adaptada a sus necesidades—, el Derecho, si es que pretende seguir haciendo posibles conexiones, marca los límites máximos de una posible vinculación entre persona y efecto externo. Sin embargo, en el área determinada de este modo cabe aún mucho que es incompatible con suposiciones comunes e indiscutidas de la vida cotidiana; así, por ejemplo, también podría fundamentarse una responsabilidad pura por el resultado con ayuda de causalidad y causalidad hipotética, que, sin embargo, en cuanto responsabilidad por el destino no es compatible con la división moderna del mundo en un ámbito susceptible de influencia planificable y en otro que no es susceptible de tal influencia. Al ámbito que sí se puede influenciar mediante planificación se le da un *sentido* mediante su configuración, aquel que no es susceptible de influencia es *naturaleza* que carece de sentido; el destino, frente a ello, sería el *sentido de lo no influenciable*, pero tal concepto no cuadra en la imagen del mundo moderno —en palabras de Max WEBER—, del mundo privado de la magia. En otros tiempos, las cosas se veían de otro modo. Un ejemplo: en la obra épica «Gregorius», creada en verso a finales del siglo XII por HARTMANN VON DER AUE, Gregorius, un joven caballero, fruto de una unión entre hermano y hermana, inicia un periplo

para buscar a su madre, que le es desconocida. Toma parte, de modo decisivo, en la liberación de un señorío de sus enemigos y se casa después de tal éxito con la señora —como se sabe años después: su madre—. En el texto de HARTMANN, basta lo terrible del acontecer objetivo —el hijo, que ya es fruto de un incesto, se casa con su madre— para fundamentar la enorme penitencia que Gregorius, horrorizado por su situación, asume. Sencillamente: ha de responderse del destino. Thomas MANN ha tratado el tema en una novela. No le pareció que el acontecer objetivo, el incesto con la madre, fuera suficiente para justificar la penitencia, y por ello añadió una explicación que el poeta pone en boca al propio Gregorius: «Un joven que parte para buscar a su madre y conquista una hembra que, por muy bella que sea, podría ser su madre, ha de contar con que sea su madre» (Thomas MANN, *Der Erwählte,* 24.ª edición, 2001, págs. 250 y ss.). Tal afirmación en su rigor probablemente no sea idónea para atribuir culpabilidad a una persona que no quiere considerarse culpable; pero como en la obra de Thomas MANN es el pecador mismo quien formula la afirmación, puede bastar como fundamentación de su culpabilidad. De tal modo, el poeta mantiene en la duda cuál es la base de los acontecimientos ulteriores: la antigua responsabilidad por el resultado o la moderna responsabilidad por culpabilidad.

b) Significado del comportamiento

La vinculación por el destino entre autor y hecho no es un *topos* de la moderna teoría de la imputación; ésta,

por el contrario, sólo conoce la falta de fidelidad al ordenamiento jurídico en la planificación de la conducta como fundamento de la imputación. Lo no planificable queda excluido en cuanto naturaleza, casualidad, por completo del contexto de imputación. Esto no significa, sin embargo, que en el ámbito de lo planificable se espere de cualquier persona que tome como objetivo la evitación de todo curso lesivo; pues el Derecho no atribuye el control de las múltiples interdependencias del comportamiento de una persona a cualquiera que potencialmente pueda causar en tal red de modo planificable la pérdida de un bien, sino que sólo lo asigna en cada caso a las distintas personas *competentes*. Que una causación sea jurídicamente relevante, es decir, que sea una infracción de un deber, depende del contexto. El problema es conocido, y como teoría del comportamiento no permitido, es parte de la teoría de la imputación objetiva y probablemente el tema más tratado en la dogmática jurídico-penal de los últimos 30 años, por lo que puedo ser breve en este punto.

Si alguien ejecuta una conducta que produce daños en otro, puede que (1) el comportamiento sea incorrecto, pero también que (2) sea cometido del otro protegerse frente a tales daños, o (3) una tercera persona sea competente para evitar el daño o (4) la víctima haya de asumirlo como casualidad. Las subinstituciones mediante las cuales se busca una solución son conocidas; mencionaré, sin entrar en los detalles, la superación de un riesgo permitido como característica general de una conducta incorrecta, el actuar a propio

riesgo como característica de la competencia de la víctima, así como la prohibición de regreso en cuanto casos de competencia de terceras personas.

Lo que en este ámbito interesa en el tema de la normativización es lo siguiente: a la hora de determinar el comportamiento no permitido no se trata de recortar una competencia inicialmente dada por cualquier causación de acuerdo con cualesquiera criterios externos, sobre todo el criterio del mantenimiento de suficiente capacidad de acción; por el contrario, antes de nada hay que lanzar la causalidad, que en sí es una construcción para la explicación de la naturaleza, al plano de sentido social y significado social, dicho de otro modo, ha de avanzarse desde la explicación de la naturaleza hacia la semántica del comportamiento social. La causalidad es un punto de partida explicativo que es usado como material en bruto en la construcción de sentido normativo; nada más.

Intentaré clarificar el problema con un ejemplo, eligiendo la prohibición de regreso, ya que esta subinstitución es la más discutida: un deudor, que ha recibido un crédito, paga puntualmente su deuda, a pesar de que sabe que el acreedor financiará con la suma recibida un negocio de tráfico de armas constitutivo de infracción criminal. Evidentemente, el deudor causa el negocio prohibido, pero de modo igualmente evidente no es asunto suyo lo que el acreedor quiera hacer con el dinero; pues si fuera asunto suyo, sería imposible organizar una sociedad con un denso intercambio de mercancías, informaciones y otros servicios, siendo en alto grado anónimas las personas intervinientes. Lo

común con quien se contrata debe limitarse al intercambio pactado, a la corrección de la prestación de la que se trate, ya que de lo contrario la consecuencia sería un continuo espiarse e inmiscuirse mutuamente, un enorme sistema de niñeras que asfixiaría toda libertad. Por consiguiente, el pago de la deuda tan sólo significa «pago de la deuda», y el ulterior significado «hacer posible el tráfico de armas» que le da el acreedor es *su* interpretación del suceso, que no es vinculante para el deudor, ya que más allá de prestación y contraprestación no ha asumido nada en común con el acreedor, en todo caso no en su rol de su deudor.

Ciertamente, la posición expuesta no rige sin algunos presupuestos. Una sociedad constituida de modo totalitario, o también una sociedad orientada de manera muy paternalista, seguramente exigirá, de acuerdo con su semántica, el recurso al Estado, a las «autoridades». Por el contrario, una sociedad de libertades impone al deudor sólo aquellos deberes que tenga cualquiera que sepa de la planificación del acreedor, ninguno que vaya más allá. Quien aún no esté convencido por mi argumentación, que piense en algunas variantes del caso: el deudor conoce los plenes del acreedor cuando (1) ya ha dado a su administrador la instrucción de realizar el pago o (2) ya ha ordenado la transferencia. ¿Tiene la obligación de revocar sus actos? Quien siga dudando, que coloque el momento temporal del conocimiento en un punto posterior a la recepción del pago por el acreedor. ¿Ha de tener el deudor la obligación de exigir la devolución de la suma, en caso necesario, mediante una demanda, y entonces,

quae sit actio, o, volviendo a la constelación inicial, con qué alegación válida en Derecho va a negarse a llevar a cabo la prestación?

¿Basta ya de preguntas retóricas? Parece claro que de acuerdo con la semántica de la moderna sociedad de libertades lo común en el intercambio de cualesquiera prestaciones no acrece inmediatamente a una comunidad total. Podrá discutirse, como ya se ha expuesto, acerca de la ubicación exacta de los límites —pero no sobre el principio de la limitación—. Formulado en términos generales: causar de modo previsible un resultado no significa necesariamente que ello también le incumba jurídicamente al causante; no todo lo evitable debe evitarse jurídicamente; por el contrario, sólo se vincula jurídicamente a un resultado, dicho más exactamente, sólo lesiona el derecho de otro, quien lleva a cabo una conducta para cuyas consecuencias, de acuerdo con el contexto social, es responsable, sea solo o junto con otros.

Para concluir con esta cuestión, intentaré mostrar las conclusiones obtenidas a modo de ejemplo en el delito de homicidio. La teoría del comportamiento no permitido establece qué conducta significa «matar a otro». Herir a otro con un arma blanca, golpearle, disparar sobre él, etc., significa «matar», también la construcción de un edificio sin la necesaria prevención contra incendios, pero no significa «matar» la venta de alcohol, aunque más de uno, conduciendo ebrio un automóvil (lo que por sí mismo puede significar «matar») se mate a sí mismo y mate a otros; tampoco es matar la conducción de un proceso penal contra terro-

ristas, aunque otros terroristas tomen esto como razón para asesinar a un político, y tampoco la apertura al tráfico de una carretera en un puerto de montaña, aunque con toda certeza habrá algunos conductores que sufrirán accidentes mortales en esa vía, final y principalmente tampoco lo es la producción de automóviles construidos de acuerdo con las normas aplicables, aunque es palmario el efecto causal de accidentes que todos los años concluyen de modo masivo en muertes.

III.

Si concluyo en este punto por razones de espacio, ello sucede siendo consciente de que sólo se ha abordado una pequeña fracción de lo que cabe decir respecto de la idea de la normativización. En el ámbito de la Parte General, llaman la atención los delitos de omisión como un objeto digno de discusión, también sobre la participación habría mucho que decir; pues lo que significa ejecutar un hecho, y para quién es ejecutado, se determina normativamente, y quién sea el que mueva la mano, es más bien secundario (como he expuesto en otro lugar).

Más allá de esto, la idea de la normativización no puede limitarse a la Parte General. Por el contrario, en la Parte Especial —por mencionar sólo *una* de las ideas esbozadas—, los delitos contra las personas sólo pueden comprenderse como vulneraciones de derechos, es decir, como la vulneración del derecho a la vida o del derecho de propiedad, o, en la estafa, del derecho de que no se mienta en asuntos patrimonialmente rele-

vantes, etc. Siempre es el Derecho el que otorga a los datos del mundo aprehensible por los sentidos un significado jurídico —lo que parece ser un círculo—, es el concepto de la autonomía del Derecho.

IV. Resumen

1. En un mundo meramente cognitivo, como por ejemplo el mundo de las ciencias naturales, no hay personas; por el contrario, éstas son construcciones del mundo ordenado normativamente y han de concebirse como titulares de deberes y derechos (I, II.A).

2. El concepto de persona es relativo a los deberes y derechos atribuidos; la personalidad jurídico-penal activa tiene como presupuesto la capacidad de culpabilidad (II.A, B).

3. La valoración de hechos psíquicos depende del correspondiente contexto social; los hechos deben concebirse como meros indicadores de falta (o presencia) de fidelidad al ordenamiento jurídico (II.B).

4. Los derechos y deberes de las personas pueden representarse como relaciones negativas (no perturbadoras) o positivas (de auxilio). Para la determinación de la infracción del deber la diferenciación entre un hacer o un omitir es más bien marginal (II.D.1).

5. Lo que un comportamiento significa depende de la semántica de la sociedad. La causalidad (hipotética) de una conducta *per se* no significa nada; al contrario, es necesario que también se produzca la atribución de lo acontecido al ámbito de cometidos de una

determinada persona si se pretende alcanzar el plano del significado (II.D.2.a y b).

6. Conclusión: el Derecho genera por sí mismo el contexto normativo; especialmente, éste no queda preconfigurado por la naturaleza. Ésta 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.

V. Observaciones sobre la bibliografía

Respecto del concepto jurídico de persona clásico Kelsen, *Reine Rechtslehre,* 2.ª edición, 1960, págs. 172 y ss.; respecto de la persona como «limitación individualmente atribuida de posibilidades de comportamiento» Luhmann, *Die Form Person,* en: *idem,* «Soziologische Aufklärung 6», 1985, págs. 142 y ss.; ulteriores referencias en Jakobs, *Personalität und Exklusion im Strafrecht,* en: Courakis (Ed.), Strafrechtswissenschaften im 21. Jahrhundert, Festschrift für Dionysios Spinellis, Atenas, 2001, págs. 447 y ss.; construye de modo consecuente el concepto de persona específicamente jurídico-penal con ayuda de la función del Derecho penal González Rivero, *Strafrechtliche Zurechnung bei Defektzuständen,* 2001, de modo resumido págs. 224 y ss.; —(2) respecto de la separación entre deberes negativos y positivos Sánchez Vera, *Pflichtdelikt und Beteiligung,* 1999, págs. 67 y ss.; —(3) sobre la determinación del comportamiento no permitido Jakobs, *La imputación objetiva en Derecho*

penal, Madrid, 1996 (y otras ediciones); sobre la imputación objetiva como determinación de la semántica social próximamente MÜSSIG, *Mord und Totschlag. Vorüberlegungen zu einem Differenzierungsansatz im Bereich des Tötungsunrechts,* cap. 2, ap. A.II y A.III; acerca del problema de los conocimientos especiales en la determinación del comportamiento no permitido LESCH, *Der Verbrechensbegriff. Grundlinien einer funktionalen Revision,* 1999, págs. 251 y ss.; especialmente sobre la prohibición de regreso JAKOBS, ZStW 89 (1977), págs. 1 y ss.; —(4) acerca del concepto funcional de culpabilidad *idem, Schuld und Prävention,* 1976; *idem, Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre,* 2.ª edición, 1991, 17/18 y ss.; —(5) respecto de la ceguera ante los hechos *idem, Strafrecht AT (op. cit.),* 8/5 y ss.; LESCH *(op. cit.),* págs. 140 y ss.; —respecto de (2) a (5), con las correspondientes referencias, también a voces críticas, sobre la normativización de la codelincuencia, JAKOBS, en: CEREZO MIR, *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la criminología,* 2001, págs. 619 y ss.; exhaustivamente sobre la normativización de los delitos contra las personas *idem,* en: BERNSMANN (ed.) *et al., Festschrift für Geilen,* publicación en 2002 («Delitos contra la persona», en prensa para: *Revista del Poder Judicial*).

CAPÍTULO 2: ¿CÓMO PROTEGE EL DERECHO PENAL Y QUÉ ES LO QUE PROTEGE? CONTRADICCIÓN Y PREVENCIÓN; PROTECCIÓN DE BIENES JURÍDICOS Y PROTECCIÓN DE LA VIGENCIA DE LA NORMA *

I. SINOPSIS

El título algo alambicado de mi ponencia resulta del intento de vincular en ella dos problemas relacionados entre ellos, pero que suelen tratarse actualmente por separado. En primer lugar, se trata de la habitualmente llamada cuestión de los fines de la pena, y, en segundo

* Título alemán: «Wie und was schützt das Strafrecht? Widerspruch und Prävention; Rechtsgüterschutz und Schutz der Normgeltung» (manuscrito). Traducción de Manuel CANCIO MELIÁ (Universidad Autónoma de Madrid).

lugar, de la del fin de protección del conjunto del «aparato penal». El esbozo de las reflexiones a efectuar es el siguiente: el hecho significa una rebelión contra la norma, y la pena rechaza esa rebelión; al mismo tiempo, mediante el dolor que aquélla inflige, se elimina el riesgo de una erosión general de la vigencia de la norma: esto se llama «prevención general positiva». Esta conclusión de la primera parte preconfigura ya la que deriva de la segunda: lo decisivo es la protección de la vigencia de la norma. Para una ulterior fundamentación se expondrá que la tesis de la protección de bienes jurídicos, al tomar como punto de referencia un bien, sale de un punto de partida erróneo; pues el Derecho es una relación entre personas; sólo a través de éstas también entran en acción los bienes.

II. Contradicción y prevención

A) *Derecho abstracto*

Quien quiera orientarse en el mundo ha de conocer sus reglas, y ello en un doble sentido: por un lado, las reglas de la naturaleza, así como de la lógica y de las matemáticas, y, además, las reglas, o mejor, las normas de la sociedad. La frontera entre el mundo natural —como denominaré con toda brevedad al ámbito de la naturaleza junto con la lógica y las matemáticas— y el mundo social no está determinada de una vez por todas, para todos los tiempos —este punto se abordará en el texto relativo al lado subjetivo del hecho—, pero lo que sí está determinado de una vez por todas es cómo se procesan las defraudaciones en uno u otro

mundo. Si el mundo natural no discurre como un ser humano se ha imaginado, lo que sucede sencillamente es que su pronóstico estaba equivocado; no conocía de modo suficiente las leyes de la naturaleza; quizás también ha evaluado la complejidad de la situación erróneamente, quizás ha hecho cálculos equivocados, quizás ha incurrido en un error en un intento de deducción lógica —sea como fuere, deberá mejorar en el futuro—, debe iniciar un nuevo aprendizaje, en caso de necesidad, habrá de intentar evitar las situaciones que no domina. Dicho con un ejemplo: quien, cuando amenaza tormenta, se aventura nadando lejos de la costa, y de hecho entra en una situación comprometida, en la próxima ocasión —si es que sobrevive a la primera— examinará mejor la evolución del tiempo metereológico, o incluso renunciará por completo a alejarse de tierra. Tales expectativas, cuya defraudación es procesada a través de una mejora del material cognitivo —se ha aprendido algo—, se llaman *expectativas cognitivas*. El caso «clásico» de una expectativa cognitiva frecuentemente defraudada es el pronóstico *casero* de la evolución del tiempo a largo plazo: se infravalora la complejidad de la situación; y es que hay que saber mucho más para poder formular predicciones fiables.

Las cosas son distintas en el mundo social: en la medida en que las personas se hallan vinculadas a través de normas —de acuerdo con la concepción moderna, es presupuesto de ello también la capacidad de cumplir normas—, se dirige a ellas la expectativa de que su conducta será conforme a la norma; pero esta expectativa, que se denomina *expectativa normativa*, en

caso de defraudación no es abandonada, es decir, no se lleva a cabo el aprendizaje, sino que se mantiene la expectativa, planteando la conducta errónea del infractor de la norma como causa decisiva de la defraudación. En un ejemplo: quien sufre lesiones corporales sin razón alguna no se contenta con ser más precavido en el futuro, sino que insistirá en su derecho a no ser lesionado, es decir, identificará al autor como causa de su defraudación, exigiendo que éste sea penado, y eso significa: que se confirme su expectativa.

Llegados a este punto, se podría objetar que la pena también es una modalidad cognitiva de procesamiento, ya que se intimida al propio autor y a potenciales futuros autores, de modo que cabe contar con que no habrá más hechos delictivos. Ciertamente, estas reflexiones y otras similares también influyen en la pena estatal, pero no constituyen su principio. Se puede intimidar a cualquier ser susceptible de ser domado, no sólo a los autores culpables, sino también a los niños, a las personas que padecen enfermedades mentales o que sufren un retraso mental, además, a algunos animales, como los perros. Si la pena sólo fuera un amaestramiento por intimidación, ¿para qué el principio de culpabilidad, que es tenido en cuenta por cualquier Derecho penal moderno cultivado?

El principio de culpabilidad garantiza dos cosas: en primer lugar, que el hecho no debe interpretarse como casualidad o como capricho del destino, sino como obra, artefacto de una persona; y en segundo lugar, que esta persona es competente para intervenir en asuntos públicos. En breve: un hecho culpable es una configu-

ración del mundo que pretende ser determinante. Es con *esta* interpretación que se alcanza el plano verdaderamente social: la comunicación; el autor afirma a través de su hecho que el mundo debe ser configurado del modo en el que él se comporta, es decir, en contra de la norma y no de otra manera.

Partiendo de tal entendimiento —el hecho no se concibe como una amenaza por parte de la naturaleza, sino de modo específicamente social, como conflicto en torno a la configuración de la sociedad, esto es, como contribución a la comunicación—, partiendo de esta concepción, entonces, puede apreciarse que también la pena ha de ser algo más que coacción, que infligir dolor: debe ser una respuesta con el contenido de que el ataque del autor contra la estructura normativa de la sociedad no es determinante y que esta estructura mantiene su configuración sin modificaciones. Dicho de otro modo: el autor afirma que el contenido comunicativo de su comportamiento es válido para ulteriores comunicaciones, pero la punición pone en claro que eso no es así. En un ejemplo: el homicida declara a través de su hecho —*sit venia verbo*— que matar es aceptable en sociedad, pero la pena significa que eso no es así. Más aún: ya a través del mero hecho de que un delito sea perseguido se muestra que se pretende mantener la configuración que la sociedad ha tenido hasta el momento; incluso la mera denominación de un delito como tal delito significa su marginalización comunicativa; por lo tanto, es posible que exista comunicación acerca de la estructura normativa de la sociedad sin la imposición de una pena, sin dolor.

Sin embargo, una comunicación que tiene lugar a través de una mera denominación es etérea, y eso puede que no sea suficiente frente a un hecho que no se agota en una mera afirmación contraria a la vigencia de la norma, sino que también ejecuta el acto que lesiona la vigencia, objetivándolo en ese sentido (dicho sea de paso: esta objetivación es más débil en la tentativa; *ésta* es la razón de la atenuación facultativa de la pena por tentativa). Por el contrario, es necesario objetivar también la respuesta confirmatoria de la vigencia, y ello a costa del autor, ya que éste debe resarcir a la sociedad por el daño en la vigencia de la norma que ha producido; los costes se imponen al autor privándole de medios de desarrollo —de todos—: en la pena de muerte; de la mayoría, durante un período de tiempo: en la pena privativa de libertad; de algunos: en la pena de multa. Lo impresionante del talión, de la retribución en la misma especie, como aún KANT la defendía (*Metaphysik der Sitten,* Ed. Akademie, págs. 332 y ss.) es que —al menos en el plano conceptual— las objetivaciones respectivas de hecho y pena resultan idénticas.

B) *Juridicidad y bienestar*

Ahora bien, desde la ridiculización de las penas-reflejo por parte de HEGEL —«ojo por ojo, diente por diente, y cabe imaginar por completo al autor tuerto o desdentado» (*Rechtsphilosophie,* § 101, observación)—, nadie piensa seriamente en el talión, y por ello se plantea con toda urgencia la cuestión acerca de cómo ha de

determinarse la extensión concreta de la pena. No es posible dar una respuesta sólo con las ideas que se han desarrollado hasta al momento; pues estas ideas se limitan aún a condiciones puramente abstractas de la juridicidad: las normas se infringen de manera imputable, y la vigencia de la norma es confirmada por la pena —una relación meramente formal—. Para su ampliación, materialización, en primer lugar debe examinarse la expectativa normativa con mayor detenimiento, es decir, aquella expectativa cuya defraudación no es resuelta mediante un reaprendizaje, sino a través de la imputación a un infractor de la norma. Por regla general, no resulta practicable *exclusivamente* en cuanto expectativa normativa, pues las personas no sólo necesitan la certeza de estar en Derecho, sino también de que podrán salir más o menos adelante con sus intereses, con su bienestar. Dicho con un ejemplo: cuando en un barrio con mala fama son altas las probabilidades de ser asaltado, lesionado, quizás incluso muerto, se evitará en lo posible transitar por él, aunque en caso de ocurrir alguno de esos hechos éstos sean imputados al autor, confirmando a la víctima de ese modo que tenía derecho a partir de una expectativa normativa.

Todos los entes normativos necesitan de una base cognitiva que alcance lo fundamental, pues de lo contrario sólo existen en sí, conceptualmente, pero, precisamente, no en la realidad. El más grande entre los normativistas del siglo pasado, Hans KELSEN, concibe al Estado como «orden coactivo efectivo en lo fundamental» (*Reine Rechtslehre*, 2.ª edición, pág. 205 y *passim*); y es que un Estado sólo imaginado no es un Esta-

do real. O: la persona en el Derecho, esto es, la titular de deberes y derechos, sólo puede ser tratada como persona en la medida en que en lo fundamental se conduzca de manera conforme a la norma; si se comporta permanentemente como un diablo, se convierte en un enemigo, es decir, en una no-persona. Y lo mismo sucede con cualquier expectativa normativa: debe gozar en lo esencial de una base cognitiva, si se pretende que una persona acepte partir de ella.

Por ello, no basta con contradecir al autor, después de su hecho, mediante la pena, confirmando de este modo la configuración de la sociedad; por el contrario, también ha de procurarse que no se incremente la probabilidad de ulteriores infracciones de la norma, de modo que las personas, temiendo por sus legítimos intereses, por su bien, no comiencen a dudar de la realidad del ordenamiento jurídico. Ciertamente: una norma también rige cuando es infringida; ya el mero hecho de que la infracción de la norma es denominada como tal es un caso evidente de vigencia de la norma. Pero la vigencia de la norma no es un fin en sí mismo; las personas quieren establecerse en el ordenamiento jurídico y encontrar allí su libertad y su bienestar. Sin embargo, la víctima sólo es libre en el plano conceptual —está en su derecho—, pero no realmente, y el bienestar no puede realizarse contrafácticamente. Brevemente: el hecho de que se sancionen las infracciones de la norma no es suficiente *per se* para el mantenimiento del orden, sino que, por el contrario, es necesario que en la mayoría de los casos se cumpla también la norma primaria. Para clarificar lo dicho: si se considera, por

ejemplo, la norma primaria «no matarás», y se añade la norma secundaria «*y si lo haces, serás castigado*», no bastará, en caso de que haya homicidios en masa, que se pene también en masa; por el contrario, no deberán producirse homicidios masivos si se quiere que la realidad del Derecho no se vea afectada. Dicho sea de paso, no es posible llevar a cabo puniciones masivas ya por el hecho de que la coacción estatal es un recurso que no puede incrementarse indefinidamente. Por lo tanto, si la norma primaria sufre erosión, su vigencia acabó por una doble razón: nadie puede seguir tomando en serio la expectativa normativa, y no habrá sanción regular.

Si se tiene en cuenta esa necesidad de procurar la vigencia *directa* de la norma primaria, el dolor infligido por la pena obtiene aparte de su significado simbólico un peso cuantificable: debe ser tan intenso que el adquirir culpabilidad pueda representarse con carácter general como conducta que genera un saldo de más desventajas que ventajas.

Pero ¿cómo puede justificarse este trato del autor frente a él mismo? El autor no ha sido desligado del vínculo jurídico, sino sigue siendo una persona en el Derecho, por lo que —en terminología kantiana (*op. cit.*, pág. 331)— no debe ser mezclado con los objetos del Derecho de cosas, sino que ha de ser tratado en todo momento como fin en sí mismo. Partiendo de tal situación, ¿puede infligírsele un dolor penal por la libertad y el bienestar de los demás? La respuesta es que es posible infligir el dolor únicamente en la medida en que con ello sólo se equilibre aquello que el autor

ha empeorado de modo imputable mediante su hecho, y puesto que de hecho ha dado un ejemplo de falta de respeto a la libertad y el bienestar, ahora debe procurar que ese ejemplo no determine la realidad. —Cuando se acaba de afirmar que *él* debe procurarlo, ello se hace de manera consciente—: como persona en Derecho, él mismo tiene el cometido de resarcir el daño por él producido. En cuanto persona consciente, debe someterse a la pena, y por ello no se le mezcla entre los objetos del Derecho de cosas al penarle, al igual que ello no sucede en Derecho civil respecto de un deudor moroso frente al cual su acreedor impulsa una ejecución forzosa.

Por lo tanto, no se trata de intimidar a personas —de todos modos dispuestas a cometer el hecho— mediante un tratamiento duro del autor, y tampoco de intimidar al autor para que no cometa ulteriores hechos, sino de lo único que se trata es de una compensación por el daño producido por el autor en la vigencia de la norma primaria. En un Estado ordenado, basta en cuanto compensación una pena que en vista a la culpabilidad sea entendida de modo general como pérdida ya seria; entonces, el comportamiento delictivo se considera una alternativa inaceptable, y se produce una actitud natural de fidelidad al ordenamiento jurídico. En este sentido, se habla de prevención general positiva, debiendo ser la generalidad la destinataria del proceso, siendo confirmada en su actitud de fidelidad al ordenamiento —por ello prevención general—, pero —por ello «positiva»— no mediante intimidación, sino mediante un aprendizaje de la fidelidad al ordenamiento como actitud natural.

Por consiguiente, la pena *significa* una contradicción del significado del hecho, y el dolor de la pena debe *producir* prevención general positiva.

C) *Persona y enemigo*

Pero ¿no debe desplegar la pena también un efecto preventivo-especial?, más aún, ¿hubiera siquiera existido la marcha triunfal de la pena privativa de libertad si no fuera que la privación de libertad impide por completo al autor la realización de delitos fuera de la prisión? Puede ser que en un número considerable de casos, el centro de gravedad esté en el efecto preventivo-especial, pero ese efecto preventivo pertenece a otro contexto de legitimación distinto del de la prevención general positiva. Ciertamente, esta separación no puede percibirse a primera vista; pues, aparentemente, el autor es coaccionado en todo caso a hacer algo a lo que está obligado jurídicamente: en la prevención general positiva, a restituir el daño en la vigencia de la norma que ha producido, en la prevención especial, a una conducta al menos externamente legal. Sin embargo, esta equiparación oculta una enorme diferencia: en la prevención general positiva, el dolor penal se inflige a una persona competente, capaz de ser culpable, y precisamente no a un niño o a seres humanos mentalmente enfermos o débiles; pues frente a éstos no hay expectativas normativas que puedan ser defraudadas. HEGEL formuló esta idea —de manera algo patética, pero completamente acertada en el contenido nuclear— afirmando que con la pena se honra al delincuente

como «ente racional» (*op. cit.*, § 100, anotación); precisamente, sólo se le pena porque se le entiende como igual, como ciudadano pleno. La situación es otra en el caso del efecto asegurador respecto de futuros hechos que deriva de encerrar al sujeto: no depende de la culpabilidad que concurriría en los hechos futuros ni de la que concurriera en los pasados, sino única y exclusivamente de la peligrosidad del individuo. También hay que proteger a la sociedad frente a niños peligrosos o seres humanos que padecen enfermedades mentales, al igual que frente a los animales peligrosos o a los peligros naturales, etc.

Por consiguiente, en el ámbito del efecto preventivo-especial de aseguramiento de la pena privativa de libertad, el autor no es concebido como persona competente, sino como foco de peligro. En el plano material, se trata de una medida de seguridad que se denomina «pena»: la custodia de seguridad. Tal modo de tratar a un autor no necesariamente ha de ser ilegítimo. KANT (*op. cit.*, pág. 256) enseña que todos pueden lícitamente obligar a todos a entrar en una constitución civil, para poder estar seguros del ejercicio de sus derechos (de su patrimonio inteligible), e inmediatamente se plantea la cuestión de qué es lo que debe suceder con aquel que no se deja obligar; KANT da una respuesta también a esto: es necesario separarse de él (*Zum ewigen Frieden*, 2.ª parte, 1.ª nota), y esta separación se lleva a cabo, por ejemplo, a través de la custodia de seguridad. Al hacer esto, precisamente no se toma en serio como persona al sujeto potencialmente peligroso —pues de lo contrario, se le dirigirían expectativas

normativas—; su ausencia muestra que el sujeto peligroso, *en esa medida*, ha sido excluido del ámbito de las personas, contándolo entre los enemigos.

III. Protección de bienes jurídicos y protección de la vigencia de la norma

A) *Bienes y bienes jurídicos*

La cuestión acerca del fin de la pena también puede plantearse en otro sentido distinto del que hasta ahora se ha discutido aquí: ¿para qué sirve todo el «aparato penal»? La respuesta probablemente más extendida en Alemania es: para la protección de bienes jurídicos. En la segunda parte de esta intervención se pretende analizar críticamente esta respuesta, y la conclusión obtenida en la parte anterior, de acuerdo con la cual la pena debe ser entendida como una contradicción de la desautorización de la norma, ya preconfigura el resultado que se obtendrá en este punto: la pena no asegura bienes jurídicos, y mucho menos aún los repara, sino que asegura la vigencia de la norma. La protección de bienes jurídicos en todo caso se obtendrá como resultado *mediato*.

La tesis de la protección de bienes jurídicos implica que existen bienes previos al Derecho penal, o constituidos por éste —la vida, el cuerpo, la propiedad, pero también el funcionamiento de los órganos estatales y otros— de cuya integridad el Derecho penal debería ocuparse. Sin embargo, ya una observación superficial de los bienes de estas características enseña que en la

mayoría de los casos, éstos son lesionados por procesos que carecen de relevancia jurídico-penal, incluso de toda relevancia jurídica —y hay que añadir: ¡por suerte!—, que son sencillamente el decurso de la naturaleza: los seres humanos mueren al alcanzar edades avanzadas o enferman por una infección; el óxido corroe instalaciones ferroviarias, barcos, coches; catástrofes naturales destruyen las cosechas. ¿Son todos estos procesos lesiones de bienes jurídicos?

¡Por supuesto que no! Y los representantes de la tesis de la protección de bienes jurídicos explicarán que lo que quiere decirse es que el ordenamiento jurídico debe garantizar una protección de los bienes frente a ataques humanos, dicho con mayor exactitud, frente a ataques realizados por personas en sentido jurídico-penal (los inimputables, es decir, por ejemplo, los niños o los enfermos mentales, no «cuentan»). Dicho con un ejemplo: una infección con el virus de la gripe es una afectación de bienes, pero una patada en la espinilla es una lesión de un bien jurídico; el granizo que estropea un sembrado causa la lesión de un bien, pero el grupo de personas que lo pisotea adrede, lesiona un bien jurídico.

Extendamos un poco más el asunto: ¿cuándo un bien es un bien jurídico? La respuesta es: cuando esté configurado como derecho del titular. No existen los bienes jurídicos que fluctúen libremente, sin estar asignados a un titular, sino sólo aquellos a cuyo uso tiene derecho un individuo o un colectivo, y no es el bien, sino el titular el que —puesto que tiene derecho— puede exigir que su bien no sea lesionado. Dicho de

otro modo: el Derecho no es un muro protector colocado alrededor de los bienes, sino que es una relación entre personas. Por lo tanto, la idea del Derecho penal como protección de bienes jurídicos sólo puede significar que se protege a una persona o a la generalidad, en cuanto colectivo imaginado de todas las personas, en su relación con otra persona, contra la lesión de los derechos sobre sus bienes.

B) *Deberes positivos*

Sin embargo, la tesis de la protección de los bienes jurídicos, incluso en esta configuración —es decir, elevándola del plano de los bienes al plano del Derecho en cuanto relación entre personas— sigue siendo susceptible de sufrir ataques en varios frentes. En primer lugar, los bienes tienen determinadas condiciones de mantenimiento, sin las cuales carecen de valor o al menos están en riesgo. Dicho con un ejemplo: la salud sólo puede conservarse si existen centros hospitalarios, y también una policía que preste protección frente a asaltos violentos que provocan lesiones, y la propiedad sólo es una propiedad segura en un Estado que tiene una Administración de Justicia que funcione, etc. Dicho de otro modo: lo que queda articulado a través de la tesis de la protección de bienes jurídicos es la relación negativa que existe entre todas las personas en Derecho: nadie debe lesionar los derechos de los demás. Sin embargo, junto a esta relación negativa, respecto de determinadas personas —aquellas que desempeñan roles especiales— existe ademas una rela-

ción positiva: algunos deben ayudar también cuando el riesgo que amenaza no ha sido causado por ellos, es decir, que tienen el deber de aportar su cuidado solidario a otras personas; cabe mencionar a los padres en relación con sus hijos, a la policía en relación con los ciudadanos, el servicio público de salud, el juez en su actividad de dirimir contenciosos; y cabría mencionar otros más. Cuando tales portadores de un rol especial infringen su deber —los padres permiten el deterioro espiritual de su hijos, la policía no evita la comisión de delitos, el médico abandona a su paciente en su dolencia, el juez se deja sobornar—, posiblemente resulten lesionados también bienes jurídicos, pero no es ésta la gracia del asunto. Por el contrario, lo que sucede es que el autor no detiene un curso dañino puesto en marcha por un tercero o por la naturaleza: una institución que debería realizar una prestación de apoyo solidario se ha negado a ello, o, dicho de otro modo, se trata de que un bien que estaba por constituir no es constituido —es decir, no se crea la salud de un hijo, la salud, la imposición del ordenamiento jurídico—; en breves palabras: se trata de la denegación de un apoyo solidario. El término «lesión de un bien jurídico» sólo describe de modo muy incompleto esa situación, y también se percibe cómo cabe aprehender mejor el asunto: como infracción de un rol, como infracción de deber, y con ello se percibe qué es lo que protege el Derecho penal en un sentido global: no bienes, sino la vigencia de la norma.

Esto es así porque la sociedad no consiste sólo en sujetos que acumulan bienes, sino que conoce institu-

ciones positivas, que obligan a prestar apoyo, y en una sociedad desarrollada, estas instituciones positivas configuran la estructura de la sociedad del mismo modo que lo hace la prohibición de lesionar bienes ajenos. En todo caso, «protección de bienes jurídicos» no puede ser el supraconcepto de lo que el Derecho penal persigue; este concepto, por lo tanto, es al menos insuficiente en el plano *teórico*, sin afirmar con esta crítica que el concepto de bien jurídico no pueda plasmar en determinados ámbitos —pero eso sí, sólo sectorialmente— la estructura de la sociedad.

C) *Comportamiento no permitido*

Sin embargo, incluso esa imagen de determinados sectores resulta poco exacta. Desde los años treinta del siglo pasado es sabido que los bienes no están para ser administrados a modo de museo, sino para hacer uso de ellos en la vida diaria (WELZEL, ZStW 58, págs. 491 y ss., 516). Dicho de nuevo a través de un ejemplo: también la conducción correcta de un automóvil pone en riesgo la vida y la integridad física de los ocupantes y de los peatones, y a pesar de ello está permitida. ¿Cómo cuadra esto con la tesis de la protección de bienes jurídicos? La dogmática moderna, comenzando con el delito imprudente, y habiendo llegado entre tanto a aprehender el delito doloso, ha elaborado la teoría del comportamiento no permitido, que también se denomina (junto con la teoría de la imputación del resultado) «teoría de la imputación objetiva». Su punto de partida es la reflexión de que «lesionar» es algo distinto

de «causar de cualquier modo una lesión», o dicho con mayor exactitud: que no cualquier causación de una lesión significa «lesionar»; en este sentido, por permanecer en el ámbito del último ejemplo, una conducción correcta puede causar una lesión, pero no significa «lesionar».

El asunto, desde luego, está en relación con la conexión entre el hecho en cuanto afirmación y la pena en cuanto respuesta que se ha mencionado al principio de este texto, es decir, con la interpretación de la secuencia de hecho y pena como interacción simbólica. El significado de los símbolos ni es generado por la naturaleza —es decir, tampoco *per se* por los efectos causales de un comportamiento—, ni por el arbitrio de los diversos intervinientes, sino que es un producto de la comunicación social. De nuevo, un ejemplo: quien intenta matar a su vecino a través de medios mágicos, para sí mismo actúa matando, pero para los demás como un necio, y quien conduce ebrio un automóvil, posiblemente piense para sí que ello es inocuo, pero la sociedad lo entiende como peligroso. Por lo tanto, hay que elaborar el significado social, y, en ese sentido, objetivo del comportamiento del autor, desde el siguiente punto de partida: cuando un curso lesivo es causado o no es evitado por varias personas, existe la posibilidad de llevar a cabo varias atribuciones de competencia respecto de ese curso. Dejando de lado la posibilidad que lo sucedido incumba cumulativamente a todas o varias de las personas, puede tratarse de los siguientes repartos, que se esbozan a continuación con toda brevedad:

—En primer lugar, puede suceder que sea una sola persona la única que ha creado un *riesgo no permitido*, mientras que todos los demás han permanecido dentro del marco de sus respectivos roles; en tal caso, la competencia es exclusivamente de esa persona. Ejemplo: al no respetar una persona el derecho de paso preferente de los demás, se produce un accidente de circulación en el que resulta lesionada otra persona, que a su vez conducía de modo correcto. —En segundo lugar, no es tan infrecuente que una persona no respete la preferencia de otra, ¿no debería, entonces, contar la víctima a su vez con que suceda algo así? No tiene obligación de hacerlo; pues mientras no haya indicios específicos de lo contrario, puede lícitamente confiar en que todos cumplirán con sus deberes: *principio de confianza.* —En tercer lugar, desde luego que es posible que una víctima actúe en contra de sus propios intereses, es decir, *a riesgo propio.* También aquí, un ejemplo: mi vecino, como siempre, algo nervioso, me pide prestada un hacha, de cuya hoja especialmente afilada le aviso; hace un uso descuidado del objeto y se lesiona, como había previsto. —En cuarto y último lugar, puede ocurrir que una persona lleve a cabo una prestación estereotipadamente inocua, que después, sin embargo —y como cabía esperar— es usada por otra persona para fines delictivos. Como ejemplo puede servir el caso en el que, en un local de excursión, el encargado sirve a uno de los clientes, que ha llegado en coche, una cantidad considerable de alcohol; el cliente después se sienta al volante y causa un accidente. Este accidente es obra del cliente, y respecto del encargado existe una *prohibición de regreso*, puesto que el alcohol es una sus-

tancia ubicuamente accesible, por lo que la persona que la consume, en la medida en que sea imputable, debe ocuparse ella misma que el consumo no genere consecuencias lesivas.

Si no hay nadie competente, el daño es asunto de la víctima, y ello no porque haya que constatar un fallo en la organización (en tal caso, estaríamos ante un actuar a riesgo propio, ya mencionado), sino en el sentido del antiguo principio *casum sentit dominus*. Si una persona es competente, porque no concurre un supuesto del principio de confianza, la víctima no ha actuado a su propio riesgo, no interviene una prohibición de regreso, sino que lo que sucede es que se superó el riesgo permitido, entonces el comportamiento de la persona significa, de acuerdo con la semántica social, «lesionar»; si la víctima actúa a riesgo propio, su conducta significa «lesionarse a sí mismo», de modo que el comportamiento de los demás —en la medida en que quede excluida una competencia cumulativa—, precisamente, no significa «lesionar», etc.

En consecuencia, las competencias no se ordenan sobre la base de bienes, sino a través de roles, es decir, a través de relaciones entre personas (aunque éstas, desde luego, sectorialmente puedan aparecer también como titulares de bienes), o, dicho en otras palabras, a través de determinadas expectativas normativas, es decir, a través de normas que no son, a su vez, bienes de personas individuales. Un orden social sólo puede representarse como orden de bienes en ámbitos muy restringidos, por el contrario, con carácter general —*e incluyendo aquellos ámbitos*—, se trata de un orden

entre personas, en el que el bien, en parte, es decir, en los deberes positivos, es de una relevancia en todo caso secundaria. El Derecho penal protege la vigencia de la norma, y sólo de modo mediato y parcial también bienes.

D) *Dogmática y política jurídica*

Frente a esta afirmación, los representantes de la tesis de la protección de bienes jurídicos objetan que esta tesis se mantiene en un plano formal en lo que se refiere a la norma, privándose así de toda potencia crítica, especialmente en relación con los delitos de peligro abstracto, infracciones cuya presencia se incrementa progresivamente probablemente en todos los ordenamientos jurídicos evolucionados y que son típicas de un Derecho penal intervencionista. —Esta objeción es sorprendente—; pues si se pretende que lo decisivo sea la protección de bienes jurídicos, no hay nada más efectivo que intervenir en cuanto antes. Precisamente los delitos de peligro abstracto pueden ser vinculados a la idea de la protección de bienes jurídicos; piénsese en la prohibición de conducir un vehículo de motor en estado de ebriedad —esta prohibición protege la vida, la integridad física y la propiedad—.

Hay más. En una sociedad de libertades, que hace posibles los contactos anónimos, el legislador no puede prescribir a los ciudadanos todos los movimientos —pues entonces, la sociedad ni sería de libertades ni haría posibles los contactos anónimos—, sino que sólo puede marcarles un objetivo a alcanzar (por ejemplo:

no hacer nada que signifique «matar»), permitiendo, por lo demás, que busquen y transiten de modo descentralizado los caminos que conducen al objetivo, en breve: permitiéndoles que administren descentralizadamente la obtención de los fines. Ahora bien, *individualmente* los ciudadanos tienen representaciones muy divergentes acerca del significado de su conducta; así, por ejemplo, para un joven temerario, una determinada velocidad en el tráfico viario es aún plenamente «normal», mientras que una persona consciente de los riesgos la calificará como claramente «tendente a producir accidentes», es decir, como «generadora de lesiones». En una sociedad anónima —piénsese en el tráfico rodado— es imposible conocer la valoración individual del riesgo por parte de los sujetos que se van encontrando y adaptarse a ella. Dicho en un ejemplo: nadie puede saber con qué nivel de alcoholemia un automovilista que se aproxima se considera individualmente como aún en condiciones de manejar el vehículo. Partiendo de esta situación, el legislador debe ocuparse de que todas las personas partan de la visión del riesgo *socialmente* válida, y precisamente esto es lo que tiene lugar a través de la prohibición de puestas en peligro abstractas, por ejemplo, mediante la prohibición de conducir un vehículo de motor en un determinado estado de embriaguez, o las prohibiciones de prender fuego a una casa habitada o de prestar falso testimonio ante un tribunal.

Por otra parte, no es erróneo ubicar esas prohibiciones de puesta en peligro en el ámbito del *Derecho penal criminal,* siempre que tengan un peso considerable;

pues los bienes —en la medida que se trate de éstos— sólo son «buenos» cuando existe cierta seguridad cognitiva. Con base en esa relación, en la bibliografía de lengua alemana esta seguridad necesaria ha sido calificada, a su vez, como bien: un desvío superfluo, aunque no perjudique al resultado final que se alcanza; pues materialmente se trata de la determinación de aquellas normas que constituyen la estructura irrenunciable de la sociedad. En todo caso, este desvío muestra muy bien la arbitrariedad de la tesis de la protección de bienes jurídicos: cualquier estado deseado puede ser proclamado bien jurídico.

Junto con el patrón, acabado de destacar, de la prohibición de puestas en riesgo abstractas existen otros patrones, especialmente la prohibición de producir material delictivo típico, como, por ejemplo, armas, moneda falsa, pasaportes falsos, drogas, etc. No podemos seguir aquí en este análisis. En todo caso parece palmario que, en esta medida, incluso a ojos muy críticos algunas prohibiciones parecerán perfectamente legitimables, incluso, como completamente imprescindibles; pues sin seguridad cognitiva en los ámbitos esbozados, díficilmente cabe imaginar una sociedad ordenada. No se puede prescindir de los delitos de peligro abstracto.

Cuando los representantes de la tesis de la protección de bienes jurídicos optan por un Derecho penal de determinada configuración, es decir, por un Derecho penal restrictivo, ello constituye una opción de *política* jurídica, que puede perfectamente compartir un representante de la tesis de que lo decisivo es la pro-

tección de la vigencia de la norma. Además, la concepción de la protección de bienes jurídicos de ningún modo es sólo restrictiva. En ciertos rumbos políticos, tal concepción puede inundarlo todo: se puede proclamar como bien jurídico también el mantenimiento de un determinado partido político, o la pureza de una raza humana, u otros objetos, como sucedió *de facto* en la Alemania de la época nacionalsocialista. La defensa frente a tales degeneraciones es, igualmente, una tarea *política*; en todo caso, no es un cometido puramente dogmático. Por consiguiente, respecto de la tesis de la protección de bienes jurídicos rige lo mismo que para la tesis de la protección de normas: ambas concepciones sólo son tan legítimas como lo sea el estadio de evolución de la sociedad cuyo Derecho retratan. Sin embargo, la tesis de la protección de las normas retrata al Derecho con mayor exactitud, al superar la idea de la posesión de bienes, tomando como punto de referencia la relación entre personas.

IV. Resumen

A) *Generalidades*

Si, después de estas reflexiones acerca del objeto de protección del Derecho penal, se vuelve la mirada sobre las consideraciones respecto de los fines de la pena en sentido estricto, se muestra una imagen homogénea: la pena mantiene la estructura normativa de la sociedad, y esta estructura no existe entre bienes, sino entre personas, aunque éstas parcialmente —pero sólo parcialmente— desempeñen el papel de titulares de

bienes; desde una perspectiva global, sin embargo, las personas deben concebirse como titulares de derechos y deberes. El contenido de los derechos y deberes se rige, aun en la medida en que se refiere a bienes, por la semántica de la sociedad; es ésta la que determina lo que significa «lesionar», sin que para ello se deje guiar exclusivamente por las condiciones de la salvaguarda de los bienes: un discurso de bienes jurídicos renunciando a mencionar las reglas de determinación del comportamiento permitido y no permitido, así como de la diferenciación entre deberes positivos y negativos, sencillamente carece de valor.

La relación personal se mantiene también en la punición: el hecho se concibe como aportación comunicativa de un autor competente, y la pena, como contradicción de esa afirmación. El dolor penal equilibra aquel daño que el autor ha producido de modo imputable en la base cognitiva de la expectativa normativa que ha sido lesionada; por lo tanto, la ejecución de la pena así determinada supone hacer efectivo un derecho, y no una despersonalización del autor.

B) *Detalles*

1.a) El significado puramente jurídico de la pena es la contradicción contra la infracción de la norma (II.A).

b) El bienestar de las personas se ve lesionado por el hecho en la medida en que el autor pone en riesgo el aseguramiento cognitivo, que también en el ámbito de las expectativas normativas siempre resulta necesa-

rio. Para resarcir ese daño, al autor se le impone un dolor, de modo que el hecho se entiende de modo generalizado como alternativa de conducta que no merece ser tomada en consideración —prevención general positiva (II.B).

c) La intimidación de otros sujetos inclinados a cometer el hecho (prevención general negativa) y el aseguramiento del autor (prevención especial) despersonalizan a éste (II.C).

2.a) Los bienes jurídicos sólo pueden representarse como relaciones entre personas, pero esta proposición no es susceptible de ser formulada a la inversa: en el marco de estas relaciones, no siempre se trata de bienes (III.A).

b) En el ámbito de la garantía de deberes positivos, se pretende que se realicen determinadas instituciones; en todo caso, de modo mediato, a través de ello también que se mantengan determinados bienes (III.B).

c) Un comportamiento que lesiona bienes y un comportamiento no permitido no son lo mismo, y con ello los bienes pasan definitivamente a un segundo plano, detrás de las relaciones entre personas (III.C).

d) En una sociedad de libertades y que además hace posibles los contactos anónimos, no puede renunciarse a los delitos de peligro abstracto. Esto puede formularse en el sentido de que la seguridad es, a su vez, un bien jurídico; ahora bien, con ello se ha demostrado la arbitrariedad de la tesis de la protección de bienes jurídicos. Contra los excesos, hoy habituales, en el ámbito de las prohibiciones de puestas en riesgo de

carácter abstracto, también los representantes de la tesis de la protección de bienes jurídicos sólo disponen de argumentos jurídico-políticos, pero no de argumentos jurídico-dogmáticos o teórico-jurídicos (III.D).

V. Observaciones acerca de la bibliografía

Respecto de la parte II: en cuanto a la prevención general positiva, vid. las contribuciones en Schünemann *et al.*, *Positive Generalprävention,* 1988; Jakobs, *Derecho penal, Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación,* 1995, 1/4 y ss., respectivamente, con referencias; sobre el significado de la pena en el plano del Derecho abstracto Jakobs, *Norm, Person, Gesellschaft,* 2.ª edición, 1999, págs. 98 y ss. —En la parte II del presente texto, ambas líneas de reflexión se unen por primera vez. —Respecto de la despersonalización Jakobs en: Courakis (Ed.), *Festschrift für Dinysios Spinellis,* Atenas, 2001, t. 2, págs. 447 y ss.

Respecto de la parte III: Jakobs, *¿Qué protege el Derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?,* Mendoza, 2000; *idem, Derecho penal, op. cit.,* 2/1 y ss., 7 y ss., respectivamente, con ulteriores referencias.

CAPÍTULO 3: EL LADO SUBJETIVO DEL HECHO *

I. INTRODUCCIÓN

En el Derecho penal moderno son al menos tres los requisitos que, configurando el llamado lado subjetivo del hecho, se exigen para que pueda afirmarse la existencia de un delito: (1) imputabilidad, (2) conocimiento o al menos cognoscibilidad de (a) la realización del tipo, así como (b) del injusto, y (3) exigibilidad de la observancia de la norma. Con tal de que falte uno solo de estos tres elementos que constituyen el lado subjetivo, el hecho sólo aparentemente podrá ser la configuración del mundo hecha por una persona; en

* Título alemán: «Die subjektive Tatseite» (manuscrito). Traducción de Manuel CANCIO MELIÁ (Universidad Autónoma de Madrid).

realidad, sin embargo, se tratará de un producto de la naturaleza: (1) al inimputable lo dominan determinados programas objetivos, (2) quien está inmerso en un error invencible, carece de orientación y (3) concurriendo una situación de inexibilidad, la razón determinante de que se cometiera el hecho está en la coacción o el miedo. Partiendo de la base de que —como he desarrollado en otros escritos— por delito debe entenderse un comportamiento realizado con un defecto de fidelidad al ordenamiento jurídico, cada uno de los elementos del lados subjetivo del hecho —imputabilidad, conocimiento (cognoscibilidad) o exigibilidad— es *un* indicio de un defecto de fidelidad al ordenamiento, y todos estos elementos en conjunto constituyen un indicio necesario de ese déficit de fidelidad al ordenamiento jurídico; esta indicación es la función del lado subjetivo del hecho.

La historia de la evolución del Derecho penal moderno es larga, y no siempre brillante, como suele suceder con las obras humanas. Por ello, posiblemente sea útil que comience con el polo opuesto de la responsabilidad tal y como hoy la entendemos, la responsabilidad por el destino (en una terminología peor: responsabilidad por el resultado; el resultado carece del significado que el destino lleva implícito) (*infra* II) e intente mostrar lo difícil que fue romper el cordón umbilical con ese entendimiento, para pasar después a ocuparme del lado subjetivo del hecho, y ello poniendo el acento sobre todo en el conocimiento o cognoscibilidad de la realización del tipo y del injusto (*infra* III). En este análisis, también abordaré la muy difícil cuestión acer-

ca de cómo debe procederse con un autor que abandona el círculo de aquellos que conocen las consecuencias de su actuar cerrando los ojos por falta de interés (*infra* IV, V). Lo que se dirá acerca de la exigibilidad no podrá pasar de un esbozo (*infra* VI).

II. DESTINO *VERSUS* CULPABILIDAD

En la *legenda aurea*, de Jacobus de VORAGINE, una colección de leyendas del siglo XIII, se relata lo siguiente sobre Rosamunde, esposa de Albuin, rey de los langobardos: profundamente ofendida por Albuin, Rosamunde se tendió en el lecho de la concubina de uno de los duques del rey, quien de hecho mantuvo relaciones sexuales con ella sin sospechar nada. Después del acto, Rosamunde le reveló su identidad y anunció: «... ahora con certeza has hecho algo por lo que habrás de matar al rey o morir de su mano». ¿Por qué debe morir el duque, que al cometer el hecho no sospechaba nada, si no se adelanta matando al rey? De acuerdo con la concepción moderna, faltando dolo o imprudencia, no había nada que reprochar al duque, pero eso no lo considera determinante la leyenda, y sí la barbaridad de que un vasallo del rey ha tenido comercio carnal con la esposa de éste: ello revoluciona el orden jerárquico, y, con ello, de la sociedad de los longobardos; esta «herida en el organismo de todas las relaciones vitales» (Viktor ACHTER) sólo puede sanar si se elimina la contradicción que está en su base, y eso significa que uno de los dos, rey o duque, debe desaparecer de la tierra. Como puede apreciarse, el crimen también puede con-

cebirse sin lado subjetivo. Ahora bien, el contexto de la comprensión es distinto en la época de la *legenda aurea* que ahora. Para nosotros, «destino» ya no es una palabra con fuerza explicativa, sino que, por el contrario, o bien reconducimos la configuración del mundo a la naturaleza, y entonces, carece de sentido, es casualidad, o la reconducimos a logros y fracasos, y entonces es mérito o culpabilidad. Hoy entendemos el suceso en el que se vió envuelto el duque como una casualidad, para él inevitable, pero la leyenda lo procesa como su mal destino; la leyenda aún conoce fuerzas superiores que intervienen de modo independiente de los seres humanos en el mundo, y lo hacen de modo pleno de sentido (Max WEBER), y por ello conoce también responsabilidad sin lado subjetivo del hecho. Esta perspectiva nos resulta ajena más o menos desde el *Novum Organon* de Francis BACON, es decir, desde el surgimiento de las ciencias de la naturaleza.

El Derecho penal moderno no parte de un mal destino, sino de la culpabilidad, es decir, del fracaso en la configuración del mundo. Esto no significa que en cualquier país más o menos moderno se hayan eliminado todos los residuos de la responsabilidad por un destino; pero en la medida en que queden aún tales residuos, el Derecho no será moderno. En particular, resulta difícil superar el pensamiento de la antigua figura jurídica del *versari in re illicita*. En el *versari in re illicita*, el autor realiza un injusto de manera plenamente imputable, por ejemplo, lesionando a otra persona en su integridad física, y causa con ello un daño ulterior, sin que lo previera o siquiera pudiera prever,

así, por ejemplo, cuando una pequeña lesión, una bofetada, acaba en un homicidio debido a una constelación desafortunada. Ciertamente, con frecuencia la situación será tal que el autor tenía razones para contar con la producción de graves consecuencias, ya que se inmiscuía en una organización ajena; en esa medida, actuó con imprudencia, es decir, de modo culpable. Ésta es la situación, por ejemplo, si siendo lego intenta modificar un complejo aparato electrónico de otro; si el aparato resulta destruido, la imprudencia es palmaria. Pero la institución del *versari in re illicita* abarca también las consecuencias imprevisibles, como en el caso acabado de mencionar de un bofetón que conduce a la muerte.

El Derecho penal alemán conoció hasta medidados del siglo pasado (1953) delitos cualificados por el resultado en los que un delito básico —perfectamente imputable— experimentaba una cualificación en caso de producirse una determinada consecuencia grave, sin que ésta hubiera sido producida ni dolosa ni imprudentemente. En el caso del bofetón, por lo tanto, debería haber respondido el autor por lesión con resultado de muerte, y ello incluso en el caso de que la muerte se produjera sólo por tener la víctima una constitución débil no cognoscible. Sin embargo, incluso en estos delitos cualificados por el resultado era necesario que el autor hubiera introducido mediante el delito base un riesgo nuevo en la organización de la víctima; no bastaba con que desencadenara el riesgo vital general de la víctima, como era el caso, por ejemplo, si la víctima, ofendida, abandonaba el lugar, perdiendo la vida en

un accidente de tráfico. En tal caso, el autor no había elevado el saldo de riesgos de la víctima; pues del mismo modo en que se vió expuesta a los peligros del viaje, quedaba libre de los que la amenazaban de quedarse en el mismo lugar.

Desde hace cincuenta años, el Derecho penal alemán ya no conoce estos delitos cualificados por el resultado, puesto que se introdujo un precepto (§ 56 StGB en la antigua redacción; hoy § 18 StGB) de acuerdo con el cual el resultado debe haberse producido al menos por imprudencia para tener efecto cualificador. Desde entonces, se trata de delitos base dolosos que son cualificados por consecuencias ulteriores producidas al menos por imprudencia. La jurisprudencia y la doctrina científica incluso intentan, en el ámbito de las lesiones con resultado de muerte y de las cualificaciones de configuración análoga, llevar a cabo una ulterior especificación del lado subjetivo del hecho que ahora es necesario también en estos delitos: se considera que ya no basta que concurra *cualquier* imprudencia en la cualificación del delito base doloso por las consecuencias derivadas, sino que, por el contrario, el resultado ulterior —como lo formula la jurisprudencia— debe ser una consecuencia *inmediata* del delito base, con lo que quiere decirse que debe ser el riesgo específico del delito doloso el que produzca la consecuencia ulterior. Se trata, por lo tanto, de un error cuantitativo del autor en lo que se refiere al riesgo del delito base. Dicho con un ejemplo: si el autor, con dolo de lesionar, pero no de matar, golpea la cabeza de la víctima con una maza, fracturándose el cráneo y muriendo la

víctima, estamos ante unas lesiones cualificadas por la muerte; pero no es así si la víctima se desmaya, cae en la calzada y es arrollada por un camión; este último supuesto constituye un concurso ideal de lesiones dolosas y homicidio imprudente y recibe una pena sensiblemente inferior, sólo pena privativa de libertad de hasta cinco años, mientras que en las lesiones cualificadas por producción imprudente de la muerte puede imponerse una pena privativa de libertad de hasta quince años (§§ 222, 223 párr. 1.º, 338 párr. 2.º StGB). Por lo tanto, la vinculación de la ulterior consecuencia producida por imprudencia a un hecho doloso *determinado*, es decir, precisamente a unas lesiones dolosas, se toma plenamente en serio: no tiene efecto cualificante el cálculo equivocado respecto de *cualquier* riesgo, sino sólo *específicamente* del riesgo *conocido*, es decir, abarcado por el dolo.

III. Errores cognitivos *versus* errores volitivos

He esbozado la regulación de las lesiones con resultado de muerte —debiendo ser producida ésta por imprudencia y de modo directo— como consecuencia de la superación de la responsabilidad por el destino o por el resultado, en particular, como producto de la superación de la figura del *versari in re illicita*. Existe otra raíz, a saber, el *dolus indirectus*. Aún habré de volver sobre este punto. Antes de ello, sin embargo, debe profundizarse en la fundamentación de la tesis de partida, de acuerdo con la cual el lado subjetivo del hecho

es una exigencia de una visión del mundo que no toma como punto de referencia —como sucedía antiguamente— el destino, sino mérito y culpabilidad. Por consiguiente, la pregunta decisiva ya no es «¿qué hizo el mundo de tí?», sino «¿qué has hecho con el mundo?». Para hacer algo con el mundo, hay que conocerlo; el mundo social, pero igualmente el mundo natural. Sin orientación sólo se producen resultados casuales. No basta sólo con el conocimiento de que no se debe lesionar a los demás; también hay que saber lo que es «lesionar», es decir, que un golpe fuerte genera daños, que existen venenos y su ingestión lesiona, que las caídas producen lesiones, que la administración de alcohol a niños provoca ebriedad en ellos, etc. Además, es necesario dominar las leyes de la lógica y de las matemáticas. Cuando dos gotas de un medicamento carecen de efecto, diez curan y treinta lesionan, hay que saber contar para obtener resultados planificables, y si se quiere convertir en realidad los planes perseguidos, es imprescindible que se sepa construir el silogismo de que si una sustancia es nociva para todos los seres humanos y X es un ser humano, la sustancia es nociva para X.

Dicho en otros términos: cuando una persona tiene la voluntad de conducirse de modo acorde con la norma, sólo lo logrará si, además, en primer lugar conoce el tenor de la norma y, en segundo lugar, cómo se cumple ésta. A pesar de que las tres condiciones —voluntad de observancia, conocimiento de la norma, orientación acerca del decurso del mundo natural y de las leyes de la lógica y de las matemáticas— son equi-

valentes respecto del producto de la observancia de la norma, su concurrencia no es garantizada del mismo modo. Por el contrario, la regla que rige es que un defecto de voluntad en principio fundamenta responsabilidad, mientras que un defecto de conocimiento exonera de responsabilidad. En un ejemplo: dos personas lesionan a otra dándole alimentos envenenados; la primera declara de modo creíble que está segura de que volverá a actuar de ese modo, ya que odia profundamente a la víctima, de modo que no puede tener una voluntad distinta; la segunda explica, de modo igualmente creíble, que no sabía que la comida estaba envenenada. ¿Cuál es la consecuencia? La primera persona será penada con especial rigor por su encastillamiento, la segunda, en cambio, en todo caso por un hecho imprudente. Por lo tanto, el ordenamiento jurídico asegura vigorosamente la corrección volitiva de una conducta y sólo de modo débil la corrección cognitiva de un comportamiento, y ello sucede a pesar de que las lesiones y los homicidios imprudentes son mucho más frecuentes que los hechos dolosos, de modo que pudiera parecer que el hecho imprudente es el tipo de conducta más peligroso de ambos.

Si se inquiere acerca de la razón de tal diferencia, en la mayoría de los casos se contesta que ésa es sencillamente la diferencia entre dolo e imprudencia; que el primer autor ha visto lo que hacía, mientras que el segundo no. Ahora bien, *eso* no es una respuesta, sino una mera reiteración del problema, a saber, de por qué un no-querer pesa más que un no-saber. La solución se muestra si se pregunta por las consecuencias generales

de un no-querer y de un no-saber. Quien ve lo que hace, y asume la lesión de otro, o incluso la persigue, ha integrado esa lesión de tal modo en su cálculo de costes y beneficios que el saldo le convenga. Aunque la lesión no le resulte directamente útil, el riesgo de su producción pesa menos que el interés en la ejecución del comportamiento, como demuestra la ejecución realizada. Por lo tanto, el autor que actúa en conocimiento de lo que va a acontecer procede de modo racional de acuerdo con *sus* máximas de conducta. La situación es distinta cuando el autor no ve lo que hace: en tal caso, no es seguro que no se lesione a sí mismo, y si no resulta afectado él directamente, sí quizás otro cuya lesión no persigue, o, quizás, cuya incolumidad le importa mucho. Dicho en términos ejemplificativos, quien preparara una comida envenenada sin sospechar nada quizás coma él mismo de ella o se la sirva a sus hijos, e incluso cuando el receptor le resulte indiferente, por ejemplo, cuando el alimento es servido a un desconocido cualquiera en un restaurante, el daño del cliente no le aporta ventaja alguna, sino sólo problemas. Hace falta mucha suerte para progresar en la vida mediante ignorancia; por lo general, amenazará el riesgo de una *poena naturalis* (de un curso natural lesivo), y por ello socialmente la ignorancia se equipara con incompetencia. Dicho en pocas palabras: las leyes de la naturaleza, de la lógica y de las matemáticas tienden a estabilizarse —no en todos los casos, pero sí en general— por sí mismas, ya que aquel que persiste en desconocerlas fracasará con toda certeza en la ejecución de sus planes. *Ésta* es la razón del efecto exoneratorio del

defecto cognitivo, al menos en lo que se refiere al desconocimiento de la realización del tipo.

Visto desde esta perspectiva, no es difícil explicar por qué se pena menos en el ámbito de la imprudencia; por el contrario, aparece la necesidad de explicar por qué se pena en este caso. Hay tres razones que mencionaré brevemente: *en primer lugar*, se trata de no poner a arbitrio de los individuos la dimensión del riesgo que se corre respecto de bienes propios y ajenos. En un ejemplo: un conductor aficionado a los *rallies* amante del riesgo no aprenderá la máxima de riesgo oficial del tráfico viario sin insistencia, tampoco un empresario especialmente consciente de los costes las máximas que rigen en materia de seguridad en el trabajo. *En segundo lugar*, se pretende establecer un conocimiento mínimo de la peligrosidad, especialmente en aquellos casos en los que es poco frecuente que exista una vivencia individual del peligro. Además, se pretende evitar que un autor considere, por razones aparentes, inocuo un comportamiento oficialmente considerado peligroso. También aquí un ejemplo: conducir un automóvil en un estado de ebriedad moderado no es arriesgado en el caso individual. Sólo la acumulación de esas conductas genera un riesgo de densidad relevante. Pero esa acumulación sólo puede evitarse si todos conocen el riesgo, y ese conocimiento nunca podría alcanzarse si hubiera que esperar a la vivencia individual del peligro. *En tercer lugar* —y ésta es probablemente la razón principal—, la punición de los hechos imprudentes está destinada a impedir que el autor aprenda de modo selectivo, es decir, que aprenda exclusivamente la evi-

tación de situaciones que comporten un riesgo de autolesión, y no de aquellas que generan un riesgo de heterolesión. En caso de hacerse este uso selectivo del cuidado, la imprudencia se convierte en dolo indirecto, cuestión sobre la que aún habrá que volver.

Cabe trasladar *cum grano salis* la argumentación relativa al desconocimiento de la realización del tipo al desconocimiento del injusto, esto es, al caso del llamado error de prohibición o de mandato. No puede suceder que un miembro —dotado de capacidades normales— de la sociedad moderna desconozca la prohibición de matar sin justa causa, o de lesionar, o de robar, o de realizar actos de alta traición, debiéndose ese desconocimiento a un descuido producido por un estado de excitación o una situación de sobrecarga personal, etc., y ello es así porque tales modalidades de conducta sólo son susceptibles de ser aprendidas como comportamientos injustos. Al contrario: solamente cabe imaginar errores en aquel ámbito que no se encuentra marcado por las instituciones determinantes de la socialización, es decir, aquel campo que es configurado por el Derecho *exclusivamente positivo*. En este contexto, cabe pensar sobre todo en los casos en los que se desconozca la obligatoriedad de obtener licencia administrativa —desde la perforación de pozos, pasando por la venta de elementos químicos peligrosos, hasta la organización de una lotería.

Este Derecho positivo debe asumirse como venga configurado. Si, *partiendo del reconocimiento, por principio,* del *deber de observarlo,* el sujeto incurre en un error de Derecho, entra en una situación que no puede

generarle ventaja alguna: tiene que asumir que se tomarán medidas policiales en contra de su persona, que se le procesará en la jurisdicción criminal, y que sucederán más cosas, a pesar de que quería mantenerse en el ámbito de la legalidad. Visto desde esta perspectiva, al igual que en el caso de la imprudencia típica, la cuestión a plantear no puede ser por qué se pena de modo atenuado, sino por qué siquiera se impone pena alguna. En estos supuestos de desconocimiento evitable del injusto, la respuesta se corresponde plenamente con la ofrecida respecto de la imprudencia típica: para garantizar determinados conocimientos mínimos, para minimizar el riesgo de que se produzcan errores y para evitar los aprendizajes selectivos, es decir, para procurar que el Derecho se conozca aun cuando su observancia *sólo* sea útil a *otras* personas.

En consecuencia, por regla general las personas, en interés propio, se ocupan ellas mismas de procurarse un *conocimiento* suficiente. Es por esta razón que un déficit cognitivo puede resultar exonerante, dicho con mayor exactitud: que se atenúa la pena en caso de concurrir un error evitable. Ahora bien, las personas no se ocupan en absoluto por interés propio de la obtención de una *voluntad de observancia de la norma*, como todo hecho delictivo demuestra. No se puede vivir en contra de la naturaleza, de la lógica, de las matemáticas, al menos no de modo planificado; pero sí en contra del ordenamiento jurídico, desde luego, con tal de tener cuidado de no ser atrapado. Por esta razón, las normas jurídicas tienen un punto débil constitucional: existe la posibilidad —sin la consecuencia de desventajas inelu-

dibles— de no querer cumplirlas. Dicho en un ejemplo: quien parta de que dos y dos suman siete, pronto fracasará, pero quien se conduzca como si para él no rigiera la prohibición de estafar, puede hacerse rico si sabe ocultarse con habilidad. El Derecho conoce esta debilidad, e impone, para compensarla, a toda persona el deber de procurarse una voluntad suficiente de observar la norma, de alcanzar la suficiente fidelidad al ordenamiento jurídico. En el ejemplo antes mencionado, en el que el autor alega que se vió obligado a realizar el hecho debido al odio que siente, y que volverá a ejecutarlo siempre que se den las mismas circunstancias, el Derecho replica, por tanto: y si lo haces, esas ejecuciones te incumbirán a tí. Esta competencia respecto de la propia voluntad es en terminología jurídico-penal funcional lo que en otros ámbitos se denomina «libre albedrío» —dicho sea esto de paso.

IV. Defectos cognitivos por defectos volitivos

La contraposición entre defectos cognitivos y defectos volitivos deja abierto un problema: ¿cuál es la situación cuando el defecto volitivo, que no exonera, es la razón de un defecto cognitivo, que de por sí sí exonera? Esta situación psíquica, que a primera vista puede parecer una construcción bastante artificial, en realidad se refiere a un fenómeno cotidiano: a alguien un determinado conocimiento sencillamente no le interesa, por lo que no piensa en absoluto en el ámbito en cuestión. Esta indiferencia no es un proceso psíquico,

sino la ausencia de tal proceso, concretamente, de la ausencia de al menos una fidelidad latente al ordenamiento jurídico, susceptible de ser desencadenada. *Lessing* (Emilia GALOTTI, IV/3) ha explicado con gran acierto el concepto: «El alma sólo es indiferente frente a aquello en lo que no piensa, sólo frente a una cosa que para ella no es una cosa». Un ejemplo: todos ustedes saben que de acuerdo con las reglas del islam está prohibido el consumo de carne de cerdo. En la medida en que no se sientan próximos a esta religión: ¿han pensado en la prohibición la última vez que comieron carne de cerdo? ¡Con bastante certeza que no! Ahora les ruego que se coloquen en el punto de vista de un juez de esa religión: ¿debe exonerarles su desconocimiento por desinterés? Entonces, sería de mejor condición el sujeto indiferente que el escrupuloso que infringe la prohibición entre dudas y con mala conciencia. —Una consecuencia extraña.

Trasladaré el ejemplo mencionado al Derecho penal moderno, para lo que propondré tres casos, dos con desconocimiento del tipo por indiferencia y uno con desconocimiento de la prohibición generado también por indiferencia: (1, una omisión) después de un accidente en una mina, el ingeniero responsable no hace nada, sabiendo que las máquinas encerradas bajo tierra, aparatos valiosos y de difícil reposición, se estropearán; no piensa en los trabajadores atrapados, porque hay muchos y por ello no merece la pena preocuparse por ellos. —(2) Una persona lanza al suelo en un aparcamiento una botella de vidrio, que se rompe. Por falta de interés, no piensa en que los cristales pueden

destruir las cubiertas de un vehículo. —En ambos casos, la pregunta es: ¿desconocimiento de hechos, que exonera, o un defecto volitivo, que no exonera? —Ahora pasemos al desconocimiento de la norma—: (3) en una fiesta en la que se distribuyen diversos tipos de drogas, a uno de los invitados se le ofrece una droga más bien ligera; él la toma y la consume, no pensando —por desinterés— que esa conducta infringe las normas jurídicas en materia de sustancias estupefacientes.

En todos los casos, se trata del mismo fenómeno: el autor no registra determinadas cualidades de su comportamiento porque éstas no le interesan. Se trata de cualidades de las que depende lo delictivo del comportamiento, esto es, bien un elemento del tipo (las vidas humanas amenazadas en el caso del accidente minero; el peligro de daños en el caso de los cristales), bien lo injusto del comportamiento en sí mismo (la infracción de las normas jurídicas relativas a las sustancias estupefacientes), pero al autor eso le da igual. A diferencia de lo que sucede respecto de un autor de un hecho imprudente, quien, avisado de su error antes del hecho, modificaría, asustado, su comportamiento, el autor que aquí interesa contestaría, encogiendo los hombros, «¿y qué?». Por consiguiente, el error del autor del hecho imprudente se contrapone al desinterés del indiferente.

Ya ARISTÓTELES se ocupó del problema (*Ética nicomaquea* 1110b); distingue en función de cómo se conduzca el autor *después* del hecho: quien actúa en desconocimiento y lo lamenta después del hecho debe ser tratado con mayor condescendencia que aquel que no

siente malestar alguno, es decir, que es —lo que ARISTÓTELES determina en una perspectiva *ex post*— indiferente. Otro intento de solución se produjo en la dogmática jurídico-penal de los siglos XVII a XIX mediante la figura jurídica del dolo indirecto. La idea que se halla en la base de ésta era la siguiente: quien actúa con malicia contra otro (es decir, de modo evidente carece de interés en el bienestar de éste) no será penado de modo atenuado aunque no haya pensado en determinadas consecuencias palmarias de su conducta. Especialmente Benedict CARPZOV, quien enseñaba a mediados del siglo XVII (murió en 1666), defendió la opinión de que quien con malicia produce una lesión que por sus características necesariamente ha de conducir a la muerte, tiene dolo de matar aunque no haya reflexionado acerca de la consecuencia mortal de su acto. Esta opinión aún aparece en el hegeliano MICHELET, en el primer tercio del siglo XIX (1828), y, por lo demás, ha dejado huellas en la teoría de la imputación de HEGEL. No fue hasta el psicologicismo de FEUERBACH que se puso fin a esa doctrina. Los resultados demasiado escandalosos son evitados en Derecho penal alemán gracias a los delitos, ya mencionados, en los que una consecuencia grave producida por imprudencia tiene efecto cualificador.

Por lo demás, en este campo el Derecho penal alemán no ofrece una buena imagen. Existen dos regulaciones del desconocimiento, una relativa al desconocimiento del tipo y otra que se refiere al desconocimiento del injusto (§§ 2, 16, 17 StGB). El precepto relativo al desconocimiento del injusto establece que no se

penará cuando el desconocimiento del injusto sea inevitable; que en caso de desconocimiento evitable se prevé una atenuación facultativa. Esta regulación elástica tiene en cuenta el problema de la indiferencia frente al ordenamiento jurídico —pues no se atenuará en estos supuestos, mientras que sí que hay que atenuar cuando la desorientación es debida a un error. La regulación respecto del desconocimiento del tipo es distinta: quien no conoce la realización de los elementos de un tipo, sea por las razones que sea, incluso aunque ello se deba sencillamente a la indiferencia del autor, en todo caso puede ser penado por delito imprudente, y esto significa que ello sólo puede suceder cuando exista un tipo imprudente, siendo mucho menos frecuentes estos tipos que los previstos para hechos dolosos, y previendo los primeros por regla general penas mucho más leves. A modo de ejemplo: la pena máxima para el homicidio imprudente es de cinco años de prisión, lo que es la pena mínima para el homicidio doloso. Refiriendo esta situación legal a los tres ejemplos mencionados, ello significa lo siguiente: de acuerdo con el Derecho penal alemán, en el caso del accidente en la mina se trataría de un mero homicidio imprudente por omisión; en el caso de los cristales, el autor sería impune, ya que los daños sólo se penan en caso de comisión dolosa; en el caso de desconocimiento del injusto respecto de la ingestión de drogas, en cambio, no se produciría atenuación, ya que el precepto aplicable, como se dijo, no contiene un deber de atenuar, sino sólo la facultad de proceder de ese modo, no existiendo en el caso razón para hacer uso de esa posibilidad.

V. Significado subjetivo y objetivo del hecho

Lo dicho hasta el momento aún ha de introducirse en la teoría del conjunto del Derecho penal. Como he expuesto en otro lugar, la pena sirve para el mantenimiento de la vigencia de la norma: el hecho no se entiende como mero suceso fáctico, sino como acontecimiento portador de un sentido, de un significado en la comunicación, y este entendimiento es igualmente aplicable a la pena, siendo ésta una contradicción de la afirmación del autor de que no tiene por qué preocuparse de las normas, de que no tiene que ocuparse de alcanzar fidelidad al ordenamiento jurídico. Si se examina la afirmación del autor con mayor detenimiento, se observa, en primer lugar, que el autor que actúa con dolo y conciencia de antijuridicidad sabe lo que «dice», dicho con mayor precisión, que transmite como sentido objetivo en la comunicación que la norma no es obstáculo para realizar el tipo. El sentido objetivo y el subjetivo coinciden, de modo que no existe posibilidad de distanciar al autor del significado objetivo de su comportamiento. La situación es distinta en el caso del autor que yerra de modo evitable, actuando en imprudencia típica o en un error acerca de lo injusto de su comportamiento. Objetivamente, expresa el mismo significado —que no tiene por qué respetar las normas—, pero subjetivamente no es eso lo que quiere decir, como se percibe ya por el hecho de que —como antes se ha expuesto— ha generado el riesgo de una *poena naturalis*; pues este riesgo es la consecuencia cognitiva de una infracción de la norma no querida. Ciertamente: no sólo el autor que actúa con pleno conoci-

miento, sino también aquel que yerra de modo evitable carece de suficiente fidelidad al ordenamiento jurídico; pues de lo contrario, el error no sería evitable. Pero en el caso de la persona que actúa con conocimiento para alcanzar la conducta debida sólo falta la voluntad correcta, en la persona incursa en error falta ésta y falta la corrección de una prestación cognitiva defectuosa, esto es, del error. Dicho de otro modo: en el caso del conocimiento, se trata de un defecto volitivo abierto, en el error éste se oculta detrás de un defecto cognitivo.

Volvamos al sujeto indiferente. ¿Conoce el significado objetivo de su conducta? Evidentemente, no, pues no piensa en él. ¿Yerra? De modo igualmente evidente, no, pues la producción del injusto no le sorprende, ya que, precisamente, le es indiferente lo que suceda. Pero a falta de sorpresa, tampoco puede haber *poena naturalis*, y a falta de autolesión, al indiferente tampoco se le atribuye incompetencia, de modo que debe seguir imponiéndose la pena completa, lo que —como se ha expuesto— en Alemania sólo es posible, de acuerdo con el Derecho positivo, en el caso de indiferencia frente al ordenamiento jurídico, mientras que en la hipótesis de indiferencia frente a la realización del tipo, de acuerdo con una interpretación prácticamente unánime, despararece la pena por hecho doloso —una regulación insatisfactoria—.

VI. Esbozo: imputabilidad; exigibilidad de fidelidad suficiente al ordenamiento jurídico

Al principio de estas reflexiones se expuso que el Derecho penal moderno no se vincula al destino, sino a un fracaso culpable en la configuración del mundo, es decir, a la falta de fidelidad al ordenamiento jurídico. Quien yerra inevitablemente no fracasa de modo culpable, sino que puede invocar los condicionamientos inevitables de la naturaleza, de los que no ha de responder. Lo que se ha tratado hasta ahora, dolo, imprudencia, y, al menos cognoscibilidad del injusto, por ello no tiene *per se* significación jurídico-penal —*per se,* de lo que se trata es de hechos o disposiciones psíquicos, es decir, de naturaleza—, sino en cuanto indicador del elemento en el que culmina la imputación jurídico-penal: falta de fidelidad al ordenamiento jurídico.

Pero no basta con el mero conocimiento o la mera cognoscibilidad. Si se toma el hecho en su significado comunicativo, entonces sólo puede cometer un hecho delictivo quien es tomado en serio con sus aportaciones, y eso significa: ni los niños, ni los sujetos que padecen enfermedades mentales u otros seres humanos gravemente perturbados. El conflicto provocado por los hechos de este tipo de autores no se refiere a la vigencia de la norma, sino a la seguridad de los bienes. El hecho no puede entenderse como afirmación configurada personalmente, sino sólo como expresión de un patrón objetivo que marca a la persona (y, en esta medida, el autor no es persona en sentido estricto); por ello, la reacción —como en el caso de una catástrofe

natural— es puramente cognitiva: educar, sanar, custodiar. No procede profundizar aquí en este punto.

En el contexto actual, resulta más interesante el ámbito de la llamada inexigibilidad. Se trata de casos en los que el autor está expuesto a una especial coacción para cometer el hecho, pudiendo ser reconocido esta coacción en algunos contextos, pero en otros de ninguna manera. El ejemplo más famoso que cabe extraer de la filosofía social es el caso imaginado por el filósofo griego CARNEADES, en el que después de un naufragio uno de los supervivientes aparta a otro de la tabla salvadora para sobrevivir él asido a ella. ¿Cabe exigir al autor otra conducta? Por un lado, se puede poner el acento en la persona en Derecho, en el titular de derechos y deberes, y entonces hay que contestar la pregunta de modo positivo: no hay justificación alguna; el autor no es un niño y tampoco padece una enfermedad mental; por lo tanto, ha de cumplir la norma y concurre un hecho culpable. Sin embargo, por otro lado, cabe destacar a la criatura, al ser humano con su miedo: el miedo por su vida convierte a muchas personas en criaturas. ¿De qué sirven en tales situaciones las normas del Derecho penal? Por consiguiente, domina lo natural, no lo configurado en el plano personal; no hay culpabilidad. ¿Cuál de las líneas de argumentación debe elegirse?

Probablemente la mayoría de los ordenamientos jurídicos evolucionados eligen ambas líneas y diferencian en función del contexto: si se trata de una situación especial, no susceptible de generalización, se destaca la naturaleza, es decir, se exculpa. Pero si una

exculpación perturba el orden establecido, sea que hay que temer la extensión de la situación, sea que se eluden los procedimientos previstos para la solución de conflictos, la observancia de la norma sigue siendo exigible. Dicho a través de un ejemplo: quien ha generado el peligro de modo imputable no es exculpado; de lo contrario, habría que temer que se produzca una generalización, puesto que cualquiera que no hubiera tenido una previsión razonable podría trasladar los costes a los demás, si bien no de modo conforme a Derecho, sí al menos quedando exculpado. Entonces, quien en una travesía en un velero no lleva chaleco salvavidas, no puede contar con que se le trate con indulgencia si le quita a otro el chaleco en caso de necesidad. Más allá de esto, no se exculpa a las personas que deben soportar peligros en cuanto personas alcanzadas por un deber especial: soldados, bomberos y otros que participan en emprendimientos arriesgados. De lo contrario, no se podría organizar un ejército ordenado o un servicio de protección civil ordenado. Además: quien sólo tiene derecho a trasladar los riesgos de su ámbito mediante un determinado procedimiento, no resulta exculpado si abandona éste. Por lo tanto, no se exculpa ni siquiera al detenido o preso que, estando privado de su libertad siendo *inocente*, lesiona o incluso mata a uno de sus guardianes para salvar su libertad; queda limitado a los recursos y derechos establecidos por el Derecho procesal, ya que de lo contrario, en lugar de administración de justicia habría caos.

Por lo tanto, nunca es el miedo sólo lo que exculpa, sino siempre el miedo en un contexto en el que la

indulgencia no perturba el orden; entonces, se representa como naturaleza que no se puede dominar. En otros casos, un miedo de idéntica intensidad no impide la constatación de un defecto de fidelidad al ordenamiento. Entre todas las teorías de la culpabilidad, sólo el concepto funcional de culpabilidad puede explicar este tratamiento ambivalente del miedo, es decir, aquel concepto que infiere la culpabilidad de la necesidad de reaccionar frente a una perturbación social por medio de la imputación a un autor.

La argumentación respecto del autor por convicción debe ser muy próxima; en su caso, no puede hablarse de una exculpación plena, pero dependiendo del contexto sí de una disminución de la culpabilidad. En este ámbito, no es lo mismo que un miembro de una determinada confesión religiosa, por lo demás, un sujeto plenamente integrado, en una situación puntual no cumpla con *uno* de sus deberes por su fe, que un terrorista combata globalmente al Estado por sus convicciones —no necesariamente de menor calado que la fe— políticas. Aquello que en el caso del primero puede ser considerado con indulgencia en cuanto conflicto de conciencia, se le atribuye como causa de agravación, en cuanto actitud recalcitrante, al segundo: precisamente, el actuar por convicción. La decisión no depende primariamente de la medida del conflicto individual en el autor —del peso de su convicción—, sino de la posibilidad de representar el hecho como poco amenazante, no susceptible de generalización, o como hecho peligroso. ¿Cuándo falta, entonces, la fidelidad al ordenamiento de modo pleno? Cuando el orden no puede

resolver el conflicto de otro modo que imputando plenamente y penando a un autor.

Por lo tanto, en la exigibilidad la situación es que un hecho psíquico —el miedo, o una convicción incompatible con el cumplimiento de la norma jurídica— *puede* ser un indicador de naturaleza plena o parcial, es decir, de ausencia de culpabilidad o de culpabilidad atenuada; que el hecho sea un indicio, sin embargo, depende del contexto. Si el tener en cuenta el miedo perturba el orden, la naturaleza no se discute.

VII. Resumen

1. El mundo moderno no conoce un sentido en la naturaleza. Por ello, ya no existe responsabilidad por el destino, sino sólo responsabilidad por la configuración planificable del mundo (II).

2.a) La planificación requiere orientación. Que haya orientación acerca del estado del mundo social y del natural queda asegurado ya por el interés propio de los agentes: de lo contrario, no alcanzan sus objetivos. Por consiguiente, los defectos cognitivos en principio son perdonables.

b) La necesidad de observar fidelidad al ordenamiento jurídico no es susceptible de prueba; por ello, el Derecho traslada la tarea de procurarse suficiente disposición para cumplir la norma a las personas individuales. Los defectos volitivos son imperdonables (III).

3. Los defectos cognitivos basados en la indiferencia —un defecto volitivo— son igualmente imperdo-

nables. En esta medida, el Derecho penal alemán procede de modo asistemático (IV, V).

4. *Que algo sea exigible o inexigible no* depende tanto de la intensidad de una situación de necesidad como de la posibilidad de resolver el conflicto como producto de la naturaleza. Especialmente en aquellos casos en los que existen determinados procedimientos para la solución de un conflicto, éstos tienen preferencia y la exculpación (la resolución a través de la naturaleza) queda excluida (VI).

VIII. Observaciones sobre la bibliografía

Respecto del principio de culpabilidad: Arthur Kaufmann, *Das Schuldprinzip,* 2.ª edición, 1976; Günther Jakobs, *Estudios de Derecho penal,* 1997, págs. 365 y ss.; *ibid.* pág. 380 nota 26 referencias respecto de la teoría del *versari in re illicita*; respecto del dolo indirecto próximamente *idem*, en Libro homenaje a Bacigalupo; sobre los delitos compuestos de dolo e imprudencia, *idem, Derecho penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación,* 1995, 9/28 y ss.; respecto de la delimitación de defectos volitivos y cognitivos cfr. *idem, Estudios, op. cit.*, págs. 127 y ss.; sobre la exigibilidad Claus Roxin, *Der entschuldigende Notstand nach § 35 StGB,* JA 1990, págs. 97 y ss., 137 y ss.; Gerhard Timpe, *Grundfälle zum entschuldigenden Notstand (§ 35 StGB) und zum Notwehrexzeß (§ 33 StGB),* JuS 1984, págs. 859 y ss., JuS 1985, págs. 35 y ss., 117 y ss.; Günther Jakobs, *Derecho penal, op. cit.*, 20/1 y ss.; respecto del autor por convicción *idem*, 20/20 y ss.

CAPÍTULO 4: ACTUAR Y OMITIR *

COMENTARIO PREVIO

La configuración de la sociedad es construida mediante instituciones, es decir, como formularé de modo genérico, a través de contextos normativos consolidados, entre los cuales aquí son de interés los contextos *jurídicos*, y, dentro de éstos, aquellos dos en los que queda condensada el conjunto de la imputación jurídico-penal: por un lado, aquel contexto de acuerdo con el cual el derecho *general* a una organización libre se corresponde con el deber de no lesionar a otros en el curso de tal organización, y, por otro lado, el contexto entre un *status especial* y deberes (y derechos) espe-

* Título alemán: «Tum und Uterlassen» (manuscrito). Traducción de Manuel CANCIO MELIÁ (Universidad Autónoma de Madrid).

ciales. Ambas situaciones serán objeto de una exhaustiva explicación.

Ahora interesa con carácter previo que la institución mencionada en primer lugar genera los deberes habitualmente denominados *negativos:* deberes de no lesionar, por ello, «negativos». La segunda institución genera además deberes *positivos*, es decir, deberes de auxilio solidario. Un ejemplo de deber negativo está en la prohibición general de lesionar a otras personas, un ejemplo de un deber positivo en el mandato dirigido a los padres de evitar que su hijo sufra daños.

En primer lugar, abordaré en la primera parte, más extensa, los deberes negativos, es decir, aquellos de no lesionar, y, a continuación, de modo más breve en la segunda parte los deberes positivos de llevar a cabo una conducta solidaria.

1.ª Parte. Deberes negativos

A) *Equivalencia de actuar y omitir*

La tradición no nos dice a qué dedicaban Adán y Eva en el paraíso aquella parte de su tiempo que no consumieran alabando, en su caso, a Dios; sí sabemos, en cambio, lo que les esperaba en este ámbito después de su expulsión y desde entonces es destino de todo ser humano: esfuerzo y trabajo, o, como dice el Génesis, ganar el pan con el sudor de su frente, es decir, llevar a cabo una actividad con esfuerzo, pues no se suda de no hacer nada.

Ahora bien, el pan diario, o, dicho de modo más

general, el bienestar no se procura mediante un permanente actuar —eso no sería más que hacer ciegamente cosas por hacer algo—, sino con una organización ordenada, y ésta, a medio o largo plazo, siempre se compone de una mezcla de actuar y omitir: hay algunas acciones que deben ser ejecutadas y determinadas otras que precisamente no deben ser realizadas. Dicho a modo de ejemplo: quien quiere sembrar en primavera, debe separar simiente en el otoño previo y no debe comérsela en invierno aunque el alimento sea escaso y por ello la tentación de consumirla grande. Para llevar el asunto al mundo jurídico, imagínese que el legislador de un país ha establecido todo lo necesario para la siguiente siembra. Desde el punto de vista de la lógica de las normas, se trata entonces, por un lado, del *mandato* de separar de la cosecha la simiente; este mandato es cumplido mediante determinadas acciones, es decir, la separación, y se infringe cuando se omiten tales actos. Por otro lado, se promulga una *prohibición*, concretamente, de comer la simiente, y esta prohibición es cumplida mediante una omisión, es decir, la omisión de comer, y es infringida por un determinado actuar, es decir, por el consumo.

En el ejemplo, se han seleccionado un solo mandato y una sola prohibición; es fácil mencionar algunos más, como por ejemplo, los mandatos de almacenar la simiente de modo adecuado, o de evitar que accedan a ella ratones y ratas, etc., o las prohibiciones de vender la simiente, o alimentar con ella a los animales, etc. Los mandatos se infringen no ejecutando las acciones mandadas (la simiente no es almacenada de modo adecua-

do, no se expulsa a los animales nocivos) —en cada caso, un delito de omisión— y las prohibiciones, llevando a cabo precisamente las acciones que no deben ser (la simiente es vendida o usada para alimentar a los animales) —en cada caso, un delito de comisión—.

No sólo esta transición entre actuar y omitir, sino también el carácter intercambiable, la equivalencia de ambas modalidades de conducta, pueden ser representadas fácilmente en el ejemplo del conductor de un automóvil: cuando, circulando el vehículo a alta velocidad, aparece repentinamente un obstáculo, la norma le *manda* frenar o esquivar el obstáculo, e incluso en caso de estar despejada la vía, le *prohíbe* acelerar el automóvil por encima de la velocidad máxima permitida. En este contexto, en el caso concreto, a su vez puede depender del equipamiento técnico que se trate de un *mandato* o de una *prohibición*; así, por ejemplo, si una señal de tráfico ordena una reducción de la velocidad, le está *prohíbido* al conductor acelerar su vehículo; si, sin embargo, éste cuenta con un mecanismo automático de mantenimiento de una determinada velocidad, existirá el *mandato* de reducir el valor alto indicado previamente al mecanismo de control de la velocidad.

La equivalencia entre actuar y omitir acabada de esbozar no sólo existe, como es evidente, en la organización de fines socialmente útiles, sino también en la de fines socialmente lesivos, en particular, de infracciones criminales. Para mostrar esto, cabe recurrir al ejemplo mencionado en último lugar: si el automovilista, que se aproxima a gran velocidad, reconoce a su ene-

migo en un peatón que cruza la calle, por ello, no frena su coche y produce así la muerte del peatón, se trata de un homicidio por omisión; si, por el contrario, el vehículo ya está perdiendo velocidad cuando el conductor reconoce a su enemigo, y aquél acelera para alcanzar aún a éste, concurrirá un homicidio por medio de un actuar. Más importante que esta distinción entre actuar y omitir es lo que ambas modalidades de conducta tienen en común: ambas son una organización del autor.

De acuerdo con lo expuesto, sería evidentemente erróneo considerar que la responsabilidad jurídico-penal por un actuar es la forma primaria de responsabilidad e intentar inferir la responsabilidad por omisión de la primera, de modo más o menos tortuoso (aunque esto se intenta con frecuencia). Ciertamente, en un sentido externo, prácticamente cualquier empresa ha de comenzar con un actuar; primero hay que adquirir y domar a los animales, las máquinas primero han de ser construidas y puestas en marcha, las instalaciones industriales han de establecerse y activarse antes de que esas cosas e instalaciones puedan trabajar para uno, pudiendo omitir actos propios. Pero desde el punto de vista jurídico, no es decisivo qué es lo que fácticamente suele estar al comienzo de una actividad, sino aquello que mantenga una relación de equivalencia funcional, y lo cierto es que depende del estado de la organización de una persona —de un estado que es casual— que ésta deba intervenir actuando o que sólo deba esperar para configurar una organización que persigue un determinado objetivo.

B) *El deber de aseguramiento en el tráfico jurídico como caso básico*

1. Fundamentación del deber

Para llevar a cabo una exposición más exacta, es necesario determinar cuándo y en qué medida una persona es responsable de las modificaciones en el mundo hechas (actuar) o toleradas (omitir) por ella. La persona debe concebirse como titular de derechos y deberes, y en lo que se refiere a los derechos, llegan desde la propiedad sobre uno mismo, es decir, de alma y cuerpo, pasando por otros derechos absolutos (y esto significa: susceptibles de ser defendidos en legítima defensa), como, por ejemplo, el derecho a tener trato con los hijos propios o el derecho al uso del dominio público. Todos y cada uno de los derechos tiene un alcance determinado, delimitado por el hecho de que las demás personas tienen derechos. Dicho a modo de ejemplo: aunque tenga derecho a proceder a mi arbitrio con mi patrimonio, no lo puedo usar para destruir la propiedad de otras personas. La suma del alcance respectivo de todos los derechos constituye el ámbito de organización jurídicamente garantizado de una persona; por lo tanto, este ámbito es mucho más que el mero alcance de la actividad corporal, sino que, por el contrario, se extiende a todo aquel campo en el que la persona puede lícitamente excluir a otras personas, es decir, que abarca también el conjunto de la propiedad sobre muebles e inmuebles, y ello incluso aunque no exista un uso actual.

Mientras una persona se mueva dentro del ámbito

de organización que le corresponde, desde el punto de vista jurídico, todo está en orden. Sin embargo, puede suceder que una persona haga uso de ese potencial que le corresponde para irrumpir en un ámbito de organización ajeno, es decir, para usurparlo; dicho con un ejemplo: la mano de una persona, es decir, su propiedad, ahoga a otra persona, o clava un puñal en su pecho, o la persona azuza a un perro contra otra persona, etc. En tales casos, la persona hace uso de su cuerpo —su propiedad— de un modo ya no permitido en detrimento de otros, y la otra persona puede lícitamente repeler tal uso —dependiendo del contexto— conforme a las reglas de la legítima defensa o del estado de necesidad defensivo, aunque sólo cuando exista una amenaza actual que se cierna sobre ella, y en algunos casos en ese momento ya es demasiado tarde, y quizás, de todos modos, la persona es demasiado débil. *Antes* de que exista una amenaza actual, la víctima potencial ni debe ni puede dirigir, ni siquiera vigilar, lo que el autor emprenda. Pues mientras el autor no lleve su actividad fuera de su ámbito de organización, puede lícitamente excluir a todos los demás de la administración de sus derechos. Debido a esta libertad del potencial autor a administrar sus derechos de modo autónomo, libre de obstáculos y supervisión, la víctima potencial queda excluida de toda influencia en aquel sector del mundo, incluso de toda toma de conocimiento, de mero control, del estado de cosas en su organización. Dicho de otro modo: en una primera fase, la potencial víctima no tiene derecho a hacer nada, y, además, en la mayoría de los casos, no sabrá lo suficiente para poder hacer algo, y en el momento en el que sepa lo suficien-

te y tenga derecho a defenderse, como antes se ha dicho, quizás la defensa ya no sea posible, o quizás la víctima no esté de por sí en condiciones de repeler la intromisión.

En correspondencia con esta exclusión de los demás de la administración de los derechos de un potencial autor, a éste se le impone la responsabilidad por su autoadministración: *la responsabilidad por las consecuencias es condición de la libertad de comportamiento.* Ésta es la razón de la existencia de responsabilidad tanto por un hacer como por un omitir en el ámbito de los deberes negativos.

En lo que se refiere a un delito de comisión, ello significa que mientras que una persona organice libremente su cuerpo, es decir, no sea violada, será garante de que su mano no ahogue a otro o apriete el gatillo de una pistola o incendie la casa del vecino, etc. Por lo tanto, también el autor por comisión infringe un deber de garante; lo que sucede es que esa constatación por regla general (aunque no siempre) es tan trivial que resulta superfluo realizar un ulterior análisis: ¿quién iba a responder de «manos y pies», si no su titular, mientras pueda organizar con libertad? Dicho de otra manera, la responsabilidad por un actuar, por comisión, no es otra cosa que una responsabilidad por la infracción del deber de aseguramiento en el tráfico de la persona respecto de sus movimientos corporales, y ello en un doble sentido: no sólo está prohibida la ejecución de aquellas acciones que desde un principio son susceptibles de ser identificadas como lesivas, por ejemplo, una cuchillada en el tórax, sino que también

debe interrumpirse un movimiento que, pareciendo inicialmente inocuo, más tarde sí demuestra ser lesivo; en este sentido, ha de omitirse el disparo a la diana cuando una persona entra en el campo de tiro.

2. En particular: el deber de aseguramiento en el tráfico jurídico como mandato

La conclusión alcanzada es susceptible de ser trasladada, sin fractura alguna, al ámbito de la omisión: un ámbito de organización por regla general no sólo está compuesto por un cuerpo animado, sino que de él forman parte ulteriores propiedades, como, por ejemplo, una casa, un automóvil, una empresa, etc., y respecto de todo ello existe —por esta misma razón— un deber de aseguramiento. Por ello, debe evitarse la existencia de un *output* lesivo del ámbito de organización —debe ordenarse al perro de uno que se detenga cuando amenaza con morder a otros—, y un estado de organización inicialmente inocuo deberá modificarse cuando resulte que podría producir lesiones: hay que detener el automóvil en movimiento cuando un peatón invade la calzada. Al igual que la responsabilidad por un actuar lesivo, esta responsabilidad por vulneración del deber de aseguramiento en el tráfico es común probablemente en cualquier ordenamiento jurídico con cierto grado de desarrollo, comenzando por la responsabilidad de aquel que no fija de modo adecuado las tejas de su casa, de modo que los peatones que pasan al lado de ésta pueden sufrir un daño al caer las tejas, pasando por la responsabilidad del propietario de animales peli-

grosos que no los encierra, y llegando hasta la responsabilidad del empresario que no impide la distribución de productos lesivos. Esto no significa que una persona tenga el deber de impedir siempre y en todo caso que su ámbito de responsabilidad cause una lesión; pues no toda relación causal es causalidad imputable; en particular, es lícito crear un riesgo permitido, o es posible que la víctima actúe a su propio riesgo, etc. Dicho con un ejemplo: cuando mi vecino saca de mi cobertizo, que no está cerrado, una máquina de jardinería que genera cierto riesgo, pero es de uso común, la manipula y se lesiona, ello es asunto *suyo;* mi organización se mantiene en el marco de lo permitido. No es posible tratar la cuestión acerca de cuál es el punto exacto por el que discurre el límite de lo permitido y dónde comienzan los deberes de aseguramiento en el tráfico; en todo caso, tal límite es idéntico en la comisión y en la omisión.

Como se acaba de exponer, estos deberes de aseguramiento en el tráfico existen porque la persona es titular de un ámbito de organización, excluyendo por ello a todas las demás personas de la administración de esa parte del mundo: partiendo de tal situación, sólo ella misma puede ser responsable de que la organización sea la correcta. Ahora bien, un deber de aseguramiento en el tráfico no sólo puede hallarse vinculado a la mera *titularidad* respecto de un ámbito de organización, sino también puede anudarse a un específico *comportamiento de organización*, a través del cual se anulan los dispositivos de protección de otro ámbito de organización; en tal caso, ha de sustituirse la protección anula-

da de modo equivalente. En este caso, no se trata de un fundamento genuinamente nuevo para la responsabilidad, sino de una variante meramente fenotípica, que es corriente en dos configuraciones: por un lado, la sustitución de un mecanismo de protección primario, que el otro abandona de modo consensuado —se habla de asunción voluntaria—, y, por otro, la imposición de la privación de la protección primaria se habla de la *injerencia* (en latín: *ingerere*, entrometerese, imponer algo).

C) *En particular: la asunción voluntaria*

En lo que se refiere, en primer lugar, a la asunción, la responsabilidad de quien asume la garantía es consecuencia de una disminución —determinada cognitivamente— de las posibilidades de supervivencia de la víctima potencial. Ejemplos: —La niñera promete a los padres cuidar su hijo mientras ellos van a la ópera. —Un peatón ofrece su brazo a una persona invidente y la conduce, fuera de la seguridad que la acera ofrece, al centro de la calzada, en la que hay abundante tráfico. —Después de un accidente, alguien convence a una persona que se dispone a procurar medios de rescate de que desista de su empeño, prometiendo que él los obtendrá en su lugar. En todos estos casos se neutraliza una oportunidad efectiva de salvamento, y esta pérdida debe ser compensada por una sustitución equivalente. —Para ello, no es decisivo que la protección originaria hubiera sido prestada por un garante, o por una persona a la que no alcanza el deber de garantía, o incluso

por un curso natural; por el contrario, lo único decisivo es la efectividad previsible de esa protección originaria. Por lo tanto, si en el ejemplo de la interrupción de una medida de salvamento, el sujeto que inicialmente estaba dispuesto a prestarla hubiera conseguido previsiblemente un auxilio efectivo, quien le convence de que desista de su propósito debe intentar conseguirlo, hasta que se haya prestado una ayuda efectiva. Si el «salvador» al que se sustituye está completamente agotado y habría sido incapaz de hacer algo, quien ocupa su lugar *per se* no tiene que obtener ningún resultado positivo, ya que no ha eliminado una protección efectiva. Tampoco es preciso que exista un contrato de asunción jurídico-civilmente válido; en muchos casos de asunción a título gratuito —como, por ejemplo, en el caso de quien guía a una persona desvalida por un terreno peligroso—, tal base contractual faltará por regla general. No es un contrato lo que fundamenta la responsabilidad, sino el hecho de que se provocó el abandono de un mecanismo de protección. Por consiguiente, la posición de garantía también puede ser adquirida por personas que, si bien ya son (parcialmente) imputables, aún no tienen capacidad para concluir contratos onerosos; en consecuencia, también el *boy scout* quinceañero que como buena obra del día ayuda a una persona desvalida a cruzar la calle adquiere la posición de garantía respecto de que no se realicen los riesgos del tráfico.

Como ya se expuso respecto de los deberes de aseguramiento en el tráfico de modo general, también en el caso de la asunción ha de decidirse si la dejación de

la protección primaria debe quizás ser imputada a la propia víctima o a una tercera persona. Dicho a modo de ejemplo: si la mera presencia de una persona en determinado lugar genera la expectativa de que se ocupará de la protección, y ello es el motivo por el que se reducen los mecanismos de protección ya existentes, ello no conduce *per se* a que la persona en cuestión adquiera la condición de garante; pues no es posible imputarle la reducción de los niveles de protección a la persona en cuestión sólo con base en su presencia; la solución será distinta, desde luego, si la presencia debe entenderse como promesa concluyente de prestar ayuda. Como antes se ha dicho, aquí no se indagará más en esta delimitación de ámbitos de responsabilidad.

Llegados a este punto, conviene dar una respuesta a la cuestión, que inmediatamente surge, de si también existe la asunción en el ámbito del hacer, es decir, una asunción que conduce no a que sean preceptivas determinadas medidas de salvamento, sino a que prohíban determinadas acciones. De acuerdo con la concepción aquí defendida, que, como se ha expuesto, se basa en la suposición de un pleno paralelismo entre actuar y omitir, la respuesta ha de ser afirmativa, y tampoco resulta difícil describir la situación paralela en la comisión: el responsable modifica un ámbito de organización ajeno mediante una promesa, de tal modo que a partir de ese momento debe renunciar a determinadas acciones, de por sí permitidas, si se quiere que el ámbito de organización ajeno siga incólume; dicho de otro modo: esas conductas pasan a ser prohibidas para él. Haciendo uso de un ejemplo, esto significa lo siguien-

te: quien en medio del frío invierno invita a un enfermo, sensible a las bajas temperaturas, a que abandone la caldeada habitación del hospital para visitar su vivienda, no debe ventilarla prolongadamente en ese momento (se trataría de lesiones, si no de homicidio), aunque tal conducta en sí, sin la presencia del enfermo, indudablemente sería lícita. O, en un ejemplo muy trivial: quien tiene huéspedes en su casa, no puede cerrar con llave su puerta después de la llegada de éstos (se trataría de una detención ilegal), aunque en otra situación tal conducta entra por completo en su albedrío, etc. Estas prohibiciones son tan evidentes que incluso resulta difícil arribar a la calificación de supuestos de asunción; pero no comete detención ilegal quien cierra la puerta de su casa sabiendo que en ella aún se encuentra un ladrón.

D) *En particular: injerencia*

1. Fundamento

Se abandona ahora el campo de la asunción —cabe esperar que haya quedado claro que supone una concreción del contenido del deber de aseguramiento en el tráfico—, y siguen algunas acotaciones respecto de la muy discutida institución jurídica de la injerencia. En lo que se refiere al ámbito nuclear, la discusión que se está desarrollando es, sencillamente, improcedente: al igual que es evidente que mediante los acuerdos, mediante una asunción, puede quedar modificado el contexto en función del cual se determinan las prohibiciones y los mandatos, es evidente también que ese

contexto puede ser cambiado mediante injerencias no anunciadas previamente —en ese sentido, sorpresivas— en el estado actual de una organización ajena. Se trata de meras variantes fenotípicas de un material genotípico idéntico. Dicho con un ejemplo drástico: quien lanza al aire a un niño pequeño ha de volver a asirlo cuando descienda, con independencia de cuál sea la razón por la que lo lanzó —en broma—, sin mayor reflexión, como intento de homicidio. Esta decisión es de modo tan evidente correcta (y, en todo caso, está sometida a las mismas —casi inimaginables— excepciones) como lo es la afirmación de que quien lanza directamente al suelo al niño es un homicida.

Por consiguiente, no cabe formular dudas de principio frente a la posibilidad de inferir una posición de garantía de una conducta previa. Quien de modo imputable priva a una organización ajena de una protección frente a un daño o frente a un empeoramiento de las lesiones, debe sustituir el déficit de modo equivalente, y la única cuestión sobre la que merece la pena discutir es la siguiente: ¿en qué casos se ha debilitado la protección de modo imputable? Es imposible encontrar una respuesta a esta pregunta si se fija la mirada sólo en el ámbito de organización del potencial responsable a título de injerencia, o sólo en el de la potencial víctima, pues la fundamentación de una posición de garantía es la fundamentación de una relación jurídica entre dos ámbitos de organización, por lo que ambos deben ser examinados simultáneamente. Dicho de otro modo: es entre ambos como ha de determinarse cuál es competente.

2. Cuestiones particulares

Intentaré mostrar cuáles son las características de esa determinación recurriendo a algunos ejemplos extraídos de la amplia jurisprudencia existente al respecto: (1) un automovilista que conduce su vehículo correctamente colide con un peatón que invade ebrio la calzada. ¿Debe el automovilista impedir, bajo pena de homicidio en comisión por omisión, que la víctima se desangre? (BGH 25, págs. 218 y ss.). La víctima de una agresión ilegítima golpea al agresor en legítima defensa y percibe después que éste morirá si no recibe ayuda. ¿Ha dado la acción de defensa lugar a un deber de auxilio? (BGH 23, págs. 327 y ss.). (3) Los directivos de una empresa no retiran del mercado su producto —un spray para el tratamiento de artículos de cuero—, a pesar de que el uso masivo de la sustancia ha mostrado (en un primer momento, ello no era cognoscible) que éste puede generar lesiones en quienes la usen. ¿Lesiones en comisión por omisión? (BGH 37, págs. 106 y ss.). (4) Dos personas acuerdan dar una paliza a determinada víctima, ejecutando su propósito; después, uno de ellos le produce ulteriores lesiones y finalmente mata a la víctima, lo que el otro sujeto no impide. ¿Complicidad por omisión en el homicidio? (BGH NStZ 1985, pág. 24).

La jurisprudencia más reciente, apoyándose en diversas voces de la bibliografía, intenta resolver la problemática mediante la fórmula de que concurriendo antijuridicidad del comportamiento previo, se genera un deber en virtud de injerencia. Con ello quiere decirse lo siguiente: si alguien penetra de modo antijurídico

en el ámbito de organización de otro, debe revocar por completo esa usurpación de libertad ajena, y de acuerdo con esta tesis, ello significa que no sólo debe retirarse él, llevándose sus instrumentos (extraer el puñal de la herida), sino que también debe eliminar las modificaciones perniciosas en el ámbito de organización ajeno (detener la hemorragia), ya que tales modificaciones son obra de quien se ha comportado de modo antijurídico, es decir, que también son resultados de la usurpación. Dicho con un ejemplo: quien no tiene cuidado de su perro fiero, de modo que amenaza con morder a una persona, debe ordenarle que se detenga (deber de aseguramiento en el tráfico), y cuando el animal ha hundido sus colmillos en la pierna de la persona, debe conseguir que la suelte (deber en virtud de injerencia), así como ocuparse del tratamiento de la herida (igualmente, deber en virtud de injerencia). No se trata en absoluto de un deber de resarcir del daño ya producido, sino de evitación de ulteriores consecuencias; si bien ya el mero hecho de que una lesión perdure en el tiempo es una consecuencia ulterior.

La fórmula mencionada, de acuerdo con la cual el actuar previo ha de ser antijurídico, es demasiado estricta, y de hecho es mantenida por la jurisprudencia sólo en el plano verbal. En el supuesto antes enunciado del spray protector de artículos de cuero (caso 3), el Tribunal Supremo Federal asumió que resultaba posible afirmar la concurrencia de una infracción de deber en el comportamiento previo (la distribución de los productos), ya que, de acuerdo con el Tribunal, tal conducta a la postre mostró ser lesiva. Sin embargo,

partiendo de esta fundamentación, prácticamente cualquier comportamiento con efectos causales (y los demás carecen desde un principio de interés) podría desencadenar un deber en virtud de injerencia. En consecuencia, la única cuestión decisiva es si la conducta debe ser enjuiciada como antijurídica *en el momento en el que es realizada* en virtud de la peligrosidad que muestre ya en ese momento. Y en el caso de referencia, precisamente no era posible formular *ese* juicio de antijuridicidad. En el plano material, el Tribunal Supremo Federal trató la conducta de introducir nuevos productos como riesgo *especial*, un riesgo que el productor en su propio beneficio se arroga frente a los consumidores, y por ello tiene el deber —a pesar de actuar de modo lícito— de minimizar las consecuencias lesivas de su comportamiento. «Arrogación de un riesgo especial» es el concepto decisivo; la antijuridicidad de la conducta sólo es un subsupuesto —aunque sea significativo—.

Por lo demás, la sentencia del caso del spray para cuero muestra con toda claridad que no es posible alcanzar la solución recurriendo exclusivamente a la idea de la relación jurídico-abstracta entre personas, sino que depende de la semántica de la sociedad en su evolución concreta. Muy probablemente, la sentencia hubiera ido en otra dirección si se hubiera dictado en 1950 (es del año 1990): en una sociedad que apuesta por el progreso técnico, los intereses de seguridad no tienen una jerarquía tan alta como en una sociedad saturada de productos técnicos.

Si se revisan sobre esta base las otras tres resolucio-

nes citadas, se obtiene la siguiente imagen: en el caso del sujeto agredido que no se ocupa del agresor al que ha derribado lícitamente (caso 2), no basta con invocar el carácter lícito de la legítima defensa (y, de hecho, el Tribunal Supremo Federal no se contenta con ello); por el contrario, ha de considerarse además que el conflicto emana del agresor, es decir, que el agredido no se arroga frente a él un riesgo especial. La situación es diversa en aquellas causas de justificación en las que la víctima de la intervención no es responsable de nada. Dicho con un ejemplo: quien extrae agua de la propiedad del vecino para extinguir un incendio, debe cerrar la llave de paso después, a pesar del carácter lícito de su conducta (se trata del llamado estado de necesidad agresivo, § 34 StGB, § 904 BGB), para impedir que se malgaste el agua o que ésta incluso pueda dañar la propiedad del vecino.

Tampoco en el caso de la colisión con un sujeto ebrio (caso 1) basta con alegar que la conducción del vehículo era correcta para descartar la injerencia. ¿Qué sucedería si hubiera explotado una cubierta —sin culpa alguna del conductor— y el vehículo hubiera arrollado a un peatón? Desde el punto de vista del Derecho civil, el titular del vehículo estaría incurso en una responsabilidad por riesgo, cuya ejecución además es garantizada por un seguro obligatorio. Por lo tanto, el ordenamiento jurídico ha procurado que el féretro de la víctima pueda y deba ser pagado por el titular del vehículo aunque no concurra culpa suya o del conductor. De ello cabe deducir que el ordenamiento jurídico trata (aún) el uso de un vehículo de motor como riesgo

especial. En correspondencia con ello, el Tribunal Supremo Federal argumentó que quien conduce de modo correcto su vehículo en todo caso no adquiere obligaciones derivadas de injerencia frente a quien causó el accidente *negligentemente*. La negligencia pesa más que el riesgo derivado del vehículo, pero cuando sea este riesgo la única causa del accidente, probablemente la conducción correcta no excluya la existencia de un deber en virtud de injerencia. Por consiguiente, en el caso de la rueda que explota, el conductor deberá auxiliar al peatón bajo amenaza de la pena correspondiente a la comisión, a pesar de que la opinión probablemente mayoritaria en la bibliografía —obsesionada *exclusivamente* con la diferencia entre conducta lícita y antijurídica, en lugar de explorar *todas* las líneas de reflexión— se pronuncie en contra de la concurrencia de un deber derivado de injerencia en estas constelaciones de casos.

En lo que se refiere, finalmente, a la sentencia relativa al supuesto en el que el sujeto no evita un homicidio cometido por su compinche después de unas lesiones en las que ha intervenido en régimen de coautoría (caso 4), existen dos razones (que el Tribunal, de hecho, menciona) para afirmar la existencia de responsabilidad a título de injerencia. En primer lugar, la lesión inicial disminuyó de modo antijurídico el potencial de defensa de la víctima, y esto compete a ambos coautores, también a aquel que después no mata activamente; y quien priva a la víctima de alternativas de autoprotección, ha de sustituirlas de modo equivalente. En segundo lugar, el actuar previo —las

lesiones cometidas conjuntamente— en este supuesto era un comportamiento agresivo sin límites definidos: quien da rienda suelta a su agresividad conjuntamente con otros no puede estar seguro de cuándo tendrán «suficiente» los demás, es decir, que genera con el acuerdo previo el peligro de que la agresión vaya más allá. Esto es: al debilitamiento del potencial de defensa hay que sumarle el espoleamiento de tendencias agresivas.

La idea ya antes esbozada al hilo del tratamiento del caso del spray para artículos de cuero, es decir, la consideración de que no es sólo la juridicidad abstracta a la que hay que recurrir para hallar las líneas básicas de decisión, sino que es también decisiva la concreta configuración de la sociedad, se manifiesta, entre otras cosas, en el hecho de que algunos ámbitos que antiguamente eran centrales para la jurisprudencia ya no producen problemas de injerencia. A modo de ejemplo cabe mencionar el problema de la complicidad por omisión en un falso testimonio, una cuestión específica de los procesos de divorcio de acuerdo con la anterior legislación [en la que en los divorcios había que identificar una parte «culpable» de la disolución del vínculo, con las correspondientes consecuencias (n. del t.)]: una parte procesal niega, faltando a la verdad, que haya cometido adulterio con un tercero, y no impide —una vez citado ese tercero a declarar como testigo— que éste cometa falso testimonio en su deposición (cfr. BGH 17, págs. 321 y ss.). Mientras el adulterio se concebía como un hecho dirigido contra una institución decisiva del mundo civil, por lo que debía permanecer

oculto, daba lugar a una existencia mendaz en su raíz, con la consecuencia de que ambos integrantes de la pareja adúltera adquirían competencia también por las mentiras del otro, puesto que entraron *conjuntamente* en el mundo de mentiras. Desde que el matrimonio se practica como relación susceptible de rescisión unilateral, este vínculo está ausente, de modo que la pareja fuera del matrimonio puede ser la única responsable de su declaración en juicio. De este modo, la injerencia revela ser —al igual que en el supuesto de la responsabilidad por el producto (habría que mencionar otros ejemplos, como el suministro de alcohol a personas adultas, un acto hoy ampliamente entendido como socialmente adecuado)— un sismógrafo de las condiciones de subsistencia de la sociedad, sean reales o imaginarias.

Para concluir las consideraciones sobre este punto ha de anotarse que en el ámbito de la comisión existen configuraciones de casos que son plenamente equivalentes a la injerencia. En lugar de exponer reflexiones abstractas, mencionaré en este contexto tan sólo un ejemplo: a quien ha lesionado a otra persona (injerencia) le está *prohibido* impedirle a la persona lesionada hacer uso de su teléfono (del agresor), si éste es el único medio para solicitar auxilio urgente. Por lo tanto, una vez más la diferencia entre actuar y omitir muestra ser meramente relativa a la técnica de organización.

2.ª Parte. Deberes positivos

A) *Dependencia cultural*

En una sociedad artificial de carácter extremadamente liberal podría bastar con cumplir el deber de mantener la organización propia en un estado tal que no derive de ella un *output* lesivo, y, en caso de que ello haya sucedido a pesar de todo, con el cumplimiento del deber de revocar la usurpación de la libertad ajena, es decir, podría ser suficiente con el exclusivo respeto a los deberes negativos. Pero esto no resulta bastante en una sociedad realmente existente que haya alcanzado cierto grado de desarrollo: ciertamente, los deberes negativos son la base de todo orden social, pero precisamente: sólo la base. Sobre ésta se levanta el edificio de los deberes positivos (que vuelve a generar todos los deberes negativos; sobre esto, más adelante), un edificio que depende de modo directo de la cultura en cuestión: hay que proteger a los niños frente a múltiples peligros, se debe sanar a los enfermos o al menos protegerlos frente a empeoramientos, hay que evitar que se cometan delitos, ha de lucharse contra el enemigo exterior o interno, el Estado debe garantizar un determinado nivel de asistencia mínima. En todos estos casos —y ello resulta decisivo—, la prestaciones deben ejecutarse con independencia de cuál sea el ámbito de organización del que provenga el curso peligroso, o que éste sea de origen natural. Y es que se trata de deberes positivos; la norma no (sólo) dice «controla tu organización», sino (también) «sé solidario».

¿De qué deberes se trata? Como se ha dicho, la res-

puesta depende en gran medida de la cultura en cuestión —un Estado más bien liberal, uno de configuración paternalista y un Estado cristiano mostrarán con toda certeza diferencias—, pero cabe identificar un marco en el cual han de buscarse estos deberes dentro de un Estado moderno y secularizado, aunque no sea más que eso. Como principio general debe mencionarse en primer lugar que la institución respecto de la cual se pretenda que genere deberes garantizados por el Derecho penal ha de mostrar una relevancia social que no sea inferior a la que corresponde a la relación entre libertad de actuación y responsabilidad por las consecuencias. Partiendo de este presupuesto, pueden mencionarse las siguientes instituciones: (1) la paternidad en cuanto conjunto de la relación de los padres hacia sus hijos, (2) el Estado en alguna de las relaciones con sus ciudadanos, es decir, en lo que se refiere a sus cometidos *elementales* (irrenunciables), y (3) otros supuestos de confianza *especial* hacia el titular de un determinado rol en el sentido de que este titular no defraudará las expectativas que existen frente a él. Se trata, en consecuencia, de aquellas formas de relación social respecto de las cuales no existe en general una alternativa de organización.

B) *El Estado y los funcionarios estatales*

Parece claro que no es posible determinar para todas las épocas y para todos los ámbitos culturales cuándo no hay alternativa de organización a las prestaciones del Estado. En este sentido, en Europa —si prescindi-

mos de algunos pocos Estados en el Este de Europa— el Estado tiene el cometido de garantizar en caso de necesidad al menos un nivel mínimo de condiciones de subsistencia, esto es, de ocuparse de que sus ciudadanos (aunque no se encuentren sometidos a una relación especial de sujección como los penados, los presos o los soldados) no mueran, en contra de su voluntad, de inanición o de frío, o por una enfermedad curable, etc. Si a pesar de ello se produce un daño, los responsables en las Administraciones competentes —presuponiendo la capacidad para evitar el daño, etc.— son punibles por lesiones u homicidio en comisión por omisión. Tal concepción se basa en una tradición (al menos también) de Estado social, y por ello no puede ser trasladada sin más a todos los Estados del mundo.

Al menos para los Estados gobernados en democracia, es más fácil generalizar el deber de prever, y, en su caso, combatir aquellas situaciones de necesidad frente a las cuales un individuo aislado no puede protegerse, y ello ya desde un principio porque una previsión privada se entrometería en el monopolio de la violencia del Estado: peligros para la seguridad exterior e interior, catástrofes naturales, accidentes, grandes incendios, etc. Dicho de modo simplificado, pero drástico: los miembros del ejército, de la policía, de los bomberos y de los servicios públicos de salvamento tienen un rol especial que les impone deberes positivos. En términos ejemplificativos: los policías que contemplan sin intervenir —y teniendo capacidad de evitación— como una turba excitada lincha a una persona odiada responden del resultado, al igual que los miembros del

cuerpo de bomberos que ante un incendio remediable se limitan a observarlo o el conductor de una ambulancia pública y el cirujano en un servicio público de urgencias que no atienden a la víctima de un accidente.

Además, un Estado de Derecho debe imponer el principio de legalidad; dicho con un ejemplo, el fiscal que no persigue a un delincuente porque éste es miembro del Gobierno, comete un delito de encubrimiento de funcionario público por omisión, del mismo modo que respondería por esa infracción a título de comisión en caso de que hiciera desaparecer el expediente. Pero tales situaciones dan lugar a múltiples problemas en todos los Estados cuyo Estado de Derecho no esté muy firmemente implantado. Lo dicho sólo se refiere a uno de los sectores de los deberes positivos del Estado, que son trasladados de éste a sus funcionarios; pero probablemente baste como ejemplo.

C) *Paternidad*

Con una fundamentación claramente más segura de lo que es el caso respecto de algunos de los deberes del Estado, la relación entre padres e hijos descansa en la base social: en todos los ordenamientos en los que (1) la crianza de los hijos incumbe de modo primario a los padres, o al menos se les encomienda, sin que (2) se les considere propietarios de sus hijos, de los que podrían disponer libremente, los hijos se confían a los padres mientras son menores de edad. Esto parece prácticamente evidente, y por ello se habla en algunas ocasiones de un vínculo «natural». Los deberes tienen

un alcance marcado por la medida en la que padres e hijo practican un mundo común, es decir, que en una primera fase son omnicomprensivos: los padres deben alimentar, cuidar, educar al hijo, apartar de él enfermedades y riesgos, también aquellos que deriven de la conducta de otras personas o del otro progenitor; además existe un deber de cuidado patrimonial. Dicho con un ejemplo: si los padres invierten el patrimonio de su hijo de modo especulativo en vez de en valores seguros y se produce un daño, responden por el delito de administración desleal. Los deberes van reduciéndose conforme se incrementa la autorreponsabilidad del hijo y concluyen con su mayoría de edad, puesto que a partir de ese momento el hijo no está obligado a obedecer a sus padres. Sin embargo, pueden concurrir otras causas de responsabilidad, ya se trate de una relación negativa —por ejemplo, asunción— o de una relación positiva distinta —por ejemplo, confianza especial—; sobre esto se volverá en breve.

D) *¿Matrimonio?*

Aún hace dos o tres décadas, en Alemania se hubiera mencionado junto con la relación paterno-filial el matrimonio en cuanto institución, al igual que la paternidad, a la que no se puede renunciar para determinar la configuración social. Sin embargo, hoy no puede afirmarse de ningún modo que exista tal equiparación, y por ello el deterioro de la institución «matrimonio» ofrece un buen ejemplo para apreciar que la teoría de la imputación no sólo depende de la sociali-

dad en abstracto —de la lógica de toda sociedad—, sino también de la configuración concreta bajo las condiciones de la época en cuestión. Ya en el ámbito de los deberes negativos, en el caso de la injerencia, se mencionó esta dependencia, pero aquí, en el campo de los deberes positivos, ésta se muestra con aún mayor claridad. En poco más lapso de tiempo que el que corresponde a una generación, el matrimonio ha degenerado de una institución necesaria a un contrato más bien de libre rescisión. Ello ha sucedido así porque han aparecido formas sustitutivas, especialmente la comunidad de vida no matrimonial de parejas heterosexuales, que pueden asumir igualmente el cometido de la reproducción y del cuidado y educación de los hijos (habiendo disminuido tanto la necesidad de una canalización de la sexualidad, a causa del desarrollo de los anticonceptivos, como la necesidad de alimentar a la mujer debido a los cambios en el contexto social). En consecuencia, no es de modo específico el matrimonio lo que genera un deber positivo de cuidados mutuos, sino de manera general la especial confianza que aparece cuando una persona acepta desempeñar un papel que determina la forma necesaria de la sociedad: si bien puede renunciar lícitamente a ese rol, no puede hacerlo en un momento inadecuado.

E) *Otros supuestos de confianza especial*

La doctrina dominante argumentaría que el deber positivo en el matrimonio o en el vínculo no matrimonial surge de la estrecha comunidad de vida, pero esta

ubicación tiene su base en una confusión entre intimidad y juridicidad. Lo único decisivo es si hay personas que de modo imputable (representable) se han introducido en un rol de cuidar de otro; en cambio, es indiferente que la comunidad sea estrecha o no. Basta con que —parafraseando un refrán alemán— un paralítico (vidente) y un ciego (que puede andar) se unan a efectos de prestarse apoyo mutuo en caso de que ello sea necesario, y que lleven a la práctica tal unión, esto es, que no sólo anuncien sus respectivos roles, sino que los ejerzan realmente, sin que tal empresa tenga por qué conducir a una comunidad de vida de cierta intensidad. A la inversa, no es idónea para dar lugar al deber aquella relación de carácter sexual y de larga duración —que puede ser calificada probablemente en varios sentidos como relación vital estrecha— en la que ambos *sólo* jueguen el papel de pareja sexual. El concepto determinante no es el de la estrecha comunidad de vida, sino es la «constancia de roles imprescindibles».

Se planteará la cuestión de cómo se diferencia esta confianza especial —el requerimiento jurídicamente garantizado de constancia en los roles— de la asunción en el ámbito de los deberes negativos. La respuesta es sencilla: en la asunción, el deber resulta del empeoramiento de los estándares de seguridad de la otra organización, en la confianza especial, en cambio, no es necesario que concurra tal empeoramiento; aunque el sujeto que confía no dispusiera de una alternativa para asegurar su organización, el receptor de la confianza sigue siendo responsable. Por lo tanto, aunque el para-

lítico del refrán no hubiera encontrado a otro ciego, el ciego seguiría siendo responsable, y ello por la necesidad social de mantener constantes los roles de importancia elemental.

Las relaciones de auxilio constitutivas de la confianza especial no necesariamente son sinalagmáticas a corto plazo. Todo el campo de los deberes positivos podría denominarse ámbito de confianza especial; entonces, en los deberes ya tratados del Estado y en los de la paternidad aparecen relaciones unilaterales, al menos mientra no se levante la vista más allá de una perspectiva corta de tiempo (porque a largo plazo, se rechazará aquello que no aporte ventajas para todos). Lo único relevante es el carácter generalmente irrenunciable de la institución, ésta está orientada a un auxilio unilateral o recíproco. Por ello, la confianza especial también se extiende a aquel caso en el que un médico o una clínica anuncian previamente la prestación de auxilio a cualquier persona necesitada y llevan a la práctica tal promesa, es decir, desempeñan realmente el rol auxiliador, o que el cuerpo de bomberos voluntarios o el servicio de urgencias privado hayan llevado a la práctica tal rol antes de que se produzca el siniestro: en caso de necesidad, se hallan vinculados a este rol, y ello con independencia de que existiera frente a ellos una alternativa de organización. *La autorrepresentación de las personas fue socialmente aceptada, luego vincula.*

F) *Delito de deber*

Ahora podrá preguntarse: ¿qué relación tiene todo esto con un *actuar* delictivo? Pues parece que se trata únicamente de deberes de salvamento, es decir, de mandatos cuya infracción contituye un delito de omisión. Ahora bien, ya la denominación «deberes de salvamento» sólo es parcialmente correcta, si bien de esta corrección parcial no cabe duda —claro que los padres deben salvar a su hijo cuando está en peligro—, ya que en el plano general no siempre se trata de un salvamento, sino de la *creación* de una institución que funcione. Dicho con un ejemplo: si al juez se le prohíbe prevaricar tanto por acción como por omisión —este último caso puede darse, por ejemplo, al no aclarar a los demás integrantes de un tribunal colegiado un malentendido en el que han incurrido—, ello no sucede para salvar a la Justicia —ésta aún no se ha realizado en lo que se refiere a la resolución pendiente—, sino para *crear* una ordenada Administración de Justicia, y si los padres no deben poner en peligro el bien de su hijo, ello sucede no para salvar ese bien —aún no existe—, sino a efectos de su *creación,* etc. E incluso en aquellos casos en los que cabe recurrir a un bien ya existente, por ejemplo, cuando los padres han de repeler un ataque peligroso de un animal contra su hijo, lo que se pretende que hagan mediante esa defensa es la *creación* de la institución «paternidad».

Estos deberes positivos, deberes de colaborar en la realización de una institución, abarcan —podría decirse: evidentemente— todos aquellos deberes que incumben a todos, es decir, no sólo al portador de un

rol especial, y los abarcan no sólo en cuanto deberes negativos, sino como elementos necesariamente integrantes del complejo de los deberes positivos. Mostrándolo con un ejemplo, los padres infringen su rol paternal también en caso de que lesionen activamente a su hijo o de que participen en el hecho de un tercero que quiere lesionar a su hijo; los bomberos también lesionan su rol como servicio de urgencias cuando atizan las brasas en lugar de extinguirlas, etc. El que esta conducta ya esté prohibida para cualquiera no cambia en nada el hecho de que a los obligados por un deber especial se les prohíbe realizarla *en su condición de tales*, y ese enriquecimiento de los deberes negativos en un lado positivo genera determinadas consecuencias:

El obligado por un deber positivo que organiza una lesión solo o conjuntamente con otros, no suspende mediante esta conducta su deber positivo, sino que, por el contrario, lo infringe igualmente, y puesto que los efectos de ese deber son de carácter personalísimo —no es posible transmitir con efectos exoneratorios el *status* de padre o de funcionario a otro—, el obligado por el deber positivo está infringiendo ese su deber positivo de modo directo, por lo que siempre será *autor*, es decir, también en aquel caso en el que, infringiendo la prohibición, colabora con otro sujeto. Dicho con un último ejemplo: el médico responsable del tratamiento que ordena o tan sólo permite la administración de medicamentos nocivos por una enfermera es autor como si él mismo los hubiera administrado. Se habla de un delito de deber; los detalles forman parte de la teoría de la participación, por lo que no serán abordados aquí.

Resumen

1. El corte entre actuar y omitir sólo tiene una significación técnico-organizativa; en el plano material, lo relevante es la distinción entre deberes negativos y positivos.

2. Los deberes negativos son la contrapartida necesaria de la libertad de organización y tienen como contenido no lesionar a otro. Pueden ser infringidos tanto por acción como por omisión.

3. En el ámbito de los deberes negativos, la responsabilidad por un actuar se fundamenta en una vulneración del deber de aseguramiento en el tráfico respecto de movimientos corporales. La responsabilidad por una omisión tiene su base en una vulneración del deber de aseguramiento en el tráfico respecto de un ámbito de organización; este deber de aseguramiento en el tráfico se subdivide en el plano fenotípico en los deberes de no permitir un *output* lesivo de una organización, de prestar la protección que se haya asumido y de reponer las disminuciones de protección impuestas a otro (injerencia).

4. Los deberes positivos tienen como contenido aportaciones positivas de solidaridad. Dependen (aún) más de la evolución cultural que los negativos. Han de mencionarse los deberes del Estado y de sus funcionarios, los deberes de los padres frente a sus hijos menores de edad y otros casos de confianza *especial*, es decir, de una confianza en la constancia de roles irrenunciables (no susceptibles de ser sustituidas por alternativas de organización).

OBSERVACIONES ACERCA DE LA BIBLIOGRAFÍA:

Exhaustivas referencias en JAKOBS, *Derecho penal, Parte General. Fundamentos y la teoría de la imputación,* 1995, 7/56 y ss., 70 y ss. y 28/13 y ss. (actuar y omitir); 29/29 y ss. (deberes en el tráfico jurídico, asunción, injerencia); 29/57 y ss. (deberes positivos); 21/115 y ss. (autoría en los delito de deber); ÍDEM, *Die strafrechtliche Zurechnung von Tun und Unterlassen,* 1996; ÍDEM, *La omisión: estado de la cuestión,* en ROXIN y otros, *Sobre el estado de la teoría del delito,* 2000, págs. 129 y ss.

Sobre el estado actual de la dogmática del delito de deber: ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft,* 7.ª edición, 2000, págs. 695 y ss.

Respecto de la diferenciación entre deberes positivos y negativos y respecto del delito de deber: SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delito de infracción de deber y participación delictiva,* 2002.

CAPÍTULO 5: SOBRE LOS GRADOS DE LA INCUMBENCIA. REFLEXIONES SOBRE EL ORIGEN Y LA IMPORTANCIA DE LOS DEBERES DE ACTUACIÓN Y DE TOLERANCIA *

I. SOBRE EL FUNDAMENTO DE LA RELACIÓN JURÍDICA

Para empezar es preciso aclarar el concepto de incumbencia: quien detenta la incumbencia por algo tiene que realizar alguna prestación que puede consistir bien en alejar un peligro de otra persona o bien en soportar los costes derivados de la solución de un conflicto tolerando en un supuesto de colisión de intereses

* Título alemán: «Grade der Zuständigkeit. Überlegungen zur Entstehung und zum Gewicht von Handlungs-und Duldungspflichten» (manuscrito). Traducción de Bernardo FEIJÓO SÁNCHEZ (Universidad Autónoma de Madrid).

una lesión de sus propios intereses. Por ejemplo, al igual que el que jugando lanza un niño al aire tiene la incumbencia de volver a cogerlo, el que ataca a otro ilegítimamente tiene la incumbencia de soportar la correspondiente defensa. Si se establece quién detenta la incumbencia bien en solitario o bien junto con otros no queda todo resuelto ya que también se debe determinar *qué tipo de esfuerzo* se espera en caso necesario del obligado a la prestación y *en qué medida* puede sufrir los costes necesarios para la solución de un conflicto. El que tiene que evitar un peligro para otro no tendrá que renunciar a su propia vida en todos los casos y, en el mismo sentido, la agresión que resuelve un conflicto no siempre podrá acarrear la destrucción de la vida del que tiene en principio el deber de soportar los costes, incluso aunque el conflicto carezca de otra vía de solución.

La transición de un estado primitivo carente de normas a un estado regido por el Derecho tiene lugar mediante la institucionalización de derechos y libertades garantizadas. En las páginas siguientes denominaré conjuntamente estos derechos como «propiedad» entendida en un sentido amplio que comprende aspectos como la propiedad de uno mismo —incluyendo la vida—, la propiedad de cosas, la propiedad del libre desarrollo de la personalidad dentro de los límites del Derecho, etc. Los titulares de la propiedad son personas, es decir, portadores de derechos y —necesariamente viceversa— de deberes. Estos últimos se derivan de la personalidad de los otros; al igual que mis derechos conllevan para otros el deber de no lesionarme, es

decir, de no lesionar mis derechos, sus correspondientes derechos conllevan deberes para mí. Los deberes consisten respectivamente en que el ámbito del destinatario, es decir, el ámbito de sus derechos, no puede tener *output* lesivo alguno: dicho deber de mantener el ámbito de organización en un estado que no lesione la propiedad de otros tiene su origen como forzoso sinalagma en la asignación de derechos a la libre organización. Sólo bajo la vigencia de esos deberes resulta aceptable para las otras personas ser excluidas del control de una parte del mundo. En conclusión, cada deber presupone la existencia de un derecho que consiste en organizarse conforme a deber y cada derecho un deber que consiste en la administración inocua del derecho.

Como conclusión de lo dicho hasta aquí se podría formular sucintamente lo siguiente: los titulares de derechos tienen que organizarse conforme a deber. Sin embargo, esta conclusión no aporta mucho si no se sabe qué quiere decir «organizar». Si un derecho se ve lesionado es posible reconducir dicha lesión a un tercero, pero también a la propia víctima que quizás no ha tenido un cuidado suficiente con su derecho. Por ejemplo, si alguien hurga en mis experimentos químicos y se cauteriza con un cáustico, ¿A quién se le imputa el suceso? ¿A mí como propietario? ¿A la propia víctima que pecó de curiosa? ¿O quizás a una tercera persona que instruyó erróneamente a la víctima? Ni siquiera se agotarían así todas las posibilidades. Del suceso por sí solo no se puede inferir si tiene el significado de que «se ha cauterizado a otro con cáustico» o bien de que «la víctima se ha cauterizado a sí misma»

o cualquier otro significado como puede ser el de «desgracia». Ello depende más bien del contexto social: el mismo acontecimiento puede ser explicado en una sociedad extremadamente liberal a partir de la curiosidad de la víctima mientras en otra sociedad de características no tan extremadamente liberales podrá explicarse a partir de la carencia de medidas de seguridad por parte del propietario. Las reglas para la determinación de ese significado de la configuración en la organización, es decir, para la determinación del comportamiento (permitido y) no permitido (como parte de la teoría de la imputación objetiva —tomada aquí en su sentido estrictamente objetivo—) se presuponen como ya conocidas.

Una vez que entran en funcionamiento relaciones jurídicas practicables se puede deducir *la primera consecuencia*: siempre se tiene que respetar a los otros como personas. Ello significa que en caso de que se tenga el deber de soportar los costes de la solución de un conflicto dicha incumbencia se encuentra limitada por la *necesidad* de los costes. Ni siquiera en aquellos casos en los que quepa imaginarse la incumbencia más intensa cabe una agresión arbitraria, debiéndose elegir el medio menos lesivo de entre todos aquellos que resulten idóneos. No puede existir en un ordenamiento jurídico una incumbencia que se vea determinada por la arbitrariedad de otro.

II. Sinopsis

En la exposición posterior me ocuparé en primer lugar (*infra* III) de la *pura* normatividad obviando toda

consideración de cualquier otra concepción no estrictamente jurídica; en virtud de esta concepción puede hundirse el mundo mientras nos mantengamos estrictamente en la situación jurídica. Contra dicho derroche de bienes piden la palabra en segundo lugar (*infra* IV) los derechos del burgués propietario mediante *ponderaciones utilitaristas.* Es decir, los derechos de agresión y los deberes de tolerancia se verían unidos a la proporcionalidad. Finalmente, en tercer lugar (*infra* V), se articula el interés *general*; el ciudadano, en adelante citoyen, asume como tarea suya el cuidado del bienestar de todos, incluso en caso necesario a costa de verse perjudicado en alguno de sus derechos. Es posible dar los pasos necesarios en tres direcciones: hacia el *Derecho,* hacia la *utilidad* con forma jurídica y hacia la normatividad de la *generalidad.* Comienzo con la relación jurídica pura:

III. La relación jurídica pura

A) *Incumbencia basada en la propiedad*

Una vez que es preciso responder a la cuestión de la incumbencia de un propietario, debe diferenciarse estrictamente si dicha incumbencia debe verse fundamentada sólo en la *propiedad* o más bien de forma más concreta en la *organización* de la propiedad. En primer lugar consideremos aquellos casos en los que cobra una especial relevancia la fuerza irresistible o la desposesión del propietario por terceras personas. Imaginémonos el supuesto del propietario de un árbol que habiendo sido arrancado de raíz por un huracán ha quedado

atravesado en una calle (o quizás que ha sido serrado por terroristas para obstruir una calle). Aunque varía esa posesión «inteligible» (KANT) que denominamos propiedad no lo hace la condición de los objetos vinculados a dicha propiedad, por lo que el que se arranque de raíz (o se derribe) el árbol no tiene nada que ver con la relación de propiedad. Por ello, en la medida en la que el propietario se mantenga como tal, sigue excluyéndose a cualquier otra persona de relación con el árbol, en lo que aquí interesa, de poder cortarlo con una sierra y apartarlo del camino. Ya que el árbol no puede seguir donde está —ya que obstaculiza la calle— debe el propietario apartarlo él mismo. Ello significa que hay que pasar a resolver la cuestión de qué intensidad tiene que emplear, es decir, la cuestión de la cantidad de su incumbencia. La respuesta es evidente: sólo le compete el asunto mientras el árbol siga siendo de su propiedad, por lo que puede a lo sumo perder esa propiedad. Ello significa que sólo responde con esa concreta cosa de su propiedad. En el caso de que no emprendiera nada es cuando podrían otras personas proceder a serrar y apartar el árbol, aunque, tal y como se ha dicho, siempre dentro de los límites de lo necesario, es decir, en caso de madera valiosa que ésta se mantenga aprovechable. Si el propietario renuncia a su derecho es posible proceder arbitrariamente porque el vínculo jurídico ha quedado disuelto.

Con lo dicho se puede formular ya la *segunda consecuencia*: aquella incumbencia que se basa exclusivamente en una posición de propietario no excede de tener que sacrificar la propiedad o bien de tener que soportar su destrucción.

Para finalizar habría que preguntarse todavía cuál es la proporción que existe entre el interés que tienen los usuarios de la calle en el desplazamiento (como uso común se trata también de una propiedad) y el interés del propietario en el mantenimiento de su bien. La respuesta consistiría en que por sí sola la normatividad pura desconoce limitaciones derivadas de la proporcionalidad de intereses. El título de propiedad es *per se* un título categórico: o bien la propiedad de una persona se ve perjudica por otra —en ese caso ésta es la que tiene que ceder— o no; *tertium non datur.* Con la idea de la pura normatividad en exclusiva se llega en los casos límites al *fiat justitia, pereat mundus;* en otras palabras, que el mundo tenga que seguir existiendo no es un tema que pertenezca al Derecho puro.

Precisamente, una vez que hemos llegado a este punto, no queda más remedio que aceptar que tienen que existir casos conflictivos irresolubles cuando ambas partes detentan la misma competencia por el suceso. Por ejemplo, debido a fuerza irresistible (o debido a que ambas partes abusan de un riesgo especial, especialmente si ambos han llevado a cabo conductas no permitidas) se plantea la amenaza de que personas colisionen corporalmente o de cualquier otra manera en sus derechos. De la idea de normatividad en exclusiva no se puede sacar conclusión alguna para la solución de dichas colisiones, ni siquiera aunque existan radicales diferencias valorativas entre los derechos en conflicto. —Sin embargo no es necesario permanecer en la pura normatividad.

B) *Incumbencia basada en la organización*

En este apartado me voy a dedicar a la incumbencia que se fundamenta en una organización de la propiedad —estrictamente en el marco de una relación jurídica constituida a partir de una asignación de la propiedad que no conlleva más que deberes de aseguramiento en el tráfico—. Esta organización sólo puede consistir, de acuerdo con lo concluido hasta ahora, en una administración de la propiedad mediante la cual se cree un peligro más elevado que el caso normal definido como estándar. Por ejemplo, el que poda mucho un árbol disminuye el peligro de que una tormenta lo arranque de raíz, pero el que arranca las raíces —incluso aunque sea para transplantarlo a continuación— eleva dicho peligro y debe por ello ser también más competente. ¿Qué significa «mayor competencia»? La respuesta es evidente: si una persona no sólo es un propietario, sino que organiza —aunque sea de forma permitida— dicha propiedad de forma peligrosa, se ve incluida a través de la organización no sólo la propiedad inmediatamente implicada en el conflicto (el árbol que se ha derribado) sino que a través del que organiza se ve incluido en el conflicto todo el ámbito de organización en su conjunto. En otras palabras, el que organiza no sólo tiene en este caso una propiedad, sino a sí mismo y esto significa que debe aportar todos sus bienes para la solución del conflicto o tiene que soportar que terceras personas echen mano de todos sus bienes para la solución —evidentemente, como ya se ha dicho, dentro de los límites de lo necesario.

Llevemos el ejemplo al extremo: el propietario del

árbol ha arrancado las raíces de una forma que eleva claramente el peligro, aunque quizás manteniéndose todavía dentro de los límites permitidos; debido a ello se derriba el árbol simplemente con una tormenta de intensidad mediana (no se trata pues de un caso en el que no exista una realización del riesgo). Para posibilitar inmediatamente el paso de las personas retenidas no queda más remedio que volar el árbol con explosivos. Con esta medida pueden quedar destruidos, dato que no es ignorado, otros bienes muy valiosos del propietario —todo dentro de los límites de lo necesario—. El Derecho puro desconoce institutos que permitan oponerse a la voladura (con lo que sólo es posible consolarse añadiendo de nuevo que no es preciso quedarse necesariamente en el Derecho puro) pues, como se ha dicho, rige el *fiat justitia* incluso a costa del *pereat mundus*. La permisión de la conducta no se ve modificada aunque a través de dicha conducta sólo se haya creado un riesgo especial: que el propietario no pueda organizarse de otra manera no significa que se vaya a ver libre de los costes que conlleva el arreglo del suceso lesivo.

¿Tiene que resultar culpable (o en los casos de organización permitida: completamente responsable) la organización de un riesgo especial para dar lugar a un deber de soportar los costes del alcance descrito? Parece que sin demasiada dificultad puede darse una respuesta negativa: no nos ocupamos en el actual punto de la exposición de la culpabilidad, de la fidelidad al Derecho ni del descrédito de la norma (y por ello desde el punto del Derecho Penal nos ocupamos sólo de cues-

tiones preliminares) sino del sinalagma entre la libertad organizativa y el deber de soportar los costes que se derivan de la organización. En consecuencia, la organización no tiene que ser culpable (completamente responsable) sino que basta con que sea en beneficio de aquella libertad de la que puede hacer uso el que organiza, en definitiva la que le corresponde como su derecho. Por ejemplo, el niño de doce años de desarrollo normal que hurta en unos grandes almacenes responde con toda su organización porque de vez en cuando puede hacer uso de su libertad de dar una vuelta por la ciudad.

La *tercera consecuencia* que se deduce de la adopción de una relación jurídica fundamentada en la propiedad (en sentido amplio) sería la siguiente: tiene que responder con todos sus derechos tanto aquella persona que se organice de forma permitida aunque peligrosa como la que se organice de forma no permitida, es decir, aquella que en todo caso hace uso de un riesgo especial —siempre desde la perspectiva de una pura consideración jurídica—. Desde este punto de vista estrictamente jurídico se pueden evitar a costa del que organiza y dentro de los límites de lo necesario tanto las consecuencias de un abuso de la libertad como aquellas del uso, en todo caso arriesgado, de la libertad, es decir se pueden lesionar sus derechos. Formulado en términos simples, el que convierte al mundo en algo más peligroso tiene que pagar en caso de necesidad.

En los casos de agresiones culpables, es decir, para los casos de legítima defensa, no resulta problemático considerar esta solución como válida. Sin embargo esta

afirmación queda limitada al ámbito en el que se puede obligar al agresor a soportar la lesión de sus bienes sin que ello llegue a ser escandaloso, quedando de esa manera el deber de soportar reducido a una *obligatio imperfecta.* Por ejemplo, el que ha destruido un órgano de otro mediante una agresión culpable tendría que sacrificar su propio órgano en la medida en la que el lesionado lo necesite; pero el cumplimiento de un deber de esas características no puede ser obligado. Existen diversas razones para que ello sea así y este intrincado problema no puede aquí más que ser esbozado de forma vaga. La violencia está excluida en la medida en la que represente una despersonalización; en caso de que ello no sea evidente es cuando cabe la justificación por legítima defensa, como sucede, por ejemplo, en el caso de aquél cuyo chaleco salvavidas es agujerado por otro en un naufragio que puede a su vez arrebatar el chaleco al otro. A partir de aquí se deberá distinguir entre las situaciones de legítima defensa y aquéllas de indemnización: si el peligro ha penetrado definitivamente en el ámbito de organización de la víctima y vuelven a estar vigentes las «relaciones normales», ya sólo resultan aceptables los procedimientos previstos para los casos normales. Una agresión hace retroceder el monopolio de la violencia del Estado exclusivamente en la situación de agresión. —Sobre casos de deberes de realizar determinadas acciones se volverá más adelante—.

IV. Reconocimiento: el estado de necesidad defensivo

No cabe duda de que las consecuencias desarrolladas a través de un análisis de la pura relación jurídica entendida como una relación entre titulares de derechos o propietarios se tienen que definir en el marco de una sociedad consolidada y en un Estado de las mismas características como verdaderamente escandalosas. El que por fuerza irresistible se tambalea contra el cuerpo de otra persona puede llegar a ser matado dentro de los límites de lo necesario si el otro se ve amenazado con perjuicios mínimos en sus derechos; y en el mismo sentido se puede matar al que se organiza de forma conforme a Derecho aunque peligrosa o de forma no permitida aunque no culpable en caso de que sea necesario para salvaguardar incluso las más pequeñas libertades de otra persona. Si se tienen en cuenta sólo los derechos, éstos existen o no, *tertium non datur* —en ello consiste el aforismo que se ha traído a colación en diversas ocasiones: *fiat justitia, pereat mundus*—. Un resultado como éste no debe asombrar si la persona es concebida sólo como titular de *sus* derechos o, formulado con mayor exactitud, como burgués propietario de *sus derechos.*

Los burgueses propietarios de derechos hacen el cálculo de las ventajas que reporta la situación expuesta de administración de derechos para el mantenimiento de sus bienes y llegan a la conclusión de que a través de la mera limitación mediante la necesidad el saldo puede resultar fatal en casos concretos: la vida se puede ver destruida con el fin de mantener intereses insignifican-

tes. Si surge antijurídica y culpablemente un conflicto violento, es decir, a partir de una agresión antijurídica y culpable (en el marco de la legítima defensa), no hay nada que objetar contra esta conclusión ya que el agresor que actúa antijurídica y culpablemente niega al agredido el reconocimiento como titular de derechos y por ello ya no existe posibilidad alguna de salir sin daño de dicho conflicto por otro camino que no sea ejercer inmediatamente la defensa necesaria. La cosa es distinta en caso de que no exista culpabilidad o de que la conducta no sea antijurídica, incluyendo en este supuesto los casos de carencia de organización, es decir, los de fuerza irresistible o que son responsabilidad de terceras personas. El que al menos actúa sin culpabilidad no le niega a otro de forma apreciable el reconocimiento como persona, ya que debido a su ausencia de responsabilidad carece de competencia por un comportamiento con ese significado comunicativo. El reconocimiento puede ser prestado o negado sólo por personas responsables y no por personas inmersas en un error, enfermos psíquicos, personas embriagadas o niños.

Con toda esta exposición ha quedado abierto un camino en caso de que se vea perjudicado en su libertad un titular de derechos sin que exista maldad por parte de otro titular de derechos. En una medida todavía pendiente de determinar se puede renunciar al inmediato restablecimiento del derecho que no ha sido perturbado y con ello recibir posteriormente una compensación del beneficiado (en este caso, como queda apuntado sin una mayor fundamentación, la mano

pública tiene que poner a disposición del perjudicado una posibilidad de reclamación y además tiene que garantizarle que la compensación será segura).

Sin embargo, no es posible admitir una renuncia de estas características en caso de bienes existencialmente importantes e insustituibles pues éstos *per definitionem* no pueden ser compensados. Con ello no sólo estoy haciendo referencia a lesiones corporales sino también a otros bienes constitutivos de una persona concreta (por ejemplo, la patente, el manuscrito o la obra de arte que representan el producto de un arduo trabajo de largos años). Para salvar dichos bienes se puede llegar a matar en caso necesario a la persona incumbente por el conflicto (como ya se ha expuesto anteriormente, en un conflicto que no puede ser reconducido a la organización sino sólo a la propiedad de una persona se puede ver exclusivamente lesionada la propiedad en conflicto —por lo que eventualmente también se puede ver afectado el cuerpo—).

En sentido contrario, en el ámbito de los bienes compensables, no se puede intentar contabilizar hasta el último céntimo emprendiendo todos los esfuerzos para poder llegar a un saldo mínimamente negativo. No se debe olvidar que se trata de una colisión por la que una persona es competente por sí misma. Ello significa que la otra persona puede seguir defendiéndose dentro de los límites de lo necesario siempre que la agresora sufra daños que puedan ser soportados de manera relativamente sencilla, es decir, que no le obliguen a una modificación sustancial de la planificación vital. Por ejemplo, al que le amenaza un daño de 50

euros puede solventar el conflicto ocasionando un daño de 200 euros. Sólo si se supera el umbral de la insignificancia se tiene que tener en cuenta una proporción que parezca razonable, en concreto que no se pueda entender como irrazonable. De nuevo ejemplificativamente, si amenaza un daño de 500 euros no es posible ocasionar un daño superior al cuádruplo de dicha cantidad. Esto se ve expresado en el estado de necesidad defensivo, del que efectivamente se trata, con la regla de que no podría quedar lo destruido sin proporción con lo salvado; la formulación es útil siempre que se reconozca que realmente vale la pena la perspectiva de la proporcionalidad a partir de una determinada magnitud.

Aquí, en la proporcionalidad, se pueden introducir mayores diferenciaciones que las que tienen lugar en el marco del análisis de la pura normatividad con su principio todo —o— nada: si una persona crea un riesgo especial permitido o se organiza antijurídicamente —aunque de forma no culpable— podría llegar a adecuarse el juicio de proporcionalidad a la medida de lo especial que sea dicho riesgo o a la medida del injusto. No es lo mismo la conducción de forma permitida de un automóvil (un riesgo especial tal y como evidencian la responsabilidad por el riesgo y la existencia del seguro obligatorio) que, la explotación, también permitida, de una empresa química que encierra miles de peligros, pudiendo ambos casos, como permitidos, tener incluso menos peso que una conducta sólo marginalmente antijurídica. De la misma manera sería posible traer a colación en la ponderación la posición del que se

defiende, lo que significa en términos ejemplificativos que a éste le está más permitido tener que colocar en peligro los bienes que se quieren proteger que omitir la protección de peligros.

Para finalizar este apartado formulo la *cuarta consecuencia*: si se tiene en cuenta no sólo la pura relación jurídica, sino también la permanencia de la relación de reconocimiento, se llega a la conclusión de que se puede reducir la incumbencia en aquellos conflictos que no tienen su origen en una agresión antijurídica y *culpable*; no hay que aportar ni pueden ser arrebatados todos los bienes necesarios, sino que —en caso de bienes importantes— sólo lo que no resulte desproporcionado. Sin olvidar que tiene que existir la *seguridad* de que esa renuncia a poder defenderse hasta donde resulte necesario va a ser remunerada.

V. El estado de necesidad agresivo y el deber de auxilio en caso de necesidad

Tras la constitución de la pura relación jurídica (I) y la deliberación de la incumbencia que se deriva de la misma (III) así como el complemento del juicio de proporcionalidad propio de los conflictos en los que no se ve afectado el reconocimiento (IV), cabe cuestionarse si con todo ello el círculo ha quedado definitivamente trazado. Esto no parece que sea así ya que los burgueses aquí tratados han acabado tomando en consideración como propietarios de derechos aquella comunidad que es producto de una existente relación de reconocimiento, y ello aunque no se hayan movido

de las condiciones para la preservación de sus derechos ni hayan avanzado hacia lo general que permitiría incluir la idea de sacrificio de un derecho. En un orden liberal que sólo conozca relaciones negativas, es decir, que parta de la prohibición de perjuicios recíprocos, no se puede formular todavía el concepto de un sacrificio de derechos. La filosofía práctica de KANT sólo conoce consecuentemente un deber de socorrer a los que se ven inmersos en una situación de necesidad como un deber perteneciente a la moral (Tugendpflicht), pero no como un deber jurídico; y si el que se encuentra en una situación de extrema necesidad, como puede ser una grave situación de peligro para la vida, intenta salir de ella mediante una agresión a los derechos de otros, KANT llega a la conclusión de que en ese caso no se debe castigar aunque se trate de una conducta antijurídica siempre y cuando la agresión lesione sólo derechos mínimos. Por ejemplo, si alguien corre peligro de morir ahogado. ¿Podrían usar los auxiliadores mi embarcación o tendría quizás que ser yo el que la ofreciera o, incluso, llegar a conducirla yo mismo? La respuesta de KANT en la teoría del Derecho sería «no» por tres veces.

Evidentemente se trata del problema de estado de necesidad agresivo y de su engranaje con un deber de socorro general en los casos de extrema necesidad. Se puede intentar ofrecer una solución al problema con ayuda del instrumental del apartado anterior: el que se encuentra inmerso en una situación de necesidad niega el reconocimiento a aquel que perjudica levemente sólo en un ámbito muy limitado, tratándose más bien

de un aplazamiento extremadamente útil que a mayor abundamiento podrá ser compensado posteriormente. Así argumenta HEGEL que en el caso de una agresión debida a una situación de necesidad se mantiene todavía «el reconocimiento de la capacidad jurídica del que sólo se ha visto lesionado en esa propiedad» (Grundlinien der Philosophie des Rechts, 1821, § 127). Esta fundamentación no convence pues en toda lesión, exceptuando la muerte, sobre todo si se trata de casos de agresiones de escasa entidad, se mantienen los derechos no afectados. Si bien se mantienen fácticamente fuera de peligro, ya no se mantienen como derechos reconocidos en la medida en la que el agresor culpable niega el *principio* jurídico. Por ejemplo, el que hurta no ataca fácticamente el cuerpo y la vida de la víctima aunque de acuerdo con dicho principio jurídico lo haga. Este problema no parece tener solución ya que si tenemos en cuenta lo desarrollado hasta ahora la agresión en el estado de necesidad agresivo sucede *responsablemente* y por ello tendría que ser tratada de acuerdo con las reglas de la legítima defensa. Los ámbitos de organización del beneficiado y del perjudicado no están vinculados ya conflictivamente, sino que el que se encuentra en la situación de necesidad exige a alguien con el que hasta entonces no había tenido contacto (¿Por qué precisamente él?) un sacrificio.

El concepto sobre el fundamento de un derecho a ser socorrido en caso de necesidad tiene que buscarse en otro lugar. En un ordenamiento en el que los ciudadanos contribuyen decisivamente a tomar las decisiones e incluso actúan políticamente, éstos se ven defi-

nidos como personas que detentan la responsabilidad por la situación pública —el burgués (reconocido como propietario de derechos) ha evolucionado hasta convertirse en citoyen (ciudadano)—, y en ese contexto los ciudadanos pasan a tener que soportar en casos de desastre y mientras no se pueda conseguir ayuda estatal menoscabos insignificantes para el mantenimiento de una tarea pública o bien a tener que intervenir auxiliando en una administración sin encargo para el Estado: el estado de necesidad agresivo y el deber de ayuda en situaciones de necesidad se apoyan pues en la misma única idea: el citoyen (el ciudadano) se tiene que ocupar de lo *general*. Precisamente con esta misma idea se puede explicar la razón por la que el que se encuentra en una situación de necesidad, en la medida en la que salga por sí mismo de dicha situación actúa justificadamente y no sólo de forma no culpable o no punible. También él buscando su subsistencia cumple una tarea *general*. La fundamentación del derecho, así como del deber de socorro en casos de extrema necesidad, presupone pues —al contrario de lo que sucede en los casos de estado de necesidad defensivo— más que una sociedad burguesa (bürgerliche Gesellschaft) en funcionamiento la existencia de relaciones públicas justas, es decir, un orden estatal.

De todo ello se deduce en primer lugar que un amplio derecho de agresión en situaciones de necesidad es tan poco fundamentable como la afirmación de que la tarea que le corresponde al Estado de conservar los bienes carece de límites. El individuo sólo puede sustituir al Estado en aquellos casos de necesidad extre-

ma en los que éste tendría que intervenir si estuviera presente. Por ejemplo, una lesión de 1.000 euros para conservar 10.000 euros no puede ser justificada de acuerdo con las reglas del estado de necesidad agresivo, pero sí lo estaría una lesión de 10.000 euros para evitar un incendio de dimensiones catastróficas, para salvar una vida, para evitar la pérdida de un brazo, etc. En segundo lugar cabe llegar a la siguiente conclusión a partir de esta fundamentación de que el ciudadano sustituye al Estado: éste y no el ciudadano es el garante de evitar consecuencias catastróficas, lo que significa que el que deniega una cooperación obligada prosiguiendo con la organización que tenía previamente planeada (otra cosa sería si impidiera a terceras personas emprender el salvamento) no podría ser castigado por un delito de comisión por omisión, sino sólo por la existencia de una regla especial (más débil) como la que se encuentra tipificada en Alemania como delito de omisión del deber de socorro (§ 323 c del Código Penal alemán). En el caso del ejemplo mencionado anteriormente en el que se necesita una embarcación para salvar a una persona que se está ahogando hay que llegar a la conclusión de que el que no hace uso del bote para ese fin o no se lo proporciona a terceras personas dispuestas a socorrer o sale a pescar como tenía inicialmente planeado de tal manera que los que quieren socorrer no pueden utilizarlo es autor de un delito de omisión del deber de socorro (distinto sería el caso del que evita el salvamento —garante— delito de comisión).

Así llegamos a la *quinta consecuencia*: a partir de la

idea de la responsabilidad política de todos los ciudadanos se deduce el derecho y el deber de actuar para el Estado en casos de desastre sacrificando bienes de escaso valor o soportando ese tipo de acciones.

Nada más que aquí, dentro del ámbito del estado de necesidad agresivo, obtienen un tratamiento adecuado los casos tratados anteriormente y que no se pudieron resolver en el ámbito de la pura relación jurídica en los que ambas (o múltiples) partes detentan la misma incumbencia, se base ésta en la propiedad o en una organización que hace uso de un riesgo especial. Si ambas partes se encuentran al mismo nivel no existen razones para que alguna de ellas soporte una agresión ni para que a su vez pueda agredir. Esto varía ligeramente si una parte lesiona pequeños bienes sustituibles del otro para salvar sus bienes existenciales. Un ejemplo práctico es el de los (hermanos) siameses que se encuentra en una situación simétrica: si en beneficio de uno de ellos cabe la separación sin que el otro se vea perjudicado de forma significativa, ésta se podrá llevar a cabo; sin embargo, no puede salvarse uno a costa de la vida o de la mutilación del otro; dicho de forma más precisa, no puede ser salvado (naturalmente no cabe excluir una separación en el caso de que ello sea mejor para ambos). En el primer supuesto, en el que estaría permitida una separación, se podría objetar que los niños pequeños no son todavía personas políticas que puedan actuar para el Estado. Sin embargo, la explicación que se ha ofrecido no tiene que ser acertada en todos los casos; se trata de explicar que la regla general podría ser entendida por aquellos individuos que han

llegado a ser personas; para los otros no es más que un modelo incomprensible.

VI. Deberes de actuación

En páginas anteriores se ha expuesto principalmente el sistema de las incumbencias en el plano de la antijuridicidad como deber de *soportar* la solución de un conflicto sufriendo los costes. Junto a ello hay que esbozar finalmente, como si se tratara de la imagen reflejada en un espejo (ya se ventilará si el espejo refleja de forma deformada), el sistema de los deberes para la resolución *activa* de un conflicto, es decir, la incumbencia que tiene que ver con el mantenimiento de la propia propiedad como algo seguro para terceros.

1. En la medida en la que el conflicto tenga su origen en una fuerza mayor o en la culpabilidad de terceras personas —como en el ejemplo mencionado anteriormente del árbol derribado por un fuerte huracán fuera de lo corriente—, el propietario se encuentra obligado a reorganizar su perturbadora propiedad de tal manera que no moleste más. Este deber no tiene un mayor peso que el valor de su propiedad: el propietario puede verse liberado mediante la renuncia a su derecho ya que se encuentra inmerso en el conflicto sólo a través de su propiedad pero no de su organización.

2. Si la colisión de derechos es consecuencia de una organización del propietario éste, en el ámbito de la pura normatividad, tiene que realizar las prestaciones necesarias; en otras palabras, el deber exige en caso de que el conflicto no se pueda resolver de otra manera

la aportación de todo lo que sea conveniente para su resolución. Esta solución es válida para los casos de agresiones antijurídicas y *culpables*. Al igual que el agredido tiene el derecho de actuar en su defensa contra todo el ámbito de organización del agresor, éste, si se comporta de acuerdo a Derecho, debe emprender todo lo necesario para evitar el daño (injerencia).

3. Si el acto de organización —al contrario de lo que sucede en los casos de agresiones culpables— no tiene como significado que se le niegue al otro su reconocimiento como titular de derechos, es decir, se trata de casos de organizaciones no culpables o incluso de organizaciones conformes a Derecho (pero con riesgos especiales), se puede abandonar el ámbito de la pura normatividad en beneficio de consideraciones utilitaristas. Ello significa que el obligado no tendría desproporcionadamente que sacrificar mucho más que el daño que pretende evitar. Aunque no se trata de contraponer pequeños bienes, sino más bien de aquellos que tienen relevancia. Por ejemplo, tras un accidente de tráfico del que nadie es culpable (coche como riesgo especial) el conductor tiene que ayudar a los transeúntes que han quedado heridos aunque sin llegar a poner gravemente en juego la propia salud. Sin embargo, no tiene que pasarse semanas cuidando a un perro que haya atropellado (en caso de que se tratara de un accidente culpable tampoco tendría que hacerlo ya que de forma evidente se habría traspasado la frontera entre una situación actual de peligro y la situación de una posterior indemnización del daño causado; *vid.* ya *supra* III.B *in fine*).

Con respecto a 2) y 3) no existe, sin embargo, ningún principio que tenga como contenido que los derechos de agresión se puedan convertir sin más en deberes de prestación de la persona que tiene que soportar la lesión. Si bien una simetría como ésta podría entenderse sin más como correcta, hay que objetarle sin embargo —aquí todavía de forma más enérgica que con los deberes de tolerancia, sobre cuya problemática ya me he pronunciado— que en casos límite sólo es posible forzar al cumplimiento de dichos deberes de una manera escandalosa, de tal manera que los deberes se ven reducidos a *obligationes imperfectae.* Por ejemplo, el agresor antijurídico y *culpable* estaría obligado en caso necesario a soportar la pérdida de su vida, pero desde un punto de vista jurídico no tendría la incumbencia en una situación equivalente de matarse a sí mismo. Por ello las prestaciones que afectan existencialmente al obligado sólo se pueden tratar tanto en las situaciones de legítima defensa como también, incluso de forma más evidente, en aquéllas de estado de necesidad defensivo como deberes imperfectos. A mayores cabe argumentar que podría ser imposible obligar al cumplimiento de deberes: el que puede morir no puede ser obligado.

4. El deber de socorrer en los casos más graves de necesidad tiene una raíz distinta: se dirige al citoyen (ciudadano) que sustituye al ausente Estado en casos que no permiten demora. No se trata por ello de un deber con la víctima potencial sino más bien con el Estado; la víctima sale ganando del reflejo de ese deber. La intensidad de la intervención jurídico-penal tiene

que quedar claramente por debajo de la correspondiente a un delito de lesión que se dirija contra una persona.

VII. Conclusión

Se han dejado sin tratar tanto las limitaciones derivadas de fundamentaciones formales propias de un Estado de Derecho (idoneidad en los casos de estado de necesidad defensivo y agresivo, prioridad en general de la policía) como las limitaciones de permisiones derivadas de su ejercicio en un Estado de Derecho (límites ético-sociales o de solidaridad mínima en la legítima defensa: no se puede matar para preservar valores mínimos, etc.). Sobre ello un excurso: en la medida en la que un derecho es vulnerado sólo formalmente —alguien atraviesa mi sembrado por una esquina sin destruir nada— queda excluida la legítima defensa. Aunque se llegue a producir un perjuicio material —el que atraviesa pisotea (culpablemente) un par de plantas— un hombre sensato no hará uso de su derecho a la legítima defensa por razones morales y normalmente por carecer de un arma en caso de que se muestre como necesaria una lesión grave del agresor para ejercitar la defensa. Por consiguiente quedan los hechos de los inmorales locos por las armas, que realmente no son *per se* antijurídicos, pero que en relación con las habituales dificultades de prueba en este ámbito suponen un indicio claro de *un peligro abstracto de abuso.* La pena para la defensa prohibida a causa de la peligrosidad abstracta tiene que ser inferior a la del correspon-

diente delito de lesión, teniendo que corresponderse más bien con la de un delito de peligro abstracto.

Sólo se ha tratado en relación con los deberes *positivos* el deber débil de socorrer en casos de necesidad grave; este deber tiene su origen en la idea de la responsabilidad por lo general. La exposición de los otros derechos, es decir, de aquéllos que tienen su origen en las relaciones paterno-filiales, los deberes del Estado de proporcionar una protección elemental, etc. presupone un tratamiento de la constitución institucional del Estado y de la sociedad que aquí no puede ser llevado a cabo.

En el ámbito de los deberes *negativos* se ha planteado una clasificación tripartita:

1) en los casos de agresión culpable —todo lo necesario—;

2) en los casos de organización de un riesgo especial, sea conforme a Derecho o antijurídico, pero en la que no concurre culpabilidad —todo lo necesario pero sin llegar a la desproporción—; y

3) en los casos que no tienen que ver más que con la propiedad —todo lo necesario, aunque también sin llegar a la desproporción y viéndose afectada a lo sumo la propiedad afectada—.

Esta clasificación tripartita podría constituir el armazón de un sistema manejable que podría ser enriquecido con mayores diferenciaciones sin que con ello se produzcan imprecisiones. La idea de la pura normatividad no es suficiente para ello, por lo que se debe recurrir a la racionalidad jurídica propia de las concepciones utilitaristas.

Con un resumen se puede conseguir una imagen más nítida que con un análisis detallado: la pura normatividad sólo se encuentra limitada por la necesidad; en este ámbito queda asentada la legítima defensa. La concepción utilitarista que se ha añadido da lugar al estado de necesidad defensivo. El estado de necesidad agresivo sólo se puede fundamentar mediante una referencia al cuidado por lo general. Con ello se ha comprobado como la construcción dialéctica de la Filosofía del Derecho de Hegel (1821) sigue siendo productiva: Derecho abstracto como ámbito de las formas del Derecho (aquí: pura normatividad, legítima defensa), moralidad como ámbito de los sujetos que quieren vivir en armonía (aquí: concepción utilitarista, estado de necesidad defensivo), eticidad (Sittlichkeit) como síntesis entre forma y armonía (aquí: atención por lo general, estado de necesidad agresivo, que Hegel sin embargo había ubicado en el ámbito de la moralidad).

VIII. Observaciones sobre la bibliografía

Sobre el estado de necesidad recientemente Pawlik, *Der rechtfertigende Notstand (el estado de necesidad justificante)*, 2002. La presente exposición se basa directamente en dicha monografía, aunque se ha resaltado con mayor intensidad que Pawlik que se trata de tres principios completamente diferentes, aunque no dejen de ser principios *jurídicos*: normatividad *pura*, normatividad *útil* y la normatividad de *lo general*. —Sobre la legítima defensa me remito entre otros a las ideas que el Sr. Wallau ha expuesto en mi seminario y poste-

riormente de forma más amplia presentará como tesis doctoral. —De la literatura que ya es posible consultar cabe mencionar entre otros: LENCKNER, *Der rechtfertigende Notstand (el estado de necesidad justificante),* 1965; Leipziger Kommentar-HIRSCH (JÄHNKE y otros, edit., 11.ª edición, 13.ª entrega, 1994) § 34; Nomos Kommentar-NEUMANN (NEUMANN y otros, redacción conjunta, 1995 ss.) § 34; ROXIN *Strafrecht Allgemeiner Teil, Band 1, Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre,* 3.ª edición, 1997 (existe una traducción de la 2.ª ed. alemana de LUZÓN PEÑA/DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO/DE VICENTE REMESAL, *Derecho Penal. Parte General,* Madrid, 1997), 15/1 ss. (legítima defensa), 16/1 ss. (estado de necesidad). Ulteriores referencias en JAKOBS, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre,* 2.ª edición, 1991 (existe una traducción de CUELLO CONTRERAS, Joaquín/SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, José Luis, *Derecho penal. Parte general: Fundamentos y teoría de la imputación,* Madrid, 1995), antes de 12/1 (legítima defensa) así como antes de 13/1 y antes de 13/9 (ambos sobre el estado de necesidad); las observaciones acerca de los principios de la justificación se han visto modificados en la presente exposición. Un problema difícil que aquí no ha sido tratado reside en las situaciones análogas a la legítima defensa (defensa en el último momento posible, pero *previa* a la agresión actual) y en las situaciones —por ahora escasamente tratadas— análogas al estado de necesidad defensivo (casos en los que la defensa se realiza en el último momento posible pero todavía mientras el titular de la organización peligrosa la domina y el curso lesivo no se ha exteriorizado): en

el lugar del injusto actual aparece la prognosis de la inseguridad cognitiva que proporciona la persona, pero la desactivación de peligros no actuales es en esencia una labor de la policía. Por ello ha de mantenerse vigente en la defensa el principio jurídico-administrativo de la proporcionalidad. Se podría sin embargo apreciar en la inseguridad actualmente demostrada ya un injusto *perfecto*. El problema permanece poco claro.